
FORUM FREIE GESELLSCHAFT
ANALYSE

GEWALTENTEILUNG ALS
VERFASSUNGSPRINZIP

HUBERT MILZ



FORUM FREIE GESELLSCHAFT

VORBEMERKUNG

Der nachfolgende Text stellte als Impulsvortrag Anmerkungen eines Nicht-Juristen zur gleichnamigen Dissertation („Gewaltenteilung als Verfassungsprinzip“ erschienen 2010) des seit dem 01.01.2008 pensionierten Richters Udo Hochschild zur Diskussion; es handelt sich gleichsam um eine erheblich erweiterte Buchbesprechung in Vortragsform.

Inhaltlich stehen im Mittelpunkt Entstehung und Begründung von Gewaltenteilung, eine kritische Bestandsaufnahme der Verfassungswirklichkeit in Deutschland, Alternativen und Reformvorschläge aus dem Ausland und eine Bewertung aus klassisch liberaler, österreichischer Sicht.

INHALT

I. Vorbemerkungen zur Person von Herrn Dr. Hochschild.....	3
II. Gewaltenteilung – Weshalb?	3
III. Gewaltenteilung und Grundgesetz (GG).....	5
IV. Die bundesdeutsche gelebte Verfassungswirklichkeit!.....	5
V. Beispiele für das Selbstverständnis der Politik	11
VI. Die dritte Gewalt im Ausland und alternative Vorschläge für das Inland	12
VII. Herrschaft des Rechts oder Herrschaft des Gesetzes? Die Vermischung der legislativen und der exekutiven Gewalt	16
VIII. Fazit	23

I. VORBEMERKUNGEN ZUR PERSON VON HERRN DR. HOCHSCHILD

- 1944 geboren, aufgewachsen in Karlsruhe;
- an der Universität Heidelberg – der Ruperto Carola – Studium der Rechtswissenschaft;
- ab 1975 Richter in Baden-Württemberg (Zivilrichter, Familienrichter, Strafrichter und Richter für freiwillige Gerichtsbarkeit);
- ab Mitte 1991 am Kreisgericht Leipzig-Stadt;
- Mitte 1993 Wechsel in die Sozialgerichtsbarkeit, zunächst zum Sozialgericht Dresden und zum 01.01.1994 Direktor des Sozialgerichts Leipzig;
- Dann ab März 1996 als Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Dresden.
- Seit 01.01.2008 im Ruhestand.
- Gründungsmitglied der Neuen Richtervereinigung, einige Jahre im Bundes- bzw. Landesvorstand.
- 1999 bis 2011 Vorsitzender des Verbandes der sächsischen Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter.
- 2010 Promotion¹ zum Doktor der Rechte am Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. (http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=1007186712&dok_var=d1&dok_ext=pdf&filename=1007186712.pdf)
- Betreibt die Internetseiten www.gewaltenteilung.de.

II. GEWALTENTEILUNG – WESHALB?

Der Dissertation vorweg sind zwei Zitate gestellt, deren Echo wie ein Leitmotiv durch die ganze Arbeit klingen – stets ist das Motto im Hintergrund zu hören:

„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)

Hochschild zeigt, dass im Anschluss an Niccolò Machiavellis Werk „Der Fürst“ (Il Principe), als Anleitung für machtorientierte Politiker, eine Art Reaktion von Denkern wie John Locke, Immanuel Kant und Charles de Montesquieu stattfand. Diese entwickelten aus dem Gedankengut der Antike (z. B. Aristoteles und Cicero) den Gegenentwurf des Rechtsstaats, mit dem Ziel, die Freiheit des einzelnen Menschen gegen die politisch Mächtigen zu schützen, zu bewahren und zu verteidigen. Eines der Mittel hierzu war und ist die Idee der Gewaltenteilung. Mit den Worten aus Kants Rechtslehre in der „Metaphysik der Sitten“² beschrieben:

¹ Falls im Text keine andere Verweisstelle genannt ist, so ist grundsätzlich auf diese Arbeit verwiesen.

² Zitiert nach Hochschild, Kant, Immanuel: Werke in sechs Bänden; 4. Band (Schriften zur Ethik und

„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 ... den Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien versteht, als nach welchem zu streben uns die Vernunft durch einen kategorischen Imperativ verbindlich macht.“

Seit jenen Tagen spricht man von den drei Staatsgewalten oder auch -funktionen:

- Legislative = gesetzgebende Gewalt.

Diese beschließt die Gesetze, welche als allgemeine Spielregeln gelten, denen jedermann unterworfen ist und durch die der Staat funktionieren soll. In den modernen Demokratien werden Parlamente und deren Abgeordnete als die Legislative bezeichnet.

- Exekutive = ausführende Gewalt.

Im Rahmen jener allgemeinen Spielregeln führt die Exekutive die Staatsgeschäfte (Verwaltung und Regierung); in modernen Staaten werden die Regierungen als Spitze der Exekutive angesehen.

- Judikative = rechtsprechende Gewalt (Gerichte/Richter).

Unabhängige Gerichte und Richter sollen die Einhaltung der allgemeinen Spielregeln gewährleisten – z. B. durch Sanktionen bei Fehlverhalten.

Keine der drei Gewalten soll dominieren und die Oberhand gewinnen und die anderen zwei Gewalten beherrschen. Die Strukturen der Gewaltenteilung sollten – gem. diesem Prinzip – so umgesetzt werden, dass dem Risiko der Machtausdehnung und des Machtmissbrauchs durch die organisatorische Gestaltung schon im Vorfeld Einhalt geboten wird.

Warum soll Macht beschränkt sein? Damit Freiheit ermöglicht und dauerhaft gesichert werden kann! Wer befürchtet, dass die Macht missbraucht wird (werden kann), der muss die Macht in Banden halten. Wie die Menschheitsgeschichte seit altersher bezeugt, der Versuchung, die Macht zu missbrauchen, wird regelmäßig nachgegeben: Macht wird solange ausgedehnt, bis dies an Grenzen stößt. Ergo sind der Machtausdehnung von Anfang an die Grenzen zu setzen, denn in den Worten *Lord Actons* ausgedrückt³:

„Macht zielt darauf ab, zu korrumpieren, und absolute Macht korrumpiert vollständig.“

Carlo Schmidt, für den sich die Gewaltenteilung zwingend aus der geschichtlichen Erfahrung ableitet; formulierte die Gefahr des Machtmissbrauchs wie folgt⁴

„wo auch immer die gesamte Staatsgewalt sich in den Händen eines Organes nur vereinigt, dieses Organ die Macht missbrauchen wird.“

Dies ist für den Autor „die anthropologische Klammer“, also eine Kenntnis über „die menschliche Natur“, welche nicht mit gewöhnlichen Methoden der Jurisprudenz zu betrachten ist, sondern mit Ansätzen der Humanwissenschaften⁵ anzugehen ist.

Religionsphilosophie). Darmstadt 1970, S. 437.

³ Lord Acton: Brief an Mandell Creighton, 5. April 1887

⁴ Siehe www.gewaltenteilung.de/richter_2.htm.

⁵ Hier sind vorzugsweise die Methoden der Sozialpsychologie und der Soziologie anzuwenden; ebenfalls werden die

III. GEWALTENTEILUNG UND GRUNDGESETZ (GG)

Das Prinzip⁶ der Gewaltenteilung ist als Norm in das am 23. Mai 1949 beschlossene GG für die Bundesrepublik Deutschland eingeflossen: Gewaltenteilung soll auch in der deutschen Verfassungswirklichkeit gelebt werden.

Die Staatsgewalt geht gem. der Norm des Art. 20 Abs.2, Satz 2 GG vom Volke in Wahlen und Abstimmungen aus und ist durch *besondere Organe* der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung auszuüben.

Das GG regelt insbesondere in den Art. 38, 39 und 40 die Autonomie der ersten Gewalt – der Legislative.

Die dritte Gewalt – die Rechtsprechung – ist gem. Art. 92 GG den Richtern anvertraut und Art. 97 GG spricht nur ganz allgemein von der Unabhängigkeit der Richter.

Während im GG die Autonomie der Legislative explizit durch entsprechende Formulierungen verankert ist (Art. 38, 39 und 40 GG), unterbleibt dies für die dritte Gewalt – hier findet man nur die allgemeinen Umschreibungen in den Art. 92 und 97 GG.

IV. DIE BUNDESDEUTSCHE GELEBTE VERFASSUNGSWIRKLICHKEIT!

Die Normen des GG formulieren einen Sollzustand, einen Idealzustand. Für die Praxis der gelebten Verfassungswirklichkeit müssten folglich objektive Vorkehrungen getroffen werden, die eine gefährliche Konzentration der Macht verhindern sollen: Was sind die praktischen Folgerungen für die konstruktive Ausgestaltung der staatlichen Strukturen und der staatlichen Organisation?

Für *Udo Hochschild* zeigt die Organisation der drei Gewalten in Deutschland erhebliche Schwachpunkte auf, die eine Dominanz der Exekutive über die zwei anderen Gewalten, hier insbesondere über die Judikative, die *Hochschild* vorrangig betrachtet, bewirkt.

Aber auch die Legislative ist in Deutschland von der Exekutive unterwandert und wird durch diese geprägt; so etwas unterminiert das Leitbild der Gewaltenteilung von den drei unabhängigen Gewalten: Denn in Deutschland entscheidet die Exekutive durch den Bundesrat⁷ bei sehr vielen wichtigen und grundsätzlichen Angelegenheiten mit, daneben ist es in der Regel auch so, dass die Mitglieder der Regierungen (Bund und Länder) auch Mitglieder des jeweiligen Parlaments sind – also zwei Gewalten angehören!

