

Gewaltenteilung als Verfassungsprinzip

Inaugural – Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der
Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main

vorgelegt von

Udo Hochschild

aus Strasbourg

Hochschild, Udo:

Gewaltenteilung als Verfassungsprinzip / Udo Hochschild. –

Als Ms. gedr.. – Berlin : dissertation.de – Verlag im Internet GmbH, 2010

Zugl.: Frankfurt, Univ., Diss., 2010

ISBN 978-3-86624-502-0

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

dissertation.de – Verlag im Internet GmbH 2010

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, auf Datenträgern oder im Internet und der Übersetzung, vorbehalten.

Es wird ausschließlich chlorfrei gebleichtes
Papier (TCF) nach DIN-ISO 9706 verwendet.
Printed in Germany.

dissertation.de - Verlag im Internet GmbH

URL: <http://www.dissertation.de>

***Wer hätte das gedacht:
Sogar die Tugend hat Grenzen nötig.***

Charles-Louis de Secondat,
Baron de la Brède
et
de Montesquieu
(1748)

***Der in Wahrheit fortgeschrittenste Gedanke
kann ein historisch weit zurückliegender sein,
aber gerade deshalb noch eine Zukunft haben.***

Karl Löwith
(1967)

Für meine Kinder

VORWORT

Menschen, die sich gegen klare organisatorische Ausschlussregeln sperren, wo sie ohne weiteres möglich wären, haben bisweilen ein eigenes Interesse daran, an der Normüberschreitung nicht gehindert zu sein. Aber auch dort, wo solche Hintergedanken fern liegen, ist auf die Tugend kein Verlass. Eifrige Pflichterfüllung kennt oftmals kein Maß. So hat selbst die Tugend Grenzen nötig.

Ich war mehr als drei Jahrzehnte lang und in drei Gerichtsbarkeiten als Richter tätig, als Zivilrichter, Familienrichter, Jugendrichter, Strafrichter, Ermittlungsrichter, Richter für freiwillige Gerichtsbarkeit, Sozialrichter und Verwaltungsrichter. Als Abteilungsleiter an einem großen Amtsgericht und als Direktor eines Sozialgerichts sammelte ich Erfahrungen in der Justizverwaltung¹ und mit der Justizhierarchie. Als Vorsitzender eines Richterverbandes und als Vorstandsmitglied in einem weiteren richterlichen Berufsverband konnte ich zahlreiche Kontakte zu Kollegen knüpfen und waren mir viele Informationen aus dem Justizbereich zugänglich. Seit dem 01.01.2008 bin ich im Ruhestand.

Meine Beobachtungen und Erfahrungen sind das Motiv für diese Arbeit. Man wird mir entgegenhalten, mein Aspekt sei subjektiv gefärbt. Er ist es nicht mehr als der eines Rechtswissenschaftlers, der meinen Erfahrungshintergrund nicht besitzt. Jede Beobachtung korrespondiert mit der Position und der Person des Beobachters. Dies ist die Arbeit eines Richters nach dem Ende seines Berufslebens.

Offenheit ist für mich ein Gebot. Wo ich in der nachfolgenden Arbeit *mich* meine, werde ich daher sprachlich die Ich - Form verwenden. Auch bitte ich um Nachsicht dafür, dass ich mich bei der Verwendung weiblicher oder männlicher Ausdrucksformen für die männliche entschieden habe. Es hätte mit gleicher Berechtigung durchgängig die weibliche sein können.

¹ Nach meiner Sichtweise sind die Organe der Gerichtsverwaltung der Teil der ministeriellen Justizverwaltung, der aus den Ministerien in die Gerichte ausgelagert ist, um vor Ort tätig zu sein; näher dazu unter III.1.b.. Dies ist kein unzulässiger, sondern nur ein ungebräuchlicher Blick auf die unbestrittene Janusköpfigkeit von beispielsweise Gerichtspräsidenten. Zur Verdeutlichung meines Blickwinkels werde ich im Folgenden den durch das DRiG eingeführten Begriff „Gerichtsverwaltung“ nach Möglichkeit vermeiden und den umfassenderen Begriff „Justizverwaltung“ verwenden.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
I. Gewaltenteilung als anthropologisch indizierte Aufgabenstellung	13
1. Wozu Gewaltenteilung ?.....	13
2. Montesquieu.....	15
3. Die anthropologische Klammer	17
4. Prinzip und Umsetzung.....	18
5. Gewaltenteilung und Grundgesetz.....	21
6. Zur Klarheit von Begriffen.....	23
7. Zum Zweck der richterlichen Unabhängigkeit.....	25
8. Sein und Sollen.....	27
II. Die normorientierte Auslegung des Grundgesetzes	31
III. Die Verfassungswirklichkeit in Deutschland	41
1. Von den Möglichkeiten der deutschen Exekutiven zur Beeinflussung der Rechtsprechung.....	41
a. Die Ausstattung der Gerichte.....	48
b. Die Dienstaufsicht über die Richter.....	52
aa. Die dienstliche Beurteilung der Richter am Beispiel Sachsens	55
bb. Die Geschäftsprüfung am Beispiel Sachsens.....	58
c. Die Ernennung und Beförderung der Richter.....	62
d. Fazit	68

2. Möglichkeiten, eine Beeinflussung der Rechtsprechung durch die Exekutive auszuschließen.....	70
a. Selbstverwaltung im Ausland.....	70
b. Richterwahl im Ausland.....	76
c. Selbstverwaltungsmodelle in Deutschland.....	77
aa. Das Modell des Deutschen Richterbundes.....	77
bb. Das Modell der Neuen Richtervereinigung.....	79
3. Zur fortschreitenden Entfaltung der Macht der deutschen Exekutiven über die Rechtsprechung.....	82
a. Beispiel dienstliche Beurteilung.....	85
aa. Die Tür zur Ämterpatronage.....	85
bb. Zur Angst von Bewerbern.....	87
b. Beispiel Geschäftsprüfung.....	89
c. Beispiel Ratschläge der Dienstaufsicht.....	90
d. Beispiel Neue Steuerungsinstrumente (NSI).....	93
e. Beispiel persönliche Unabhängigkeit der Richter.....	103
aa. Beispiel: Übertragung eines weiteren Richteramtes.....	104
bb. Beispiel: Teilzeitbeschäftigung von Richtern.....	106
4. Schlagwortartige Argumente gegen die organisatorische Trennung von Exekutive und Judikative.....	107
a. Das Demokratieprinzip.....	107
b. Die gegenseitige Kontrolle der Staatsgewalten.....	110
c. Die Gesetzesbindung der Richter.....	113
aa. Zu der Behauptung der Notwendigkeit einer exekutivischen Verwaltung der Justiz.....	113
bb. Zur Vermeidung richterlicher Willkür.....	117

d. Verfassungspolitische Einwände gegen eine Selbstverwaltung der Justiz.....	119
5. Gewaltenteilung und Legislative	121
6. Gewaltenteilung und Judikative	124
7. Zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit durch die Richterdienstgerichte	128
a. Zur Auswahl der Richter an Richterdienstgerichten.....	128
b. Zur Rechtsprechung der Richterdienstgerichte.....	129
8. Gelebte Paradoxie	131
9. Gewaltenteilung im öffentlichen Bewusstsein.....	134
a. Die politische Bildung.....	134
b. Die Bundeskanzlerin.....	136
c. Ein Bundestagsvizepräsident.....	136
d. Eine Landesregierung.....	137
e. Ein Ministerpräsident.....	138
f. Der Vorsitzende einer Bundestagsfraktion	138
g. Die Sächsische Staatskanzlei.....	138
h. Ein Weihnachtsbrief.....	139
10. Fazit	140
IV. Gewaltenteilungsprinzip versus Hoffungsprinzip	143
1. Gefahrenabwehr durch Gefahrenausschluss.....	144
2. Gefahrenabwehr auf Kredit	146
3. Die anthropologisch indizierte Auslegung des Grundgesetzes	148
a. Zur Geschichte des Gewaltenteilungsprinzips des Grundgesetzes.....	148

b. Über Verfassungsprinzipien.....	150
c. Die anthropologische Elle	151
d. Der Weg eines erfolgreichen Verfassungsprinzips	153
e. Fazit	156
Nachbemerkung	159
Zusammenfassung in Thesen.....	161
Literaturverzeichnis	173
Anhang 1 Standards verwaltungsrichterlicher Arbeit.....	179
Anhang 2 NSI - Schreiben Finanzministerium Baden-Württemberg.....	180
Anhang 3 NSI - Schreiben Justizministerium Baden-Württemberg.....	183
Anhang 4 NSI - Das Mitarbeitergespräch in der Justiz.....	185
Anhang 5 Die Bundeskanzlerin für Kinder.....	192
Anhang 6 Aufbau der „sächsischen Staatsverwaltung“	195
Anhang 7 Weihnachtsbrief des Sächsischen Ministerpräsidenten.....	197
Anhang 8 Schreiben des Vorsitzenden des Landesrichterrats	198

I. Gewaltenteilung als anthropologisch indizierte Aufgabenstellung

1. Wozu Gewaltenteilung?

Im Jahre 1532 veröffentlichte Niccolò Machiavelli sein Werk „Der Fürst“ (Il Principe). Es war eine Anleitung für machtorientierte Politiker. Hieraus ein Zitat: *„Die Handlungen aller Menschen und besonders die eines Herrschers, der keinen Richter über sich hat, beurteilt man nach dem Enderfolg. Ein Herrscher braucht also nur zu siegen und seine Herrschaft zu behaupten, so werden die Mittel dazu stets für ehrenvoll angesehen und von jedem gelobt. Denn der Pöbel hält sich immer an den Schein und den Erfolg; und in der Welt gibt es nur Pöbel“*².

Die Ratschläge Machiavellis sind bis zum heutigen Tage eine Versuchung für jeden Karrierepolitiker und für manchen die konkrete Handlungsanweisung. Politische Denker der Aufklärung suchten immer wieder den allgegenwärtig drohenden Schatten Machiavellis zu bannen, nicht zuletzt um die Freiheit des Menschen vor den jeweils Mächtigen zu schützen. So entstanden die modernen Ideen von Rechtsstaat und Gewaltenteilung. Der Engländer John Locke,³ der Franzose Charles de Montesquieu⁴ und der Deutsche Immanuel Kant⁵ gehörten zu ihren Verfechtern. Der Rechtsstaat wurde auf Beine gestellt.

Auf drei Beine, was Kant in die Worte fasste: *„Also sind es drei verschiedene Gewalten (potestas legislativa, executiva, iudiciaria), wodurch der Staat (civitas) seine Autonomie hat, d. i. sich selbst nach Freiheitsgesetzen bildet und erhält. - In ihrer Vereinigung besteht das Heil des Staats (salus rei publicae suprema lex est); worunter man nicht das Wohl der Staatsbürger und ihre Glückseligkeit verstehen muß; denn die kann vielleicht (wie auch Rousseau behauptet) im Naturzustande, oder auch unter einer despotischen Regierung, viel behaglicher und erwünschter ausfallen: sondern den Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien versteht, als nach welchem zu streben uns die Vernunft durch einen*

² Machiavelli, Der Fürst, XVIII. Kapitel.

³ Locke, Über die Regierung, S. 111 ff.

⁴ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, 11. Buch.

⁵ Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre S. 430 ff.

*kategorischen Imperativ verbindlich macht*⁶.

Seitdem wird von drei Staatsgewalten⁷ (oder Staatsfunktionen) gesprochen, der ersten Gewalt (gesetzgebende Gewalt = Legislative = Parlament/Abgeordnete), der zweiten Gewalt (ausführende Gewalt = Exekutive, bestehend aus den Institutionen und Organen der Regierung und der Verwaltung) und der dritten Gewalt (rechtsprechende Gewalt = Judikative = Gerichte/Richter). Die gesetzgebende Gewalt stellt die Spielregeln auf, nach denen der Staat funktionieren soll und denen alle unterworfen sind. Die ausführende Gewalt handelt praktisch im Rahmen der Gesetze. Die dritte Gewalt sanktioniert oder korrigiert die Nichteinhaltung der Gesetze.

Das Zusammenspiel der drei Staatsgewalten setzt voraus, dass keine über die anderen die Oberhand gewinnt und sie beherrscht⁸. Andernfalls hätte man nicht mehr eine Aufteilung der Staatsgewalt auf drei verschiedene Machsträger, sondern die Alleinherrschaft einer einzigen Gewalt, was das Gewaltenteilungsprinzip gerade verhindern soll.

Die Gewaltenteilung ist ein Strukturprinzip, ein Bauteil für die rechtsstaatliche Staatsordnung, das deren Funktionieren in einer bestimmten Weise beeinflussen soll. Wer für die Verteilung der staatlichen Gewalt auf unterschiedliche Organe des Staates ist, erstrebt damit die Bändigung der Macht des Staates durch ein System des Miteinanders und des Gegeneinanders, von Trennung und Verschränkung, des Zusammenwirkens und des Kontrollierens von und durch diejenigen, denen die Macht anvertraut ist.

Warum soll Macht gebändigt werden? Dies soll Freiheit ermöglichen und auf Dauer sichern sowie bessere Sachentscheidungen zeitigen.

⁶ Kant, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, S. 437.

⁷ Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, 11. Buch; Kant, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, S. 437.; Eschenburg, *Staat und Gesellschaft in Deutschland*, S. 226; Madison, *The Federalist Papers*, S. 404; BVerfGE 3, S. 225 ff. (247), 7, 183 ff. (188), 9, 268 ff. (279 f.); Herzog in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz - Kommentar*, Art. 92 Rdn. 2 und 17; Schulze-Fielitz in: Dreier, *Grundgesetz - Kommentar*, Art. 92 Rdn. 17.

⁸ BVerfGE 9, S. 268 ff. (279 f.).

2. Montesquieu

Wer Macht bändigen will, befürchtet den Missbrauch von Macht. Wer den Missbrauch von Macht befürchtet, lenkt den Blick auf den Menschen, auf seine Natur. Diese anthropologische Sichtweise führt zur Gewaltenteilungsidee. Wer auf die Tugend der Menschen vertraut, kann sich mit der Aufstellung von Verhaltensregeln begnügen. Er weiß um die Möglichkeit des Regelbruchs, setzt aber auf Uneigennützigkeit, Pflichtbewusstsein und Redlichkeit. Wer sich - wie Montesquieu - nicht auf die Tugendhaftigkeit der Menschen verlässt, sucht nach Strukturen und Funktionsabläufen, die objektiv geeignet sind, Machtmissbräuchen vorzubeugen. Er ist bestrebt, schon die Möglichkeit einer Regelverletzung zu verhindern.

Nicht jeder Mensch erstrebt Macht. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass sich nach Macht strebende Menschen dort ansammeln, wo Macht zu vergeben und auszuüben ist. Hohe Ämter in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft können regelmäßig ohne persönliche Durchsetzung gegenüber Anderen nicht erreicht werden.

Menschen mit Machtstreben hatte Montesquieu vor Augen, als er die Sätze formulierte: *„Die politische Freiheit ist nur unter maßvollen Regierungen anzutreffen. Indes besteht sie selbst in maßvollen Staaten nicht immer, sondern nur dann, wenn man die Macht nicht missbraucht. Eine ewige Erfahrung lehrt jedoch, dass jeder Mensch, der Macht hat, dazu getrieben wird, sie zu missbrauchen. Er geht immer weiter, bis er an Grenzen stößt. Wer hätte das gedacht: Sogar die Tugend hat Grenzen nötig.“*⁹

Montesquieus Einsicht gründet auf Erfahrungen der Menschheitsgeschichte mit der Macht als einer eigendynamischen Gefahrenquelle. Macht ist nichts Statisches; aller Macht wohnt die Tendenz inne, so lange nach ihrer Erweiterung zu streben, bis sie auf Grenzen stößt. In den Worten Lord Actons: *„Macht hat die Tendenz, zu verderben. Absolute Macht verdirbt absolut“*¹⁰.

Auch in den Händen tugendhafter Menschen ist die Macht gefährlich. Für Montesquieu hat deshalb selbst die Tugend Grenzen nötig. Wer eine Aufgabe pflichtbewusst erfüllt, kann in die Versuchung geraten, die seinem Amt gesetzten

⁹ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, 11. Buch, 4. Kapitel.

¹⁰ Lord Acton, englischer Historiker, zitiert bei Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland, S. 234.

Grenzen zu überschreiten. Die Industrieproduktion kann den Schutz der Umwelt aus den Augen verlieren. Wer sich dem Umweltschutz verschrieben hat, richtet sein Augenmerk nicht immer darauf, was aus gesamtgesellschaftlichen Gründen wirtschaftlich notwendig ist. Ein Innenminister kann bestrebt sein, ein Überwachungsnetz über der gesamten Gesellschaft auszuspannen und so alle Bürger einem Generalverdacht unterwerfen. Auch von dem Tugendhaftesten geht eine Gefahr aus, weshalb eine Gesellschaft auch durch den Eifer ihrer Organe in Gefahr geraten¹¹ kann, wenn sie sich mit der Hoffnung auf die Wirksamkeit von Appellen an Vernunft und Verantwortung begnügt.

Montesquieus anthropologischer Ansatz führt bei Zippelius zu der Frage, *„wie in einer organisierten, mit hinreichender Integrationskraft ausgestatteten Gemeinschaft.....eine gefährliche Konzentration von Macht und ein Übermaß an zentralisiertem Dirigismus verhindert werden können?“*. Für ihn ist dies *„eines der ältesten und zugleich aktuellsten Themen, ja vielleicht die praktisch wichtigste Frage der Staatstheorie überhaupt“*¹². Die Geschichte gibt ihm Recht¹³.

Ein anderen Menschen gewährter Vertrauensvorschuss gleicht einer Kreditvergabe¹⁴. Zwar wäre ein gedeihliches menschliches Zusammenleben, wären Partnerschaften ohne Vertrauensvergaben im Voraus nicht möglich. Argloses Vertrauen kann indes gefährliche Risiken bergen. Wo Erfahrung gelehrt hat, dass das Vertrauen auf die Tugend des Menschen Machtmissbrauch nicht verhindert, entspricht es der Vernunft, Organisations- und Funktionsstrukturen zu schaffen, die zur Gefahrenvorbeugung geeignet sind. Dies ist das mit allen Gewaltenteilungsmodellen verfolgte gemeinsame Ziel.

Diesem Ziel verschrieb sich schon Montesquieu, indem er englische Anschauungen in seine Lehre von den drei getrennten, einander gleichgestellten, sich gegenseitig ausbalancierenden Gewalten umbildete, die zwar Berührungspunkte miteinander haben, im Wesen aber voneinander getrennt sind¹⁵. Die spätere praktische Umsetzung dieser Idee stieß auf theoretische und praktische Bedenken, wobei die

¹¹ Albrecht, Die vergessene Freiheit, S. 45 ff.

¹² Zippelius, Allgemeine Staatslehre, S. 293.

¹³ Im Juni 2009 genügte ein Blick in den Iran.

¹⁴ lat. creditum: Das auf Treu und Glauben Anvertraute.

¹⁵ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 498.

letzteren politischen Bedürfnissen entsprangen¹⁶. Diese Bedenken führten zu allen Zeiten und in allen Ländern zu unterschiedlichen Umsetzungsmodellen der Grundidee Montesquieus. Gewaltenteilung sieht in den Vereinigten Staaten von Amerika anders aus als Gewaltenteilung in Deutschland. Italien versucht, gefährlichen Machtkonzentrationen strukturell anders vorzubeugen als die Schweiz, die verfassungsmäßigen Funktionsabläufe Frankreichs sind andere als die Großbritanniens. Eines haben alle konkreten Ausformungen der Gewaltenteilungs-idee gemeinsam:

3. Die anthropologische Klammer

Das Bild vom Menschen, das Montesquieu zeichnet, ist allen Umsetzungen des Gewaltenteilungsgedankens eigen. Es bildet die einheitliche Motivklammer. Es beschreibt den gemeinsamen Beweggrund für die jeweilige Gewaltengliederung.

Die Frage, welches die richtige Definition von „Gewaltenteilung“ ist, lässt sich daher von vornherein nicht von der stets unterschiedlich ausgestalteten Problemlösungsseite her beantworten. Allein die in dem gemeinsamen Ausgangsprinzip liegende Motivation macht eine konkrete, der Vorbeugung des Machtmissbrauchs dienende Organisationsform zur „Gewaltenteilung“, wie immer sie auch im Einzelnen ausgestaltet sein mag.

Die Idee der Notwendigkeit eines Schutzes vor der menschlichen Natur fasst wie eine „anthropologische Klammer“ alle zur Abwehr vom Machtmissbrauch geschaffenen Organisations- und Funktionsstrukturen unter dem Begriff Gewaltenteilung zusammen. Die anthropologische Klammer ist gleichsam die Heftung des Buches, auf dessen Seiten die Unternehmungen dargestellt werden, die darauf gerichtet waren und sind, das von Montesquieu formulierte anthropologische Problem¹⁷ organisatorisch zu lösen.

¹⁶ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 499.

¹⁷ Vgl. Text zu Fn. 9.

4. Prinzip und Umsetzung

Für die Gültigkeit einer exklusiv allgemeingültigen Definition des Begriffes „Gewaltenteilung“ gibt es keinen zureichenden Grund. An welchem Ort der Welt wäre die Autorität zu suchen, die mit axiomatischer Allgemeinverbindlichkeit vorschreiben könnte, welche Strukturelemente im Einzelnen vorliegen und wie sie miteinander verwoben sein müssen, damit von einer „richtigen“ Gewaltenteilung, von einem „Gesamtprinzip der Gewaltenteilung“¹⁸ gesprochen werden kann?

„Das“ Gewaltenteilungsprinzip als definitorisch verbindliches Gewaltengliederungsmodell gibt es nicht und hat es nie gegeben. Gewaltenteilung ist alles, was die von Montesquieu formulierte Notwendigkeit konstruktiv in Formen von „checks and balances“ umzusetzen sucht. Es gab und gibt unterschiedliche Formen der Gewaltengliederung und es mögen neue Formen gefunden werden, die sich von den bisherigen wesentlich unterscheiden. Das Prinzip der Gewaltenteilung ist an keine Dogmen und an keine Richtung gebunden¹⁹. Gewaltenteilung ist ebenso Aufgabe wie Lösung, ebenso Staatskonstruktion wie ein zu dieser hinführendes Prinzip ebenso anthropologische Einsicht wie anthropologische Orientierung.

Im Vordergrund der Betrachtungen in dieser Arbeit steht die Gewaltenteilung als ein Prinzip. Als Prinzipien bezeichnet man in Philosophie und Wissenschaft allgemeine *Einsichten, Ziele* und *Handlungsregeln*, die methodisch am Anfang eines theoretischen Aufbaus oder Systems von *Handlungsorientierungen* stehen und zudem die inhaltliche oder methodische *Grundlage* eines theoretischen oder praktischen Begründungszusammenhanges darstellen²⁰.

Ein Prinzip ist nicht identisch mit dem Ergebnis seiner theoretischen oder praktischen Umsetzung. Es ist die aus einer Einsicht geborene Grundidee, der ihre konkrete Umsetzung gerecht werden will. Alle mit dem Namen Montesquieus verbundenen, auf eine Verteilung der Staatsmacht auf Legislative, Exekutive und Judikative bedachten Staatsmodelle gehen auf das Gewaltenteilungsprinzip zurück. Die unterschiedlichen Umsetzungsformen basieren auf der Menschheitserfahrung, dass machtorientierte Menschen dem Umgang mit ihrer Macht oftmals nicht gewachsen

¹⁸ Hiervon spricht Schütz, *Der ökonomisierte Richter*, S. 119.

¹⁹ Eschenburg, *Staat und Gesellschaft in Deutschland*, S. 233.

²⁰ Meyers *Grosses Taschenlexikon*, Band 17, S. 280.

sind, so dass Exzesse drohen.

Legitim ist mithin der Vorschlag einer Teilung von Gewalten, durch die gleichrangige Elemente der Trennung und der Verschränkung zu einem Gesamtfunktionssystem miteinander verzahnt werden. Legitim ist ebenso eine konstruktive Ausformung der Gewaltenteilung, die gegenseitige Verschränkungen betont. Legitim ist eine Betrachtung, die alle staatlichen und gesellschaftlichen Machtzentren zueinander in Beziehung setzt. Legitim ist auch eine Vorgehensweise, die machthemmende Strukturen innerhalb der einzelnen Machtzentren zum Ziel hat, beispielsweise nur für den Staatsaufbau, um sich - eventuell - in weiteren Schritten der Gliederung aller gesellschaftlichen Machtzentren in einem Gesamtmechanismus zuzuwenden.

Deshalb steht auch die richterliche Unabhängigkeit nicht im Widerspruch zum Gewaltenteilungsprinzip²¹. Sie siedelt innerhalb des Motivraums der anthropologischen Klammer des Gewaltenteilungsgedankens, was am Beispiel der Aufgabenstellung der Verfassungsgerichte und der Verwaltungsgerichte besonders deutlich wird. Verfassungsgerichte kontrollieren die Legislative auf Machtexzesse in Form von Verfassungsverstößen, Verwaltungsgerichte die Exekutive auf Machtexzesse in Form von Rechtsverstößen. Schon die *Möglichkeit* desjenigen, der kontrolliert werden soll, auf seinen Kontrolleur Einfluss zu nehmen, ist geeignet, die Wirksamkeit der Kontrolle zu mindern. Deshalb muss ein Kontrolleur von dem Kontrollierten unabhängig sein. Dieses in allen Lebensbereichen²² gültige Prinzip umfasst auch die richterliche Unabhängigkeit.

Es gibt keinen Grund, von Montesquieu Abschied zu nehmen²³. In wieweit *Lösungsentwürfe* des 18. Jahrhunderts für eine dem Missbrauch von Macht vorbeugenden Staatskonstruktion noch für die Gegenwart relevant sind, kann im Rahmen dieser Arbeit dahinstehen; die *anthropologische Einsicht*²⁴, die ihn zur Ausformulierung eines Organisationsvorschlags bewog²⁵, ist unverändert und gegenwärtig.

²¹ A.M. Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 433.

²² Was wäre ein Leichtathletikwettbewerb ohne das Vertrauen in die Unabhängigkeit des Zielrichters von jedem der teilnehmenden Sprinter?

²³ So Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 128 ff.

²⁴ Vgl. Text zu Fn. 9.

²⁵ Wie ihm seine Nachwelt auf Grund seiner Beschreibung der Verfasstheit Englands zu Recht oder zu Unrecht unterstellte.

Auch kann aus Mängeln der gegenwärtigen Brauchbarkeit der für eine andere Zeit und Gesellschaft vorgeschlagenen Umsetzungsgestalt eines Prinzips nicht zwingend gefolgert werden, dass das Prinzip als solches seinen Geltungsgrund verloren hat. Es wäre wenig überzeugend, wenn man daraus, dass das im Jahre 1885 von Carl Benz konstruierte „Tricycle“ dem Straßenverkehr des Jahres 2009 nicht voll gewachsen ist, schlussfolgern wollte, dass deshalb auch das Prinzip des sich selbst bewegenden Fahrzeugs überholt sei.

Die historischen Rahmenbedingungen, innerhalb derer sich die menschliche Natur entfaltet, verändern sich; sie sind *variabel*. Es gibt aber keine zureichenden Anhaltspunkte dafür, dass sich die menschliche Natur selbst in geschichtlicher Zeit verändert hat. Sie ist im Wesentlichen *konstant* geblieben. Die Erkenntnis, dass Menschen, die Macht haben, dazu getrieben werden, sie zu missbrauchen, reicht über Jahrtausende zurück. Sie weist in der Geschichte der Machtausdehnungen zurück auf die Eroberungen Alexanders von Mazedonien, auf Gaius Julius Cäsars Angriff auf die römische Republik und die stetige Ausweitung seines Herrschaftsreichs durch Napoleon Bonaparte (von den Potentaten des 20. Jahrhunderts ganz zu schweigen) - alle gingen stets immer weiter, bis sie auf Grenzen stießen. Die von Montesquieu formulierte Erkenntnis bewahrheitet sich auch im Kleinen - in dem Streben eines jeden Amtsinhabers, der sich mit seinem „Lieblingsprojekt“ ein Denkmal setzen will²⁶.

Ziel der Gewaltenteilungsidee ist das Ausschalten der Möglichkeit des Machtmissbrauchs durch objektive Grenzsetzungen²⁷. Grenzen werden umso weniger überschritten, je eindeutiger sie sind. Ein Zaun schützt effektiver als das auf ein Papier geschriebene Verbot, eine nur in Worten beschriebene Linie zu überschreiten.

Besonders deutlich hat James Madison, einer der amerikanischen Verfassungsväter diese Gedanken in Worte gefasst: *„Aber die wichtigste Sicherung vor einer allmählichen Konzentration der verschiedenen Gewalten in einer Hand besteht darin, den Amtsinhabern der verschiedenen Gewalten die nötigen verfassungsmäßigen Mittel und persönlichen Anreize an die Hand zu geben, Übergriffe der anderen abzuwehren. ... Es wirft ein schlechtes Licht auf die menschliche Natur, daß solche*

²⁶ Sei es als Stadtbaumeister, als Wasserwirtschaftler oder als Präsident des Bundeskriminalamts.

²⁷ Ist eine Regierung nicht für die Einstellung und Beförderung von Richtern zuständig, dann kann sie auch nicht rechtsprechungsfremde administrative und politische Interessen in die Auswahlentscheidungen einfließen lassen; dann ist sie frei von dem Generalverdacht, solches zu tun.

Vorkehrungen nötig sind, um einen Missbrauch der Macht im Staat zu verhindern. Aber wirft nicht die Notwendigkeit der Existenz des Staates schon an sich ein schlechtes Licht auf die menschliche Natur? Wenn die Menschen Engel wären, so brauchten sie keine Regierung. Wenn Engel über die Menschen herrschten, dann bedürfte es weder innerer noch äußerer Kontrollen der Regierenden. Entwirft man jedoch ein Regierungssystem, in dem Menschen über Menschen herrschen, dann besteht die große Schwierigkeit darin: es zuerst zur Herrschaft zu befähigen, und es dann darauf zu verpflichten, sich selbst unter Kontrolle zu halten. Die Abhängigkeit vom Volk ist zweifellos das beste Mittel, staatlicher Macht Schranken zu setzen; aber die Menschheit hat aus Erfahrung gelernt, dass zusätzliche Vorkehrungen nötig sind²⁸.

Madison zielt ab auf objektive Vorkehrungen, die notwendig und geeignet sind, eine gefährliche Konzentration von Macht und ein Übermaß an zentralisiertem Dirigismus zu verhindern²⁹. Er spricht von anthropologischen Einsichten und von hieraus abzuleitenden Folgerungen für die Ausgestaltung einer gewaltenteilenden Staatskonstruktion.

Die Formulierung einer zeitlosen, weil im Wesen des Menschen begründeten Problemstellung ist das bleibende Vermächtnis Montesquieus³⁰.

5. Gewaltenteilung und Grundgesetz

Nach dem Wortlaut des Art. 20 II 2 GG wird die Staatsgewalt (vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und) durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Es ist nahezu unstrittig, dass diese Norm die Gewaltenteilung zu einem Organisationsprinzip des Grundgesetzes³¹ macht³². Bereits in den Plenumsitzungen vom 8. und 9. September 1948 bekannten sich die Redner aller Parteien mit Ausnahme der KPD zu der anthropologischen Einsicht Montesquieus und damit zur Niederlegung des

²⁸ Madison, The Federalist Papers, S. 404.

²⁹ Vgl. Text zu Fn. 12.

³⁰ Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 235 f.

³¹ BVerfGE 3, S. 225 ff. (247).

³² Möllers, Gewaltengliederung, S. 1.

Gewaltenteilungsprinzips im Grundgesetz³³. In der Formulierung Carlo Schmid: „... das Prinzip der Teilung der Gewalten ... Was bedeutet dieses Prinzip? Es bedeutet, dass die drei Staatsfunktionen, Gesetzgebung, ausführende Gewalt und Rechtsprechung, in den Händen gleichgeordneter, in sich verschiedener Organe liegen, und zwar deswegen in den Händen verschiedener Organe liegen müssten, damit sie sich gegenseitig kontrollieren und die Waage halten können. Diese Lehre hat ihren Ursprung in der Erfahrung, dass, wo auch immer die gesamte Staatsgewalt sich in den Händen eines Organes nur vereinigt, dieses Organ die Macht missbrauchen wird ...“³⁴.

Der Wortlaut des Art. 20 II 2 GG enthält allerdings keine eigene Aussage zu den organisationsrechtlichen Beziehungen, welche die dort genannten Organe miteinander unterhalten sollen und dürfen³⁵. D.h., er schreibt keine bestimmten staatlichen Organisationsformen vor. Ihm liegt aber das von Schmid ausgesprochene Motiv der Gewaltenteilung als Prinzip zu Grunde. Andernfalls verlöre die sprachliche Aufteilung der Staatsgewalt auf drei Ausübungsträger den ihr vom Verfassungsgeber unterlegten anthropologischen Bedeutungsinhalt und Art. 20 II 2 GG würde zu einer von historischen, soziologischen und humanwissenschaftlichen Bezügen losgelösten begrifflichen Spielwiese für Juristen.

Die Aussage des Art. 20 II 2 GG liegt darin, dass die Beziehungen, die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung miteinander unterhalten sollen, im Ergebnis so ausgestaltet sein müssen, dass die staatliche Organisationsstruktur, wie immer sie auch im Einzelnen aussehen mag, der Motivation für die Nennung dreier verschiedener Machsträger gerecht wird, d.h. dass sie zugleich bewirkt, dass sich die drei Gewalten die Waage halten *können* und ebenso effektiv verhindert, dass eine Gewalt über eine andere die Oberhand gewinnen *kann*.

Art. 20 II 2 GG statuiert die Gewaltenteilung als Verfassungsprinzip, mithin als anthropologische Einsicht, als Zielvorstellung und als Handlungsorientierung des Grundgesetzes auf dem Wege zu einem Ziel, das der zu Grunde liegenden Einsicht gerecht wird.

³³ Stenografische Protokolle der zweiten und dritten Sitzung des Plenums der Parlamentarischen Rats in Werner, Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949, Akten und Protokolle, Band 9, S. 20.ff.; Auszüge unter www.gewaltenteilung.de/richter_2.htm (Stand 01.01.2010).

³⁴ Schmid in Werner, Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949, Akten und Protokolle, Band 9 S. 36; www.gewaltenteilung.de/richter_2.htm (Stand 01.01.2010).

³⁵ Möllers, Gewaltengliederung, 398.

6. Zur Klarheit von Begriffen

Juristischer Erkenntnisgewinn erfolgt u.a. mit Hilfe von Begriffen. Die einer Problemlösung dienenden Begriffe sollten möglichst klar sein. Das Wort „Gewaltenteilung“ beschreibt eine Motivation und eine Zielrichtung. Was umschreiben die „modernerer“ Worte Gewaltengliederung³⁶, Gewaltenverzahnung³⁷, Gewaltenverschränkung³⁸?

Die mit dem Namen Montesquieus verbundene Gewaltenteilungslehre teilt die Einheit der Staatsgewalt auf in die Bereiche der Legislative, der Exekutive und der Judikative. Als Organisations- und Strukturprinzip liegt sie in mehr oder weniger stringenter Form den Verfassungen aller demokratischen Staaten zu Grunde. Der Begriff „Gewaltenteilung“ wird assoziativ mit den Vorstellungen Montesquieus in Verbindung gebracht. Dies verdeutlicht ein Blick in jedes allgemeinbildende Lexikon. In diesem Sinne ist dieser Begriff fassbar und zur Kommunikation geeignet.

Als Prinzip ist die Gewaltenteilung von normativem³⁹ Charakter, denn sie ist zugleich Motiv, Zielvorstellung und Richtschnur für den Weg und auf dem Weg zu ihrer Umsetzung in staatliche Organisationsstrukturen. Ein Prinzip spricht ein Sollen aus, es mahnt und begleitet auf einem Weg. Begriffe wie Gewaltengliederung, Gewaltenverzahnung oder Gewaltenverschränkung haben hingegen keine normative, sondern eine deskriptive Bedeutung. Sie weisen niemanden an, sie mahnen nicht, sondern sie beschreiben Zustände. Sie zeigen nicht zielorientiert auf, wie die Grenzen der Machtkumulation unter heutigen Bedingungen konkret geartet sein müssen, wenn das Ziel einer Bändigung von Macht auch wirklich erreicht werden soll; sie bezeichnen das Sein, das der Betrachter sieht und immer nur den Teil der Realität, den er nicht aus seiner Betrachtung ausklammern will.

Wenn beispielsweise Herzog feststellt, dass die Gewaltenteilung in Deutschland auf dem Wege über die Gewaltenverzahnung zur Gewaltenverfilzung geworden⁴⁰ sei, dann verharret er im empirisch - deskriptiven Bereich, ohne - wie Montesquieu oder

³⁶ Möllers, Gewaltengliederung, S. 25.

³⁷ Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 235.

³⁸ Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 1; Mertin, Selbstverwaltung der Justiz als Verfassungsauftrag?, ZRP 2002, S. 332 ff. (334).

³⁹ Normativ: Auf Grund von Erfahrungen und besonderen Erfordernissen erarbeitete Anweisung, Regel, Richtschnur (Duden, Deutsches Universal Wörterbuch).

⁴⁰ Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 235.

Madison - die Gewaltenteilung als Konstruktionsziel theoretisch gestaltend in die gegenwärtige staatliche und gesellschaftliche Wirklichkeit zu tragen. Die Gewalten mögen in Deutschland verfilzt sein. Die konkrete Wirkungsweise einer „Gewaltenverfilzung“ bleibt verschwommen.

Unter den genannten Begriffen ist vor allem das Wort „Gewaltenverschränkung“ begrifflich konturarm. So weit ihm eine normative Bedeutung unterlegt wird, sagt es nichts darüber aus, was notwendigerweise womit verschränkt werden muss, wie weit die Verschränkung gehen darf, welche Eigenständigkeiten das zu verschränkende behalten muss und welche konstruktiven Elemente die Verschränkung aufweisen muss, wenn das Ziel der Verhinderung einer gefährlichen Machtkonzentration erreicht werden soll. Als deskriptiver Begriff ist das Wort Gewaltenverschränkung so wenig konkret wie das Wort Gewaltenverfilzung.

Für sich betrachtet ist der Begriff „Gewaltenverschränkung“ eine inhaltsarme Worthülse, die selbst zur Beschreibung der Strukturen eines wenig demokratischen und rechtsstaatsfernen Staates taugt. Jeder Staat kennt Gliederungen, Funktionsteilungen und Verschränkungen von Zuständigkeiten. Wegen der räumlichen Ausdehnung eines Staates, der Zahl der innerhalb seiner Grenzen lebenden Menschen und der inhaltlichen Differenzierung der staatlichen Aufgaben sind selbst Diktatoren gezwungen, die Ausübung ihrer Macht bezüglich eines bestimmten sachlichen oder räumlichen Bereiches anderen Personen zu übertragen. Selbst in „Unrechtsstaaten“ werden Machtzentren geschaffen und miteinander verschränkt; dennoch kann sich alle Staatsgewalt letztlich in einer Person bündeln. Eine „Verschränkung“ hat begrifflich nicht zwingend die Ausbalancierung von Macht zum Ziel.

Der auf das 18. Jahrhundert zurückgehende Begriff „Gewaltenteilung“ ist in seiner tradierten normativen Bedeutung nicht überholt. Er steht für eine spezifische Problemsicht, für ein Prinzip, für eine Einsicht in die menschliche Natur, für eine Handlungsorientierung. Deshalb wird im Rahmen dieser Arbeit an diesem Begriff festgehalten.

7. Zum Zweck der richterlichen Unabhängigkeit

Soll Gewaltenteilung Machtmissbrauch wirklich verhindern, ist es geboten, dass jedes der besonderen Staatsorgane, dem ein Teil der staatlichen Gewalt zugewiesen ist, von allen anderen Staatsorganen in seinen Entscheidungen grundsätzlich unabhängig ist. In Bezug auf die rechtsprechende Gewalt wird dies in Deutschland durch Art. 92 GG konkretisiert, der die dritte Gewalt den Richtern anvertraut, und wird dies durch Art. 97 GG abgesichert. Die in Art. 97 I GG verbürgte Unabhängigkeit steht in engem Zusammenhang mit der in Art. 20 III GG hervorgehobenen Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht sowie dem in Art. 20 II 2 GG verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung⁴¹.

Die richterliche Unabhängigkeit ist kein Standesprivileg⁴² der Richter. Sie soll die unbeeinflusste Erfüllung ihrer Aufgaben für die Bürger ermöglichen. Ebenso soll sie die ausschließliche Bindung des Richters an Gesetz und Recht gegen sachfremde Einflüsse von außen absichern⁴³. Die Garantie der Gesetzesbindung ist somit Sinn und Zweck der richterlichen Unabhängigkeit. Indem Art. 97 I GG die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung auch von der Exekutive garantiert, ist er eine Manifestation des Prinzips der Gewaltenteilung im Grundgesetz. Art. 97 I GG soll ein Übermaß an Macht der Exekutive verhindern, das gegeben wäre, wenn die Regierung oder die ihr nachgeordneten Organe die Entscheidungsfindung der Richter inhaltlich beeinflussen könnten.

Verboten sind direkte Einflussnahmen auf die Rechtsprechungstätigkeit der Richter. Deutsche Richter sind in ihren Entscheidungen von Weisungen Dritter frei. Wäre dem nicht so, könnten der Regierung angehörende Politiker, könnten Beamte den Richtern vorschreiben, welche Prozesspartei obsiegen und welche unterliegen soll, wer bestraft und wer frei gesprochen werden soll.

Es wäre indes lebensfremd zu glauben, durch das Verbot direkter Weisungen als solches sei die richterliche Unabhängigkeit schon gewährleistet. Es gibt vielfältige Möglichkeiten, das Handeln von Menschen indirekt zu beeinflussen. So eignen sich

⁴¹ Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089 ff. (1089); a.M. wohl Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 117 ff.

⁴² Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089.

⁴³ Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089.

beispielsweise Karriereabhängigkeiten zu subtilen Einflussnahmen. Richter sind sich der interessengeleiteten Beobachtung ihres Entscheidungsverhaltens durch die Regierung wohl bewusst. Sie wissen, welches von zwei möglichen Urteilen sie in den Augen ihrer Dienstvorgesetzten als Sachwalter „übergeordneter Interessen mit Augenmaß“ erscheinen lassen⁴⁴.

Die Annahme indirekter Einflussmöglichkeiten auf die richterliche Entscheidung durch die Exekutive hat zur Voraussetzung, dass der Exekutive an Einwirkungsmöglichkeiten gelegen ist und dass Richter diesen Einflussnahmen erliegen. Mit realistischem Blick unterstellt das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit von beidem. Hierauf basiert seine Forderung, möglichst wenige Beförderungsmöglichkeiten für Richter zu schaffen⁴⁵, wie auch das von ihm ausgesprochene Verbot einer vom Ermessen der Exekutive abhängigen Richterbesoldung⁴⁶. Nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Justizverwaltung bei Beförderungen Einflüssen Raum gibt, die eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit bedeuten können, so lange der Richterstand - wie die Beamtenschaft - in der heutigen Form gegliedert ist⁴⁷.

Wenn, wovon das Bundesverfassungsgericht ausgeht, die Regierung Mittel zur Hand hat, die ihr faktische Möglichkeiten eröffnen, die richterliche Unabhängigkeit zu gefährden⁴⁸, dann ist durch diese Möglichkeit auch das öffentliche Vertrauen in die richterliche Unabhängigkeit gefährdet. Dies birgt weitere Gefahren, denn die richterliche Unabhängigkeit ist ein Element des Rechtsstaatsprinzips⁴⁹.

Das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat hängt - auch - davon ab, ob über ihre Angelegenheiten Richter entscheiden, auf deren Neutralität sie vertrauen. Ein Misstrauen gegenüber der Unabhängigkeit der Richter kann mehr bewirken als eine Enttäuschung im Einzelfall. Es kann sich ausweiten zum Verlust des Vertrauens auf das Funktionieren des Rechtsstaats und in Staatsverdrossenheit münden.

So gesehen verfolgt die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit über den Zweck der von unsachlichen Einflüssen freien Entscheidung im Einzelfall hinaus den

⁴⁴ Beispielsweise, wenn ein Verwaltungsgericht über ein im politischen Interesse der Regierung gelegenes Bauprojekt zu entscheiden hat.

⁴⁵ BVerfGE 55, S. 372 (389).

⁴⁶ BVerfGE 12, S. 81 (88); 26, 79 (93 f.).

⁴⁷ BVerfGE 12, S. 81 ff. (97 f.).

⁴⁸ BVerfGE 12, S. 81 ff. (97 f.).

⁴⁹ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 20 VII Rdn. 27.

weiteren Zweck, auch das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat zu garantieren. Vor unabhängigen, nur an Verfassung, Gesetz und Recht orientierten Richtern erfahren sich die Bürger als Subjekte des demokratischen Rechtsstaats. Vor Richtern, an deren unabhängige Entscheidung nicht geglaubt wird, können Bürger zu abgefertigten Objekten staatlichen Handelns denaturieren.

Die richterliche Unabhängigkeit ist Teil eines gesellschaftlichen Prinzips, das weit über den juristischen Bereich hinaus Wirkung entfaltet. In keinem Lebensbereich wird akzeptiert, dass eine als unabhängig gedachte Entscheidung von unsachgemäßen Einflüssen dominiert wird. Dies gilt für den Fußballschiedsrichter wie für den Aufsichtsrat, für den Rechnungsprüfer wie für den Arzt. Wer vertraut auf die Kontrolltiefe eines Aufsichtsrats in einer Landesbank, wenn sein Parteifreund Vorstand dieser Bank ist und möglicherweise parteiintern derselben „Karriereseilschaft“ angehört? Wer würde sich einem Arzt anvertrauen, von dem er weiß, dass er vertragsgebunden die Interessen eines Pharmakonzerns unterstützt? Schon das Bekanntwerden solcher Verbindungen kann Vertrauen zerstören und damit den Gesamtorganismus der Gesellschaft verletzen.

Je größer das Vertrauen in die gesellschaftlichen Institutionen ist, desto mehr bürgerliche Unterstützung genießt die herrschende gesellschaftliche Ordnung. Damit ist das Institutionenvertrauen ein Gradmesser für die Stabilität eines politischen Systems. Das Vertrauen in die richterliche Unabhängigkeit ist ein gesellschaftliches Stabilisierungselement.

8. Sein und Sollen

Will man den Amtsinhabern der verschiedenen Gewalten die nötigen verfassungsmäßigen Mittel und persönlichen Anreize an die Hand geben, Übergriffe der anderen abzuwehren⁵⁰, so darf man sich nicht auf eine Betrachtung der Welt beschränken, wie sie sein soll. Dann ist eine Wahrnehmung der Realität erforderlich, wie sie ist - die Betrachtung der Verfassungswirklichkeit. Hierunter ist der tatsächliche

⁵⁰ So die Worte Madisons in The Federalist Papers, S. 404.

Verfassungszustand eines Staates zu verstehen im Gegensatz zu dem von der Verfassungsurkunde angestrebten Verfassungszustand⁵¹.

Ein *Ist* - Zustand kann nur empirisch ermittelt werden. Empirie gehört nicht notwendig zu den Instrumentarien der Jurisprudenz. Erfahrungen mit der menschlichen Natur als Geltungsgrund von Rechtsnormen sind keine notwendigen Elemente von rechtswissenschaftlichen Untersuchungen. Die Jurisprudenz beschränkt sich vielfach auf eine Beschäftigung mit der Normenordnung - mit der Welt, wie sie sein *soll*. Die anthropologische Wirklichkeit ist primär das Forschungsfeld anderer wissenschaftlicher Disziplinen und meist nur am interdisziplinären Rande Gegenstand der Rechtswissenschaft⁵².

Wenden sich die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung den Richtern, den Parlamentsabgeordneten oder den Organen der Exekutive zu, so sind Ausgangspunkte der Überlegungen zumeist die verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Normen, die Richter, Parlamentsabgeordnete oder die Organe der Exekutive und ihre Tätigkeit zum Gegenstand haben. Untersucht wird beispielsweise die Grenzziehung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung, zwischen Rechtsprechung und Regierung oder zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung oder die Legitimation exekutiven, gesetzgebenden oder richterlichen Handelns. Die psychosozialen Bezüge und Wechselwirkungen der Wirklichkeit treten in den Hintergrund oder bleiben gänzlich unbeachtet. Das juristische Denken ist auf die Sollensordnung fixiert; ob das Sollen einer Norm die Ebene des Seins erreicht oder ob die Norm wirkungslos bleibt, ist von sekundärer Bedeutung.

Nicht uninteressant ist die Außensicht eines Philosophen auf die Jurisprudenz: *„Hier wird offenbar versucht, unter Abstraktion von naturrechtlichen wie von soziologischen Gesichtspunkten das positive Recht als einen autonomen Kosmos von geltenden Normen aufzufassen, der von einer als nicht - empirische Disziplin aufgefassten reinen Jurisprudenz kognitiv erfasst werden soll“*⁵³.

Wer in Deutschland nach der Verfassungswirklichkeit gefragt wird, pflegt oftmals nur das Grundgesetz aufzuschlagen um dann zu behaupten, dass das Wirklichkeit ist, was nach dem Wortlaut des Grundgesetzes Wirklichkeit sein soll, allein weil es dort

⁵¹ Köbler, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, Stichwort Verfassungswirklichkeit.

⁵² Z.B. der Rechtssoziologie und der Kriminologie.

⁵³ Albert in Albert Lesebuch: Erkenntnis und Recht - Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus, S. 239 ff. (250).

so geschrieben steht. Nach meiner beruflichen Erfahrung sind Juristen besonders gefährdet, auf Worte fixiert an der Wirklichkeit vorbei zu denken.

Auch Art. 97 Abs. 1 GG ist nicht Wirklichkeit, sondern Rechtsnorm. Diese Erkenntnis führte schon in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland zu Irritationen: *„Der Richter, der unabhängiger Garant des Rechts und Kontrolleur des Gesetzgebers und der Verwaltung sein soll, entbehrt des Eigenstandes, der ihm seine Unabhängigkeit wirklich sichert. Er ist nach wie vor in das allgemeine Beamtenschema des Obrigkeitsstaates einbezogen. In seiner Anstellung und vor allem in seiner Beförderung, die sich auch materiell auswirkt, ist er den parteipolitisch besetzten Justizministerien der Länder unterstellt, wobei es auf die Dauer vom Zufall, d.h. vom Grad der persönlichen Integrität des jeweiligen Justizministers und seines Personalreferenten abhängt, ob und wie weit der Richter in die direkte Abhängigkeit von den Parteibüros gerät“*⁵⁴. Ob allgemeine psychosoziale Wirkungsmechanismen eine solche Annahme rechtfertigen, wie groß die Gefahr ist und wie Rechtsnormen sinnvoll zu interpretieren sind, um der Gefahr zu begegnen, wäre eines interdisziplinären Ansatzes bei der Auslegung der Art. 92 ff. GG wert. Wer sich hingegen darauf beschränkt, das positive Recht als einen autonomen Kosmos von geltenden Normen aufzufassen, der von einer als nicht - empirische Disziplin aufgefassten reinen Jurisprudenz kognitiv erfasst werden soll, läuft Gefahr, den hinreichenden Bezug zur Realität zu verlieren und Worte ohne Geltung zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen zu machen.

Ferdinand Lassalle fasste im Jahre 1862 die Kluft zwischen Sein und Sollen in folgendes Beispiel: *„Wenn Sie in Ihrem Garten einen Apfelbaum haben und hängen nun an denselben einen Zettel, auf den Sie schreiben: dies ist ein Feigenbaum, ist denn dadurch der Baum zum Feigenbaum geworden? Nein, und wenn Sie Ihr ganzes Hausgesinde, ja alle Einwohner des Landes herum versammelten und laut und feierlich beschwören ließen: dies ist ein Feigenbaum - der Baum bleibt, was er war, und im nächsten Jahr, da wird sich's zeigen, da wird er Äpfel tragen und keine Feigen. Ebenso wie wir gesehen haben mit der Verfassung. Was auf das Blatt Papier geschrieben wird, ist ganz gleichgültig, wenn es der realen Lage der Dinge, den tatsächlichen Machtverhältnissen widerspricht“*⁵⁵.

⁵⁴ Wenger, Rheinischer Merkur Nr. 9 vom 27.02.1953, S. 4.

⁵⁵ Lassalle, Über Verfassungswesen, S. 46 f.; www.gewaltenteilung.de/lassalle.htm (Stand 01.01.2010).

II. Die normorientierte Auslegung des Grundgesetzes

Die vorherrschende Auslegung des Grundgesetzes beschränkt sich auf die Interpretation dessen, was auf dem Blatt Papier geschrieben steht. Dies gilt auch für die Ermittlung der Aussage des Art. 92 erster Halbsatz GG. Nach dessen Wortlaut ist die „rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut“. Beschränkt man sich auf den Text des Grundgesetzes und sieht man von der Einbeziehung weiterer, möglicherweise auch außerrechtlicher Kriterien ab, so ist für die Ermittlung der Aussage des Art. 92 erster Halbsatz GG entscheidend, zu welchen anderen Normen des Grundgesetzes man ihn in Beziehung setzt und wie man diese anderen Normen im Verhältnis zu Art. 92 GG gewichtet.

Meinen Standpunkt in dieser Frage möchte ich dem Kapitel IV. vorbehalten, denn er erklärt sich weitgehend aus der diesem Kapitel vorangestellten Darstellung der Verfassungswirklichkeit in Deutschland. Die Ausführungen in Kapitel II. sind der vorherrschenden Auslegung des Art. 92 erster Halbsatz GG gewidmet. Diese enthält sich einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den psychosozialen Auswirkungen der Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt durch die ausführende Gewalt und dient so der gegenwärtigen Justizorganisationsstruktur in Deutschland zur Rechtfertigung.

Eine realitätsabgewandte Auslegung von Verfassungsnormen birgt Gefahren. Jede Norm des Grundgesetzes kann durch eine Auslegung aus dem Blickwinkel einer anderen Norm in ihrer eigenen Bedeutung geschmälert werden. Selbst die für unantastbar erklärte Würde des Menschen (Art. 1 I 1 GG) kann relativierend angetastet werden, indem man die Würde des einen Menschen der Würde des anderen Menschen gegenüberstellt, eine „Würdekollision“ feststellt⁵⁶ und die auf diese Weise auslegungstechnisch selbst geschaffene Problemlage dadurch auflöst, dass man des einen Menschenwürde über die des Anderen erhebt.

Die normorientierte Auslegung einer Verfassung ohne einen zureichenden Rückbezug auf anthropologische Fakten erleichtert die Einspeisung voluntativer Elemente nach eigenem Gutdünken. Ein klassisches Beispiel ist der (gescheiterte) Versuch, dem Prinzip der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau durch die

⁵⁶ Dreier, in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 1 I Rdn. 133.

Auslegung des Art. 3 II GG von einem dem Art. 6 GG zuvor eigens unterlegten Familienbild her die eigenständige Bedeutung zu nehmen⁵⁷. Hier wurde die Behauptung der Inhaltsarmut einer Verfassungsnorm der Verfassungsauslegung voranstellt, um dann unter dem Schirm dieser Behauptung den Bedeutungsumfang des auf diese Weise entleerten Gleichheitssatzes nach eigenen Wertvorstellungen neu zu bestimmen. Diese Rechtstechnik entbehrt nicht des Beliebigen. Sie hätte es auch erlaubt, den umgekehrten Weg zu beschreiten und einen nach eigenem Gusto angereicherten Art. 3 II GG zur Bestimmung eines Wunschinhalts des Art. 6 GG zu benutzen.

Eine empiriefreie, an Normen orientierte Auslegung des Grundgesetzes begünstigt Werterelativierungen und gebiert „Wertekollisionen“. Sie tendiert gegen die Rechtssicherheit.

Die Auslegung des Art. 92 erster Halbsatz GG könnte von Art. 20 II 2 GG her erfolgen. Nach dieser herausragenden, weil Verfassungsänderungen nicht zugänglichen⁵⁸ Norm wird die vom Volke ausgehende Staatsgewalt in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Die Bezugnahme lenkt den Blick auf die Wortwahl in Art. 20 II 2 GG: Das Grundgesetz verwendet hier den Begriff „Gesetzgebung“. Es meint aber „gesetzgebende Gewalt“. Das dürfte so wenig zu bestreiten sein, wie die Übertragung dieser Staatsgewalt auf die einzelnen vom Volk gewählten Abgeordneten. Es liegt nicht fern anzunehmen, dass der Verfassungsgeber auf der gleichen Sprachebene den Begriff „Rechtsprechung“ bedeutungsgleich mit dem Begriff „rechtsprechende Gewalt“ verwandt hat. Dass die Richter Träger dieser Staatsgewalt sind, versteht sich von selbst und entspricht allen bekannten Ausformungen der Gewaltenteilungslehre. Mithin könnte ein Rückbezug auf Art. 20 II 2 GG zu der Erkenntnis führen, dass die Bedeutung des Art. 92 erster Halbsatz GG darin liegt, wiederholend und klarstellend das auszusprechen⁵⁹, was sich bereits aus dem durch Art. 20 II 2 GG konstituierten Gewaltenteilungsprinzip ergibt: Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut (ebenso wie die gesetzgebende Gewalt den Parlamentsabgeordneten anvertraut ist).

