

HAMBURGER UNIVERSITÄTSREDEN

16

DIE GLEICHHEIT VOR DEM RICHTER

Rede
anläßlich der Feier des Rektorwechsels
am 11. November 1953

Von
Dr. Eduard Bötticher
ordentlichem Professor des Zivilprozeßrechts,
des Bürgerlichen und des Arbeitsrechts,
Oberlandesgerichtsrat,
Mitglied des Hamburgischen Verfassungsgerichts

1954
IM SELBSTVERLAG DER UNIVERSITÄT HAMBURG

Hochansehnliche Festversammlung!

Die Amtskette, die ich soeben entgegengenommen habe, schließt mich an die Reihe meiner Vorgänger, die seit der Gründung der Universität deren Treuhänder gewesen sind. Noch ist diese Reihe übersehbar, und noch ist uns nahe der Mann, der an ihrem Anfang steht: Bürgermeister Dr. Werner *von Melle*, ihr Ehrenrektor, dessen hundertjähriger Geburtstag auf den 18. Oktober dieses Jahre fiel. Jeder Angehörige und Freund unserer Universität weiß, daß dem Weitblick und der Tatkraft dieser hervorragenden Persönlichkeit die Universität ihre Entstehung verdankt, die mit dem bitteren Ende des ersten Weltkrieges zusammenfällt. Seitdem hat die Universität nahezu nur anormale Zeiten erlebt. Aber sie ist darüber so rasch gereift und in einen so erfolgreichen Wettlauf mit ihren älteren Schwestern getreten, daß sie nun auch für würdig befunden wurde, durch eine theologische Fakultät „konfirmiert“ d. h. befestigt zu werden. Gerade durch diesen Entschluß haben Senat und Bürgerschaft, die im Jahre 1919 den Mut zum ersten Schritt hatten und es auch in der Folge nie an Förderung haben fehlen lassen, sich erneut zu dem Lebenswerk *von Melles* bekannt. Die Universität ist dankbar und stolz darauf, gerade in dieser von Leben durchpulsten, weltverflochtenen Stadt das geistige Erbe des Abendlandes hüten zu helfen, das sicher nicht die schwächste Klammer eines neuen Europa sein wird.

Der neue Rektor ist Jurist. Gestatten Sie ihm deshalb, zu Ihnen über ein Thema zu sprechen, das die Pflege der *Gerechtigkeit* betrifft. Sie alle kennen die Verkörperung der Gerechtigkeit durch die Figur der Themis, die mit verbundenen Augen die Waage in der Hand hält, um jedem das Seine zuzuwägen. Unser Grundgesetz bekennt sich zur Gerechtigkeit mit der Forderung nach *Gleichbehandlung* und statuiert in Art. 3 die „Gleichheit vor dem Gesetz“ als ein Menschen- und Grundrecht, das gemäß Art. 1 GG alle staatlichen Gewalten ausdrücklich bindet. Daß Gleichbehandlung in der Tat das Grundprinzip der Gerechtigkeit darstellt, ist schon im privaten Bereich dem bewußt, der einen Vater, weil er keines seiner Kinder vorzieht, gerecht nennt, oder der es als ungerecht empfindet, wenn die Garderobefrau einen Andrängenden willkürlich außer der Reihe abfertigt. Um wieviel mehr erwarten wir Gleichbehandlung im staatlichen Bereich, und dort wieder in besonderer Weise innerhalb der Rechtspflege als der Funktion, die ja die Wahrung der Gerechtigkeit zum Selbstzweck hat. Dieser *Gleichbehandlung innerhalb der Rechtspflege* als der „Dritten Gewalt“ gelten meine Ausführungen über die „Gleichheit vor dem Richter“. Ich will versuchen, eine Ordnung in die Vorstellungen von Gleichbehandlung zu bringen, die durch das Symbol der wägenden Justitia hervorgerufen werden.

Das Thema der Gleichheit oder Gleichbehandlung gewinnt erst Farbe, wenn man die Frage stellt: Mit wem oder in Bezug worauf begehre ich denn gleichbehandelt zu werden, wenn ich um mein Recht streite? In Betracht kommt einmal das Verhältnis zu meinem Gegner, mit dem ich um das

Recht kämpfe, und zwar unter bestimmten Spielregeln kämpfe, die jeder Partei gleiche Chancen eröffnen sollen. Man mag in diesem Sinne von der *Waffengleichheit der Prozeßparteien* sprechen, die sich vor dem Richter als dem Unparteiischen im Kampfe messen.

In Betracht kommt aber auch der Vergleich mit anderen Personen außerhalb des Raumes *dieses* Prozesses. Nicht auf den Gegner ist der Blick hier gerichtet, sondern auf andere Rechtsgenossen, mit denen ich mich vergleiche, weil der Fall, den sie zur richterlichen Entscheidung gestellt haben oder stellen könnten, dem meinigen gleichgelagert ist. Man mag hier von der *Gleichheit in der Reihe* sprechen. So vergleicht etwa ein Angeklagter seine Position mit der eines anderen, der wegen der gleichen Tat freigesprochen wurde, weil sie nicht mehr unter das Strafgesetz falle; oder der abgewiesene Scheidungskläger vergleicht sich mit anderen Scheidungsklägern, deren Ehe bei ähnlichem Sachverhalt als zerrüttet anerkannt und geschieden wurde. Diese Sicht ist keine andere als die der *Gleichheit vor dem Gesetz*, das ja als Norm alle Sachverhalte umfaßt, die unter seinen Tatbestand fallen. Inwieweit freilich solche Gleichbehandlung bis zum letzten durchführbar ist oder gar durch Art. 3 GG garantiert werden kann, wird noch zu prüfen sein.

Während die Waffengleichheit im Prozeß mehr in der Ebene jener aristotelischen Kategorie der *Austauschgerechtigkeit* (*iustitia commutativa*) liegt, wie sie etwa die Regelung des gegenseitigen Vertrags im Privatrecht beherrscht, ist die Gleichheit vor dem Gesetz der Ausdruck der *aus-teilenden Gerechtigkeit* (*iustitia distributiva*), welche im

Verhältnis der Obrigkeit zu den Gliedern des Gemeinwesens obwalten soll, denen Rechte eingeräumt und Pflichten auferlegt werden.

Es besteht auch ein Zusammenhang zwischen den beiden Richtungen der Gleichbehandlung und der Doppelfunktion des Rechtsstreits, wie sie für den Bereich des Zivilprozesses sehr klar schon herausgestellt ist in der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten von 1793. Dort heißt es in der Einleitung:

§ 3. Jeder Rechtsstreit setzt eine Thatsache voraus, aus welcher die streitige Befugniß oder Obliegenheit entspringen, oder worauf sie sich gründen soll.

§ 4. Der Streit betrifft entweder die Richtigkeit der Thatsache; oder die Herleitung der daraus nach den Gesetzen fließenden Folgen; oder beydes zugleich.

Es handelt sich also zunächst um die sogenannte *Tatfrage*, bei der die Parteien sich gegenseitig ins Auge sehen und in gleicher Weise aktiv werden können und müssen. „Da mihi factum, dabo tibi ius.“ Für die *Rechtsanwendung* dagegen, für die der Richter die Verantwortung trägt, rückt der Sachverhalt in die Reihe aller gleichartigen ein. Denn entweder muß der Richter ja die Vorschrift des Gesetzes zur Anwendung bringen, die für alle diese Sachverhalte die gleiche ist. Oder, wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, so soll er – wie es in der Einleitung (Art. 1 Abs. 2) zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch heißt – „nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.“

I.