Außerdem deutet *Hochschild* zumindest an, dass die Art der parlamentarischen Organisation in

historisch-empirischen Methoden zum Einsatz kommen.

⁶ Unter einem Prinzip versteht *Hochschild* – in Anlehnung an die Definitionen der üblichen Nachschlagewerke – 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. Dabei ist das Prinzip nicht identisch mit dem Ergebnis seiner theoretischen oder praktischen Umsetzung.

⁷ Zur Erinnerung: Im deutschen Bundesrat sitzen nur Vertreter der Länderexekutive! Während z. B. in den USA der US-Senat als Repräsentanz der einzelnen US-Staaten nur Vertreter der Legislative kennt.

Deutschland die Vermischung von Exekutiver und Legislativer begünstigt⁸ und verfassungsmäßig vorgegeben wird, da als Wesen einer parlamentarischen Demokratie angesehen wird, dass die Regierung als Spitze der Exekutive eine Kreation der Legislative darstellt und sich auf deren Mehrheit stützt:

- Das Parlament – also die Legislative – geht aus allgemeinen Wahlen hervor.
- Die Mehrheitspartei bzw. die Koalitionsparteien, welche die parlamentarische Mehrheit halten, stellen aus ihren Reihen die Regierung – die Exekutive.

Diese Exekutive verfügt dann über eine folgsame Legislative: Die Exekutive verfügt über die Legislative und nicht umgekehrt, wie es zu befürchten wäre. Das ergibt das Parteiensystem: Exekutive ist Parteiführung, die im Listenwahlsystem über die Chancen der Abgeordneten zur Wiederaufstellung verfügt.

- Das Parlament übernimmt nicht nur die Regelung neuer Gesetze, als allgemeine Rechtsregeln, sondern beschließt – per Gesetzeskraft – Vorschriften, die sich materiell eher als Verordnungen, Verwaltungsanweisungen und Einzelbefehle qualifizieren, übernimmt also Tätigkeiten der Exekutive.⁹
- Also geht der heutige Gesetzesbegriff über das hinaus, was noch Denker wie *Locke*, *Montesquieu* oder *Kant* unter Gesetz als Recht bzw. allgemeine Rechtsregel verstanden haben.¹⁰
- Durch diese Vermischung stehen Legislative und Exekutive nicht unbedingt unter dem Recht, weil sie die Regeln jederzeit ändern können.

Hochschild hält fest, dass nur das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) – das höchste Organ der Judikative – eine Art der Selbstverwaltung genießen darf; alle anderen Gerichte werden durch die Justizminister¹¹ verwaltet¹² – sind als Gerichtsverwaltung nur eine Art von ausgelagerter Justizverwaltung.

Mittels dem Instrumentarium, welches die Dienstaufsicht kreieren kann und auch kreierte, ist der einzelne Richter der Macht der Justizminister ausgeliefert; dem Richter wird von Anfang seine eigene

8 Dies gilt auch in der Regel – in im Detail anders gestalteten Organisationsformen – für die übrigen parlamentarischen Demokratien; nicht nur für die deutsche Variante. Weiter unten wird dieser Punkt unter Einbeziehung von Gedanken F. A. v. Hayeks weiter ausgeführt.

9 F. A. v. Hayek merkt an, dass auf diesen Widerspruch schon Georg Wilhelm Friedrich Hegel und Wilhelm Hasbach hingewiesen haben. Diese seien jedoch als „Reaktionäre“ abgetan und nicht beachtet worden, siehe Hayek, Friedrich August von: Die Anschauungen der Mehrheit und die zeitgenössische Demokratie; in: Freiburger Studien, Tübingen 1969, S. 61, Fußnote 6.

10 F. A. v. Hayek merkt an, dass diese drei Denker der Gewaltenteilung unter Gesetz und Recht das verstanden haben, was die alte deutsche Rechtstheorie des 19. Jh. *Gesetze im materiellen Sinn* nannte. Siehe Hayek, Friedrich August von: Wohin zielt die Demokratie?; in: Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien. Tübingen 1996, S. 204 und Hayek, Friedrich August von: Recht, Gesetzgebung und Freiheit. Bd. 1, München 1980, S. 105 ff., „Recht ist älter als Gesetzgebung“.

11 In Bayern durch den Innenminister, dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Anmerkung.

Die Bundesverfassungsrichter werden von den Politikern nach ihren Vorstellungen ausgesucht und ernannt; mit Peter Müller (vormals Ministerpräsident des Saarlandes) ist jetzt zum zweiten Male ein ehemaliger Ministerpräsident Verfassungsrichter. Peter Müller wurde im Vorfeld der Wahl vorgehalten, dass es ihm an juristischer Erfahrung – er war nur vier Jahre als Richter tätig gewesen – mangle, er parteipolitisch zu engagiert sei und von ihm keine fachlichen Abhandlungen vorliegen; trotzdem wählte der Bundesrat Peter Müller einstimmig zum Verfassungsrichter. Schon 1958 war mit Gebhard Müller (Mitglied verschiedener NS-Organisationen, z. B. Förderndes Mitglied der SS und von 1953 bis 1958 Ministerpräsident von Baden-Württemberg) ein ehemaliger Ministerpräsident zum Präsidenten des BVerfG's gewählt worden.

12 Der Begriff Gewalt ist eine Bildung des althochdeutschen Verbes *waltan* > stark sein, beherrschen; mittelhochdeutsch: *verwalten* > in Gewalt haben, für etwas sorgen. Also, derjenige, der irgendein Etwas „verwaltet“, hat auch „Gewalt“ über dieses Etwas: „Wer befördert, befiehlt!“ (Eschenburg, Theodor: Staat und Gesellschaft in Deutschland. Stuttgart, 1962, S. 661.)

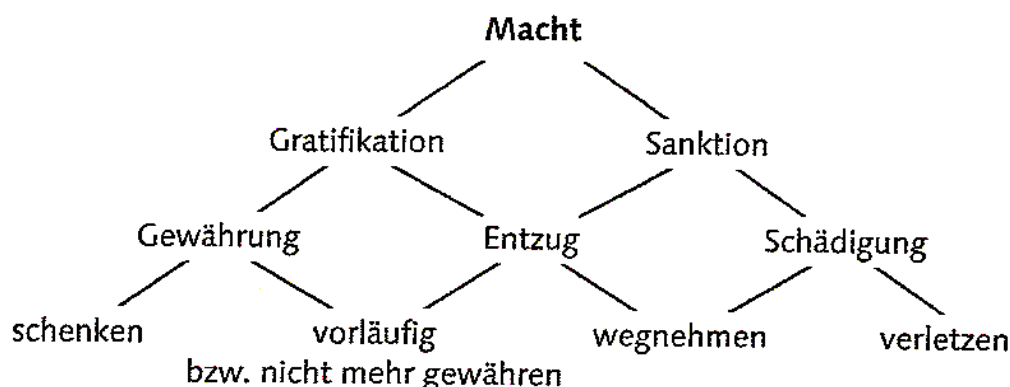
Ohnmacht demonstriert!

Vor diesem Hintergrund zeigt *Hochschild*, dass die deutschen Landesregierungen faktisch folgende Möglichkeiten haben, die Richter – und damit die dritte Gewalt – zu manipulieren:

- 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 durch Nichtbeförderung 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 anzuregen,¹³ 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.

Aus der praktischen Erfahrung von über dreißig Jahren richterlicher Tätigkeit zeigt *Hochschild*, dass diese faktischen Möglichkeiten auch genutzt werden. Die Exekutive nutzt ihre Möglichkeiten zur Beeinflussung der Judikative, dadurch hat die Politik Macht über die dritte Gewalt. *Hochschild* zeigt, dass die Exekutive ihre Macht gegenüber der Judikative seit Bestehen der BRD ständig und stetig ausdehnte, weil der Machtausdehnung keinerlei organisatorische Schranken gesetzt sind.

Was ist Macht? Folgendes Schaubild zeigt Macht als Gratifikations- und Sanktionsmacht, die als Steuerungsmacht eben auch Wirkungsmacht zeitigt, folglich gilt: „*Ohnmacht kennzeichnet die Stellung von Untertanen*“.



Quelle: Hochschild, Udo: Gewaltenteilung als Verfassungsprinzip. S. 42

¹³ Siehe unter Punkt „IV. Beispiele für das Selbstverständnis der Politik“ das Beispiel des Staatsministers der Justiz im Freistaat Sachsen. Auch das Beispiel des Personal-Steuerungsinstruments „Mitarbeitergespräch“ auf S. 8 kann hier zum Einsatz kommen.

In Deutschland liegt seit altersher die Ausstattung der Gerichte – ob Gebäude, Personal oder Arbeitsmaterial – bei den Regierungen. Eine am Kabinetttisch beschlossene allgemeine, jedes Ressort einbindende Sparmaßnahme von 15% heißt auch für den Richter: Es stehen ihm weniger Gelder für Arbeitsmittel (z. B. juristische Literatur) zur Verfügung. Wer will hier im Einzelfall exakt belegen, ob die Exekutive nicht bei Gerichten mit renitenten Richtern sehr viel spart?

Mittels des Instruments „Dienstaufsicht“ lassen sich etliche subtile Wege finden, um Richter zu prägen und fügsam zu machen.