⁵⁷ Zum Scheitern dieses Versuches ausführlich nachstehend unter IV.3.d.

⁵⁸ Art. 79 III GG.

⁵⁹ Zu der Sinnhaftigkeit einer solchen Klarstellung vgl. die Ausführungen unter IV.3.d.

Mit der Teilung der Staatsgewalt legt Art. 20 II 2 GG das Grundgesetz darüber hinaus auf eine anthropologische⁶⁰ Einsicht fest. Durch die Aufteilung der Staatsgewalt soll Macht gebändigt werden. Das Zusammenspiel der drei Staatsgewalten setzt aber voraus, dass keine über die anderen die Oberhand gewinnt und sie beherrscht⁶¹. Jede Staatsgewalt bedarf eines Schutzbereichs, in den eine der anderen Staatsgewalten nicht eindringen kann.

Die konkrete Ausgestaltung der Schutzbereiche ist eine Frage der Staatsorganisation. Zum Schutze der Unabhängigkeit der Parlamentsabgeordneten hält das Grundgesetz eine Parlamentsautonomie für erforderlich - Art. 39 II, III Art. 40 GG. Entsprechende Vorschriften für eine Autonomie der Träger der rechtsprechenden Gewalt enthält das Grundgesetz nicht. Dies mag historisch zu erklären sein⁶², vermag aber aus psychosozialer Sicht nicht zu überzeugen. Dass die beiden Personengruppen - Abgeordnete und Richter - eines jeweils unterschiedlich starken Schutzes gegenüber möglichen Eingriffen der vollziehenden Gewalt bedürfen, wäre eine aller Lebenserfahrung widersprechende und einem außerrechtlichen, weil anthropologischen Wissen entlehnte Behauptung, die des empirischen Nachweises bedürfte. Ein humanwissenschaftlicher Nachweis, der bestätigen würde, dass psychosoziale Mechanismen Richter weniger gefährden als Abgeordnete, ist nicht bekannt.

Die Bezugnahme auf Art. 20 II 2 GG könnte auch diesen Aspekt in eine Auslegung des Art. 92 erster Halbsatz GG einfließen lassen und dazu motivieren, über staatliche Organisationsformen nachzudenken, die den Schutz der Judikative in einem psychologisch als notwendig erkannten Umfange garantieren. Die traditionelle Auslegung des Art. 92 erster Halbsatz GG stellt indes nicht das Gewaltenteilungsprinzip als eine Trias von anthropologischer Einsicht, Ziel und Handlungsorientierung in den Mittelpunkt ihrer Interpretationsbemühungen. Sie hinterfragt nicht die tradierte Form des unterschiedlichen „Schutzbedürfnisses“ von Parlamentsabgeordneten einerseits (Parlamentsautonomie) und von Richtern andererseits (Verwaltung durch die ausführende Gewalt) und verzichtet auf die gutachterliche Hilfe humanwissenschaftlicher Disziplinen bei der Beurteilung der Wirkungsweise von psychosozialen Mechanismen zwischen den Richtern und der die Justiz verwaltenden Exekutive.

⁶⁰ (und daher einer empiriefreien Jurisprudenz wissenschaftlich unzugängliche).

⁶¹ BVerfGE 9, S. 268 ff. (279 f.).

⁶² Vgl. die Ausführungen unter IV.3.a.

Dass die anthropologisch bedingte Gefährdung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung durch eine exekutivische Verwaltung nicht so gravierend sei, dass hieraus Konsequenzen für den deutschen Staatsausbau gezogen werden müssten, ist die stumme Behauptung der Kommentatoren des Grundgesetzes, die diese Systemfrage vernachlässigen. Ein außerrechtlicher Aspekt, der sich einer fundierten Beurteilung durch die eigene wissenschaftliche Disziplin entzieht und dem man sich nicht stellt, wird hier nicht besprochen; er wird übergangen.

Hierzu die Beispiele zweier prominenter Kommentierungen des Grundgesetzes:

Beispiel 1: Schulze-Fielitz bezeichnet Art. 92 GG als die zentrale Grundsatznorm für die Normen im IX. Abschnitt des Grundgesetzes, die die Rechtsprechung als Staatsfunktion und spezifische Erscheinungsform der Ausübung demokratisch legitimer staatlicher Herrschaftsgewalt näher konturieren und das Prinzip der Gewaltenteilung in Art. 20 II 2 GG für die Dritte Gewalt konkretisieren⁶³. Nach Art. 92 erster Halbsatz GG, führt er weiter aus, obliege die Staatsaufgabe Rechtsprechung ausschließlich staatlichen Gerichten und ihren Richtern; er verbiete den Organen der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt, rechtsprechende Gewalt auszuüben. Diese Regelung enthalte fundamentale Grundsatzentscheidungen über Begriff und Aufgabe der Rechtsprechung, über den Status von Richtern und die Organisation der Gerichtsbarkeit und gewährleiste so zentrale Voraussetzungen für effektiven Rechtsschutz im Rechtsstaat⁶⁴.

Die Auslegung des Art. 92 GG stelle den Rechtsanwender vor ein auch bei anderen Normen des Grundgesetzes bedeutsames Dilemma: Einerseits sei das Grundgesetz mit seinem Begriffsgebrauch aus sich selbst heraus auszulegen und sein Selbststand zu wahren, sei die rechtsprechende Gewalt systematisch im Blick auf ihre Einbindung in die Gewaltenteilung zu verstehen. Andererseits sei bei der begrifflichen Bestimmung der „rechtsprechenden Gewalt“ oder der „Richter“ und „Gerichte“ an die seit langem einfachgesetzlich geprägten Begriffe im Verständnishorizont des Verfassungsgebers, aber auch an ihre - ggf. verfassungskonkretisierende und u.U. auch auf „stille“ Weise verfassungswandelnde - Fortschreibung durch den parlamentarischen Gesetzgeber anzuknüpfen, wie sie z.B. im GVG, dem DRiG oder in Prozessordnungen geformt worden ist, ohne dass ein schlichter Rückgriff auf die

⁶³ BVerfGE 22, S. 49 ff. (76).

⁶⁴ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 17.

Begrifflichkeit dieser Gesetze zulässig wäre. Dabei dürfe es nicht zu einer „Gesetzmäßigkeit der Verfassung“ kommen, sondern die elementaren unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 92 GG müssten trotzdem Maßstab für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der sie konkretisierenden Gesetze bleiben⁶⁵.

Dies vorausgeschickt, wendet sich Schulze-Fielitz dem Begriff der „rechtsprechenden Gewalt“ zu und stellt fest, dass dieser im Grundgesetz nicht selbst definiert, sondern als vorkonstitutioneller Begriff vorausgesetzt sei. Er könne weder einfach mit dem Begriffsgebrauch an anderen Stellen im Grundgesetz identifiziert werden, wo auf die rechtsprechende Gewalt als Staatsfunktion Bezug genommen werde (Art. 1 III, 20 II 2; 20 III GG), noch lasse er sich rein formell mit der Tätigkeit eines Richters oder Gerichts gleichsetzen, weil er so leer liefe. Wegen solcher Schwierigkeiten habe sich bislang keine Definition der „rechtsprechenden Gewalt“ als dominierend durchgesetzt⁶⁶.

Die verschiedenen Definitionsvorschläge stellten vor allem verfassungspositivistisch auf die Gesamtheit der Aufgaben ab, die das Grundgesetz den Gerichten zuweise, oder aber auf einen vorverfassungsrechtlichen Wesenskern, nämlich die (Streit-) Entscheidung durch einen neutralen Dritten in Bindung an das geltende Recht⁶⁷.

Nach weiteren Ausführungen über verschiedene Definitionen des Begriffes Rechtsprechung⁶⁸ folgen Darlegungen zu den Rechtsprechungsaufgaben der Gerichte⁶⁹ und den Aufgaben der Gerichte ohne Rechtsprechungscharakter⁷⁰, zur Staatlichkeit der rechtsprechenden Gewalt⁷¹, zu den Begriffen Richter und Gerichte⁷² und über die Kompetenz zur Errichtung der Gerichte⁷³. Schulze-Fielitz schließt mit einer kurzen Betrachtung des Verhältnisses des Art. 92 GG zu weiteren Bestimmungen des Grundgesetzes⁷⁴.

Beispiel 2: Zu Beginn seiner Ausführungen stellt Herzog fest, dass die in den Art. 92 ff. GG niedergelegten verfassungsrechtlichen Grundsätze in einem gewissen

⁶⁵ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 20.

⁶⁶ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 25.

⁶⁷ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 26.

⁶⁸ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 27 bis 29.

⁶⁹ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 30 bis 41.

⁷⁰ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 42 bis 48.

⁷¹ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 49 bis 52.

⁷² Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 53 bis 62.

⁷³ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 63 f.

⁷⁴ Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 65 bis 67.

Sinne die thematische Wiederaufnahme und Konkretisierung der Fundamentalnorm des Art. 20 II 2 GG darstellten. Dort werde festgelegt, dass es neben den Organen der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt auch selbständige Organe der Rechtsprechung geben müsse und die Art. 92 ff. GG setzten dieses Prinzip in die Tat um⁷⁵.

Freilich liege es auf der Hand, dass vom IX. Abschnitt des Grundgesetzes keine in sich geschlossene und vor allem abgeschlossene Regelung der mit der Dritten Gewalt zusammenhängenden Fragen erwartet werden könnte⁷⁶. Im Einzelnen spreche der IX. Abschnitt folgende Problemkreise an: Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, das Verhältnis der rechtsprechenden zur vollziehenden Gewalt, die Gerichtsorganisation, die Grundzüge des Organwalterrechts der Dritten Gewalt, das Gerichtsverfahrensrecht und zuständigkeitsrechtliche Elemente⁷⁷.

Art. 92 GG gehöre dem Themenkreis der Gewaltenteilung an, indem er bestimme, dass die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Es sei unzweifelhaft, dass Art. 92 GG eine Abgrenzung der Dritten Gewalt von den beiden anderen Staatsgewalten vornehme⁷⁸. Der Anwendungsbereich des Art. 92 GG sei durch den Begriff der rechtsprechenden Gewalt nur scheinbar umschrieben. Weder das Grundgesetz noch die traditionelle Gewaltenteilungslehre enthielten in einem Umfang Anhaltspunkte für den Inhalt der Begriffe rechtsprechende Gewalt und Rechtsprechung, der es gestatten würde, dem Art. 92 GG ohne genauere Auslegung einen praktikablen Inhalt zu entnehmen. Bei dieser Lage der Dinge bleibe nichts anderes übrig, als den Begriff der rechtsprechenden Gewalt durch Rückgriff auf die systematischen Aussagen der Verfassung über die ihr zugrunde liegende Ausgestaltung des Gewaltenteilungsprinzips Schritt für Schritt zu ermitteln⁷⁹.

Im Folgenden befasst sich Herzog mit der Abgrenzung der rechtsprechenden von der gesetzgebenden Gewalt⁸⁰, um sich dann der Abgrenzung zwischen Judikative und Exekutive zuzuwenden. Nach einer Erörterung zahlreicher Abgrenzungstheorien⁸¹ gelangt er zu der Feststellung, dass eine Auslegung des Art. 92 GG die

⁷⁵ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 2.

⁷⁶ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 3.

⁷⁷ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 8 bis 12.

⁷⁸ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 17.

⁷⁹ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 20.

⁸⁰ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 22 bis 26.

⁸¹ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 27 bis 33.

Erkenntnis zum Ausgangspunkt haben müsse, dass die Verfassung in dieser Norm entscheidenden Wert darauf lege, neben die Legislativ- und die Exekutivgewalt eine dritte, durch den Begriff des Richters charakterisierte Staatsgewalt zu stellen, und dass es dem Gesetzgeber jedenfalls in den Kernbereichen versagt sein müsse, über Zuständigkeit oder Unzuständigkeit dieser Dritten Gewalt nach freiem Ermessen zu entscheiden⁸².

Eine so ausgerichtete Auslegung des Art. 92 GG verlange zunächst die Klärung des Unterschiedes zwischen verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantien und verfassungsrechtlichen Richtervorbehalten⁸³. Herzog führt aus, dass - genau genommen - dem Richter nicht die Entscheidung über ein bestimmtes Handeln des Staates vorbehalten werde, sondern dass vorausgesetzt werde, dass eine andere Stelle bereits entschieden und möglicherweise gehandelt hat; dem Richter werde lediglich die nachträgliche Kontrolle eingeräumt. Von einem richterlichen Kontrollmonopol könne auch deshalb nicht gesprochen werden, weil neben den richterlichen Kontrollen auch die Kontrollbefugnisse der vorgesetzten Behörden und des Parlaments bestünden⁸⁴. Die Frage, ob Art. 92 GG über die in der Verfassung an anderer Stelle (z.B. Art. 18 Satz 2 GG) ausdrücklich ausgesprochenen Richtervorbehalte selbst Grundlage eines umfassenden Richtervorbehaltes sei, sei nicht gelöst⁸⁵. Die Erörterung führt Herzog zu der Frage, ob der Begriff der rechtsprechenden Gewalt in Art. 92 GG überhaupt einen eigenständigen Inhalt besitze oder ob er lediglich die in anderen Vorschriften des Verfassungsrechtes und des einfachen Rechts brennglasartig zusammenfasse⁸⁶. Herzog neigt zu der Annahme, dass Art. 92 GG keine eigenständigen Rechtsweggarantien zu schaffen versuche und auch hinsichtlich eigenständiger Richtervorbehalte schweige⁸⁷.

Aus dem Wortlaut des Art. 20 II 2 GG, wonach die Staatsgewalt durch besondere Organe der Legislative, der Exekutive und der Judikative ausgeübt werden muss, folgert Herzog zum einen, dass Exekutiv- und Judikativorgane organisatorisch und personell grundsätzlich voneinander getrennt sein müssen und zum anderen das Verbot, die Dritte Gewalt mit solchen Verwaltungsaufgaben zu betrauen, bei deren

⁸² Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 34.

⁸³ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 35.

⁸⁴ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 38.

⁸⁵ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 41.

⁸⁶ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 42.

⁸⁷ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 46.

Erledigung ihre Organe weisungsgebunden sind. Es verstehe sich von selbst, dass eine Vermengung weisungsfreier und weisungsgebundener Tätigkeiten die Organe der Dritten Gewalt zu einem ständigen Rollenwechsel zwänge und damit eine wichtige psychologische Voraussetzung für eine echte Unabhängigkeit der Rechtsprechung in Frage stellen würde. Dieser Gesichtspunkt müsse selbst gegen eine zu weite Ausdehnung der sog. Justizverwaltungsaufgaben ins Feld geführt werden, für die freiere Prinzipien gälten⁸⁸.

Die Auslegungsmethodik⁸⁹ der beiden zitierten Grundgesetzkommentatoren verzichtet auf Empirie. So weit Tatsächliches zur Sprache kommt, ist es der Gegenstand von Vermutungen, deren Richtigkeit, Wirkungsweise und Gewicht keiner Prüfung auf wissenschaftlichem Niveau unterzogen wird. Die Auslegungen unterscheiden sich im Ergebnis nicht von der großen Mehrzahl der anderen Grundgesetzkommentierungen⁹⁰.

Nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts ist die Gewaltenteilung ein tragendes Organisationsprinzip des Grundgesetzes⁹¹. Keine Gewalt darf ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über die andere Gewalt erhalten⁹². Wo in der deutschen Verfassungswirklichkeit in dem Verhältnis zwischen Exekutive und Judikative tragende Organisationsstrukturen von tatsächlich tragender Wirkungskraft zu finden sind, spricht das Bundesverfassungsgericht nicht aus. Ob die Bundesrepublik Deutschland bereits Organisationsstrukturen besitzt, die ein psychosoziales Übergewicht der Exekutive über die Organe der Judikative ausschließen, ist nicht empirisch erforscht. So folgt auch das Bundesverfassungsgericht der stummen

⁸⁸ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 55.

⁸⁹ Die Methodik der empiriefrei-normenorientierten Verfassungsauslegung folgt einer verbreiteten Form des Erkenntnisprozesses in der deutschen Jurisprudenz. Hierzu eine pointierte Außensicht des Philosophen Hans Albert: „Eine der wesentlichen Gemeinsamkeiten zwischen theologischer und juristischer Denkweise scheint darin zu bestehen, dass beide sich mehr oder weniger ausdrücklich einem Offenbarungsmodell der Erkenntnis unterwerfen, dem zufolge es darauf ankommt, die Wahrheit aus den Verlautbarungen von Instanzen zu entnehmen, die mit unbezweifelbarer Autorität für die Lösung der betreffenden Probleme ausgestattet sind“ - Albert in Albert Lesebuch: Erkenntnis und Recht - Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus S. 239 ff. (243).

⁹⁰ Pieroth in Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Art. 92 Anm. 1 ff.; Classen in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 92 Anm. 1 ff.; Meyer in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Anm. 1 ff.; Hopfauf in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Vorb. v. Art. 92 Anm. 6 ff.; Hömig in: Hömig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Anm. 1 ff.; Detterbeck in: Sachs, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 1 ff.; Müller in: Model/Müller, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 1 ff.. - Mit deutlich größerem anthropologischem Bezug Wassermann in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Art. 92 Rdn. 48a und Böttcher, in: Umbach - Thomas, Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, vor Art. 92 ff. Rdn. 26 ff.

⁹¹ BVerfGE 3, S. 225 ff. (247).

⁹² BVerfGE 9, S. 268 ff. (279).

Behauptung, die Unabhängigkeit der Richter sei durch die exekutivische Justizverwaltung nicht in einer psychologisch relevanten Weise gefährdet.

An dieser Stelle möchte ich den Blick auf die Verfassungswirklichkeit in Deutschland lenken. Ist die Bundesrepublik Deutschland organisatorisch und funktional so konstruiert, dass rechtsprechungsfremde Einwirkungen der Exekutive auf die Rechtsprechung ausgeschlossen sind?

Hierbei wende ich mich zunächst der Frage zu, welche *Möglichkeiten* deutsche Exekutiven haben, auf die Rechtsprechung Einfluss zu nehmen, unabhängig davon, ob und auf welche Weise sie von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen (III.1.). Denn der anthropologische Ausgangspunkt des Gewaltenteilungsprinzips beruht auf der Erfahrung, dass sich immer jemand findet, der vorgefundene Möglichkeiten zur Machtausübung auch ergreift. Anschließend möchte ich der deutschen Wirklichkeit die Realität anderer Staaten gegenüberstellen, in denen man die Möglichkeiten von Einflussnahmen der Exekutive auf die Rechtsprechung durch organisatorische Gestaltungen ganz oder weitgehend ausgeschlossen hat (III.2.). Hieran anschließend soll aufgezeigt werden, ob und wie die deutschen Exekutiven von den ihnen gegebenen Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Rechtsprechung praktischen Gebrauch machen (III.3.).

III. Die Verfassungswirklichkeit in Deutschland

Zur Verfassungswirklichkeit gehört die Ebene des Könnens; was eine Staatsgewalt kann, steht in ihrer Macht. Sie kann mit dieser Macht maßvoll umgehen, sie kann auf ihre Ausübung verzichten. Selbst der Verzicht auf die Machtausübung ändert aber nichts an der Tatsache der Innehabung der Macht.

Die Feststellung des Umfangs der Befähigung einer Staatsgewalt zur Ausübung von Macht über eine andere Staatsgewalt hängt daher davon ab, welche Möglichkeiten der Einflussnahme ihr zustehen. Die Beantwortung der Anschlussfrage, wie die mächtige Staatsgewalt mit ihren Möglichkeiten tatsächlich umgeht, dient nur dem Versuch einer Befriedung derer, die es für unwahrscheinlich halten, dass eine nach dem Grundgesetz an Verfassung, Gesetz und Recht gebundene Staatsgewalt Machtexzesse praktizieren könnte.

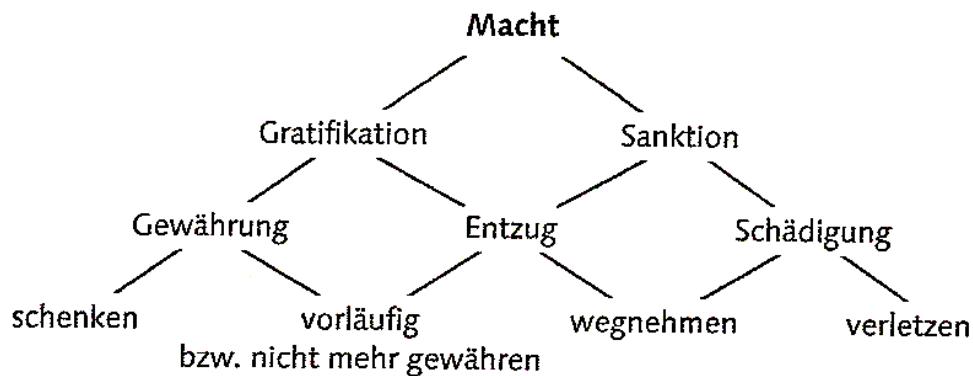
1. Von den *Möglichkeiten* der deutschen Exekutiven zur Beeinflussung der Rechtsprechung

Wer die Möglichkeit hat, einen anderen zu beeinflussen, hat Macht über ihn. Macht ist nicht eine äußere, sondern eine innere Erscheinung. Macht ist nicht ein Attribut des Befehlenden, sondern des Gehorchenden. Darin, dass sich ein Mensch bereit findet, den Willen eines anderen zu tun, liegt das Grundphänomen der Macht. Macht ist der Reflex der Gefolgsbereitschaft⁹³.

Macht ist die *Fähigkeit*, andere Menschen dazu zu veranlassen, die eigenen Handlungsziele zu unterstützen - ganz gleich, worauf diese Fähigkeit beruht, unabhängig davon, ob ihre Ausübung erlaubt oder verboten ist. Macht hat zwei Aspekte: Sie beruht auf der Fähigkeit, anderen Menschen Vorteile zu verschaffen, und der Fähigkeit, anderen Menschen Nachteile zu verschaffen. Macht ist Gratifikations- und Sanktionsmacht⁹⁴.

⁹³ Imboden, *Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaats*, S. 41.

⁹⁴ Reemtsma, *Vertrauen und Gewalt*, S. 147.



95

Hat die deutsche Exekutive Möglichkeiten, die Organe der rechtsprechenden Gewalt dazu zu veranlassen, rechtsprechungsfremde, nämlich administrative oder politische Handlungsziele zu unterstützen?

Diese Frage lenkt den Blick zunächst auf die Persönlichkeiten der Richter. Weichen ihre Charaktereigenschaften von denen des menschlichen Durchschnitts ab? Ist ihnen Gefolgsbereitschaft wesensfremd? Bestätigungen einer solchen These durch empirische Untersuchungen sind mir nicht bekannt.

Dafür, dass sich deutsche Richter von anderen Menschen nicht durch eine besondere Machtfestigkeit unterscheiden, spricht schon die Art ihrer Auslese. Nach § 5 DRiG erwirbt die Befähigung zum Richteramt, wer ein rechtswissenschaftliches Studium mit der ersten Staatsprüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt. Allgemeinbildung, Verantwortungsbewusstsein, Persönlichkeit und Mut sind keine gesetzlichen Auslesekriterien für deutsche Richter. Zum Richter kann man in Deutschland nach einer ethikfreien Ausbildung ernannt werden; die erfolgreiche Teilnahme an einschlägigen philosophischen Ausbildungsveranstaltungen ist nicht Prüfungsvoraussetzung, Ethik ist kein Prüfungsfach.

Man kann prima facie davon ausgehen, dass sich im Querschnitt der Richter ein ebenso menschenübliches Maß an Gefolgsbereitschaft findet wie im Querschnitt der höheren Beamten und Angestellten. Die Exekutive weiß dies und spricht es offen aus, wenn sie in Ausschreibungen von Direktoren- und Präsidentenstellen Loyalität

⁹⁵ Reemtsma, Vertrauen und Gewalt, S. 151.

gegenüber dem Justizministerium einfordert⁹⁶. Es sind die Richter, die noch nicht Direktoren oder Präsidenten sind, von denen Gefolgschaft erwartet wird. Aus der Zahl der gefolgschaftsbereiten Richter werden dann einige zu Direktoren oder Präsidenten ausgelesen. Die persönlichen Eigenschaften verbleiben dem gefolgschaftsbereiten Richter aber auch dann, wenn ihm andere Bewerber vorgezogen worden sind.

Richter sind als Menschen für die Macht empfänglich wie andere auch - selbst dann, wenn der Wortlaut des Grundgesetzes der Exekutive eine Ausübung von Macht über die Richter verbietet. Nach Art. 97 I GG sind die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Die Verfassungsnorm spricht aus, wie das Verhältnis von Exekutive und Richtern sein soll. Die Wirklichkeit kann hiervon abweichen.

Wenn die Exekutive die Möglichkeit hätte, Richter dazu zu veranlassen, die eigenen Handlungsziele zu unterstützen, dann hätte sie eine tatsächliche Macht über die Richter, gleichviel, was in Art. 97 I GG geschrieben steht und unabhängig davon, ob sie von dieser Macht Gebrauch macht.

An welche Beeinflussungsmöglichkeiten wäre zu denken? Zur Verdeutlichung ein⁹⁷ Beispiel:

Möglich oder nicht möglich? Eine Landesregierung beschließt zu sparen. Man vereinbart am Kabinetttisch, dass jedes Ressort 15 % weniger ausgibt als zuvor. Am Tisch sitzt auch der Justizminister. Er zeichnet die Vereinbarung ab.

Möglich oder nicht möglich? Der Justizminister zeigt den ihm unterstellten Gerichtspräsidenten an, dass so lange keine ausscheidenden Richter durch Neueinstellungen ersetzt werden, bis sich die Richterzahl um 15 % verringert hat. Er rät den Gerichtspräsidenten, dafür Sorge zu tragen, dass sich die Zahl der von den Richtern jährlich zu erledigenden Fälle entsprechend erhöht, die Richter also entsprechend schneller arbeiten.

Möglich oder nicht möglich? Ein Amtsgerichtspräsident teilt daraufhin den Amtsrichtern mit, für die Noten in ihren Dienstzeugnissen sei künftig die Erledigungszahl maßgebend, nicht die Qualität der Arbeit: „Hauen Sie die Sachen raus; wie Sie das machen, ist mir egal“. Der Justizminister unterstreicht

⁹⁶ Vgl. Sächsisches Justizministerialblatt Nr. 4/06, S. 49 f.

⁹⁷ (angenommenes).

diese Aufforderung bei einem Besuch des Amtsgerichts, indem er vor den Richtern die Anregung ausspricht, beim Bearbeiten der Akten nicht immer genau hinzusehen und dafür schneller zu erledigen.

Möglich oder nicht möglich? Der Präsident des Amtsgerichts weiß, dass der Justizminister über seine weitere Karriere bestimmt und dass er mit den anderen Amtsgerichtspräsidenten um das Wohlwollen des Ministers konkurrieren muss.

Möglich oder nicht möglich? Die Amtsrichter wissen, dass ihre weitere Karriere von den Noten in ihren Dienstzeugnissen abhängt und dass sie sich mit ihren Kolleginnen und Kollegen in einer Konkurrenz um die schnellste Erledigung befinden.

Möglich oder nicht möglich? Die Amtrichterschaft spaltet sich in zwei Gruppen auf. Die eine konkurriert um die Erledigungszahl, liest zur Zeitersparnis die Akten allenfalls quer, geht unzulänglich vorbereitet in die Sitzung, lässt die Parteien nicht zu Wort kommen, übergeht im Urteil von den Parteien vorgebrachte Gesichtspunkte, wenn deren Beachtung die Erledigung des Falles verzögern würde, stellt als Ermittlungsrichter keine eigenen Ermittlungen an, sondern zeichnet den Antrag auf Durchsuchung einer Wohnung oder auf Erlass eines Haftbefehls nach cursorischem Durchlesen des Antrags ab. Die andere Gruppe arbeitet weiterhin sorgfältig, braucht Zeit zum Lesen der Schriftsätze, zum Anstellen von Ermittlungen, zur Gewährung rechtlichen Gehörs und zum Abfassen einer alle rechtlich und tatsächlich maßgeblichen Gesichtspunkte des Falles umfassenden Entscheidung.

Möglich oder nicht möglich? Die Richter der erstgenannten Gruppe erhalten die besseren Dienstzeugnisse, werden befördert und sind die Vorbilder, Ausbilder und Förderer der künftigen Richtergenerationen.

Möglich oder nicht möglich? Die Richter der zweiten Gruppe bekommen die schlechteren Dienstzeugnisse, werden nicht befördert und können deshalb auch nicht ihre Arbeitsauffassung bei der Benotung und Beförderung der nachfolgenden Richter ins Spiel bringen.

Möglich oder nicht möglich? Die oberflächlich arbeitenden Richter machen disziplinarisch oder strafrechtlich relevante Fehler. Damit geraten sie in eine

persönliche Abhängigkeit von ihren Dienstvorgesetzten, die je nach Wohlwollen diese Fehler übersehen oder ahnden können.

Möglich oder nicht möglich? Der Richtereid „nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen“ wird für Karriererichter zur Phrase. Das politisch motivierte Wollen eines der Kabinettsdisziplin unterworfenen Regierungsmitglieds unterläuft den Grundsatz der Bestenauslese (Art. 33 Abs. II GG) in der Dritten Gewalt mit langfristiger Wirkung.

Wäre all dies *möglich*, so könnte die Exekutive subtil und im Ergebnis erfolgreich das Denken und Handeln von Richtern beeinflussen und so bis in die Arbeitsweise und sogar in die Entscheidungsfindung und damit in den Kernbereich⁹⁸ der Judikative „hineinregieren“.

Die Beantwortung der Frage ist eindeutig: Es gibt in Deutschland keine organisatorische und funktionale Trennung von Exekutive und Judikative, die Vorgänge der vorstehend angenommenen Art von vornherein unmöglich machen würde. Durch die Verwaltung der Justiz hat die deutsche Exekutive die Macht, in einer Art und Weise auf die Richter einzuwirken, dass es nur noch von den Persönlichkeitsmerkmalen des einzelnen Richters abhängt, ob er sich dazu verleiten lässt, unter Hintanstellung seiner originär richterlichen Pflichten⁹⁹ die politischen Ziele der Regierung zu unterstützen.

Die deutschen Regierungen haben diese Macht, auch wenn den Richtern die Möglichkeit eingeräumt ist, gegen Beeinträchtigungen ihrer Unabhängigkeit durch Maßnahmen der Dienstaufsicht die Richterdienstgerichte anzurufen¹⁰⁰. Das Recht zur Anrufung der Richterdienstgerichte setzt die *Möglichkeit* der Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit durch die einer anderen Staatsgewalt - der Exekutive - zugeordneten Organe der Dienstaufsicht denknotwendig voraus.

Indem die deutsche Exekutive die Gerichte verwaltet, hat sie im Wortsinne „Gewalt“ über die Richter. Der Begriff Gewalt ist eine Bildung des althochdeutschen Verbes *waltan* > stark sein, beherrschen; mittelhochdeutsch: *verwalten* > in Gewalt haben,

⁹⁸ Hierzu ausführlich Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 190 ff.

⁹⁹ Z.B. seiner aus den Art. 20 III, 97 I GG folgenden strikten Bindung an Prozessordnungen und materielles Recht.

¹⁰⁰ § 26 III DRiG.

für etwas sorgen¹⁰¹. In diesem Wortsinne haben in Deutschland die Träger einer Staatsgewalt Gewalt über die Träger einer anderen Staatsgewalt. Nicht zufällig sprach das Bürgerliche Gesetzbuch bis zum 31.12.1979 von der elterlichen „Gewalt“ über die Kinder¹⁰². Allein schon die sich aus der Fürsorge für einen anderen ergebende Informationsfülle verleiht Macht.

Man könnte an dieser Stelle einwenden, die Exekutive habe zwar objektiv die Verwaltungsmacht. Vor dem Hintergrund des Art. 20 III GG sei es aber unwahrscheinlich, dass sie von ihren Möglichkeiten Gebrauch machen werde, da auch die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden sei.

Thoma scheint bei der Abfassung seines Rechtsgutachtens betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.03.1953¹⁰³ dieser Meinung gewesen zu sein. Er untersuchte, ob eine Selbstverwaltung des Bundesverfassungsgerichts notwendig sei und er verneinte diese Frage. Nach der von ihm vertretenen Ansicht ist es nicht nur nicht evident, sondern *unwahrscheinlich*, dass durch ministerielle Verwaltungskompetenzen die Unabhängigkeit der Gerichte gefährdet wird.

Die auf großem Vertrauen in die Tugendhaftigkeit der Organe der Exekutive basierende Feststellung Thomas überzeugt nicht. Schon die Notwendigkeit von Verwaltungsgerichten an sich macht es evident, dass die Exekutive - zu der auch die Justizverwaltung gehört - bisweilen ihre Kompetenzen überschreitet. Hat nicht der Verfassungsgeber selbst die Gefährdung der Unabhängigkeit des Parlaments durch ministerielle Verwaltungskompetenzen für evident und wahrscheinlich erklärt¹⁰⁴? Zu einer Beantwortung der - außerrechtlichen - Frage, ob die Richter durch eine exekutivische Verwaltung in geringerem Maße gefährdet sind, als es die Parlamentsabgeordneten wären, dürfte es Thoma an der hinreichenden humanwissenschaftlichen Ausrichtung gefehlt haben.

Darüber hinaus liegt es gerade im Wesen des Unwahrscheinlichen, dass es ein Teil des Möglichen ist. *„Das Unwahrscheinliche ist nur ein Grenzfall des Möglichen, und wenn es einmal eintritt, das Unwahrscheinliche, so besteht keinerlei Grund zur*

¹⁰¹ DUDEN, Das Herkunftswörterbuch, 4. Aufl., S. 274, 897 u. 909.

¹⁰² Zur Betonung der mit der Gewalt verbundenen Pflichtenstellung der Eltern wurde dieser Begriff im Rahmen der Sorgerechtsreform (dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979) mit Wirkung zum 1. Januar 1980 durch „elterliche Sorge“ ersetzt.

¹⁰³ Thoma, JöR (n.F.) 6, 1957, S. 161 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 39 II, III; Art. 40 GG.

*Verwunderung, zur Erschütterung, zur Mystifikation*¹⁰⁵. Mit seinem Hinweis auf die Unwahrscheinlichkeit räumte Thoma denkotwendig die Möglichkeit einer Gefährdung der Unabhängigkeit der Gerichte durch ministerielle Verwaltungskompetenzen ein.

Das Gewaltenteilungsprinzip sucht auch dem für unwahrscheinlich Erklärten vorzubeugen. Die Entscheidung für die Selbstverwaltung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Umsetzung des Gewaltenteilungsprinzips in eine konkrete Organisationsstruktur. Thoma votierte gegen das Gewaltenteilungsprinzip.

Mit Ausnahme des Bundesverfassungsgerichts werden die Gerichte in Deutschland von den hierfür zuständigen Ressorts der Bundesregierung und der Landesregierungen (in der Regel dem Justizministerium) verwaltet. Die Verwaltungskompetenz umfasst die Einstellung, die Beförderung und die Versetzung der Richter und des nichtrichterlichen Personals, die Dienstaufsicht einschließlich der dienstlichen Beurteilung aller Justizangehörigen in Zeugnissen, die Anschaffung der notwendigen Sachmittel und die Organisation des gesamten Dienstbetriebs¹⁰⁶.

Als reine Exekutivtätigkeit ist die richterliche Mitwirkung an der Justizverwaltung (hier: §§ 4 Abs. 2 Nr. 1, 42 DRiG) nach herrschender Meinung nicht von der Unabhängigkeitsgarantie des Art. 97 I GG erfasst¹⁰⁷. Als Verwaltungsorgan steht ein Richter einem weisungsunterworfenen Beamten gleich. Die Doppelstellung als Richter und als Verwaltungsorgan wirft Probleme auf, die zwar juristisch, nicht aber praktisch gelöst sind.

§ 4 I DRiG legt fest, dass ein Richter Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt und Aufgaben der vollziehenden Gewalt nicht zugleich wahrnehmen darf. Die Vorschrift ist anthropologisch motiviert. Wie Herzog richtig feststellt, zwänge eine Vermengung weisungsfreier und weisungsgebundener Tätigkeiten die Organe der Dritten Gewalt zu einem ständigen Rollenwechsel und würde damit eine wichtige psychologische Voraussetzung für eine echte Unabhängigkeit der Rechtsprechung in Frage stellen¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Frisch, Homo Faber, S. 28 f.

¹⁰⁶ Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 16 f. mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁷ Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 17 mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁸ Vgl. Text zu Fn. 88.

Schon im zweiten Absatz des § 4 DRiG ist die anthropologische Einsicht des ersten Absatzes vergessen. Hier stand der politische Wille des Gesetzgebers zur Beibehaltung der überkommenen Justizorganisationsstrukturen im Vordergrund. Nach § 4 II Nr. 1 DRiG darf ein Richter außer Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt auch Aufgaben der „Gerichtsverwaltung“ wahrnehmen. Ab welchem Punkt durch die Ausdehnung der Justizverwaltungsaufgaben wichtige psychologische Voraussetzungen für eine echte Unabhängigkeit der Rechtsprechung in Frage gestellt werden, spricht Herzog nicht aus: Auf wissenschaftlichem Niveau kann diese Frage nicht durch juristische Methodik geklärt werden.

Die Funktionsweise der menschlichen Psyche ist von tatsächlicher Natur und Teil des Seins, nicht des Sollens. Dennoch kehrt der nur normorientierte § 4 II Nr. 1 DRiG ohne jede qualitative Einschränkung der Warnung des anthropologisch orientierten § 4 I DRiG den Rücken zu. Der Gesetzgeber hat bei der Verabschiedung von § 4 II Nr. 1 DRiG entweder die Augen geschlossen¹⁰⁹ oder er hielt sich für befähigt, mittels einer Rechtsnorm etwas Naturgesetzliches partiell zu korrigieren¹¹⁰.

Zu den Möglichkeiten der Justizverwaltung und damit zu der Macht der vollziehenden Gewalt über die Rechtsprechung im Einzelnen:

a. Die Ausstattung der Gerichte

Gerichte bedürfen zu der Bewältigung ihrer Aufgaben einer angemessenen Anzahl von Richtern. Richter brauchen Mitarbeiter, sowohl für ihre richterliche Tätigkeit (Geschäftsstellenbeamte, Schreibkräfte, Justizwachtmeister) als auch für die Verwaltung des Gerichtes als einer Organisation. Die Gerichtsgebäude müssen dem Sinn und Zweck der richterlichen Tätigkeit entsprechend ausgestattet sein. Richter benötigen Arbeitsmittel (vom Computer über die juristische Literatur bis hin zum Kugelschreiber).

Die Ausstattung der Gerichte mit Menschen, Gebäuden und Material liegt in Deutschland seit alters her nicht in den Händen der Richter. Regierungsmitglieder

¹⁰⁹ Sprichwörtlich: „Aus den Augen, aus dem Sinn“.

¹¹⁰ Vergleichbar: Der Bundestag unterlegt einem Gesetz den Sachverhalt, dass der Rhein in dem Streckenabschnitt zwischen Bonn und Koblenz im Bereich der Fahrinne flussaufwärts fließt.

und ihnen nachgeordnete Beamte bestimmen, in welchen Gebäuden die Richter sitzen, wer ihnen auf welche Weise zuarbeitet und mit welchen sachlichen Mitteln sie auszukommen haben. Dies kann zu sachlichen Interessenskonflikten führen, denn die Aufgabenstellungen von Regierungsmitgliedern und Richtern unterscheiden sich in grundsätzlicher Weise. Ein Justizminister steht in der Regierungsloyalität. Die ihm nachgeordneten Beamten sind dem Minister verpflichtet und exekutieren dessen administrative und politische Interessen. Die Loyalität der Richters hingegen gehört nur der Wahrheit und der Gerechtigkeit¹¹¹, dem Gesetz und dem Recht¹¹².

Minister sind in der Regel prominente Mitglieder einer politischen Partei. Ihr Interesse gilt - auch - dem persönlichen Statuserhalt über die gegenwärtige Wahlperiode hinaus oder ihrer „Beförderung“ in ein politisch höherwertiges Staatsamt. Die Chance auf die Verleihung eines Ministeramts ist - auch - von dem Rang des Kandidaten in seiner Partei abhängig. Der karriereorientierte Teil der Parteimitglieder hat insoweit parallel gerichtete, keineswegs nur am Gemeinwohl orientierte Zielvorstellungen.

In den Worten von Karl Jaspers: „... die Namen für die Wahlkreislisten und die Landeslisten werden nicht auf gleiche Weise aufgestellt. Immer aber sind es die Parteigremien, nie das Volk, das an diesem entscheidenden Anfang beteiligt wäre. Man muss Parteimitglied sein, um bei dieser Wahl irgendwo mitwirken und um aufgestellt werden zu können. Auch wer Parteimitglied ist, hat als solches eine geringe Wirkung bei den Nominierungen. Entscheidend wählt die Parteienhierarchie und Bürokratie. Bei der Aufstellung der Landeslisten hat das Parteimitglied als solches keine Mitwirkung. ... Die Parteien, die keineswegs der Staat sein sollten, machen sich, entzogen dem Volksleben, selber zum Staat. ... Die Staatsführung liegt in den Händen der Parteienoligarchie. ... Ihre durch keine Spannung zu anderer Macht eingeschränkte Stellung verführt. ... die Parteien wollen durch ihre eigenen Leute die Plätze besetzen. Das ist der Lohn für die Parteilarbeit, die Beute des Siegers nach der Wahlschlacht“¹¹³.

Der Glanz der demokratischen Legitimation darf diesen Aspekt nicht überblenden. Ein Justizminister hat nicht schon kraft seines Amtes ein nachhaltiges Interesse an den spezifischen Belangen der richterlichen Wahrheitsfindung.

¹¹¹ § 38 I DRiG.

¹¹² Art. 20 III, 97 I GG.

¹¹³ Jaspers, Wohin treibt die Bundesrepublik, S. 128 ff.; www.gewaltenteilung.de/jaspers.htm (Stand 01.01.2010).

Ein auf die aktuelle Durchsetzung (partei-)politischer Ziele abzielender Wille regiert die Exekutive. Die natürlichen Interessen von auf Wahlerfolge angewiesenen Parteipolitikern sind oft tagespolitisch kurz und orientieren sich nicht selten an politischen Moden. Es ist auch nicht auszuschließen, dass das Wollen von Politikern bisweilen gar keine Gestaltung und Pflege des Gemeinwesens zum Ziel hat, sondern sich in dem Interesse an eigener Karriere, Wiederwahl und Machtsicherung erschöpft.

Nach einer Wahlperiode kehren gewählte Politiker - je nach persönlichem Erfolg vorübergehend oder auf Dauer - in den Urzustand der Verantwortungsfreiheit zurück. Dies ist die Kehrseite der Medaille, deren Vorderseite das Wappen der demokratischen Legitimation auf Zeit trägt¹¹⁴. Deutschland hat die oberste Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt den Trägern einer periodisch wiederkehrenden Verantwortungsfreiheit anvertraut.

Anders als der Regierende ist der Richter nicht zeitbedingten Nützlichkeitszielen, sondern - in dieser Zielrichtung zeitlos - Rechtswerten zugetan¹¹⁵. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des Eides *„Ich schwöre, das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen, ...“*, den jeder Richter vor der Ausübung richterlicher Tätigkeit nach § 38 I DRiG in der öffentlichen Sitzung eines Gerichtes zu leisten hat. Regierungstätigkeit ist gestaltend und folgt vorausschauend politischen Zielsetzungen. Der Richter hingegen hat - insoweit rückwärtsgewandt - das in der Vergangenheit gesetzte Recht in der Gegenwart anzuwenden und sich hierbei nur von der Wahrheit und der Gerechtigkeit als Richtschnur leiten zu lassen.

Maßstab für die Ausstattung des Richters ist seine Rechtsprechungsaufgabe. Ungeachtet der aktuellen politischen und finanziellen Interessen einer Landesregierung und seiner politischen Partei hat sich der Justizminister dem Maßstab des § 38 I DRiG zu beugen. Seine Gesetzesbindung folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG. Seine Verpflichtung gegenüber den Besonderheiten einer anderen Staatsgewalt unterscheidet den Justizminister von den anderen Regierungsmitgliedern.

¹¹⁴ Die unverstellte Sicht auf die Kehrseite einer Medaille kann den Blick öffnen für die Möglichkeiten und Notwendigkeiten des nachhaltigen Schutzes der Wertschätzung ihrer Vorderseite.

¹¹⁵ Imboden, Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaats, S. 52.

Eine Landesregierung, die die Gerichte nicht personell, räumlich und sachlich so ausstattet, dass die Richter ihr Amt in voller Unabhängigkeit von den Interessen der Tagespolitik¹¹⁶ und getreu den Vorgaben des Grundgesetzes und des einfachen Bundesrechts ausüben können, verstößt gegen die aus dem Bundesstaatsprinzip¹¹⁷ abzuleitende Pflicht zur Bundestreue; sie missachtet das Grundgesetz. Derlei Rechtsbrüche sind nicht unmöglich. Deutschland kennt keine staatlichen Strukturen, die zwingend verhindern würden, dass die Landesregierungen so viel an richterlichem und nicht richterlichem Personal und an sachlicher Ausstattung der Gerichte einsparen, dass dort die (bundes-)gesetzlich vorgeschriebene Arbeitsweise erschwert oder unmöglich gemacht wird.

Eines der Gesetze, durch die das Bundesrecht (auch) den Richtern im Landesdienst qualitative Arbeitsmaßstäbe setzt, ist die Zivilprozessordnung. Nach § 139 ZPO hat das Gericht das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.

Ein Arbeiten gemäß § 139 ZPO für den und mit dem rechtsuchenden Bürger ist zeitaufwändig. Je mehr Fälle ein Richter pro Jahr zu bearbeiten hat, desto weniger Zeit hat er für die tatsächliche und rechtliche Erörterung des einzelnen Falles, desto weniger wird er Fragen an die Parteien richten (die zu neuem Vorbringen und damit zu einer Verdickung der Akte führen), desto weniger ist er geneigt, auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen, desto mehr tendiert er zum „kurzen Prozess“.

¹¹⁶ Nach dem Wortlaut des Art. 97 I GG sind die Richter „nur“ dem Gesetz unterworfen.

¹¹⁷ Art. 20 I GG.

Die Vorgaben des Bundesgesetzgebers für die Qualität richterlichen Arbeitens können auf Landesebene partiell leer laufen, wenn die Landesregierungen die Gerichte nicht personell und sachlich gemäß den Vorgaben der Bundesgesetze ausstatten. Die Justizverwaltungsbefugnis befähigt die Landesregierungen, die Qualität der Rechtsprechung für ihren jeweils eigenen Machtbereich zu festzulegen. Sie erhebt die Landesregierungen de facto an den Trägern der rechtsprechenden Gewalt vorbei in den Rang von Interpreten der bundesgesetzlichen Prozessordnungen¹¹⁸.

b. Die Dienstaufsicht über die Richter

Nach § 26 Abs. 1 DRiG untersteht der Richter einer Dienstaufsicht nur, soweit nicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt wird. Hieraus folgt zunächst, dass der Richter überhaupt einer Dienstaufsicht untersteht. Wer die Dienstaufsicht ausübt, ist in anderen Gesetzen geregelt. Zum Teil gehen diese Befugnisse auf nationalsozialistische Rechtsetzungen zurück¹¹⁹.

§ 26 Abs. 1 DRiG gibt keine Auskunft darüber, ob die oberste Verwaltung der deutschen Justiz durch Regierungen geeignet ist, eine tatsächliche Einwirkung der Dienstaufsicht auf die richterliche Unabhängigkeit auszuschließen. Dies ist aber zu bezweifeln, denn die Träger der Dienstaufsicht über die Richter sind Organe einer anderen Staatsgewalt, der Exekutive.

Inhaltlich ist die Dienstaufsicht keine Rechtsprechung, sondern eine Verwaltungsaufgabe, die zunächst dem Gerichtspräsidenten obliegt, der wiederum den Weisungen seines Oberpräsidenten und des zuständigen Ministeriums als oberster Dienstaufsichtsbehörde unterworfen ist¹²⁰. Nur die Richter des Bundesverfassungsgerichts sind der Dienstaufsicht eines Ministers entzogen.

Dass die unmittelbare Dienstaufsicht über die Richter in den Händen des Präsidenten des jeweiligen Gerichts liegt, weckt den Anschein einer Unabhängigkeit oder einer Art von Selbstverwaltung der Gerichte. Dieser Schein trägt. In

¹¹⁸ Wird in jedem Bundesland je nach Ausstattung der Gerichte ein anderer § 139 ZPO praktiziert?

¹¹⁹ Ausführlich Weist, Die Entwicklung der Dienstaufsicht über die Richter, DRiZ 1968, S. 223 ff.

¹²⁰ Vgl. beispielhaft §§ 15, 23, 29, 32, 35 SächsJustizG.

Deutschland unterstehen Richter einer Aufsicht durch Beamte.

Gerichtspräsidenten sind in Deutschland beides, Verwaltungsbeamte und Richter in Personalunion. In ihrer Eigenschaft als Behördenleiter sind sie einem Kabinettsmitglied nachgeordnete Organe der Exekutive. Ein zum Gerichtspräsidenten beförderter Richter ist mit einem Teil seiner fortan gespaltenen Person in die den Weisungen des zuständigen Ministers unterworfenen Beamtenschaft übergewechselt. Er ist seiner Funktion nach ein in einer Außenstelle des Ministeriums beschäftigter Ministerialbeamter. So weit er neben seiner Beamtentätigkeit noch als Richter tätig ist, sind ihm Wahrheit und Gerechtigkeit¹²¹ Richtschnur, als Präsident hat er die Anordnungen seiner beamteten Vorgesetzten zu befolgen¹²².

Gerichtspräsidenten sind nur dann Richter, wenn sie richterlich tätig werden, z.B. wenn sie Prozessakten bearbeiten, Gerichtsverhandlungen leiten oder Gerichtsentscheidungen abfassen. In dieser Eigenschaft sind sie den anderen Zivilrichtern, Strafrichtern, Verwaltungsrichtern, Sozialrichtern gleichrangig. In ihrer Präsidenteneigenschaft sind sie hingegen die Dienstvorgesetzten der Richter „ihres“ Gerichts. Als beamtete Vorgesetzte beobachten sie die richterlichen „Kollegen“ und fassen die für deren beruflichen Lebensweg entscheidenden Dienstzeugnisse ab.

Allein ihrer weisungsgebundenen Beamtentätigkeit wegen führen die Präsidenten ihre besonderen Amtsbezeichnungen und werden (deutlich) höher besoldet. Ihre richterliche Arbeit kann auf das Maß einer Nebentätigkeit geschrumpft sein. So ist beispielsweise der Präsident des Amtsgerichts Dresden¹²³ richterlich nur „für die Referate 441 und 444“ zuständig. Das Referat 441 betrifft Grundbuchsachen, das Referat 444 wird in dem Geschäftsverteilungsplan nicht genannt. Sein Vizepräsident ist laut Geschäftsverteilungsplan zu 90 % für Aufgaben der Justizverwaltung freigestellt. Der Präsident des Oberlandesgerichts Dresden ist als Vorsitzender des 2. Zivilsenats mit 0,2 % seiner Arbeitskraft richterlich tätig¹²⁴, der Präsident des Landgerichts Stuttgart ist zu 90 % von richterlicher Tätigkeit frei gestellt¹²⁵.

¹²¹ § 38 Abs. 1 DRiG.

¹²² Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust, // Die eine will sich von der andern trennen (Johann Wolfgang Goethe, Faust, Der Tragödie erster Teil, Vor dem Tor); vgl. hierzu auch Text zu Fn. 88.

¹²³ Amtsgericht Dresden, Geschäftsverteilung Richter für das Geschäftsjahr 2009, Stand 01.06.2009.

¹²⁴ Richterlicher Geschäftsverteilungsplan der Oberlandesgerichts Dresden für das Geschäftsjahr 2009.

¹²⁵ Landgericht Stuttgart, Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 2009.

Die Art der Auslese der Gerichtsleiter zeigt den Bewerbern bisweilen ganz offen, auf wessen Seite sie stehen sollen. So waren im Sächsischen Justizministerialblatt Nr. 4/06 zwei Präsidentenstellen und eine Direktorenstelle jeweils mit folgendem Zusatz ausgeschrieben: *„Es wird erwartet, dass die Bewerber den Modernisierungsbestrebungen in der sächsischen Justiz aufgeschlossen gegenüber stehen und diese sowohl konstruktiv als auch initiativ begleiten und vorantreiben.“*

Ein bemerkenswerter Vorgang: Die Bewerber um ein Beförderungsamt sollen auf die derzeitige Justizpolitik des Freistaates Sachsen festgelegt werden und zwar in Gedanken, Worten und Werken. Obwohl dieser Teil des Anforderungsprofils keinerlei Bezug zu den nach Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 Sächs. Verf., § 3 SächsRiG iVm § 12 Abs. 1 SächsBG allein maßgeblichen Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung hat, steht er für das Sächsische Staatsministerium der Justiz an erster Stelle¹²⁶. Erst an zweiter Stelle folgt die fachliche Qualifikation der Bewerber. Wörtlich heißt es dazu in den Stellenausschreibungen: *„Darüber hinaus sollen Bewerber bereits mehrere hervorgehobene Tätigkeiten als Richter, Staatsanwalt oder in der Ministerialverwaltung mit deutlich überdurchschnittlichem Erfolg ausgeführt haben und über mehrjährige Erfahrungen in der Personalführung verfügen.“* Die Süddeutsche Zeitung kommentierte diese Art der Stellenausschreibung ebenso lapidar wie treffend mit den Worten: *„Wer die Justizpolitik des Ministers nicht bejubelt, der hat keine Chance“*¹²⁷.

Die Ehrlichkeit der sächsischen Ausschreibungspraxis ist zu begrüßen. Inhaltlich ist diese Art der Ausschreibung von Gerichtsleiterstellen jedoch abzulehnen, da sie eine wichtige psychologische Voraussetzung für eine echte Unabhängigkeit der Rechtsprechung in Frage stellt¹²⁸. Ist in Sachsen jede Bewerbung um eine Gerichtsleiterstelle ein im Voraus abgegebenes Loyalitätsversprechen gegenüber dem Justizministerium? Was würde dies über die Personen der Bewerber aussagen?

Zu den Gegenständen der durch die Gerichtspräsidenten ausgeübten Dienstaufsicht gehören unter anderem die dienstliche Beurteilung und die Beobachtung der Richter im Einzelfall und durch periodische Geschäftsprüfungen. Alle drei genannten

¹²⁶ Scheffer, Jasager und Neinsager - Justizmodernisierung durch Justizpolitisierung?, NJ 2006, S. 402 f.; www.gewaltenteilung.de/scheffer.htm (Stand 01.01.2010).

¹²⁷ Prantl, Süddeutsche Zeitung Nr. 201 vom 1. September 2004, S. 10; www.gewaltenteilung.de/prantl_2.htm (Stand 01.01.2010).

¹²⁸ Vgl. Text zu Fn. 88.

Aufsichtsmaßnahmen bewegen sich gleichermaßen im Vorfeld von Beförderungen. Wie intensiv sie auf den einzelnen Richter wirken, hängt von dessen Persönlichkeit ab.

Ein Richter, der in innerer Unabhängigkeit, nur an Gesetz und Recht, Wahrheit und Gerechtigkeit orientiert, Recht spricht und dabei nicht auf Beförderungen schießt, ist weder durch eine Beobachtung seiner Arbeit noch durch deren Benotung zu beeindrucken; allenfalls wird eine Hintanstellung gegenüber bevorzugten Kolleginnen und Kollegen als demütigend oder beleidigend empfunden, ohne die eigene Arbeitsweise beeinflussen zu können. Für den karriereorientierten Richter hingegen sind die genannten Dienstaufsichtsmaßnahmen von hoher Relevanz. Er ist sich stets bewusst: Nur wenn ich meine Überzeugungen den Vorstellungen der Exekutive anpasse, vermeide ich innere Konflikte und habe ich zugleich die Chance, im Karrierewettstreit andere hinter mir zu lassen - evtl. sogar Gerichtsleiter zu werden.

aa. Die dienstliche Beurteilung der Richter am Beispiel Sachsens

Der Freistaat Sachsen regelt die dienstliche Beurteilung seiner Richter in einer Verwaltungsvorschrift¹²⁹. Dienstliche Beurteilungen sind die im Abstand von vier Jahren erteilte Regelbeurteilung, die Beurteilung aus besonderem Anlass (z.B. bei einer Bewerbung um ein Beförderungsamt) und die Probezeitbeurteilung. Von der Beurteilung ausgenommen sind Richter und Staatsanwälte, die am Beurteilungstichtag das 50. Lebensjahr vollendet haben oder ein Amt der Besoldungsgruppe R3 oder höher¹³⁰ innehaben.