Beginnen wir mit der *Waffengleichheit im Prozeß!* Im Bilde der Justitia interessiert uns hier die Waage als Instrument, von dessen Funktionieren die gerechte Entscheidung abhängt. Wir denken die Waagschalen noch leer. So wie die Waage notwendig austariert, d. h. auf Gleichheit eingestellt sein muß, so können Kläger und Beklagter – die darum kämpfen, daß sich das Zünglein zu ihren Gunsten neige – erwarten, daß sie den gleichen Start und die gleichen Chancen haben. Wie es für das gerechte Wägen zunächst nur auf das Gleichgewicht der Schalen ankommt, so ist auch die Waffengleichheit nur eine formale, unbeeinflusst vom materiellen Recht, um das gestritten wird, und unabhängig davon, wer nach diesem materiellen Recht die bessere Position hat. Denn wer näher am Recht ist, das soll sich ja erst herausstellen, kann aber nur ermittelt werden, wenn in der Dynamik des Rechtsganges beide Parteien die Möglichkeit haben, die Waage in Bewegung zu setzen und zu halten – sei es durch Anträge, Behauptungen, Beweis-antritt oder was sonst. Auch das Risiko des Prozeßausgangs muß gleichmäßig verteilt sein.

1. Wo immer die Prozeßordnung Befugnisse gibt oder Lasten auferlegt, z. B. Fristen setzt, deren Versäumung mit Nachteilen verbunden ist, macht sie in aller Regel keinen Unterschied zwischen Kläger und Beklagtem, sondern spricht

schlechthin von der „Partei“. Selbst dort aber, wo sich bei der Einleitung des Verfahrens der Unterschied nicht verwischen läßt, weil ja nun einmal derjenige, der den Richter anruft, in einer anderen Position erscheint als derjenige, der vor den Richter zitiert wird, ist die Prozeßordnung ängstlich bemüht, Neutralität zu wahren. Während der Kläger nur zu sehr geneigt ist, seinen Gegner zum „Angeklagten“ zu stempeln und durch den Vorwurf der Rechtsverletzung den Richter gewissermaßen als Bundesgenossen anzurufen, wird vom Gesetz in der Bezeichnung der Parteien jede Färbung vermieden. Selbst Ausdrücke wie „Gläubiger“ und „Schuldner“ erscheinen vorweg nur im Mahnverfahren und dann erst wieder im Stadium der Zwangsvollstreckung aus dem erstrittenen Titel. Aber auch schon die Möglichkeit zu klagen ist losgelöst von der materiellen Berechtigung. Keineswegs kann nur derjenige als Kläger auftreten, der behauptet, ein Recht gegenüber dem Beklagten zu haben, also etwa Eigentümer der streitigen Sache zu sein. Mittels des Instituts der negativen Feststellungsklage kann ich vielmehr auch die Feststellung begehren, daß dem anderen *kein* materielles Recht zustehe, daß er also nicht Eigentümer sei oder keine Forderung gegen mich habe. Von dem unter den Parteien streitigen Rechtsverhältnis aus gesehen, ist es also reiner Zufall, wer als Kläger zuerst den Richter anruft. Diese Vertauschbarkeit der Parteirollen fehlt z. B. in der *Strafrechtspflege*. Hier gibt es nur eine Anklage des Staatsanwalts (die natürlich auch zum Freispruch führen kann), aber keine „*Freiklage*“ des Verdächtigen – wenn dies Wort erlaubt ist. Das heißt: Der Verdächtige kann nicht, einer etwaigen Anklage zuvorkommend, den Strafrichter um

Feststellung angehen, daß er unschuldig sei. Der tiefere Grund hierfür ist offenbar der, daß durch eine solche „Freiklage“ der Strafverfolgungsbehörde in den Arm gefallen werden könnte, bevor sie mit der Sammlung ihres Überführungsmaterials zu Ende gekommen ist.

Der Gegensatz von „Anklage“ und „Freiklage“ ist übrigens auch in dem Verfassungsstreit über die EVG-Verträge sichtbar geworden. Sie werden sich erinnern, daß die Mehrheit des Deutschen Bundestages vor dem Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe gegen die in der Minderheit befindliche SPD Klage erhob auf Feststellung, die SPD handele verfassungswidrig, wenn sie der Mehrheit das Recht bestreite, die EVG-Verträge wie ein gewöhnliches Gesetz zu beschließen. Das war nicht recht einleuchtend. Jeder mußte sich sagen: Wieso kann ein bloßes Bestreiten verfassungswidrig sein? Aber die Mehrheit glaubte, nach dem Wortlaut des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes¹⁾ so vorgehen zu müssen, weil dieses bei Streitigkeiten zwischen Bundesorganen oder Teilen derselben zu fordern schien, daß eine Maßnahme des Gegners als verfassungswidrig gebrandmarkt würde – also eine Art „Anklage“. Im Laufe des Verfahrens ist aber die klagende Mehrheit zur „Freiklage“ übergegangen, d. h. sie hat beantragt, festzustellen, daß ihre eigene Maßnahme – daß sie nämlich den EVG-Vertrag mit einfacher Mehrheit beschloß – verfassungsmäßig sei. Leider ist die Frage, ob diese „Freiklage“ zulässig sei, nicht zur Entscheidung gekommen, weil die Klage aus anderen formalen Gründen²⁾ abgewiesen wurde. Ich bin der Meinung, daß nach dem Grundgesetz, welches in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 schlechthin von „Streitigkeiten über den Um-

fang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter . . ." spricht, eine „Freiklage“ ebensogut wie eine „Anklage“ zulässig sein muß, ja, daß sie in einem Falle wie dem vorliegenden die allein passende prozessuale Form darbot. Es zeigt dieser Fall wieder einmal die grundlegende Bedeutung der prozessualen Formen und Spielregeln bis ins Verfassungs- und Völkerrecht hinein. Noch ein Wort zum Strafprozeß. Daß die Frage der Parität von Staatsanwalt und Beschuldigtem hier problematischer ist, liegt auf der Hand. Sie hat sich wieder entzündet an dem Streit, ob im Gerichtssaal der Staatsanwalt, wie bisher allgemein, in der Höhe des Richtertisches Platz haben solle oder in das Parterre des Angeklagten zu steigen habe. Vergleichbar mit den Parteirollen des Zivilprozesses können nur die prozessualen Befugnisse von Staatsanwalt und Angeklagtem innerhalb der Hauptverhandlung sein, wo denn auch die Parität gewahrt wird. Denn daß das – freilich auch in der StPO geregelte – Vorverfahren nicht unter Waffengleichheit stehen kann, sondern die Staatsanwaltschaft im Übergewicht sehen muß, liegt auf der Hand. Ist doch Verbrechensbekämpfung nicht denkbar ohne das Recht des ersten Zugriffs und ohne die Ausnutzung der staatlichen Überlegenheit. – Daß auf der anderen Seite die Staatsanwaltschaft sich als staatliche Behörde objektiv verhalten muß und so auch in der Hauptverhandlung nicht minder die zugunsten des Angeklagten sprechenden Umstände zur Geltung zu bringen hat (§ 160 Abs. 2 StPO), ja sogar zugunsten des Angeklagten Rechtsmittel einlegen (§ 296 Abs. 2 StPO) und Wiederaufnahme betreiben kann, tut jedenfalls der Waffengleichheit keinen Abbruch zum

Nachteil der schwächeren Partei. Wenn schließlich darauf hingewiesen wird, daß dem Staatsanwalt und dem Angeklagten die für den Zivilprozeß typische Dispositionsfreiheit fehle (so z. B. auch die Möglichkeit, sich zu vergleichen oder durch ein Geständnis den Strafrichter zu binden, welcher vielmehr in jedem Falle die Pflicht hat, der materiellen Wahrheit bis zum letzten auf den Grund zu gehen), so wird m. E. folgendes nicht hinreichend berücksichtigt: Einmal, daß auch im Zivilprozeß die Dispositionsfreiheit der Parteien in dem Maße entfällt, in dem das öffentliche Interesse in den Streit hineinragt, wie z. B. in Eheprozessen; zum anderen aber, daß die Begriffe der Waffengleichheit und der Parität nur aus dem Verhältnis der Parteien zueinander genommen sind und nur zwischen ihnen eine Relation herstellen, dagegen nichts besagen für die Verteilung oder Vergleichung des Einflusses, den einerseits die Parteien, andererseits das Gericht auf den Gang des Prozesses haben.