Für den Freistaat Sachsen z. B. obliegen die Dienstaufsicht und die dienstliche Beurteilung der Richter folgenden Instanzen (in hierarchischer Ordnung):

- 1) dem Staatsministerium der Justiz
- 2) den Präsidenten der Obergerichte
- 3) den Gerichtspräsidenten

Die hierarchisch höhere Stelle hat Weisungsrecht, diesem haben die nachgeordneten Behörden Folge zu leisten. Dienstliche Beurteilungen werden durch die vorgesetzten Behörden überprüft und gegebenenfalls geändert; das Prüfergebnis ist im Prüfvermerk zu dokumentieren.

Die unmittelbare Dienstaufsicht beim Gericht liegt also in der Hand des Gerichtspräsidenten vor Ort. Dieser ist in Personalunion Gerichtsleiter (= Verwaltungsbeamter) und Richter (meistenteils im Nebenjob). Als Verwaltungsbeamter schuldet der Gerichtspräsident den Anordnungen seiner vorgesetzten Beamten in der Justizverwaltung Gehorsam.

Hochschild führt (S. 54) ein Beispiel an (Sächsisches Justizministerialblatt), das zeigt nach welchen Gesichtspunkten die Exekutive ihre „Gerichtsleiter“ auswählt:

„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. 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.“

Im Freistaat Sachsen steht die fachliche Qualifikation und Kompetenz für den Posten des Gerichtsleiters erst untergeordnet an zweiter Stelle; an erster Stelle soll der Leiter des Gerichts in „Gedanken, Worten und Werken“ auf die Justizpolitik des Freistaates festgelegt (vergattert) werden: „Wer die Justizpolitik des Ministers nicht bejubelt, der hat keine Chance.“

Folgt daraus, dass jeder Bewerber mit der Bewerbung seine absolute Loyalität zum Minister bekundet? Ist daraus ebenfalls zu schließen, dass solche Gerichtsleiter ihre Dienstaufsicht in den Dienst der Politik stellen? Zur Dienstaufsicht gehören unter anderem die dienstliche Beurteilung und die Beobachtung der Richter im Einzelfall und periodische Geschäftsprüfungen; alles Maßnahmen, die sich im Vorfeld von Beförderungen der Beaufsichtigten bewegen!

Sind deutsche Richter wirklich unabhängig? Oder verhalten sich deutsche Richter wie politisch gewünscht, um ihre Beförderungschancen nicht zu gefährden? Ich denke, dass die deutschen Juristen keine besondere Menschenklasse sind, sondern auch nur einen Querschnitt ähnlicher

Bevölkerungsgruppen (Beamte, Angestellte) bilden und eben auch korrumpierbar (Karriere, Beförderung usw.) sind – und genau dazu benötigt die Politik die Dienstaufsicht!

Für *Hochschild* gilt, dass Beurteilungen als Instrument für eine auf lange Sicht planende Ämterpatronage missbraucht werden können. Zeugnisse stehen unter Datenschutz, so dass kein Richter, selbst wenn sein Zeugnis gut ist, weiß, ob nicht kleine Details in den Formulierungen ihn im Vergleich zu anderen Richtern abwerten oder aufwerten. Bei dem einen Richter z. B. werden Verdienste ganz besonders hervorgehoben, bei dem anderen Richter werden diese Verdienste mittels geschickter Formulierungen mehr oder weniger unterschlagen.

Nach Art. 33 Abs. 2 GG sind öffentliche Ämter nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergeben, nichtsdestotrotz werden Beurteilungen zur Ämterpatronage – also Personalsteuerung – durch die Exekutive genutzt, weil die deutsche Justizorganisation keine Grenzen kennt, die dem einen Riegel vorschiebt.

Hochschild nennt ein Beispiel aus eigenem Erleben. Als er den Wunsch äußerte, an einen anderen Gerichtsbezirk und ein anderes Gericht versetzt zu werden, wurde ihm vom zuständigen Ministerialbeamten signalisiert: „*Ich schreibe die Stelle für Sie aus.*“ Wie wurden die Konkurrenzbewerber behandelt? Die Stelle war doch schon vor der Ausschreibung vom Justizministerium vergeben!

Neuere Instrumente, die es ermöglichen, Richter zu beeinflussen, sind die sog. jährlichen Mitarbeitergespräche, die der Vorgesetzte mit den Richtern einzeln durchzuführen hat. In diesen Gesprächen werden Ziele für das kommende Jahr festgelegt, z. B. die Höhe des „Produkt-Outputs“, den der Richter leisten soll. „Output“, dies sind die Urteile, die abgeschlossenen Verfahren des jeweiligen Richters. Steht hier entgegen dem Sollen des GG nun die „Quantität vor der Qualität“ der richterlichen Arbeit? Im Folgejahr werden dann im Rückblick die Gründe für das Nichterreichen der Zielvorgabe „Output“ besprochen.

Da ich persönlich aus eigener Erfahrung die Einsatzmöglichkeiten dieses betriebswirtschaftlichen Personal-Steuerungsinstruments ganz gut kenne, sind mir die subtilen Varianten des Mitarbeitergesprächs klar und bewusst:

Mittels des Personal-Steuerungsinstruments „Mitarbeitergespräch“ hat ein Vorgesetzter viele Möglichkeiten – von fairen bis perfiden –, dem Mitarbeiter „Macht“ und „Ohnmacht“ zu demonstrieren

→ Die „Macht“ liegt eindeutig beim Vorgesetzten und die „Ohnmacht“ beim Mitarbeiter.

Ergo lässt sich festhalten: Das Sollen des grundgesetzlichen Verfassungsprinzips, der Unabhängigkeit der dritten Gewalt, wird in Deutschland nicht gelebt und leider auch kaum eingefordert.¹⁴

Im 19. Jahrhundert wurde der Grundstein für das Gängelnd der Richter durch die Dienstaufsicht gelegt und unter Hitler extrem gesteigert. Nach Inkrafttreten des GG wurde dieses enorm gesteigerte Machtgefälle zwischen Exekutive und Judikative in Deutschland nicht neu ausbalanciert.

¹⁴ Im Vergleich zu diesem Nicht-Leben zeigt *Hochschild* wie der Art. 3 GG (Gleichberechtigung) sehr wohl gelebt wurde und gegen erhebliche Widerstände aus allen drei Gewalten z. B. auch in die entsprechenden Regelungen des BGB's einzufließen hatte.

Zwei Zitate¹⁵ von hohen deutschen Richtern, die zwar gut sechs Jahrzehnte auseinanderliegen, aber die beide das Problem treffend kommentieren; außerdem zeigt das Zitat von 1999, dass die Exekutive ihre Möglichkeiten in diesen vergangenen sechs Jahrzehnten gut genutzt hat:

*Van Husen*¹⁶ im Jahre 1951:

„... es geht darum, aufzudecken, daß die Selbständigkeit der Gerichte in Deutschland ein Schein ist, hinter dem eine andere rechtliche und oft auch tatsächliche Wirklichkeit steht. Dieser Schein ist historisch entstanden. Man hat sich an ihn gewöhnt Die Gewaltentrennung im heutigen staatsrechtlichen Sinne besagt, daß Legislative, Exekutive und Rechtsprechung von verschiedenen Organen wahrzunehmen sind. Daraus folgt zunächst, daß diese Organe selbständig sein müssen, d. h. ihr Eigenleben in sich tragen, ohne in ihrem Seinsbestand von einer der anderen Gewalten abzuhängen.... Diese (die deutsche) Justizverwaltung ist aber im wesentlichsten Teil, nämlich in der Spitze, den Gerichten entzogen und in die Hand der Exekutive gelegt. Das hebt den Seinsbestand der Dritten Gewalt auf und macht ihn zur Fiktion trotz Anerkennung im Grundgesetz und in den Landesverfassungen ...

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. “

*Macke*¹⁷ im Jahre 1999:

„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

15 Zum van-Husen-Zitat siehe www.gewaltenteilung.de/index.html und Hochschild S. 61, zum Macke-Zitat siehe Hochschild, S. 61f.

16 Dr. Paulus van Husen wurde 1891 in Horst (heute ein Teil von Werne) geboren und verstarb 1971 in Münster. Er war Soldat im 1. Weltkrieg, studierte in Oxford, München, Genf und Münster und promovierte in Rechts- und Staatswissenschaften, war kommissarischer Landrat und Richter am Preußischen Oberverwaltungsgericht. Im 2. Weltkrieg war er Rittmeister der Reserve, gehörte seit 1941 zum Kreisauer Kreis und wurde noch im April 1945 vom Volksgerichtshof zu Zuchthaus verurteilt. Nach dem 2. Weltkrieg war er in Berlin Mitbegründer der CDU, ab 1949 Präsident des Oberverwaltungsgerichts in NRW und ab 1952 Präsident am Verfassungsgerichtshof für das Land NRW.

17 Prof. Dr. Peter Macke wurde 1939 in Berlin geboren. Er absolvierte ein Jura-Studium mit dem Erwerb des juristischen Doktorgrades und war danach tätig als Amtsrichter. Er wurde 1970 Landgerichtsrat in Mönchengladbach, nach einer Abordnung ins Bundesministerium der Justiz wurde er 1977 Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf. 1981 wurde er Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe; zudem war er von 1982-1991 ständiger Beisitzer im Dienstgericht des Bundes. 1991 übernahm er die Leitung des Aufbaustabes Oberlandesgericht und war seit 1993 Präsident (Gründungspräsident) des Brandenburgischen Oberlandesgerichts. Seit 2004 im Ruhestand, ist er Lehrbeauftragter an der Universität Potsdam und seit 2006 Honorarprofessor der FH Brandenburg.