¹²⁹ Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz über die dienstliche Beurteilung der Richter und Staatsanwälte einschließlich der Anforderungsprofile für Eingangs- und Beförderungsämter (VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte) vom 17. Juni 2008, Sächs. Justizministerialblatt Nr. 6 vom 30. Juni 2008, S. 52 ff.

¹³⁰ Ein sachlicher Grund von hinreichender Überzeugungskraft dafür, das richterliche "Establishment" auszunehmen, ist nicht erkennbar.

Die für die dienstliche Beurteilung der Richter zuständigen Instanzen werden in hierarchischer Ordnung genannt:

- das Staatsministerium der Justiz
- die Präsidenten der Obergerichte
- die Gerichtspräsidenten

Dabei ist die jeweils niedrigere Instanz verpflichtet, den Weisungen der hierarchisch übergeordneten Folge zu leisten. Die erteilte dienstliche Beurteilung wird von der vorgesetzten Dienstbehörde überprüft. Das Ergebnis der Überprüfung ist in einem Prüfvermerk festzuhalten, durch den die Beurteilung abgeändert werden kann.

Die Regelbeurteilung ist unter Würdigung der Befähigung, der fachlichen Leistung und der Eignung für das ausgeübte Amt mit einem der folgenden Gesamturteile zusammenzufassen:

- a. sehr gut
- b. übertrifft die Anforderungen erheblich
- c. übertrifft die Anforderungen
- d. übertrifft die Anforderungen teilweise
- e. entspricht voll den Anforderungen
- f. entspricht noch den Anforderungen
- g. entspricht nicht den Anforderungen.

Das nächst höhere Prädikat kann „in der Regel“ erst nach einer erkennbaren Steigerung gegenüber dem zuletzt erzielten Prädikat und einer Bewährung auf dem höheren Niveau erreicht werden.

Was als Regel festgeschrieben ist, lässt von vornherein Ausnahmen zu. Auf wen die Regel angewandt wird und wer in den Genuss der Ausnahme kommt, bestimmt die Dienstaufsicht, in oberster Instanz das Justizministerium. Dieser Vorgang ist ein Dienstgeheimnis. Auch der Datenschutz der beteiligten Personen steht einer Offenlegung entgegen. Die Tür zur Willkür ist damit aufgetan¹³¹.

¹³¹ Ob sie durchschritten wird, berührt die gegenwärtige Erörterung der *Möglichkeiten* der Exekutive nicht.

Die Staffelung der Noten und die Art ihrer Vergabe erinnert an ein Versetzungssystem nach Schulnoten. Wie jedes Noten- und Versetzungssystem verfolgt es den Zweck, auf die Benoteten einzuwirken. Die sächsischen Richterinnen und Richter sollen so arbeiten, wie es die Regierung haben will. Dann haben sie die Chance, befördert zu werden. Andernfalls droht ihnen das Sitzenbleiben.

Die Sächsische Staatsregierung hat Macht über „ihre“ Richter. Macht ist Gratifikations- und Sanktionsmacht¹³². Das beschriebene Notensystem wirkt. Allein schon durch den Erlass der Verwaltungsvorschrift über die dienstliche Beurteilung der Richter hat das Sächsische Staatsministerium der Justiz gezeigt, dass es von deren Wirkungsmacht ausgeht.

Nun mögen Noten, Versetzung und Sitzenbleiben in der Schule für selbstverständlich gehalten werden. Die Sortierung von Richtern nach Noten - noch dazu durch eine andere Staatsgewalt - ist es nicht. In vergleichbaren Ländern (z.B. Schweiz, Italien, Spanien)¹³³ hält man eine derartige Einwirkungsmöglichkeit der Exekutive für unvereinbar mit dem Bild des unabhängigen Richters.

Die Regelbeurteilung *kann* zu einer auf lange Zeit vorausplanenden Ämterpatronage missbraucht werden. Die Zeugnisvergabe ist individuell und enthält geschützte Daten. Auch ein Richter, der gut beurteilt worden ist, kennt nicht die um Kleinigkeiten und damit letztlich entscheidend bessere Beurteilung des Kollegen, von dem er sich dadurch unterscheidet, dass die Exekutive für den anderen eine Karriere vorgesehen hat und für ihn nicht.

Die Bevorzugung *kann* dadurch erfolgen, dass bei dem einen Richter Verdienste hervorgehoben werden, die man im Zeugnis des anderen verschweigt. Auch steht es der Exekutive frei, ihre Favoriten mit Verdiensten zu versehen, die andere aus eigener Kraft nicht erreichen können, indem sie Richter zeitweilig in ein Ministerium oder an ein Bundesgericht abordnet. Diese Bevorzugung *kann* dann im Dienstzeugnis als besonderes Verdienst hervorgehoben werden und später zum entscheidenden Vorsprung gegenüber Mitbewerbern um ein Beförderungsamts führen.

Eine solche Personalsteuerung stünde im Widerspruch zu Art. 33 II GG, nach welchem öffentliche Ämter nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu

¹³² Reemtsma, Vertrauen und Gewalt, S. 147.

¹³³ Vgl. nachstehend III 2.

vergeben sind. Es ließe die Richter ihre Machtunterworfenheit fühlen und brächte manche dazu, sich vor der als Obrigkeit empfundenen Dienstaufsicht zu ducken.

Die deutsche Justizorganisation kennt keine Grenzen, die geeignet sind, den beschriebenen Möglichkeiten der Exekutive vorbeugen.

Der Einwand, von Richtern müsse man einfach erwarten können, dass sie solche Konflikte etwas aushalten und sich nicht beugen, hat den Charakter eines Wunsches und ist weltfremd. Richter sind Menschen wie alle anderen. Auch sie wollen es im Leben zu etwas bringen. Das sächsische Notensystem liefe leer, wenn es nicht gerade solche Lebenshaltungen unterstellen würde und wenn es nicht von der Möglichkeit ausginge, über Benotungen auf die Richter Einfluss nehmen zu können.

Von Menschenkenntnis getragen sind die Worte van Husens¹³⁴: *„Wie soll ein Richter unabhängig sein, der sein ganzes Leben lang hinsichtlich der Beförderung in Aufrückstellen von der Exekutive abhängt. Nicht jeder Mensch ist zum Märtyrer für eine Idee geboren, andererseits hat aber jeder Mensch die Pflicht, für seine Familie und sein eigenes Fortkommen zu sorgen. Die richterliche Unabhängigkeit ist eine verlogene Angelegenheit, so lange dies System besteht“*¹³⁵.

bb. Die Geschäftsprüfung am Beispiel Sachsens

Durch eine weitere Verwaltungsvorschrift regelt das Sächsische Staatsministerium der Justiz die Geschäftsprüfung an den Gerichten¹³⁶. „Im Interesse einer geordneten und effektiven Rechtspflege“ sollen die „äußere Ordnung und die Geschäftsabläufe“ bei den Gerichten, ausgenommen beim Sächsischen Finanzgericht¹³⁷, in Abständen von höchstens fünf Jahren regelmäßig überprüft werden. Wie ausdrücklich betont wird, darf durch die Geschäftsprüfung nicht die richterliche Unabhängigkeit

¹³⁴ Dr. Paulus van Husen (geb. 1891), 1934 Richter am Preußischen Oberverwaltungsgericht, 1944 als Mitglied des Kreisauer Kreises verhaftet und vom Volksgerichtshof verurteilt, 1945 Gründungsmitglied der CDU in Berlin, 1949 bis 1959 Präsident des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen, 1952 bis 1959 Präsident des Verfassungsgerichtshofs des Landes Nordrhein-Westfalen.

¹³⁵ Husen van, Die Entfesselung der Dritten Gewalt, AöR 78 (1952/53), S. 49 ff. (55); www.gewaltenteilung.de/husen.htm (Stand 01.01.2010).

¹³⁶ Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz für Geschäftsprüfungen bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften des Freistaats Sachsen (VwwV Geschäftsprüfungen) vom 21. Dezember 2001 (Sächs. Justizministerialblatt Nr. 1 vom 28.01.2002).

¹³⁷ Eine Begründung für die Ausnahme fehlt.

beeinträchtigt werden.

Zuständig für die Prüfungen sind die Präsidenten des jeweils hierarchisch höheren Gerichts desselben Gerichtszweiges, also z.B. der Präsident des Oberverwaltungsgerichts für die Verwaltungsgerichte, der Präsident des Landgerichts für die Amtsgerichte seines Bezirks (mit Ausnahme der Präsidialamtsgerichte).

In dem anzufertigenden Geschäftsprüfungsbericht, über den dem Ministerium zu berichten ist, sollen zahlreiche Prüfungspunkte Erwähnung finden. Einer von ihnen ist die "Sachbehandlung durch die Richter". Auch soll auf die „Arbeitsweise im Allgemeinen“ eingegangen werden.

Was unter „Sachbehandlung“ zu verstehen ist und was mit „Arbeitsweise“ gemeint ist, wird nicht näher erläutert. Dies ist nicht hinnehmbar. Sowohl die Sachbehandlung als auch die Arbeitsweise der Richter tangieren die richterliche Unabhängigkeit. Die Unschärfe der Begriffe eröffnet einer anderen Staatsgewalt einen mit dem Abgrenzungszweck des Art. 97 I GG nicht zu vereinbarenden Willkürspielraum.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - Richterdienstgericht - umfasst die richterliche Tätigkeit zwei Bereiche, nämlich den Kernbereich und den Bereich äußerer Ordnung¹³⁸. Zum Kernbereich gehören nicht nur die Entscheidungen des Richters selbst, sondern auch alles, was hiermit in Zusammenhang steht, beispielsweise die Vorbereitung und Durchführung der mündlichen Verhandlung. In diesem Kernbereich ist eine Dienstaufsicht unzulässig. Der Richter entscheidet im Rahmen seiner verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit, wie er seine Entscheidung vorbereitet.

Weshalb beobachtet die Exekutive die „Sachbehandlung“ und die „Arbeitsweise“ durch die Richter, wenn sie weder befugt ist, dem Richter Vorhaltungen zu machen noch seine Arbeitsweise überhaupt zu kommentieren? Zur Verdeutlichung: Wie würde die Presse reagieren, wenn bekannt würde, dass deutsche Regierungen die „Sachbehandlung“ und die „Arbeitsweise“ von Parlamentsabgeordneten periodisch beobachten und dokumentieren lassen? Möglicherweise würde eine periodische Beobachtung von Parlamentsabgeordneten durch Regierungsbeamte schnell zu dem Vorwurf der Beeinträchtigung der Freiheit des Abgeordnetenmandats führen. Ein in gleicher Weise ausgeprägtes Problembewusstsein scheint der deutschen

¹³⁸ Schmidt-Räntsch, Ruth, Dienstaufsicht über Richter, S. 49 f. mit weiteren Nachweisen.

Öffentlichkeit zu fehlen, wenn die Möglichkeit von Beeinträchtigungen der richterlichen Unabhängigkeit in Frage steht.

Das Wissen, beobachtet zu werden, pflegt beim Beobachteten nicht ohne Wirkung zu bleiben. Diese Wirkungsweise gibt der Beobachtung gerade ihren Sinn. Beobachtet zu werden verunsichert: Habe ich etwas falsch gemacht? Es schwächt: Hätte ich etwas anders machen sollen? Es ängstigt: Findet man bei mir irgendwelche Fehler? Wann und wie wird man sie mir zur Last legen¹³⁹? Beobachtet zu werden macht klein - wenn man der Beobachtung ausgeliefert ist. So, wie ein Beobachter auf den Beobachteten fixiert ist, kann eine Fixierung des Beobachteten auf den Beobachter entstehen. Dies kann zu nachteiligen vegetativen Erscheinungen beim Beobachteten führen.

Regelmäßig „überprüft“ zu werden, ist erlebte Nachrangigkeit. Der Ober sticht den Unter¹⁴⁰. Es gehört zum Wesen von Hierarchien, dass der mächtigere übergeordnete Bereich den ihm nachgeordneten Bereich beobachtet. Beobachten zu können, ist Macht. Der Beobachtete muss den Blick nach oben wenden, wenn er seinen Beobachter sehen will. Wer von einem anderen beobachtet werden darf, weiß sich in einer hierarchischen Unterordnung. Diese strukturelle Unterwerfung der Richter deckt sich nicht mit dem Postulat des Art. 97 I GG. Hierarchische Strukturen stehen in einem diametralen Widerspruch zur inneren und äußeren Unabhängigkeit¹⁴¹. Die Praxis der periodischen Geschäftsprüfung durch die Exekutive drängt Richter psychologisch in die Rolle von nachgeordneten Regierungsbeamten.

Richter, die klein gehalten werden, entsprechen nicht dem Richterbild des Grundgesetzes. Als Berichterstatter des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rats an das Plenum führte Zinn rückblickend auf die Zeit des Nazi-Regimes aus¹⁴²: *„Die hinter uns liegenden bitteren Erfahrungen erklären sich zu einem nicht unwesentlichen Teil daraus, dass die Richter mit einer schweren, soziologisch und historisch bedingten Hypothek belastet waren, dass, wie Prof. Bader in seiner Schrift*

¹³⁹ Die Sanktionierung kann beispielsweise geschehen durch Ausgrenzung, durch Benotung, in einem Disziplinarverfahren. Ein Richter sieht sich umso gefährdeter, je größer seine Arbeitsüberlastung ist. Ein Ausweg: Unterwerfungsgesten gegenüber dem Kontrollierenden, um sich diesen geneigt zu machen. Wie solche Unterwerfungsgesten aussehen können, zeigt das angenommene Beispiel: *möglich oder unmöglich?*, vgl. Text zu Fn. 97.

¹⁴⁰ Alte bayerische Schafkopfregelel.

¹⁴¹ Weber-Grellet, Eigenständigkeit und Demokratisierung der Justiz, DRiZ 2003, S. 303 ff. (304).

¹⁴² Zinn in: Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rats am 6. Mai 1949; www.gewaltenteilung.de/richter_9.htm (Stand 01.01.2010).

über die deutschen Juristen mit Recht hervorgehoben hat, der Richter auch nach der Trennung der Gewalten ein "kleiner Justizbeamter" geblieben war. Schon seit langem (Adickes) haben sich gewichtige Stimmen gegen diese Verbeamtung des Richters gewandt; man wollte ihn statt dessen wieder als ersten Vertreter eines Ur-Berufsstandes, einer menschlichen Urfunktion angesehen wissen und einen neuen Richtertyp schaffen, unabhängig von allen anderen Laufbahnen des öffentlichen Dienstes."

Dass eine Dienstaufsicht der Exekutive über die Richter deren Unabhängigkeit gefährdet, wurde schon in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland ausgesprochen. Van Husen im Jahre 1951: *„Ein ganz böses Kapitel ist die so genannte Dienstaufsicht der Exekutive, die tausend Hände hat, um den Richter abhängig zu machen und die Rechtsprechung zu beeinflussen. Was soll man dazu sagen, dass die fremde Gewalt Vorhaltungen über die ihr artfremde Abfassung von Urteilen im Einzelfall macht, Unterlassungen oder Fehler oder gar einen falschen Spruch vorwirft und sich so zur Oberrevisionsinstanz erhebt“*¹⁴³.

Knapp 60 Jahre später sah sich Macke¹⁴⁴ zu folgenden Worten veranlasst: *„Aber der Alltag in den Justizministerien ist Regierungsalltag, weit entrückt dem Gerichtsalltag. Die Gerichte werden gemeinhin nicht als innere Rechtfertigung der eigenen ministeriellen Existenz, sondern typischerweise als - so der verräterische Sprachgebrauch - »nachgeordneter Bereich« empfunden. Ihrerseits fühlen sich die Gerichte von den Justizministerien weniger gestützt als reglementiert und bedrängt. Sie sehen sich einer Flut von Verwaltungsvorschriften, Erlassen, Zurechtweisungen, »Ersuchen« und Berichtsaufträgen ausgesetzt. Der Ton ist nicht der zwischen Sachwalter und Mandant, sondern der zwischen Vorgesetztem und Untergebenen. Jedermann im Ministerium hält sich selbstredend für viel wichtiger als die Richter »im nachgeordneten Bereich«. Ob Abstimmungen mit den Gerichten in sie berührenden*

¹⁴³ Husen van: "Die Entfesselung der Dritten Gewalt", AöR 78 (1952/53), S. 49 ff. (56); www.gewaltenteilung.de/husen.htm (Stand 01.01.2010).

¹⁴⁴ Dr. Peter Macke, 1970 Landgerichtsrat in Mönchengladbach, 1977 Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf, 1981 Wahl zum Richter am Bundesgerichtshof, 1991 Leiter des Aufbaustabes Oberlandesgericht im Ministerium der Justiz des Landes Brandenburg, September 1993 Wahl zum Präsidenten des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg, Dezember 1993 Ernennung zum Präsidenten des zu diesem Zeitpunkt errichteten Brandenburgischen Oberlandesgerichts, 1987 bis 1992 Vorsitzender des Vereins der Bundesrichter am Bundesgerichtshof und Mitglied des Bundesvorstandes des Deutschen Richterbundes, 1993 Berufung in die Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, 1997 Wahl zum Präsidenten des Deutschen Verkehrsgerichtstages, Vorstandsmitglied der Deutschen Akademie für Verkehrswissenschaft, Mitglied der Deutschen Sektion der Int. Juristen-Kommission, der Int. Union of Lawyers (Moskau).

*Fragen erfolgen, entscheidet sich nach der Interessenlage des Ministeriums. Was die Gerichte brauchen und was nicht, weiß das Ministerium ohnehin besser, als es die Gerichte wissen. Gleichzeitig gefällt man sich darin, die Richter und die Gerichte spüren zu lassen, dass sie unter ministerieller Beobachtung stehen. Erwartet wird strikte Gefolgschaft. Remonstrationen von Seiten der Gerichte werden als Majestätsbeleidigung empfunden und hindern die Ministerien nicht daran zu tun, was sie wollen"*¹⁴⁵.

Die Feststellungen von Husens und Mackes treffen aus der Sicht meiner Berufserfahrung als Richter, als aufsichtsführender Richter, als Gerichtsleiter und als Vorsitzender bzw. als Vorstandsmitglied von Richterverbänden uneingeschränkt zu. Der aus dem Jahre 1999 stammende Beitrag ist nicht zufällig detailreicher als der aus dem Jahre 1951. Die Macht der deutschen Exekutiven über die Richter hat sich in fünf Jahrzehnten - strukturell ungebremst - weiter entfalten¹⁴⁶ können und wurde ausgebaut (vgl. nachstehend III.3.).

c. Die Ernennung und Beförderung der Richter

Zur Zeit des Inkrafttretens des Gerichtsverfassungsgesetzes (1879), nach dessen § 1 die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt wird, soll der in Preußen amtierende Justizminister Gerhard Adolf Leonhardt den bis heute zitierten¹⁴⁷ Satz ausgesprochen haben: „Solange ich über die Beförderungen bestimme, bin ich gerne bereit, den Richtern ihre so genannte Unabhängigkeit zu konzедieren“¹⁴⁸.

Die Authentizität dieses Ausspruchs ist fraglich. Es dürfte indes unerheblich sein, ob es Leonhardt war, der diesen Satz formuliert hat oder ob ihm der Ausspruch von Anderen bildhaft in den Mund gelegt wurde, denn die in ihm getroffene Aussage ist von zeitloser Gültigkeit.

¹⁴⁵ Macke, Die Dritte Gewalt als Beute der Exekutive, DRiZ 1999, S. 481 ff. (485); www.gewaltenteilung.de/macke.htm (Stand 01.01.2010).

¹⁴⁶ Zur Eigendynamik jeglicher Macht vgl. Text zu Fn. 9 und 10.

¹⁴⁷ Vgl. z.B. Prantl, Sachsens moderne Richter, Süddeutsche Zeitung Nr. 201 vom 1. September 2004, S. 10; www.gewaltenteilung.de/prantl_2.htm (Stand 01.01.2010).

¹⁴⁸ Zitat bei Schiffer, Die Deutsche Justiz, S. 245 ff.

Die Realitätssicht eines Staatsanwalts bei der Generalstaatsanwaltschaft beim Kassationsgericht in Rom: *„In einem nicht autoritären System ist es schwierig, einen Richter aus dem Dienst zu entfernen, der von seiner Unabhängigkeit Gebrauch gemacht hat und unbequem geworden ist. Sehr viel einfacher, eleganter und auch wirksamer ist es, dem unabhängigen Richter die Karriere zu erschweren. Es ist auch einfach, den bequemen und angepassten Richter zu belohnen. So sind die Richter nur bis zu einem bestimmten Punkt unabhängig. Man braucht ihnen keine Anweisungen zu geben. Es reicht aus, wenn sie innerlich unterwürfig werden oder bleiben. Sie sind selbst daran interessiert, den Anschein der Unabhängigkeit zu wahren“*¹⁴⁹.

Das Leonhardt zugeschriebene Zitat handelt von der menschlichen Natur, ihren Schwächen und der inneren Dynamik von Hierarchien. Der Aufstieg in einer Hierarchie ist wesentlich von der Geneigtheit derer abhängig, die diesen Weg schon gegangen sind und jetzt Spitzenpositionen in der Pyramide einnehmen. Was liegt für den Aufstiegsmotivierten näher, als sich die inhaltlichen Positionen der schon Aufgestiegenen zueigen zu machen und sich so deren Wohlwollen zu verdienen? Zum einen fühlen sich die Arrivierten durch ein angepasstes Verhalten des Nachwuchses in ihrem eigenen früheren Verhalten bestätigt, zum anderen findet der Aufsteiger in der Anpassung eine Möglichkeit der Identifikation mit denen, die schon Karriere gemacht haben und von deren Urteil nun sein eigenes berufliches Fortkommen abhängt.

Wer hingegen die inhaltlichen Positionen der Höhergestellten in Frage stellt, läuft im allgemeinen Gefahr, durch sein Tun zugleich das frühere Verhalten von Höhergestellten, die Art und Weise, in welcher jene ihren Karriereweg gegangen sind, in Zweifel zu ziehen und seine gleichrangigen Kollegen aus der schützenden Identifikation mit jenen aufzustören; er grenzt sich aus. Die Identifikation mit der Autorität ist das Geheimnis des Gehorsams. Identifikation ist ihrem Wesen nach ein nicht reflektiertes und nicht rational erhelltes, ein nur affektiv bestimmtes emotionales Einssein. Wer sich identifiziert, kann aufatmen; er ist mit sich selbst im Reinen, denn das Wollen der Oberen ist jetzt auch sein Wollen.

¹⁴⁹ Pivetti, Gewaltenteilung in Italien, BJ 1999, S. 134 ff. (135); www.gewaltenteilung.de/pivetti.htm (Stand 01.01.2010).

Der Politologe Theodor Eschenburg reduzierte die Leonhardt zugeschriebene Feststellung acht Jahrzehnte später auf drei Worte: „*Wer befördert, befiehlt!*“. Die Authentizität der Worte Leonhardts mag umstritten sein. Die Authentizität der Worte Eschenburgs ist nicht bestreitbar¹⁵⁰.

Über die Karriere von Menschen bestimmen zu können, ist eine Befähigung zur Machtausübung. Wer ein Amt anstrebt, blickt zu dem auf, der dieses Amt vergeben kann. Wer das Amt vergibt, weiß sich über denen stehend, die es anstreben. Der Mächtige kann belohnen oder versagen¹⁵¹. Er kann die konkurrierenden Bewerber nach seinen Vorstellungen gegeneinander ausspielen.

Eine solche Struktur fördert nicht die innere Unabhängigkeit von Menschen. Sie ist geeignet, innere Abhängigkeiten karrierebewusster Menschen von ihren möglichen Förderern entstehen zu lassen und sie zu konservieren. Die beamtenförmig strukturierte Hierarchie der deutschen Justiz ist schon als solche geeignet, die innere Unabhängigkeit von Richtern zu gefährden.

Die in den Händen der Exekutiven liegende Beförderungshoheit verstärkt diese Gefahr. Im Spannungsverhältnis zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Exekutive wird dies besonders deutlich:

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, so der Wortlaut des § 1 VwGO, wird durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte Gerichte ausgeübt. Aus der amtlichen Begründung der Bundesregierung zur Verwaltungsgerichtsordnung¹⁵² „*Die Trennung von den Verwaltungsbehörden stellt einmal klar, daß Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht mehr Verwaltungsselbstkontrolle, sondern im Sinne der Gewaltenteilung echte Gerichtsbarkeit ist, daß sie also nicht mit der Exekutive verquickt werden darf. Andererseits aber steht dieses Erfordernis im engsten Zusammenhang mit dem Gebot der Unabhängigkeit der Richter. Nur bei völliger Losgelöstheit von der Verwaltung kann die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihre vornehmste Aufgabe, eben diese Verwaltung zu kontrollieren, erfüllen.*“

Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit ist mit der Exekutive „verquickt“. Die Justizverwaltung beginnt im Ministerium und wird nach unten fortgesetzt über die

¹⁵⁰ Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland, S. 661.

¹⁵¹ Vgl. Fn. 95.

¹⁵² Deutscher Bundestag, Drucksache 55, 3. Wahlperiode; www.gewaltenteilung.de/bund_verwaltungs.htm (Stand 01.01.2010).

Gerichtspräsidenten bis zum aufsichtsführenden Richter. Vor den Verwaltungsgerichten können auch Verwaltungsakte der Justizverwaltung angefochten werden. Verwaltungsrichter haben dann über die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten ihrer eigenen Gerichtspräsidenten zu entscheiden. Der Konflikt wird im eigenen Hause ausgetragen.

So könnte sich ein konkreter Fall ereignen: Ein Verwaltungsrichter bewirbt sich um ein Beförderungsamt. Der Präsident seines Verwaltungsgerichts erteilt ihm eine ausgezeichnete Anlassbeurteilung. Der Präsident des Oberverwaltungsgerichts setzt diese Beurteilung durch einen Prüfvermerk geringfügig, aber in einer gegenüber der Beurteilung des von ihm in einer Rankingliste favorisierten Konkurrenten des Bewerbers entscheidenden Weise herab.

Der Bewerber erhebt gegen den Prüfvermerk Anfechtungsklage. Zuständig ist in erster Instanz das Verwaltungsgericht, an dem der klagende Richter arbeitet. Zur Entscheidung berufen sind drei seiner Kollegen, die wissen, dass sie in die gleiche Lage geraten können wie der Kläger: Der Präsident des Oberverwaltungsgerichts kann auch ihre künftigen Anlassbeurteilungen herabsetzen.

Beklagter ist das Bundesland. Prozessvertreter des Landes ist der Präsident des Oberverwaltungsgerichts¹⁵³, der unter dem Briefkopf des Oberverwaltungsgerichts als Anwalt in eigener Sache auftritt. Er verteidigt seinen Prüfvermerk selbst. Recht geben sollen ihm drei Berufsrichter der ersten Instanz, die seiner unmittelbaren Dienstaufsicht unterstehen¹⁵⁴. Der Präsident des Oberverwaltungsgerichts tritt in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht persönlich auf.

Den drei zur Entscheidung berufenen Richtern der ersten Instanz ist bewusst, dass ihr Dienstvorgesetzter seine eigene dienstaufsichtsrechtliche Maßnahme verteidigt. Sie wissen, dass Vertreter der Presse anwesend sind und über den Ausgang des Verfahrens berichten werden. Wie wird ihr Dienstvorgesetzter über sie denken, wenn sie ihn vor der Öffentlichkeit als Verlierer dastehen lassen? Wird es ihnen dann im Falle einer Beförderungsbewerbung ebenso ergehen wie dem Kläger? Wie werden sie bei der nächsten Regelbeurteilung eingestuft werden? Werden sie schon bei der anstehenden turnusmäßigen Beurteilung ihre Beförderungskonkurrenz an sich

¹⁵³ Beispielhaft: § 4 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über die Vertretung des Freistaates Sachsen in gerichtlichen Verfahren (VertrVO), SächsGVBl. 2000 S. 2.

¹⁵⁴ § 23 I Nr. 2 SächsJG.

vorbeiziehen sehen, wenn sie ihrem klagenden Kollegen gegen den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Recht geben?

Ein Noten- und Versetzungssystem hat den Zweck, auf Menschen einzuwirken. Dies gilt auch für Richter. Vor den drei Verwaltungsrichtern steht der Dienstvorgesetzte, der über die Anwendung des sie betreffenden Noten- und Versetzungssystems gebietet und von dem sie wissen, dass auch er ein Gesicht zu verlieren hat. Es darf bezweifelt werden, dass Psychologen bei einer solchen Konstellation noch eine freie Entscheidungssituation unterstellen würden. Die innere Verquickung der Verwaltungsrichter mit der sie verwaltenden Obrigkeit liegt auf der Hand.

In der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann die Verquickung von Exekutive und Judikative *generell* dazu führen, dass sich die Richter bei Entscheidungen über Angelegenheiten, die der Exekutive erkennbar am Herzen liegen, darüber Gedanken machen, welche Urteile sie in den Augen der Exekutive als „gute“ Richter erscheinen lassen und bei welchen Entscheidungen die Gefahr besteht, dass sie bei der Exekutive als „welfremde“ Juristen „ohne Augenmaß“ ins Gerede kommen. Verdienen Verwaltungsrichter, die ein von der Politik verfolgtes Großprojekt¹⁵⁵ aus Rechtsgründen verhindern, in den Augen der herrschenden Landesregierung Lob oder Tadel? - Möglicherweise würden Psychologen die innere Entscheidungsfreiheit deutscher Verwaltungsrichter generell in Zweifel ziehen.

Dadurch, dass in Deutschland Regierungsorgane (die Justizminister, in Bayern der Innenminister) darüber bestimmen, wer Verwaltungsrichter wird und wer von diesen Verwaltungsrichtern welche Karriere macht, wird die bedenkliche Verquickung zwischen Exekutive und Verwaltungsgerichtsbarkeit noch verstärkt. Es ist der Nachhaltigkeit von Kontrollen nicht förderlich, wenn es dem Kontrollierten *möglich* ist, sich seine Kontrolleure selbst auszusuchen und dann auch noch über Dienstzeugnisse deren Karrieren zu steuern.

In Deutschland gibt es keine strukturellen Schranken, die den Landesregierungen die *Möglichkeiten* nähmen, unter den Verwaltungsrichtern eine Personalauslese zu betreiben, die dazu führen könnte, dass die Oberverwaltungsgerichte überwiegend mit Richtern besetzt sind, von denen nach den langjährigen Beobachtungen des zuständigen Ministeriums erwartet wird, dass sie in ihrem Entscheidungsverhalten -

¹⁵⁵ Vom Kohletagebau bis zu einer Brücke über die Elbe.

bewusst oder unbewusst - der Exekutive zugeneigt sind. Eine solche Personalauslese ist nicht von vornherein durch strukturelle Vorkehrungen, beispielsweise durch eine klare Trennung von Exekutive und Verwaltungsgerichtsbarkeit *unmöglich* gemacht.

Ein Schreiben des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz vom 28.02.2005 an den Vorsitzenden des sächsischen Landesrichterrats¹⁵⁶ zeigt beispielhaft, wie eine Landesregierung ihre Einstellungshoheit konkret umzusetzen gedenkt. Es stellt als eines mehrerer Module des neuen Personalentwicklungskonzepts des Ministeriums dessen „Personalgrundsätze“ vor.

Die Grundsätze sehen vor, dass Proberichter den Fachgerichten nur „im Ausnahmefall“ zugewiesen werden. Nach einer dreijährigen Probezeit wird man „grundsätzlich“ unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Staatsanwalt ernannt. Ausgeschriebene Richterstellen der Besoldungsgruppe R1 werden „grundsätzlich“ aus dem Kreis der Staatsanwälte oder mit VersetzungsbeWERBERN besetzt. Leistungsstarke Proberichter¹⁵⁷ haben die Möglichkeit, nach Ablauf einer bis zu fünfjährigen Proberichterzeit ein Richteramt zu erlangen. Lehnt ein Proberichter nach drei Jahren seine Ernennung zum Staatsanwalt ab, so begründet dies keinen Anspruch darauf, nach Ablauf von fünf Jahren zum Richter ernannt zu werden.

Wer Verwaltungsrichter werden will, hat mithin nach drei Jahren Probezeit in der ordentlichen Gerichtsbarkeit zunächst die Möglichkeit, Staatsanwalt zu werden. Ist er hierzu nicht bereit, so hat er sich auch nach fünf Jahren Probezeit noch keinen Anspruch auf die Ernennung zum Richter auf Lebenszeit erarbeitet; er kann zum Staatsanwalt ernannt werden. Wer unabhängiger Verwaltungsrichter werden will, lernt schon in seiner ersten Berufsphase, dass die Erfüllung seines Berufswunsches vom Wohlwollen des Staatsministeriums der Justiz abhängig ist. Solche Erfahrungen sind prägend und zielen wohl auch auf eine Prägung ab.

Wenn „grundsätzlich“ nur Staatsanwälte Verwaltungsrichter werden können, dann sucht sich das Sächsische Staatsministerium der Justiz die unabhängigen Kontrolleure der Verwaltung „grundsätzlich“ aus den Reihen von Beamten aus, die

¹⁵⁶ Az. 220-I2-3029/04.

¹⁵⁷ Vorstehend wurden in dem angenommenen Beispiel (*möglich oder unmöglich?* - vgl. Text zu Fn. 97) zwei Richtergruppen dargestellt. Die eine hat einen geringeren, die andere hat den höheren „Output“. Welche Richter werden wohl vom Ministerium als „leistungsstark“ angesehen?

zu Beginn ihrer Berufszeit durch weisungsgehorsames Arbeiten in den Staatsapparat eingepflegt worden sind. Der zum Verwaltungsrichter ernannte Staatsanwalt braucht sich während seiner Probezeit nicht auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts bewährt zu haben¹⁵⁸. Zu der Frage, welche der im Amt des Staatsanwalts bewiesenen Beamtenqualitaten zum innerlich unabhängigen Kontrolleur der Exekutive befähigen und dann zur konkreten Auswahl führen, schweigen die Personalgrundsatze des Sächsischen Staatsministerium der Justiz.

Ein solches System verhindert nicht, dass die Exekutive auf die Personen der Verwaltungsrichter und über sie auf die Verwaltungsrechtsprechung Einfluss nimmt, sondern es schafft hierfür die Grundlagen. Prägend verankert es die Verquickung von Exekutive und Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Persönlichkeiten der Richter.

Diese Macht der Exekutive über die Judikative ist in Deutschland ebenso politisch gewollt wie sie andernorts politisch nicht gewollt ist. In anderen Ländern wird schon die Möglichkeit einer Einflussnahme der Exekutive auf die zu ihrer Kontrolle vorgesehenen Organe als Gefahr für die Unabhängigkeit der Verwaltungsrechtsprechung angesehen. Ein Einfluss der Exekutive wird durch organisatorische Maßnahmen ausgeschlossen¹⁵⁹.

d. Fazit

Das Bundesverfassungsgericht spricht in seiner Entscheidung vom 18. Dezember 1953 von der Gewaltenteilung als einem „leitenden“ Prinzip¹⁶⁰. Im Jahre 1953 war dieses Prinzip aber noch nicht durch die Schaffung vorbeugender Organisationsstrukturen in die deutsche Verfassungswirklichkeit umgesetzt worden. Dies ist auch zu keinem späteren Zeitpunkt geschehen. Ein gewolltes, aber nicht realisiertes Prinzip ist nicht mehr als eine nicht verwirklichte Absicht. Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde das für das vorletzte Jahrhundert geschaffene und in der Hitlerzeit gesteigerte¹⁶¹ Machtgefälle zwischen Exekutive und Judikative in

¹⁵⁸ Die Rechtsanwaltschaft dagegen hält eine Spezialisierung zum Fachanwalt für Verwaltungsrecht für angemessen; den Spezialisten auf der Anwaltsseite stehen Generalisten auf Seiten der Richter gegenüber.

¹⁵⁹ Vgl. nachstehend III.2.

¹⁶⁰ BVerfGE 9, S. 268 ff. (279 f).

¹⁶¹ Weist, Die Entwicklung der Dienstaufsicht über die Richter, DRiZ 1968, S. 223 ff.

Deutschland nicht neu ausbalanciert.

Die deutschen Regierungen haben die *faktische Möglichkeit* und damit die Macht

- die Gerichte unangemessen ärmlich auszustatten,
- Richter nach ihrem Gusto auszuwählen,
- Richter über Benotungssysteme gefügig zu machen,
- Karrieren von Richtern zu manipulieren,
- Richter nach exekutivischen Bedürfnissen zu befördern,
- unfolgsame Richter abzustrafen,
- über die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen der Richter - an den vom Deutschen Bundestag in Prozessordnungen festgelegten Standards vorbei - die Qualität der richterlichen Arbeit zu bestimmen,
- Richter dazu zu verleiten, das rechtliche Gehör zu versagen oder unangemessen zu verkürzen, Schriftsätze nicht oder nur cursorisch zu lesen, vorgebrachte Gesichtspunkte im Urteil nicht zur Kenntnis zu nehmen, Durchsuchungsanträge ohne eigene Nachprüfung abzuzeichnen,
- Richter vom Tag der Einstellung an nach ihren Vorstellungen einzupassen und zu prägen.

Was auf dem Blatt Papier geschrieben steht, bleibt ohne eine zureichende Geltung, wenn die reale Lage der Dinge nicht dem Geschriebenen entspricht¹⁶². Eine Rechtswissenschaft, die sich auf die Beschäftigung mit Verfassungswortlauten beschränkt, argumentiert abgehoben von der Wirklichkeit und interpretiert ein durch Worte erzeugtes Bild von etwas nur in geringem Maße oder gar nicht Existentem, wenn der Text der Verfassung die Realität nicht hinreichend wirksam erreicht und gestaltet.

Die Worte des Art. 97 I GG erreichen die deutsche Verfassungswirklichkeit nur in einem unzureichenden Maße. Danach sind die Richter „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“. In der Realität sind sie aber vom ersten Arbeitstage an der Gewalt¹⁶³ einer Regierung unterworfen. Diese Macht ist schon durch ihre Existenz

¹⁶² Vgl. Text zu Fn. 55.

¹⁶³ Vgl. Text zu Fn. 101.

wirkungsvoll, unabhängig davon, ob und wie von ihr Gebrauch gemacht wird. Sie wirkt selbst auf die Richter, die sich ihr zu verschließen suchen, um ihre innere Unabhängigkeit zu bewahren. Wie aller Macht wohnt auch der Macht einer Regierung über die Richter die Tendenz inne, so lange nach ihrer Erweiterung zu streben, bis sie auf Grenzen stößt¹⁶⁴.

In der Folge soll dargestellt werden, dass die Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt durch die vollziehende Gewalt keineswegs in der Natur der Sache liegt, sondern eine deutsche Besonderheit ist. In anderen Ländern ist man bestrebt, in Realisierung des Gewaltenteilungsprinzips der Exekutive die *Möglichkeiten* zu einer Einwirkung auf die Rechtsprechung zu nehmen. Auch in Deutschland gibt es diskussionswürdige Vorschläge zur Verfolgung dieses Ziels.

2. *Möglichkeiten*, eine Beeinflussung der Rechtsprechung durch die Exekutive auszuschließen

a. Selbstverwaltung im Ausland

Eine von administrativ oder politisch motivierten Einflüssen der Exekutive freie, nur an Recht, Wahrheit und Gerechtigkeit orientierte Justiz ist möglich. Dies verdeutlicht das Beispiel der Verwaltungsgerichtsbarkeit Portugals.

Die Ernennung, die Versetzung, die Beförderung aller Richter, die Benotung der Richter erster Instanz und die Ausübung der Disziplinargewalt gegenüber den Richtern steht nicht dem Justizminister oder der Regierung zu, sondern einem Rat, der sich wie folgt zusammensetzt: aus dem von den Richtern dieses Gerichts gewählten Präsidenten des Obersten Verwaltungsgerichts als dem Vorsitzenden, zwei von ihren Kollegen gewählten Richtern des Obersten Verwaltungsgerichts, dem von den Richtern dieses Gerichts gewählten Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts, zwei von ihren Kollegen gewählten Richtern erster Instanz und fünf vom Parlament ernannten prominenten sonstigen Juristen¹⁶⁵. In Portugal ist es der

¹⁶⁴ Vgl. Text zu Fn. 9.

¹⁶⁵ Thalmair, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Portugal, NVwZ 2001, S. 1367 ff.; www.gewaltenteilung.de/thalmair.htm (Stand 01.01.2010).

Exekutive nicht möglich, durch Einstellungsauswahl und Beförderungsauslese auf die Personen der Verwaltungsrichter und über sie auf die Verwaltungsrechtsprechung Einfluss zu nehmen.

In England lag bis in die jüngste Zeit die Ernennung, die Beförderung und die Beurteilung von Richtern in der Hand des Lordkanzlers, der nach dem Rat der ältesten Richter handelte. Der Lordkanzler war in Personalunion das Oberhaupt der Justiz, der Sprecher des Oberhauses und ein Mitglied des Kabinetts. Um den Einfluss von Justiz und Öffentlichkeit zu sichern und gleichzeitig jede Möglichkeit der politischen Einflussnahme zu verhindern, wurden in den Jahren 2003 bis 2008 eine Reihe zentraler Reformen durchgeführt. Geschaffen wurden ein Justizverwaltungsrat und ein Richterwahlausschuss, der aus fünf Richtern, zwei Laienrichtern, zwei Angehörigen anderer juristischer Berufe und sechs hochqualifizierten Mitgliedern aus nicht juristischen öffentlichen Bereichen besteht. Der Richterwahlausschuss hat die Kontrolle über alle Ernennungen von Richtern. Die Beurteilung von Richtern steht gänzlich unter der Kontrolle der Judikative, da die Beurteilung richterlicher Tätigkeit als eine fachspezifische Aufgabe angesehen wird und daher nach englischer Auffassung einem anderen Richter vorbehalten sein muss¹⁶⁶.

Viele europäische Länder kennen sog. Selbstverwaltungsmodelle der Justiz. Dabei ist dieser Begriff irreführend. Oftmals liegt die Justizverwaltung nicht allein in Richterhand, sondern wird von Gremien ausgeübt, an denen Vertreter aller drei Staatsgewalten beteiligt sind. Allen Organisationsformen liegt die gemeinsame Überzeugung zu Grunde, dass von der Exekutive verwaltete, beurteilte und beförderte Richter in der Gefahr arbeiten, in subtile Abhängigkeiten zu geraten und dass deshalb schon die Möglichkeit einer Einflussnahme der Exekutive begrenzt werden muss.

Italien und Deutschland konnten nach dem Ende des zweiten Weltkrieges auf eine in wesentlichen Teilen vergleichbare Vergangenheit zurückblicken. Beide Länder hatten eine Diktatur hinter sich, die auf die Staatsapparate einschließlich der Richterschaften nicht ohne prägenden Einfluss gewesen war. Beide Länder zogen aus ihren Erfahrungen unterschiedliche Konsequenzen.

¹⁶⁶ Thomas, Einige Perspektiven für Justizverwaltungsräte, KritV 2008, S. 389 ff.

Italien entschied sich wie Deutschland für eine rechtliche Dreiteilung der Staatsgewalt, verteilte aber über die Festschreibung dieses Prinzips in der Verfassung¹⁶⁷ hinaus diese drei Gewalten durch eine tatsächliche Veränderung des Staatsaufbaus auf drei verschiedene, einander gleichgeordnete Träger¹⁶⁸. Diese drei gleichrangigen Machtträger sind: Das Parlament, die Regierung und die Rechtsprechung. Das italienische Parlament wählt sowohl den Präsidenten der Republik (der wiederum den Ministerpräsidenten und auf dessen Vorschlag die Minister ernennt)¹⁶⁹ als auch - zu einem Teil - die Spitze der Judikative [Consiglio Superiore della Magistratura - Oberster Richterrat]¹⁷⁰.

Der Oberste Richterrat besteht aus dem Präsidenten der Republik, der den Vorsitz führt, dem Präsidenten des Kassationsgerichts, dem Generalstaatsanwalt beim Kassationsgericht, 20 von den Richtern und Staatsanwälten aus den eigenen Reihen gewählten sowie 10 vom Parlament aus den Reihen der Hochschullehrer der Rechtswissenschaft und der Anwälte nach fünfzehn Berufsjahren gewählten Mitgliedern¹⁷¹. Art. 105 der italienischen Verfassung überträgt diesem Gremium die Anstellung und Beförderung von Richtern und Staatsanwälten sowie die Zuständigkeit für dienststrafrechtliche Maßnahmen¹⁷². Damit werden auch indirekte Formen der individuellen Einflussnahme des Justizministers auf Richter und Staatsanwälte unmöglich gemacht.

Ohne Präjudiz für die Zuständigkeiten des Obersten Rates der Richterschaft hat der Justizminister allerdings die Aufgabe der Sicherstellung der Organisation und Funktionstüchtigkeit der Einrichtungen der Rechtspflege¹⁷³. Dies entspricht der deutschen Organisationsstruktur. Über die personelle und sachliche Ausstattung der Gerichte vermag die italienische Exekutive dann doch auf die Rechtsprechung einzuwirken: Eine unzureichende quantitative Ausstattung der Gerichte führt bei angemessener Qualität der Rechtsprechung zu unangemessenen Arbeitsbedingungen und zu langen Bearbeitungszeiten¹⁷⁴.

¹⁶⁷ Art. 104 bis 109 der Verfassung der Italienischen Republik vom 27. Dezember 1947.

¹⁶⁸ Salvi, Selbstverwaltung und Verfassungsrecht, Die italienische Erfahrung, KritV 2008, S. 367 ff. (367).

¹⁶⁹ Art. 92 der Verfassung der Italienischen Republik vom 27. Dezember 1947.

¹⁷⁰ Art. 104 der Verfassung der Italienischen Republik vom 27. Dezember 1947.

¹⁷¹ Art. 104 der Verfassung der Italienischen Republik vom 27. Dezember 1947.

¹⁷² Salvi, Selbstverwaltung und Verfassungsrecht, Die italienische Erfahrung, KritV 2008, S. 370.

¹⁷³ Art. 110 der Verfassung der Italienischen Republik vom 27. Dezember 1947.

¹⁷⁴ Die durch die Unterbesetzung der italienischen Justiz (vgl. Pivetti Gewaltenteilung in Italien, BJ 1999, S. 135) bedingte lange Prozessdauer ist für die Gegner einer Selbstverwaltung der Justiz in Deutschland eines der

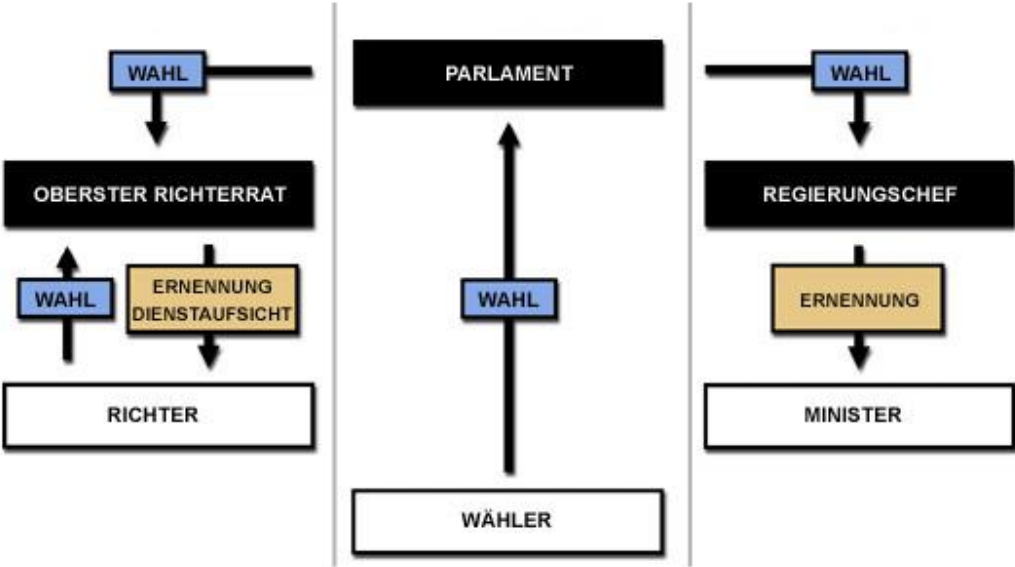
Der unabhängigen italienischen Justiz, die auch die Staatsanwaltschaft umfasst, ist es möglich, unbeeinflusst durch eine andere Staatsgewalt strafbarer Handlungen verdächtige Politiker zu verfolgen, selbst den Regierungschef¹⁷⁵.

Nachstehend ein Versuch, die italienische Organisationsstruktur der deutschen im Bild gegenüber zu stellen:

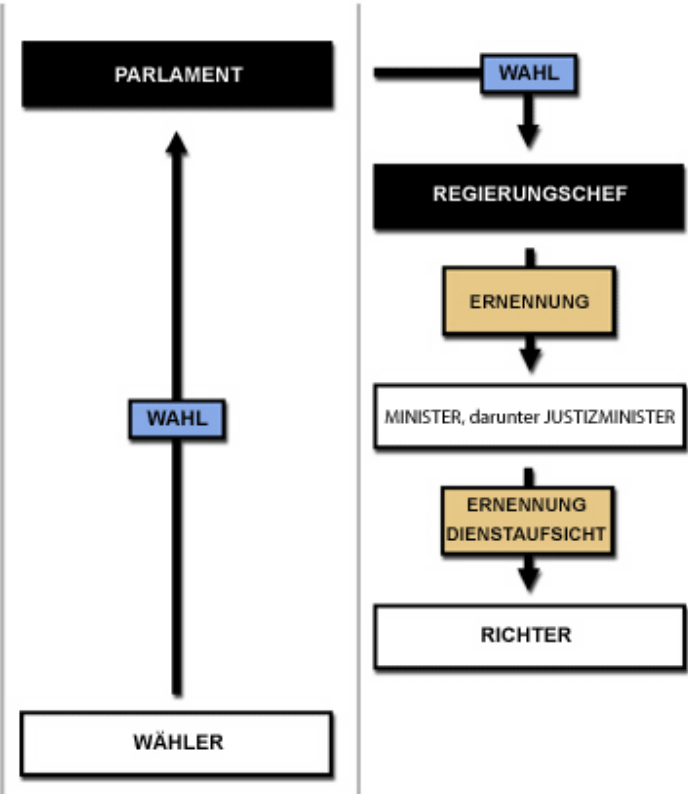
Argumente, um das italienische Gewaltenteilungsmodell als Vorbild in Frage zu stellen - vgl. Wittrek, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 563 f.

¹⁷⁵ Gleichheit vor dem Gesetz.

Italien:



Deutschland:



In Deutschland wählt das Parlament (i.d.R.) nur die Spitze der Exekutive [den Regierungschef]. Der Justizminister ist ein vom Regierungschef ernanntes Regierungsmitglied und führt die rechtsprechende Gewalt als ein Ressort der Regierung. Die vom Justizminister ausgesuchten und ernannten Gerichtspräsidenten sind in dieser Funktion - wie auch die Staatsanwälte - den Weisungen des Justizministers unterworfenen Beamte.

Manche Bundesländer¹⁷⁶ binden die Staatsanwaltschaften besonders eng an die Regierung: Dort ist der Generalstaatsanwalt politischer Beamter, der bei der Ausübung seines Amtes in fortdauernder Übereinstimmung mit den „grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen“ der Regierung stehen muss und der von der Regierung ohne Angabe von Gründen jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden kann¹⁷⁷. Damit fehlt dem Generalstaatsanwalt der institutionelle Schutz zur Wahrung des Legalitätsprinzips¹⁷⁸.

In jeweils modifiziert eigenen Formen haben sich die Mitgliedstaaten der Europäischen Union an dem italienischen Vorbild orientiert¹⁷⁹. Die sog. Selbstverwaltungsmodelle garantieren die Unabhängigkeit der Richter von justizfremden Einflüssen einer anderen Staatsgewalt - der taktisch handelnden, gegenwartsorientierten, politischen und administrativen Zielen verpflichteten Exekutive.

Drei durch eine wechselhafte Geschichte über Jahrhunderte miteinander verbundene Nachbarstaaten bilden die Ausnahme: Deutschland, Österreich und Tschechien¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Rautenberg, Staatsanwaltschaft und Gewaltenteilung - Ein Plädoyer für die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Judikative, Neue Justiz 2003, 169 ff (170); www.gewaltenteilung.de/rautenberg.htm (Stand 01.01.2010).

¹⁷⁷ § 31 Abs. 1 BRRG.

¹⁷⁸ Eschenburg, Ämterpatronage, S. 43.

¹⁷⁹ Oberto, Richterliche Unabhängigkeit - Rechtsvergleichende Betrachtung ihrer institutionellen Ausgestaltung in den Ländern Europas, ZRP 2004, S. 207 ff.; ders. Die richterliche Unabhängigkeit in Europa und ihre Sicherung durch einen obersten Richterrat in: www.gewaltenteilung.de/oberto.htm (Stand 01.01.2010).

¹⁸⁰ Ziesing, Deutschland und Österreich-Schlusslichter im europäischen Vergleich über die Selbstverwaltung der Justiz, Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins 2/06, S. 38.
<http://www.richterverein.de/index.htm?/mhr/mhr062/m06216.htm> (Stand 01.01.2010).

b. Richterwahl im Ausland

In der Schweiz sind die verschiedensten Modelle der Richterwahl zu finden: Teilweise werden die Richterinnen und Richter in Volkswahlen bestellt. Dies ist vor allem auf unterster Stufe der Fall, gilt aber auch für höchste kantonale Gerichte in kleineren Kantonen. Teilweise sind die Parlamente Wahlbehörden, so zum Beispiel für das Bundesgericht und die meisten obersten kantonalen Gerichte. Sodann gibt es Gerichte, wie beispielsweise die eidgenössischen Rekurskommissionen, für welche die Exekutive Wahlbehörde ist. In wenigen Kantonen sind die obersten kantonalen Gerichte Wahlbehörden für die unterinstanzlichen Gerichte¹⁸¹.

Die unmittelbare Volkswahl führt zu einer anderen Personalauslese, als wenn die Auswahl - wie in Deutschland möglich - von einem Referatsleiter in einem Justizministerium getroffen wird. Sich einer öffentlichen Volkswahl zu stellen, erfordert Persönlichkeit, Mut und Risikobereitschaft. Um gewählt zu werden, bedarf es Ausstrahlung und rhetorischen Talents. Wo ein Ministerialbeamter die Kandidaten nach Examensnoten aussucht, stehen die persönlichen Eigenschaften eines Kandidaten nicht im Vordergrund; die Auslese findet hinter verschlossenen Türen statt.

Die Wahl auf Zeit unterwirft den Richter einer unmittelbaren demokratischen Kontrolle. Wie bei auf Zeit gewählten Bürgermeistern kann man auch bei Richtern von einer Wiederwahl absehen.

Der häufig zu hörende Einwand, die Schweizer Verhältnisse seien nicht mit den deutschen vergleichbar, da es sich nur um ein kleines Land handle, ist unpräzise und wenig hilfreich, zumal auch weitaus größere Staaten eine unmittelbare Volkswahl von Richtern kennen (USA)¹⁸².

¹⁸¹ Stadelmann, Thomas, Aspekte richterlicher Unabhängigkeit in der Schweiz - de iure und de facto, BJ 2004, S. 414 ff.; www.gewaltenteilung.de/stadelmann.htm (Stand 01.01.2010).

¹⁸² Röhl, Gerichtsverwaltung und Court-Management in den USA, S. 32 f.

c. Selbstverwaltungsmodelle in Deutschland

Schon in den 50er Jahren des vorigen Jahrhunderts gab es in Deutschland konstruktive Versuche, das Gewaltenteilungs*prinzip* zu thematisieren und voran zu bringen, die bis zu einem ausgearbeiteten Verfassungsentwurf reichten. Theodor Eschenburg entwickelte anlässlich des Zusammenschlusses der Länder Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern zum Land Baden-Württemberg ein Verfassungsmodell, das eine Herauslösung der Justiz aus der Verwaltung der Exekutive vorsah: An die Stelle des künftig fortfallenden Justizministeriums sollte die außerhalb der Regierung angesiedelte Landesjustizverwaltung treten¹⁸³.

Gegenwärtig fordern deutsche Richterverbände eine von der Exekutive unabhängige Justizverwaltung.