Auf diese Bemerkungen muß ich mich hier beschränken. Ich kann nur anregen, noch einmal zu überdenken, ob es wirklich geboten ist, dem Gedanken der Waffengleichheit, ja schon dem Parteibegriff als solchem im Strafprozeß so ablehnend gegenüberzustehen³⁾ – wenn man sich auf das eigentliche gerichtliche Verfahren, nämlich die Hauptverhandlung beschränkt. Ein Verfahren, in dem ein unabhängiger und unparteiischer Dritter distanziert wird von gegensätzlichen Positionen, die vor ihm ausgetragen werden, scheint mir notwendig zum Parteibegriff zu führen, der ja auch in anderen gerichtlichen Verfahren, in denen der einzelne der Hoheitsgewalt des Staates gegenübersteht, nicht entbehrt werden kann. So namentlich nicht in der

Verwaltungsgerichtsbarkeit. Was aber den Strafprozeß vom verwaltungsgerichtlichen Verfahren unterscheidet, ist dies: Beim Strafprozeß schiebt sich immer zwischen die Verfolgung und die Bestrafung der Richterspruch. Hier gilt nicht nur: „nulla poena sine lege“, sondern auch: „nulla poena sine iudicio“. Auf anderen Gebieten staatlicher Tätigkeit ist dagegen in der Regel der Verwaltungsakt (man denke an die Beschlagnahme einer Wohnung oder an die Beitreibung einer Steuer) das Primäre und die Anrufung des Richters durch den Betroffenen im Wege der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage das Sekundäre. Würden wir uns vorstellen, daß die Strafverfolgungsbehörde nicht etwa als Anklägerin, sondern als Trägerin einer Strafbefugnis aufträte, während umgekehrt der Bestrafte Einspruch bei Gericht erheben müßte, so würden sich in dem so eingeleiteten und des Strafzwecks entkleideten gerichtlichen Verfahren die Parteirollen und auch die Waffen-gleichheit besser herauskristallisieren, und es würde sich der Strafprozeß dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nähern.

So alt und beinahe selbstverständlich die Einschaltung des Richters bei der Verhängung krimineller Strafen ist, so schwer hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit um ihre Anerkennung ringen müssen. Dabei handelt es sich um nichts Geringeres, als daß die Obrigkeit vor dem Richter mit mir gleich wird – womit ich freilich nur die formale prozessuale Stellung gemeint haben will und nicht das zu beurteilende Rechtsverhältnis, das im Gegensatz zu einer privatrechtlichen Beziehung ein Verhältnis der Über- und Unterordnung bleibt und als solches auch von den Verwaltungs-

gerichten respektiert werden muß, insbesondere durch Anerkennung des der Behörde zustehenden Ermessensspielraums.

Aus dem Zusammentreffen von Gleichheit der Parteistellung im Verwaltungsprozeß und Ungleichheit der materiellrechtlichen Stellung außerhalb des Prozesses ergeben sich Probleme, die noch gelöst werden müssen. Kann z. B. nach Einleitung eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Verwaltungsbehörde in der streitig gewordenen Angelegenheit noch Zeugen vernehmen, oder muß sie nicht diese Zeugenvernehmung nunmehr dem Gericht überlassen? Ferner etwa: Unterliegt die Verwaltungsbehörde auch in ihren Prozeßhandlungen den Grundsätzen der Amtshaftung, oder muß ihr hier nicht dieselbe Bewegungsfreiheit zugestanden werden wie dem mit ihr prozessierenden Staatsbürger, so daß z. B. auch die fahrlässige Verfechtung einer nicht haltbaren Rechtsansicht ihr niemals zum Schaden reichen kann, zumal es ja Sache des erkennenden Gerichts ist, das Recht zu finden.

2. Zur Gleichbehandlung der Parteien gehört neben der Waffengleichheit während des *Prozeßverlaufs* aber auch eine *gleichmäßige Verteilung des Risikos am Prozeßausgang*. Ungleich verteilt wäre das Risiko, wenn es nur ein Urteil *gegen* den Beklagten gäbe, wenn also beispielsweise der Kläger, der eine Forderung zu haben behauptet, sie aber nicht dartun kann, vom Richter nur mit dem Anheimgen entlassen würde, es demnächst mit besseren Beweismitteln nochmals zu versuchen. Vielmehr stellt die rechtskräftige Abweisung der Klage ein Urteil *für* den Beklagten dar, mit der Folge, daß von einer Erneuerung der Klage

grundsätzlich keine Rede mehr sein kann. Die Ausnahmefälle eines Wiederaufnahmeverfahrens interessieren hier nur insofern, als auch die Wiederaufnahmegründe für beide Parteien gleichmäßig gelten. Die Chance des Beklagten, in dem vom Kläger angestregten Prozeß auch definitive Rechtsgewißheit zu *seinen* Gunsten zu erzielen, besteht nicht minder bei Säumigkeit des Klägers (§ 330 ZPO) und kann dem Beklagten, sobald einmal zur Sache verhandelt worden ist, auch nicht mehr dadurch entrissen werden, daß der Kläger seine Klage zurücknimmt. Hierzu bedarf es vielmehr der Zustimmung des Beklagten (§ 271 Abs. 1 ZPO).

Es kann im Prozeß sich eine Situation ergeben, in der es zu einem Gleichstand, um nicht zu sagen Stillstand der Waage kommt, weil trotz sorgfältigster Tatsachenermittlung und Ausnützung aller verfügbaren Beweismittel der Richter nicht feststellen kann, welche der Parteibehauptungen wahr sind und welche nicht. Vielleicht wissen die Parteien selbst nicht einmal, was sich zugetragen hat, so daß nur die Göttin der Gerechtigkeit mit übernatürlichem Blick das Dunkel zu durchdringen imstande wäre. Man denke an folgendes Beispiel: Der Ehemann der Klägerin war gegen Unfall versichert. Die Klägerin hätte einen Anspruch gegen die beklagte Versicherungsgesellschaft nur bei Unfall, nicht aber bei Selbstmord des Versicherten. Eine Reihe von Umständen spricht für Selbstmord, eine wirkliche Aufklärung der Vorgänge aber ist unmöglich. Oder: ein Kürschner hat Pelze für die Sommerzeit in Verwahrung genommen, auf deren Rückgabe er verklagt ist. Fest steht, daß diese Pelze verschwunden sind, seitdem das Lager von