Abstimmungen mit den Gerichten in sie berührenden 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.“

V. BEISPIELE FÜR DAS SELBSTVERSTÄNDNIS DER POLITIK

Der Sächsische Staatsminister der Justiz habe im Jahre 2000¹⁸ beim Gerichtsbesuch zu jungen Verwaltungsrichtern gesagt: *„Ihre Akten sind zu dick. Sie sollten beim Arbeiten einfach nicht so genau hinschauen“*. Bei der Visite eines anderen Verwaltungsgerichts habe der Minister den Richtern empfohlen: *„Sie sollten bei der Aufarbeitung der Rückstände einfach oberflächlicher arbeiten“*.

Aufgrund der Schaubilder/Auflistungen zur Organisation von Landesregierungen (z. B. des Freistaats Sachsen oder des Landes Nordrhein-Westfalens) ist das Justizministerium jeweils die oberste Behörde, die Gerichte werden dort regelmäßig als nachgeordnete Behörden – eigentlich als nachgeordnete Verwaltungen des Justizministeriums – angezeigt. Von einer unabhängigen „Dritten Gewalt“ findet man in solchen Darstellungen nichts, diese suggerieren vielmehr, dass die Gerichte irgendeinen nachgeordneten Teil der Landesverwaltung stellen. Hochschild: *„Stattdessen wird die Macht der Betreuer über die Betreuten in Sprache gesetzt“*. Von daher wundert es dann auch nicht, dass der Ministerpräsident des Freistaats Sachsen am 22.12.2009 an die *„Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der sächsischen Landesverwaltung“* des Freistaates Weihnachtsgrüße per E-Mail versandte, diese GrüÙe gingen wie selbstverständlich auch an alle Richter und Richterinnen des Freistaates: Und dies war wohl kein Versehen; der Ministerpräsident sieht die Dinge so wie sie sind – er ist als Chef der Exekutive aufgrund keinerlei organisatorischer Grenzen eben auch derjenige, der die richterliche Gewalt vereinnahmt.

Der Ministerpräsident des Saarlandes ernannte sich selbst im November 2009 zum Justizminister. Zeugt dies von mangelnder Sensibilität gegenüber der Gewaltenteilung oder ist dies ein Ausdruck des *„L'État, c'est moi! – Der Staat bin ich!“*?

Die Kanzlerin 2007¹⁹ auf ihrer Homepage unter dem Punkt *„Für Kinder“*:

„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.“

Vom Verständnis der „drei Gewalten“ keine Spur: Die einzige Gewalt ist die Regierung – nur so kommt dies bei den Kindern an –; ist diese Botschaft so gewollt?

¹⁸ Nach Hochschild: Dresdner Neueste Nachrichten vom 22.08.2000 S. 4.; auch Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20.09.2000, S. 11.

¹⁹ www.gewaltenteilung.de/bundeskanzlerin.htm.

Diskreditierung der Rechtsprechung der Gerichte durch hochrangige Politiker: Im Rahmen der Gerichtsurteile wegen der Unterschlagung eines Pfandbons im Wert von 1,30 € durch eine Supermarktkassiererin fielen von hohen politischen Amtsträgern Äußerungen, die die dritte Gewalt erniedrigten und beleidigten, z. B. sprach ein Bundestagsvizepräsident von einem

„barbarischen Urteil von asozialer Qualität“.

Was würde dieser Politiker sagen, wenn ein Richter einige Bundestagsbeschlüsse so bezeichnete? Schon 1973 äußerte sich der Fraktionssprecher der Regierungspartei über das BVerfG auch nicht gerade zimperlich, er meinte:

„Wir lassen uns doch von acht Arschlöchern in Karlsruhe nicht unsere Politik kaputtmachen“.

Nicht so drastische, aber in der Tendenz entsprechende Äußerungen, waren im Anschluss an das BVerfG-Urteil zum Vertrag von Lissabon zu lesen.

Offensichtlich hat die Politik noch immer das gleiche Verständnis zur Unabhängigkeit²⁰ der „richterlichen Gewalt“ wie der preußische Justizminister *Gerhard Adolf Leonhardt*. Dieser *soll* bei den Beratungen des immer noch geltenden Gerichtsverfassungsgesetzes²¹ gesagt haben:

„Solange ich über die Beförderungen bestimme, bin ich gerne bereit, den Herren (Richtern) ihre so genannte Unabhängigkeit zu konzedieren“.

Stehen diese Beispiele in der preußischen Tradition? Denn schon der preußische König Friedrich Wilhelm I. (genannt der Soldatenkönig) hatte über Juristen eine sehr schlechte Meinung und erließ daher am 15.12.1726 eine Kabinettsorder für die Gerichte und die juristischen Fakultäten:

„Wir ordnen und befehlen hiermit allen Ernstes, daß die Advocati wollene schwarze Mäntel, welche bis unter das Knie gehen, unserer Verordnung gemäß zu tragen haben, damit man die Spitzbuben schon von weitem erkennt.“

VI. DIE DRITTE GEWALT IM AUSLAND UND ALTERNATIVE VORSCHLÄGE FÜR DAS INLAND

Portugal:

In Portugal kann die Exekutive nicht mittels Einstellungsauswahl und Beförderungsauslese Einfluss auf die Rechtsprechung der dritten Gewalt nehmen. Ernennung, Beurteilung, Beförderung und Versetzung der Richter der ersten Instanz obliegt in Portugal einem Rat. Dieser Rat setzt sich z. B. für die Verwaltungsgerichte wie folgt zusammen:

²⁰ Ergänzend zur Unabhängigkeit der Justiz und dessen, was diese bedroht, siehe auch Schüßlburner, Josef: http://links-enttarnt.net/upload/dokument_1298808854.pdf.

²¹ Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen etc. verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags: Gerichtsverfassungsgesetz des Deutschen Reiches vom 27. Januar 1877. Das Gerichtsverfassungsgesetz gehört zu den sog. Reichsjustizgesetzen, die 1877 verabschiedet worden sind und am 1. Oktober 1879 in Kraft traten.

- Dem Vorsitzenden des Rats; das ist der Präsident des obersten Verwaltungsgerichts, der von den Richtern des obersten Verwaltungsgerichts zum Präsidenten gewählt wird.
- Zwei Richter des obersten Verwaltungsgerichts, auch diese werden von ihren Kollegen gewählt.
- Ebenfalls zwei von den Kollegen gewählten Richtern der ersten Instanz.
- Fünf vom Parlament gewählte und ernannte prominente Juristen.

England:

Vor 2003 lagen Ernennung, Beurteilung und Beförderung der Richter in der Hand des Lordkanzlers und dem Rat der ältesten Richter.

Da der Lordkanzler gleichzeitig Oberhaupt der Justiz, Sprecher des Oberhauses und Mitglied des Kabinetts war, wurden zwischen 2003 und 2008 Reformen durchgeführt, um der Regierung jedwede – noch so entfernte – Möglichkeit der Einflussnahme auf die Justiz zu nehmen.

Nun gibt es einen Justizverwaltungsrat und einen Richterwahlausschuss (Mitglieder sind fünf Richter, zwei Laienrichter, zwei Angehörige sonstiger juristischer Berufe und sechs Personen in hervorragenden öffentlichen Positionen), die die Gerichte verwalten und kontrollieren.

Somit hat in England die Judikative die Kontrolle über die Richter, ob Ernennungen oder Beurteilungen.

Schweiz:

Teilweise werden die Richter in direkter Volkswahl gewählt – vor allem in kleineren Kantonen.

Zum Teil obliegt die Wahl den Parlamenten, z. B. beim Bundesgericht.

Die Personalauslese folgt also anderen Bedingungen, als wenn ein Beamter des Justizministeriums die Richter nach Examensnoten und/oder Dienstaufsichtsnoten auswählt.

Oftmals wird eingewandt, dass so etwas für kleinere Staaten wie die Schweiz praktikabel sei, jedoch nicht für große Flächenstaaten wie Deutschland – seltsam, die USA sind ein noch größerer Flächenstaat, trotzdem ist die Volkswahl der Richter dort praktikabel!

Außerdem werden über eine solche Personalauslese viel eher lebens- und berufserfahrene Juristen in den Richterstand erhoben. Dagegen sind in Deutschland Jung-Richter tatsächlich jung und nicht unbedingt lebenserfahren, hierzu *Hochschild*²²:

„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.“

Italien:

Die Spitze der Judikative ist die „*Consiglio Superiore della Magistratura*“ (Oberster Richterrat), dieser besteht aus:

- Dem Präsidenten der Republik, der den Vorsitz führt,
- dem Präsidenten des Kassationsgerichts,

²² Hochschild: S. 118.

- dem Generalstaatsanwalt beim Kassationsgericht,
- zwanzig von den Richtern und Staatsanwälten aus den eigenen Reihen gewählten Mitgliedern,
- zehn Mitglieder, die das Parlament aus den Reihen der Hochschullehrer der Rechtswissenschaft und den Anwälten mit mindestens fünfzehn Berufsjahren wählt.

Gemäß italienischer Verfassung (Art. 105) obliegt diesem Gremium die Ernennung, Beförderung und Aufsicht über Richter und Staatsanwälte.

Dem italienischen Justizminister ist es also nicht möglich über indirekt wirkende Instrumente die Richter und Staatsanwälte individuell zu beeinflussen. Die italienische Exekutive kann aber sehr wohl die materielle und die sonstige personelle Ausstattung der Gerichte manipulieren, z. B. für unangemessen schlechte Arbeitsbedingungen sorgen.

Vor allem für Italien, das genau wie Deutschland nach dem 2. Weltkrieg auf den Trümmern einer fatalen Diktatur neu anfangen musste, zeigt der Autor, dass es andere Wege der Gerichtsverwaltung gibt.