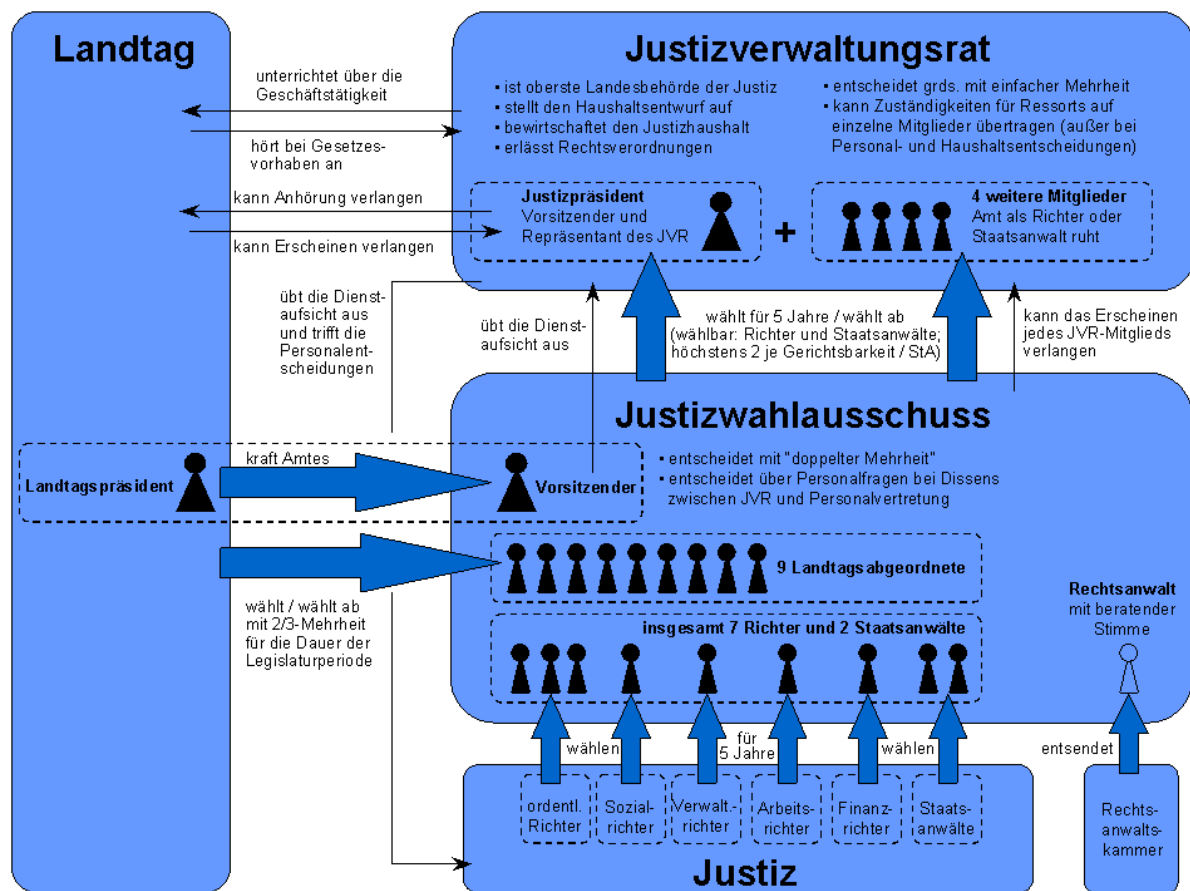
aa. Das Modell des Deutschen Richterbundes

Der Deutsche Richterbund begründet seinen Vorschlag mit einer Gegenwartsanalyse¹⁸⁴: Er weist darauf hin, dass die Exekutive die Gerichte und Staatsanwaltschaften in vielfältiger Abhängigkeit halte. Über Einstellungen und „Beförderungen“ von Richtern und Staatsanwälten entscheide in vielen Bundesländern der Justizminister allein. Personal- und Sachmittel weise der Finanzminister zu und streiche sie wieder je nach Haushaltlage. Dabei bleibe der im Grundgesetz verbriefte Anspruch des Bürgers auf Justizgewährung, auf Zugang zur Justiz, ein faires Verfahren, eine zügige Entscheidung und die Möglichkeit eines Rechtsmittels immer mehr auf der Strecke. Politische Einflüsse, Partei- und Kabinettsdisziplin hinderten die Justizminister, die nötige Abhilfe zu schaffen. Eine offene Diskussion über die gesellschaftliche Stabilisierungsfunktion einer bedarfsgerecht ausgestatteten Justiz finde nicht statt.

¹⁸³ Eschenburg, Verfassung und Verwaltungsaufbau des Südweststaats; Ausschnitt in www.gewaltenteilung.de/eschenburg.htm (Stand 01.01.2010).

¹⁸⁴ Vgl. <http://www.drj.de/cms/index.php?id=552> (Stand 07.01.2010).

Der Selbstverwaltungsvorschlag des Deutschen Richterbundes im Bild:



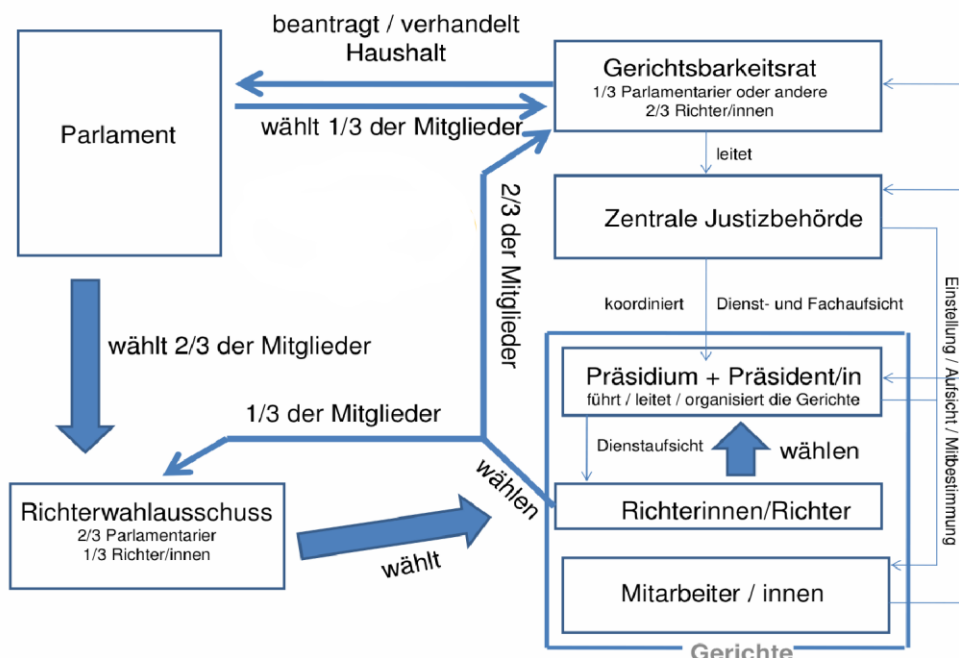
Das Modell des DRB sieht vor, dass an die Stelle des Justizministers ein Justizverwaltungsrat aus Richtern und Staatsanwälten tritt. Seine Mitglieder werden von einem Wahlausschuss bestimmt, dem mehrheitlich Landtagsabgeordnete und daneben gewählte Richter und Staatsanwälte angehören (Justizwahlausschuss). Der Justizverwaltungsrat sorgt für die Erfüllung des Justizgewährungsanspruchs. Das schließt die Sicherung der Qualität richterlicher und staatsanwaltlicher Arbeit ein. Insoweit ist der Justizverwaltungsrat auch gegenüber dem Parlament und der Öffentlichkeit rechenschaftspflichtig. Zu seinen Aufgaben gehören zudem alle Personalentscheidungen und die Dienstaufsicht in der Justiz. Kommt keine Einigung mit der zuständigen Personalvertretung zustande, entscheidet er - anders als heute oft der Justizminister - nicht allein, sondern es entscheidet der Wahlausschuss. Der Justizverwaltungsrat stellt auch das Gesamtbudget der Justiz auf und vertritt es gegenüber dem Finanzminister und dem Parlament. Verwaltungsaufgaben, die

gegenwärtig dezentral von den Gerichten und Staatsanwaltschaften selbst erledigt wurden, verbleiben dort, um eine schlanke Justizverwaltung zu garantieren.

Da der Deutsche Richterbund an Beförderungsmöglichkeiten für Richter und an der Besoldungspyramide festhalten will, könnte seinem Modell mit dem Einwand begegnet werden, es verschiebe nur die Quellen möglicher Einflussnahmen von der Exekutive in ein Selbstverwaltungsorgan. Der Einwand berücksichtigt nicht, dass nach dem Vorschlag des Deutschen Richterbundes künftig rein exekutivische und somit sachfremde Interessen oder gar tagespolitische Motive für eine „Steuerung“ von Richtern ausscheiden. Allein dies wäre ein entscheidender Fortschritt gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage.

bb. Das Modell der Neuen Richtervereinigung

Weitergehend als das Modell des Deutschen Richterbundes ist das Selbstverwaltungsmodell, das die Neue Richtervereinigung unter dem Motto „Demokratie statt Hierarchie“ präsentiert¹⁸⁵.



¹⁸⁵ Vgl. http://www.nrv-net.de/main.php?id=151&vo_id=428 (Stand 06.03.2009).

Der Vorschlag der Neuen Richtervereinigung stellt den Gedanken der Gleichwertigkeit aller Richterämter in den Vordergrund. Es gibt daher keine Beförderungen mehr, sondern nur noch gerichtsübergreifende Funktionszuweisungen, z.B. zu anderen Instanzen und anderen Gerichtsbarkeiten. Beurteilungen sind grundsätzlich nicht mehr notwendig; sie kommen allenfalls bei Bewerbungen um einen Funktionswechsel in Betracht. Aus der Gleichwertigkeit der Richterämter folgt die Einheitlichkeit der Richterbesoldung. Die Besoldung muss der Bedeutung des Richteramtes angemessen sein.

Die Neue Richtervereinigung beschäftigt sich zunächst mit den Gerichtspräsidien und zielt somit auf eine Änderung der Gerichtsverfassung ab. Das Präsidium soll zuständig sein für alle personellen und organisatorischen Fragen des Gerichts. Der bzw. die Vorsitzende des Präsidiums ist der Präsident bzw. die Präsidentin. Sie bzw. er wird von allen Richterinnen und Richtern des Gerichts für die Dauer von vier Jahren gewählt; eine sofortige Wiederwahl ist nicht möglich. Sie bzw. er führt die Beschlüsse des Präsidiums aus, leitet die Verwaltung und vertritt das Gericht nach außen, jeweils im Auftrag des Präsidiums. Sie bzw. er beruft mindestens einmal jährlich eine Richterversammlung und eine Versammlung aller am Gericht Tätigen ein (auf Antrag einer best. Anzahl aus dem richterlichen bzw. nicht richterlichen Dienst können auch außerordentliche Versammlungen einberufen werden). Präsidiumssitzungen sind grundsätzlich richteröffentlich, gegebenenfalls gerichtsöffentlich.

Auf der Ebene der Gerichtsbarkeit sollen die Justizministerien ersetzt werden durch die Gerichtsbarkeitsräte. Sie bestehen zu zwei Dritteln aus von der Richterschaft gewählten richterlichen Mitgliedern (20 Mitglieder) und zu einem Drittel aus vom Parlament gewählten im Rechtsleben erfahrenen Persönlichkeiten, die weder der Legislative noch der Exekutive angehören (10 Mitglieder). Die Gerichtsbarkeiten müssen angemessen vertreten sein. Die Mitglieder werden für vier Jahre gewählt; eine sofortige Wiederwahl ist nicht möglich. Zur Hälfte der ersten Amtszeit scheidet sowohl die Hälfte der von den Richterinnen und Richtern als auch die Hälfte der vom Parlament gewählten Mitglieder aus. Sie werden durch Neuwahl ersetzt.

Die Gerichtsbarkeitsräte sollen die übergeordnete und koordinierende Verwaltung übernehmen, beispielsweise die Vorbereitung der Wahl der Richterinnen und Richter und die Unterbreitung der Vorschläge an den Richterwahlausschuss, die Verwaltung

der sachlichen und personellen Ressourcen, insbesondere Funktionszuweisungen und Versetzungen, die Gestaltung und Verwaltung der Richterfortbildung, die zentralen Verwaltungsaufgaben (z.B. IT). Sie verhandeln und verantworten die Haushaltsmittel gegenüber dem Parlament und sind zuständig für das Disziplinarrecht.

Die Auswahl und die endgültige Einstellung von Richtern soll durch Richterwahlausschüsse erfolgen. Die 15 Mitglieder eines Richterwahlausschusses werden zu zwei Dritteln vom Parlament gewählt; das weitere Drittel wird von den Richtern und Richterinnen aus der Richterschaft gewählt. Wahlen erfolgen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl. Die Mitgliedschaftsdauer entspricht zeitlich der Dauer der Legislaturperiode. Bei den Wahlen durch das Parlament ist vorzusehen, dass jede im Parlament vertretene Fraktion mit einem Grundmandat vertreten ist. Die vier ständigen richterlichen Mitglieder werden von den Richterinnen und Richtern aller Gerichtsbarkeiten gewählt; die Gerichtsbarkeiten wählen jeweils ein nichtständiges Mitglied. Der Richterwahlausschuss gibt sich eine Geschäftsordnung und wählt aus seiner Mitte den Vorsitzenden bzw. die Vorsitzende. Entscheidungen im Richterwahlausschuss werden mit einfacher Mehrheit getroffen.

Fazit: Es gibt Möglichkeiten, eine Einflussnahme der Exekutive auf die Rechtsprechung zu verhindern oder entscheidend zu begrenzen. Dies ist andernorts geschehen und in Deutschland bislang unterblieben. Die deutsche Verfassungswirklichkeit belässt der Exekutive die Möglichkeiten zur Ausübung von Macht über die Judikative, die ihr im 19. Jahrhundert geben wurden. Der dem preußischen Justizminister des Jahres 1879 zugeschriebene Satz¹⁸⁶ gilt auch für die deutschen Justizminister des Jahres 2010.

Die ausländischen Organisationsstrukturen begnügen sich ebenso wenig wie die Modelle des Deutschen Richterbundes und der Neuen Richtervereinigung mit der Hoffnung darauf, dass eine tugendhafte Exekutive von ihren Möglichkeiten zu Übergriffen auf die rechtsprechende Gewalt keinen Gebrauch machen werde. Sie sind bemüht, die Macht der Exekutive durch einen Ausschluss dieser Gefahren von vornherein zu begrenzen. Sie setzen das Prinzip der Gewaltenteilung in die Verfassungswirklichkeit um.

¹⁸⁶ Vgl. Text zu Fn. 148.

Das bislang in Abschnitt III. Ausgeführte war theoretischer Natur. Wenden wir uns der Frage zu, was deutsche Exekutiven mit ihrer Macht über die rechtsprechende Gewalt in der Praxis anfangen?

3. Zur fortschreitenden Entfaltung der Macht der deutschen Exekutiven über die Rechtsprechung

Die Feststellung des Deutschen Richterbundes, dass der im Grundgesetz verbrieft Anspruch des Bürgers auf Justizgewährung, auf Zugang zur Justiz, ein faires Verfahren, eine zügige Entscheidung und die Möglichkeit eines Rechtsmittels „*immer mehr*“ auf der Strecke bleibt¹⁸⁷, korrespondiert mit der aus historischer Erfahrung gewonnenen Einsicht, die der Gewaltenteilungslehre Montesquieus zu Grunde liegt: Jede Macht trägt die Tendenz zu ihrer Erweiterung in sich. Macht strebt nach mehr Macht und dies so lange, bis sie auf Grenzen stößt¹⁸⁸. Die Macht der deutschen Exekutiven über die Richter stößt auf keine organisatorischen oder strukturellen, sondern nur auf verbale Grenzen.

Darin, dass sich ein Mensch bereit findet, den Willen eines anderen zu tun, liegt das Grundphänomen der Macht¹⁸⁹. Es gäbe keine Macht der Exekutive über die deutschen Richter und es hätte keine Erweiterung dieser Macht gegeben, wenn nicht zu allen Zeiten Richter willens gewesen wären, sich ihr zu unterwerfen oder unvernünftig, ihr zu widerstehen. Eine Betrachtung der Entwicklung der Macht der deutschen Justizverwaltungen lässt die - stets berechtigten - Appelle an die innere Stärke der Richter¹⁹⁰ nicht als ausreichend erscheinen, um die fortschreitende Machterweiterung der Exekutive in den Bereich der Judikative hinein auch nur anzuhalten.

¹⁸⁷ Vgl. <http://www.drb.de/cms/index.php?id=552> (Stand 07.01.2010).

¹⁸⁸ Vgl. Text zu Fn. 9 und 10.

¹⁸⁹ Vgl. Text zu Fn. 93.

¹⁹⁰ Baltzer, Das Gespenst »richterlicher Ethik«, KritV 2008, S. 483 f.; noch pointierter Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 326: „*In freier Paraphrase zu Kant heißt dies: Unabhängigkeit des Richters ist der Ausgang aus seiner selbst verschuldeten oder doch bestehenden Abhängigkeit. Abhängigkeit ist das Unvermögen des Richters, sich seiner richterlichen Fähigkeiten ohne Einfluß anderer zu bedienen. Selbst verschuldet ist die Abhängigkeit dann, wenn die Ursachen derselben nicht am Mangel der Fähigkeiten, sondern der Entschließung und des Mutes liegen, sich ihrer ohne Leitung eines anderen zu bedienen, Und so lautet der Wahlspruch: Habe Mut, Dich Deiner eigenen richterlichen Unabhängigkeit zu bedienen, indem Du gerecht und weise, verständig und erfahren und tapfer bist*“.

Die vom Deutschen Richterbund attestierte Entwicklung entspricht meiner persönlichen Erfahrung. Ich erlebte in den 70er Jahren zwei Geschäftsprüfungen¹⁹¹ des übergeordneten Präsidenten des Landgerichts an dem Amtsgericht, an dem ich als Richter tätig war. Die Geschäftsprüfungen beschränkten sich auf die Überprüfung der Verwaltung des Gerichts. Die Richterdezernate waren nicht betroffen. Die Bedeutung des Besuchs der Präsidenten für die Amtsrichter beschränkte sich auf ein gemeinsames Mittagessen. Wir hielten es für selbstverständlich, dass sich die Prüfungstätigkeit des Präsidenten des Landgerichts auf die exekutivischen Belange des Amtsgerichts beschränkte. Meine älteren Kollegen hatten während ihrer zum Teil bis in die unmittelbare Nachkriegszeit zurückreichenden Dienstzeit niemals etwas anderes erlebt.

Diese Selbstverständlichkeit fand in den 80er Jahren ein Ende. Jetzt dehnte das baden-württembergische Justizministerium seine Justizverwaltungsmacht auf die Richter aus. Ich erlebte die erste Geschäftsprüfung, in deren Rahmen die einzelnen Richterdezernate durchleuchtet wurden. Von nun an war auch die richterliche Arbeit Gegenstand der von Exekutivorganen¹⁹² durchgeführten Geschäftsprüfungen.

Auch die Entwicklung der richterlichen Regelbeurteilungen in Baden-Württemberg bestätigt die montesquieusche These von einer Tendenz zur Ausdehnung jeglicher Macht. Ich war von 1975 bis 1993 Richter im baden-württembergischen Landesdienst. Keine der mir in diesem Zeitraum erteilten dienstlichen Beurteilungen enthielt eine Note. Ein schulnotenartig gestaffeltes Benotungssystem für die periodischen Beurteilungen von Richtern wurde in Baden-Württemberg erstmals im Jahre 2002 eingeführt¹⁹³.

Es ist möglicherweise kein Zufall, dass die Einführung des Druckmittels¹⁹⁴ eines Notensystems in engem zeitlichem Zusammenhang mit einer weiteren Neuerung steht. Durch Schreiben vom 15. März 2000¹⁹⁵ an alle Bediensteten der Justiz in Baden-Württemberg hatte das Justizministerium Baden-Württemberg die Einführung von „Neuen Steuerungsinstrumenten“ angekündigt, die ein engmaschiges System

¹⁹¹ (In Baden-Württemberg „Nachschau“ genannt).

¹⁹² In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, ob die Prüfer mit einem Teil ihrer Arbeitskraft auch Richter waren, denn sie handelten nach Weisung des Justizministeriums und übten keine Rechtsprechungstätigkeit aus.

¹⁹³ Beurteilungsrichtlinie für Richter und Staatsanwälte vom 16.04.2002 - Die Justiz S. 209.

¹⁹⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen unter III.1.b.aa.

¹⁹⁵ Vgl. Anhang 3 - S. 183.

von Leistungskontrollen beinhalten sollen¹⁹⁶. Ein je nach Verhalten der Richters belohnendes oder sanktionierendes Notensystem ist der Steuerung von Richtern als flankierende Maßnahme förderlich.

Die Entfaltung der Macht der Justizverwaltung hat eine Richtung. Sie ist nicht auf die Stärkung der inneren Unabhängigkeit von Richtern hin angelegt, sondern auf deren Schwächung. Dabei entspräche es den Erfordernissen der Gegenwart, *„eine Dritte Gewalt mit unerschrockenen, mutigen, von äußeren Einflüssen - auch der Beurteilung, Besoldung und Beförderung - befreiten Richterinnen und Richtern auszustatten, damit diese ein Gegengewicht gegen eine häufig orientierungslose Legislative und usurpierende Exekutive bilden können“*¹⁹⁷.

Eine „moderne“ Art und Weise der Beurteilung und Überwachung von Richtern nach der bereits am Beispiels Sachsens dargestellten Art¹⁹⁸ ist wenig geeignet, die innere Unabhängigkeit der Richter von der Exekutive zu fördern. Wer Richter „wie Schulbuben“¹⁹⁹ in ein Noten- und Versetzungssystem zwingt, das zudem rechtsprechungsfremden, weil regierungspolitischen Vorgaben dient, greift prägend auf die Personen der Richter zu. Er demonstriert seine Macht, er macht Menschen klein. Gleiches gilt für die zweckgerichtete Beobachtung der Richter.

Schon die bisherigen Darstellungen lassen erahnen: Nicht selten ist das Verhalten deutscher Exekutiven auf die Durchsetzung von Eigeninteressen ausgerichtet und zeigt die Züge eines dominanten Unterwerfungswillens. Dass Politiker und ihre ausführenden Organe über ein hinreichendes taktisches Geschick verfügen, um ihre Übergriffe auf die rechtsprechende Gewalt so in die Gewänder fürsorglicher Hilfestellungen für die Richter im Interesse der Bürger zu kleiden, dass die einzelnen Maßnahmen der uninformierten Außenwelt als akzeptabel erscheinen²⁰⁰, versteht sich von selbst.

Die fortschreitende Unterwerfung der Dritten Gewalt soll im Folgenden an einigen - konkreten - Einzelbeispielen verdeutlicht werden.

¹⁹⁶ Hierzu im Einzelnen unter III.3.d.

¹⁹⁷ Albrecht, Die Dritte Gewalt braucht unerschrockene und von äußeren Einflüssen befreite Richterinnen und Richter, BJ 2009, S. 184 ff. (185).

¹⁹⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen unter III.1.b.aa.

¹⁹⁹ So wörtlich Lamprecht, Die autistische Gewalt, BJ 2004, S. 372 ff (374).

²⁰⁰ Zu dem Thema „Qualitätsmanagement“ in der Justiz ausführlich Schulte-Kellinghaus, „Qualitätsmanagement“ an den Gerichten - Was ist von den Konzepten der Justizverwaltungen zu halten?, BJ 2005, S. 198 ff.

a. Beispiel dienstliche Beurteilung

Nach Art. 33 II GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Die Umsetzung dieses Rechts erfordert nicht nur ein zureichendes Regelwerk, sondern auch eine Transparenz, die Regelwidrigkeiten nicht erst in einem nachträglichen Gerichtsverfahren offenbar werden lassen. An beidem mangelt es.

aa. Die Tür zur Ämterpatronage

Beispiel 1: Einem Amtsrichter wurde in einer Regelbeurteilung des dienstvorgesetzten Landgerichtspräsidenten bescheinigt, er habe sich im Beurteilungszeitraum als einsatzbereiter, zügig arbeitender, kenntnisreicher und in der Sache engagierter Richter erwiesen, wie ihm dies auch schon in früheren Beurteilungen bescheinigt worden sei. In Teilbereichen habe er mit viel beachteten Entscheidungen und guten Argumenten eine wissenschaftliche Diskussion ausgelöst. Die Erledigungszahlen zeigten, dass er als Richter einem erheblichen Arbeitsanfall gewachsen sei und dass er sein Dezernat vorbildlich auf dem Laufenden halte. Hervorzuheben sei, dass er immer wieder bereit sei, für andere Kollegen in die Bresche zu springen. Infolge seines freundlich zugewandten Wesens habe er im Umgang mit Kollegen, Mitarbeitern, Rechtsanwälten und Rechtssuchenden keine Probleme. Das abschließende Urteil des Dienstvorgesetzten lautete: "Herr X ist seiner richterlichen Aufgabe sowohl menschlich wie fachlich voll gewachsen".

Das Zeugnis nennt keinen einzigen Kritikpunkt. Dennoch ist es benachteiligend, wenn man die Praxis in Erwägung zieht, den Richtern, die für eine Karriere vorgesehen sind, ihre Eignung für bestimmte Beförderungssämter in Dienstzeugnissen zu bescheinigen. Das abschließende Urteil des Präsidenten des Landgerichts enthält eine solche Feststellung nicht.

Gegen eine solche Beurteilung kann man sich nicht zur Wehr setzen. Es gibt keine Rechtsmittel gegen gute Zeugnisse. Die Berufung auf die Zeugnisse Anderer ist nicht zulässig. Was in den Zeugnissen der Anderen steht, geht niemanden was an.

Beispiel 2: Der Präsident eines Landgerichts (R4) strebte seine Versetzung in ein gleichwertiges Amt als Präsident eines anderen Landgerichts an. KonkurrenzbeWERBERIN war die Präsidentin eines Amtsgerichts (R3). Gegen die Absicht des Justizministeriums, die Stelle mit der Präsidentin des Amtsgerichts zu besetzen, setzte sich der Präsident des Landgerichts in einem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren zur Wehr. Der VGH Baden-Württemberg gab dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statt²⁰¹.

Der dienstvorgesetzte Präsident des OLG hatte dem Präsidenten des Landgerichts eine Anlassbeurteilung erteilt, die in ihrer Wertung hinter der Anlassbeurteilung der Konkurrentin zurückgeblieben war. Der VGH Baden-Württemberg bezeichnete diese Ablassbeurteilung als offensichtlich fehlerhaft.

Von Interesse ist die Deutlichkeit der Worte, mit denen er seine Entscheidung zu Gunsten des Antragstellers begründete: „ ... *Ausweislich seiner²⁰² Ausführungen in der dienstlichen Beurteilung der Beigeladenen²⁰³ vom 30.10.1998, die am gleichen Tage der Beigeladenen übersandt würde, war ihm der »Vorschlag²⁰⁴, sie zur Präsidentin des Landgerichts zu berufen«*, bekannt und er stand voll hinter diesem »Vorschlag«. Aus der dienstlichen Beurteilung der Beigeladenen geht weiter hervor, dass er die Beigeladene »ganz uneingeschränkt an der Spitze der Bewerber« sah, obwohl er nach Aktenlage den Antragsteller, dessen Bewerbung ebenso wie diejenige der Beigeladenen am 30.10.1998 beim Oberlandesgericht eingegangen war, zu diesem Zeitpunkt noch nicht dienstlich beurteilt hatte“.

Der VGH hielt es in dieser Entscheidung für möglich, dass sich der Präsident des OLG von vornherein auf die Seite des Justizministeriums gestellt hatte, das die Präsidentin des Amtsgerichts favorisierte, und dass er deshalb für den Präsidenten des Landgerichts eine Anlassbeurteilung angefertigt hatte, mit der gegen die Favoritin des Ministeriums nicht anzukommen war.

Wie beide Beispiele zeigen, ist das Regelwerk, das den gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amte garantieren soll, unzureichend. Es lässt dem Dienstherrn Spielräume, die teilweise nicht justiziabel sind. Auch dann, wenn Richter befürchten, sich durch ein gerichtliches Verfahren gegen ihren Dienstherrn die Karriere zu

²⁰¹ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 10.05.1999 - 4 S 1138/99 - DRiZ 1999, S. 341 ff.

²⁰² (des Präsidenten des OLG).

²⁰³ (der Präsidentin des Amtsgerichts).

²⁰⁴ (des Justizministeriums).

verbauen und deshalb von gerichtlichen Schritten absehen, hat der Dienstherr freie Hand.

bb. Zur Angst von Bewerbern

Als ich im Jahre 1980 den Wunsch äußerte, an ein anderes Gericht versetzt zu werden, fand ich sofort Gehör. Die Worte des zuständigen Referatsleiters im Justizministerium sind mir im Gedächtnis geblieben: „*Ich schreibe die Stelle für Sie aus*“. Mir kam diese Haltung des Ministeriums entgegen, Konkurrenzbewerbern möglicherweise nicht, denn das Justizministerium hatte schon zu einem Zeitpunkt gegen sie Stellung bezogen, als es die Stelle noch gar nicht ausgeschrieben hatte.

Während meines gesamten Berufslebens als Richter hatte ich auf Grund zahlreicher Indizien immer wieder den Eindruck, dass ein Richter mit einer Bewerbung um eine ausgeschriebene Stelle der Personalplanung des Ministeriums in die Quere kommen und sich „unbeliebt“ machen kann. Ich weiß von vielen Kollegen, die sich nur dann um eine Stelle bewarben, wenn sie sich auf Grund einer vorhergegangenen Absprache als der Favorit des Ministeriums wussten oder die eine Bewerbung sofort zurücknahmen, wenn das Ministerium in einem Telefonanruf andeutete, die Bewerbung sei wohl nicht aussichtsreich.

Meine Einschätzung wird von anderen Kollegen geteilt. Die Angst geht um, schlecht beurteilt zu werden, wenn man sich entgegen den Vorstellungen des Justizministeriums oder der vorgesetzten Präsidenten bewirbt²⁰⁵. Nicht uninteressant ist eine in Baden-Württemberg über den Zeitraum von 2005 bis 2009 für den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit geführte Statistik²⁰⁶:

²⁰⁵ Mitteilungsblatt des Vereins der Richter und Staatsanwälte Landesverband Baden-Württemberg Nr. 2/2009 S. 5 ff. (6).

²⁰⁶ Mitteilungsblatt des Vereins der Richter und Staatsanwälte Landesverband Baden-Württemberg Nr. 2/2009 S. 5 ff. (6).

	Alleinbewerbung	Konkurrenzbewerbung
Direktor des Amtsgerichts R1 Z	8	3
Direktor des Amtsgerichts R2	10	9
Direktor des Amtsgerichts R2Z	6	6
Richter am Amtsgericht (ständiger Vertreter des Direktors) R2	6	7
Richter am Amtsgericht (weiterer aufsichts- führender Richter) R2	7	11
Vorsitzender Richter am Landgericht R2	46	37
Richter am Oberlandesgericht	41	19
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht R3	9	14
Vizepräsident des Amtsgerichts, des Landgerichts und des Oberlandesgerichts R2Z bis R4	15	4
Präsident des Amtsgerichts und des Landgerichts R3 bis R6	9	6

Die beträchtliche Zahl der Alleinbewerbungen kann nicht auf die hohe Qualität der Personalauslese des Justizministeriums zurückgeführt werden, der sich die Konkurrenten einsichtig beugen. Einem Richter, der sich um eine ausgeschriebene Stelle bewirbt, ist der mögliche Favorit des Justizministeriums in aller Regel unbekannt.

b. Beispiel Geschäftsprüfung

Im Rahmen einer Geschäftsprüfung wurde bei allen vier Mitgliedern einer Kammer eines Kollegialgerichts derselbe Sachverhalt festgestellt: Die gesetzlich vorgeschriebene Frist für die Absetzung von Urteilen war in allen überprüften Fällen eingehalten worden.

Der identische Sachverhalt fand in dem schriftlichen Geschäftsprüfungsbericht eine unterschiedliche Darstellung: Einem der vier Richter wurde bescheinigt, dass er die Absetzungsfrist in vorbildlicher Weise eingehalten habe. Seine drei Kammerkollegen erhielten die Mitteilung, man habe keine Verstöße gegen die Absetzungsfrist feststellen können. Der als vorbildlich herausgehobene Richter wurde alsbald befördert.

Das Beispiel zeigt, wie Werturteile auch außerhalb von Dienstzeugnissen im Rahmen einer „Überwachung“ der richterlichen Tätigkeit manipulativ eingesetzt werden können. Eine Sachverhaltsfeststellung, die dem einen Richter zum Lobe gereicht, liest sich bei anderen Richtern wie ein Freispruch mangels Beweisen. Zweck der gegenwärtigen Ungleichbehandlung bei der Bewertung ist die argumentative Absicherung der zukünftigen Ungleichbehandlung bei der Beförderung.

Eine solche Behandlung lässt Menschen nicht unbeeindruckt. Sie ist eine Demonstration von Macht. Sie ist respektlos und demütigend. Hier zeigt eine Obrigkeit ihre Fähigkeit, den Einen Vorteile zu verschaffen und die Anderen auszugrenzen. Die lediglich „freigesprochenen“ Richter des Beispielsfalles stehen ihrer Ausgrenzung hilflos gegenüber. Sie haben keine Möglichkeit, sich gegen die sie

selbst betreffende Formulierung zur Wehr zu setzen, denn diese ist inhaltlich richtig. Die Hervorhebung ihres Kollegen geht sie nichts an.

Wer Ausgrenzungen hilflos gegenübersteht, fühlt sich ohnmächtig. Ohnmacht kennzeichnet die Stellung von Untertanen.

c. Beispiel Ratschläge der Dienstaufsicht

Organe der Exekutive nehmen sich neuerdings in erstaunlicher Offenheit der Angelegenheiten der Rechtsprechung „fürsorglich“ an. Sie erteilen Ratschläge für das Verhalten im Kernbereich der richterlichen Tätigkeit. Dies wird nicht von allen Richtern als gut gemeinte Hilfestellung empfunden. Die Hilfe kommt von Organen der Dienstaufsicht, die Macht über sie haben. Die Dienstaufsicht hat die Macht, das Befolgen ihrer Ratschläge zu belohnen oder die Gefolgsverweigerung zu sanktionieren.

Im August 2000 berichtete eine Tageszeitung²⁰⁷, der Sächsische Staatsminister der Justiz habe bei einem Gerichtsbesuch zu jungen Verwaltungsrichtern gesagt: *„Ihre Akten sind zu dick. Sie sollten beim Arbeiten einfach nicht so genau hinschauen“*. Derselbe Minister habe aus gleichem Anlass den Richtern eines anderen Verwaltungsgerichts empfohlen: *„Sie sollten bei der Aufarbeitung der Rückstände einfach oberflächlicher arbeiten“*.

Solche Empfehlungen sind zwar nicht geeignet, in strenger Gesetzesbindung arbeitende Richter unter Druck zu setzen. Für andere aber sind sie ein Freibrief für oberflächliches Arbeiten. Ein Justizminister, der agiert, wie von der zitierten Presse behauptet, setzt aktuelle Regierungsinteressen über Verfassung und Gesetz und fordert Richter auf, ihm hierin zu folgen. Er untergräbt die Gesetzesbindung der Richter.

Der Freistaat Sachsen ist sparsam. Er ist aber auch gehalten, geltendes Bundesrecht zu beachten. Bundesrecht ist sowohl der Anspruch der Bürger auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) als auch die Pflicht der Verwaltungs-

²⁰⁷ „Neue Vorwürfe gegen Minister Heitmann“ (Eig. Bericht/S.H.) in: Dresdner Neueste Nachrichten vom 22.08.2000 S. 4. Die zitierten Äußerungen fanden auch in anderen Presseorganen Erwähnung, vgl. Rozek, „Was Justizminister dürfen“ in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20.09.2000, S. 11.

richter, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen (§ 86 I VwGO).

In ähnlicher Richtung lassen sich Äußerungen des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts und der Präsidentin / der Präsidenten der Obergerverwaltungsgerichte der Länder interpretieren. In einer gemeinsamen Erklärung vom 07.03.2005 formulierten sie „zentrale Standards verwaltungsrichterlicher Arbeit“²⁰⁸. Danach habe sich die Tätigkeit der Richterinnen und Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit - auch - an den berechtigten Interessen der Wirtschaft und der Verwaltung auszurichten. Eine so verstandene „Kundenorientierung“ erfordere insbesondere kurze Verfahrenslaufzeiten. Eine Amtsermittlung finde grundsätzlich nur statt, wenn sie geboten sei. Im Übrigen gelte der Grundsatz: „*Was man dem Richter nicht klagt, soll er nicht richten*“.

Die Präsidenten sahen sich wohl kaum zu ihrer gemeinsamen Erklärung veranlasst, um Selbstverständliches auszusprechen, beispielsweise, dass eine Amtsermittlung nur dann stattfinden soll, wenn sie geboten ist, ebenso wenig, um die Verwaltungsrichterschaft darüber zu belehren, dass „*im Übrigen*“, d.h. wenn sie nicht geboten ist, eine Amtsermittlung nicht stattfinden solle. Einen eigenen Sinn bekommt die Unternehmung dann, wenn man sich die Orientierungsempfehlung „*Was man dem Richter nicht klagt, soll er nicht richten*“ vor Augen führt und sie mit der Forderung nach „kurzen Verfahrenslaufzeiten“ in Verbindung bringt.

Die Erklärung kann von Richtern als Empfehlung und als Freibrief verstanden werden, mit den Anliegen der Bürger im finanziellen Interesse der Regierung „kurzen Prozess“ zu machen. Sie bietet Richtern Anhaltspunkte für die im Eigeninteresse zu stellende Prognose, welche Arbeitsweise zu guten Noten und Beförderungsaussichten führt und für welches Verhalten ihnen Ausgrenzung und Benotungssanktion drohen.

§ 86 I VwGO gebietet Verwaltungsrichtern, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen. Sie sind gemäß Art. 20 III GG gehalten, so und nicht anders zu verfahren. Allein das Verfahrensrecht und das materielle Recht sind die verfassungslegitimen Steuerungsinstrumente richterlicher Tätigkeit²⁰⁹. Der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts und die Präsidentin / die Präsidenten der Obergerverwaltungsgerichte der Länder haben den deutschen Verwaltungsrichtern im Gewande

²⁰⁸ Voller Wortlaut in Anhang 1 - S. 179; vgl. auch: <http://www.gewaltenteilung.de/standards.htm>; Addicks, Harry, NWVBl. 2005, 293ff.

²⁰⁹ So wörtlich Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1094; www.gewaltenteilung.de/papier.htm (Stand 01.01.2010).

einer unverbindlichen Empfehlung nahe gelegt, ihrer Gesetzesbindung nicht nach eigener richterlicher Auslegung Folge zu leisten, sondern bei der Gesetzesauslegung den Erwartungen von Politik und Wirtschaft entgegen zu kommen.

Richter sind weder der Wirtschaft noch der Verwaltung verpflichtet. Nach dem klaren Wortlaut des Grundgesetzes (Art. 20 II 2, 97 I GG) schulden sie allein dem demokratischen Gesetzgeber Gehorsam. Die Erklärung des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts und der Präsidentin / der Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte der Länder setzt administrative, politische und wirtschaftliche Interessen in gleicher Weise über das Demokratieprinzip, über das Rechtsstaatsprinzip und über das Prinzip der Gewaltenteilung. Sie ist Ausdruck eines Verlusts von rechtsstaatlicher Sensibilität.

Die in der Presse zitierte Äußerung des sächsischen Justizministers zielt ebenso wie die Erklärung des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts und der Präsidentin / der Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte der Länder darauf ab, Wirkung zu erzielen und sagt zugleich etwas über die Einschätzung der Erklärungsempfänger aus: Die Organe der Dienstaufsicht sind in beiden Fällen davon ausgegangen, dass man mit einer Erklärung dieser Art bei den deutschen Verwaltungsrichtern Wirkung erzielen kann. Andernfalls hätten sie sich nicht der Mühe unterzogen, ihre Erklärungen abzugeben. Auch die Äußerung von Rechtsmeinungen durch hohe Dienstvorgesetzte kann auf die einzelnen Richter wie eine Weisung oder Mahnung wirken²¹⁰.

Die Arbeitsweise von Richtern, die exekutivischen Ratschlägen der beschriebenen Art folgen, ist selten Gegenstand öffentlicher Erörterungen. Sie scheint auch nicht Gegenstand empirischer Untersuchungen zu sein. Wohin eine bedenklich oberflächliche Arbeitsweise führen kann, zeigt der im Jahre 1999 bekannt gewordene Fall eines Hochstaplers.

Einem gelernten Postboten mit Hauptschulabschluss gelang es, im Jahre 1995 unter falschem Namen in einem sächsischen Fachkrankenhaus für Psychiatrie als Leitender Oberarzt angestellt zu werden. Er praktizierte dort, bis er im Jahre 1997 zufällig von einer Mitarbeiterin erkannt wurde. Als Leitender Oberarzt war er ein gefragter Gutachter für sächsische Justizorgane. Er fertigte in großem Umfang

²¹⁰ BGH, (Dienstgericht des Bundes), DRiZ 2004, S. 144 ff. (146).

psychiatrische Sachverständigengutachten für Sozialgerichte, Strafgerichte und Staatsanwaltschaften an.

Nach seiner Aufdeckung kam es zum Strafprozess gegen den Hochstapler, in dessen Rahmen auch die Qualität der von ihm erstatteten Gutachten überprüft wurde. Die Sachverständigen im Strafprozess stellten fest, dass die Gutachten des „Leitenden Oberarztes“ weder eine Diagnose enthalten hatten noch eine Erklärung dafür, warum und wie er zu seinen Feststellungen gekommen war²¹¹. Die unbrauchbaren Gutachten waren Gerichtsentscheidungen zu Grunde gelegt worden. Das Strafverfahren brachte keinen Fall zu Tage, in dem ein Gericht oder eine Staatsanwaltschaft ein Gutachten des „Leitenden Oberarztes“ als unbrauchbar zurückgewiesen hätte.

Hier waren möglicherweise Richter und Staatsanwälte tätig gewesen, die „nicht so genau hingeschaut“ haben. Von den schnellen Erledigungen betroffen waren Angeklagte in Strafverfahren und Kläger vor den Sozialgerichten. Bei den Letzteren dürfte es sich vor allem um alte und kranke Menschen gehandelt haben. Die durch Exekutivorgane den Richtern erteilten abstrakten Ratschläge werden mit konkretem Leben erfüllt, wenn man auf die Opfer der empfohlenen Arbeitsweise schaut²¹².

d. Beispiel Neue Steuerungsinstrumente (NSI)

Die Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement (KGSt) ist das von Städten, Gemeinden und Kreisen gemeinsam getragene Entwicklungszentrum des kommunalen Managements. Anfang der 90er Jahre sah die KGSt einen Modernisierungsrückstand der deutschen Kommunalverwaltungen von fünf bis zehn Jahren gegenüber Kommunen in anderen hoch entwickelten Ländern, die sich seit einigen Jahren an New Public Management orientierten. Die KGSt entwickelte das

²¹¹ Ausführliche Schilderung von Friedrichsen in: DER SPIEGEL Nr. 4/1999, S. 105 f.

²¹² Das öffentliche Interesse galt dem Hochstapler. Die Justizorgane und die betroffenen Bürger traten in den Hintergrund. Nach Presseberichten war die sächsische Justiz bemüht, möglichst wenig an Einzelheiten an die Öffentlichkeit dringen zu lassen, weshalb auch im Strafverfahren kurzer Prozess gemacht und auf die Vernehmung von Zeugen weitestgehend verzichtet worden sei. Ohne die Ausführungen der beiden Gutachter wäre in der Verhandlung nahezu nichts über den Angeklagten zu erfahren gewesen (So Augstein in: Süddeutsche Zeitung Nr. 19 vom 25.01.1999, S. 3, in einer umfassenden Darstellung).

„Neue Steuerungsmodell“ und stellte es 1993 der Öffentlichkeit vor²¹³. Ziele des Modells waren eine stärkere Orientierung am Ergebnis, eine größere Transparenz für einen Gemeinderat bzw. Kreistag und für die Verwaltungsführung durch Controlling und Berichtswesen, die Steigerung der Effizienz durch Wettbewerb, eine Erhöhung des Kostenbewusstseins, mehr Wirtschaftlichkeit kommunaler Leistungen und die Verbesserung des Leistungspotenzials durch Motivation der Beschäftigten.

Der Vorstoß der Kommunalverwaltung fand Nachahmung in der Landesverwaltung. Vom Januar 2000 datiert ein Schreiben²¹⁴ des Finanzministeriums Baden-Württemberg „an die Ressorts und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Landesverwaltung,“ in dem es auf „das Projekt zur Einführung neuer Steuerungsinstrumente in der Landesverwaltung“ hinwies, das zu einem „effektiveren, zielgerichteteren Verwaltungshandeln“ führen solle, wodurch auch „Motivation, Verantwortungs- und Selbstbewusstsein der Mitarbeiter erheblich gestärkt“ werde. Das Finanzministerium sei als federführendes Ressort für das Gesamtprojekt der neuen Steuerungsinstrumente verantwortlich. In den Teilbereichen Schulung, Controlling und Führungsinformationssystem liege die Federführung beim Innenministerium. Für die Umsetzung in den einzelnen Verwaltungen seien die Ressorts im Rahmen ihrer Ressortverantwortlichkeit zuständig. Das Reformprojekt werde unter der Generalunternehmenschaft der Firma debis durchgeführt und solle in Zusammenarbeit zwischen den Ministerien mit ihren nachgeordneten Behörden und dem Projektteam erarbeitet und umgesetzt werden.

Mit diesem Schreiben als Anlage wandte sich das Justizministerium mit dem bereits erwähnten Schreiben vom 15. März 2000 an alle Bediensteten der Justiz in Baden-Württemberg²¹⁵. Das Finanzministerium hatte von der Einführung neuer Steuerungsinstrumente in „der Landesverwaltung“ gesprochen. Gegenstand des Schreibens des Justizministeriums war die Einführung neuer Steuerungsinstrumente in der Landesverwaltung und der Justiz. Als weitere Anlage beigefügt war ein siebenseitiges Papier „*Das Mitarbeitergespräch in der Justiz / Konzept des Justizministeriums*“²¹⁶.

²¹³ KGSt-Bericht 5/1993.

²¹⁴ Aktenzeichen N-0416.2/60 - Anhang 2 - S. 180.

²¹⁵ Kein Aktenzeichen - Anhang 3 - S. 183.

²¹⁶ Kein Aktenzeichen - Anhang 4 - S. 185.

Nach der Vorstellung des Justizministeriums Baden-Württemberg sollten sich „Führungskräfte und Mitarbeiter“ in der Justiz regelmäßig in jährlichem Abstand die Zeit für ein Gespräch nehmen. Nach einer kritischen Erörterung der „*Arbeitsergebnisse*“ sollten dort „*Arbeitsziele abgesprochen und wo immer möglich konkrete Ziele verabredet werden (Zielvereinbarung)*“. Das Mitarbeitergespräch sei „*zentrales Instrument eines neuen kooperativen Führungsstils*“.

Das Justizministerium habe sich am „*Konzept des so genannten Funktionsvorgesetzten*“ orientiert, da jeder Dienstvorgesetzte nur eine begrenzte Zahl von Mitarbeitergesprächen sinnvoll führen könne. Das Modell sei aus der in der Anlage beigefügten Übersicht ersichtlich. Aufgrund der hohen Leitungsspannen in der Justiz komme daher der Dienstvorgesetzte häufig von vornherein nicht in Betracht. Gesprächspartner solle möglichst der Vorgesetzte sein, mit dem der Mitarbeiter unmittelbar zusammenarbeite.

Der Abschluss einer Zielvereinbarung sei nicht obligatorisch, ihre schriftliche Fixierung habe den Zweck einer Gedächtnisstütze, weshalb sich die schriftliche Fixierung auch dann empfehle, wenn es zu keiner Zielvereinbarung gekommen sei. Das Schriftstück sei von einem der Gesprächspartner aufzubewahren. Auf keinen Fall sei es zur Personalakte zu nehmen.

Die richterliche Unabhängigkeit schließe nicht aus, Mitarbeitergespräche auch mit Richtern zu führen. Soweit der Schutz der Unabhängigkeit reiche, müsse dabei jede direkte oder indirekte Weisung unterbleiben.

Als Beispiel für zu vereinbarende Ziele könne etwa die Zusammenarbeit in der Serviceeinheit, aber auch der Abbau des Referatsbestandes oder die Erreichung einer durchschnittlichen Erledigungsquote angeführt werden. Gerade in diesem Zusammenhang erscheine es auch sinnvoll, dass der Vorsitzende Richter eines Kollegialgerichts Mitarbeitergespräche mit seinen Beisitzern führe, auch wenn man den Vorsitzenden Richter selbstverständlich nicht als Vorgesetzten der Richter des Spruchkörpers bezeichnen könne.

Ein direkter Zusammenhang mit dienstlichen Beurteilungen bestehe schon deshalb nicht, weil das Mitarbeitergespräch oft nicht von dem Dienstvorgesetzten geführt werde, der eine Beurteilung zu erstellen habe. Andererseits sei der Dienstvorgesetzte natürlich nicht gehindert, den Grad der Zielerreichung seiner dienstlichen

Beurteilung zu Grunde zu legen.

In der Anlage teilte das Justizministerium unter der Überschrift „Das Mitarbeitergespräch / Gesprächskonstellation (Wer spricht mit wem?)“ unter anderem mit, der Präsident eines Gerichts sei für die Führung der Mitarbeitergespräche mit den Beisitzern des Spruchkörpers zuständig, dessen Vorsitzender Richter er sei. Die anderen Vorsitzenden Richter des Gerichts führten die Mitarbeitergespräche mit ihren Beisitzern.

In den Schreiben des baden-württembergischen Justizministeriums ist von „Steuerung“ die Rede. Wer bekundet, jemand anderen zu steuern zu wollen, trifft damit eine Aussage über sich selbst und über den Adressaten der Steuerung. Von sich selbst gibt er die Absicht kund, den Anderen steuern zu wollen. Über den zu Steuernden sagt er aus, dass er ihn für steuerbar hält. Eine Exekutive, die sich anschickt, Richter zu steuern, bekennt, dass sie eine Steuerung von Richtern anstrebt und für durchführbar hält.

Weshalb soll gesteuert werden?

Unter der Überschrift „*Neue Steuerungsinstrumente (NSI) im betriebswirtschaftlichen Sinn*“ führt das Niedersächsische Ministerium für Inneres, Sport und Integration u.a. aus²¹⁷:

„Zu den betriebswirtschaftlichen Steuerungsinstrumenten gehören Produktbildung, Kosten- und Leistungsrechnung, Berichtswesen und Controlling, Budgetierung und Planung. Mit diesen betriebswirtschaftlich orientierten Elementen und Instrumenten soll durch eine neue Steuerung der Verwaltung die Effizienz und die Effektivität des Verwaltungshandelns verbessert werden. Auf der Grundlage von Produkten werden mit Hilfe der Kosten- und Leistungsrechnung (KLR) Daten ermittelt und daraus Budgets abgeleitet und im Haushaltsplan abgebildet. Voraussetzungen für die Umsetzung der Budgets sind Zielvereinbarungen zwischen vorgesetzter und nachgeordneter Behörde, die ggf. innerhalb der Behörden weiter heruntergebrochen werden. Planung, Steuerung und Kontrolle erfolgen durch Berichtswesen und Controlling. In Niedersachsen ist das Finanzministerium für die Einführung und Umsetzung der betriebswirtschaftlich orientierten Steuerungsinstrumente zuständig.“

²¹⁷ Vgl. http://www.mi.niedersachsen.de/master/C29938_N13802_L20_D0_I522.html (Stand 26.06.2009).

Mit den Neuen Steuerungsinstrumenten soll nicht mehr die Tätigkeit als solche, sondern der Erfolg der Tätigkeit gefördert werden. Das „Produkt“ ist der Zentralbegriff des Systems; es ist der Anknüpfungspunkt für die Steuerung. In der Leistungsvereinbarung wird der Soll-Wert für die Anzahl der gewünschten und erwarteten Produkte festgelegt (Output).

Was ist das „Produkt“ richterlicher Arbeit? Ein Richter bereitet - beispielsweise - Streitigkeiten vor Gericht ein Ende. Dies kann durch Urteil geschehen, durch Vergleich, auch dadurch, dass eine Partei vom Sinn einer Klagerücknahme oder eines Anerkenntnisses überzeugt wird. In welche Richtung der Richter das Verfahren lenkt, liegt in seiner unabhängigen Entscheidung. Von ihr hängt die Menge seiner Verfahrenserledigungen ab.

Für den Finanzminister ist von Interesse, wie viele Richter er zu besolden hat. Wenn weniger Richter mehr erledigen, kann die Richterzahl verringert werden. Das spart Geld. Das fiskalische Interesse ist mithin auf die Frage reduziert, wie lange der Richter zur durchschnittlichen Verfahrenserledigung braucht. Die Bindung des Richters an das Gesetz ist betriebswirtschaftlich ebenso ohne Bedeutung wie seine Verpflichtung gegenüber der Wahrheit und der Gerechtigkeit. Die Erledigung als solche – gleichviel wie – ist das betriebswirtschaftliche „Produkt“ richterlicher Tätigkeit. Aus fiskalischem Blickwinkel ist der „Output“ des Richters umso höher, je mehr Verfahren er im Jahr zum Abschluss bringt.

Hieraus folgt die Antwort auf die Eingangsfrage: Richter sollen auf die Erhöhung ihres Outputs hin gesteuert werden. Dies ist verfassungsrechtlich bedenklich. Denn Richter können ihre „Schlagzahl“ nur dadurch erhöhen, dass sie output-orientiert arbeiten. Führt dies beispielsweise dazu, dass sie gesetzlichen Aufklärungspflichten nur noch unzureichend nachkommen²¹⁸, so verlassen sie den Bereich ihrer Gesetzesbindung. Solche Richter wären nicht mehr *nur* dem Gesetz unterworfen, sondern *auch* den betriebswirtschaftlichen Vorstellungen einer Regierung²¹⁹. Eine solche Entwicklung bliebe nicht ohne weit reichende Folgen für den deutschen Rechtsstaat. *„Menge pro Zeit. Das ist ein Begriff von Effizienz, der mit den Aufgaben der Justiz nur am Rande zu tun hat und der deshalb, sollte er sich als zentral*

²¹⁸ Vgl. die Beispiele oben III.3.c.

²¹⁹ In seiner faktischen Geltung hätte Art. 97 I GG dann folgenden Wortlaut: Die Richter sind insoweit unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen, als dies den jeweiligen betriebswirtschaftlichen Vorgaben ihrer Anstellungskörperschaft entspricht.

*durchsetzen, zu verzerrter Wahrnehmung und verheerenden Fehlurteilen führen wird*²²⁰.

Wer steuert?

Innerhalb des Eigenbereiches der vollziehenden Gewalt mag das Einwirken einer Geld zuweisenden Einheit auf eine produzierende Einheit sinnvoll und gerechtfertigt sein. Das Justizministerium Baden-Württemberg strebt aber nach der Einführung betriebswirtschaftlichen Denkens in den Bereich der Rechtsprechung, einer von der vollziehenden Gewalt unterschiedenen anderen Staatsgewalt. Richter sollen zu „Mitarbeitern“ werden. Zu wessen Mitarbeitern?

Die Exekutive will die Richter steuern, ausgehend vom Finanzminister über den Justizminister durch die Gerichtspräsidenten. Die vorgesehene Steuerung geht über den Bereich der Justizverwaltung hinaus. Regierungsmitglieder, ihnen nachgeordnete Beamte²²¹ und zu „Funktionsvorgesetzten“ erklärte Richter sollen Richter steuern.

Das baden-württembergische Justizministerium spricht von einem „*neuen kooperativen Führungsstil*“ und erhebt das Mitarbeitergespräch zu dessen „*zentralem Instrument*“. Das Grundgesetz kennt weder geführte noch funktionsuntergebene Richter. Nach seinem Wortlaut sind die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.

Bemerkenswert weit entfernt sich das baden-württembergische Justizministerium mit der Erfindung der „funktionsvorgesetzten“ Richter von geltendem Recht. Die Figur des Funktionsvorgesetzten ist eine exekutivische Rechtsschöpfung am Gesetzgeber vorbei. Nach gegenwärtigem Recht ist der Vorsitzende eines Spruchkörpers „*primus inter pares*“ ohne Vorgesetzteneigenschaften.

Karriereorientierte Richter können durch die Konstrukte und Funktionsabläufe des Mitarbeiterkonzepts des Justizministeriums Baden-Württemberg in einen Zwiespalt geraten: Das Grundgesetz fordert von ihnen eine an den Verfahrensordnungen, z.B. an § 139 ZPO orientierte, bisweilen sehr aufwändige Arbeitsweise. Die mit der Benotungsmacht ausgestattete Dienstaufsicht „empfiehlt“ aber die output-orientierte schnelle Erledigung.

²²⁰ Hassemer, Für eine Reform der Dritten Gewalt, DRiZ 1998, S. 391 ff. (401).

²²¹ Vgl. die Ausführungen unter III.1.b.

Die NSI sehen die Besprechung der „Arbeitsergebnisse“ mit Dienst- oder Funktionsvorgesetzten vor. Auf die Wahrung der Gesetzmäßigkeit seines Handelns hin kontrolliert wird der Richter aber nach geltendem Recht allein nach Maßgabe des Rechtsmittelrechts und in dem hierfür durch den Gesetzgeber geregelten Verfahren²²². Neben (oder vor?) das Rechtsmittelrecht drängt sich nun die Exekutive. Sie nutzt ihre Gratifikations- und Sanktionsmacht über die Richter, um sich zur psychologisch wirkungsvollen Steuerungsmacht aufzuschwingen. Kein Richter muss an einem Mitarbeitergespräch teilnehmen. Aber wer sich ihm entzieht, fällt auf und kann dafür abgestraft werden. Dass dieser Grund für eine schlechte Benotung im Dienstzeugnis nicht explizit genannt wird, versteht sich von selbst.