fremden Truppen durchsucht wurde. Es besteht der Verdacht, daß ungetreue Angestellte des Kürschners den Tumult ausgenutzt haben, um sich die Pelze anzueignen. Es läßt sich aber auch nicht die Möglichkeit ausschließen, daß die Pelze von der plündernden Truppe mitgenommen wurden. Im letzteren Falle wäre der Kürschner von der Haftung frei, während er für seine ungetreuen Angestellten einzustehen hätte. Unsere Prozeßordnung läßt nun keinen Raum für ein „non liquet“, sondern zwingt, wie schon erwähnt, den Richter, ein Sachurteil entweder zugunsten des Klägers oder zugunsten des Beklagten zu fällen. Damit der Richter aber zu einem solchen Urteil kommen kann, läßt das Gesetz bei unaufgeklärtem Sachverhalt die sogenannte „Beweislast“ den Ausschlag geben, indem es sich mit einer gewissen Kühle auf den Standpunkt stellt, daß derjenige, der im Hinblick auf die gesetzliche Regelung an der Feststellung einer Tatsache interessiert ist, den Prozeß verliert, wenn er den Beweis nicht führen kann. Das braucht nicht immer der Kläger zu sein, der etwas haben will. Stützt er sich auf einen Vertrag, so muß er freilich den Vertrag beweisen. Räumt aber der Beklagte diesen Vertrag ein, behauptet er dagegen, er habe schon gezahlt, so ist *er* mit dem Beweis belastet und verliert den Prozeß wenn er die Quittung verloren hat und gegenüber dem den Empfang der Zahlung hartnäckig ableugnenden Gegner sonstige Beweismittel nicht ins Feld zu führen vermag. – Wir haben uns an eine solche Regelung gewöhnt, die eine höchst differenzierte, von Theorie und Praxis bis ins Feinste herausgearbeitete, aber trotzdem noch vielfach kontroverse Risikoverteilung darstellt. Wir haben uns daran ge-

wöhnt, weil wir als Entscheidungsmöglichkeit eben nur ein „aut-aut“ sehen: Klagabweisung oder Verurteilung des Beklagten. Denkbar wäre freilich auch noch eine dritte Sachentscheidung, nämlich die Halbierung, die beiden Parteien ebenso recht wie unrecht gibt und den Schaden teilt. Unsere Rechtsordnung kennt eine solche Befugnis des Richters nicht. Sie hält zwar Ausgleichsvorschriften parat – wie etwa den § 254 BGB, nach welchem sich der von einem anderen schuldhaft Geschädigte eigenes Verschulden anrechnen lassen muß. Aber dabei handelt es sich um einen Billigkeitsausgleich des *materiellen* Rechts bei feststehendem Sachverhalt, nämlich dem eines konkurrierenden Verschuldens. In den erwähnten Beispielfällen dagegen käme in Frage eine „vermittelnde Entscheidung“ bei *unaufgeklärtem* Sachverhalt, wie sie de lege ferenda von in- und ausländischen Juristen aus dem Befriedungsgedanken und der Gerechtigkeitsidee heraus auch schon in Betracht gezogen⁴⁾ und übrigens der Prozeßgeschichte nicht fremd ist⁵⁾.

Wenn unsere Richter die Möglichkeit einer solchen zweiseitigen, den Streitgegenstand unter die Parteien aufteilenden Entscheidung kaum vermessen, dann deshalb, weil sie dasselbe Ergebnis bei Ungewißheit der Sachlage durch einen *Prozeßvergleich* erreichen können – freilich nur dann, wenn sich die Parteien dem Vorschlag des Richters fügen. Hier verstehen wir auch, warum dem Vergleich, den man manchmal nur als einen für den Richter bequemen Urteilsersatz empfinden mag, zuweilen die größere Gerechtigkeit innewohnt als dem Urteil. Denn der Prozeßvergleich vermag – wie schon sein Name andeutet – der Gleichheit vor dem

Richter bis in das Prozeßergebnis hinein Raum zu verschaffen, wenn der Streit oder die Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis sich nicht durch Wahrheitsfindung, sondern nur durch gegenseitiges Nachgeben aus der Welt schaffen läßt.

Im Strafprozeß freilich würde die Halbierung des Risikos durch eine vermittelnde Entscheidung logischerweise zur sogenannten „Verdachtsstrafe“ führen, wie sie frühere Zeiten in der Tat gekannt haben. Sie wurde als *poena extraordinaria*, die milder war als die *poena ordinaria*, bei nicht voll erbrachtem Beweis, aber hinreichenden Indizien ausgesprochen. Sie verletzt unser heutiges Rechtsgefühl, weil wir mit aller Strenge daran festhalten, daß den Staat die volle Beweislast für die Tat des Angeklagten trifft und „in dubio pro reo“ zu entscheiden ist. Das heißt wiederum, daß der Angeklagte, wenn ihm die Tat jetzt, in diesem Prozeß, nicht nachgewiesen werden kann, freizusprechen, und zwar *endgültig* freizusprechen ist. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens auf Grund neu beigebrachter Tatsachen oder Beweismittel gibt es nur *zugunsten* des Verurteilten (§ 359 Nr. 5 StPO).

3. Die Parität der Parteistellung verlangt nicht nur Waffengleichheit im Verfahren und gleiches Risiko an dessen Ausgang, sondern auch die Sicherung der *Unparteilichkeit des Richters*. Daher die Vorschriften über die Ausschließung des *iudex inhabilis* (z. B. des nahen Verwandten einer Partei) und über die Ablehnung des *iudex suspectus* wegen Befangenheit. Letztlich gehören hierher alle Bestimmungen, die die Objektivität des Richters⁶⁾ sichern wollen, auch z. B. das Erfordernis einer wissenschaftlichen Vorbildung, und

erst recht jene Normen, die durch Heranziehung von Laien eine paritätische Besetzung der Richterbank dort herbeiführen, wo das Rechtsverhältnis in soziale Spannungen eingebettet ist, wie z. B. im Streit eines Arbeitnehmers mit dem Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht.

II.

Wenden wir uns nun jener anderen Gleichbehandlung im Felde der Rechtspflege zu, bei der unser Blick nicht mehr auf den Prozeßgegner gerichtet ist, sondern auf solche Rechtsgenossen, die sozusagen mit uns *in einer Reihe* stehen! Hier bieten sich der Betrachtung besonders zwei Anknüpfungspunkte dar: der gleiche Weg zum Richter und die Gleichmäßigkeit seiner Entscheidungen.

1. Die erste Frage, nämlich die der *allgemeinen Zugänglichkeit des Richters*, gehört noch in das Gebiet des Prozeßrechts im weiteren Sinne. Das Anliegen der Rechtsgemeinschaft, jedem den gleichen Weg zum Richter zu sichern, und auf der anderen Seite jede Ausnahmebehandlung – sei es im Guten, sei es im Bösen – hintanzuhalten, findet seit langem in besonderen Verfassungsgarantien seinen Ausdruck, namentlich durch den Satz, daß Ausnahmegerichte unstatthaft seien und niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe. So, in Übereinstimmung mit Art. 105 der Weimarer Verfassung von 1919, auch wieder das Bonner Grundgesetz Art. 101 Abs. 1. Sowohl der Ausdruck „Ausnahmegerichte“ als auch der Begriff des gesetzlichen – d. h. des schon im voraus für bestimmte Gruppen von Streitsachen eingesetzten – Richters lassen deutlich genug erkennen, daß es sich hier nur um einen besonderen Aspekt der Gleichheit vor dem Gesetz handelt. Das zur Entscheidung des konkreten Falles berufene Gericht darf nicht ad hoc gebildet werden, z. B. nicht in Gestalt einer besonderen Kommission etwa für die Aburteilung einer einzelnen politischen oder sonst Aufsehen erregenden Mord-

tat. Nur im Bereich der privaten Schiedsgerichtsbarkeit begegnet solche ad hoc-Bildung des Gerichts, hier aber gerade auf Wunsch beider Parteien und unter Wahrung der Parität ihres Einflusses auf die Richterbank. So sorgfältig sucht im übrigen der Gesetzgeber unter den Rechtsuchenden jede Ungleichheit der Prozeßchancen auszuschalten, daß er durch einen Geschäftsverteilungsplan, dessen Aufstellung er den Gerichten im Rahmen ihrer Unabhängigkeit anvertraut, zu Beginn jedes Jahres unabänderlich festlegen läßt, wie innerhalb des gesetzlich zuständigen Gerichts nun wiederum die einzelnen Richter, Kammern und Senate zum Zuge kommen. Soweit dabei nicht mechanische Abgrenzungen – wie z. B. nach dem Anfangsbuchstaben des Beklagten – über die Verteilung der Prozesse entscheiden, sondern Spezialabteilungen, etwa für Verkehrsunfälle, gebildet werden, spielt bereits jenes andere Anliegen der Gleichbehandlung hinein, nämlich das Bestreben, gleichgelagerte Fälle möglichst einheitlich zu entscheiden. Davon wird bald die Rede sein.