Die italienische Art der richterlichen Selbstverwaltung/-kontrolle²³ entwickelte solche Dynamiken, dass in Italien mehr Frauen als Männer den Richterberuf ergreifen.

Somit sind Soziologen wie Dahrendorf,²⁴ die bei einer deutschen Selbstverwaltung/-kontrolle der Judikative eine Verfestigung von gestrigen Wertvorstellungen und Ansichten erwarteten, durch das italienische Beispiel widerlegt: Italien benötigt in diesem Berufszweig keine Frauenquote!

Reformvorschläge in Deutschland

In Deutschland wird die Spitze der Exekutive i. d. R. vom Parlament gewählt. Der gewählte Regierungschef ernennt danach seine Minister – auch den Justizminister.²⁵ Dieser sucht aus und ernennt die Gerichtspräsidenten, diese sind in dieser Funktion Verwaltungsbeamte und demzufolge – wie alle anderen Beamten auch – den Weisungen des Ministeriums – also hier dem Justizminister – unterworfen. Dies gilt auch für den Generalstaatsanwalt, der in manchen Bundesländern als sog. politischer Beamter (mit jederzeitiger Abberufungsmöglichkeit) der jeweiligen Politik besonders verpflichtet ist: Also bei der

„Ausübung seines Amtes in fortdauernder Übereinstimmung mit den »grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen« der Regierung zu stehen hat und der von der Regierung ohne Angabe von Gründen jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden kann“.

Um dieser Praxis endlich zu entgehen haben der „Deutsche Richterbund“ und die „Neue Richtervereinigung“ Reformvorschläge gemacht.

23 Siehe www.gewaltenteilung.de/pivetti.htm; Dr. Marco Pivetti (Staatsanwalt bei der Generalstaatsanwaltschaft beim Kassationsgericht in Rom) schildert hier – in einem kurzen, dichten Abriss – die Entwicklung zur richterlichen Selbstverwaltung in Italien, und merkt die Wichtigkeit des Art. 104 der italienischen Verfassung an, die besagt, dass die Richterschaft „eine selbständige und von jeder anderen Gewalt unabhängige Institution bildet.“ Pivetti kommt beim Abwägen der verschiedensten Umstände (Schwächen und Vorteile) zu dem Schluss, dass sich das italienische Modell aus 1947 zu einer autonomen Justizkultur entwickelt habe, einer Kultur, die sich immer wieder unabhängig von den politischen und sonstigen äußeren Einflüssen zeigt.

24 Dahrendorf, Ralf: Gesellschaft und Demokratie in Deutschland. München 1965, hier insbesondere S. 260 – S. 276.

25 Natürlich sind die einzelnen Ministerien vor der Wahl des Regierungschefs in internen Partei- oder Koalitionsvereinbarungen schon zugeteilt worden.

Das Selbstverwaltungsmodell des „Deutschen Richterbundes“:

- Installierung eines Wahlausschusses, der sich aus Landtagsabgeordneten und gewählten Richtern und Staatsanwälten zusammensetzt, diese wählen einen Justizverwaltungsrat, der an die Stelle des Justizministers tritt.
- Der Justizverwaltungsrat ist für die ordnungsgemäße Arbeit (Qualität etc.) der Gerichte und Staatsanwaltschaften verantwortlich.
- Probleme der Personalverwaltung, die zwischen Justizverwaltungsrat und Personalvertretung keine Einigung finden, werden nunmehr vom Wahlausschuss geregelt und nicht durch das Justizministerium.
- Der Justizverwaltungsrat ist gegenüber dem Landtag und der Öffentlichkeit rechenschaftspflichtig.
- Der Justizverwaltungsrat stellt den Plan über das Budget (z. B. Ausstattung der Gerichte) auf; der Rat verhandelt für und vertritt die Richterschaft gegenüber dem Finanzminister.

Das Selbstverwaltungsmodell der „Neuen Richtervereinigung“:

- Ein Gerichtsbarkeitsrat leitet die Zentrale Justizbehörde – nicht mehr der Justizminister.
 - Der Rat setzt sich zu 2/3 aus Richtern zusammen, die von der Richterschaft gewählt sind; das restliche Drittel wird vom Parlament gewählt.
 - Der Rat wird auf vier Jahre gewählt, eine direkte Wiederwahl ist nicht möglich und alle zwei Jahre wird die Hälfte der Mitglieder neu gewählt.
- Die Zentrale Justizbehörde koordiniert und organisiert die Dienst- und Fachaufsicht der Präsidien und Präsidenten der Gerichte.
- Die Gerichte wählen die Mitglieder der Präsidien und die Präsidenten (Präsident → Vorsitzender des jeweiligen Präsidiums) für eine Amtszeit von vier Jahren.
- Der Präsident setzt die Beschlüsse des Präsidiums um, leitet die Gerichtsverwaltung, vertritt das Gericht im Außenverhältnis, beruft mindestens einmal pro Jahr eine Richterversammlung ein und leitet die – grundsätzlich richteröffentlichen – Präsidiumssitzungen.
- Die Personalauswahl, also Ernennung und endgültige Einstellung von Richtern, soll durch Richterwahlausschüsse erfolgen.
 - Diese Ausschüsse sollen zu 2/3 aus Parlamentariern und zu 1/3 aus Richtern, die aus der Richterschaft gewählt wurden, bestehen.
 - Die Dauer der Mitgliedschaft im Wahlausschuss ist an die Legislaturperiode des jeweiligen Landesparlaments zu koppeln.
- Alle Richter bekommen ein einheitliches Gehalt, Beförderungen fallen weg, denn alle Richterämter sind gleichwertig.

Hochschild ist der Meinung, dass Deutschlands Art und Weise der Justizverwaltung innerhalb der EU eine Außenseiterrolle darstellt. Er erwartet, dass sich deshalb die BRD-Justizverwaltung bezüglich Dienstaufsicht etc. an die übrigen EU-Länder anpassen wird, z. B. nach der Art des italienischen Modells.

Diese Ansicht kann ich nicht teilen. Vielmehr habe ich die Befürchtung, dass gerade die Eurokraten, die einen zentralistischen Machtblock EU umsetzen wollen – und so wie dies aussieht damit auch

erfolgreich sein werden –, vielmehr das deutsche Modell in irgendeiner Form übernehmen werden, denn damit lassen sich viel einfacher freiheitsfeindliche, zentralistische und etatistische Maßnahmen durchsetzen.²⁶

VII. HERRSCHAFT DES RECHTS ODER HERRSCHAFT DES GESETZES? DIE VERMISCHUNG DER LEGISLATIVEN UND DER EXEKUTIVEN GEWALT

„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 Organe.“

Was *Hochschild* hier nur kurz anreißt,²⁷ nämlich die Vermischung von exekutiven und legislativen Tätigkeiten, in dem Sinne, dass die Legislative oftmals als Regierungspartei der Exekutive eben auch regelmäßig exekutive Aufgaben – i. d. R. per Mehrheitsbeschluss – umsetzt und durchführt, zeigte *F. A. v. Hayek* seit den 1960er Jahren umfangreich auf.²⁸

F. A. v. Hayek trifft bei Gesetzen eine – m. E. sehr wichtige – Unterscheidung: Er differenziert zwischen Gesetzen zu allgemeinen Rechtsregeln, die für ihn *Jus* (Recht) im eigentlichen Sinne sind und Gesetzen, die nur Verwaltungsanweisungen, Organisationregeln, Einzelbefehle u. ä. sind.²⁹

Aus dieser Unterscheidung leitet *F. A. v. Hayek* dann ab, dass mindestens 95% der Beschlüsse der heutigen Parlamente keine allgemeinen Rechtsregeln sind. Diese 95% sind für *F. A. v. Hayek* i. d. R. Maßnahmen, die das Regierungsgeschäft flankieren bzw. eigentlich Aufgaben, die sich mit

26 Warum kann ich die Ansicht, dass Deutschland sich auf EU-Ebene anpassen werden wird nicht teilen? Weil doch gerade die EU-Organe alle von der Exekutiv-Gewalt dominiert sind:

- Ministerrat! Das oberste, ständige Organ der EU ist zusammengesetzt aus je einem Regierungsmitglied (Exekutive) der Mitgliedsländer; in der Regel sind dies die Fachminister des jeweils zu behandelnden Themas. Ministerrat = reine Exekutive;
- Kommission! Die Spitze der EU-Verwaltung bildet die Europäische Kommission, deren Kommissare von den einzelnen Regierungen (mehr oder weniger einvernehmlich) ernannt werden. Kommission = reine Exekutive;
- Europäischer Gerichtshof! Das oberste Kontrollorgan der EU setzt sich zusammen aus Richtern und Generalanwälten, welche alle von den Regierungen ernannt sind. Auch hier = das Exekutivorgan ernannt ihre Kontrolleure nach eigenen Gnaden, nach eigenen Motiven;
- dann die jährlichen Treffen und Sitzungen der Regierungschefs der EU-Staaten! Diese Treffen, Sitzungen stehen hierarchisch über dem Ministerrat und sind somit das höchste Entscheidungsorgan der EU. Auch hier = Exekutive pur.

Überall sehe ich nur: Regierung, Regierung, Regierung! Wie es Roland Baader formulierte (Die Euro-Katastrophe. Böblingen 1993, S. 115) Eine Dauerfete der Exekutive! Wo bleibt die Kontrolle dieser „Exekutivorgie“? Als besorgter Rechtsstaatler und Freiheitsfreund fragte er: „Wo ist die legislative Kontrolle? Wo die judikative Kontrolle? Die Gesetzgebung ist reine Exekutive via Kommission! Judikative Kontrolle – nach meiner Kenntnis hat der Europäische Gerichtshof bisher nie ein „Nein“ zu kollektiven Rechtsbrüchen der EU-Exekutive gesprochen!