Wer am Mitarbeitergespräch teilnimmt, hat den für seine nächste dienstliche Beurteilung zuständigen Dienstvorgesetzten zum Gesprächspartner. Mit diesem soll er „freiwillig“ die Arbeitsziele für das kommende Jahr absprechen und ein Jahr später die Erfüllung des Solls „erörtern“ (= rechtfertigen). Nimmt nicht der Dienstvorgesetzte das Sollversprechen entgegen, so tritt der Spruchkörpervorsitzende an seine Stelle. Sind dann die Mitglieder des Spruchkörpers wieder richterlich tätig, soll der Richter die Rolle seines Vorsitzenden als „Funktionsvorgesetzten“ vergessen haben und ihm wieder unbefangen als einem Gleichen unter Gleichen begegnen.

Die Richter sind unabhängig. Sie bräuchten daher weder an einem Mitarbeitergespräch teilzunehmen noch dienstliche Beurteilungen zu beachten. Dennoch geht das baden-württembergische Justizministerium davon aus, dass es Wege gibt, äußerlich unabhängige Richter innerlich abhängig zu machen. Es weiß was es tut.

Meinem Einwand, Richter seien aber doch unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen, entgegnete einmal der Präsident eines Amtsgerichts mit den Worten: *„Die Regierung kann die Richter nicht gegenüber den Krankenschwestern bevorzugen.“* Solchem Denken entspricht die Adressierung des Schreibens des Finanzministeriums auch an das Justizministerium und der dort vollzogenen Umsetzung in den Justizbereich, die sich nicht auf die Verwaltung der Gerichte beschränkt, sondern die Richter einbezieht. Die rechtsprechende Gewalt erweist sich als Ressort der einheitlich handelnden Landesregierung. Nach Art. 92 erster Halbsatz GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Vertraut man

²²² Vgl. Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1094; www.gewaltenteilung.de/papier.htm (Stand 01.01.2010).

in Baden-Württemberg die rechtsprechende Gewalt der Landesregierung an? Oder dem federführenden Finanzminister? Das Beispiel zeigt, dass die Auslegung des Art. 92 erster Halbsatz GG²²³ nicht ohne politische Brisanz ist.

Das Grundgesetz erteilt Landesregierungen nicht die Befugnis, die rechtsprechende Gewalt unter den Vorbehalt des Haushaltes der Exekutive zu stellen. Die eigenständige rechtsprechende Gewalt gehört zur Grundstruktur der Bundesrepublik Deutschland (Art. 20 II 2 GG) und nimmt nicht an den Risiken teil, die die Exekutive als die praktisch handelnde und gestaltende Staatsgewalt eingeht und eingehen muss. Das Grundgesetz garantiert den Bürgerinnen und Bürgern unabhängig von der jeweiligen Kassenlage einen nach Verfassung, Gesetz und Recht voll funktionierenden Rechtsstaat - auch und gerade in konjunkturell schlechten Zeiten.

Man stelle sich das Aufsehen vor, wenn ein deutsches Parlament die Qualität der Regierungsarbeit durch Einsparmaßnahmen herabsetzen wollte oder wenn ein Finanzminister öffentlich bekunden würde, dass er von den Parlamentsabgeordneten erwarte, dass sie künftig der Quantität der Gesetzgebung den Vorrang gäben vor der Qualität. Zu Recht wäre eine solche Äußerung als Missachtung der Verfassung zu werten. Das Grundgesetz garantiert allen drei in Art. 20 II 2 GG genannten Staatsgewalten eine an Verfassung, Gesetz und Recht orientierte volle Funktionsfähigkeit.

Wohin kann die Steuerung führen?

Rechtsprechung ist geistig schöpferische Tätigkeit. Richterinnen und Richter müssen die Freiheit zu eigenverantwortlichem Arbeiten haben. Eigenverantwortlich wird rechtsprechende Tätigkeit dann ausgeübt, wenn sich Richterinnen und Richter - gemäß dem Wortlaut ihrer Diensteide - ausschließlich den Bürgerinnen und Bürgern und dem Gesetz verantwortlich fühlen - wie Ärzte ausschließlich dem hippokratischen Eid verpflichtet sind. Ein sich jährlich wiederholendes Versprechen von Ärzten, ihr berufliches Tun an der Auslastung der Klinikbetten zu orientieren, wäre dem ärztlichen Berufsethos ebenso fremd wie eine jährliche Zielvereinbarung von Richtern mit ihren „Vorgesetzten“ über die zu erledigende Anzahl von Fällen dem richterlichen Berufsethos fremd ist.

²²³ Vgl. die Ausführungen unter II.

Das baden-württembergische Justizministerium will die Richter in ein an betriebswirtschaftlichen Kategorien orientiertes automatisiertes Denken und Handeln hineinsteuern. Es folgt dem Trend der Ökonomisierung der Gesellschaft. Dieser Trend ist modisch. Wer sich das politische Schlagwort von den Notwendigkeiten in „Zeiten knapper Kassen“ zu eigen macht²²⁴, sollte eine Antwort auf die Frage suchen, wann die Kassen der öffentlichen Hand am knappsten waren. War dies schon im Jahre 1949 oder ist dies erstmals gegenwärtig der Fall? Sollte sich herausstellen, dass die Kassen in den frühen Zeiten der Bundesrepublik Deutschlands noch knapper waren als heute, dann könnte die Kassenlage der Gegenwart nicht zur Rechtfertigung einer Reduzierung von Rechtsgewährung und Gerechtigkeit herangezogen werden. Selbst wenn aber die öffentlichen Kassen eine Reduzierung des rechtsstaatlichen Standards in Deutschland tatsächlich notwendig machen sollten, dann läge die Umsetzung dieser Notwendigkeit allein in der Macht des Verfassungsgebers und des Gesetzgebers. Keinesfalls ist es der Exekutive des Bundes und den Exekutiven der Länder gestattet, für ihren jeweiligen Herrschaftsbereich einen eigenen Geltungsumfang von Art. 19 IV GG bzw. von § 139 ZPO, § 244 StGB, § 86 VwGO und § 103 SGG festzulegen.

Gerechtigkeit folgt keinen ökonomischen Trends und ist nicht an die wechselnde Fließrichtung des Geldes gekoppelt. „Schnelles Recht“ ist bisweilen gar kein Recht; es kann auch eine in das Gewand eines Urteils gekleidete Rechtsverweigerung sein oder noch Schlimmeres. Die Rechtsstaatlichkeit bemisst sich nicht nach dem auf betriebswirtschaftliche Ziele gerichteten „Output“ der Richter. Der Rechtsstaat lebt vom Glauben an die Wahrheit und Gerechtigkeit der richterlichen Entscheidungen. Er stirbt mit dem Verlust dieses Glaubens.

Den Bürgern Gehör zu schenken, sich nur an den Vorgaben von Verfassung, Gesetz und Recht zu orientieren kostet Zeit. Nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen, bedarf einer inneren Distanz zu der Hektik des Alltags sowie einer den Menschen zugewandten Gelassenheit des Richters. Diese Zeit zu haben, ist das Anliegen einer unabhängigen Justiz und der ihr zu gewährende Freiraum. Ein gehetzter Richter ist selten ein souveräner Richter. Das Bild des outputorientierten Richters weckt assoziative Erinnerungen an Charles Chaplin als dem unter permanenter Beobachtung stehenden Arbeiter, dessen Chef die Geschwindigkeit des Fließbandes

²²⁴ So Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 476, m.w.N.

steuert. Schrauben drehend zeigt Chaplin, wie ein fremdgesteuerter Zwang zum outputorientierten Arbeiten Menschen psychisch beeinflussen kann²²⁵.

Ein outputorientierter Richter schwebt in der Gefahr, zum juristischen Sachbearbeiter zu denaturieren, der sich darauf beschränkt, seinen Dienst nach den offen oder subtil geäußerten Vorstellungen seiner Dienstvorgesetzten zu verrichten. Dabei bliebe seine Gesetzesbindung teilweise oder auch zur Gänze auf der Strecke. Die beabsichtigte Steuerung ist zur Förderung einer mentalen Verbeamtung von Richtern geeignet.

Der durch die NSI erzeugte Erledigungsdruck kann im Zivilprozess dazu führen, dass der Richter grundsätzlich der Rechtsmeinung zuneigt, durch die rechtliche Komplikationen vermieden und Beweisaufnahmen überflüssig werden. Der Verwaltungsrichter vermeidet Arbeit, wenn er sich der Rechtsauffassung der vom Bürger beklagten Verwaltung anschließt; dann kann er sich im Urteil mit einer Bezugnahme auf die angefochtenen Bescheide begnügen. Beide, Zivil- und Verwaltungsrichter, können sich darauf beschränken, die eingereichten Schriftsätze zunächst einmal nur zu überfliegen und dann zu versuchen, den Rechtsuchenden vorab zu Zurücknahme einer Klage oder eines Rechtsmittels zu bewegen. Muss ein kompliziertes Verfahren dennoch durchgezogen werden, können lästiger Parteivortrag oder komplizierende rechtliche Gesichtspunkte im Urteil „übersehen“ werden, wenn sie die Fallerledigung verzögern würden. Ein Strafrichter, der seine Erledigungsfrequenz erhöhen will, kann bei der Entscheidung über Anträge auf Erlass von Haftbefehlen, Durchsuchungsanordnungen, Überwachungsmaßnahmen oder Strafbefehlen dem Vorbringen der Staatsanwaltschaft ohne eigene Sachprüfung folgen. Er kann aufwändigen Hauptverhandlungen durch „Deals“ mit der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung aus dem Wege gehen²²⁶. So weit die Entscheidung eines Falles von Sachverständigengutachten abhängt, liest der schnelle Richter nur dessen Ergebnis und hält sich weder mit dem Überprüfen gestellter Diagnosen noch mit der ihnen zugrunde liegenden Anamnese noch mit dem Nachvollzug des Erkenntnisweges des Gerichtssachverständigen auf²²⁷.

²²⁵ Chaplin, Spielfilm „Moderne Zeiten“, 1936.

²²⁶ Wohlhabende Angeklagte, die hochrangig und aufwändig verteidigt werden und die ein Strafverfahren zu verkomplizieren wissen, können von einem solchen „Deal“ eher profitieren als weniger vermögende (Volkstümlich: Die Kleinen henkt man, die Großen lässt man laufen).

²²⁷ Vgl. Text zu Fn. 211 f.

Eine solche Arbeitsweise an dem Geist der Gesetze vorbei führt zu der von Hassemer befürchteten Möglichkeit „*verzerrter Wahrnehmung und verheerender Fehlurteile*“²²⁸.

e. Beispiel persönliche Unabhängigkeit der Richter

Hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellte Richter können gegen ihren Willen nur Kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit an eine andere Stelle versetzt werden (Art. 97 II, 1 GG). Das Grundgesetz nennt eine Ausnahme, die eine Versetzung eines Richters auf Lebenszeit gegen seinen Willen und ohne richterliche Entscheidung zulässt: Die Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke (Art. 97 II, 3 GG).

Die durch Art. 97 I GG garantierte sachliche Unabhängigkeit des Richters wird durch die Garantie auch seiner persönlichen Unabhängigkeit in Art. 97 II GG institutionell abgesichert. Wie Papier richtig bemerkt, wäre die Weisungsfreiheit nicht viel wert, müsste der Richter bei nicht genehmen Entscheidungen fürchten, versetzt zu werden²²⁹.

Die Verwaltung richterlichen Personals stößt damit naturgemäß auf größere Schwierigkeiten als die von Beamten. Geht die Arbeitslast einer Verwaltungsbehörde zurück, so können überzählige Beamte dorthin versetzt werden, wo sie benötigt werden. Gehen die Eingangszahlen an Gerichten zurück, so benötigt die Justizverwaltung die Zustimmung der Richter zu einer Versetzung, obwohl anderswo dringend zusätzliches richterliches Personal benötigt wird.

Die Unbeweglichkeit der Richterplanstelle ist vom Verfassungsgeber aus dem von Papier genannten Grunde gewollt. Die Verwaltung ist hier beschränkt auf eine klug vorausschauende Personalplanung. Es ist ihr nicht gestattet, den Schutzbereich des Art. 97 II GG auf administrativem Wege auszuhöhlen.

²²⁸ Vgl. Text zu Fn. 220.

²²⁹ Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089 mit zahlreichen Nachweisen.

Verfassungsrechtlich korrekt könnte den Schwierigkeiten der Personalverwaltung durch gesetzgeberische Maßnahmen begegnet werden. So wäre es möglich, den Richtern beamtete oder angestellte Volljuristen als Hilfskräfte zur Seite zu stellen. Die Hilfskräfte könnten unter Aufsicht der Richter die Verhandlungen vorbereiten und nach Teilnahme an den Verhandlungen die Entscheidungsentwürfe verfassen. Die Richter würden entlastet, ihre Zahl könnte erheblich verringert werden und Ungleichheiten in der Arbeitsbelastung könnten durch Umsetzung der Hilfskräfte beseitigt werden.

Diesen Weg beschreitet man in Deutschland nicht. Mitunter durch den einfachen Gesetzgeber „ermächtigt“²³⁰ handelt hier die Exekutive. Sie übt auf Richter Druck aus, um von ihnen Einverständniserklärungen zu erzwingen. Auch hier zeigt sich die Tendenz zur Ausweitung der Macht der Exekutive.

aa. Beispiel: Übertragung eines weiteren Richteramtes

Eine Arbeitsrichterin aus Bautzen wurde im Sommer 2008 darüber informiert, dass das Sächsische Staatsministerium der Justiz beabsichtige, ihr zu 40 % ein weiteres Richteramt als Richterin am ca. 60 km entfernten Sozialgericht Dresden zu übertragen. Begründet wurde die Mitteilung mit einer Überbesetzung des Arbeitsgerichts Bautzen und einer Unterbesetzung des Sozialgerichts Dresden. Als Ermächtigungsnorm wurde § 7 SächsRiG²³¹ genannt. Die Arbeitsrichterin legte ein ärztliches Attest vor, wonach ihr die gleichzeitige Tätigkeit an zwei so weit auseinander liegenden Gerichten nicht möglich sei. Dessen ungeachtet wurde ihr eine Ernennungsurkunde ausgehändigt, durch die ihr für vier Jahre das weitere Richteramt in Dresden zu 40 % übertragen wurde.

In anderen Fällen versuchte das Sächsische Staatsministerium der Justiz das Problem in Personalgesprächen zu lösen. Die einbestellten Arbeitsrichter wurden vor die Alternative gestellt, sich für ein Jahr zu 100 % oder für zwei Jahre zu 50 % an ein

²³⁰ Die Vereinbarkeit der nachstehend genannten landesgesetzlichen Regeln mit dem Grundgesetz wird von mir in Frage gestellt.

²³¹ Wortlaut des § 7 Sächs RiG (SächsGVBl. 1991, S. 21, auch in der Neufassung vom 18.02.2009, SächsGVBl. S. 22): „Jedem Richter kann ein weiteres Richteramt übertragen werden. Ohne die Zustimmung des Richters ist die Übertragung nur zulässig, wenn sie aus dienstlichen Gründen geboten und dem Richter zumutbar ist“.

Sozialgericht abordnen zu lassen. Für den Fall der Weigerung wurde ihnen angedroht, ihnen gegen ihren Willen für vier Jahre ein weiteres Richteramt zu 40 % an einem Sozialgericht zu übertragen. Die meisten der Angesprochenen gaben dem Druck nach und erklärten sich zu der - zeitlich kürzeren - Abordnung bereit²³².

Die Erzwingung der Zustimmung zu einer einjährigen Abordnung an ein anderes Gericht (dazu in einer anderen Gerichtsbarkeit) mit der Drohung, den Richter bei Weigerung nicht nur ein, sondern vier Jahre lang zwischen seinem Familienwohrtort und der neuen Arbeitsstelle pendeln zu lassen, ist entwürdigend und geeignet, Richter willfährig zu machen. Manchem kommt hier der Straftatbestand der Nötigung in den Sinn²³³.

Die Übertragung des weiteren Richteramts gegen den Willen des betroffenen Richters widerspricht Art. 97 II GG, gleichviel, welche Regelungen der einfache Gesetzgeber getroffen haben mag. Art. 97 II GG garantiert dem Richter auf Lebenszeit die Stelle, die er planmäßig innehat. Die Übertragung eines weiteren Richteramtes nimmt ihm diese Stelle auf maßgebliche Weise. Einem Richter, dem zu 40 % seiner Arbeitszeit ein weiteres Richteramt übertragen wird, wird gleichzeitig die verfassungsrechtlich garantierte Richterstelle um 40 % entzogen. Befindet sich das Gericht, an dem er zusätzlich arbeiten soll, an einem entfernten Ort, so ist der faktische Entzug seiner garantierten Planstelle noch intensiver. Art. 97 II GG schützt aber gerade vor dem Verlust der übertragenen Planstelle.

§ 7 SächsRiG hängt über allen sächsischen Richtern wie ein Damoklesschwert. Schon das Bewusstsein der Gefahr, jederzeit mit einem teilweisen Entzug der Planstelle überrascht werden zu können, kann Richter gefügig machen und auf ihr Entscheidungsverhalten einwirken. Ein mit seiner Familie in Dresden wohnender Verwaltungsrichter, der damit rechnen muss, gegen seinen Willen ein weiteres Richteramt im 110 km entfernten Leipzig übertragen zu bekommen, könnte versucht sein, der Verwaltung missfallende Entscheidungen zu vermeiden, damit der bittere Kelch, so er vergeben wird, an ihm vorübergehen möge. Genau diese Konstellation

²³² Guddat, Die Übertragung eines weiteren Richteramtes - Der sächsische Weg, INFO Nr. 15 vom Dezember 2008 der Neuen Richtervereinigung Landesverband Sachsen S. 4, mit Kritik an der rechtlichen Begründung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz; http://www.nrv-net.de/downloads_publicationen/412.pdf. (Stand 01.10.2009).

²³³ Söhnen, Personalpolitik in Zeiten der Cholera, INFO Nr. 15 vom Dezember 2008 der Neuen Richtervereinigung Landesverband Sachsen S. 4 S. 1 f.; http://www.nrv-net.de/downloads_publicationen/412.pdf (Stand 01.10.2009).

soll aber durch die Garantie des Art. 97 II GG von vornherein ausgeschlossen werden²³⁴.

bb. Beispiel: Teilzeitbeschäftigung von Richtern

Voraussetzung für die Teilzeitbeschäftigung eines Richters aus familiären Gründen ist nach § 8 Abs. 1 SächsRiG, dass er mindestens ein Kind unter 18 Jahren oder einen pflegebedürftigen sonstigen Angehörigen betreut oder pflegt. Der Antrag auf Teilzeitbeschäftigung aus familiären Gründen ist nur zu genehmigen, wenn der Richter zugleich zustimmt, mit Beginn oder bei Änderung der Teilzeitbeschäftigung und beim Übergang zur Vollzeitbeschäftigung auch bei einem anderen Gericht derselben Gerichtsbarkeit verwendet zu werden.

Das bedeutet für einen Richter, der einen Teil seiner Zeit der Pflege eines schwerkranken Elternteils widmen will, dass die gewünschte Freistellung mit dem Risiko des Verlustes seiner Planstelle verbunden ist; nach dem Tode des Elternteils kann dem mit Ehegatten und Kindern in Dresden wohnenden Sozialrichter eine Planstelle in Leipzig zugewiesen werden²³⁵. Gleiches droht der Dresdner Verwaltungsrichterin, die sich für wenige Jahre um ihr Kleinkind kümmern will. Kommt das Kind in das Schulalter, muss die wieder vollzeitbeschäftigte Mutter möglicherweise zur Arbeit nach Chemnitz fahren.

Die Richtergesetze aller Bundesländer machen wie § 8 Abs. 1 SächsRiG die Bewilligung der Teilzeitbeschäftigung eines Richters davon abhängig, dass er seiner späteren Verwendung an einem anderen Gericht desselben Gerichtszweiges zustimmt²³⁶. Die Landesgesetzgeber haben den Justizministerien ein Druckmittel gegen die Richter in die Hand gegeben. Federführend für die Formulierung der Gesetzentwürfe waren die Justizministerien. Die Regierungsmehrheiten in den Landtagen vollzogen den formellen gesetzgeberischen Akt.

Nach diesen Gesetzen dürfen die Justizministerien auf die Freiheit der Willensentscheidung planmäßig und endgültig angestellter Richter einwirken mit der Drohung,

²³⁴ Vgl. Text zu Fn. 229.

²³⁵ (Oder in Chemnitz; in Sachsen gibt es drei Sozialgerichte).

²³⁶ Vgl. beispielhaft § 7 LandesRiG Baden-Württemberg in der Fassung vom 19. Juli 1972 (GBl. S. 432), zuletzt geändert am 15. Dezember 1997 (GBl. S. 522), § 6 Niedersächsisches RiG vom 21. Januar 2010 (GVBl. S.265).

ihrem Teilzeitwunsch nicht zu entsprechen, wenn sie die Abgabe der geforderten Erklärung verweigern. Richter werden gezwungen, die ihnen garantierte persönliche Unabhängigkeit zur Disposition der Verwaltung zu stellen. Mit Geist und Zweck des Art. 97 II GG ist dies nicht vereinbar²³⁷.

Ob es im Belieben von Regierungen steht, selbst verfasste Gesetzesentwürfe von „ihrer“ Regierungsmehrheit verabschieden lassen zu können, entscheidet sich nach der Natur des jeweiligen politischen Systems. In den parlamentarischen Demokratien stellt die stärkste politische Partei oder Parteienkoalition die Regierung und die Mehrheit im Parlament und beherrscht beide Organe²³⁸.

4. Schlagwortartige Argumente gegen die organisatorische Trennung von Exekutive und Judikative

a. Das Demokratieprinzip

Gegen die Abkoppelung der Justiz von der Exekutive durch eine weitergehende Selbstverwaltung wird häufig das Demokratieprinzip des Art. 20 II GG mobilisiert. Entscheidungen über die Auswahl der Richter wie auch die Verantwortung für das nichtrichterliche Personal und den Justizhaushalt könnten in keinem Fall einem Gremium übertragen werden, dem mehrheitlich oder ausschließlich Vertreter der Judikative selbst angehören. Solche Entscheidungen der Justizverwaltung über die personelle wie die inhaltliche Legitimation von Staatsgewalt müssten in jedem Fall durch das Parlament oder ein parlamentarisch verantwortliches Regierungsmitglied erfolgen²³⁹.

Die Abwehrfront gegen eine Selbstverwaltung der Justiz nach ausländischem Vorbild hat in Deutschland Tradition. Als sich die öffentlich-rechtliche Abteilung des Deutschen Juristentags 1953 die Frage stellte: *„Empfiehl es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes einzuführen?“*,

²³⁷ A.M. BGH, (Dienstgericht des Bundes) Urteil vom 15.11.07 - RiZ (R) 3/06.

²³⁸ Zippelius, Allgemeine Staatslehre, S. 305.

²³⁹ Groß, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit, DRiZ 2003, S. 298 ff. (300), m.w.N.

wurde dies von dem eingesetzten Gutachter Ridder entschieden verneint. Sein Referat gipfelte in den Worten: „*Es gibt keine »rechtsprechende Gewalt« in der Demokratie des Grundgesetzes*“. Die Tatsache, dass das Grundgesetz die „rechtsprechende Gewalt“ wörtlich nennt und sie „den Richtern anvertraut“ (in Art. 92), schob Ridder beiseite: Hierbei handle es sich um eine „*unglückliche Terminologie des Grundgesetzes*“, um „*nebelspendenden Wortzauber*“²⁴⁰.

Für eine nicht existente rechtsprechende Gewalt gibt es auch keinen Grund zur Selbstverwaltung. Dem schon wegen seines Anlasses und Zeitpunkts sehr bedeutsamen Vortrag Ridders liegt ein anderes Menschenbild und Geschichtsverständnis zugrunde als das Montesquieus. Es folgt der Vorstellung, das demokratische Prinzip sei ausreichend, um den Machtmissbrauch von Herrschenden zu verhindern, weil diese an Verfassung, Gesetz und Recht gebunden seien. Ridder hoffte auf die Tugendhaftigkeit der Menschen. Er begnügt sich mit dieser Hoffnung. Montesquieu hingegen will selbst der Tugend Grenzen setzen.

Aus historischer Erfahrung bringt der Philosoph Sir Karl R. Popper Einwände vor gegen eine Sicht des Menschen, die glaubt, mit Demokratie und hieraus abgeleiteter Legitimität sei der menschlichen Ordnung Genüge getan: „*Immer wieder sehen wir die Platonische Frage »Wer soll herrschen?«, sie spielt noch immer eine große Rolle in der politischen Theorie, in der Theorie der Legitimität, und insbesondere in der Theorie der Demokratie. Es wird gesagt, daß eine Regierung das Recht hat zu herrschen, wenn sie legitim ist, das heißt, gemäß den Regeln der Konstitution von einer Mehrheit des Volkes oder seiner Vertreter gewählt wurde. Aber wir dürfen nicht vergessen, daß Hitler auf legitime Weise an die Macht kam und daß das Ermächtigungsgesetz, das ihn zum Diktator machte, von einer parlamentarischen Mehrheit beschlossen wurde. Das Legitimitätsprinzip reicht nicht hin*“²⁴¹.

Die Hoffnung auf die tugendhafte Gesetzestreue von demokratisch legitimierten Mächtigen reicht nicht hin. Der Hinweis Poppers warnt nicht nur vor Vertrauensseligkeit in respektheischende Institutionen, er schärft den Blick auch für die Rangordnung zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Während eine Rechtsstaatlichkeit ohne Demokratie wenigstens denkbar ist (auch ein autokratischer

²⁴⁰ Ridder, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages - öffentlich-rechtliche Abteilung, S. 108 f.; www.gewaltenteilung.de/jur_ridder.htm (Stand 01.01.2010).

²⁴¹ Popper, Freiheit und intellektuelle Verantwortung S. 241 f.; www.gewaltenteilung.de/popper.htm (Stand 01.01.2009).

Herrscher kann sich den selbst gesetzten Regeln unterwerfen), kann es keine dauerhafte Demokratie geben ohne ein rechtsstaatliches Regelwerk, das ihr vorausgeht. Vor dem ersten demokratischen Handeln müssen die Regeln schon feststehen, nach denen gehandelt werden darf. Die Frage, wie in einem Staate ein Übermaß an Machtzusammenballung verhindert werden kann, stellt sich vor jedem demokratischen Handeln und geht ihm voraus. Erfahrung und Vernunft gebieten diesen Vorrang²⁴².

Die gegen eine organisatorische Unabhängigkeit der deutschen Justiz vorgebrachten Argumente sind zudem nicht stichhaltig. Dies zeigt schon ein Blick auf ausländische Organisationsformen²⁴³. Wenn in Spanien die Mitglieder des Selbstverwaltungsorgans der Justiz (Consejo General del Poder Judicial - Oberster Rat der Gerichtsbarkeit) direkt vom Parlament gewählt werden²⁴⁴, ist jedes seiner Mitglieder unmittelbarer demokratisch legitimiert als jeder in Deutschland vom Ministerpräsidenten ausgesuchte und ernannte Justizminister. Die Mitglieder des Consejo General del Poder Judicial sind so unmittelbar demokratisch legitimiert wie der Ministerpräsident selbst. Ob man eine organisatorische Unabhängigkeit der deutschen Justiz haben will, ist keine verfassungsrechtliche, sondern eine politische Frage.

Nicht selten berufen sich gerade Organe der Justizverwaltung auf das Demokratieprinzip, um Forderungen nach einer Selbstverwaltung der Justiz abzuwehren²⁴⁵. Das verwundert, denn gerade die exekutive Dienstaufsicht über die Richter leidet vielerorts an einem demokratischen Defizit. In manchen Bundesländern werden die einzustellenden Richter von Referatsleitern des Justizministeriums ausgewählt²⁴⁶. Diese Referatsleiter sind von Staatssekretären oder Ministerialdirektoren ausgewählt worden, die einem von dem Ministerpräsidenten nach parteiopportunistischen Gesichtspunkten ausgewählten Minister nachgeordnet sind. Von dem durch das Parlament legitimierten Ministerpräsidenten bis zu einem nach geordneten Ministerialbeamten ist die Legitimationskette schütter geworden. An der zum Faden

²⁴² Kein vernünftiger Mensch schiebt zuerst die Spieler auf das Feld und denkt erst dann über die Spielregeln nach.

²⁴³ Vgl. vorstehend III.2.a.b.

²⁴⁴ Bayo-Delgado, Praktische Erfahrungen aus der Selbstverwaltung: Das Spanische Modell, KritV 2008, S. 397 ff. (397).

²⁴⁵ So beispielsweise der baden-württembergische Justizminister am 20.02.2009 - <http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1239547/index.html?ROOT=1153239> (Stand 01.01.2010).

²⁴⁶ Meiner eigenen Einstellung ging nur ein Gespräch mit einem Referatsleiter im baden-württembergischen Justizministerium voraus.

verdünnten einstigen Kette hängt dann die Richterernennung²⁴⁷. Eine Selbstverwaltung der Justiz nach spanischem Vorbild würde diesen bedauernswerten Zustand beenden und die demokratische Legitimation der deutschen Rechtsprechung erhöhen²⁴⁸.

b. Die gegenseitige Kontrolle der Staatsgewalten

Nicht selten wird die These vertreten, die *Gegenseitigkeit* der Kontrolle der Staatsgewalten sei ein Wesenselement der Gewaltenteilung²⁴⁹. Aus einer solchen Behauptung können weit reichende Folgerungen abgeleitet werden. Beispielsweise die, dass die Regierung Möglichkeiten haben müsse, auf die rechtsprechende Gewalt einzuwirken.

Mit diesem Argument kann der Zustand gerechtfertigt werden, dass in Deutschland Verwaltungsrichter die Tätigkeit von Exekutivorganen kontrollieren und dass Exekutivorgane „im Gegenzug“ durch ihre Dienstaufsicht eine Kontrolle über die Verwaltungsrichter ausüben. Das Gegenseitigkeitsargument ist jedoch zu unpräzise, um stichhaltig zu sein. Es ist so konturarm wie der Begriff Gewaltenverschränkung²⁵⁰. Die Forderung nach einer durchgängigen Gegenseitigkeit der Kontrollen zwischen den Staatsgewalten schweigt darüber, wie eine „Gegenseitigkeit“ an sich ausbalanciert sein muss, damit - noch - von einer Gewaltenteilung die Rede sein kann. Unter Verzicht auf die wissenschaftliche Erarbeitung von substantiellen Parametern für eine Ausgewogenheit zwischen zwei Staatsgewalten und ohne einen so erarbeiteten Maßstab (Obersatz) an die Wirklichkeit anzulegen²⁵¹ wird unterstellt, dass die im Jahre 1877 institutionalisierte Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt durch die vollziehende Gewalt zu einer hinnehmbar austarierten Gewaltenbalance zwischen Exekutive und Judikative geführt hat. Der Unterstellung fehlt es an einer an die „Verschränkung“ zwischen Erster Gewalt und Dritter Gewalt in Deutschland

²⁴⁷ Die lange Legitimationskette: Parlament - Ministerpräsident - Minister - Staatssekretär/Ministerialdirektor - Referatsleiter - Richter.

²⁴⁸ Die kurze Legitimationskette: Parlament - Selbstverwaltungsorgan der Justiz - Richter.

²⁴⁹ Vgl. BVerfGE 12, S. 180 ff. (186); Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 119.

²⁵⁰ Vgl. die Ausführungen zu I.6.

²⁵¹ Vgl. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 1 - 687.

anzulegenden Elle²⁵². Sie kennt keinen Prüfstein, sie gründet nicht auf tragfähigem Boden.

Die wechselseitigen Einwirkungsmöglichkeiten von Exekutive und Judikative in Deutschland zeigen das Zerrbild einer Gewaltenbalance. Ein Beispiel: Die Kontrolle der Exekutive *durch* die Verwaltungsrichter ist von gänzlich anderer Art als die Kontrolle der Exekutive *über* die Verwaltungsrichter. Die Kontrolltätigkeit der Verwaltungsrichter ist rein sachlicher Natur und der einer Rechtsmittelinstanz vergleichbar; Rechtswidrigkeiten werden festgestellt, Verwaltungsakte werden aufgehoben, Verpflichtungen werden ausgesprochen. Verwaltungsrichter üben keine psychisch wirksame Macht aus über die Menschen, deren Verwaltungshandeln sie beanstanden. Anders die Exekutive. Mit der Befugnis zur Verwaltung der Verwaltungsrichter²⁵³ besitzt sie ein psychologisch wirksames Instrument zur Einwirkung auf die einzelnen Richter. Organe der Exekutive sind keine Dienstuntergebenen der Verwaltungsrichter, Organe der Exekutive sind aber deren persönliche Dienstvorgesetzte. Die Exekutive ist durchaus ein Gegenüber der Verwaltungsgleichheit, die Verwaltungsrichter aber sind Organen der Exekutive untergeordnet. Die beiderseitigen Einwirkungsmöglichkeiten siedeln auf qualitativ verschiedenen Ebenen und sind so offensichtlich unausgewogen, dass der Begriff *Gegenseitigkeit* schwerlich geeignet ist, diesen Teil der deutschen Verfassungswirklichkeit umfassend und zutreffend zu beschreiben.

Die These von der notwendigen gegenseitigen Kontrolle als Wesenselement des Gewaltenteilungsprinzips ist auch aus anderem Grunde nicht überzeugend. Sie setzt denknötwendig eine verbindlich „richtige“ Form der Umsetzung des Gewaltenteilungsprinzips in konkrete Staatsformen voraus. Diese lässt sich indes nirgendwo finden. Wie bereits ausgeführt²⁵⁴, gibt es zum einen keine Instanz, die mit axiomatischer Allgemeinverbindlichkeit vorschreiben könnte, welche Strukturelemente im Einzelnen vorliegen und wie sie miteinander verwoben sein müssen, damit von einer „richtigen“ Form der Gewaltenteilung gesprochen werden kann, die als universeller Maßstab dienen könnte. Die jeweils „richtigen“ Formen der Gewaltenteilung sind die Kreationen derer, die aus ihren Schöpfungen die verfassungsrechtlichen Schlüsse ziehen wollen, die sie ihnen zuvor begrifflich unterlegt haben.

²⁵² Vgl. hierzu VI.3.c.

²⁵³ Vgl. Text zu Fn. 101.

²⁵⁴ Vgl. vorstehend I.4.

Dass die Wechselseitigkeit der Kontrollmöglichkeiten im Verhältnis zwischen rechtsprechender und vollziehender Gewalt kein Wesenselement der Gewaltenteilung ist, zeigen einmal mehr ausländische Beispiele:

Im Schweizer Kanton Aargau werden die Richter der ersten Instanz (auch die Gerichtspräsidenten) der ordentlichen Gerichtsbarkeit periodisch unmittelbar vom Volk, die des Obergerichts vom Parlament (Großer Rat) gewählt²⁵⁵. Die Geschäftsführung der Gerichtspräsidenten und der Bezirksgerichte steht unter der Aufsicht des Obergerichts²⁵⁶. Das Parlament beaufsichtigt die Geschäftsführung des Obergerichts²⁵⁷. Das Obergericht steht der Verwaltung der richterlichen Behörden vor²⁵⁸ und erstellt den Haushaltsentwurf für die richterlichen Behörden²⁵⁹. Es leitet diesen Voranschlag an den Regierungsrat (Exekutive) weiter. Stimmen die Anträge von Obergericht und Regierungsrat nicht überein, sind beide Anträge dem Parlament vorzulegen²⁶⁰.

Einer direkten oder indirekten Einflussnahme der Regierung oder gerichtsfremder Exekutivbehörden auf die Personen der Richter des Kantons Aargau ist auf diese Weise organisatorisch vorgebeugt. Es gibt keine *gegenseitige* Kontrolle zwischen Exekutive und Judikative. Diese würde als kontraproduktiv und schädlich empfunden. Wer aus dem Fehlen der Gegenseitigkeit einer Kontrolle zwischen Exekutive und Judikative in der Schweiz²⁶¹ ableitet, die Organisationsstruktur dieses Kantons stehe im Widerspruch zum Gewaltenteilungsprinzip, läuft Gefahr, außerhalb des deutschen Rechtskreises auf Unverständnis zu stoßen.

Schließlich findet die These von der Notwendigkeit einer durchgängigen gegenseitigen Kontrolle der Staatsgewalten auch in der deutschen Verfassung keine Stütze. Das Grundgesetz schließt eine gegenseitige Kontrolle zwischen Bundesregierung und Bundestag aus. Die Art. 39 II, III Art. 40 GG GG bilden das Kernstück der sog. Parlamentsautonomie. Diese ist Ausdruck der in Art. 20 Abs. 2 GG verankerten Prinzipien der Volkssouveränität und der Gewaltenteilung und soll

²⁵⁵ § 3 des Gesetzes über die Organisation der ordentlichen richterlichen Behörden (GOG) vom 11. Dezember 1984 - SAR 155.100.

²⁵⁶ § 75 GOG.

²⁵⁷ § 82 GOG.

²⁵⁸ § 86 GOG.

²⁵⁹ § 88 GOG.

²⁶⁰ § 89 GOG.

²⁶¹ (Oder in den USA oder in allen Ländern der Europäischen Union außer Deutschland, Österreich und Tschechien).

die Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Volksvertreter gewährleisten²⁶². Das Grundgesetz erachtet es als notwendig, dass sich das Parlament in Unabhängigkeit von der Regierung selbst verwaltet. Die Verwaltung des Parlaments durch die Regierung (z.B. durch ein Parlamentsministerium) hätten die Mitglieder des Parlamentarischen Rats als bedrohlich für die Unabhängigkeit der Abgeordneten angesehen.

Nicht das dem Hoffungsprinzip, sondern das dem Gewaltenteilungsprinzip zugrunde liegende Menschenbild hat zu der Festschreibung der Parlamentsautonomie im Grundgesetz geführt. Die Deutsche Verfassung unterstellt die Gefahr einer unsachgemäßen Einwirkung der Bundesregierung auf die unabhängige Entscheidung der Bundestagsabgeordneten. Die Interessenlage legt die Vermutung einer solchen Gefahr nahe. Welche Regierung hat nicht ein Interesse daran, dass die von ihr entworfenen Gesetzesvorschläge möglichst unverändert vom Parlament beschlossen werden? Art. 40 GG beugt der anthropologisch begründeten Gefahr organisatorisch vor. Sie ist ein Element strikter Gewaltentrennung im Gesamtgefüge des Gewaltenteilungssystems.

c. Die Gesetzesbindung der Richter

aa. Zu der Behauptung der Notwendigkeit einer exekutivischen Verwaltung der Justiz

Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, zur Garantie der Gesetzesbindung der Richter (Art. 20 III GG) bedürfe es einer gewaltenverschränkenden Dienstaufsicht durch die Exekutive. Auch hierfür werden die Legitimation der Rechtsprechung²⁶³ und die gegenseitige Kontrolle der Staatsgewalten²⁶⁴ argumentativ ins Feld geführt. Ins Praktische gewendet, setzt diese These stillschweigend voraus, dass die Organe der exekutivischen Dienstaufsicht nur im Interesse der Rechtsprechung und unter Hintanstellung eigener administrativer, politischer oder individuell-karrieristischer

²⁶² Morlock in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 40 Rdn. 5, m.w.N.

²⁶³ Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 132 f.; zu dem Argument insgesamt vgl. III.4.a.

²⁶⁴ Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 119; zu dem Argument insgesamt vgl. III.4.b.

Interessen handeln. Eine solche Annahme ist weltfremd.

Die These ist zudem unscharf konturiert. Sie benennt nicht die Adressaten der für notwendig erachteten Aufsicht durch die vollziehende Gewalt und sie gibt nicht zu erkennen, ob sie die praktizierte Art der exekutivischen Dienstaufsicht rechtfertigen will oder ob sie diese für unzureichend hält.

Die volle Dienstaufsicht²⁶⁵ durch die Exekutive trifft vor allem die unteren Instanzen der Gerichtsbarkeiten. Richter der Besoldungsgruppe R3²⁶⁶ sind von Rechts wegen von der Regelbeurteilung ausgenommen²⁶⁷. Den Richtern letztinstanzlicher Bundesgerichte ist eine Regelbeurteilung vollends fremd²⁶⁸. Richter, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, unterliegen keiner Regelbeurteilung mehr²⁶⁹. Weder die Besoldungshöhe noch der Rang der Instanz noch das Lebensalter können aber Richter daran hindern, gegen ihre Gesetzesbindung zu verstoßen²⁷⁰. Fordern die Befürworter der exekutivischen Dienstaufsicht eine uneingeschränkte dienstaufsichtliche Kontrolle aller Richter bis zu ihrer Versetzung in den Ruhestand?

Bei differenzierter Betrachtung wäre dem zu widersprechen. Die Garantie der Gesetzesbindung gerade der erstinstanzlichen Richter bedarf überhaupt keiner Dienstaufsicht durch die Exekutive. Ihre Kontrolle könnte unabhängigen Rechtsmittelgerichten vorbehalten sein. Weshalb hier eine zusätzliche Überwachung durch die Exekutive erforderlich sein soll, ist nicht erkennbar.

Hiergegen kann nicht eingewandt werden, dass die erstinstanzlichen Gerichte in den letzten Jahrzehnten an Bedeutung gewonnen haben, weil Rechtsmittelinstanzen in beträchtlichem Umfang abgeschafft worden sind, so dass in vielen Fällen eine Korrektur der unterinstanzlichen Entscheidung durch ein Rechtsmittelgericht entfällt.

Die Motive für die Rechtsmittelverkürzungen der vergangenen Jahrzehnte waren nicht immer rechtsprechungsorientiert. Soweit sie fiskalischer Natur waren folgten sie

²⁶⁵ Vgl. oben III.1.b.

²⁶⁶ (Z.B. die Vorsitzenden Richter am OLG, die Gerichtspräsidenten der Besoldungsgruppe R 3).

²⁶⁷ Vgl. beispielsweise § III.3.b der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz über die dienstliche Beurteilung der Richter und Staatsanwälte einschließlich der Anforderungsprofile für Eingangs- und Beförderungssämter (VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte) vom 17. Juni 2008, Sächs. Justizministerialblatt Nr. 6 vom 30. Juni 2008, S. 52 ff.

²⁶⁸ Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 313 f.

²⁶⁹ Ziff III.3.a der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz über die dienstliche Beurteilung der Richter und Staatsanwälte einschließlich der Anforderungsprofile für Eingangs- und Beförderungssämter (VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte) vom 17. Juni 2008, Sächs. Justizministerialblatt Nr. 6 vom 30. Juni 2008, S. 52 ff.

²⁷⁰ Gerade die Ranghöhe und das Lebensalter können einer richterlichen Hybris förderlich sein.

dem Modetrend der Deregulierung im staatlichen Bereich²⁷¹. Politische Moden sind keine zureichenden Grundlagen für rechtswissenschaftliche Schlussfolgerungen.

Das Grundgesetz und das Gewaltenteilungsprinzip sprachen stets für die Beibehaltung der eingesparten Rechtsmittel. Es läuft dem Geiste der Art. 20 III, 92, 97 GG zuwider, anstelle der in großem Umfange abgeschafften unabhängigen Rechtsmittelinstanzen die Justizminister in den Rang von Kontrolleuren der rechtsprechenden Gewalt zu erheben. Auch hier bestätigt sich die von Montesquieu angenommene Tendenz zur Ausdehnung von Macht²⁷². Die deutsche Exekutive besetzt Räume, die zuvor auf ihr Betreiben hin²⁷³ rechtsfrei gemacht worden sind. Keine strukturelle oder organisatorische Grenze bremst ihre Machtentfaltung ab. Für die Verwaltungsgerichte (vor allem der ersten Instanz) führt dies zu der Seltsamkeit einer zunehmenden Dichte der Kontrolle der Kontrollierten über ihre Kontrolleure. Eine solche Entwicklung widerspricht der praktischen Vernunft.

Soweit die Gefahr einer ungenügenden Beachtung der Gesetzesbindung in der Rechtsprechungstätigkeit der letztinstanzlichen Gerichte vermutet werden sollte²⁷⁴, ist einzuwenden, dass die regelmäßige dienstliche Beurteilung der unterinstanzlichen Richter durch die Exekutive wenig Sinn macht, wenn es gar nicht um diese geht, sondern um die Richter der obersten Gerichte, die ihrerseits von der Regelbeurteilung ausgenommen sind. Die Regelbeurteilung der Sozialrichter der ersten Instanz ist kein geeignetes Mittel, um die Richter der obersten Instanz dieses Gerichtszweiges von richterrechtlichen Exzessen abzuhalten²⁷⁵.

Die Forderung nach einer strengeren Dienstaufsichtskontrolle der Bundesrichter zur Garantie der Einhaltung ihrer Gesetzesbindung nach Art. 20 III GG wird nach meiner Kenntnis von repräsentativen Seiten der Exekutive nicht erhoben. Somit bleibt festzustellen, dass die exekutivische Dienstaufsicht über die Richter der unteren Instanzen im Falle der jederzeit möglichen politischen Entscheidung für ein wirksam gestaffeltes Rechtsmittelrecht entbehrlich und dass sie zudem verfassungsrechtlich (Art. 97 I GG) bedenklich ist. Zugleich ist festzustellen, dass eine vergleichbar

²⁷¹ (Der auch in der Finanzkrise des Jahres 2008 einen Nachhall fand).

²⁷² Vgl. Text zu Fn. 9 und 10.

²⁷³ Die Regierungsmehrheit im Parlament beschließt die von der Regierung eingebrachten Gesetze.

²⁷⁴ Vgl. hierzu die Beispiele unter III. 6.

²⁷⁵ (So man solche unterstellt).

engmaschige Dienstaufsichtskontrolle über die Richter der Obergerichte von Seiten der Exekutive nicht praktiziert wird, möglicherweise nicht gewollt ist.

Bisweilen scheint die konkrete Handhabung der Dienstaufsicht durch die deutschen Exekutiven geradezu auf einen oberflächlichen Umgang mit dem Gesetz abzielen, nämlich dann, wenn die Lockerung der strikten Gesetzesbindung der Richter den (beispielsweise fiskalischen) Eigeninteressen der Regierungen entgegen kommt. Organe der vollziehenden Gewalt²⁷⁶, die Richtern die flüchtige Anwendung von Gesetzen explizit empfehlen²⁷⁷, überzeugen nicht als Sachwalter der richterlichen Gesetzesbindung. Wer eine exekutivische Dienstaufsicht über die Richter fordert, ohne das konkrete Handeln der Exekutive beobachtend in seine Betrachtungen mit einzubeziehen, argumentiert abgehoben von einer ihm unbekanntem Realität oder er blendet Teile der Wirklichkeit aus seiner Betrachtung aus²⁷⁸.

Bei genauer Betrachtung führt die These, zur Garantie der Gesetzesbindung der Richter (Art. 20 III GG) müsse die Dienstaufsicht in den Händen der Exekutive liegen, zu kaum nachvollziehbaren Folgerungen. Sie lebt von der Vorstellung der Erforderlichkeit korrumpierbarer Richter.

Ein innerlich unabhängiger Richter, also der Richter, von dem das deutsche Recht idealtypisch ausgeht, ist in seiner Arbeitsweise und Entscheidungsfindung weder durch Dienstzeugnisse und Beförderungsaussichten noch durch Drohgebärden oder auf sonstige Weise zu beeinflussen. Unbeeindruckt entscheidet er jeden Einzelfall nur nach Verfassung, Gesetz und Recht in Orientierung an Wahrheit und Gerechtigkeit. Ihm gegenüber läuft die Gratifikations- und Sanktionsmacht der Justizverwaltung leer. Als möglicher Adressat von Einwirkungen der Justizverwaltung kommt nur der Richter in Betracht, der sich in seinem Arbeitsverhalten und in der Entscheidungsfindung von lockenden Vorteilen und drohenden Nachteilen beeinflussen lässt.

Charakterschwäche dürfte als Wirkungselement der Gewaltenverschränkung des Grundgesetzes ausscheiden. Dass die Bundesrepublik Deutschland zur praktischen Umsetzung des Art. 20 III GG korrumpierbarer Richter bedürfe, ist abwegig.

²⁷⁶ Gemeint sind Minister und Ministerialbeamte im Innendienst sowie im Außendienst (beispielsweise Gerichtspräsidenten) - vgl. Fn. 1.

²⁷⁷ Vgl. beispielsweise die unter III.3.c. geschilderten Vorkommnisse.

²⁷⁸ Vgl. Text zu Fn. 53.

Abschließend ist an dieser Stelle zu wiederholen²⁷⁹, dass das Grundgesetz die ausschließliche Bindung des Richters an Gesetz und Recht durch die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 I GG) gegen sachfremde Einflüsse von außen absichert²⁸⁰. Hierin liegt der Sinn der auch aus dem Gewaltenteilungsprinzip abzuleitenden richterlichen Unabhängigkeit. Die Garantierung der Gesetzesbindung durch eine exekutivische Dienstaufsicht über die Richter hingegen ist geeignet, die innere Unabhängigkeit der Richter zu untergraben und widerspricht damit dem *Prinzip* der Teilung der Gewalten.

bb. Zur Vermeidung richterlicher Willkür

Wie aber ist richterlicher Willkür vorzubeugen? Die anthropologische Grundannahme Montesquieus trifft auf alle Menschen zu. Auch die Richter sind nicht frei von der Gefahr einer Überdehnung der eigenen Macht. Sie können die ihnen vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen überschreiten und so zugleich ihre Gesetzesbindung verletzen und das Demokratieprinzip missachten.

Das Gewaltenteilungsprinzip will auch richterlichem Machtmissbrauch vorbeugen. Hierzu bedarf es aber keiner Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt durch die vollziehende Gewalt. Die Kontrolle der Richter ist auf anderen Wegen möglich und kann auf unterschiedliche Weise erfolgen.

Den Weg demokratischer Kontrolle beschreiten die Länder, in denen Richter vom Volk oder durch das Parlament auf Zeit gewählt werden. Ein Richter, über dessen Fehler die Presse berichtet, gefährdet seine Wiederwahl. Richter, die erneut gewählt werden wollen, sind über ihre gesamte Amtszeit hinweg einer wirkungsvollen sozialen Kontrolle unterworfen.

Wo Recht gesprochen wird, kann man die Möglichkeit vorsehen, richterliche Entscheidungen durch unabhängige Rechtsmittelgerichte überprüfen zu lassen. Wie wirksam das Rechtsmittelsystem ausgebaut und wie dicht die richterliche Kontrolle von Gerichtsentscheidungen sein soll, steht im Ermessen des Gesetzgebers. Die

²⁷⁹ Vgl. oben I.7.

²⁸⁰ Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, S. 1089.

justizinterne Kontrolle im Instanzenzug birgt die klassische Garantie der Gesetzesbindung der Richter.

Der Rechtsweg endet notwendig in einer obersten Instanz. Die Rechtsprechung der Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes unterliegt nicht der Kontrolle noch höherer Instanzgerichte, sie findet auch kein Korrektiv in einer exekutivischen Dienstaufsicht der an den unteren Instanzen üblichen Art. Letzteres mag seine Begründung in einer allgemeinen Überzeugung finden, dass die Art der Karriereauslese der Bundesrichter ein, wenn auch stets verbesserungsgerechtes, so doch im Großen und Ganzen bewährtes Mittel ist, richterlicher Willkür auch in letzter Instanz vorzubeugen.

Dieser Gesichtspunkt lenkt den Blick auf die Auslese der Richter im Allgemeinen. Die Befähigung zum Richteramt erwirbt in Deutschland, wer ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt²⁸¹. Junge Richter kommen i.d.R. frisch aus der Ausbildung und verfügen über keine beruflich geprägte Lebenserfahrung. Eine Rekrutierung der Richter aus der berufserfahrenen Anwaltschaft böte eine Möglichkeit, die Kandidaten im Vorfeld zu beobachten und die Anstellung wenig disziplinierter Personen zu vermeiden.

Die juristische Ausbildung verläuft in der Regel erfolgs- und damit examensorientiert. Die Aufnahme von über den rechtstechnischen Bereich hinausgreifenden Examensinhalten (z.B. Geschichte, Philosophie, Psychologie, Ethik, Soziologie) könnte das Verständnis künftiger Richter für ihre gesellschaftliche Verantwortung stärken. Das Ergebnis eines solchen Examens gäbe einen breiter gefächerten Aufschluss über die Persönlichkeit des Kandidaten.

Die institutionalisierte Rückbesinnung auf die Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt und die Grenzen richterlicher Freiheit in wiederholt stattfindenden Seminaren könnten das Bewusstsein der Richter für die Grenzen ihrer Beurteilungsspielräume immer von neuem schärfen. Zu den Themen solcher richterlichen Diskussionsforen könnte auch die Kritik konkreter Exzesse richterlicher Macht zählen. Die Diskussion über richtiges Verhalten und darüber, was einen guten Richter ausmacht, führt zu einer Reflexion über das eigene Verhalten. Dies dient der Stärkung der inneren

²⁸¹ § 5 I DRiG.

Unabhängigkeit der Richter und der Festigung der Position der Richterschaft als Organ der Dritten Staatsgewalt, in Staat und Gesellschaft²⁸².

Wer ungeachtet der aufgezeigten Möglichkeiten auf der Meinung beharrt, Richter könnten nur durch Mittel der herkömmlichen Dienstaufsicht (z.B. regelmäßige Dienstzeugnisse, Geschäftsprüfungen etc.) im Zaum gehalten werden, sollte diese Instrumente in die Hände einer - wie immer auch besetzten - neutralen Instanz legen, die von rechtsprechungsfremden, weil administrativ oder politisch oder individuell-karrieristisch motivierten Einflüssen der Exekutivorgane nicht wirksam erreicht werden kann.

d. Verfassungspolitische Einwände gegen eine Selbstverwaltung der Justiz

Wittreck fragt sich, was gewesen wäre, wenn der 40. Deutsche Juristentag 1953 eine erweiterte Selbstverwaltung der Gerichte für empfehlenswert gehalten hätte und der Gesetz- bzw. Verfassungsgeber dieser Empfehlung gefolgt wäre²⁸³. Er wagt die Prognose, dass sich erstens der heutige Frauenanteil in der Justiz nicht der 20 % -, sondern allenfalls der 5 % - Marke annähern würde und dass zweitens die soziale Zusammensetzung der Richterschaft weitgehend dem Befund von Richter und Dahrendorf entspräche, dass die obere Hälfte der Gesellschaft zu Gericht sitze über die ihr unbekanntere untere Hälfte. Im Anschluss an Dahrendorf, führt Wittreck weiter aus, habe namentlich die Justizforschung der sechziger und siebziger Jahre herausgearbeitet, dass die deutsche Nachkriegsrichterschaft nicht nur in ihrer sozialen Herkunft aus der Mittel- und Oberschicht, sondern auch in ihrer (hochkonservativen) Weltanschauung und ihrem Wertesystem ein hohes Maß an Homogenität aufgewiesen habe²⁸⁴.

Wittrecks Prognose ex ante ist nicht überzeugend. Wenn ich mir die soziale Herkunft nahezu aller mir nach Begegnungen in drei Berufsjahrzehnten bekannten Kollegen meines Altersjahrzehnts²⁸⁵ vor Augen führe, ist sie geradezu unrealistisch.

²⁸² Kreth, Zur Ethik richterlichen Verhaltens, KritV 2008, S. 475 ff. (479).

²⁸³ Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 674 ff.

²⁸⁴ Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 675 unter Berufung auf zahlreiche andere Autoren.

²⁸⁵ (Anstellung als Richter im Anschluss an die juristische Ausbildung in der 1970er Jahren).

Auch ein Vergleich der Entwicklung in Italien und in Deutschland seit dem 2. Weltkrieg spricht prima facie nicht für die für Deutschland ex ante prognostizierte Entwicklung der Zusammensetzung der Richterschaft. Nach einer langjährigen Prägung durch eine faschistische Herrschaft²⁸⁶ dürften auch die italienischen Richter der Nachkriegszeit von einer hochkonservativen Weltanschauung geprägt gewesen sein und in ihrem Wertesystem ein hohes Maß an Homogenität aufgewiesen haben. Der in der neuen italienischen Verfassung von 1947 vorgesehene Consiglio Superiore della Magistratura (Oberster Justizrat) sah dennoch die Selbstverwaltung der italienischen Justiz vor. Er war etwas gänzlich anderes als das vor 1954 zuständige Organ gleichen Namens, sowohl hinsichtlich seiner Statuten als auch hinsichtlich seiner Zuständigkeiten²⁸⁷.

Die neue Organisationsstruktur stieß auf Widerstände. Das Gesetz, das schließlich zu dem bis dahin nur nach dem Verfassungstext vorgesehenen Consiglio Superiore della Magistratura führte, benötigte 10 Jahre der Diskussion bis zu seinem Inkrafttreten; die komplexen Beziehungen zwischen dem Consiglio Superiore della Magistratura und anderen Institutionen entwickelten sich im Verlauf von 30 Jahren, begleitet von Konflikten und Gerichtsentscheidungen²⁸⁸. Die Einführung der Selbstverwaltung der italienischen Justiz hat statt eines Stillstands eine überaus dynamische Entwicklung bewirkt.

