

Zeitschrift:	Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie = Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia = Swiss journal of philosophy
Herausgeber:	Schweizerische Philosophische Gesellschaft
Band:	49 (1990)
Artikel:	Die Freiheit des Richters
Autor:	Schubarth, Martin
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-883004

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 03.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

MARTIN SCHUBARTH

Die Freiheit des Richters

Ist der Richter frei? Nein, er ist gebunden an Gesetz und Verfassung. Was heißt Bindung an Gesetz und Verfassung? Gesetz und Verfassung können als generell-abstrakte Normen den konkreten Einzelfall nicht entscheiden. Wie weit geht die Freiheit des Richters bei der Einzelfallentscheidung? Was, wenn Gesetz und Verfassung zu einer Frage schweigen? Und wenn sich der Richter schlicht über das Gesetz hinwegsetzt, gehört auch das zur Freiheit des Richters?

Man spricht vom Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit. Aber ist der Richter wirklich unabhängig? Ist er unabhängig von seinem Wahlorgan? Richter werden in der Schweiz in der Regel für eine bestimmte Wahlperiode gewählt und müssen sich bei deren Ablauf der Wiederwahl stellen. Beeinflusst dieses Faktum die richterliche Entscheidungstätigkeit, insbesondere in einem Jahr, an dessen Ende die Wiederwahl ansteht wie im Dezember 1990 die Gesamterneuerung des Bundesgerichtes? Wie wirkt sich die verbreitete Ansicht, eine hohe Stimmenzahl beweise eine «gute» Wiederwahl, auf das Verhalten des Richters insbesondere in einem Wahljahr aus? Ist der Richter frei von seinen sozialen und weltanschaulichen Bindungen? Oder setzt vielmehr die richterliche Tätigkeit einen Standpunkt voraus, über den allerdings der qualifizierte Richter selbstkritisch reflektieren sollte?

Dies alles sind nur ein paar wenige unstrukturierte Fragen zu einem Thema, wo wohl weniger Antworten als Reflexionen möglich sind.

Bindung an das Gesetz und Freiheit in der Einzelfallentscheidung: Dass das Gesetz auf die meisten zu entscheidenden Fragen keine direkte Antwort gibt, diese vielmehr auf dem Wege der Auslegung gefunden werden muss, ist heute eine Binsenwahrheit. Ebenso ist heute klar, dass alle Bemühungen um eine präzise Auslegungslehre insofern gescheitert sind, als es keine Auslegungslehre gibt und geben kann, mit deren Hilfe zwingend das «allein richtige» Resultat gefunden oder gar deduziert werden kann. Das bedeutet, dass der Richter im Einzelfall seine Entscheidung jedenfalls in einem gewissen Rahmen «frei» treffen kann. Eine überzeugende juristische Urteilsbegründung besteht denn auch nicht darin, dass man das erzielte Ergebnis als das einzige richtige beweist – was unmöglich ist –, sondern dass man die Gesichts-

punkte zeigt, die für die getroffene Lösung sprechen und sich mit anderen Auffassungen, die zu einer anderen Lösung führen, so auseinandersetzt, dass die erzielte Lösung vom Ergebnis und ihrer Begründung her eine Überzeugungskraft hat, die ein Akzeptieren des Urteilsspruchs jedenfalls erleichtert.

Ist der Richter damit wirklich frei? Das soeben geschilderte Vorgehen entspricht dem idealtypischen Fall eines Richters, wie er leider nicht immer vor kommt. In diesem idealtypischen Fall wird zugleich deutlich, dass die Freiheit des Richters, im Rahmen einer generellen gesetzlichen Vorgabe die Einzelfallentscheidung zu konkretisieren, nicht nur durch diesen Rahmen beschränkt ist, sondern auch durch den Zwang, für die Entscheidung eine überzeugende, im Grenzfall zumindest akzeptierbare Begründung zu geben. Das heisst, er hat zunächst einmal die Freiheit (und jedenfalls bei einem bedeutenderen Fall die Pflicht, was wiederum deutlich macht, dass es sich um eine relative Freiheit handelt), nach den verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, die im konkreten Fall in Betracht kommen, Ausschau zu halten, das jeweilige Pro und Contra zu prüfen und gegenüberzustellen und sich schliesslich zu derjenigen Lösung durchzuringen, die unter Berücksichtigung aller in Betracht kommender Kriterien als die überzeugendste erscheint.