27 *Hochschild* S. 107

28 Siehe hierzu die Aufsatz-/Vortragssammlungen *Hayek, Friedrich August von: Freiburger Studien. Tübingen 1969; insbesondere Arten der Ordnung, S. 32 – S. 46; Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit, S. 47 – S. 55 und Die Anschauungen der Mehrheit und die zeitgenössische Demokratie, S. 56 – S. 74; und weiter Hayek, Friedrich August von: Hauptabschnitt – Liberalismus, Sozialismus und Demokratie in: Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien. Tübingen 1996, S. 148 – S. 277.*

29 Siehe *Hayek, Friedrich August von: Wohin zielt die Demokratie?; in: Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien. Tübingen 1996, S. 204 und Hayek, Friedrich August von: Recht, Gesetzgebung und Freiheit. Bd. 1, München 1980, S. 105 ff., „Recht ist älter als Gesetzgebung“.*

Regierungstätigkeit überschneiden oder aus Regierungstätigkeit ergeben, wie das Recht der Budget- und Haushaltskontrolle: Es sind dies also Aufgaben, die von den geistigen Vätern der Idee der Gewaltenteilung nicht der Legislative zugeordnet worden sind, sondern der Exekutive.

Die allgemeinen Rechtsregeln tangieren hingegen die Grundrechte und sind insbesondere dem Zivil- und Strafrecht zuzuordnen,³⁰ jene Gesetze, die nur auf Verwaltungsanweisungen, Organisationregeln, Einzelbefehle u. ä. abzielen, sind eben i. d. R. nicht angesprochen.

Exkurs:

Bevor auf *F. A. v. Hayeks* Sicht des GG, hier insbesondere des Art. 19 GG, eingegangen wird, folgt zunächst ein kleiner Rückblick auf die Verhandlungen des Parlamentarischen Rates im Jahre 1948,³¹ aus welchen Gründen dort hartnäckig über die Gestaltung des Art. 19 GG gestritten wurde.

Die ersten beiden Absätze des Art. 19 GG lauten in der Form, die seit über 60 Jahren gilt:

(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

Im Parlamentarischen Rat wurde der Art. 19, Abs. 1, Satz 2 sehr kontrovers gesehen und der ursprünglich vorgesehene Text wurde überarbeitet.

Prof. Dr. *Hermann von Mangoldt*³² – für die CDU im Parlamentarischen Rat – beantragte die Streichung dieses Satzes:

„Außerdem beantragen wir hier die Streichung des zweiten Satzes aus den Gründen, die im Hauptausschuss schon bei der zweiten Lesung angeführt worden sind. Durch die Vorschrift des zweiten Satzes: »Es darf nur als förmliches Gesetz erlassen werden und muss das Grundrecht namentlich unter Angabe der es regelnden Gesetzesstelle bezeichnen« werden dem Gesetzgeber Fesseln angelegt. Es ist damit zu rechnen, dass die gesetzgebenden Körperschaften sehr häufig vor der Notwendigkeit stehen werden, ein Gesetz wegen irgendeines formellen Fehlers erneut zu erlassen, etwa wenn man nicht daran gedacht hat, welches Grundrecht dadurch etwa verletzt werden könnte. Das ist eine sehr schwierige Frage. Wir wissen, dass man darüber in der Rechtsprechung sehr lange und sehr häufig darüber gestritten hat, welches Grundrecht überhaupt und wie weit es verletzt ist. Diese Prüfung, die der Rechtsprechung obliegt und die doch einige Schwierigkeiten gemacht hat,

³⁰ Dies geht m. E. aus dem Kontext bei Hayek, Friedrich August von: *Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit*; in: *Freiburger Studien*. Tübingen 1969; insbesondere S. 52f. so hervor. Die Grundrechte wie z. B. im GG von Art. 1 – Art. 19 aufgezählt, eventuell erweitert um grundrechtsähnliche Punkte der Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG.

³¹ Allgemein zum Parlamentarischen Rat siehe z. B.: http://www.kas.de/wf/doc/kas_13913-544-1-30.pdf&100617132053, http://www.gewaltenteilung.de/richter_2.htm und die Vielzahl weiterer Verweisstellen im Internet, hier insbesondere zum Art. 19 GG, für die Zitate des Parlamentarischen Rates siehe z. B.: <http://zitiiergebot.org/>.

³² Prof. v. Mangoldt wurde 1895 in Aachen geboren und starb 1953 in Kiel. Im Anschluss des Wehrdienstes bei der Kriegsmarine (1914 bis 1919), folgten ein abgebrochenes Ingenieurstudium, dann Polizeidienst und schließlich die rechtswissenschaftlichen Studien (Promotion 1928 und Habilitation 1934 in Königsberg); er wurde 1935 apl. Prof. in Königsberg, 1935 o. Prof. in Tübingen (1939 für Öffentliches Recht), 1941 in Jena und 1943 in Kiel. Er veröffentlichte z. B. in der *Württembergischen Verwaltungszeitschrift*, seine Publikationen in jener Zeit werden oftmals als Arbeiten gesehen, die den Nationalsozialismus mit Hilfe des Öffentlichen Rechts zu legitimieren suchten. Später begründete er den *Grundgesetz-Kommentar Mangoldt-Klein*, in welchem er die „Fußfessel des Gesetzgebers“ auszuhebeln suchte.

will man jetzt dem Gesetzgeber überlassen. Das sind Fesseln für den Gesetzgeber, die Ihm seine Arbeit unnötig erschweren.“

Dr. Thomas Dehler³³ von der FDP antwortete:

„Wir wollen diese Fesseln des Gesetzgebers und bitten daher, den Satz 2 aufrechtzuerhalten.“

Unterstützt wurde diese Sicht von Prof. Dr. Ludwig Bergsträsser³⁴ (SPD):

„..., im Notstand wird noch schludriger gearbeitet als sonst. Deswegen sind solche genauen Vorschriften in diesen Bestimmungen ganz gut, denn ich habe immer die Beobachtung gemacht, dass bei solchen gesetzlichen Bestimmungen die Neigung besteht sie lax anzuwenden.“

Der Art. 19, Abs. 1, Satz 2 wurde nach sprachlicher Überarbeitung schließlich in der oben zitierten Form in das GG eingestellt. Dieser Art. 19 sollte – nach Willen der großen Mehrheit des parlamentarischen Rats – die Waffe des Bürgers sein, um seine Rechte einzufordern und die Machthaber in die Schranken weisen zu können. Flankiert wird der Art. 19 GG vom Art. 123 GG, dieser besagt,

„Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages gilt fort, soweit es dem Grundgesetze nicht widerspricht.“

Nach der Verabschiedung und Inkrafttreten des GG wurden die althergebrachten Prozessordnungen – auch die Strafprozessordnung (StPO) – im Bundestag verhandelt und im Herbst 1950 wurde festgestellt, dass sie weiter gelten und nicht geändert werden sollen, weil sie ohnehin galten. Gegen diese „neue“, aber eben doch eigentlich „alte“, StPO wurde vor dem BVerfG verhandelt, wegen Verstoßes gegen den Art. 19 GG. Das BVerfG verwarf die Klage, aus dem Urteil vom 10.02.1953:

„Allerdings ist in § 81 StPO das Grundrecht der persönlichen Freiheit – Art. 2 GG – nicht ausdrücklich bezeichnet, während nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 ein Grundrecht, wenn es durch Gesetz eingeschränkt wird, unter Angabe des Artikels genannt werden muß. Dieses formelle Erfordernis des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG, auf das sich die Beschwerdeführerin beruft, hat jedoch nach Sinn und Zweck der Bestimmung nur für die künftige Gesetzgebung Geltung (vgl. hierzu Bonner Kommentar zum GG, 1950, Anm. II 1 fß zu Art. 19).“

Diejenigen, die hier eine Beugung des GG durch das BVerfG sehen, begründen dies wie folgt: Das GG trat 1949 in Kraft, die geltende StPO im Herbst 1950, also zeitlich nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes – wie also konnte die StPO vom BVerfG als vorkonstitutionelles Recht bezeichnet werden?

33 Dr. Dehler wurde 1897 in Lichtenfeld (Oberfranken) geboren und verstarb 1967 in Streitberg (Oberfranken). Nach dem 1. Weltkrieg – Dehler war ab 1916 Soldat – studierte er in München, Freiburg und Würzburg Rechts- und Staatswissenschaften: 1920 juristische Promotion und 1. Staatsexamen, 1923 2. Staatsexamen, danach Rechtsanwalt. Während der zwölf Jahre der Herrschaft des braunen Sozialismus war Dehler Mitglied der Robinsohn-Strassmann-Gruppe und war, da mit einer Jüdin verheiratet, erheblichen Schikanen der Braunen ausgesetzt. Dehler wurde 1945 Generalstaatsanwalt, 1947 Präsident des Oberlandesgerichts in Bamberg, 1948/49 Mitglied des Parlamentarischen Rats, von 1949 bis 1953 war er Bundesinnenminister und bis zu seinem Tode Mitglied des Bundestages.

34 Prof. Dr. Bergsträsser wurde 1883 in Altkirch/Elsass geboren und verstarb 1960 in Darmstadt. Ab 1902 studierte er Geschichte, Staatsrecht und Nationalökonomie in Heidelberg, München, Leipzig und Paris, 1906 in Heidelberg zum Dr. phil. promoviert, 1910 in Greifswald für Geschichte habilitiert und ab 1916 a. o. Prof.; 1948/49 war er einflussreiches Mitglied des Parlamentarischen Rates.