Wittrecks These, eine Selbstverwaltung der deutschen Justiz nach italienischem Vorbild hätte in Deutschland zu einem partiellen Einfrieren der Verhältnisse der unmittelbaren Nachkriegszeit geführt, wird nicht überzeugend begründet. Die von ihm angeführten soziologischen Untersuchungen der sechziger und siebziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts hatten die Wirklichkeit davor liegender Zeiten zum Gegenstand und taugen nur eingeschränkt für Schlussfolgerungen für mögliche Entwicklungen bis zur Gegenwart. Wittrecks Hypothese entbehrt einer hinreichend realen Substanz.

Dies gilt auch für den von Wittreck prognostizierten Frauenanteil in der Justiz. Statt einen Frauenanteil in der Richterschaft von nur 5 % zu beklagen, begründet eine italienische Richterin im Jahre 2008, „warum mehr Frauen als Männer in Italien und

²⁸⁶ (1922 bis 1945).

²⁸⁷ Näheres siehe oben III.2.a.

²⁸⁸ Salvi, Selbstverwaltung und Verfassungsrecht, S. 367.

Frankreich den Richterberuf erreichen²⁸⁹. Aufgrund welcher konkreten gesellschaftlichen Gesetzmäßigkeiten hätte die frühzeitige Einführung einer Selbstverwaltung der Justiz in Deutschland zu einer anderen Entwicklung führen müssen?

5. Gewaltenteilung und Legislative

Bisweilen beschließen deutsche Landtage Gesetze, die von Justizministerien im administrativen Eigeninteresse entworfen wurden und die verfassungsrechtlich nicht unbedenklich sind. Zwei solcher Vorschriften wurden bereits in anderem Zusammenhang erörtert²⁹⁰. Dass mitunter zum Ausbau²⁹¹ der exekutiven Macht über die Richter sehenden Auges auch nichtige Gesetze beschlossen werden, zeigt das nachfolgend dargestellte Vorkommnis:

Am 01.01.2001 trat das Sächsische Justizgesetz (SächsJG)²⁹² in Kraft. Es ersetzte das Sächsische Justizausführungsgesetz (JustAG)²⁹³. Wie schon das JustAG enthält auch das SächsJG kontrovers diskutierte landesrechtliche Regelungen einer exekutivischen Dienstaufsicht über die Verwaltungsrichter. Klärungsbedarf zum Inhalt des Gesetzes und zur eigenen Gesetzgebungskompetenz hatte auch der Sächsische Landtag.

Als Sachverständiger einer Landtagsfraktion führte Rozek am 09.10.2000 vor dem Verfassungs- und Rechtsausschuss²⁹⁴ aus, dass dem sächsischen Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass der umstrittenen Regelungen fehle und dass diese im Falle ihres Erlasses nichtig seien. Der von der Mehrheitsfraktion benannte Sachverständige Huber schloss sich diesen Ausführungen an²⁹⁵.

²⁸⁹ Civinini, Warum mehr Frauen als Männer in Italien und Frankreich den Richterberuf ergreifen, BJ 2008, S. 304 ff.

²⁹⁰ Vgl. die Ausführungen unter III.3.e.

²⁹¹ Vgl. Text zu Fn. 9 und 10.

²⁹² SächsGVBl. 2000 S. 482.

²⁹³ SächsGVBl. 1994 S. 1011.

²⁹⁴ Sächsischer Landtag, Verfassungs- und Rechtsausschuss am 09.10.2000, DS 3/2192 - www.gewaltenteilung.de/experten.htm (Stand 01.01.2010).

²⁹⁵ Sächsischer Landtag, Verfassungs- und Rechtsausschuss am 09.10.2000, DS 3/2192 - www.gewaltenteilung.de/experten.htm (Stand 01.01.2010).

Rozeks Argumentation²⁹⁶ ist zwingend. § 16 Abs. 1 JustAG hatte gelautet:

„Die Dienstaufsicht üben aus:

1. das Staatsministerium der Justiz über die Richter, Beamten, Angestellten und Arbeiter der Verwaltungsgerichte;
2. der Präsident des Sächsischen Obergerichts über die beim Obergericht und bei den Verwaltungsgerichten beschäftigten Richter, Beamten, Angestellten und Arbeiter;
3. der Präsident des Verwaltungsgerichts über die beim Verwaltungsgericht beschäftigten Richter, Beamten, Angestellten und Arbeiter".

Diese Vorschrift sollte nun im neuen Sächsischen Justizgesetz durch folgenden § 23 ersetzt werden:

„Die Dienstaufsicht üben aus:

1. der Präsident des Verwaltungsgerichts über die beim Verwaltungsgericht beschäftigten Richter, Beamten, Angestellten und Arbeiter;
2. der Präsident des Sächsischen Obergerichts über die beim Sächsischen Obergericht und bei den Verwaltungsgerichten beschäftigten Richter, Beamten, Angestellten und Arbeiter;
3. das Staatsministerium der Justiz als oberste Dienstaufsichtsbehörde über die Richter, Beamten, Angestellten und Arbeiter der Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit".

Schon § 16 Abs. 1 JustAG war mangels einer Gesetzgebungskompetenz des Freistaats Sachsen nichtig gewesen und dies galt im Falle seines Erlasses auch für den neuen § 23 SächsJG, denn die Dienstaufsicht über die Verwaltungsrichter war schon durch älteres Bundesrecht geregelt. § 38 Abs. 1 VwGO bestimmt

²⁹⁶ Rozek, Verwaltungsrichterliche Dienstaufsicht zwischen Bundes- und Landesrecht, DÖV 2002, S. 103 ff.

bundesrechtlich für die Präsidenten aller Gerichte (Bundesverwaltungsgericht, Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichte), dass sie die (untere) Dienstaufsicht im Bereich ihres Gerichts wahrnehmen. § 38 Abs.2 VwGO schreibt für die Verwaltungsgerichte darüber hinaus den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts als übergeordnete Dienstaufsichtsbehörde funktionell fest. Mit der ausdrücklichen Festlegung einer institutionellen und instanziellen Zuständigkeit der Gerichtspräsidenten durch § 38 VwGO ist zugleich klargestellt, dass die übergeordnete Dienstaufsichtsbehörde nicht befugt ist, Aufgaben der untergeordneten Dienstaufsicht generell an sich zu ziehen und an deren Stelle wahrzunehmen.

Die Regelungsdoppelung durch § 23 Abs. 1 Nr. 1 SächsJG (Verwaltungsgerichte) und § 23 Abs.1 Nr. 2 SächsJG (Oberverwaltungsgericht) gegenüber § 38 Abs. 1 VwGO ist augenscheinlich. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Hat der Bund - wie hier - von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, kann in dem besetzten Bereich neues Landesrecht nicht mehr entstehen. Dennoch erlassene Landesgesetze sind von vornherein nichtig.

Die Ausführungen der beiden als Gutachter beteiligten Universitätsprofessoren beeindruckten weder den Rechtsausschuss noch die Regierungsmehrheit im Sächsischen Landtag. Das nichtige Gesetz wurde beschlossen. Das Sächsische Staatsministerium der Justiz führt das Scheingesetz²⁹⁷ aus.

Im Unterschied zu der bundesrechtlichen Regelung des § 38 VwGO unterstehen die sächsischen Verwaltungsrichter nach dem Wortlaut des sächsischen Landesrechts einer *dreifachen unmittelbaren* Dienstaufsicht von Regierung und Verwaltung. Die sächsischen Verwaltungsrichter sind damit dienstaufsichtsrechtlich schlechter gestellt als die Beamten der sächsischen Staatsverwaltung. Diese haben nur jeweils einen unmittelbaren Dienstvorgesetzten; sie unterliegen einer abgestuften Dienstaufsicht²⁹⁸.

²⁹⁷ A.M. BGH (Dienstgericht des Bundes), NJW 2002, S. 359 ff. (361), ohne Prüfung der sächsischen Gesetzgebungskompetenz.

²⁹⁸ Rozek, Verwaltungsrichterliche Dienstaufsicht zwischen Bundes- und Landesrecht, DÖV 2002, S. 104.

6. Gewaltenteilung und Judikative

Auch Organe der deutschen Judikative scheinen bisweilen den Grundsatz der Gewaltenteilung gering zu achten und sich selbst an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen. Dies kann den Gegnern einer Selbstverwaltung der Dritten Gewalt das Argument liefern, die Richterschaft gehöre unter die Aufsicht der Exekutive, weil sie selbst keine Wahrung ihrer Gesetzesbindung nach Art. 20 III GG garantiere. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der exzessive Umgang mit Gesetzen in richterlichen Entscheidungen auch den Beifall der Exekutive finden kann. Die Exekutive ist schwerlich eine verlässliche Kontrollinstanz, wenn Gerichte Gesetzesinitiativen dadurch überflüssig machen, dass sie den mutmaßlichen Willen von Regierung und parlamentarischer Regierungsmehrheit antizipieren.

Beispiele:

Beispiel 1: Um gegen eine Preiserhöhung der Kölner Verkehrsbetriebe die am 24. Oktober 1966 in Kraft treten sollte zu protestieren, veranstaltete eine Vereinigung von Studenten und Schülern an diesem Tage einen „Sitzstreik“, durch den der Straßenbahnverkehr an zwei wichtigen Kreuzungspunkten innerhalb Kölns blockiert wurde. Zwei der Demonstranten wurden u.a. wegen Nötigung angeklagt. Der Bundesgerichtshof bestätigte die Erfüllung des Tatbestandes der Nötigung in seinem Urteil vom 08. August 1969²⁹⁹. Es stellte fest, durch das Sitzen auf der Straße seien die blockierten Verkehrsteilnehmer *gewaltsam* genötigt worden.

Die Entscheidung zog in den folgenden zwei Jahrzehnten eine Welle von Nötigungsverfahren nach sich, in denen die Gerichte i.d.R. die angeklagten Sitzblockierer wegen Nötigung mittels Gewalt verurteilten. Durch Beschluss vom 10. Januar 1995³⁰⁰ bereitete das Bundesverfassungsgericht dieser Rechtsprechung ein Ende. Da die Ausübung von Zwang auf den Willen Dritter bereits im Begriff der Nötigung enthalten sei und die Benennung bestimmter Nötigungsmittel in § 240 Abs. 2 StGB die Funktion habe, innerhalb der Gesamtheit denkbarer Nötigungen die strafwürdigen einzugrenzen, könne die Gewalt nicht mit dem Zwang zusammenfallen, sondern müsse über diesen hinausgehen. Deswegen habe sich mit dem Mittel

²⁹⁹ BGHSt 23, S. 46 ff.

³⁰⁰ BVerfGE 92, S. 1 ff.

der Gewalt im Unterschied zur Drohung von Anfang an die Vorstellung einer körperlichen Kraftentfaltung auf Seiten des Täters verbunden. Zwangseinwirkungen, die nicht auf dem Einsatz körperlicher Kraft, sondern auf geistig-seelischem Einfluss beruhen, erfüllten unter Umständen die Tatbestandsalternative der Drohung, nicht jedoch die der Gewaltanwendung.

Art. 103 II GG, führte das Bundesverfassungsgericht weiter aus, verpflichte den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen. Diese Verpflichtung solle sicherstellen, dass die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten im Voraus vom Gesetzgeber und nicht erst nachträglich von der vollziehenden oder der rechtsprechenden Gewalt gefällt wird. Insoweit enthalte Art. 103 II GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der die Strafgerichte auf die Rechtsanwendung beschränke.

Das Bundesverfassungsgericht warf durch diese Entscheidung einer sich über ein Vierteljahrhundert erstreckenden Praxis deutscher Anklagebehörden und Strafgerichten vor, den Bereich der zulässigen Gesetzesauslegung verlassen und in unzulässiger Ausweitung eines Straftatbestands die Stelle des Gesetzgebers eingenommen zu haben.

Die deutsche Rechtsprechung kann sich auch auf andere Traditionen berufen. Als ein Beispiel für die Bescheidung der Dritten Gewalt auf die eigene Staatsfunktion kann ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1896 angeführt werden. Ein wegen Diebstahls Angeklagter hatte unbefugt elektrische Energie entzogen. Einen speziellen Straftatbestand für das vorgeworfene Verhalten gab es noch nicht. Die Bejahung des Diebstahlstatbestandes hing davon ab, ob elektrische Energie als Sache im Sinne von § 242 StGB zu qualifizieren sei. Das Reichsgericht verneinte die Frage mit der Begründung, der Begriff der Sache habe nach dem natürlichen Wortsinne und dem Sprachgebrauch des Strafgesetzbuches Körperlichkeit zur Voraussetzung, die bei elektrischer Energie nicht vorhanden sei³⁰¹.

Das Reichsgericht führte wörtlich aus: „*Wenn es als ein Bedürfnis des heutigen Rechtslebens anerkannt werden müsste, die widerrechtliche Aneignung elektrischen*

³⁰¹ RGSt 29, S. 111 ff.

Stroms unter strafrechtliche Bestimmungen zu stellen, so wird deren Erlass Aufgabe der Gesetzgebung sein. Die Rechtsprechung kann nicht dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen durch analoge Anwendung von Normen ausfüllen, die für diesen Fall nicht gegeben sind.“

Möglicherweise hielt das Reichsgericht den unbefugten Entzug elektrischer Energie für eine strafwürdige Handlung. Im Unterschied zum Bundesgerichtshof in dem vorstehend geschilderten Fall hielt es aber die Tat so lange nicht für strafbar, bis die Strafbarkeit des Entzuges elektrischer Energie durch ein Gesetz des Reichstags beschlossen war.

Beispiel 2: Am 04. April 2009 fand in Baden-Baden, Kehl und Straßburg das Gipfeltreffen der Nato statt, an dem bis zu 60 Delegationen mit etwa 6000 Mitgliedern teilnehmen sollten. Der Gipfel war von sehr umfangreichen Sicherheitsmaßnahmen begleitet. Die Polizeibehörden rechneten damit, dass es im Zusammenhang mit Protestaktionen gegen das Gipfeltreffen zu einer größeren Anzahl von Ingewahrsamnahmen nach dem Polizeigesetz Baden-Württemberg kommen werde. So wurde geplant, die festgenommenen Personen zunächst in mehrere in den Bezirken der beteiligten Amtsgerichte eingerichtete Gefangenensammelstellen zu verbringen, von denen aus sie den zuständigen Richtern zur Herbeiführung einer Entscheidung über die Fortdauer der Freiheitsentziehung vorgeführt werden sollten. Die Präsidenten der Landgerichte Baden-Baden und Offenburg teilten dem Oberlandesgericht Karlsruhe mit, dass bei den beteiligten Amtsgerichten Unsicherheit darüber bestehe, ob die Gerichte am Ort der Ergreifung zuständig seien oder die Gerichte, in deren Bezirk sich die geplanten Gefangenensammelstellen befinden.

Am 4. Februar 2009, zwei Monate vor dem Nato-Gipfel, fasste das Oberlandesgericht Karlsruhe folgenden Beschluss³⁰²: *„Als örtlich zuständig für Entscheidungen über die Fortdauer von Freiheitsentziehungen gem. § 28 III und IV BadWürttPolG im Zusammenhang mit dem NATO-Gipfeltreffen am 3. und 4.4.2009 werden diejenigen Gerichte bestimmt, in deren Bezirk die Betroffenen bei Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung festgehalten werden“*³⁰³.

Unter Berufung auf zwei Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Frankfurt a.M., die anlässlich der Fußball-Weltmeisterschaft 2006 eine neue

³⁰² NJW 2009, S. 926 f. mit Anmerkung Schulte-Kellinghaus.

³⁰³ Leitsatz der Redaktion der NJW.

Auslegung des aus dem Jahre 1898 stammenden FGG beschlossen hatten, entschied das OLG Karlsruhe von Amts wegen im Voraus, ohne dass es von einem mit einem konkreten Fall befassten Gericht angerufen worden war. Das OLG Karlsruhe entschied - in Absprache mit Organen der Exekutive³⁰⁴ - abstrakt und legte für möglicherweise künftig auftretende Sachverhalte eine generelle Regelung fest. Als abstrakte und generelle Regelungen gelten nach allgemeiner Definition materielle Gesetze. Der Erlass von Gesetzen im materiellen Sinne liegt nicht in der Zuständigkeit von Oberlandesgerichten.

Das OLG Karlsruhe hat mit seiner Entscheidung vom 04. Februar 2009 gegen das Grundgesetz und gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstoßen. Es hat die Stelle des Gesetzgebers eingenommen. Dies war ihm ebenso wenig gestattet wie dem Reichsgericht im Jahre 1896 und dem Bundesgerichtshof im Jahre 1969. Das Reichsgericht reichte die Strafbarkeitsfrage an das zuständige Parlament zurück. Der Bundesgerichtshof ging den anderen Weg und betrieb eine unzulässige Rechtsfortbildung, der sich die unteren Instanzen jahrzehntelang anschlossen.

Das OLG Karlsruhe hat, wie zuvor die Oberlandesgerichte Frankfurt a.M. und Hamm, dem an sich zuständigen Gesetzgeber vorausgehend eine Zuständigkeitsregel auf Vorrat geschaffen. Dabei hätte die von den Gerichten befürchtete Regelungslücke für die betroffenen Landesregierungen ein Anlass sein können, über den Bundesrat eine Gesetzesinitiative einzubringen. Die Fürsorge der Oberlandesgerichte hat ihnen dies erspart.

Der bisweilen freizügige Umgang deutscher Obergerichte mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz ist ein Problem für sich. Er macht eine Einflussmöglichkeit (gerade) der Regierung auf die Rechtsprechung weder notwendig, noch kann er sie rechtfertigen³⁰⁵. Die überschießende Tendenz in der geschilderten Rechtsprechung berührte auf Verfassungsebene nur das Verhältnis von Judikative und Legislative und wurde von der Dienstaufsicht der hierdurch entlasteten Exekutive nicht verhindert.

³⁰⁴ Schulte-Kellinghaus, Anmerkung zu dem Beschluss der OLG Karlsruhe vom 04.02.2009, NJW 2009, S. 927 f.

³⁰⁵ A.M. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 132 f.; Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 119.

7. Zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit durch die Richterdienstgerichte

Die Richterdienstgerichte sollen die Unabhängigkeit der Richter schützen. Der Schutz ist unvollkommen.

a. Zur Auswahl der Richter an Richterdienstgerichten

Alle Mitglieder der Dienstgerichte sowohl des Bundes (§ 61 Abs. 3 DRiG) als auch der Länder (über die Rahmenvorschrift des § 77 Abs. 3 DRiG) werden nicht durch die Exekutive, sondern durch das Präsidium des jeweiligen Gerichts bestimmt, bei dem das Richterdienstgericht errichtet ist³⁰⁶. Die Bestellung der Dienstrichter durch die Präsidien findet ihre Rechtfertigung in dem engen Zusammenhang, in dem die dem Dienstgericht zugewiesenen Verfahren mit der Unabhängigkeit der Richter stehen. Sie soll sicherstellen, dass Organe der vollziehenden Gewalt auf diese Verfahren auch nicht mittelbar durch die Art der Auswahl der Dienstrichter auf die Dienstgerichte einwirken können³⁰⁷.

Der Weg der tatsächlichen Auswahl der Richter der Richterdienstgerichte wird dieser gesetzlichen Vorgabe nicht immer und nicht überall gerecht. In der Praxis gehen die Vorschläge für die Auswahl der Richter der Richterdienstgerichte bisweilen von den Justizministerien aus, welche die Vorschlagslisten aufstellen³⁰⁸ und so eine Vorauslese treffen können. Hinter einer solchen Vorschlagsliste steht dann die Autorität des Ministeriums.

Zudem ist für die Mitglieder des Präsidiums des entscheidenden Gerichts nicht immer nachprüfbar, ob die Vorschlagslisten der Exekutive den Präsidiumsmitgliedern des auswählenden Gerichts vollständig oder in einer den Wünschen der Justizverwaltung entsprechenden gefilterten Form übermittelt werden.

³⁰⁶ Vgl. beispielhaft für Baden-Württemberg §§ 62 II, 66 II LRiG Baden-Württemberg.

³⁰⁷ Schmidt-Räntsch Günther u. Jürgen, Deutsches Richtergesetz, § 61 Rdn. 12.

³⁰⁸ Vgl. Häuser, Die unzulässige Praxis der Besetzung der Hessischen Richterdienstgerichte - <http://www.gewaltenteilung.de/haeuser.htm> (Stand 01.01.2010).

Ein eigenes Erlebnis: Der Präsident eines sächsischen Gerichtes, dem ich angehörte, wandte sich an alle Richter mit der Frage, ob sie Interesse an einer Tätigkeit an dem Richterdienstgericht der ersten Instanz hätten. Ich bekundete mein Interesse und bekam nie mehr etwas von der Angelegenheit zu hören. Ich weiß nicht, ob mich der Präsident in die Vorschlagsliste aufgenommen hat, die er seinen Vorgesetzten weiterleitete. Mir wurde nie bekannt, ob diese Vorgesetzten dem zuständigen Präsidium des Landgerichts Leipzig die Namen aller Bewerber vorgelegt haben oder eine reduzierte Liste mit den Namen ausgesuchter Bewerber. Mir wurde keine Entscheidung des Präsidiums über meine Bewerbung mitgeteilt. Alles, was ich mitbekam, war, dass das sächsische Richterdienstgericht später mit Richtern besetzt war, zu denen ich nicht gehörte. Was blieb, war mein Empfinden, vom Antragsteller zum Zählobjekt in einem intransparenten Verfahren geworden zu sein.

b. Zur Rechtsprechung der Richterdienstgerichte

Behauptet ein Richter, dass eine Maßnahme der Dienstaufsicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt³⁰⁹, so endet sein Rechtsweg beim BGH - Richterdienstgericht des Bundes³¹⁰. Hier wurden in vielen Einzelfällen rechtswidrige Beeinträchtigungen der richterlichen Unabhängigkeit letztinstanzlich festgestellt. In ständiger Einzelfallrechtsprechung hat der BGH darauf hingewiesen, dass eine Maßnahme der Dienstaufsicht unzulässig ist, wenn sie im Bereich der Rechtsfindung irgendwie auf eine Weisung hinausläuft, wie der Richter verfahren soll; insoweit muss sich eine mit der Dienstaufsicht betraute Stelle auch jeder mental-psychischen Einflussnahme enthalten³¹¹.

Die 1949 vorgefundene Abhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt von der Exekutive durch deren Verwaltungsbefugnis wurde dagegen vom Bundesgerichtshof zu keiner Zeit grundsätzlich in Frage gestellt. Das Richterdienstgericht des Bundes sieht die innere Unabhängigkeit der Richter nicht schon durch das Vorhandensein und den Einsatz dieser Instrumentarien gefährdet. Die von ihm zu Gunsten von Richtern entschiedenen Einzelfälle sind für den Bundesgerichtshof nicht die sichtbar

³⁰⁹ § 26 III DRiG.

³¹⁰ § 79 II DRiG.

³¹¹ Vgl. BGH (Dienstgericht des Bundes), Urteil vom 27.01.1995 - RiZ (R) 3/94, m.w.N.

gewordenen Spitzen des immer gleichen Eisberges, der bei jeder Drehung notwendigerweise immer von neuem solche Spitzen gebären muss, weil dies zu seinem Wesen gehört. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist insoweit weltabgewandt. Sie übergeht die psychosozialen Wirkungszusammenhänge, die unabhängig von einem exekutivischen Handeln im Einzelfall schon durch die Existenz des Machtgefälles zwischen den Organen der vollziehenden Gewalt und den Richtern im Selbstlauf geeignet sind, die richterliche Unabhängigkeit zu beeinträchtigen.

Schon das Wissen um das Vorhandensein der Gratifikations- und Sanktionsmacht einer übergeordneten Instanz führt bei Menschen zu Reflexen der Unterordnung, der Gefolgsbereitschaft, des vorauseilenden Gehorsams: bei Kindern in der Schule, bei Angestellten im Betrieb, bei Fußballspielern im Verein und auch bei Richtern in der Justizhierarchie. Macht ist der Reflex der Gefolgsbereitschaft³¹². Sie basiert auf dem Blick von unten nach oben auf die Instanz, die Vorteile gewähren und Nachteile verhängen kann und auf dem natürlichen Wunsch, Vorteile zu erringen und Nachteile zu vermeiden. Ein Machtgefälle prägt Menschen, formt sie; auch hierin liegt sein Zweck. Macht will zweckgerichtet einpassen und disziplinieren.

Vom ersten Tag seiner Tätigkeit an weiß jeder Proberichter, wo in der bis in die Regierung hineinragenden Justizpyramide „oben“ und wo „unten“ ist, welche Personen für seine Karriere wichtig und welche unwichtig sind, welches Verhalten ihm die Geneigtheit der „Oberen“ verschaffen kann und welches zu seiner Ausgrenzung führt. Er weiß dies ebenso wie jeder Trainee in einem Unternehmen.

Das Wissen um die eigene Machtunterworfenheit prägt Menschen. Richter waren nicht nur dann - im Einzelfall und ausnahmsweise - machtunterworfen, wenn ein Richterdienstgericht nachträglich feststellt, dass eine konkrete Machtausübung rechtswidrig war. Sie sind der Macht der sie verwaltenden Exekutive (vgl. die Darstellung unter III.1.) jederzeit wirkungsvoll ausgesetzt - selbst zu Zeiten, in denen diese von ihren Möglichkeiten keinen rechtswidrigen Gebrauch macht.

Soweit die Machtunterworfenheit unter ein beobachtendes, steuerndes, benotendes und nach eigenen Vorstellungen belohnendes oder aussortierendes Regierungsorgan Richter diszipliniert, ist sie geeignet, prompten, automatischen und schemati-

³¹² Vgl. Text zu Fn. 93.

schen Gehorsam³¹³ gegenüber artikulierten oder vermuteten Regierungsinteressen zu bewirken. Die Frage nach der strukturellen Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit durch die exekutivische Justizverwaltung wird aber in der Rechtsprechung der Richterdienstgerichte ausgespart. Es wäre eine Systemfrage.

Die Art des Schutzes der richterlichen Unabhängigkeit durch die deutschen Richterdienstgerichte korrespondiert nur unzureichend mit dem Gewaltenteilungsprinzip, das die Vermeidung von Gefahren im Vorhinein anstrebt. Beispiel Eisberg: Nach einem Schiffsunglück ist es zu der Vermeidung von künftigen Gefahren für die Schifffahrt erforderlich, die von den Eisbergen *in ihrer Gänze ausgehenden Gefahren* zur Kenntnis zu nehmen, sie zu analysieren und ihnen (auch) durch die Forderung nach organisatorischen Maßnahmen (Gestaltung der Schifffahrtsrouten, Satellitenüberwachung etc.) vorbeugend zu begegnen. Die Methodik der deutschen Richterdienstgerichte hingegen gleicht einer Beschränkung der Betrachtung auf den *individuellen Umgang* mit den dem Wasser ragenden Teilen der Eisberge im Nachhinein: Ist wieder einmal ein Schiff mit einer Eisbergspitze kollidiert, wird dieses aus dem Gesamtthema (Sicherheit des Schiffsverkehrs) extrahierte Ereignis nachträglich zum Gegenstand einer Untersuchung und Bewertung der Schuld der an dem Unfall beteiligten Personen.

8. Gelebte Paradoxie

Eine Paradoxie ist - im Wortsinne - die Verwunderung über etwas Widersinniges³¹⁴. Das deutsche Recht bietet - gespiegelt an der Verfassungswirklichkeit - Anlässe zu solcher Verwunderung. Ein Beispiel:

Nach Art. 114 I 2 GG besitzen die Mitglieder des Bundesrechnungshofes - ohne Richter zu sein - richterliche Unabhängigkeit. Entsprechende Regelungen enthalten die Verfassungen aller Bundesländer³¹⁵. Die Präsidenten der Rechnungshöfe unterstehen nicht der Dienstaufsicht der Regierungen; an dem Präsidenten des Rechnungshofes vorbei gibt es keine ministerielle Dienstaufsicht eines Regierungsorgans über die Rechnungsprüfer. Diese sollen ihre Kontrollaufgaben in aller

³¹³ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft - Grundrisse der verstehenden Soziologie*, S. 28.

³¹⁴ Duden, *Deutsches Universal Wörterbuch*, Stichwort Paradoxie.

³¹⁵ Vgl. beispielsweise Art. 100 II 2 der Verfassung des Freistaates Sachsen.

Unabhängigkeit von den Behörden erfüllen können, die sie zu kontrollieren haben. Dies ist hier so selbstverständlich wie in jedem anderen Lebensbereich. Nirgendwo wird akzeptiert, dass eine als unabhängig gedachte Kontrolle der Gefahr einer Einflussnahme des Kontrolleurs ausgesetzt ist. Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit sind in Bezug auf die Rechnungshöfe in diesem Punkte deckungsgleich.

Die Verfassungswirklichkeit der Richter sieht - wie in den vorstehenden Abschnitten beschrieben - anders aus. Deutsche Richter unterstehen einer Dienstaufsicht der Regierung, selbst die Verwaltungsrichter, die ähnlich den Rechnungsprüfern die Exekutive kontrollieren sollen.

Das ist paradox. Die Verfassungen des Bundes und der Länder geben den Rechnungsprüfern, die unstreitig keine Richter sind, lediglich die Unabhängigkeit, die Richter haben. Müssten folglich nicht auch die Rechnungshöfe der Dienstaufsicht eines Ministers unterstehen? Die richterliche Unabhängigkeit der Richter ist schließlich das Original, die der Rechnungsprüfer soll deren Kopie sein. Dass die exekutivische Dienstaufsicht über die Richter für ebenso selbstverständlich gehalten wird³¹⁶ wie die Freiheit der Rechnungsprüfer von einer solchen Aufsicht, ist verwunderlich.

Auch mit Hinweisen auf die "Natur der Sache", insbesondere auf die unterschiedlichen Aufgaben von Rechnungsprüfern und Richtern oder auf die unterschiedliche Intensität der Eingriffsmöglichkeiten in das Verwaltungshandeln lässt sich die Paradoxie nicht auflösen. Wenn diese Unterschiede eine verschiedenartig abgestufte Unabhängigkeit von Rechnungsprüfern einerseits und (beispielsweise) Verwaltungsrichtern andererseits rechtfertigte, könnte dem durch Gesetz Rechnung getragen werden. Den Rechnungsprüfern käme dann eine andere Rechtsstellung zu als den Richtern. Gerade dies sieht aber das derzeitige deutsche Recht nicht vor. Nach den Wortlauten der deutschen Verfassungen wird den Rechnungsprüfern die Unabhängigkeit der Richter zugestanden. Nur diese; nicht mehr.

Vielleicht ist die Paradoxie nur der Gewöhnung geschuldet, die unterschiedlich scharf konturierte Begründungen suggeriert. Manche verweisen darauf, dass die Verhältnisse in Deutschland nun einmal von alters her so seien³¹⁷ und sich

³¹⁶ Vgl. z.B. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 142 ff.

³¹⁷ Steindorfner, Modernisierung der Justiz des Landes Baden-Württemberg, in: Gedächtnisschrift für Rolf Keller, S. 273 f.

möglicherweise längst zum Gewohnheitsrecht verdichtet haben³¹⁸. Solche Begründungen für eine exekutivische Dienstaufsicht über die Judikative werden fragwürdig, wenn man die rechtsgeschichtliche Entwicklung des 20. Jahrhunderts in Deutschland in die Betrachtung einbezieht. Die Dienstaufsicht der Exekutive über die Gerichte in Deutschland hat teilweise gar keine lange Tradition³¹⁹ und bisweilen entbehrt diese Tradition nicht des Anrühigen.

So sollte man nicht übersehen, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit bis zum Jahre 1941 im weitaus größten Teil des Reichsgebietes von einer ministeriellen Dienstaufsicht frei war. Dies galt seit 1875 für Preußen und seit 1901 für Sachsen³²⁰. Es gab mithin deutsche Rechtstraditionen, die den Verwaltungsgerichten aus Sachgründen die gleiche Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive zubilligten wie den Rechnungshöfen. Erst der Umbau Deutschlands zum diktatorischen Führerstaat brach mit dieser Tradition³²¹.

Die Meinungsführer der unmittelbaren Nachkriegszeit unter den deutschen Juristen sahen wohl keine Veranlassung, das schlecht zu heißen, was wenige Jahre zuvor noch für gut befunden worden war. So blieb es bei der im Jahre 1941 für den Führerstaat geschaffenen Rechtslage.

Konnte eine dem Führerprinzip geschuldete Paradoxie unter der Geltung des Grundgesetzes zum Gewohnheitsrecht erstarken? Zu welchem Zeitpunkt sollte das geschehen sein³²²? Bedenkt man Ursprung und Zweck der exekutivischen Dienstaufsicht über die Verwaltungsrichter, dann kann eine solche Rechtsbehauptung erstaunen.

³¹⁸ So Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 31 und 103.

³¹⁹ Weist, Die Entwicklung der Dienstaufsicht über die Richter, S. 223 ff.

³²⁰ Preußen: Gesetz betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3. Juli 1875 / 2. August 1880 (GS 1880 S. 328); Sachsen: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900 (GVBl. 1900 S. 486).

³²¹ § 7 Abs. 1 der Ersten Durchführungsverordnung vom 29. 04. 1941 zum Führer-Erlass über die Errichtung des Reichsverwaltungsgerichts - RGBI I S. 201; Erste DV = RGBI I S. 224.

³²² 1949? 1959? 1969?

9. Gewaltenteilung im öffentlichen Bewusstsein

Manche Dinge erscheinen so vertraut, dass sich die Menschen nicht mehr darum kümmern, ob auch stimmt, was sie zu wissen glauben. So leben oft unzureichende Informationen über Generationen fort. „Gewaltenteilung“ ist ein Begriff, den sowohl Lehrer als auch Politiker im Munde führen. Dass Deutschland ein gewaltenteiliger Staat ist, wird dem Text des Grundgesetzes entnommen und jungen Menschen als Tatsache gelehrt. Das Sollen dient als augenscheinlicher Nachweis des Seins; was geschrieben steht, erscheint schon deshalb auch als wirklich, weil es nachzulesen ist. Dass der tatsächliche Verfassungszustand eines Staates von dem von der Verfassungsurkunde angestrebten Verfassungszustand abweichen kann, erreicht das öffentliche Bewusstsein nicht immer.

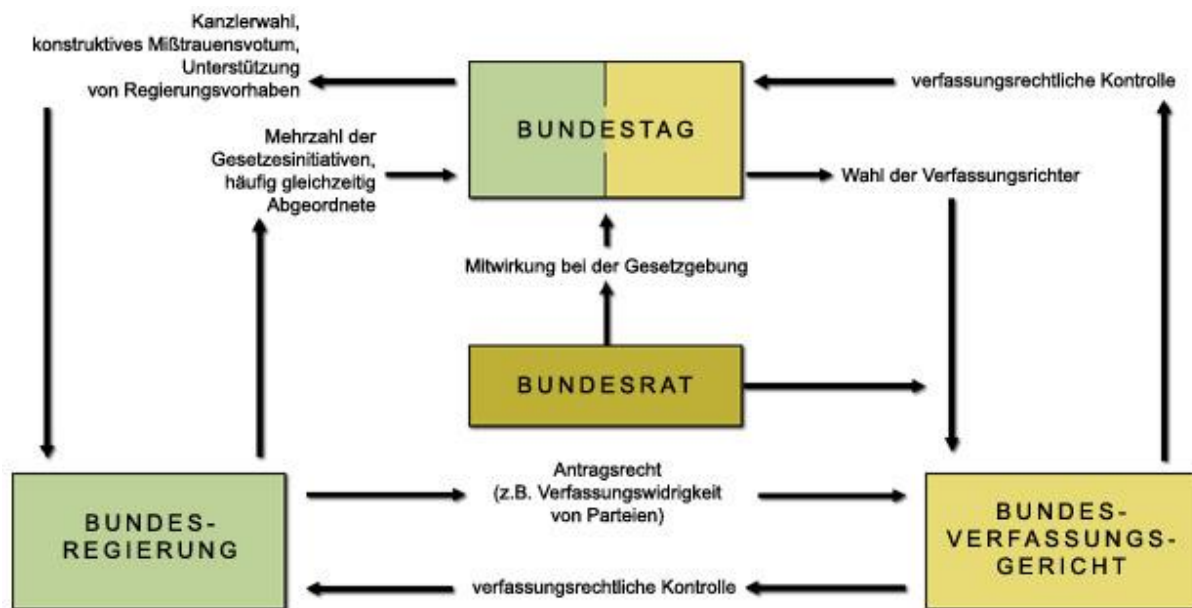
Die Art der politischen Bildung in Deutschland ist nicht durchweg geeignet, hier Abhilfe zu schaffen. Auch öffentliche Äußerungen von Politikern tragen bisweilen mehr zur Verwirrung als zur Aufklärung bei. Hierfür einige Beispiele:

a. Die politische Bildung

Die nachfolgende Grafik³²³ ist der Internet-Seite www.bund.de des Bundesverwaltungsamts entnommen. Ähnliche Schaubilder werden für den Gemeinschaftskundeunterricht in deutschen Schulen verwandt³²⁴.

³²³ Dieses Schaubild wurde bis zum 21.08.2008 04:46:57 GMT auf der Internet-Seite www.bund.de unter der Überschrift "Gewaltenteilung/Gewaltenverschränkung" im Internet präsentiert.

³²⁴ Vgl. beispielsweise für die 11. Klassen an bayerischen Gymnasien in: Hartleb, Mensch und Politik, Sozialkunde Bayern, S. 124.



Das Schaubild beschränkt sich darauf, Staatsorgane abzubilden und eine staatliche Kompetenzaufteilung wiederzugeben. So kann bei dem arglosen Betrachter ein optischer Eindruck von Ausgewogenheit und Machtbalance entstehen. Ob und auf welche Weise die dargestellte Kompetenzaufteilung eine dem Sinn und Zweck des Gewaltenteilungsprinzips genügende Wirkung entfaltet, ist nicht erkennbar. Das rechtliche und tatsächliche Ungleichgewicht der Machtverteilung zwischen den Staatsorganen bleibt dem Betrachter verborgen.

Das Bild zeigt den Bundesrat als ein Organ der Gesetzgebung. Unausgesprochen bleibt, dass der Bundesrat die Länderregierungen repräsentiert und sich die Exekutive über dieses Organ unmittelbar in den Aufgabenbereich der Legislative einmischt (anders z.B. das Senatsprinzip der USA, nach welchem die Senatoren aus unmittelbaren Volkswahlen hervorgehen, weshalb dort auch die Ländervertretung ein geborenes Legislativorgan ist).

Das Schaubild verwirrt, denn die Aufteilung staatlicher Funktionen und Kompetenzen allein genügt noch nicht dem Gewaltenteilungsprinzip. Die Darstellung ist für die politische Bildung wenig geeignet. Sie führt zu keiner Gedankenklarheit. Weder die Verfassungslage noch die Verfassungswirklichkeit in Deutschland sind zu erfassen. Die rechtsprechende Gewalt beschränkt sich nicht auf die 16 Richter des Bundesverfassungsgerichts. In Deutschland arbeiten ca. 20.000 Richter. Die eigentliche Justiz findet als Dritte Gewalt keine Erwähnung.

b. Die Bundeskanzlerin

Die deutsche Bundeskanzlerin informiert die Öffentlichkeit auf der Homepage www.bundeskanzlerin.de. Unter der Rubrik „für Kinder“ wurde am 15.09.2007 unter der Überschrift „Gewaltenteilung oder: die gute Gewalt“ u.a. ausgeführt³²⁵:

„Der Staat soll, so komisch das klingen mag, schlechte Gewalt verhindern und die Rechte der Einzelnen schützen. Der Staat, so heißt der Fachausdruck, hat das Gewaltmonopol. Aber woher hat der Staat das Recht, diese Gewalt auszuüben? In der etwas spröden Sprache des Grundgesetzes (Artikel 20) klingt das so: »Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen ... ausgeübt«. Der Staat bekommt seine Gewalt also von den Bürgerinnen und Bürgern, wenn sie wählen gehen. Das heißt auf gut deutsch: Wir wählen eine Regierung. Und diese Regierung sowie die ihr angeschlossenen Behörden, von der Polizei bis zur Richterin, sind allein berechtigt, Gewalt auszuüben.“

Kinder nehmen diese Aussage wörtlich: Die Richterin ist gleich der Polizei eine der Regierung angeschlossene Behörde. Die Richterbeamtin hinter der Polizeibeamtin - das ist möglicherweise die bleibende Vorstellung in den Köpfen der Kinder.

Die Belehrung der Bundeskanzlerin mag sich an einem verbreiteten Bild von dem tatsächlichen Verfassungszustand in Deutschland orientiert haben. Der Aufklärung über die Gewaltenteilung ist sie wenig dienlich.

c. Ein Bundestagsvizepräsident

Nachdem bekannt geworden war, dass das Landesarbeitsgericht Berlin³²⁶ die fristlose Kündigung einer Supermarktkassiererin wegen der Unterschlagung von Pfandbons im Wert von 1,30 € bestätigt hatte, sprach der Bundestagsvizepräsident von einem „*barbarischen Urteil von asozialer Qualität*“³²⁷. Unabhängig davon, welche Meinung man zu dem der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts folgenden

³²⁵ <http://www.bundeskanzlerin.de/Webs/BK/DE/FuerKinder/Gewaltenteilung/gewaltenteilung.html> (Stand 15.09.2007); Volltext in Anhang 5 - S. 192.

³²⁶ Landesarbeitsgericht Berlin Az. 7 Sa 2017/08.

³²⁷ Haufler, Unseriös gegen unsozial, in: Berliner Zeitung vom 27.02.2009, S. 3.

Urteil vertritt, steht hier im Vordergrund, wer sie geäußert hat. Es war nicht irgendein Politiker, sondern ein oberstes Organ einer anderen Staatsgewalt, von dem zu erwarten ist, dass er die Unabhängigkeit des Parlaments verteidigen würde, wenn beispielsweise ein Regierungsvertreter einen Beschluss des Bundestages öffentlich als barbarisch und von asozialer Qualität bezeichnen würde. Dem Verhalten des Bundestagsvizepräsidenten kommt das Gewicht seines Amtes zu. Sein Ausspruch ist wenig geeignet, ein allgemeines Bewusstsein dafür zu fördern, dass es sich bei der Rechtsprechung um eine dem Parlament und der Regierung auf Augenhöhe gegenüber stehende eigene Staatsgewalt handelt.

d. Eine Landesregierung

Der Entwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Modernisierung und Bereinigung von Justizgesetzen im Land Nordrhein-Westfalen vom 26.08.2009³²⁸ definiert das Justizministerium als oberste Landesbehörde (§1 I), das Oberverwaltungsgericht, die Oberlandesgerichte, das Landessozialgericht, die Finanzgerichte, die Landesarbeitsgerichte und die Generalstaatsanwaltschaft als Mittelbehörden (§ 2 II) und als untere Justizbehörden die den Mittelbehörden nachgeordneten Gerichte (§ 3). Die einschränkende Formulierung, dass es sich bei den Gerichten nur insoweit um Behörden handle, als sie Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, kann nicht vergessen machen, dass die Identität der Gerichte als Rechtsprechungsorgane ebenso unerwähnt bleibt wie die untergeordnete, weil nur dienende Funktion der Justizverwaltung. Stattdessen wird die Macht der Betreuer über die Betreuten in Sprache gesetzt.

Die Darstellung der Justiz in dem nordrhein-westfälischen Gesetzesentwurf ruft die Gewalt³²⁹ der karolingischen Hausmeier über die Merowingerkönige ins Gedächtnis. Der letzte Merowingerkönig Childerich III. wurde von seinem Verwalter Pippin dem Jüngeren seines Ansehens vollends beraubt und in ein Kloster gesteckt.

³²⁸ Drucksache 14/9736.

³²⁹ Vgl. Text zu Fn. 101.

e. Ein Ministerpräsident

Im November 2009 ernannte sich der Ministerpräsident des Saarlandes selbst zum Justizminister. Damit verstieß er formal nicht gegen das Gewaltenteilungsprinzip, denn der Justizminister gehört ebenso der Exekutive an wie der Ministerpräsident.

Solange die rechtsprechende Gewalt in Deutschland noch von der Exekutive verwaltet wird, lässt dieser Schritt aber eine angemessene Sensibilität für das Prinzip der Gewaltenteilung vermissen. Er vermittelt das Bild der Selbstverständlichkeit einer Kumulation von Macht.

Ein Regierungschef in Person übernimmt die oberste Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt. Was nach dem Bewusstseinsstand in organisatorisch gewaltenteilten Staaten³³⁰ von vornherein ein Ding der Unmöglichkeit wäre, stößt in Deutschland auf keinen wirksamen Widerspruch.

f. Der Vorsitzende einer Bundestagsfraktion

"Wir lassen uns doch von acht Arschlöchern in Karlsruhe nicht unsere Politik kaputtmachen." Solche Worte soll der Vorsitzende einer Fraktion im Deutschen Bundestag im Jahre 1973 ausgesprochen haben³³¹. Sie sind nicht geeignet, das öffentliche Bewusstsein für die Gleichwertigkeit der drei im Grundgesetz genannten Staatsgewalten zu schärfen.

g. Die sächsische Staatskanzlei

Das Organigramm der Sächsischen Staatskanzlei vom 01.06.1997³³² stellt den Aufbau der „Sächsischen Staatsverwaltung“ dar. Mit zur Sächsischen Staatsverwaltung gehören nach dieser Darstellung auch die sächsischen Gerichte. Unter dem

³³⁰ Vgl. oben III.2.a. und b.

³³¹ Vgl. Neukirch, Ralf und Pfister, René, Politiker in Roben, in: DER SPIEGEL Nr. 40/2009, S. 28 ff.; <http://www.ossietzky.net/8-2009&textfile=582> (Stand 01.01.2010).

³³² Anhang 6 - S. 195; www.gewaltenteilung.de/Seite_195.pdf; Nach Protesten aus der Richterschaft wurde das Organigramm abgeändert.

Ministerpräsidenten sind die Ministerien als die Obersten Landesbehörden angeordnet, darunter die oberen Landesbehörden. Hier findet sich das Oberlandesgericht neben dem Landesamt für Denkmalpflege, das Oberverwaltungsgericht ist neben dem Landesamt für Verfassungsschutz eingeordnet. Mittlere Landesbehörden sind Landgerichte, Polizeipräsidien, Oberschulämter und Staatsanwaltschaften. Als Untere Landesbehörden sind die Amtsgerichte neben den Finanzämtern, die Verwaltungsgerichte neben den Polizeidirektionen aufgeführt.

Behörde ist nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 4 VwVfG jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Gerichte sind keine Behörden. Behördencharakter hat die in dem Händen der Exekutive liegende Justizverwaltung; sie verwaltet, sie spricht nicht Recht. Ihre Aufgabe ist grundsätzlich eine dienende: Die Justizverwaltung hat lediglich die allgemeine Arbeitsfähigkeit der Justiz sicherzustellen³³³.

Das Organigramm der Sächsischen Staatskanzlei spiegelt eine verzerrte Wahrnehmung ihrer Verfasser wider und es verzerrt die Wahrnehmung des Betrachters: Die Nebensache wird als Hauptsache, die Dienerin wird als die Herrin präsentiert, die Richterschaft erscheint als ein Teil der Dienerschaft. Von einem Empfinden für das im Grundgesetz angelegte Gewaltenteilungsprinzip kann hier nicht die Rede sein. Das Organigramm bestätigt die von van Husen³³⁴ und Macke³³⁵ beklagte Dominanz der Exekutive.

h. Ein Weihnachtsbrief

Im Dezember 2009 erhielten alle Richter des Freistaats Sachsen per E-Mail ein „*An die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der sächsischen Landesverwaltung*“ adressiertes Schreiben des sächsischen Ministerpräsidenten, das u.a. die folgenden Sätze enthielt: „*Für mich persönlich war es ein besonderes Jahr. Die Wählerinnen und Wähler haben mir nach einem Jahr im Amt ihr Vertrauen ausgesprochen. Wir haben die Wahlen auch deshalb gewonnen, weil Sie in der Verwaltung unsere politischen*

³³³ Giesen, Der diskrete Einfluss des Ministeriums, Sächsische Zeitung vom 06.12.2008, S. 6; www.gewaltenteilung.de/giesen.htm (Stand 01.01.2010).

³³⁴ Vgl. Texte zu Fn. 135 und 143.

³³⁵ Vgl. Text zu Fn. 145.

*Ideen umsetzen und die Menschen spüren, dass ihr Heimatland gut geführt und verwaltet wird*³³⁶. Richter mussten einen zweifach demokratisch legitimierten³³⁷ Politiker darüber aufklären, dass sie weder Angehörige der Landesverwaltung noch politische Mitarbeiter einer Staatsregierung sind³³⁸.

Der Richterprotest wendet sich gegen eine Betrachtungsweise, die an der Verfassungswirklichkeit orientiert ist. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Brief nur versehentlich auch an die Richter versandt wurde. Er ging unterschiedslos an alle „nachgeordneten Behörden“. Der Ministerpräsident hat die Dinge so benannt, wie er sie vor sich sieht und als sinnvoll betrachtet. Auch dieses Vorkommnis zeigt, dass die Vereinnahmung der rechtsprechenden Gewalt durch die vollziehende Gewalt in Deutschland auf keine organisatorischen oder strukturellen Grenzen stößt. Sie nistet in den Köpfen der Menschen. Sie schreitet fort³³⁹.

10. Fazit

Am Ende des Abschnitts III. ist wiederholend und zusammenfassend festzustellen:

Die deutschen Exekutiven haben die *faktische Möglichkeit* und damit die Macht, die Gerichte unangemessen ärmlich auszustatten, Richter nach ihrem Gusto auszuwählen, Richter über Benotungssysteme gefügig zu machen, Karrieren von Richtern zu manipulieren, Richter nach exekutivischen Bedürfnissen zu befördern, unfolgsame Richter abzustrafen, über die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen der Richter - an den vom Deutschen Bundestag in Prozessordnungen festgelegten Standards vorbei - die Qualität der richterlichen Arbeit zu bestimmen, Richter dazu zu verleiten, das rechtliche Gehör zu versagen oder unangemessen zu verkürzen, Schriftsätze nicht oder nur cursorisch zu lesen, vorgebrachte Gesichtspunkte im Urteil nicht zur Kenntnis zu nehmen, Durchsuchungsanträge ohne eigene Nachprüfung abzuzeichnen, Richter vom Tag der Einstellung an nach ihren Vorstellungen einzupassen und zu prägen - und sie lassen ihre Möglichkeiten nicht

³³⁶ Text in Anhang 7 - S. 197.

³³⁷ Die demokratische Legitimation in Kettenform allein ist noch nicht der Schlüssel zu einer Verfassungswirklichkeit des Art. 20 GG.

³³⁸ Schreiben des Vorsitzenden des Landesrichterrats des Freistaats Sachsen vom 22.12.2009 - Anhang 8 - S. 198.

³³⁹ Vgl. Text zu Fn. 9 und 10.

ungenutzt.

Die Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt durch politisch eingebundene, tagespolitisch ausgerichtete und karriereorientierte Träger einer wahlperiodisch wiederkehrenden Verantwortungsfreiheit ist eine latente, bisweilen auch offenkundige Gefahr für die Gesetzesbindung der Richter.

IV. Gewaltenteilungsprinzip versus Hoffungsprinzip

Möglicherweise hatten Machtunterworfenen in vorgeschichtlicher Zeit nichts als die alltägliche Hoffnung, dass dominante Menschen die ihnen gegebene Macht nicht gegen sie missbrauchen würden. Irgendwann wurde das Problem des Umganges mit Macht zu einer Frage, die nach Antworten suchte. Eine Antwort war der Versuch, dem Missbrauch von Macht durch Machtbegrenzung vorzubeugen.

Die Geschichte der Gliederung oder Teilung oder Trennung von Macht beschreibt eine zivilisatorische Dynamik auf statischer Basis. Die statische Basis ist die menschliche Natur, ist die Gefährdung dominanter Menschen durch Macht und die Gefahr für andere Menschen durch dominante Unterwerfung.

Einem Ansatz zur Teilung der staatlichen Gewalt im Bereich des Politischen begegnen wir schon bei Homer; er berichtet, dass dem König ein Rat der Ältesten zur Seite stand, der vor wichtigen Entscheidungen beratend tätig war³⁴⁰. Cicero unterscheidet zwischen dem Volk, dem Senat und den Exekutivorganen und weist ersterem die übergeordnete Macht zu³⁴¹. Die römische Republik vergab die Macht der Konsuln nur auf Zeit und verteilte sie auf zwei Personen. Auch Marsilius von Padua kennt eine Gliederung von Staatsgewalten. Nach seiner Lehre ist die Regierung an die vom Gesetzgeber gegebenen Gesetze gebunden; dem Gesetzgeber steht die Überwachung und auch das Recht zur Absetzung der Regierung zu³⁴². Die neuzeitliche Entwicklung wurde eingangs skizziert³⁴³.

Gegen die Annahme, die Menschen seien im Umgang mit der Macht mit fortschreitender zivilisatorischer Entwicklung reifer geworden, spricht neben der gegenwärtigen Alltagserfahrung die Menschheitsgeschichte wie auch die künstlerische Auseinandersetzung mit der Natur des Menschen. Es gibt keinen Beweis für die These, dass die Innehabung von Macht auf Gaius Julius Cäsar anders wirkte als auf Napoleon Bonaparte. Die Machtfülle beider hatte für Millionen Menschen vergleichbare Folgen. Die *Alexanderschlacht-Mosaiken* in Pompeji zeigen keine andere Qualität von Machtausübung als Goyas *Erschießung der Aufständigen*.

³⁴⁰ Tsatsos, *Peri Politeias*, S. 111.

³⁴¹ Tsatsos, *Peri Politeias*, S. 121.

³⁴² Rausch in *Klassiker des politischen Denkens* Band 1 S. 190.

³⁴³ Vgl. I.1.

schen oder Picassos *Guernica*. Die Erfahrung lehrt, dass jeder Mensch, der Macht hat, in der Gefahr steht, sie zu missbrauchen. Wenige Menschen können der Verlockung widerstehen, die meisten Menschen können es nicht³⁴⁴.

Der Glaube an das Gute im Menschen kann dazu verführen, Herrschern auf Treu und Glauben Macht anzuvertrauen. Skeptiker ziehen die Sicherheit vor und versuchen, möglichem Machtmissbrauch durch organisatorische Machtbegrenzung vorzubeugen. Die erstgenannte Verhaltensweise belässt dem Herrscher größere Möglichkeiten zur Überschreitung der ihm anvertrauten Macht als die zweite. Die Vertrauenslösung entspricht den Wünschen des Herrschers nach Handlungsfreiheit und kommt menschlichen Sehnsüchten nach Harmonie und Geborgenheit entgegen. Skeptiker werden oftmals als störende Schwarzseher abgetan.

Klug handelt, wer ein vermeidbares Risiko vermeidet. Der Gewaltenteilungsgedanke ist aus Erfahrung gewonnene, in strukturelle Formen gegossene Klugheit. Das *Gewaltenteilungsprinzip* hat die Gefahrenabwehr durch Gefahrenausschluss zum Ziel. Je weniger konsequent dagegen ein Gemeinwesen einer Gefahr organisatorisch und strukturell vorbeugt, desto mehr folgt es dem *Hoffnungsprinzip*³⁴⁵.

1. Gefahrenabwehr durch Gefahrenausschluss

Die Zauberin Kirke warnt Odysseus vor den Sirenen, an deren Insel er auf seinem Heimweg nach Ithaka vorbei fahren muss:

„ ... vernimm nun, Odysseus, Was ich dir sagen will:

Des wird auch ein Gott dich erinnern.

Erstlich erreichet dein Schiff die Sirenen; diese bezaubern

alle sterblichen Menschen, wer ihre Wohnung berührt.

Welcher mit törichtem Herzen hinanfährt, und der Sirenen

³⁴⁴ Vgl. die Darstellung der Stufen der moralischen Entwicklung nach den Untersuchungen von Kohlberg, dargestellt und erläutert von Häuser, Vorfragen richterlicher Ethik - Zur gesellschaftlichen und individuellen Entwicklung von Moral, in BJ 2003, S. 186 ff.; www.gewaltenteilung.de/haeuser3.htm (Stand 01.01.2010).

³⁴⁵ Vergleichbar ist die Alternative zwischen einer konsequenten Finanzmarktaufsicht und der Freiheit für die Geldhändler und Bankmanager in der Hoffnung auf ihre Tugendhaftigkeit.