Zuvor noch ein Wort über die Ausschaltung jener in den Vermögensverhältnissen der Rechtsuchenden wurzelnden Ungleichheit, die durch Gewährung des *Armenrechts* erfolgt. Da nach unserer ZPO die Parteien nur vor dem Amtsgericht ihre Prozesse selbst führen können, vor dem Landgericht und den höheren Gerichten aber durch einen Anwalt vertreten sein müssen, so ist es unerlässlich, daß Minderbemittelten in diesen Fällen ein Anwalt beigeordnet wird, der zunächst einmal aus der Staatskasse Bezahlung erhält. Daß das Armenrecht erst gewährt wird, nachdem das Gericht auf Grund einer summarischen Vorprüfung die Rechtsver-

folgung für genügend aussichtsreich erkannt hat, bedeutet keine ins Gewicht fallende Ungleichheit gegenüber dem Bemittelten, der nach eigenem Gutdünken Klage erheben kann; setzt doch dieser sein eigenes Geld aufs Spiel, jener dagegen das Geld des Staates. Der Zusammenhang von Armenrecht und Gleichbehandlung ist durch ein kürzlich vom Bundesverfassungsgericht gefälltes Urteil unterstrichen worden. In dem sogenannten Klagerzwingungsverfahren (§ 172 Abs. 2–4 StPO), das ich einleiten kann, wenn die Staatsanwaltschaft sich weigert, eine strafbare Handlung, durch die ich geschädigt bin, zu verfolgen – in diesem Klagerzwingungsverfahren also muß ich mich durch einen Anwalt vertreten lassen, ohne daß bisher, wie in der Zivilprozeßordnung, die Gewährung des Armenrechts gesetzlich vorgesehen war. Diese Lücke schloß das Bundesverfassungsgericht durch die Entscheidung, es sei mit Rücksicht auf die vom Grundgesetz geforderte Gleichheit in erweiternder Auslegung des Gesetzes dem Minderbemittelten das Armenrecht auch für das Klagerzwingungsverfahren zuzubilligen⁷). Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 hat dem durch eine Neufassung des § 172 StPO Rechnung getragen. Daß der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur für die Angriffslustigen, d. h. diejenigen, die Klage erheben wollen, sondern auch für die Angegriffenen, die Beklagten, gilt, zeigt sich ebenso im Armenrechtsverfahren des Zivilprozesses wie bei der Bestellung des notwendigen Verteidigers im Strafprozeß, die unterschiedslos allen Beschuldigten zuteil wird, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen, z. B. Anklage wegen eines schweren Deliktes, erfüllt sind (vgl. §§ 140, 141 StPO). Es

handelt sich hier übrigens zugleich um die Wahrung der Waffengleichheit gegenüber der Staatsanwaltschaft.

Eine ähnliche Koppelung des Gedankens der Waffengleichheit mit dem Gedanken der Gleichheit in der Reihe liegt dem Satz zugrunde, daß der Staat, wo er als Fiskus, z. B. als Käufer oder Mieter, mit einem Privaten in Streit gerät, vor dem gleichen Zivilgericht Recht zu nehmen hat wie andere Private – also nicht etwa wie im französischen Recht beanspruchen kann, vor den Verwaltungsgerichten Recht zu nehmen. So schon die sogenannte *lex Puttkamer* aus dem Jahre 1877, EGZPO § 4:

„Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation beteiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden.“

2. Und nun zur *Gleichbehandlung auf dem Gebiete des materiellen Rechts*. Da in diesem Vortrag nur von der Gleichbehandlung innerhalb der Rechtspflege die Rede sein soll, stehen wir vor folgender Frage: Inwieweit kann erreicht oder sichergestellt werden, daß die Rechtsordnung, die doch für alle gleich sein soll, durch die Gerichte auch gleichmäßig gehandhabt wird?

Schon in der Einleitung meines Vortrages habe ich darauf hingewiesen, daß bereits die Aufstellung einer Rechtsnorm, d. h. einer generellen Regel für alle Lebenssachverhalte, die unter ihren Tatbestand fallen, der Gleichbehandlung dienen soll. Hierin liegt zweifellos auch ein Vorteil des geschriebenen Rechts gegenüber dem älteren Gewohnheits-

recht, welches für die Rechtsfindung im Einzelfall vielfach kein zuverlässiger Wegweiser war und daher nicht in demselben Maße wie das Gesetz Rechtssicherheit für alle gewährleisten konnte. Es darf in diesem Zusammenhang wohl auch erwähnt werden, daß bald nach der französischen Revolution, die ja vor allem auch die *égalité* auf ihr Banner geschrieben hatte, eine starke Welle der Kodifikation einsetzte. Gewiß ging es bei dem napoleonischen Code civil, Code de commerce, Code de procédure civile, Code pénal vor allem auch um die nationale Rechtseinheit – aber wer Rechtseinheit will, der will ja gerade Gleichbehandlung. Da nach unseren Verfassungen die rechtsprechende Gewalt dem Gesetz unterworfen ist, tritt der Richterspruch von vornherein in die Gleichbehandlungsebene des Gesetzes. Wenn daher die Postulate unserer Verfassungen, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind und niemand wegen seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Religion usw. bevorzugt oder benachteiligt werden darf (vgl. z. B. Art. 3 GG) – wenn diese Postulate also nichts anderes besagen wollten, als daß der Richter ohne Ansehung der Person zu entscheiden habe, wären sie nur eine Bekräftigung der richterlichen Unterworfenheit unter das Gesetz, eine Einschärfung der Pflicht, allein den Tatbestand der Norm im Auge zu haben und alle sachfremden Motive, deren bewußte Hereinziehung ja geradezu Rechtsbeugung wäre, zu meiden.

Das könnte im Augenblick so aussehen, als ob das Gesetz allein darüber entschiede, was gleich zu behandeln sei. Indessen weiß jeder Laie, daß die meisten zur Kognition des Richters gelangenden Fälle gerade derart gelagert sind, daß

der Richter sich die Frage vorlegen muß, ob sie noch unter eine bestimmte Norm des Gesetzes fallen oder nicht. War etwa das Anzapfen einer elektrischen Leitung (als der Richter zum ersten Male damit befaßt wurde) der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache gleichzuachten und daher als Diebstahl zu bestrafen – oder nicht? Ausdehnende und einengende Auslegung des Gesetzes, Analogie und argumentum e contrario sind, wenn man will, Entscheidungen über Gleichbehandlung; aber sie sind nicht Entscheidungen über Gleichheit oder Ungleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 3 GG. Denn der Richter, der den Stromentzug unter die Diebstahlsnorm zu bringen ablehnt, befürwortet ja keine Ausnahmebehandlung dieses vor ihm stehenden Missetäters im Sinne einer ungleichmäßigen Handhabung des Gesetzes; er geht vielmehr davon aus, daß *alle* gegenwärtigen oder künftigen Anzapfungen von elektrischen Leitungen jedenfalls nicht als Diebstahl zu bestrafen seien. Was wir hier beobachten, ist vielmehr nur eine Verfeinerung des Gesetzes durch den Richter, die an dem Normcharakter nichts ändert.