Die überreichliche Mehrheit der Juristen sieht hier keinen Fehler des BVerfG's, weil im eigentlichen Sinne nur die alten Prozessordnungen übernommen worden sind, die nicht durch den Art. 19 GG berührt wurden.

Auch diese Position ficht die Minderheit an, denn im Art. 123 GG stehe ganz klar und eindeutig:

„Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages gilt fort, soweit es dem Grundgesetze nicht widerspricht.“

Der Rechtsbefehl des Art. 19 GG über die Gültigkeit von Gesetzen, welche die Grundrechte einschränken, wurde vom BVerfG missachtet und von Anbeginn der BRD als irrelevant angesehen; auch der im Urteil erwähnte Bonner Grundgesetzkommentar stelle explizit auf die Relevanz des Art. 123 GG i. V. m. Art. 19 GG ab, falls altes Recht in der BRD weiter Geltung haben soll.³⁵

„f) Die Fortgeltung von „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages“ bestimmt sich nach Art. 123. Solches Recht darf dem Recht des BGG nicht widersprechen.

β) Nachdem geklärt ist, daß für eine Weitergeltung bisherigen Rechts überhaupt nur förmliches Gesetzesrecht in Betracht kommt, ist außerdem zu prüfen, ob solches Recht zu seiner Fortgeltung auch noch den Erfordernissen des Art. 19 entsprechen muss. Für die sachliche Gültigkeitsvoraussetzung des Art. 19 dürfte diese Frage zu bejahen sein. Hierfür spricht jedenfalls stark der vom Verfassungsgeber mit dieser Bestimmung verfolgte Zweck, einen über Art. 3 noch hinausgehenden Schutz insbesondere gegen jegliche Einzelaktgesetzgebung zu gewähren. Bei dem formellen Erfordernis des Satzes 2 kann dagegen der Wille des Verfassungsgebers, es nur auf die Zukunft bezogen zu wissen, wohl unbedenklich unterstellt werden.“

Für die Vertreter der Minderheitsmeinung ist es also klar, dass das BVerfG damals 1953 die Verfassung gebeugt hat; die Einflüsse des Verfassungsrichters Dr. *Willi Geiger*³⁶ und des Präsidenten des BVerfG Dr. *Hermann Höpker-Aschoff*³⁷ wären damals wohl ausschlaggebend gewesen.

Es ist gleichgültig, ob man der Minderheitsmeinung zustimmt³⁸ oder nicht, die Tatsache bleibt, dass das BVerfG damals (s. o.) einräumte, dass die StPO (welche sich im Sinne *F. A. v. Hayeks* mit

³⁵ Die Verweisstellen zum Bonner Grundgesetzkommentar aus dem o. g. Urteil des BVerfG's.

³⁶ Dr. Willi Geiger wurde 1909 in Neustadt an der Weinstraße geboren und verstarb 1994 in Karlsruhe. Er war Mitglied der NSDAP und verschiedener NS-Organisationen, z. B. Schulungs- und Pressereferent der SA, Staatsanwalt am Sondergericht Bamberg und rechtfertigte in seiner Dissertation die Ausschaltung der volksschädlichen Einflüsse auf dem Gebiet der Presse. Geiger wurde 1950 Richter am Bundesgerichtshof und von 1951 bis 1977 Bundesverfassungsrichter, daneben war er ab 1954 auch Honorarprofessor an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer.

³⁷ Dr. Hermann Höpker-Aschoff wurde 1883 in Herford geboren und verstarb 1954 in Karlsruhe. Lebenslauf lt. „Bundeszentrale für politische Bildung“: Studium der Rechtswissenschaften in Jena, München und Bonn, 1904 erstes juristisches Staatsexamen, 1907 Promotion in Bonn, 1910 Assessorexamen, 1912 Richter am Landgericht Bochum; 1914-1918 Teilnahme am 1. Weltkrieg; 1918 Eintritt in die Deutsche Demokratische Partei; 1921-1932 Mitglied des Preußischen Landtags; 1925-1931 preußischer Finanzminister. 1930-1932 Mitglied des Deutschen Reichstags. 1930 Mitgründer der Deutschen Staatspartei, dabei fand er die Weimarer-Republik zunehmend lächerlich, seine Haltung zum Weimarer-Regierungssystem ist höflich mit Skepsis und deftig als Verachtung und Hohn zu bezeichnen; er war ein Freund der darauf folgenden Diktatur. Im 2. Weltkrieg war er Chefjurist der Haupttreuhandstelle Ost, die sich mit der Beschlagnahme und Verwaltung polnischer Vermögen befasste; nach 1945 Mitglied der FDP und ein guter Freund von Theodor Heuss; 1951 wurde er der erste Präsident des BVerfG's und übte dieses Amt bis zu seinem Tode aus.

³⁸ Ich z. B. stimme ihr nicht zu, denn die Begründungen, die für Minderheitsmeinung bspws. unter <http://zitiiergebot.org/> aufgeführt sind, kann ich zum größten Teil nur als Haarspaltereien und Wortklaubereien bezeichnen. Richtig hingegen ist, dass dort darauf verwiesen wird, dass das BVerfG seit jener Zeit bei den Verfassungsbeschwerden bezüglich des Art. 19 GG stets mit Bezug auf das Urteil vom 10.02.1953 ablehnend entschieden hat. Zumindest hat das BVerfG nach meinem Kenntnisstand allen Beschwerden wegen Art. 19 GG eine Abfuhr erteilt!

allgemeinen Rechtsregeln befasst) ein Grundrecht einschränkt und dies nicht nennt. Die Auslegung des Art. 19 im Urteil des BVerfG's aus 1953 hat m. E. diesen Artikel als Waffe des Bürgers stumpf gemacht; denn nach dem Willen des Parlamentarischen Rats sollte dieser Artikel dem Bürger die Möglichkeit geben, seine Rechte einzufordern und die Machthaber in die Schranken weisen zu können. Seit den Tagen jenes Urteils behandelte das BVerfG alle Beschwerden wegen Verstoßes des Art. 19 GG in der Tradition jenes Urteils.

Folglich stimme ich hier *F. A. v. Hayek* zu, wenn er darlegt, dass die Bestimmungen des Art. 19 GG nicht gelebt worden sind. *F. A. v. Hayek* gibt explizit der Juristin *Hildegard Krüger* recht, dass der Art. 19 GG der Eckstein des Rechtsstaates sei, der gleich einer Sammellinse die einzelnen Prinzipien des Rechtsstaats bündelt.³⁹ Weiter führt *F. A. v. Hayek* aus, dass er glaubt, wenn der Art. 19, Abs. 1 GG wirklich die Bedeutung gewonnen hätte, Grundrechte nur durch allgemeine Regeln einschränken zu dürfen, die BRD ein wirklich freier Rechtsstaat hätte werden können. Er führt aus, dass man, um eine freie Gesellschaft zu sichern, kaum mehr benötige, so dass Preis-, Mengen- oder Zulassungsbeschränkungen unzugänglich würden, da diese mit Art. 19, Abs. 1 GG nicht vereinbar sind. Leider habe der Art. 19, Abs. 1 GG diese Bedeutung nicht gewonnen.⁴⁰

Vielmehr sieht *F. A. v. Hayek* eine verhängnisvolle Entwicklung aller westlichen Liberal-Demokratien hin zu einer stetigen Vermischung der Legislative und der Exekutive. Nach *F. A. v. Hayek* haben wir verlernt zwischen echten, allgemeinen Rechtsregeln und der Vielzahl von anderen Befehlen, die gleichfalls in Form von Gesetzen erlassen werden, zu unterscheiden, da beide Arten von derselben gewaltenteilenden Körperschaft – der Legislative – beschlossen werden.

Die „*Herrschaft des Rechts*“ ist nicht gewährleistet, da die Legislative die allgemeinen und für alle geltenden Regeln des Rechts nach Bedarf ändern kann. Das Ideal des „*government under the law*“ kann nur erreicht werden, wenn auch die Volksvertreter unter diesen Regeln stehen!

In den sog. Liberal-Demokratien trifft die Mehrheitspartei oder –koalition der Legislative üblicherweise praktische Entscheidungen für die Regierung, also für die Exekutive, die auch regelmäßig aus den Reihen der Legislative stammen – vom präsidentialen Wahlrecht einmal abgesehen.

Ergo ist die Legislative – mittels des sog. Fraktionszwanges bei relevanten Abstimmungen⁴¹ – mehr oder weniger der Erfüllungsgehilfe der Exekutive und kann, wo dies nötig ist, jederzeit auch die allgemeinen Regeln dem Dienste der Tagespolitik anpassen. Dabei können auch fundamentale Gerechtigkeitsregeln mittels parlamentarisch, demokratisch legitimierten Mehrheitsbeschluss durchbrochen werden.

Die wahre Macht liegt also trotz expliziter Ausformulierung der Parlamentsautonomie im GG bei der Exekutive,⁴² bei der Regierung.⁴³ *F. A. v. Hayek* kommt zu dem Schluss:⁴⁴

39 Siehe Hayek, Friedrich August von: *Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit*; in: *Freiburger Studien*. Tübingen 1969; S. 52.

40 Ebenda.

Schachtschneider sagt sogar „Die Bürger haben gegenüber ihrem Staat ein Recht auf Recht, das allerdings vom Verfassungsgericht bisher nicht anerkannt wurde.“ Schachtschneider, Karl Albrecht: *Der letzte Akt des Euro-Abenteuers*; in: Hankel, Wilhelm u. a.: *Das Euro-Abenteuer geht zu Ende*. Rottenburg 2011, S. 151.