Prinzipiell nicht anders verhält es sich, wenn der Richter eine Entscheidung treffen muss, die von Gesetz und Verfassung nicht oder nur sehr rudimentär vorgezeichnet ist, also bei «Neulandentscheidungen», wie etwa bei der Entscheidung über die Verfassungsmässigkeit des Verbotes der In-vitro-Fertilisation. Hier hat der Richter vielleicht einen graduell grösseren Entscheidungsspielraum, der aber umgekehrt – wiederum im idealtypischen Fall – mit einem entsprechend grösseren Zwang für die Entscheidungsbegründung verbunden ist.

Der Richter steht unter Entscheidungzwang – d. h. er hat nicht die Freiheit, keine Entscheidung zu treffen. Überspitzt gesagt: Er hat theoretisch die Möglichkeit zu jedweder Entscheidung, ausgenommen zur Nichtentscheidung. Allerdings gibt es Strategien, mit denen der Richter einer unangenehmen Entscheidung ausweichen kann: Er findet einen Grund, auf die zentrale Frage nicht einzutreten, etwa indem er ein prozessuales Hindernis zu entdecken glaubt, oder indem er den Entscheidungssachverhalt so zu verstehen sucht, dass er der Entscheidung der unangenehmen Frage ausweichen kann. Der Entscheidungzwang kann also zum Ausweichzwang führen – und mit dessen Hilfe wird die Freiheit zur Nichtentscheidung doch noch erreicht.

Der (vermeintliche) Entscheidungzwang kann aber auch zur zwanghaften déformation professionnelle führen, wo eine Entscheidung gar nicht nötig wäre. So sollte etwa der Verfassungsrichter, aufgerufen, über die Verfassungs-

mässigkeit des Verbotes der In-vitro-Fertilisation zu entscheiden, den Mut haben für das Eingeständnis: Weil wir (noch) nicht wissen, was in der Verfassung steht, ist das Verbot jedenfalls heute nicht verfassungswidrig. Dies wäre ein legitimer Weg, sich vom Entscheidungzwang zu befreien in einer Konstellation, wo die materielle Legitimation von fünf oder sieben (ausschliesslich männlichen) Richtern in Frage gestellt werden kann, weil es um Probleme geht, die des Diskurses in einem weit grösseren Gremium bedürfen. Die richterliche Selbstbeschränkung in verfassungsrechtlichen Grundsatzfragen vergrössert also den Freiheitsraum der anderen gesellschaftlichen Kräfte.

Wie steht es mit dem Richter, dem nur ein beschränktes Denk- und Argumentationsvermögen zur Verfügung steht? Das ist nicht polemisch gemeint, sondern geht von der nüchternen Realitätsanalyse aus, dass es auch diesen Richter gibt. Bei diesem Richter besteht die Gefahr, dass er sich die Freiheit einer dezisionistischen Entscheidung anmasst, für die keine Begründung gegeben wird oder höchstens eine, die notdürftig kaschiert, dass die Entscheidung in Wirklichkeit ohne Begründung ist. Bei diesem Richter könnte der Eindruck entstehen, er verfüge über eine grössere, vielleicht sogar unkontrollierte Freiheit. In Wirklichkeit wird er allerdings – bewusst oder unbewusst – eher ein Opfer seiner Vorurteile, seiner inneren Unfreiheit sein.

Bisher war die Rede vor allem von *dem* Richter und *seiner* Freiheit. Doch ein Richter entscheidet selten allein. Den Einzelrichter finden wir vor allem in der untersten Instanz. Seine Entscheidungen können jedoch in der Regel an eine obere Instanz weitergezogen werden. Seine Freiheit ist also insofern begrenzt, als er auf die Rechtsprechung der oberen Instanz Rücksicht nehmen muss oder aber riskiert, dass seine in allzugrosser Freiheit ergangene Entscheidung kassiert wird.

Wie steht es mit der Freiheit des obersten Richters? *Den* obersten Richter gibt es in der Regel nicht. Vielmehr bestehen Kollegialgerichte. Es entscheiden also etwa fünf Richter und im Idealfall kontrollieren sie sich gegenseitig in dem Sinne, dass keiner von seiner Freiheit unkontrolliert Gebrauch macht, d. h., dass das Urteil des Kollegiums den oben geschilderten idealtypischen Anforderungen entspricht.