Das Mißliche ist nur, daß im modernen Staate die Waage der Justitia nicht in der Hand *eines* Richters liegt, sondern vielen Richtern anvertraut werden muß, von denen jeder einzelne selbständig zur Auslegung des Gesetzes berufen ist. Sofern nicht der klare und unzweideutige Gesetzeswortlaut – das „*ius in thesi clarum*“ – die gleiche Entscheidung gleichgelagerter Fälle geradezu erzwingt, kann eine ungleichmäßige Handhabung der Norm nur durch besondere Vorkehrungen innerhalb der Gerichtsverfassung verhindert oder doch eingeschränkt werden.

Das kann geschehen durch eine Bindung der Gerichte an Präjudizien, d. h. an frühere Entscheidungen gleichgelagerter Fälle, namentlich von seiten höherer Gerichte; so im angloamerikanischen Recht. Wir begnügen uns, um nicht den Richter zum Gesetzgeber werden zu lassen, mit der Einrichtung eines Instanzenzuges, innerhalb dessen von Stufe zu Stufe immer mehr gleichgelagerte Fälle an *denselben* oberen, zuletzt höchsten Richter gelangen, sofern nicht die Autorität seiner Entscheidung sich praktisch schon in der Rechtsanwendung der unteren Gerichte durchsetzt. Nur eine Fortführung dieses Prinzips, zur Erzielung der Gleichbehandlung aus vielen Richtern *einen* zu machen, stellen die Plenarentscheidungen des Bundesgerichtshofs dar, die ergehen müssen, wenn z. B. ein Senat von der Rechtsauffassung eines anderen Senats abweichen will. In ähnlicher Weise soll ja nach dem Willen des Grundgesetzes die Rechtsprechung der sogenannten oberen Bundesgerichte – des Bundesgerichtshofs in Zivil- und Strafsachen, des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesarbeitsgerichts usw. – künftig durch ein „Oberstes Bundesgericht“ vereinheitlicht werden.

Den Luxus einer dritten und womöglich noch vierten Instanz können wir uns freilich nur für solche Fälle leisten, in denen Fragen aufgeworfen werden, die über den individuellen Sachverhalt hinausweisen, weil sie auch in anderen, gleichgelagerten oder ähnlichen, Sachverhalten auftauchen und sich wiederholen können. Mit anderen Worten: eine dritte Instanz ist nur dort am Platze, wo das Interesse an der *Gleichbehandlung innerhalb der Rechtsprechung* es gebietet.

Zum individuellen, nicht wiederholbaren Sachverhalt gehört die Frage, ob eine bestimmte Handlung vorgenommen wurde oder nicht, z. B. ob der bestohlene Eigentümer auf den fliehenden Dieb geschossen hat. Vom Standpunkt der Gleichbehandlung in anderen Fällen kann diese Frage – die sogenannte *Tatfrage* – nicht interessieren. Wenn es aber darum geht, ob das Schießen auf einen fliehenden Dieb noch unter den Begriff der Notwehr fällt und daher erlaubt ist, erhebt sich eine Frage grundsätzlicher Art, die jeden Tag in einem anderen Prozeß wieder praktisch werden kann. Hier haben wir es mit einer sogenannten *Rechtsfrage* zu tun, auf die unsere Prozeßordnungen die Nachprüfung des Urteils in der Revisionsinstanz beschränkt wissen wollen. Nur wer die *Gleichbehandlungsfunktion der Revision* im Auge behält, ist in der Lage, die Grenzen dessen richtig abzustechen, was in der Revisionsinstanz noch nachgeprüft werden kann⁸). Wo diese Grenzen verlaufen, kann im einzelnen zweifelhaft sein. Aber es leuchtet z. B. die Revisibilität allgemeiner Geschäftsbedingungen des Handels oder der Industrie ohne weiteres ein, weil diese Geschäftsbedingungen für einen unbestimmten und umfangreichen Kreis von Personen gedacht sind und das Bedürfnis nach Gleichbehandlung auf der Hand liegt.

Hier zeigt sich der dem Laien oft schwer begreifliche Unterschied zwischen der Revision und der Berufung, die ja an die zweite Instanz geht und zu einer unterschiedslosen Nachprüfung sowohl der Tatfrage als auch der Rechtsfrage führt. Für die Gewährung der Berufungsinstanz ist in erster Linie ausschlaggebend das Interesse der Parteien an der richtigen Entscheidung ihres individuellen Falles, der noch einmal

vor andere Richter gebracht werden soll. Bei der Revision dagegen werden die Parteiinteressen gewissermaßen dem Gemeinwohl dienstbar gemacht, dem an der gleichmäßigen Handhabung des Rechts gelegen sein muß.

In Frankreich geht man in dieser Beziehung noch weiter. Hier kann nämlich, auch wenn die Parteien sich bei dem Urteil der unteren Instanz beruhigt haben, der Generalstaatsanwalt (procureur général) beim Kassationshof „im Interesse des Gesetzes“ eine Entscheidung des Kassationshofs herbeiführen (pourvoi dans l'intérêt de la loi). Ein Beispiel: Der Maire einer Gemeinde vor den Toren von Paris hatte sich in seiner Funktion als Standesbeamter durch ein Gemeinderatsmitglied (conseiller municipal) vertreten lassen. Es war zweifelhaft, ob er unter den gegebenen Voraussetzungen dazu befugt gewesen sei, und ob die vor dem Vertreter geschlossenen Ehen gültig seien. In einem von der Staatsanwaltschaft gegen drei Ehepaare angestregten Nichtigkeitsprozeß hatte das Tribunal civil de la Seine die Gültigkeit verneint, und die Beteiligten hatten sich bei diesem Ergebnis beruhigt – vielleicht zufrieden darüber, daß sie wieder auseinander waren. Aber die Angelegenheit erregte großes Aufsehen, weil derartige Vertretungen des maire auch sonst in Frankreich gar nicht selten vorkamen. Der procureur général beim Kassationshof sah die Gefahr, daß nun alle so geschlossenen Ehen für nichtig erklärt werden könnten, und da er das Urteil für falsch hielt, betrieb er dessen Kassation, die auch erfolgte – freilich nur mit der Maßgabe erfolgte und erfolgen konnte, daß die in dem Urteil des Tribunal civil de la Seine aufgestellte Rechtsansicht „gelöscht“ und damit die Gefahr beseitigt oder doch

vermindert wurde, daß sie in ähnlichen Fällen Schule mache. Dagegen blieb es, weil die Parteien ja ein Rechtsmittel nicht eingelegt hatten, bei der Nichtigkeit ihrer Ehe; insoweit durfte die rechtskräftige Erledigung des Einzelfalles den Sieg davontragen⁹⁾).