*Stimme lauscht, dem wird zu Hause nimmer die Gattin
und unmündige Kinder mit freudigem Gruße begegnen;
Denn es bezaubert ihn der helle Gesang der Sirenen,
die auf der Wiese sitzen, von aufgehäuften Gebeine
modernder Menschen umringt und ausgetrockneten Häuten.
Aber du steure vorbei, und verklebe die Ohren der Freunde
mit dem geschmolzenen Wachse der Honigscheiben, daß niemand
von den andern sie höre. Doch willst du selber sie hören;
Siehe dann binde man dich an Händen und Füßen im Schiffe,
aufrecht stehend am Maste, mit festumschlungenen Seilen:
Daß du den holden Gesang der zwei Sirenen vernehmeest.
Flehst du die Freunde nun an, und befiehlst die Seile zu lösen;
Eilend feßle man dich mit mehreren Banden noch stärker!“³⁴⁶*

Odysseus befolgt den Rat der Kirke. Seine Gefährten verschließen sich die Ohren mit Wachs und binden ihren Helden an den Mast. Als Odysseus, von dem Gesang der Sirenen bezaubert, seine Gefährten durch Gesten auffordert, ihn loszubinden, rudern diese schneller und legen ihm weitere Fesseln an bis das Schiff schließlich die Gefahrenzone überwunden hat.

Odysseus verlässt sich nicht auf die Stärke seiner Gefährten, nicht auf die eigene Willensstärke. Er verlässt sich ebenso wenig auf das Gute, das Tugendhafte, das Geniale im Menschen wie auf sein Glück, auf übernatürliche Hilfe oder auf ein ihm gewogenes Schicksal. Odysseus beschließt, so zu handeln, dass die ihm beschriebene Gefahr nach Möglichkeit erst gar nicht wirksam werden kann. So gibt er der Fahrt längs der Sireneninsel eine organisatorische und praktische Struktur, die schon die *Möglichkeit* einer Gefährdung *ausschließt*. U.a. deshalb wird er gepriesen als der klügste unter den griechischen Helden.

Wie Odysseus verhält sich ein Mensch mit Gewichtsproblemen, der keine Schokolade im Hause hat, um von vornherein nicht in Versuchung zu kommen und

³⁴⁶ Homer, Odyssee, 12. Gesang, Übersetzung von Johann Heinrich Voß.

ein Reisender, der Krisengebiete meidet, in denen ihm die Entführung durch Terroristen droht. Vorbeugung hat ein Staat zum Ziel, der mögliche Abhängigkeiten und Konflikte durch eine strikte Trennung von Regierungsinteressen einerseits und parlamentarischer Kontrolle der Regierung andererseits zu verhindern sucht³⁴⁷. Dem Verhalten des klügsten Helden in dem Homer zugeschriebenen Epos entspräche eine gesetzliche Verpflichtung von Parlamentsabgeordneten, ihre Einkünfte ausnahmslos offenzulegen um zu gewährleisten, dass sie keine verdeckten und bezahlten Vertreter von Einzelinteressen sind, wie auch die Herstellung einer vollständigen organisatorischen Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichte von Regierung und Verwaltung um zu gewährleisten, dass die Kontrollierten keine Möglichkeiten haben, durch Einflussnahmen auf ihre Kontrolleure deren Kontrolle zu manipulieren.

Die Spielregeln zwischen Kirke, den Sirenen, Odysseus und seinen Gefährten stehen fest. Sie sind überschaubar und märchenhaft starr. Was Kirke über die Sirenen sagt, ist die Wahrheit. Es wäre offensichtlich dumm, sich auf die drohende Gefahr anders einzurichten als es Odysseus tut. Die soziale Wirklichkeit moderner Gesellschaften ist ungleich komplexer. Hier sind es die „Sirenen“ selbst, die Vertrauensvorschüsse einfordern³⁴⁸. Sie tun dies seriös gekleidet und mit Charisma.

2. Gefahrenabwehr auf Kredit

Wer sich einem anderen Menschen anvertraut, hat beschlossen, daran zu glauben, dass der andere ihn in der Zukunft nicht enttäuschen werde. Er gewährt dem anderen einen Kredit³⁴⁹. Menschen kommen nicht umhin, einander Kredit zu gewähren. Ohne positive Sicht und die Hoffnung auf künftiges Gelingen sind zwischenmenschliche Beziehungen und gemeinsame Unternehmungen nicht möglich.

Die Gewährung von Kredit birgt aber Risiken. Klug handelt, wer sein Vertrauen nur dort vergibt, wo ein Risiko eingegangen werden muss und sich bei der Kreditvergabe

³⁴⁷ (Z.B. ein Staat, der keine Parlamentarischen Staatssekretäre kennt).

³⁴⁸ (Z.B. Abgeordnete, die sich gegen die Pflicht zur Offenlegung ihrer möglichen Abhängigkeiten zur Wehr setzen oder Bankmanager und Geldhändler, die eine Finanzaufsicht ablehnen).

³⁴⁹ lat. Credere = glauben; 3. Pers. Sing. Präs: credit = er glaubt.

nach Möglichkeit absichert. Der menschliche Urwunsch nach Anvertrauen und Geborgensein ist ein Feind solch eines klug vorbauenden Verhaltens. Kulturelle und religiöse Prägungen verstärken die Hemmung, anderen Menschen mit Misstrauen zu begegnen. Wer will schon die Welt anders als positiv sehen? Als misstrauischer Mensch kategorisiert zu werden gilt nicht als Anerkennung; es kann zur Ausgrenzung führen.

Das menschliche Hoffen auf das Positive erklärt die Existenz und den Erfolg von politischen und finanziellen, auch von mitmenschlichen Betrügnern. Es öffnet der Untugend die Tür. In allen Bereichen, in denen Menschen die Möglichkeit haben, eine Gefahr zu verhindern, haben sie die Freiheit der Wahl zwischen der Gefahrenabwehr durch Gefahrenausschluss und der Gefahrenabwehr auf Kredit. Ein Gefahrenausschluss ist der sichere Weg. Ein vermeidbares Risiko einzugehen ist oftmals leichtsinnig.

Eine Abwandlung der Odyssee: Odysseus will keine Fesselung. Er spricht von Augenmaß und Realitätssinn, von Disziplin und Heldenmut. Odysseus lässt sich von einer Kirke nicht seinen Glauben an das Gute in der Welt nehmen. Er denkt positiv und formuliert als Motto der Reise: Vertrauen wagen. Optimistisch gestimmt und mit sich selbst im Reinen geht Odysseus auf große Fahrt. Sein unveräußerliches, nur ihm eigenes Recht auf Harmonie mit der Welt wird Anderen zum Verhängnis. Die Insel der Sirenen kommt in Sicht. Odysseus ist von dem Gesang begeistert, dann betört, dann betäubt. Er steuert sein Schiff auf die Klippen. Der klügste der Helden hat sich zum verantwortungslosen Narren gemacht. Odysseus hätte die Gefahr ausschließen können, stattdessen ist er ein vermeidbares Risiko eingegangen. Er hat die Sirenen kreditiert und den ihm gewährten Kredit seiner Gefährten verspielt.

Das Gewaltenteilungsprinzip will vermeidbare Gefahren vermeiden - durch den vorbeugenden organisatorischen Ausschluss des Gefahrenrisikos. Das Vertrauen darauf, dass die deutsche Exekutive von ihrer Macht über die Richter maßvoll und in Respektierung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung Gebrauch machen werde, ist eine gutgläubige Kreditierung der Exekutive. Sie beinhaltet das strukturelle Risiko des Missbrauchs und der permanenten Erweiterung ihrer Macht³⁵⁰.

³⁵⁰ Vgl. Text zu Fn. 9 und 10.

In vielen Ländern ist die Freiheit der Rechtsprechung vor Einfluss*möglichkeiten* der Exekutive ein die staatliche Organisationsstruktur beherrschendes Prinzip. Die Exekutive erhält keinen oder wenig³⁵¹ Kredit, denn es ist ihre Aufgabe, politisch zu gestalten und ihr wird ein natürliches Interesse unterstellt, auf alles einzuwirken, was ihrer Gestaltungsmacht zugänglich ist.

3. Die anthropologisch indizierte Auslegung des Grundgesetzes

In der deutschen Verfassungswirklichkeit ist den Richtern die Rechtsprechung*tätigkeit* anvertraut. Im Kernbereich dieser Funktion genießen sie Unabhängigkeit. Dies gilt allerdings in gleicher Weise für Beamte, die im Kernbereich ihrer Tätigkeit weisungsfrei sind³⁵². Deutsche Richter unterstehen der obersten Aufsicht eines Regierungsmitglieds. Die Regierung verwaltet³⁵³ die Rechtsprechung. Wo in der deutschen Verfassungswirklichkeit findet sich die durch Art. 20 II 2 GG als eine von drei Staatsgewalten konstituierte und in den Worten des Art. 92 GG so bezeichnete „rechtsprechende Gewalt“?

a. Zur Geschichte des Gewaltenteilungsprinzips des Grundgesetzes.

Das Grundgesetz hat die Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt durch die vollziehende Gewalt bereits vorgefunden. Zu keiner Zeit gab es in Deutschland eine organisatorisch andere Beziehung zwischen Exekutive und Judikative³⁵⁴. Aus den Reihen der Richter und Staatsanwälte stammende Berufsrichter waren im Parlamentarischen Rat nicht präsent. Soweit Richter dem Parlamentarischen Rat angehörten, handelte es sich um nach 1945 in ein Richteramt berufene frühere Rechtsanwälte³⁵⁵. Damit war keine Voraussetzung dafür gegeben, im Parlamentarischen Rat ein hinreichendes Problembewusstsein für die Möglichkeiten rechtspre-

³⁵¹ Vgl. oben III.2.b. und c.

³⁵² (Auch der beamtete Arzt bei seiner Diagnose und der beamtete Feuerwehrhauptmann im Einsatz sind weisungsfrei).

³⁵³ Vgl. Text zu Fn. 101.

³⁵⁴ Vgl. Macke, Die Dritte Gewalt als Beute der Exekutive, DRiZ 1999, S. 481.

³⁵⁵ Vgl. Wrobel, Verurteilt zur Demokratie, S. 305 f.

chungsfremder Einflüsse der Exekutive auf die Richter zu wecken.

Die Mitglieder des Parlamentarischen Rats waren Parlamentsabgeordnete. Sie kannten die Gefahren, die der eigenen Unabhängigkeit im Falle einer exekutivischen Fremdverwaltung gedroht hätte. Verfassungsrechtliche Regelungen der Parlamentsautonomie waren für sie selbstverständlich. Schon die Reichsverfassungen vom 16. April 1871 und vom 11. August 1919 hatten Formen der parlamentarischen Selbstverwaltung gekannt³⁵⁶. Der Gedanke einer aus identischen anthropologischen Tatsächlichkeiten abzuleitende Notwendigkeit der organisatorischen Herauslösung der rechtsprechenden Gewalt aus dem Gefüge der administrativen Interessen und politischen Zielen verpflichteten Exekutive war ihnen nicht vertraut. So lag es für sie nahe, in dem für ein Staatsfragment geschaffenen und als Provisorium gedachten³⁵⁷ Grundgesetz nur die (gewohnte) Autonomie des Parlaments ausdrücklich festzuschreiben.

An der mit Art. 20 II 2 GG gefassten Grundentscheidung für die Gewaltenteilung als Prinzip ändert diese historische Bestandsaufnahme nichts. Ebenso wenig an der hieraus folgenden, dem Wesen eines Prinzips eigenen dynamischen Aufgabenstellung für den einfachen Gesetzgeber³⁵⁸. Die Geschichte der Entstehung des Grundgesetzes zeigt nur, dass der deutsche Verfassungsgeber - im Unterschied beispielsweise zum italienischen Verfassungsgeber³⁵⁹ - mangels eigener Sachkenntnis und Erfahrung die Konsequenzen aus seiner *Einsicht in* und seiner *Entscheidung für* das Prinzip der Gewaltenteilung der Verfassungsauslegung und dem einfachen Gesetzgeber überließ.

Nicht nur das Trägheitsgesetz mag in der Zeit danach einer wirklichkeitsnahen Umsetzung des Gewaltenteilungsprinzips im Wege gestanden haben. Es mangelte in den Jahrzehnten nach 1949 wohl auch an zureichenden Veränderungsmotivationen. Wer in einer vorgefundenen Lebenswirklichkeit Karriere machen will, ist gut beraten, wenn er nicht an der Leiter sägt, die er gerade emporsteigt. Allseits Gewohntes zu kritisieren und Neues zu fordern, kann selbst für denjenigen persönliche Nachteile bringen, der keine Karriere anstrebt. „*Man muß sich nämlich darüber im Klaren sein,*

³⁵⁶ Vgl. Art. 27 der Bismarckschen Reichsverfassung bzw. die Art. 26 und 28 der Weimarer Reichsverfassung

³⁵⁷ Schmid in Werner, Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949 Akten und Protokolle Band 9 S. 30 ff.; www.gewaltenteilung.de/richter_2.htm (Stand 01.01.2010).

³⁵⁸ A.M. BVerfGE 55, S. 372 ff. (388).

³⁵⁹ Vgl. Salvi Selbstverwaltung und Verfassungsrecht, Die italienische Erfahrung, S. 367 ff.

*daß es kein schwierigeres Wagnis, keinen zweifelhafteren Erfolg und keinen gefährlicheren Versuch gibt, als eine neue Ordnung einzuführen; denn jeder Neuerer hat alle die zu Feinden, die von der alten Ordnung Vorteile hatten, und er hat in jenen nur laue Verteidiger, die sich von der neuen Ordnung Vorteile erhoffen. Diese Lauheit kommt zum Teil von der Furcht vor den Gegnern, teils von dem Misstrauen der Menschen, die wirkliches Zutrauen zu den neuen Verhältnissen erst haben, wenn sie von deren Dauerhaftigkeit durch Erfahrung überzeugt worden sind*³⁶⁰.

Und warum eigentlich sollte die Exekutive freiwillig auf ihre Macht über die Organe der rechtsprechenden Gewalt verzichten?

b. Über Verfassungsprinzipien

Ein Prinzip ist eine allgemeine Einsicht, ein Ziel und eine Handlungsregel³⁶¹. Wenn ein Prinzip die Realität weder auf der Stufe der theoretischen Umsetzung noch in der Lebenswirklichkeit erreicht, dann verharrt es auf der Stufe einer folgenlosen Einsicht und kann als Lippenbekenntnis dazu dienen, die Existenz von etwas zu behaupten, das niemals verwirklicht worden ist.

Verfassungen sind - auch - gesellschaftliche Ordnungsentwürfe, welche die Prinzipien der gesellschaftlichen Verfasstheit festlegen³⁶². Verfassungen treffen Vorentscheidungen über die institutionelle Struktur und über Ziele des Gemeinwessens. Ihre Vorentscheidungen liegen dem politischen Prozess voraus und wirken beschränkend auf ihn zurück³⁶³.

Das Prinzip der Gewaltenteilung will menschlichem Machtmissbrauch durch staatliche Organisationsformen vorbeugen. Dieses Ziel liegt als Verfassungsprinzip des Grundgesetzes dem politischen Prozess voraus und soll beschränkend auf ihn zurück wirken. Die Art. 92 ff. GG dienen der Konkretisierung des in der Fundamen-

³⁶⁰ Machiavelli, Der Fürst, VI. Kapitel.

³⁶¹ Vgl. Text zu Fn. 20.

³⁶² Vorländer, Die Verfassung Idee und Geschichte, S. 10.

³⁶³ Vorländer, Die Verfassung Idee und Geschichte, S. 13.

talnorm des Art. 20 II 2 GG ausgesprochenen Gewaltenteilungsprinzips³⁶⁴. Die Konkretisierung setzt die deutsche Variante eines Gewaltenteilungsmodells in Worte. Prinzipien sind Handlungsorientierungen und verlangen nach Gestaltung. Soweit ihnen die Wirklichkeit nicht entspricht, verlangen sie nach Umgestaltung. Das in einem ersten Schritt im Grundgesetz festgeschriebene Prinzip der Gewaltenteilung in einem zweiten Schritt einfachrechtlich auszugestalten ist eine vom Grundgesetz gestellte Aufgabe³⁶⁵. Das auf einer Einsicht über die menschliche Natur beruhende Prinzip Montesquieus liegt als Vorentscheidung dem politischen Prozess voraus und soll diesen als Handlungsorientierung formal und inhaltlich bestimmen.

c. Die anthropologische Elle

Der anthropologische Rückbezug des Gewaltenteilungsprinzips auf die menschliche Natur macht die Frage nach seiner faktischen Geltung zu einer - auch - humanwissenschaftlichen Problemstellung. Er nimmt der Jurisprudenz die alleinige Deutungshoheit bei der Auslegung der das Gewaltenteilungsprinzip konstituierenden und ausformenden Normen des Grundgesetzes und indiziert eine Verfassungsauslegung unter Berücksichtigung außerrechtlicher Aspekte.

Die Erfahrung mit der menschlichen Natur geht der Formulierung des Gewaltenteilungsprinzips im Grundgesetz voraus und steht so methodisch am Anfang eines theoretischen Aufbaus oder Systems von Handlungsorientierungen mit dem Ziel, menschlichem Machtmissbrauch organisatorisch vorzubeugen. Dem methodischen Ausgangspunkt eines Verfassungsprinzips kommt bei der Auslegung der Verfassungsnormen, die dieses Prinzip im Verfassungstext konkretisieren, eine Leitfunktion zu. Leitend bei der Auslegung des Art. 20 II 2 GG ist die menschliche Natur.

Als ein Prinzip strebt die Gewaltenteilung nach Verwirklichung und verlangt nach einer Verfassungsauslegung, die seine Umsetzung so fördert, dass das mit ihm

³⁶⁴ Beispielsweise Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 17; Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art. 92 Rdn. 2.

³⁶⁵ A.M. BVerfGE 55, S. 372 ff. (388).

verfolgte Ziel, der Macht³⁶⁶ einer Staatsgewalt über eine andere Staatsgewalt *wirksame* Schranken zu setzen, auch *tatsächlich* erreicht wird. Ob eine Verfassungsauslegung diesem Ziel förderlich ist, kann nur durch Rückbesinnung auf die dem Gewaltenteilungsprinzip zu Grund liegenden anthropologische Einsicht beurteilt werden. Bevor man einer nach dieser Einsicht vorhandenen anthropologisch begründeten Gefahr vorbeugen kann, muss man sich mit der Struktur und der Wirkungsweise dieses außerrechtlichen Phänomens auseinandersetzen. Die gewonnene Erkenntnis gibt dann die Richtung vor, in der die einschlägigen Verfassungsnormen zweckgerichtet auszulegen sind.

So wird die menschliche Natur zu der Elle, die bei der Auslegung der das Gewaltenteilungsprinzip konstituierenden (Art. 20 II 2 GG) und ausformenden (Art. 92 erster Halbsatz GG, Art. 97 GG) Normen des Grundgesetzes anzulegen ist. Zugleich macht die anthropologische Einsicht des Gewaltenteilungsprinzips die menschliche Natur auch zu der Elle, die an die Umsetzung des dem Prinzip innewohnenden Verfassungsgebots in staatliche Strukturen anzulegen ist, um festzustellen, ob die Verfassungswirklichkeit der Gewaltenteilung das Verfassungsziel des Gewaltenteilungsprinzips tatsächlich erreicht. Hierzu einige Beispiele:

- Die Frage, ob zwar die zusätzliche Verwaltungstätigkeit eines Rechtsprechungorgans im Allgemeinen die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gefährdet (Grundsatz des § 4 I DRiG), ob die psychosozialen Wirkungsmechanismen aber im Spezialfalle der Wahrnehmung von Funktionen der Justizverwaltung (Ausnahme des § 4 II Nr. 1 DRiG) zu keiner gleichgewichtigen Gefährdung führen, ist durch Anlegen der anthropologischen Elle zu klären. Der naturgesetzliche Teil dieser Fragestellung kann nur empirisch mit humanwissenschaftlicher Methodik beantwortet werden.

- Wenn über die grundgesetzlich garantierte sachliche Unabhängigkeit der Organe der Gesetzgebung hinaus eine zusätzliche Parlamentsautonomie erforderlich ist, um diese sachliche Unabhängigkeit wirksam gegenüber Einflussnahmen der Regierung zu schützen, dann liegt die Frage nahe, warum eine in gleicher Weise wirksame organisatorische Trennung der Organe der Rechtsprechung von der Regierung nicht erforderlich sein soll. Auch hier reicht das Instrumentarium der Jurisprudenz zu einer wissenschaftlich fundierten Beantwortung der Frage nicht hin. Sollte eine sozialpsychologische Untersuchung ergeben, dass die anthropologischen

³⁶⁶ Vgl. Text zu Fn. 101.

Bedingungen in beiden Fällen gleich gelagert sind, so wären beide Fälle auch gleich zu behandeln. Dem *Prinzip* der Gewaltenteilung folgend wäre die rechtsprechende Gewalt aus der Betreuung durch die Exekutive herauszulösen.

- Wenn Macht vor allem Gratifikations- und Sanktionsmacht ist, dann stellt sich die Frage, ob und mit welcher Wirkung im Allgemeinen die Exekutive über ihre Beförderungshoheit Macht über die Richter ausübt. Die anthropologische Elle ist der Maßstab dafür, ob und inwieweit sich diese Machtunterworfenheit schon durch ihr Vorhandensein auf den Kern der Rechtsprechungstätigkeit auswirkt. Die Frage ist außerrechtlich und empirisch zu untersuchen.

- In gleicher Weise stellt sich die Frage, welche psychosozialen Folgen für die Rechtsprechung die Befugnis der vollziehenden Gewalt zur Ausstattung, Beurteilung und Überwachung der Richter nach sich zieht. Auch diese Frage kann nicht mit den Mitteln einer rein normorientierten Jurisprudenz beantwortet werden.

In Gesetzesbegründungen, Kommentaren und juristischen Lehrbüchern sucht man vergeblich nach empirischen Untersuchungen und Beweisen auf humanwissenschaftlichem Niveau für die *Unterstellung*, dass die Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt durch die Exekutive als solche anthropologisch unbedenklich sei. Die Betreuung der Judikative durch die ausführende Gewalt geht auf *politische* Entscheidungen des 19. Jahrhunderts zurück. In den gesellschaftlichen Verhältnissen und nach dem anthropologischen Wissensstand des 19. Jahrhunderts mögen sie geringen Bedenken begegnet sein. Das Grundgesetz ist keine Verfassung des 19. Jahrhunderts. In der Verfassungswirklichkeit des 21. Jahrhunderts endet die Umsetzung des Gewaltenteilungsprinzips des Grundgesetzes in einem Torso.

d. Der Weg eines erfolgreichen Verfassungsprinzips

Die Verfassungswirklichkeit des Jahres 1949 widersprach nicht nur dem Gewaltenteilungsprinzip. Auch das *Prinzip der Gleichberechtigung*³⁶⁷ von Mann und Frau (Art. III 2 GG) traf eine unvorbereitete Gesellschaft an. Wie ein Verfassungsprinzip Staat und Gesellschaft verändern können, zeigt die Geschichte dieses

³⁶⁷ Zu der Wahl dieses Begriffes vgl. BVerfGE 3, S. 225; 10, 59 ff.

Prinzips.

Das Jahr 1949 kannte keine Gleichberechtigung der Geschlechter auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts. Dem Ehemann stand die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu, insbesondere die Bestimmung von Wohnort und Wohnung; die Frau erhielt den Familiennamen des Mannes (§1354 BGB). Sie war verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten (§ 1357 BGB). Das Vermögen der Frau wurde durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen (eingebrachtes Gut). Zum eingebrachten Gut gehörte auch das Vermögen, das die Frau während der Ehe erwarb (§ 1363 BGB). Der Mann konnte ohne Zustimmung der Frau über Geld und andere verbrauchbare Sachen der Frau verfügen (§ 1376 Nr. 1 BGB). Zur Verfügung über ihr eingebrachtes Gut bedurfte die Frau der Einwilligung des Mannes (§ 1395 BGB). Ein Kind erhielt den Familiennamen des Vaters (§ 1616 BGB). Das Recht und die Pflicht, kraft der elterlichen Gewalt für das Kind und das Vermögen des Kindes zu sorgen, hatte der Vater (§ 1627 BGB). Der Mutter stand die elterliche Gewalt dann zu, wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt war oder wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hatte und die Ehe aufgelöst war (§ 1684 BGB).

Diese Rechtsvorschriften spiegelten weitgehend die Verfassungswirklichkeit der jungen Bundesrepublik Deutschland wider. Sie widersprach dem Verfassungstext des Art. 3 II GG.

Obwohl die Grundrechte die Gesetzgebung wie auch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden (Art. 1 III GG), traf Art. 117 GG für Art. 3 II GG die Ausnahmeregelung, dass das dieser Norm entgegenstehende Recht bis zu seiner Anpassung an diese Bestimmung in Kraft bleiben sollte, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1953. Der Verfassungsgeber hatte dem Gesetzgeber eine Frist eingeräumt, das einfache Recht gemäß dem vorgegebenen Prinzip der Gleichberechtigung der Geschlechter zu bereinigen. Die Frist verstrich ohne ein Tätigwerden des Gesetzgebers. Möglicherweise entsprach das überkommene bürgerliche Recht so sehr den Grundüberzeugungen dominanter politischer Kreise, dass man keine Veranlassung sah, tätig zu werden.

Die untätige Politik bekam Rückendeckung von rechtswissenschaftlich prominenter Seite. Gegen Art. 3 II GG wurde Art. 6 I GG ins Feld geführt, nach welchem Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz des Staates stehen. Art. 3 II GG wurde in

ähnlicher Weise attackiert wie Art. 92 GG bis heute: Durch den Versuch, seinen klaren Wortlaut mit Mitteln juristischer Kunst auf eine ohnmächtige Minimalaussage zu reduzieren.

In seinem Beitrag „Art. 3 II GG - vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen“³⁶⁸ plädierte Dürig für eine Rücksichtnahme auf das christliche Ehebild in der abendländischen Kultur. Der Anspruch des Mannes auf Letztentscheidung sei eine Vorgegebenheit, die sich aus religiösen und historischen Wertungen ergebe. Die Familie bedürfe zur Wahrung ihrer Einheit der Autorität des Mannes³⁶⁹. Maunz führte in seinem Lehrbuch „Deutsches Staatsrecht“ aus, als Leitgedanke für die justitielle Sinnerfüllung des Gleichberechtigungsartikels sei der Zusammenhang mit Art. 6 I GG zu beachten. Art. 3 II GG finde seine immanente Schranke an dem Ehebild, das die deutsche Kultur in langen geschichtlichen Zeiträumen entfaltet habe. Gleichberechtigung könne nicht mechanisch, sondern nur organisch, nicht materiell, sondern funktionell, nicht als eine gleichmacherische, sondern nur als eine gleichwertende gemeint sein³⁷⁰.

Der eigenständige Wortlaut des Art. 3 II GG setzte sich durch und mit ihm das *Prinzip* der Gleichberechtigung. Durch das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts vom 18.06.1957 (Gleichberechtigungsgesetz)³⁷¹ wurden die vorstehend zitierten Vorschriften des BGB aufgehoben oder abgeändert.

Maßstab gebend wirkte dieses Prinzip in der Folgezeit auf den politischen Prozess zurück. Der durch das Gleichberechtigungsgesetz eingeführte neue § 1626 I BGB, nach dem der Vater das Entscheidungsgewalt hatte, wenn sich die Eltern in einer Frage der Sorge für die Person oder des Vermögens des Kindes nicht einigen konnten, wurde auf Vorlage der Amtsgerichte Bensberg und Köln durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.07.1959 wegen Unvereinbarkeit mit Art. 3 II GG für nichtig erklärt. Das hinderte den Bundesgesetzgeber nicht daran, 17 Jahre später in § 1355 II BGB festzulegen, dass der Name des Mannes Ehefrau werde, wenn sich die Eheleute bei der Eheschließung nicht auf einen gemeinsamen Ehenamen

³⁶⁸ Dürig, Art. 3 II GG - vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen, FamRZ 1954, S 2 ff.

³⁶⁹ Dürig, Art. 3 II GG - vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen, FamRZ 1954, S. 4.

³⁷⁰ Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 100.

³⁷¹ BGBl. I S. 609.

einigen können³⁷². Wiederum wirkte ein Verfassungsprinzip Maßstab gebend auf den politischen Prozess zurück. Auf Grund der Vorlage des Amtsgerichts Tübingen wurde § 1355 BGB durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 05.03.1991³⁷³ für mit Art. 3 II GG unvereinbar erklärt. Der Gesetzgeber regelte das Ehenamensrecht neu.

Bis heute ist das Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter zugleich Handlungsmotiv und Maßstab für das politische Handeln geblieben. Die Geschichte seiner Umsetzung in die Realität verdeutlicht beispielhaft den Sinn und Zweck eines in der Verfassung niedergeschriebenen Prinzips.

e. Fazit

Die Auslegung einer Verfassung, die der Umsetzung eines Verfassungsprinzips in die Verfassungswirklichkeit entgegen argumentiert und sie auf diese Weise auszubremsen sucht, ist eine Auslegung gegen die Verfassung. Die Verfassung wird verfassungswidrig interpretiert. Dies galt für den Gleichheitssatz und gilt bis heute für das an ganz besonderer Stelle³⁷⁴ niedergelegte und dadurch hervorgehobene Prinzip der Gewaltenteilung des Art. 20 II 2 GG.

Prinzipien verlangen dort nach Veränderung, wo die Wirklichkeit mit ihren Einsichten und Zielen nicht übereinstimmt. Die von Art. 20 II 2 GG im Jahre 1949 vorgefundene und bis heute in ihrer Grundstruktur unveränderte Verwaltung der Dritten Gewalt durch die Exekutive entspricht nicht den Zielen des Gewaltenteilungsprinzips. Die deutsche Verfassungswirklichkeit begnügt sich mit rechtlichen Appellen an die mit der Justizverwaltung betrauten Staatsorgane; sie hofft auf deren tugendhafte Zurückhaltung. Sie kennt keine faktischen staatlichen Organisationsstrukturen, die darauf gerichtet sind, einen Eingriff der vollziehenden Gewalt in die Rechtsprechung von vornherein unmöglich zu machen. Deutschland folgt dem Hoffungsprinzip, nicht dem Gewaltenteilungsprinzip.

³⁷² Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) vom 14. 07.1976 (BGBl. I S. 1421).

³⁷³ BVerfGE 84, S. 9 ff.

³⁷⁴ Art. 79 III GG.

Wer über andere Menschen verfügen kann - wie die deutschen Exekutiven über die ihrer Gewalt³⁷⁵ anvertrauten Richter -, hat Macht über diese Menschen. Dies gilt für alle gesellschaftlichen Bereiche und wird in wissenschaftlichen Disziplinen außerhalb der Jurisprudenz gesehen³⁷⁶. Dass im Justizbereich besondere Naturgesetze gelten, ist prima facie unwahrscheinlich und wäre eine im Wortsinne ebenso bodenlose Unterstellung wie die Behauptung, demokratisch legitimierte Politiker und die ihnen nachgeordneten Exekutivorgane handelten in idealtypischer Weise normgetreu.

Die Nennung dreier Staatsgewalten in Art. 20 II 2 GG wäre ein verfassungsrechtliches Nullum (in den Worten Ridders ein „*nebelspendender Wortzauber*“³⁷⁷), wenn man die dieser Norm zu Grunde liegende anthropologische Einsicht ignorierte. Nimmt man diese Einsicht aber zur Kenntnis, dann hat der Verfassungsgeber mit Art. 20 II 2 GG die Gewaltenteilung als ein Verfassungs*prinzip* konstituiert und damit eine Zielvorgabe für den einfachen Gesetzgeber geschaffen, dieses Prinzip - mit der anthropologischen Einsicht als Handlungsanleitung - in die Verfassungswirklichkeit hinein zu tragen. Dann wird ein Teil der menschlichen Natur zum Maßstab für das Sein der Gewaltenteilung in Deutschland.

Zu der Forderung nach einer den Richtern anvertrauten, durch organisatorische Absicherungen von möglichen rechtsprechungsfremden Einflüssen der Exekutive befreiten rechtsprechenden Gewalt bedarf es nicht erst des Wortlauts des Art. 92 erster Halbsatz GG; die Forderung nach einer wirksamen Trennung von ausführender und rechtsprechender Gewalt folgt schon aus Art. 20 II 2 GG, der Ausgangspunkt ist auf dem Wege zu einer Ausgestaltung der Staatsstrukturen, die der dem Gewaltenteilungs*prinzip* zugrundeliegenden Einsicht gerecht wird.

Der Wortlaut des Art. 92 erster Halbsatz GG ist nur eine eigenständige, an die Spitze des Abschnitts „IX. Die Rechtsprechung“ gestellte Bestätigung der Grundentscheidung des Art. 20 II 2 GG für die Gewaltenteilung. Er ist eine Orientierung hin zu der Versöhnung des Gewaltenteilungsprinzips mit der deutschen Verfassungswirklichkeit. Er bringt den Willen des Grundgesetzes zum Ausdruck, dass die Rechtsprechung in gleichem Maße von der ausführenden Gewalt unabhängig sein möge wie

³⁷⁵ Vgl. Text zu Fn. 101.

³⁷⁶ Reemtsma, Vertrauen und Gewalt, S. 141 ff.; Willke, Systemtheorie III: Steuerungstheorie, S. 151 ff.; Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland, S. 38. ff.

³⁷⁷ Ridder, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages - öffentlich-rechtliche Abteilung, S. 108 f.; www.gewaltenteilung.de/jur_ridder.htm (Stand 01.01.2010).

die Gesetzgebung, dass in der Verfassungswirklichkeit Deutschlands die rechtsprechende Gewalt in gleich wirkungsvoller Weise den Richtern anvertraut sein möge wie die gesetzgebende Gewalt den Parlamentsabgeordneten.

Das letzte Wort soll ein anderer haben:

Adolf Süsterhenn am Nachmittag der zweiten Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rats vom 8. September 1948:

„Über die Statuierung der Menschen- und Grundrechte hinaus fordern wir zwecks Sicherung der menschlichen Freiheit bewusst eine pluralistische Gestaltung von Staat und Gesellschaft, die jede Machtzusammenballung an einer Stelle verhindert. Nach unserer Auffassung war es das historische Verdienst Montesquieus, erkannt und verkündet zu haben, dass jede Macht der Gefahr des Missbrauchs ausgesetzt ist, weil jeder Mensch geneigt ist, wie Montesquieu sagt, »die Gewalt, die er hat, zu missbrauchen, bis er Schranken findet«. Aus dieser Erkenntnis heraus fordert Montesquieu die Teilung der Staatsgewalt in Gesetzgebung, ausführende Gewalt und Rechtsprechung und ihre Übertragung auf verschiedene, einander gleichgeordnete Träger. Diese Auffassung, die auch heute morgen hier vertreten worden ist, wird von uns in vollem Umfang als richtig anerkannt, wobei wir den besonderen Nachdruck auf die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Justiz legen“³⁷⁸.

³⁷⁸ Süsterhenn in Werner, Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949, Akten und Protokolle, Band 9, S. 57; www.gewaltenteilung.de/richter_2.htm (Stand 01.01.2010).

Nachbemerkung

Mir lag beim Schreiben dieser Arbeit nicht daran, „richtige“ oder „endgültige“ Problemlösungen vorzuschlagen, erst recht nicht an einer mehr oder weniger originellen Neusortierung von Worten in einer vorgefundenen juristischen Begriffswelt, sondern daran, einige Schwachstellen der gegenwärtigen staatlichen Ordnung Deutschlands aufzuzeigen und für deren nachhaltige Beseitigung zu werben. Meinen Ausführungen liegt meine berufliche Erfahrung zu Grunde. Ich bin ein Praktiker.

- Wenn mein Fahrrad ein Loch im Reifen hat, halte ich es für sinnvoll, den Reifen zu flicken, um gefahrlos und effizient weiterfahren zu können. Die Überlegung, wie ein Fahrrad idealerweise konstruiert sein müsste, um platte Reifen zu vermeiden, liegt mir in diesem Moment so fern wie die geistige Auseinandersetzung mit dem Wesen des Fahrrads und seiner Stellung im Straßenverkehr des 21. Jahrhunderts.

- Wenn ich sehe und erlebe, wie es - ausgerechnet - die Staatsverwaltung in der Hand hat, sich „ihre“ Verwaltungsrichter selbst auszusuchen und nach eigenen Interessen zu verwalten und zu befördern, dann wünsche ich mir zur Wahrung der Gesetzesbindung in der Verwaltungsrechtsprechung, zur Pflege der inneren Unabhängigkeit der Richter und zur Garantie einer effizienten Kontrolle der Verwaltung, dass diese Befugnisse abgeschafft bzw. in andere Hände gelegt werden.

Es ist komfortabel für eine Regierung, wenn sie sich die zur ihrer Kontrolle bestimmten Verwaltungsrichter selbst aussuchen kann, wenn sie es in der Hand hat, über ein System von Werturteilen diejenigen unter den Verwaltungsrichtern herauszufiltern, die sie in den oberen Instanzen dieser Gerichtsbarkeit sitzen sehen möchte. Es ist luxuriös, wenn eine die Beförderungshoheit besitzende Regierung unmittelbar oder informell durch die weisungsabhängigen Verfolgungsbehörden hindurch bis in die Richterschaft hinein darauf Einfluss nehmen kann, ob sich ein Regierungsmitglied strafrechtlich zu verantworten hat.

Das *Prinzip* der Gewaltenteilung ist aktuell. Es war immer zeitgemäß, auch wenn seine Entfaltung in Deutschland erschwert worden ist. In der Europäischen Union ist Deutschland mit seiner dem 19. Jahrhundert entlehnten Justizorganisation

zwischenzeitlich in eine Außenseiterrolle geraten³⁷⁹. Ein erstes Bundesland (Hamburg) treibt die Selbstverwaltung seiner Justiz voran³⁸⁰.

Die Gewissheit, dass eine weit zurückreichende, aber weithin verdrängte Einsicht in all ihrer Unverbrauchtheit fortschrittliche Projekte beflügeln kann, lässt mich auf eine von der Verwaltung durch die Exekutive befreite Justiz in Deutschland hoffen. Die obige Darstellung der vorbeugenden Klugheit des Odysseus repräsentiert Uraltes. Sie steht am Anfang der europäischen Kultur. Montesquieus Aussage über die Erfahrungen der Menschheit mit der menschlichen Natur³⁸¹ mahnte uns zweieinhalb Jahrtausende später zu derselben Klugheit, nämlich dazu, vermeidbare Risiken nicht einzugehen, sondern sie zu vermeiden. Das kulturell übermittelte Wissen um die anthropologisch begründete Notwendigkeit, menschlichem Machtmissbrauch vorzubeugen, möge die deutsche Justiz aus ihrer babylonischen Gefangenschaft³⁸² befreien.

Ich denke dabei auch zurück an meine Kindheit in den 50er Jahren des vergangenen Jahrhunderts, in denen ich die Schande Deutschlands bei jedem Grenzübertritt, aber auch in einer Alltagskultur klammheimlicher Beschönigungen der Hitler-Zeit erfahren habe. Erst sehr viel später wurde mir bewusst, wie harmonisch sich die aus wilhelminischen Zeiten stammende exekutivische Justizverwaltung in die totale Übermacht der ausführenden Gewalt des Führerstaates eingefügt hatte. Ich gewann Verständnis für die Idee Montesquieus.

Der Wunsch, zu der Realisierung des Gewaltenteilungsprinzips in Deutschland einen Beitrag zu leisten, ist mein Motiv für diese Arbeit. Leitstern war für mich stets ein Satz Eberhard Schmidts aus dem Jahre 1953: *„In dieser Richtung zu arbeiten und auch zu wagen, sind wir einer schuldbeladenen Vergangenheit, sind wir aber auch der Zukunft Deutschlands, ja Europas schuldig“*³⁸³.

³⁷⁹ Vgl. Text zu Fn. 179, 180.

³⁸⁰ Vgl. Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins 2008, S. 9 ff.

³⁸¹ Text zu Fn. 9.

³⁸² Macke, Die Dritte Gewalt als Beute der Exekutive, DRiZ 1999, S. 485.

³⁸³ Schmidt, Richtertum, Justiz und Staat, JZ 1953, S. 321 ff. (326); www.gewaltenteilung.de/schmidt.htm (Stand 01.01.2010).

Zusammenfassung in Thesen

I.

1. Als Prinzipien bezeichnet man in Philosophie und Wissenschaft allgemeine Einsichten, Ziele und Handlungsregeln, die methodisch am Anfang eines theoretischen Aufbaus oder Systems von Handlungsorientierungen stehen und zudem die inhaltliche oder methodische Grundlage eines theoretischen oder praktischen Begründungszusammenhanges darstellen. Das Prinzip als solches ist nicht identisch mit dem Weg, den man unter seiner Anleitung beschreitet, ebenso wenig mit den äußerlichen Vorkehrungen, die getroffen werden, um nicht vom Wege abzukommen. Ein Prinzip ist etwas anderes als seine Umsetzung in die Lebenswirklichkeit. Prinzipien haben normativen Charakter; ihre Realisierung ist von faktischer Natur.

2. Das Gewaltenteilungs*prinzip* Montesquieus findet seine Begründung in den Erfahrungen mit der menschlichen Natur im Umgang mit der Macht. Nach seinen Worten lehrt eine ewige Erfahrung, dass jeder Mensch, der Macht hat, dazu getrieben wird, sie zu missbrauchen und immer weiter zu gehen, bis er an Grenzen stößt. Nach Montesquieu hat sogar die Tugend Grenzen nötig. Dies ist die anthropologische Einsicht des Gewaltenteilungs*prinzips*. Sie wird durch die Menschheitsgeschichte *prima facie* bestätigt.

3. Die juristische Ausbildung qualifiziert nicht zu einer wissenschaftlichen Widerlegung dieser anthropologisch begründeten These. Wer die anthropologische Grundannahme Montesquieus von den Schwierigkeiten der Menschen im Umgang mit der Macht in Frage stellen will, sollte dies mit Methoden der Humanwissenschaften tun. Eine humanwissenschaftlich fundierte Widerlegung der dem Gewaltenteilungsprinzip zu Grunde liegenden anthropologischen Einsicht ist nicht bekannt.

4. Montesquieu hat in der mit seinem Namen verbundenen Gewaltenteilungslehre zweierlei beschrieben: Zum einen das *Prinzip* der Gewaltenteilung und zum anderen seine Sicht einer *Umsetzung* dieses Prinzips im England des 18. Jahrhunderts.

5. Prinzip und Realisierungsmodell siedeln auf verschiedenen Ebenen. Das Maß der gegenwärtigen Brauchbarkeit einer konkreten Umsetzung eines Prinzips in der Vergangenheit sagt nichts aus über die Gültigkeit des Prinzips selbst. Daraus, dass das im Jahre 1885 von Carl Benz konstruierte „Tricycle“ im Jahre 2009 den Anforderungen des Straßenverkehrs nicht gewachsen ist, lässt sich nicht mit hinreichender Überzeugungskraft schlussfolgern, dass sich das Prinzip des sich selbst bewegenden Fahrzeugs als solches überholt hat.

6. Gleiches gilt für Montesquieus Vorstellung von einem gewaltenteilten Staat des 18. Jahrhunderts einerseits und für das von ihm formulierte Prinzip der Gewaltenteilung andererseits. Die Feudalstaaten des 18. Jahrhunderts sind Vergangenheit. Die für sie entwickelten Ideen mögen in ihrer damaligen Ausformung für moderne Staaten und Gesellschaften als unzureichend erscheinen. Die menschliche Natur ist gleich geblieben und das aus ihr abgeleitete Prinzip der Gewaltenteilung ist unverändert aktuell.

7. Seit dem 18. Jahrhundert war und ist eine Vielzahl von Staaten bestrebt, dem Gewaltenteilungs*prinzip* durch staatliche Organisationsstrukturen zur Geltung zu verhelfen. Die gefundenen Organisationsformen sind voneinander verschieden, das ihnen zu Grunde liegende *Prinzip* ist ein und dasselbe.

Das *Prinzip* der Gewaltenteilung ist der auf einer gleichen anthropologischen Einsicht beruhende gemeinsame Ausgangspunkt aller unterschiedlichen Gewaltenteilungsstrukturmodelle.

8. Es gibt keine Instanz, die mit axiomatischem Geltungsanspruch feststellen könnte, welches die „richtige“ oder die „wahre“ Umsetzung des Gewaltenteilungs*prinzips* ist. Schon deshalb geht beispielsweise die Behauptung ins Leere, zu einer „richtigen“

Gewaltenteilung gehöre zwingend eine durchgängige wechselseitige Kontrolle der Staatsgewalten.

9. Der Wortlaut des Art. 20 II 2 GG enthält keine eigene Aussage zu den organisationsrechtlichen Beziehungen, welche die dort genannten Organe miteinander unterhalten sollen und dürfen; d.h., er schreibt keine bestimmten staatlichen Organisationsformen vor. Ihm liegt aber die anthropologische Einsicht des Gewaltenteilungs*prinzips* zu Grunde.

Aus Art. 20 II 2 GG folgt die Forderung des Grundgesetzes nach einer, wie immer auch gestalteten, so doch wirkungskräftigen Ausbalancierung der dort genannten drei Staatsgewalten. Andernfalls verlöre die Verteilung der Ausübung der Staatsgewalt auf drei Träger den ihr vom Verfassungsgeber unterlegten anthropologischen Bedeutungsinhalt. Art. 20 II 2 GG würde zu einer von historischen, soziologischen und humanwissenschaftlichen Bezügen losgelösten, je nach Positionierung des Kommentators von anderen Begriffswelten des Grundgesetzes her aufzufüllenden Hülse, zu einer Spielwiese für Juristen.

10. Indem Art. 97 I GG die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidungsfindung (auch) von der Exekutive garantiert, ist er eine Manifestation des *Prinzips* der Gewaltenteilung im Grundgesetz. Art. 97 I GG soll ein Übermaß an Macht der Exekutive verhindern, das gegeben wäre, wenn die Regierung oder die ihr nachgeordneten Organe die Entscheidungsfindung der Richter inhaltlich beeinflussen könnten.

11. Wer sich darauf beschränkt, das positive Recht als einen autonomen Kosmos von geltenden Normen aufzufassen, der von einer als nicht-empirische Disziplin aufgefassten reinen Jurisprudenz kognitiv erfasst werden soll, läuft Gefahr, den hinreichenden Bezug zur Realität zu verlieren und Worte ohne Geltung zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen zu machen. Dies gilt auch für die Auslegung der Art. 20 II 2, 92 erster Halbsatz und 97 I GG.

II.

1. Die rein normorientierte Auslegung einer Verfassung ohne einen zureichenden Rückbezug auf ihre vorkonstitutionelle Sinnggebung und die dieser zugrunde liegenden anthropologischen Einsichten erleichtert die Einspeisung voluntativer Elemente nach eigenem Gutdünken und begünstigt willkürliche Werterelativierungen.

2. Dass die anthropologisch bedingte Gefährdung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung durch eine exekutivische Verwaltung nicht so gravierend sei, dass dieser Gesichtspunkt bei der Auslegung des Grundgesetzes Berücksichtigung finden müsste, ist die stumme Behauptung der Kommentatoren des Grundgesetzes, die außerrechtliche - anthropologische, historische, soziologische - Fragestellungen vernachlässigen.

3. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Gewaltenteilung zwar als *tragendes Organisationsprinzip des Grundgesetzes*, teilt aber nicht mit, wo in der deutschen Verfassungswirklichkeit in dem Verhältnis zwischen Exekutive und Judikative Organisationsstrukturen von tatsächlich tragender Wirkungskraft zu finden sind. Ob die Bundesrepublik Deutschland bereits Organisationsstrukturen besitzt, die ein psychosoziales Übergewicht der Exekutive über die Organe der Judikative ausschließen, ist nicht empirisch erforscht. So folgt auch das Bundesverfassungsgericht der stummen Behauptung, die Unabhängigkeit der Richter sei durch die exekutivische Justizverwaltung nicht in einer psychologisch relevanten Weise gefährdet.

III.

1. Zur Verfassungswirklichkeit gehört die Ebene des *Könnens*; was eine Staatsgewalt kann, steht in ihrer Macht. Sie kann mit dieser Macht maßvoll umgehen, sie kann auf ihre Ausübung verzichten. Selbst der Verzicht auf die Machtausübung ändert nichts an der Tatsache der Innehabung der Macht. Der

Umfang der Befähigung einer Staatsgewalt zur Ausübung von Macht hängt davon ab, welche *faktischen Möglichkeiten* sie hat.

2. Macht ist die *tatsächliche Fähigkeit*, andere Menschen dazu zu veranlassen, die eigenen Handlungsziele zu unterstützen - ganz gleich, worauf diese Fähigkeit beruht und unabhängig davon, ob ihre Ausübung erlaubt oder verboten ist. Macht hat zwei Aspekte: Sie beruht auf der Fähigkeit, anderen Menschen Vorteile zu verschaffen, und der Fähigkeit, anderen Menschen Nachteile zu verschaffen. Macht ist Gratifikations- und Sanktionsmacht. Macht ist der Reflex der Gefolgsbereitschaft.

Eltern haben eine tatsächliche Macht über ihre Kinder, Vormünder über ihre Mündel, Betreuer über die von ihnen Betreuten, Vorgesetzte über ihre Untergebenen, Verwalter über die von ihnen Verwalteten. Allein schon die sich aus der Fürsorge für einen anderen ergebende Informationsfülle verleiht Macht.

Indem die deutsche Exekutive die Gerichte verwaltet, hat sie im Wortsinne „Gewalt“ über die Richter. Der Begriff Gewalt ist eine Bildung des althochdeutschen Verbes *waltan* > stark sein, beherrschen; mittelhochdeutsch: *verwalten* > in Gewalt haben, für etwas sorgen.

3. Schon das Wissen um das Vorhandensein der Gratifikations- und Sanktionsmacht einer übergeordneten Instanz führt bei Menschen zu Reflexen der Unterordnung, der Gefolgsbereitschaft, des vorauseilenden Gehorsams: bei Kindern in der Schule, bei Angestellten im Betrieb, bei Fußballspielern im Verein, bei Richtern in der Justizhierarchie. Daher birgt die Verwaltungsmacht einer Exekutive über die Rechtsprechung die Gefahr von Interessenkollisionen, denn vollziehende Gewalt und rechtsprechende Gewalt folgen unterschiedlichen Gesetzmäßigkeiten.

4. Anders als der Regierende ist der Richter nicht zeitbedingten Nützlichkeitszielen, sondern - in dieser Zielrichtung zeitlos - Rechtswerten zugetan. Regierungstätigkeit ist gestaltend und folgt vorausschauend politischen Zielsetzungen. Der Richter hingegen hat - insoweit rückwärtsgewandt - das in der Vergangenheit gesetzte Recht in der Gegenwart anzuwenden und sich hierbei nur von der Wahrheit und der

Gerechtigkeit als Richtschnur leiten zu lassen.

5. Ein auf die aktuelle Durchsetzung (partei-)politischer Ziele abzielender Wille regiert die Exekutive. Die natürlichen Interessen von auf Wahlerfolge angewiesenen Parteipolitikern sind oft tagespolitisch kurz und orientieren sich nicht selten an politischen Moden. Es ist auch nicht auszuschließen, dass das Wollen von Politikern bisweilen gar keine Gestaltung und Pflege des Gemeinwesens zum Ziel hat, sondern sich in dem Interesse an eigener Karriere, Wiederwahl und Machtsicherung erschöpft.

6. In den parlamentarischen Demokratien stellt die stärkste politische Partei oder Parteienkoalition die Regierung und die Mehrheit im Parlament und beherrscht beide Organe. Den deutschen Regierungen wiederum ist die Verwaltung der Richter und der Gerichte anvertraut; sie haben Macht über die Dritte Gewalt.

7. Die deutschen Landesregierungen haben die *faktische Möglichkeit* und damit die Macht

- die Gerichte unangemessen ärmlich auszustatten,
- Richter nach ihrem Gusto auszuwählen,
- Richter über Benotungssysteme gefügig zu machen,
- Karrieren von Richtern zu manipulieren,
- Richter nach exekutivischen Bedürfnissen zu befördern,
- unfolgsame Richter abzustrafen,
- über die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen der Richter - an den vom Deutschen Bundestag in Prozessordnungen festgelegten Standards vorbei - die Qualität der richterlichen Arbeit zu bestimmen,
- Richter dazu zu verleiten, das rechtliche Gehör zu versagen oder unangemessen zu verkürzen, Schriftsätze nicht oder nur cursorisch zu lesen, vorgebrachte Gesichtspunkte im Urteil nicht zur Kenntnis zu nehmen, Durchsuchungsanträge ohne eigene Nachprüfung abzuzeichnen,

- Richter vom Tag der Einstellung an nach ihren Vorstellungen einzupassen und zu prägen

und sie lassen ihre Möglichkeiten nicht ungenutzt.

8. Die Worte des Art. 97 I GG erreichen die deutsche Verfassungswirklichkeit nur in einem unzureichenden Maße. In der Realität sind die Richter vom ersten Arbeitstage an nicht „nur dem Gesetze“, sondern auch der fürsorglichen Gewalt einer Regierung unterworfen. Deren Gratifikations- und Sanktionsmacht wirkt selbst auf die Richter, die sich ihr zu verschließen suchen, um ihre innere Unabhängigkeit zu bewahren.

9. Eine von administrativ oder politisch motivierten Einflüssen der Exekutive freie Justiz ist möglich. Das verdeutlicht das Justizorganisationsrecht der Staaten der Europäischen Union, die eine Verwaltung der Justiz durch ein von der Exekutive unabhängiges Organ vorsehen. Auch dort, wo Richter unmittelbar durch das Volk oder durch das Parlament gewählt werden, sind sie von der vollziehenden Gewalt unabhängig.

10. Auch eine verfassungsrechtlich hinreichend demokratische Legitimierung eines Justizselbstverwaltungsorgans ist möglich. Dies zeigt ein Blick auf ausländische Organisationsformen. So werden beispielsweise in Spanien die Mitglieder des Selbstverwaltungsorgans der Justiz (Consejo General del Poder Judicial - Oberster Rat der Gerichtsbarkeit) direkt vom Parlament gewählt. Jedes seiner Mitglieder ist damit unmittelbarer demokratisch legitimiert als jeder in Deutschland vom Ministerpräsidenten ausgesuchte und ernannte Justizminister. Die Mitglieder des Consejo General del Poder Judicial sind in demselben Maße unmittelbar demokratisch legitimiert wie der Ministerpräsident selbst.

11. Die Feststellung des Deutschen Richterbundes, dass der im Grundgesetz verbriefte Anspruch des Bürgers auf Justizgewährung, auf Zugang zur Justiz, ein faires Verfahren, eine zügige Entscheidung und die Möglichkeit eines Rechtsmittels *immer mehr* auf der Strecke bleibt, korrespondiert mit der aus historischer

Erfahrung gewonnenen Einsicht, die der Gewaltenteilungslehre Montesquieus zu Grunde liegt. Jede Macht trägt die Tendenz zu ihrer Erweiterung in sich. Die Macht der deutschen Exekutiven über die Richter stößt auf keine organisatorischen oder strukturellen, sondern nur auf verbale Grenzen.

12. Die Quantitäten und die Qualitäten der wechselseitigen Einwirkungsmöglichkeiten von Exekutive und Judikative in Deutschland sind nicht ausgewogen, sondern zeigen das Zerrbild einer Gewaltenbalance. Die beiderseitigen Einwirkungsmöglichkeiten siedeln auf qualitativ verschiedenen Ebenen: Die Exekutive hat Gewalt über die Richter als Einzelpersonen. Die Judikative hat keine Gewalt über die Personen der Exekutive.

13. Die in Deutschland vielfach erhobene Forderung nach einer durchgängigen Gegenseitigkeit der Kontrolle zwischen den Staatsgewalten ist wissenschaftlich defizitär. Unter Verzicht auf die Erarbeitung von substantiellen Parametern für eine Ausgewogenheit zwischen zwei in ihrem Seinsbestand voneinander unabhängigen Staatsgewalten und ohne einen so erarbeiteten Maßstab (Obersatz) an die Wirklichkeit anzulegen wird vielfach unterstellt, dass die im Jahre 1877 institutionalisierte Verwaltung der rechtsprechenden Gewalt durch die vollziehende Gewalt zu einer hinnehmbar austarierten und deshalb praktisch wirksamen Gewaltenbalance zwischen Exekutive und Judikative geführt hat.

Die Gegenseitigkeitsthese widerspricht auch dem Grundgesetz, das keine Verwaltung der gesetzgebenden Gewalt durch die vollziehende Gewalt gestattet.

14. Die Meinung, zur Garantie der Gesetzesbindung (Art. 20 III GG) der Richter müsse die Dienstaufsicht in den Händen der Exekutive liegen, lebt von der Vorstellung einer Erforderlichkeit korrumpierbarer Richter.

Ein innerlich unabhängiger Richter ist in seiner Arbeitsweise und Entscheidungsfindung weder durch Dienstzeugnisse und Beförderungsaussichten noch durch Drohgebärden oder auf sonstige Weise zu beeinflussen. Unbeeindruckt entscheidet er jeden Einzelfall nach Verfassung, Gesetz und Recht in Orientierung an Wahrheit

und Gerechtigkeit. Ihm gegenüber läuft die Gratifikations- und Sanktionsmacht der Justizverwaltung leer.

Als möglicher Adressat von Einwirkungen der Justizverwaltung kommt nur der Richter in Betracht, der sich in seinem Arbeitsverhalten und in der Entscheidungsfindung von lockenden Vorteilen und drohenden Nachteilen beeinflussen lässt.