Allerdings sind auch hier wieder Abweichungen vom Idealtypus denkbar. So mag vorkommen, dass wegen Überlastung oder auch aus grosser Bequemlichkeit, vielleicht auch wegen eines (möglicherweise gerechtfertigten) Vertrauens dem referierenden Richter freie Hand gelassen und dem von ihm erarbeiteten Vorschlag ohne kritische Kontrolle zugestimmt wird. Zum Idealbild des Kollegialgerichtes gehört deshalb, dass jeder Richter den hohen Ansprüchen an das Richteramt genügt. Die Freiheit, eigene und unter Umstän-

den eigenwilligen Lösungen zu entwickeln, ist dann mit der Pflicht kombiniert, die Lösungen der Kollegen kritisch zu überprüfen und umgekehrt sich eine kritische Prüfung der eigenen Lösungen gefallen zu lassen. Im Idealfall, der allerdings hohe intellektuelle, moralische und psychologische Anforderungen an die Beteiligten stellt, kann sich aus dieser Kombination von Freiheit und Bindung der einzelnen Richter ein Gespräch entwickeln, in welchem ursprüngliche Lösungsvorschläge verbessert und möglicherweise erst zu einer vertretbaren Lösung herangeführt werden.

Andererseits vermag auch das Kollegialsystem unkontrollierten, sogar willkürlichen Dezisionismus nicht zu verhindern, nämlich dann, wenn ein Teil des Kollegiums sich die «Freiheit» nimmt, die kritische Kontrolle von dezisionistischen Lösungsvorschlägen nicht vorzunehmen, sondern unkritisch, wenn nicht sogar unbesehen abzusegnen. Leider beruht auch dies auf realer Beobachtung und ist nicht ein theoretisches Gedankenprodukt. Und entsprechend gehört auch zur Freiheit des Richters, gegebenenfalls nach Absprache wider besseres Wissen und wider alle überzeugenden Sachkriterien zu entscheiden, sei es aus Gründen des persönlichen Prestiges – man will nicht zugeben, dass ein ursprünglicher Entscheidungsvorschlag fehlerhaft war und wird dabei aus falscher «Kollegialität» von einer Mehrheit von Kollegen unterstützt – oder man entscheidet sich gegen den Lösungsvorschlag eines Kollegen nicht aus Sachgründen, sondern aus persönlicher Animosität. Entsprechend gehört zur Freiheit des Richters auch, nicht zu sehen oder nicht sehen zu wollen, dass man die Fähigkeit für das Richteramt nicht mehr hat und deshalb die Konsequenzen ziehen sollte.

Entsprechend ist zu befürchten, dass es den Richter gibt (auch wenn es ihn nicht geben sollte), der mit Rücksicht auf seine Wiederwahl (oder seine Aufstiegschancen) seine Entscheidung nicht nach den besten Sachkriterien entwickelt, sondern danach richtet, was vom Wahlorgan am ehesten erwartet wird.

Zur Freiheit des Richters gehört es offenbar auch, Beobachtungen, wie soeben angestellt, zu machen oder auf solche Beobachtungen zu verzichten. Zu seiner Freiheit gehört es auch, solche Beobachtungen für sich zu behalten oder wie hier reflektierend wiederzugeben. Und auch dabei besteht die Freiheit, dies ohne Rücksicht auf die Kosten – etwa auf Reaktionen aus seinem Umfeld – zu tun oder sich einer Selbstzensur zu unterwerfen, also seine Beobachtungen, Analysen, Reflexionen zu beschränken aus irgendwelchen, auch opportunistischen Gründen.

Wie steht es mit der Freiheit von weltanschaulichen und sozialen Bindungen? Diese Bindungen bestehen offensichtlich; denn der Richter ist ein

Mensch in einem sozialen Umfeld, das notwendig Auswirkungen auf sein Denken und Handeln haben muss. Der Richter ist auf diese sozialen Bezüge angewiesen, wenn er nicht weltfremd urteilen will. Die Frage ist auch hier wieder, was der Richter aus diesen Bindungen macht. Im Idealfall wird sich der Richter mit diesen seinen Bindungen auseinandersetzen und sich selbst zunächst einmal deutlich machen, auf welchen Vorurteilen seine Grundüberzeugungen beruhen. Ein gut funktionierendes Kollegialsystem, bei welchem verschiedene Richter mit unterschiedlichen Herkommen und unterschiedlicher Bindung und damit unterschiedlichen Ausgangspunkten an ein Problem herantreten, kann hier hilfreich sein. Dies zeigt, dass sich der Richter, der sich zur Auseinandersetzung mit seinen Bindungen zwingt, von die Sachentscheidung beeinträchtigenden Bindungen befreien kann, während umgekehrt der Richter, der sich die Freiheit nimmt, unreflektiert in seinen Bindungen zu verharren, in Wirklichkeit kein freier Richter ist. Eine faktische Beschränkung, sich in Auseinandersetzung mit Auffassungen von Kollegen von seinen Bindungen zu lösen, kann sich etwa aus einer nach Alter oder Geschlecht einseitigen Zusammensetzung eines Richterkollegiums ergeben. Von daher gesehen könnte sich die Freiheit des einzelnen Richters erhöhen, wenn es vermehrt auch Richterinnen gäbe.