Übrigens kann nach unserem Recht eine ähnliche Situation eintreten: daß nämlich ein rechtskräftig entschiedener Einzelfall wie eine Insel liegen bleibt im Strom der sich hinterher wandelnden Rechtsanschauung. So in dem vom Reichsgericht entschiedenen Scharlachberg-Fall (RGZ 125, 159). Die bekannte Weinbrandfirma hatte vor dem ersten Weltkrieg gegen eine andere Firma Scharlachberg, die keine Weinbrandfirma war, auf Unterlassung des Gebrauchs der Bezeichnung „Scharlachberg“ geklagt, war aber mit der Begründung abgewiesen worden, es liege keine Verwechslungsgefahr vor. Nachdem die Rechtsprechung dazu übergegangen war, in ähnlichen Fällen die Verwechslungsgefahr zu bejahen, und unlauteren Wettbewerb anzunehmen, wiederholte die Weinbrandfirma Scharlachberg ihre frühere Klage und ließ vortragen: das, was heute allgemein als sittenwidrig aufgefaßt werde, dürfe die Beklagte nicht um deswillen für sich in Anspruch nehmen, weil es ihr durch das frühere Urteil gestattet worden sei. Das Reichsgericht gab jedoch der Beklagten recht, ließ also das Erfordernis der Gleichbehandlung zurücktreten hinter dem Grundprinzip, daß zwischen den Parteien das rechtskräftige Urteil maßgebend bleiben müsse, das damit allerdings geradezu ein Privileg schafft.

In den bisherigen Ausführungen hat sich gezeigt, daß die Gleichbehandlung gleichgelagerter Fälle durch die Rechtsprechung zwar als ein „Ziel, aufs innigste zu wünschen“

mit allen Mitteln anzustreben ist, aber dem Wesen der Sache nach niemals garantiert werden kann. Dies muß um so mehr betont werden, als Art. 3 Abs. 1 GG: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ die ihm eigene magnetische Anziehungskraft auf solche Rechtsuchenden ausübt, die sich nicht damit abfinden wollen, daß gleichgelagerte Fälle von verschiedenen Gerichten oder auch Verwaltungsbehörden in verschiedenem Sinne entschieden werden können, daß also insoweit mehrerlei Recht möglich ist. Da nach § 90 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes jedermann Verfassungsbeschwerde erheben kann, wenn er glaubt, durch Akte der öffentlichen Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein, so ist es denkbar und auch schon vorgekommen, daß Entscheidungen selbst höchster staatlicher Stellen vor das Bundesverfassungsgericht gezogen werden mit der Begründung, sie hätten das Grundrecht auf Gleichbehandlung mißachtet. Mit Recht hat nun aber das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, daß die unterschiedliche Auslegung eines Gesetzes in gleichgelagerten Fällen noch keine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz darstelle. Werde ein Rechtssatz von verschiedenen amtlichen Stellen in verschiedenem Sinn ausgelegt, so könne der durch die ungünstigere Auslegung Benachteiligte doch nur geltend machen, diese Auslegung sei die falsche. Das Bundesverfassungsgericht sei aber nicht dazu da, Entscheidungen auf ihre sachliche Richtigkeit nachzuprüfen¹⁰⁾. In der Tat ist es lediglich Sache des ordentlichen Instanzenzuges, insbesondere der Revisionsinstanz, festzustellen, ob das Gesetz richtig angewandt worden ist. Der Hinweis, daß die von der Partei erstrebte Gesetzesauslegung in einem gleichge-

lagerten Fall bereits anerkannt wurde, bedeutet nur ein Indiz dafür, daß diese Auslegung zu billigen ist – ein Indiz, das nicht schwerer wiegt als ein wissenschaftliches Gutachten oder eine Kommentarstelle.

Das Bundesverfassungsgericht ist also nicht dazu da, eine einheitliche Rechtsprechung zu garantieren. Das ist Aufgabe der höchsten Instanzgerichte, eine Aufgabe, die gemeiniglich als Wahrung der Rechtseinheit gekennzeichnet wird. Wie wenig dem Staatsbürger ein verfassungsmäßig garantiertes Grundrecht auf Gleichbehandlung im Sinne einer solchen Rechtseinheit zusteht, zeigt sich sofort, wenn man unsere Frage in die Ebene der Gesetzgebung verlegt, wo man ja auch auf so manchem Gebiet eine schwer zu ertragende Rechtszersplitterung in Kauf nehmen muß. In den Nachkriegsjahren gab es beispielsweise in der Britischen Zone weder ein Betriebsrätegesetz noch ein Kündigungsschutzgesetz, im Gegensatz zu dem Rechtszustand in Süddeutschland. Auch hier hätte das Bundesverfassungsgericht nicht etwa gegen den Bundestag in Bewegung gesetzt werden können mit dem Ziele, die Gleichheit im Bundesgebiet durch Erlaß eines einheitlichen Betriebsverfassungs- und Kündigungsschutzgesetzes herbeizuführen. Dieses mußte ebenso dem Verantwortungsgefühl und der Einsicht des Bundesgesetzgebers überlassen bleiben, wie die Herbeiführung einer einheitlichen Auslegung gesetzlicher Normen Sache der Wissenschaft und der Gerichtspraxis ist.

Wir halten als Ergebnis fest, daß die ungleiche Behandlung gleichartiger Tatbestände durch die Gerichte für sich allein noch nicht die Rüge rechtfertigen kann, es sei das verfassungsmäßige Grundrecht auf Gleichbehandlung verletzt.

Aber auch die *erstmalige* Entscheidung eines Gerichts darüber, ob dem im Gesetz ausdrücklich geregelten Sachverhalt ein ähnlicher Sachverhalt gleich oder ungleich zu erachten sei, fällt, wie ich bereits andeutete, nicht in den Bereich des Art. 3 GG. Es muß allein dem Richter vorbehalten bleiben, darüber zu befinden, ob eine Erstreckung oder analoge Anwendung der gesetzlichen Norm am Platze erscheint oder nicht. So wird sich eine Bank, der ein Warenlager zur Sicherung eines Kredits übereignet ist, beim Bundesverfassungsgericht sicher nicht darüber beschweren können, daß sie im Konkurs ihres Kunden nicht wie ein echter Eigentümer, sondern nur wie ein Pfandgläubiger behandelt worden sei. Die hier zugrundeliegende Frage, ob bei dem Sicherungseigentum die formelle Eigentümerstellung oder der materielle Sicherungszweck den Ausschlag zu geben habe, ist von den ordentlichen Gerichten in eigener Verantwortungssphäre zu lösen, die auch das Bundesverfassungsgericht zu respektieren hat. Ist dem aber so, dann muß es doch nachdenklich stimmen, wenn hie und da befürwortet wird, daß das Bundesverfassungsgericht auf Grund von Art. 3 GG *Gesetze* daraufhin überprüfe, ob sie „Gleiches gleich, Ungleiches ungleich“ behandeln. Sollte die vom Gesetzgeber geübte Gerechtigkeit nachprüfbar sein, wo die vom Richter in rechtsschöpferischer Auslegung des Gesetzes geübte es nicht ist? Könnte ein Gesetz, das die herrschende Rechtsprechung beispielsweise gerade in der Frage des Sicherungseigentums übernimmt und als bindende Regel fixiert, nun auf einmal einer Verfassungsbeschwerde ausgesetzt sein mit der Begründung, es werde Gleiches ungleich behandelt? Doch sicherlich nicht!

Ich kann und will mich mit dem noch in vollem Fluß befindlichen Problem, inwieweit das Bundesverfassungsgericht Gesetze auf Gleichbehandlung und damit auf Gerechtigkeit kontrollieren kann, nicht befassen; das hieße auf eine Literatur eingehen, die schon Bände füllt, namentlich wenn man ausländisches Verfassungsrecht, besonders dasjenige der USA, heranzieht. Bewußt habe ich als Überschrift meiner Rede „Die Gleichheit vor dem *Richter*“ gewählt. Denn ich glaube, daß die Grenzen der „Gleichheit vor dem Gesetz“ nur dann richtig erkannt werden können, wenn man Gesetzgebung und Richteramt als Einheit ansieht. Nicht nur das Gesetz, sondern Gesetz *und* Richteramt schaffen – wie *Bülow* so prägnant gesagt hat¹¹⁾ – dem Volke sein Recht. Erst durch den Richterspruch wird das Gesetz zum Tönen gebracht, wie die Glocke durch den Klöppel.