Charakterschwäche scheidet als Wirkungselement der Gewaltenverschränkung des Grundgesetzes aus. Dass die Bundesrepublik Deutschland zur praktischen Umsetzung des Art. 20 III GG korrumpierbarer Richter bedürfe, ist abwegig.

15. Die Richterdienstgerichte sehen die innere Unabhängigkeit der Richter nicht schon durch die Justizverwaltung in Regierungshand gefährdet. Die zu Gunsten von Richtern entschiedenen Einzelfälle sind für den Bundesgerichtshof (Dienstgericht des Bundes) nicht die sichtbar gewordenen Spitzen des immer gleichen Eisberges, der bei jeder Drehung notwendigerweise immer von neuem solche Spitzen gebären muss, weil dies zu seinem Wesen gehört. Vielmehr nimmt die richterdienstgerichtliche Rechtsprechung die psychosozialen Wirkungszusammenhänge nur unzureichend zur Kenntnis, die unabhängig von einem exekutivischen Handeln im Einzelfall schon durch die Existenz des Machtgefälles zwischen den Organen der vollziehenden Gewalt und den Richtern im Selbstlauf geeignet sind, die richterliche Unabhängigkeit zu beeinträchtigen.

IV.

1. Der Glaube an das Gute im Menschen kann dazu verleiten, Herrschern auf Treu und Glauben Macht anzuvertrauen. Skeptiker ziehen die Sicherheit vor und versuchen, möglichem Machtmissbrauch durch organisatorische Machtbegrenzung vorzubeugen. Die Vertrauenslösung entspricht den Wünschen des Herrschers nach Handlungsfreiheit und kommt menschlichen Sehnsüchten nach Harmonie und Geborgenheit entgegen. Montesquieu vertraute nicht. Er war ein Skeptiker. Seine Skepsis hat in Art. 20 II 2 GG einen Niederschlag gefunden.

2. Das *Gewaltenteilungsprinzip* hat die Gefahrenabwehr durch Gefahrenausschluss zum Ziel; es strebt nach staatlichen Organisationsstrukturen, die Machtüberschreitungen verhindern. Je weniger konsequent ein Gemeinwesen einer Gefahr organisatorisch und strukturell vorbeugt, desto mehr folgt es dem *Hoffnungsprinzip*.

3. Als Handlungsorientierungen verlangen Prinzipien nach Gestaltung. Soweit ihnen die Wirklichkeit nicht entspricht, verlangen sie nach Umgestaltung. Normen schreiben ein Sollen vor. Dem in Art. 20 II 2 GG festgeschriebenen *Prinzip* der Gewaltenteilung effektiv zur Geltung zu verhelfen ist eine aus dieser Norm folgende Aufgabe.

4. Das auf einer Einsicht in die menschliche Natur beruhende *Prinzip* Montesquieus liegt als Vorentscheidung des Grundgesetzes der rechtswissenschaftlichen Exegese voraus und soll diese zielorientiert leiten.

5. Ob eine Verfassungsauslegung dem Ziel des *Gewaltenteilungsprinzips* förderlich ist, kann nur durch Rückbesinnung auf die ihm zu Grunde liegende anthropologische Einsicht beurteilt werden. Bevor man einer anthropologisch begründeten Gefahr vorbeugen kann, muss man sich mit der Struktur und der Wirkungsweise dieses außerrechtlichen Phänomens auseinandersetzen. Die gewonnene Erkenntnis gibt dann die Richtung vor, in der die einschlägigen Verfassungsnormen zweckgerichtet auszulegen sind. So wird die menschliche Natur zu der Elle, die bei der Auslegung der das Gewaltenteilungsprinzip ausformenden Normen des Grundgesetzes anzulegen ist.

6. Die Forderung des Grundgesetzes nach einem effektiven Schutz der rechtsprechenden Gewalt vor dem Machtinstinkt der ausführenden Gewalt folgt aus Art. 20 II 2 GG. Diese Norm ist der Ausgangspunkt auf dem Wege zu einer Ausgestaltung der Staatsstrukturen, die der anthropologischen Einsicht gerecht wird, die dem *Gewaltenteilungsprinzip* zugrunde liegt. Art. 92 GG ist eine an die Spitze des Abschnitts „IX. Die Rechtsprechung“ gestellte Bestätigung der Grundentscheidung

des Art. 20 II 2 GG für die Gewaltenteilung: Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut - ebenso, wie die gesetzgebende Gewalt den Parlamentsabgeordneten anvertraut ist.

Literaturverzeichnis

- Albert, Hans, Hans Albert Lesebuch, hier: Erkenntnis und Recht - Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus (S. 239 - 263), Tübingen, 2001
- Albrecht, Peter-Alexis, Die Dritte Gewalt braucht unerschrockene und von äußeren Einflüssen befreite Richterinnen und Richter, in: BJ 2009, S. 184 - 186
- Albrecht, Peter-Alexis, Die vergessene Freiheit, Berlin, 2006
- Augstein, Jakob, Hochstapeleien, tief gehängt, in: Süddeutsche Zeitung Nr. 19 vom 25.01.1999, S. 3
- Baltzer, Ulrich, Das Gespenst »richterlicher Ethik«, in: KritV 2008, S. 482 - 488
- Bayo-Delgado, Joaquin, Praktische Erfahrungen aus der Selbstverwaltung: Das Spanische Modell, in: KritV 2008, S. 397 - 404
- Civinini, Giuliana, Warum mehr Frauen als Männer in Italien und Frankreich des Richterberuf ergreifen, in: BJ 2008, S. 304 - 307
- Dreier, Horst (Hrsg.), in Grundgesetz - Kommentar, 1. Band (Art. 1 - 19) 2. Auflage 2004 (zit: Dreier in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar)
- Dreier, Horst (Hrsg.), in Grundgesetz - Kommentar, 2. Band (Art. 20 - 82) 1. Auflage 1998 (zit: Morlock in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar)
- Dreier, Horst (Hrsg.), in Grundgesetz - Kommentar, 3. Band (Art. 83 - 146) 2. Auflage 2008 (zit: Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz - Kommentar)
- Dresdner Neueste Nachrichten vom 22.08.2000, S. 4: Neue Vorwürfe gegen Heitmann
- Duden, Das Herkunftswörterbuch Mannheim · Wien · Zürich, 2007
- Duden, Deutsches Universal Wörterbuch, Mannheim · Leipzig · Wien · Zürich, 1989
- Dürig, Günter, Art. 3 II GG - vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen, in: FamRZ 1954, S. 2-5
- Eschenburg, Theodor, Ämterpatronage, Stuttgart, 1961
- Eschenburg, Theodor, Staat und Gesellschaft in Deutschland, Stuttgart, 1962
- Eschenburg, Theodor, Verfassung und Verwaltungsaufbau des Südweststaats, Stuttgart, 1952
- Friedrichsen, Gisela, Gekränkt, verhöhnt, blamiert - Der Hochstapler Gert Postel wird zum erstenmal eine Freiheitsstrafe, vier Jahre, verbüßen müssen. Wird er sich ändern? in: DER SPIEGEL 4/1999, S. 105 - 106
- Frisch, Max, Homo Faber, Stuttgart · Hamburg, 1957
- Giesen, Thomas, Der diskrete Einfluss des Ministeriums, in: Sächsische Zeitung vom 06.12.2008, S. 6
- Goethe, Johann Wolfgang, Goethes Werke, 2. Band (Dramen), Berlin · Darmstadt · Wien, 1967
- Groß, Thomas, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit, in: DRiZ 2003, S. 298 - 302

- Guddat, Thomas, Die Übertragung eines weiteren Richteramtes - Der sächsische Weg, in: INFO Nr. 15 vom Dezember 2008 der Neuen Richtervereinigung Landesverband Sachsen, S. 4 - 11
- Häuser, Horst, Die unzulässige Praxis der Besetzung der Hessischen Richterdienstgerichte, in: <http://www.gewaltenteilung.de/haeuser.htm> (Stand 01.01.2010)
- Häuser, Horst, Vorfragen richterlicher Ethik - Zur gesellschaftlichen und individuellen Entwicklung von Moral, in: BJ 2003, S. 186 - 192
- Hartleb, Florian, Mensch und Politik, Sozialkunde Bayern, Braunschweig, 2009 S. 124
- Hassemer, Winfried, Für eine Reform der Dritten Gewalt, in: DRiZ 1998, S. 391 - 402
- Haufler, Daniel, Unseriös gegen unsozial, in: Berliner Zeitung vom 27.02.2009, S. 3
- Herzog, Roman, Allgemeine Staatslehre, Frankfurt a.M., 1971
- Hömig, Dieter (Hrsg), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage 2007 (zit.: Hömig in: Hömig, Grundgesetz - Kommentar)
- Hoffmann, Hans und Hopf auf, Axel (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, begründet von Bruno Schmidt-Bleibtreu und Franz Klein, 11. Auflage 2008 (zit.: Hopf auf in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz)
- Homer, Ilias · Odyssee, 4. Auflage München, 2008
- Husen, Paulus van, Die Entfesselung der Dritten Gewalt, in: AöR 78 (1952/53), S. 49 - 62
- Imboden, Max, Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaats, Wien, 1965
- Jarass, Hans D. und Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage 2009 (zit.: Pieroth in Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)
- Jaspers, Karl, Wohin treibt die Bundesrepublik, München · Zürich, 1966
- Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, Krinberg/Ts., 1976
- Kant, Immanuel, Werke in sechs Bänden; 4. Band (Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie), Darmstadt, 1970
- Köbler, Gerhard, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, München, 1997
- Kreth, Elisabeth, Zur Ethik richterlichen Verhaltens, in: KritV 2008, S. 475 - 481
- Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, begründet von Ingo vom Münch, 3. Band (Art. 70 - 146), 5. Auflage 2003 (zit: Meyer in v. Münch/Kunig, Grundgesetz - Kommentar)
- Lamprecht, Rolf, Die autistische Gewalt, in: BJ Nr. 80, S. 372 - 375
- Lassalle, Ferdinand, Über Verfassungswesen, Darmstadt, 1958
- Locke, John, Über die Regierung, Stuttgart, 2003
- Löwith, Karl, Gott, Mensch und Welt in der Metaphysik von Descartes bis zu Nietzsche, Göttingen, 1967
- Macchiavelli, Niccolò, Der Fürst, Stuttgart, 1978
- Macke, Peter, Die Dritte Gewalt als Beute der Exekutive, in: DRiZ 1999, S. 481 - 487

- Madison, James, The Federalist Papers, 51. „Federalist“- Artikel vom 6. Februar 1788, in: Die Amerikanische Revolution, München, 1987
- Maunz, Theodor / Dürig, Günther u.a. (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, 2. Band (Art. 12 a - 37) 7. Auflage 1991 (zit.: Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar)
- Maunz, Theodor / Dürig, Günther u.a. (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, 4. Band (Art. 91 a - 146) 7. Auflage 1991 (zit.: Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar)
- Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht, Berlin · München, 1956
- Mertin, Herbert, Selbstverwaltung der Justiz als Verfassungsauftrag? in: ZRP 2002, S. 332 - 337
- Meyers Grosses Taschenlexikon in 24 Bänden, Mannheim · Leipzig · Wien · Zürich, 1995
- Möllers, Christoph, Gewaltengliederung, Tübingen, 2005
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de, Vom Geist der Gesetze, Stuttgart, 2001
- Müller, Klaus (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar für Studium und Praxis, begründet von Otto Model, 11. Auflage 1996 (zit.: Müller in: Model/Müller, Grundgesetz - Kommentar)
- Neukirch, Ralf und Pfister, René, Politiker in Roben in: DER SPIEGEL 40/2009, S. 28 - 30
- Oberto, Giacomo, Die richterliche Unabhängigkeit in Europa und ihre Sicherung durch einen obersten Richterrat, in: www.gewaltenteilung.de/oberto.htm (Stand 01.01.2010)
- Oberto, Giacomo, Richterliche Unabhängigkeit - Rechtsvergleichende Betrachtung ihrer institutionellen Ausgestaltung in den Ländern Europas, in: ZRP 2004, S. 207 - 210
- Papier, Hans-Jürgen, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, in: NJW 2001, S. 1089 - 1094
- Pivetti, Marco, Gewaltenteilung in Italien, in: BJ 1999, S. 134 - 137
- Popper, Sir Karl, Freiheit und intellektuelle Verantwortung in: Alles Leben ist Problemlösen, München · Zürich, 2000
- Prantl, Heribert, Sachsens moderne Richter, in: Süddeutsche Zeitung Nr. 201 vom 1. September 2004, S. 10
- Rausch, Heinz, Marsilius von Padua in: Klassiker des politischen Denkens, Hrsg. Hans Maier, München, 1968 S. 172 - 197
- Rautenberg, Erardo Christoforo, Staatsanwaltschaft und Gewaltenteilung - Ein Plädoyer für die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Judikative, in: Neue Justiz 2003, S. 169 - 175
- Reemtsma, Jan Philipp, Vertrauen und Gewalt, Hamburg, 2008
- Ridder, Helmut K.J., Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages öffentlich-rechtliche Abteilung, Tübingen 1953

- Röhl, Klaus, Gerichtsverwaltung und Court-Management in den USA, Köln, 1993
- Rozek, Jochen, Verwaltungsrichterliche Dienstaufsicht zwischen Bundes- und Landesrecht, in: DÖV 2002, S. 103 - 110
- Rozek, Jochen, Was Justizminister dürfen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20.09.2000, S. 11
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, 4. Auflage 2007 (zit.: Detterbeck in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar)
- Salvi, Giovanni, Selbstverwaltung und Verfassungsrecht, Die italienische Erfahrung, in: KritV 2008, S. 367 - 379
- Scheffer, Markus, Jasager und Neinsager - Justizmodernisierung durch Justizpolitisierung? in: Neue Justiz 2006, S. 402 - 403
- Schiffer, Eugen, Die deutsche Justiz, München - Berlin, 1949
- Schmid, Carlo, in: Werner, Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949 Akten und Protokolle Band 9, München, 1996
- Schmidt, Eberhard, Richtertum, Justiz und Staat, in: JZ 1953, S. 321 - 326
- Schmidt-Räntsch, Günther und Jürgen, Deutsches Richtergesetz, München, 1988
- Schmidt-Räntsch, Ruth, Dienstaufsicht über Richter, Bielefeld, 1985
- Schütz, Carsten, Der ökonomisierte Richter, Berlin, 2005
- Schulte-Kellinghaus, Thomas, Anmerkung zu dem Beschluss der OLG Karlsruhe vom 04.02.2009, in: NJW 2009, S. 927 - 928
- Schulte-Kellinghaus, Thomas, „Qualitätsmanagement“ an den Gerichten - Was ist von den Konzepten der Justizverwaltungen zu halten? in: BJ 2005, S. 198 - 203
- Söhnen, Rüdiger, Personalpolitik in Zeiten der Cholera, in: INFO Nr. 15 vom Dezember 2008 der Neuen Richtervereinigung Landesverband Sachsen, S. 1 - 3
- Stadelmann, Thomas, Aspekte richterlicher Unabhängigkeit in der Schweiz - de iure und de facto, in: BJ 2004, S. 414 - 420
- Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, begründet von Hermann v. Mangoldt, 3. Band (Art. 83 - 146) 5. Auflage 2005 (zit.: Classen in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz)
- Steindorfner, Michael, Modernisierung der Justiz des Landes Baden-Württemberg, in: Gedächtnisschrift für Rolf Keller, hrsg. v. den Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät und dem Justizministerium, Tübingen 2003, S. 271 - 288
- Süsterhenn, Adolf, in: Werner, Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949 Akten und Protokolle Band 9, München, 1996
- Thalmair, Roland, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Portugal, in: NVwZ 2001, S. 1367 - 1369
- Thoma, Richard, Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.03.1953. Auf Ersuchen des Herrn Bundesministers der Justiz erstattet in: JöR (n.F.) 6, 1957, S. 161 - 194
- Thomas, Sir John, Einige Perspektiven für Justizverwaltungsräte, in: KritV 2008, S. 389 - 396

- Tsatsos, Themistokles, Peri Politeias, Frankfurt, 1972
- Umbach, Dieter C. und Clemens, Thomas (Hrsg.), Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2, Band (Art. 38 - 146), 1. Auflage 2002 (zit: Böttcher in: Umbach - Thomas, Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch)
- Vorländer, Hans, Die Verfassung - Idee und Geschichte, München, 1999
- Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, 2. Band (Art. 38 - 146), 2. Auflage 1989 (zit.: Wassermann in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare)
- Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft - Grundrisse der verstehenden Soziologie, Tübingen, 1985
- Weber-Grellet, Heinrich, Eigenständigkeit und Demokratisierung der Justiz, in: DRiZ 2003, S. 303 - 308
- Weist, Günter, Die Entwicklung der Dienstaufsicht über die Richter, in: DRiZ 1968, S. 223 - 228
- Wenger, Paul Wilhelm, Richter oder Justizbeamte? - Zur Stellung der „Dritten Gewalt“ im modernen Massenstaat, in: Rheinischer Merkur Nr. 9 vom 27.02.1953, S. 4
- Willke, Helmut, Systemtheorie III: Steuerungstheorie, Stuttgart, 2001
- Wittreck, Fabian, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen, 2006
- Wrobel, Hans, Verurteilt zur Demokratie, Heidelberg, 1989
- Ziesing, Lore, Deutschland und Österreich-Schlusslichter im europäischen Vergleich über die Selbstverwaltung der Justiz in: Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins 2/06, S. 38
- Zinn, Georg August, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rats am 6. Mai 1949 in: www.gewaltenteilung.de/richter_9.htm (Stand 01.01.2010).
- Zippelius, Reinhold, Allgemeine Staatslehre, München, 1985

Standards verwaltungsrichterlicher Arbeit

Der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts und die Präsidentin/die Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe der Länder haben zentrale Standards verwaltungsrichterlicher Arbeit formuliert. Danach kommt der Rechtsschutz gewährenden Tätigkeit der Richterinnen und Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit Richtlinienfunktion für das gesamte Verwaltungshandeln zu; sie hat sich im Rahmen von Gesetz und Recht an den berechtigten Interessen und Erwartungen der Bürgerinnen und Bürger, der Wirtschaft und der Verwaltung auszurichten und den im Grundgesetz verbürgten individuellen Rechtsschutz zu gewährleisten. Eine so verstandene

Kundenorientierung

erfordert insbesondere

Kurze Verfahrenslaufzeiten

- Entscheidungen müssen zeitnah ergehen.
- Eine Amtsermittlung findet grundsätzlich nur statt, wenn sie geboten ist. Im Übrigen gilt der Grundsatz: 'Was man dem Richter nicht klagt soll er nicht richten'.
- Organisatorische und personelle Maßnahmen der Verwaltungsgerichte müssen dazu beitragen, die Verfahrenslaufzeiten unter Wahrung hoher Qualität so kurz wie möglich zu halten.
- Der Verfahrensablauf muss Rücksicht nehmen auf die öffentlichen, wirtschaftlichen und sonstigen berechtigten Interessen der Verfahrensbeteiligten.
- Die Verfahren müssen transparent, fair und für alle Beteiligten zeitlich kalkulierbar sein; sie sollen dem Rechtsfrieden dienen.

Praxistaugliche Entscheidungen

- Entscheidungen müssen sich in gebotener Kürze auf das Wesentliche konzentrieren. Sie müssen lebensnah und für alle Beteiligten verständlich sein.
- Die Sprache solcher Entscheidungen ist sachlich, klar und prägnant; sie unterstreicht die neutrale Stellung des Richters.
- Entscheidungen müssen geeignet sein, Rechtssicherheit zu schaffen.

Mannheim, den 7. März 2005

Anhang 2



FINANZMINISTERIUM BADEN-WÜRTTEMBERG

Der Ministerialdirektor

Finanzministerium Baden-Württemberg • Pf. 10 14 53 • 70013 Stuttgart

Stuttgart, Januar 2000

Aktenzeichen: N-0416.2/60
(Bitte bei Antwort angeben)

Einführung neuer Steuerungsinstrumente

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachdem am 17. 01.2000 der Startschuss für das auf vier Jahre angelegte Reformprojekt gefallen ist, möchte ich mich auf diesem Wege an die Ressorts und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Landesverwaltung wenden.

Als Mitte 1993 die Regierungskommission Verwaltungsreform dem Finanzministerium den Auftrag erteilt hat, das Haushaltsrecht zu flexibilisieren und betriebswirtschaftliche Instrumente in der Landesverwaltung einzuführen, stand der Gedanken an eine moderne, zukunftsorientierte Verwaltung im Vordergrund. Damals hatte man bereits erkannt, dass dezentrale Budgetverantwortung, vereinfachte Verwaltungsverfahren und transparente Kosten zu einem effektiveren, zielgerichteteren Verwaltungshandeln führen und dadurch auch Motivation, Verantwortungs- und Selbstbewusstsein der Mitarbeiter erheblich gestärkt werden.

Aus diesem Auftrag der Regierungskommission heraus entwickelte sich das Projekt zur Einführung neuer Steuerungsinstrumente in der Landesverwaltung, welches in seiner Bedeutung der im Jahre 1973 erfolgten Gemeinde- und Kreisreform gleichgesetzt wird. Die

Dienstgebäude:
Neues Schloss
Schlossplatz 4
70173 Stuttgart

Abteilung 3
Steuern:
Dorotheenstr. 10

Telefon-Vermittlung
(07 11) 2 79 - 0
Telefax
(07 11) 2 79 - 38 93

X.400: C=DE; A=DBP; P=BWL; O=BWLFV; U-Haltestelle
OU1=FMSTU; S=Poststelle
E-Mail: Poststelle@fmstu.bwl.fv.bwl.de

Schlossplatz

baden-württembergische Landesverwaltung steht damit in punkto Verwaltungsmodernisierung und Mitarbeitermotivation im Ländervergleich an der Spitze.

Sicherlich darf dabei auch nicht verkannt werden, dass dieses Projekt eine immense Herausforderung für die gesamte Landesverwaltung, sowohl unter inhaltlichen als auch unter zeitlichen Aspekten, darstellt. Ermutigt zu diesem ehrgeizigen Vorhaben werden wir jedoch dadurch, dass dies Reformprojekt von allen im Landtag vertretenen Parteien unterstützt und gefördert wird - ein in dieser Geschlossenheit bislang wohl einmaliger Zuspruch seitens der gewählten Volksvertreter.

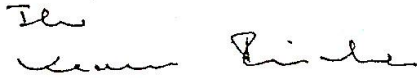
Das Finanzministerium ist als federführendes Ressort für das Gesamtprojekt der Einführung der neuen Steuerungsinstrumente verantwortlich. Hierzu wurde die Stabsstelle Neue Steuerung und Umwandlung von Landesbetrieben (NeStUL) im Finanzministerium eingerichtet. In den Teilbereichen Schulung, Controlling und Führungsinformationssystem liegt die Federführung beim Innenministerium. Für die Umsetzung in den einzelnen Verwaltungen sind die Ressorts im Rahmen ihrer Ressortverantwortlichkeit zuständig. Vor allem bei Einführung eines Haushaltsmanagements, einer Kosten- und Leistungsrechnung sowie des Controlling werden über das Projektteam hinaus zahlreiche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Landesverwaltung mitwirken und ihr Fachwissen einbringen können. Dabei wird jede Mitarbeiterin und jeder Mitarbeiter, deren/dessen Aufgabengebiete schlussendlich in das Reformprojekt miteinbezogen werden, in eigens für dieses Projekt entwickelten Weiterbildungsseminaren detailliert mit den veränderten Arbeitsmethoden, die uns künftig in weiten Bereichen unserer Aufgabengebiete erhebliche Erleichterungen bringen werden, vertraut gemacht.

Das Reformprojekt wird unter der Generalunternehmenschaft der Firma debis durchgeführt und soll in Zusammenarbeit zwischen den Ministerien mit ihren nachgeordneten Behörden und dem Projektteam erarbeitet und umgesetzt werden. Dabei sind Anregungen, Kritik und Verbesserungsvorschläge der Beschäftigten des Landes ausdrücklich erwünscht. Aus diesem Grunde wird in jedem Ministerium zumindest eine „Kopfstelle“ eingerichtet, die als Bindeglied der Beschäftigten des jeweiligen Fachbereichs zum Projektteam und umgekehrt fungiert. Bitte scheuen Sie sich nicht, diese Kopfstelle oder auch das Projektteam direkt auf Ihre Anregungen, Kritik und Verbesserungsvorschläge anzusprechen - diese sind in hohem Maße auf Ihre Mithilfe bei der erfolgreichen Umsetzung des Projektes angewiesen.

Die NeStUL hat für jedes Ressort einen Ansprechpartner bestimmt. Dieser wird sich in Kürze mit dem jeweils von ihm betreuten Ressort in Verbindung setzen und über die Organisation des Projektes und erste inhaltliche Überlegungen informieren. Es ist beabsichtigt

alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Landesverwaltung periodisch über die wesentlichen Schritte im Projekt zu informieren.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Klaus Fischer', written in black ink.

Klaus Fischer

Anhang 3



JUSTIZMINISTERIUM BADEN-WÜRTTEMBERG

Der Ministerialdirektor

Stuttgart, den 15. März 2000
An alle
Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter

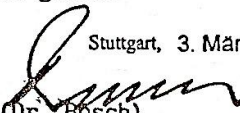
Justizministerium Baden-Württemberg - Postfach 10 34 61 - 70029 Stuttgart

An alle
Bediensteten
der Justiz

in Baden-Württemberg

i m H a u s e

Der Herr Ministerialdirektor des Justizministeriums hat mich gebeten, sein Schreiben vom 03.03.2000 sowie das Schreiben des Finanzministeriums Baden-Württembergs über die Einführung neuer Steuerungsinstrumente zur Kenntnis zu geben.

Stuttgart, 3. März 2000

(Dr. Bösch)

Einführung neuer Steuerungsinstrumente in der Landesverwaltung

Anlagen

1

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Landesregierung hat - wie Sie vielleicht bereits der Presse entnommen haben - am 17. Januar 2000 das Projekt „Einführung Neuer Steuerungsinstrumente in der Landesverwaltung“ gestartet. Der Projektgruppe ist es ein Anliegen, sich mit beiliegendem Schreiben direkt an alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Landes zu wenden.

Die Einführung Neuer Steuerungsinstrumente in der Landesverwaltung und der Justiz ist ein wichtiger Modernisierungsschritt. Die Justiz wird diesen Schritt in einer für die einzelnen Bereiche des Justizressorts geeigneten und angepassten Weise mitvollziehen und das Projekt in Zusammenarbeit mit der Praxis mitgestalten. Im Bereich der Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaften kann die Justiz auf die Erfahrungen aus den Pilotprojekten und der flächendeckenden Einführung der dezentralen Budgetverantwortung und Kostenrechnung zurückgreifen. Diese Erfahrungen wollen wir - mit Ihrer Unterstützung - in die zu erstellenden Konzepte einfließen lassen.

Dienstgebäude:

Schillerplatz 4
70173 Stuttgart

☎ Vermittlung
(0711)279-0

☎ Telefax
(0711)279-2264

Internet:
poststelle@jum.bwl.de

X.400: C=DE
O=JUM

A=DBP
S=Poststelle

P=BWL

Parkmöglichkeiten:

Tiefgarage Commerzbank
Einfahrt Dorotheenstraße

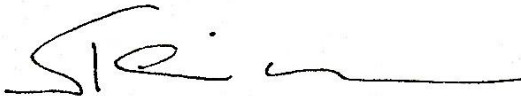
VVS-Anschluss:

U-Bahn: Schlossplatz
S-Bahn: Stadtmitt

In allen Bereichen der baden- württembergischen Rechtspflege, in den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Notariaten, im Justizvollzug, den justizeigenen Schulen, im Ministerium und den weiteren Justizeinrichtungen ist für ein Gelingen der Reform entscheidend, dass Ihre Erfahrungen und Kenntnisse bei den zu erstellenden Konzepten Berücksichtigung finden.

Als "Kopfstelle" des Justizministeriums und damit als Ansprechpartnerin für das landesweite Einführungsprojekt wurde Frau Richter Dr. Julia Kürz, Tel.: 0711 / 279-2135, Fax: 0711/ 279-2164, E- Mail: Kuerz@sp.jum.bwl.de benannt.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Steindorfner', with a long horizontal flourish extending to the right.

Steindorfner

Anhang 4

Anlage 2

Das Mitarbeitergespräch in der Justiz Konzept des Justizministeriums

Das Mitarbeitergespräch unterscheidet sich grundlegend von anderen, anlassbezogenen Gesprächstypen, wie den Einstellungs-, Beurteilungs-, Anerkennungs- oder Kritikgesprächen. Führungskräfte und Mitarbeiter sollen sich regelmäßig in jährlichem Abstand die Zeit für ein Gespräch nehmen. Im Rückblick werden die Zusammenarbeit im vergangenen Jahr gewürdigt und die Arbeitsergebnisse erörtert. Außerdem werden eventuell aufgetretene Probleme diskutiert (Beratung). Für das folgende Jahr sollen Arbeitsziele abgesprochen und wo immer möglich konkrete Ziele verabredet werden (Zielvereinbarung). Im Mitarbeitergespräch können die Wünsche und Anregungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter thematisiert, aber auch ihre berufliche Weiterentwicklung besprochen werden (Förderung).

Das Mitarbeitergespräch ist zentrales Instrument eines neuen kooperativen Führungsstils.

Zur Erläuterung einiger wesentlicher Fragen zum Mitarbeitergespräch weisen wir auf Folgendes hin:

a) Zuordnung der Gesprächspartner

Das Justizministerium hat ein Modell für die Zuordnung der Gesprächspartner bei den einzelnen Gerichten entwickelt, das sich am Konzept des sogenannten **Funktionsvorgesetzten** orientiert. Das Modell ist aus der in der Anlage beigefügten Übersicht ersichtlich. Es trägt zwei Grundgedanken Rechnung:

Jeder Vorgesetzte kann nur eine begrenzte Anzahl von Mitarbeitergesprächen sinnvoll führen. Als eine absolute Obergrenze kann man etwa 20 Gespräche im Jahr ansehen. Die verträgliche und sinnvolle Zahl liegt aber eher bei 15 Gesprächen. Aufgrund der hohen Leitungsspan-

nen in der Justiz kommt der Dienstvorgesetzte als Gesprächspartner daher häufig von vornherein nicht in Betracht.

Gesprächspartner soll möglichst der Vorgesetzte sein, mit dem der Mitarbeiter unmittelbar zusammenarbeitet. Die Gesprächssituation muss dort gesucht werden, wo sich später auch die erhofften Optimierungseffekte einstellen sollen.

Die beigelegte Aufstellung der Gesprächspartner sollte nicht im Sinne einer strikten Vorgabe verstanden werden. Ihr Sinn besteht darin, einen Rahmen vorzugeben, um eine möglichst einheitliche Handhabung zu erreichen. Von diesem Rahmen kann jedoch auch abgewichen werden, sofern hierfür sachliche Gründe bestehen. Gerade in der Einführungsphase soll es möglich sein, auf Erfahrungen und Entwicklungen mit dem neuen Instrument flexibel zu reagieren.

b) Zielvereinbarung

Der Abschluss einer Zielvereinbarung ist nicht obligatorisch, sollte aber angestrebt werden. Ihre schriftliche Fixierung hat lediglich den Sinn, den Gesprächspartnern im nächsten Jahr als Gedächtnisstütze zu dienen. Daher empfiehlt sich eine schriftliche Niederlegung der Gesprächsergebnisse auch dann, wenn keine Zielvereinbarung getroffen wurde. Das Schriftstück ist bei einem der beiden Gesprächspartner aufzubewahren. Zu anderen Zwecken als zur Gedächtnisstütze für die Gesprächspartner darf es nicht verwendet werden. Auf keinen Fall ist es zur Personalakte zu nehmen. Generell ist über den Gesprächsinhalt absolute Vertraulichkeit zu wahren, abgesehen von dem Fall, dass der Mitarbeiter ausdrücklich wünscht, dass seine Anregungen, Wünsche oder Anmerkungen weitergegeben werden.

c) Richterliche Unabhängigkeit

Die richterliche Unabhängigkeit schließt es nicht aus, Mitarbeitergespräche auch mit Richtern zu führen. Selbstverständlich muss dabei jede direkte oder indirekte Weisung unterbleiben, soweit der Schutz der Unabhängigkeit reicht. Gleiches gilt auch für Rechtspfleger.

Bei Berücksichtigung dieser Vorgaben sind auch Zielvereinbarungen mit Richtern oder Rechtspflegern nicht generell ausgeschlossen. Insbesondere,

was den Umgang mit anderen Mitarbeitern angeht, sind Ziele denkbar, die auch mit Richtern und Rechtspflegern konkret vereinbart werden können, ohne dadurch in die Garantie der Unabhängigkeit einzugreifen. Als Beispiel kann etwa die Zusammenarbeit in der Serviceeinheit, aber auch der Abbau des Referatsbestandes oder die Erreichung einer durchschnittlichen Erledigungsquote angeführt werden. Gerade in diesem Zusammenhang erscheint es auch sinnvoll, dass der Vorsitzende Richter eines Kollegialgerichts Mitarbeitergespräche mit den Richtern seiner Kammer/seines Senats führt, auch wenn man den Vorsitzenden Richter selbstverständlich nicht als Vorgesetzten der Richter des Spruchkörpers bezeichnen kann.

d) Zusammenhang mit dienstlichen Beurteilungen

Ein direkter Zusammenhang besteht schon deshalb nicht, weil das Gespräch häufig nicht vom Dienstvorgesetzten geführt wird, der eine Beurteilung zu erstellen hat. Andererseits ist der Dienstvorgesetzte natürlich nicht gehindert, den Grad der Zielerreichung seiner dienstlichen Beurteilung zu Grunde zu legen, wenn es sich um Aufgaben handelt, die ohnehin zum Anforderungsprofil der Tätigkeit des Mitarbeiters gehören. Es kann keinen Unterschied machen, ob zu beurteilende Eigenschaften zuvor in einem Mitarbeitergespräch erörtert wurden oder unabhängig davon beurteilt werden. Allerdings schafft das Mitarbeitergespräch eine größere Transparenz für den Mitarbeiter, da Maßstäbe und konkretes Anforderungsprofil vom Vorgesetzten offengelegt werden können.

e) Vorgabe eines Zeitrahmens für die Gespräche

Eine dauerhafte Institutionalisierung des jährlich stattfindenden Mitarbeitergespräches erfordert es, dass die Gesprächsführung von der Leitung des Gerichts eingefordert wird. Es ist daher ein Zeitrahmen festzulegen, innerhalb dessen alle Mitarbeitergespräche am Gericht zu führen sind. Erfahrungsgemäß ist ein Zeitrahmen von drei Monaten erforderlich. Im Hinblick auf die regelmäßig zum Jahresende neu erfolgende Geschäftsverteilung ist das dritte Quartal aus unserer Sicht für Gerichte besonders geeignet. Sollte vor Ort jedoch ein anderes Quartal für sinnvoller gehalten werden, so steht der Führung der Gespräche in einem abweichenden Zeitraum nichts entgegen.

Das Mitarbeitergespräch Gesprächskonstellationen (Wer spricht mit wem?)

Ordentliche Gerichtsbarkeit

Oberlandesgerichte

Präsident (in Arbeitsteilung mit dem **Vizepräsidenten**) → Präsidenten der Landgerichte, Vorsitzende Richter am OLG, Mitglieder des eigenen Senats und diesem funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Präsidialrichter, Geschäftsleiter OLG, Vorzimmer, Cheffahrer

Vorsitzende Richter am OLG → Senatsmitglieder, funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Rechtspfleger (soweit funktional – zumindest teilweise - zugeordnet)

Geschäftsleiter → Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Unterstützungsbereiche ohne funktionale Zuordnung

Landgerichte

Präsident (je nach Größe des Gerichts und des Bezirks in Arbeitsteilung mit dem **Vizepräsidenten**) → Amtsgerichtsdirektoren, Vorsitzende Richter am LG, Mitglieder der eigenen Kammer und dieser funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Präsidialrichter (soweit vorhanden), Geschäftsleiter des LG, Vorzimmer, Notariatsvorstände (soweit nicht dem FG-Referenten übertragen)

Vorsitzende Richter am LG → Kammermitglieder, funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Rechtspfleger (soweit funktional – zumindest teilweise - zugeordnet)

FG-Referent → Notariatsvorstände

Bewährungshilfe-Referent → geschäftsführender Bewährungshelfer

Geschäftsleiter → Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Unterstützungsbereiche ohne funktionale Zuordnung

Geschäftsführender Bewährungshelfer → Einzelne Bewährungshelfer, funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal, soweit vorhanden

Amtsgerichte

Präsident/Direktor → je nach Größe: nur weitere aufsichtsführende oder sämtliche Richter bei kleineren Gerichten, Unterstützungspersonal des eigenen Richterreferats (Service-Einheit), Geschäftsleiter, Vorzimmer, Gerichtsvollzieher (soweit nicht einem anderen Richter übertragen)

Weitere aufsichtsführende Richter (soweit vorhanden) → einzelne Richter, eigenes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Rechtspfleger (besonders, wenn mehreren Richtern zugeordnet oder anderen Rechtspflegern vorgesetzt - Gruppenleiter)

Richter → funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Rechtspfleger (soweit funktional – zumindest teilweise - zugeordnet)

Geschäftsleiter → Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Unterstützungsbereiche ohne funktionale Zuordnung

Gegebenenfalls **Rechtspfleger als Gruppenleiter** → Rechtspfleger, falls nicht einem Richter funktional zugeordnet

Notariate

Notariatsvorstand → Notare, Geschäftsleiter, Vorzimmer

Notare → funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal

Geschäftsleiter → Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Unterstützungsbereiche ohne funktionale Zuordnung

Verwaltungsgerichtsbarkeit

Verwaltungsgerichtshof

Präsident (in Arbeitsteilung mit dem Vizepräsidenten) → Präsidenten der Verwaltungsgerichte, Vorsitzende Richter am VGH, Mitglieder des eigenen Senats und diesem funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Präsidialrichter, Geschäftsleiter VGH, Vorzimmer, Cheffahrer

Vorsitzende Richter am VGH → Senatsmitglieder, funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal

Geschäftsleiter → Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Unterstützungsbereiche ohne funktionale Zuordnung

Verwaltungsgerichte

Präsident (je nach Größe des Gerichts in Arbeitsteilung mit dem **Vizepräsidenten**) → Vorsitzende Richter am VG, Mitglieder der eigenen Kammer und dieser funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Präsidialrichter (soweit vorhanden), Geschäftsleiter des VG, Vorzimmer

Vorsitzende Richter am VG → Kammermitglieder, funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit)

Geschäftsleiter → Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Unterstützungsbereiche ohne funktionale Zuordnung

Sozialgerichtsbarkeit

Landessozialgericht

Präsident (in Arbeitsteilung mit dem **Vizepräsidenten**) → Präsidenten der Sozialgerichte, Direktor des SG Konstanz, Vorsitzende Richter am LSG, Mitglieder des eigenen Senats und diesem funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Präsidialrichter, Geschäftsleiter LSG, Vorzimmer, Cheffahrer

Vorsitzende Richter am LSG → Senatsmitglieder, funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal

Geschäftsleiter → Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Unterstützungsbereiche ohne funktionale Zuordnung

Sozialgerichte

Präsident/Direktor (je nach Größe des Gerichts in Arbeitsteilung mit dem **Vizepräsidenten/weiteren aufsichtsführenden Richter**) → Richter am SG, Unterstützungspersonal des eigenen Richterreferats (Service-Einheit), Präsidialrichter (soweit vorhanden), Geschäftsleiter des SG, Vorzimmer

Richter am SG → Funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit)

Geschäftsleiter → Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Unterstützungsbereiche ohne funktionale Zuordnung

Finanzgerichtsbarkeit

Finanzgericht Baden-Württemberg

Präsident (in Arbeitsteilung mit dem **Vizepräsidenten**) → Vorsitzende Richter am FG, Mitglieder des eigenen Senats und diesem funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal (Service-Einheit), Präsidialrichter, Geschäftsleiter FG, Vorzimmer, Cheffahrer

Vorsitzende Richter am FG → Senatsmitglieder, funktional zugeordnetes Unterstützungspersonal

Geschäftsleiter → Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Unterstützungsbereiche ohne funktionale Zuordnung

Anhang 5

Die Bundeskanzlerin für Kinder zum Thema „Gewaltenteilung“ (Stand 15.09.2007)
(<http://www.bundeskanzlerin.de/Webs/BK/DE/Fuer-Kinder/Gewaltenteilung/gewaltenteilung.html>):

Gewaltenteilung oder: die gute Gewalt

Gewalt lässt sich teilen? Ist Gewalt nicht das, was wir oft in den Nachrichten sehen? Steine werfende Jugendliche, brennende Autos oder Hooligans. Wenn Gewalt im Spiel ist, scheint immer jemand zu leiden.

Es gibt aber noch eine andere Gewalt: die Staatsgewalt. Um die soll es jetzt gehen.

Die Staatsgewalt und das Volk

Wir leben in einer zivilen, demokratischen Gesellschaft. Und wir haben eine Verfassung - das Grundgesetz. Es räumt jedem Menschen - ob stark oder schwach, reich oder arm, Mann oder Frau, schwarz oder weiß - die gleichen Rechte ein. Außerdem verbietet es, andere zu verletzen, zu berauben oder zu unterdrücken. Der Staat hat die Aufgabe, darüber zu wachen, dass dies alles eingehalten wird. Die Frauen und Männer, die sich das Grundgesetz ausgedacht haben, waren ausgesprochen klug. Sie haben nicht die Gewalt an sich verboten, sondern gesagt: Nur der Staat hat das Recht, Gewalt auszuüben.

Der Staat schützt uns

Der Staat soll, so komisch das klingen mag, schlechte Gewalt verhindern und die Rechte der Einzelnen schützen. Der Staat, so heißt der Fachausdruck, hat das Gewaltmonopol.

Aber woher hat der Staat das Recht, diese Gewalt auszuüben? In der etwas spröden Sprache des Grundgesetzes (Artikel 20) klingt das so: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen ... ausgeübt." Der Staat bekommt seine Gewalt also von den Bürgerinnen und Bürgern, wenn sie wählen gehen.

Das heißt auf gut deutsch: Wir wählen eine Regierung. Und diese Regierung sowie die ihr angeschlossenen Behörden, von der Polizei bis zur Richterin, sind allein berechtigt, Gewalt auszuüben.

Kontrolle ist wichtig

Aber in der Regierung, bei der Polizei, an den Schulen arbeiten auch nur Menschen. Diese Menschen haben neben ihren Aufgaben noch eigene Interessen - und Wünsche und Launen und Fehler. Auch das wussten die "Mütter und Väter" des Grundgesetzes.

Wer kontrolliert eigentlich, ob alle diese Menschen, das heißt der Staat, gute oder

schlechte Gewalt ausüben? Hier ist Misstrauen angesagt und Kontrolle gefordert. Das zeigen die Erfahrungen der Geschichte. Könige, Machthaber, Präsidenten oder Führer haben sehr oft schlechte Gewalt ausgeübt. Oder sie haben die ihnen gegebene Gewalt für schlechte Sachen ausgenutzt.

Politische Verantwortung, das heißt Macht und Gewalt über andere Menschen, darf deshalb nur auf Zeit vergeben werden. Darüber hinaus müssen diejenigen, an die sie vergeben wird, kontrolliert werden. Das macht die Demokratie zuweilen sehr anstrengend, ist aber nicht anders möglich.

Schon die Musketiere waren zu dritt

Deshalb gibt es die so genannte Gewaltenteilung, das heißt die Verteilung der "Gewalt" auf drei verschiedene Stellen. Diese sollen sich gegenseitig kontrollieren.

Die Politikerinnen und Politiker machen die Gesetze. Die Einhaltung dieser Gesetze überwachen aber andere, nämlich die Polizei und die Verwaltungen. Wenn jemand ein Gesetz nicht einhält, sind für die Bestrafung die Gerichte zuständig.

Nicht jeder darf alles

Diese Trennung der Aufgaben hat gute Gründe: Die Polizei glaubt, einen Täter gefasst zu haben. Sie hat also einen Anlass, ihn für schuldig zu halten. Dieser Anlass muss aber geprüft werden. Und das darf man nicht der Polizei selbst überlassen, die vielleicht schon von der Schuld überzeugt ist.

Die Schuld muss also ein Gericht feststellen. Die Gerichte sind unabhängig. Das heißt, niemand darf dem Gericht in seine Arbeit hineinreden oder gar Befehle geben.

Das Gericht stellt fest, ob jemand überhaupt schuldig ist und wie groß seine Schuld ist. Entweder verurteilt es den Angeklagten dann oder spricht ihn frei. Das Gericht schützt ihn aber auch davor, dass die Polizei Gewalt anwendet, die sie gar nicht anwenden darf.

Darum gibt es diese drei Säulen:

- die Gesetzgebung (man nennt sie auch "Legislative")
- die vollziehende Gewalt (oder "Exekutive") und
- die Rechtsprechung (oder "Judikative").

Dies ergibt ein System wechselseitiger Kontrolle. Niemand hat so viel Macht, dass er in die Versuchung kommt, schlechte Gewalt daraus zu machen.

Man sieht also: Demokratie braucht eine Menge Kontrolle, damit niemand zu mächtig wird. Denn wenn einer allein die Macht hat, ist es noch immer übel ausgegangen. Deshalb hat keiner, auch nicht die Kanzlerin, allein das Sagen. Deshalb muss auch die Gewalt, die der Staat hat, "geteilt" werden.

Die Geschichte von Michael Kohlhaas Schließlich soll uns nicht passieren, was dem armen Michael Kohlhaas im 16. Jahrhundert widerfahren ist:

Kohlhaas war ein Pferdezüchter. Ein junger Adliger klaut ihm zwei seiner Pferde. Das war auch damals schon ein Rechtsbruch. Weil Kohlhaas seine Pferde zurückhaben wollte, zog er vor Gericht. Aber er verlor jeden Prozess. Denn: Die Macht des Adels war nicht geteilt. Der adelige Dieb hatte auch Macht über die Gerichte.

Die Adligen herrschten damals eben absolut, weshalb man die damalige Zeit heute Absolutismus nennt. Die Gesetze galten nicht für alle Menschen auf gleiche Weise. Übrigens ist die Geschichte mit dem Kohlhaas dann noch ganz übel ausgegangen. Doch dass sollte man besser selbst nachlesen ...

Diese Zeiten sind glücklicherweise vorüber. Die Menschen haben daraus gelernt und die Gewalt der Herrschenden geteilt. Höchstwahrscheinlich würde Kohlhaas heute schon vom ersten Richter Recht bekommen und der Pferdedieb verurteilt werden.



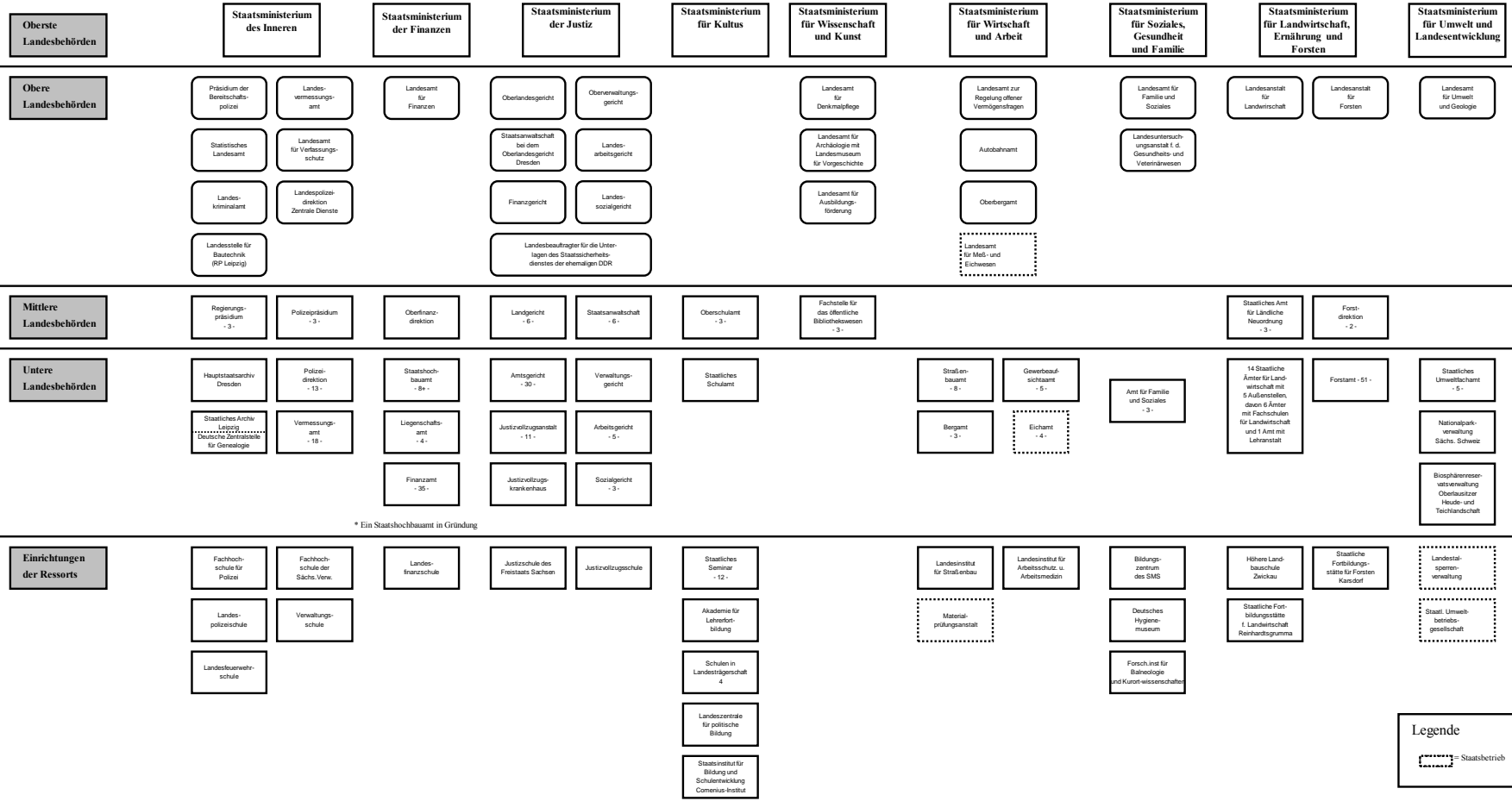
Aufbau der sächsischen Staatsverwaltung

Ausgabe: 01.06.1997

Herausgeber:
Sächsische Staatskanzlei
Archivstraße 1
01097 Dresden

Staatsregierung

Ministerpräsident
Staatskanzlei
Chef der Staatskanzlei
Staatsministerium für Fragen
der Gleichstellung von Frau und Mann
Staatsminister für Bundes-
und Europaangelegenheiten



Legende
 = Staatsbetrieb
 = Staatsbetrieb

Anhang 7

|

Stanislaw Tillich
Ministerpräsident des Freistaates Sachsen

An die
Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter
der sächsischen Landesverwaltung

Dresden, im Advent 2009

Liebe Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,

ich wünsche Ihnen, Ihren Familien und Freunden eine gesegnete und frohe Weihnachtszeit. Für 2010 wünsche ich Ihnen Gesundheit, Zufriedenheit und uns gemeinsam viel Schaffenskraft für die Gestaltung unseres Freistaates Sachsen.

Ein ereignisreiches Jahr geht zu Ende. Ich danke Ihnen ganz herzlich für Ihre Leistungen und Ihren Einsatz in der täglichen Arbeit für die Bürgerinnen und Bürger, Unternehmen und Vereine.

Für mich persönlich war es ein besonderes Jahr. Die Wählerinnen und Wähler haben mir nach über einem Jahr im Amt ihr Vertrauen ausgesprochen. Wir haben die Wahlen auch deshalb gewonnen, weil Sie in der Verwaltung unsere politischen Ideen umsetzen und die Menschen spüren, dass ihr Heimatland gut geführt und verwaltet wird. Ich danke Ihnen ganz persönlich für Ihren Anteil am erfolgreichen Wahljahr 2009.

Vor uns liegen schwierige Jahre. Davon lassen wir uns aber nicht beirren. Wir gehen weiter den erfolgreichen sächsischen Weg. Gerade in diesen Wochen blicken wir auf 20 Jahre friedliche Revolution und damit 20 Jahre modernen Freistaat Sachsen zurück. Wir haben vieles erreicht, zahlreiche Herausforderungen bestanden und ein stabiles Fundament für einen neuen Aufbruch im neuen Jahrzehnt gelegt.

Die Staatsregierung hat sich einer umfassenden Verwaltungsmodernisierung verpflichtet. Bitte gestalten Sie diesen Prozess offen und fair mit. Lassen Sie uns eine moderne, bürger- und wirtschaftsfreundliche Verwaltung schaffen, die finanzierbar bleibt und die für Sie ein guter Arbeitgeber ist.

Ich wünsche uns und unserem Freistaat Sachsen einen erfolgreichen Start in die zweite Dekade des 21. Jahrhunderts.

Mit herzlichen Grüßen, Ihr



Anhang 8

LANDESRICHTERRAT
DES FREISTAATES SACHSEN
- Der Vorsitzende -

RiAGstvDir Peter Stange
Auerbach/ Vogtland
Parkstrasse 01
08209 Auerbach
Telefon: 03744/ 839 -154
Telefax: - 152
Peter.Stange@agae.justiz.sachsen.de

Herrn
Ministerpräsidenten des Freistaates Sachsen
Stanislaw Tillich
über
den Staatsminister der Justiz und für Europa
Herrn Dr. Martens
Hospitalstrasse 7
01097 Dresden

Auerbach, 22.12.2009

Sehr geehrter Herr Ministerpräsident,

als gewähltes Vertretungsorgan der sächsischen Richterschaft möchten wir uns für die guten Wünsche für die Weihnachtszeit und das kommende Jahr bedanken. Gleichwohl können wir Ihren Weihnachtsbrief nicht unkommentiert lassen.

Es sind zwei Dinge, die aus unserer Sicht mit den Grundsätzen eines Rechtsstaats nicht vereinbar sind:

Das ist zum Einen die Tatsache, dass der Weihnachtsbrief an die „Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der sächsischen Landesverwaltung“ gerichtet, aber auch an alle Richterinnen und Richter versandt wurde. Dies zeugt von einem grundlegenden Missverständnis der Gewaltenteilung. Richterinnen und Richter gehören nicht der Landesverwaltung an und das, wie auch Sie bestätigen werden, aus gutem Grund. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Unabhängigkeit der Justiz als eine der drei Staatsgewalten ist für einen Rechtsstaat von elementarer Bedeutung. Dass Sie diese Trennung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative in Ihrem Weihnachtsbrief nicht beachtet haben, mag auf Gedankenlosigkeit beruhen und der Hektik des Alltags geschuldet sein; es könnte aber auch als Indiz dafür gesehen werden, dass auch 20 Jahre nach der friedlichen Revolution und der Wiederverei-

nigung die Bedeutung rechtsstaatlicher Grundprinzipien noch nicht immer ausreichend wahrgenommen wird.

Für Letzteres spricht auch der zweite Punkt, den wir kritisieren müssen: Sie schreiben: „Wir haben die Wahlen auch deshalb gewonnen, weil Sie in der Verwaltung unsere politischen Ideen umsetzen und die Menschen spüren, dass ihr Heimatland gut geführt und verwaltet wird. Ich danke Ihnen ganz persönlich für Ihren Anteil am erfolgreichen Wahljahr 2009.“

Abgesehen davon, dass der Ausgang einer Wahl in einer Demokratie naturgemäß unterschiedlich bewertet wird und werden muss, zeugt Ihre Äußerung von einer vollständigen Vermengung parteipolitischen Handelns und parteipolitischer Interessen einerseits und dem Recht und Gesetz unterstellten Verwaltungshandeln andererseits. Weder die Exekutive noch - und schon gar nicht - die Judikative sind dazu da, einer bestimmten Partei zum Wahlsieg zu verhelfen. Der Eindruck, den eine solche Formulierung in der Öffentlichkeit erwecken muss, ist verheerend.

Politisch beeinflusste Entscheidungen der Verwaltung und der Justiz gab es in Deutschland wahrlich lange genug! Dabei verkennen wir nicht, dass die Politik Vorgaben macht, insbesondere durch den Erlass von Gesetzen. Dass aber deswegen den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Landesverwaltung und auch noch den Richterinnen und Richtern ein Anteil an der Wahl einer einzelnen Partei zugesprochen wird, ist inakzeptabel.

Da es bereits zahlreiche Reaktionen und Anfragen aus der Richterschaft an den Landesrichterrat gegeben hat, werden wir allen sächsischen Richterinnen und Richtern eine Abschrift dieses Briefes zukommen lassen.

Dennoch wünschen wir Ihnen und Ihrer Familie ein besinnliches Weihnachtsfest und für das kommende Jahr vor allem Gesundheit.

Mit freundlichen Grüßen

Peter Stange

Vorsitzender des Landesrichterrates