Es liegt nahe, das soeben Gesagte anhand eines aktuellen Beispiels zu konkretisieren: dem mit 3 : 2 Richterstimmen ergangenen Urteil des Bundesgerichtes vom 26. Januar 1990, mit welchem festgestellt wurde, dass die grell-pastell-Sendung des Deutschschweizer Fernsehens vom November 1988 die Konzession verletzt habe. Es sei – so wird man das Urteil aufgrund der öffentlichen Beratung verstehen müssen (die schriftliche Begründung steht bei der Abfassung dieses Beitrages noch aus) – nicht zulässig, im Rahmen einer Unterhaltungssendung im Anschluss an eine Diskussion mit Nacktgirls aus einem Boulevardblatt einer dissidenten katholischen Theologin Gelegenheit zu provokativen Aussagen über das Papsttum zu geben (und zwar auch dann nicht, wenn im Anschluss daran ein Vertreter der Bischofskonferenz Gelegenheit zu einer ausführlichen Darstellung hatte). Ich lasse offen, ob das Urteil «richtig» ist. Zu fragen ist vielmehr: Waren sich die Mehrheitsrichter ihrer eigenen Vorurteile bewusst, haben sie sich mit ihnen im Sinne der hier gemachten Ausführungen auseinandergesetzt und haben sie über die Problematik reflektiert, dass ein reines Männergericht mit einer Frage befasst war, hinter der die Problematik einer anderen rein männlich dominierten Institution steht – in Frage gestellt von einer Frau, die möglicherweise zwangsläufig zur Dissidentin wurde? Besteht hier nicht die Gefahr, dass der Richter als Angehöriger einer traditionell männlichen Institution gerade wegen dieser

Zugehörigkeit (und vielleicht auch aufgrund eines unbewussten Abwehrreflexes gegen die Unterwanderung der Institution Justiz – der «Justitia» – durch Richterinnen) einer anderen Männerinstitution unreflektiert Recht gibt?

Wie steht es mit der Freiheit des Richters, neue Gedanken aufzunehmen, sich weiterzubilden? Teilweise ist der Themenbereich bereits angesprochen: Jede fachliche Auseinandersetzung mit den Auffassungen eines neuen jungen qualifizierten Richters bedeutet Weiterbildung und zwar für beide Seiten. Darüber hinaus muss sich der Richter die Zeit nehmen, sich mit neuen Auffassungen bekannt zu machen, sich mit ihnen auseinanderzusetzen und zwar nicht nur mit neuen juristischen Auffassungen, sondern vor allem mit neuen sozialen Entwicklungen und Tendenzen, deren Kenntnis für die Entscheidung des Einzelfalles von Bedeutung sein kann. Nur der Richter, der sich dazu zwingt, schafft sich die Freiheit, auf Basis des ganzen Spektrums entscheidungsrelevanter Faktoren seine konkrete Entscheidung zu entwickeln. Wird ihm diese Möglichkeit zur permanenten Horizonterweiterung abgeschnitten, etwa weil es die Grösse des Geschäftsanfalles nicht mehr erlaubt, über die Einzelfallentscheidung hinaus nachzudenken, geschweige denn Neues zu lesen und aufzunehmen, dann geht etwas vom wichtigsten der richterlichen Freiheit verloren. Der Richter wird dann Bestandteil einer Erledigungsmaschinerie, in der Effizienz alles und Qualität der richterlichen Entscheidung nichts mehr ist. Dies führt zur Gefahr einer Abschmettermentalität, aufgrund welcher Beschwerden abgewiesen werden, ohne dass der Richter ihrer Problematik auf den Grund gegangen wäre. Ein ähnliches Phänomen besteht beim überforderten Richter, der sich die Freiheit nimmt (oder ist dies bereits Zwang?), jedem beliebigen Ergebnis zuzustimmen, wenn er sich damit Arbeit fernhalten kann.

Und zur Freiheit des Richters gehört schliesslich, mit den vorliegenden Reflexionen hier abzubrechen, ohne darlegen zu müssen, weshalb er gerade das hier Erörterte in seine Betrachtungen einbezogen und andere vielleicht ebenso wichtige Fragen übergangen hat...