Gerade vom Richterspruch her wird auch deutlich, daß die verfassungsmäßige Garantie der Gleichheit vor dem Gesetz ihren Schwerpunkt in der *Willkürbekämpfung* hat, nicht aber einen Maßstab schaffen will, an dem abgelesen werden könnte, ob der einzelne Richterspruch oder das einzelne Gesetz einer letzten Gerechtigkeit entspreche. Denn *diese* Justitia müßte wahrlich eine Göttin sein, die allein uns sagen könnte, ob die in concreto erforderliche Rechtsetzung sich mehr an der Gleichheit oder mehr an der Ungleichheit der Menschen und Tatbestände zu orientieren habe. Nur wo der Verfassungsgesetzgeber ausdrücklich vorschreibt oder deutlich erkennen läßt, daß die Ungleichheit keine Rolle spielen dürfe, so insbesondere bei Rasse, Religion, Geschlecht usw., kurz bei den *Diskriminierungsverboten* des Art. 3, nur dort sind auch dem Richter Handhaben ge-

geben, das Gesetz selbst zu wägen. Meint er, daß es die Verfassung – hier also die garantierte Gleichheit – verletze, so muß er freilich dem Bundesverfassungsgericht Vorlage machen, das allein befugt ist, ein Gesetz oder einen anderen Akt der öffentlichen Gewalt wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz für nichtig zu erklären. Besser, wenn der Richter schon von sich aus dem Gleichheitsgebot der Verfassung zum Siege verhelfen kann, indem er durch Analogie Ungleichheiten der Gesetze ebnet. Dafür noch ein letztes Beispiel. Durch Art. 9 des im Jahre 1933 zwischen dem Päpstlichen Stuhl und dem Deutschen Reich abgeschlossenen Konkordats ist den katholischen Geistlichen über die Vorschriften unserer Prozeßordnungen hinaus ein Zeugnisverweigerungsrecht mit Bezug auf Beichtgeheimnisse auch dann eingeräumt worden, wenn das Beichtkind sie von der Pflicht zur Verschwiegenheit entbunden haben sollte. Vor dem Landgericht Fulda hat vor wenigen Jahren ein protestantischer Geistlicher das gleiche Recht für sich in Anspruch genommen. Das Gericht hat ihm dieses Recht auch zugebilligt, indem es die Prozeßordnungen im Sinne des Gleichheitsgebots der Verfassung für alle Geistlichen gleichmäßig ergänzte¹²⁾. Hier war der Grundsatz der konfessionellen Parität ein klarer und nicht mißzuverstehender Wegweiser. Ebenso klar war in unserem früheren Beispiel der Grundsatz, daß Arme und Reiche gleichen Anspruch auf gerichtlichen Schutz haben. Mit Recht verlangte deshalb, wie wir sahen, das Bundesverfassungsgericht, daß der ordentliche Richter die Strafprozeßordnung dahin ergänzte, daß auch im sogenannten Klagerzwingungsverfahren das Armenrecht gewährt würde. Nur wo, wie in diesen Fällen,

die ungleiche Behandlung von jedem Rechtsgenossen als Willkür empfunden werden muß, nur dort ist die Gleichheit vor dem Richter von der Verfassung garantiert.

Darf ich, meine Damen und Herren, zum Schluß meiner Rede der Hoffnung Ausdruck geben, dem Grundsatz der Gleichbehandlung auch meinerseits gerecht geworden zu sein, indem ich den Juristen unter Ihnen nicht nur Selbstverständliches, den Nichtjuristen nicht nur Unverständliches gebracht habe!

Anmerkungen

- ¹⁾ BVGG § 64 Abs. 1: „Der Antrag ist nur zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, daß er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist.“ – Abs. 2: „Im Antrag ist die Bestimmung des Grundgesetzes zu bezeichnen, gegen die durch die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners verstoßen wird.“
- ²⁾ Insbesondere deshalb, weil Mehrheit und Minderheit des Bundestages vor dem Bundesverfassungsgericht nicht parteifähig seien. Vgl. Entscheidungen des BVerfG, Bd. 2 S. 143 ff., insbes. S. 144 Leitsatz 10 und S. 160 ff. – In einer kurzen Bemerkung S. 157 f. (vgl. auch S. 143 f. Leitsatz 2) wird „eine Fassung des Antrags, die auf die Feststellung des verfassungsmäßigen Verhaltens des Antragstellers zielt“, mit dem Grundgedanken des § 64 BVGG für vereinbar gehalten, „wenn nur die Grundvoraussetzung des rechts-erheblichen, die Ausübung verfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten des Antragstellers verletzenden oder gefährdenden Verhaltens des Antragsgegners gegeben ist“.
- ³⁾ So neuestens wieder *Henkel*, Strafverfahrensrecht S. 123 ff., der die durchgängigen Bedenken teilt.
- ⁴⁾ Zgl. *Zeiler*, Die vermittelnde Entscheidung, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht Jg. 10 (1919/20) S. 177 ff. *Zeilers* Abhandlung setzt sich eingehend auseinander namentlich mit einschlägigen Schriften des niederländischen Juristen *Hartzfeld*.
- ⁵⁾ Vgl. z. B. Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten, Teil 1, Titel 13, § 29: „Sollte sich endlich der nicht leicht zu erwartende Fall ereignen, daß ein nicht zu hebender Widerspruch in den Beweismitteln obwaltete, und aller deshalb erteilten Vorschriften ungeachtet, kein Bewegungsgrund vorhanden wäre, weshalb einer Partei vorzüglich vor der anderen die Ableistung eines notwendigen Eides verstattet werden könnte; so soll es den Urteilsfassern erlaubt seyn, den Gegenstand des Streits nach einem billigen Verhältnisse zu theilen, in so fern die in solchen Fällen auf das sorgfältigste zu versuchende Sühne nicht Platz greifen will.“
- ⁶⁾ In diesem Zusammenhange sei hingewiesen auf die anregende Schrift des finnischen Juristen *Bruslin*: Über die Objektivität der Rechtsprechung (Helsinki 1949).

- 7) Vgl. Entscheidungen des BVG, Bd. 2 S. 336 ff.
- 8) Mit Recht stellt *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts S. 50 den Grundsatz auf: „Nachprüfbar sind immer nur diejenigen Teile des Urteilsspruches, deren Bestehenbleiben in irgendeiner Weise für die Gleichförmigkeit der Rechtsprechung nachteilig sein kann.“
- 9) Das angeführte Beispiel betrifft die sog. „affaire des mariages de Montrouge“. Das Urteil des Tribunal civil de la Seine findet sich bei Dalloz 1883.2.54 f.; das Urteil des Kassationshofs ebenda 1884.1.11.
- 10) Vgl. Entscheidungen des BVG, Bd. 1 S. 85 (Nr. 17). Es handelte sich dort um eine verschiedenartige Praxis einerseits der bayerischen, andererseits der schleswig-holsteinischen Soforthilfebehörden. In einer späteren Entscheidung hat der BVG sich im gleichen Sinne zu einer unterschiedlichen Praxis der Gerichte geäußert: „Die Verschiedenartigkeit der Strafpraxis verschiedener Gerichte stellt ebensowenig eine Verletzung des Art. 3 GG dar, wie die verschiedenartige Rechtsauslegung verschiedener Gerichte oder Behörden“ (Bd. 1 S. 345).
- 11) *Bülow*, Gesetz und Richteramt S. 48.
- 12) Vgl. Süddeutsche Juristen-Zeitung 1950 Sp. 826.



B 9310, stz