41 Bei weniger wichtigen Abstimmungen kann und wird dann eine „Show“ veranstaltet und das Parlament stimmt gegen scheinbare Regierungsvorschläge. So eine „Show“ feiern die qualitätsfreien Führungsorgane der Medienlandschaft meistens „als großen Tag für das Parlament und die Demokratie“.

42 <http://www.scribd.com/doc/7503464/118/Die-Allmacht-des-Parlaments>; e-book: Rasch, Adolf: *Mehr Freiheit*. Einführung

„Zentralisierung und Konzentration der Gewalt ... ist heute eine notwendige Folge des Umstands, daß die Vereinigung der gesetzgebenden und der Regierungsgewalt in der gleichen Versammlung dieser eine Macht verleiht, die in einer freien Gesellschaft niemand besitzen sollte“.

Um die Macht der Monarchen zu beschränken, wurde für die Einführung von Parlamenten gefochten, z. B. mit der „*Magna Charta*“, die 1215 festlegte, dass der englische König den Staatshaushalt nur in Zusammenarbeit mit einem Rat (Parlament) aus Lehensträgern aufstellen durfte. Die Befugnisse des Parlaments wurden danach stetig ausgedehnt, z. B. im Zuge der „*Glorious Revolution*“ erfolgte am 13.02.1689 die „*Declaration of Rights*“, die dann vom neuen Königspaar *Wilhelm III. von Oranien* und *Maria II.* am 23.10.1689 als „*Bill of Rights*“ bestätigt wurden und als Sieg des Parlaments gelten.

Ein Parlament galt als Bastion der Bürger gegen die absoluten Herrschaftsgelüste der Fürsten; deshalb kämpften auch die Liberalen im 19. Jh. für das Parlament, warnten aber schon in der Frankfurter Paulskirche 1848/49 davor »den einen großen Herrscher durch viele kleine Herrscher (Abgeordnete) auszutauschen«.

Genau dies geschah im 20. Jh.: Die Mehrheitspartei bzw. Mehrheitskoalition des Parlaments füllt als Handlanger der Regierung die Position des absoluten Fürsten aus, dabei maßen sich die Parlamentarier – da demokratisch legitimiert – einen Missbrauch der Macht an, die jedem der absolut regierenden Monarchen mindestens den Thron gekostet hätte.⁴⁵

Treffend zur der heutzutage praktizierten Organisation der parlamentarischen Demokratie vermerkt *Roman Herzog* im Grundgesetzkommentar (Maunz / Dürig):⁴⁶

„Wenn sich in der politischen Wirklichkeit eines Staates nicht mehr wie bei Montesquieu Legislative und Exekutive als miteinander echt konkurrierende Gewalten gegenüberstehen, sondern einerseits ein Konglomerat aus Regierung und parlamentarischer Mehrheit und andererseits die Opposition als parlamentarische Minderheit, die zudem durch das Mehrheitsprinzip jederzeit überstimmt werden kann, kann von einer Gewaltenteilung vernünftigerweise nicht mehr die Rede sein.“

in den Klassischen Liberalismus. 3. Ausgabe von 2007. Ergänzend zur Gewaltenteilung und was sie bedroht, siehe auch Schüßlburner, Josef: http://links-enttarnt.net/upload/dokument_1302763728.pdf.

43 Siehe hierzu Hayek, Friedrich August von: *Freiburger Studien*. Tübingen 1969; insbesondere: *Arten der Ordnung*, S. 32 – S. 46; *Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit*, S. 47 – S. 55; *Die Anschauungen der Mehrheit und die zeitgenössische Demokratie*, S. 56 – S. 74, und auch Hayek, Friedrich August von: *Hauptabschnitt – Liberalismus, Sozialismus und Demokratie* in: *Die Anmaßung von Wissen*. Neue Freiburger Studien. Tübingen 1996, S. 148 – S. 277. In diesen Aufsätzen findet man kurz, knapp und gut formuliert die Kernelemente des Hayek'schen Denkens betreffend der Probleme der Organisation der Gewaltenteilungen in den westlichen Demokratien. In dem dreibändigen Werk „*Recht, Gesetzgebung und Freiheit*“ (Hayek, Friedrich August von: *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*. Verlag Moderne Industrie, München und Landsberg am Lech, 1980-1981) sind diese Gedankengänge zur „*Herrschaft des Rechts*“ dann tiefschürfend und in Teilen sehr abstrakt weiter vertieft worden. F. A. v. Hayek nennt die praktischen Organisationsformen der westlichen Demokratievariante (Legislative und Exekutive) Willkürregierungen, die keinerlei Regeln unterworfen sind, und die nur ein Prinzip kennen: Interessengruppen Gunstbeweise durch Diskriminierung anderer Gruppen zu erbringen.

44 Hayek, Friedrich August von: *Wohin zielt die Demokratie?*; in: *Die Anmaßung von Wissen*. Neue Freiburger Studien. Tübingen 1996, S. 204 – S. 215, Zitat auf S. 214.

45 Siehe hierzu <http://www.mehr-freiheit.de/faq/parlam.html> und <http://www.scribd.com/doc/7503464/118/Die-Allmacht-des-Parlaments>. Außerdem siehe ganz besonders die beißende Ironie von Erik Ritter von Kuehnelt-Leddihn in seinen Büchern: *Demokratie – eine Analyse*. Graz 1996 und *Gleichheit oder Freiheit? Demokratie – ein babylonischer Turmbau?* Tübingen 1985.

46 Zitiert nach Schüßlburner, Josef: http://links-enttarnt.net/upload/dokument_1315169167.pdf, S. 3.

Und F. A. v. Hayek vermerkt,⁴⁷ dass in den heutzutage praktizierten Demokratien Legislative / Exekutive zum „Spielball von Gruppeninteressen“ verkommen, da eine nominell allmächtige demokratische Regierung eigentlich durch die unbeschränkte Macht sehr schwach wird. Eine solche demokratische Regierung kann sich die Mehrheitsunterstützung nur sichern, indem sie eine Unzahl von Sonderinteressen kleinerer Gruppen befriedigt, damit diese ihre *Mehrheit* stützen. Eine solche „omipotente Legislative“ wird notwendig schwach und korrupt, denn die heutzutage normale Mehrheitsbeschaffung sollte man eigentlich Stimmenkauf, Schmierer und Belohnen nennen: ein auf Sondervorteile aufgebautes Erpressungs- und Korruptionssystem der Politik – eine ›Schacher‹demokratie. Der Kampf gegen die absolute Fürstenmacht hatte das Ziel, alle Regierungsmacht zu beschränken, das ist „das große Ziel konstitutioneller Regierung gewesen“. Gewaltenteilung, Herrschaft des Rechts, Regeln des privaten und des öffentlichen Rechts und Regeln vor Gerichten, dies alles diente dazu, dass der Zwang, den Regierungen gegen Menschen anwenden dürfen, eng beschränkt und streng geregelt war. Alle diese Freiheitsprinzipien wurden nach und nach vernachlässigt, die Annahme setzte sich durch, dass die demokratische Kontrolle der Regierungen genügen wird. Begünstigt wurde diese Entwicklung noch damit, dass die alten Begriffe, z. B. was rechtens ist, in ihrem Sinn entleert wurden, ihre Bedeutung verloren haben und einen anderen – mitunter sogar gegenteiligen – Inhalt erhielten,⁴⁸ so dass m. E. angebracht ist hier zwei Sprüche von Konfuzius zu zitieren:⁴⁹

„Wenn die Begriffe sich verwirren, ist die Welt in Unordnung.“

„Wenn Wörter ihre Bedeutung verlieren, verlieren Menschen ihre Freiheit.“

Dies fasst F. A. v. Hayek in einem Interview noch einmal knapp und kurz zusammen:⁵⁰

„Es handelt sich um ein grosses Missverständnis: Demokratie war ursprünglich beabsichtigt, um die Macht der Regierung zu beschränken; tatsächlich hat sie deren Macht unbeschränkt gemacht, und zwar deshalb, weil man glaubte, dass die Abhängigkeit von der Mehrheitsentscheidung die Regierungsmacht beschränken würde.“

Diese Problemsicht der ›Schacher‹demokratie, die Überlappungen von Legislative und Exekutive und die Dominanz der bundesdeutschen Exekutive über die bundesdeutsche judikative Gewalt zeigt etwas ziemlich deutlich: Nämlich, dass es – zumindest mir – sehr schwer fällt in der BRD noch irgendwo etwas vom Ideal des Rechtsstaates, des „government under the law“, zu erkennen. Die politischen Lippenbekenntnisse über Gewaltenteilung, Rechtsstaat usw. sind eben Sonntagsreden – es ist eben nur Geplapper.

47 Zu den folgenden Äußerungen siehe Hayek, Friedrich August von: *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 3, Landsberg am Lech 1981, S. 25 – S. 33 und S. 138f.

48 Schon 1944 warnte F. A. v. Hayek davor aus der Demokratie einen Fetisch zu machen; auch eine homogene und doktrinäre Majorität könne die Menschen verknechten wie die schlimmste Diktatur, auch die Macht von Legislativer und Exekutiver in der Demokratie müssen beschränkt sein und unter Regeln stehen, um unbeschränkte Macht zu verhindern, siehe Hayek, Friedrich August von: *Der Weg zur Knechtschaft*. 4. Aufl., München 1981, z. B. S. 99 f. und S. 106 – 118.

49 <http://www.bk-luebeck.eu/zitate-konfuzius.html>.

50 Siehe: <http://www.fahayek.net/publish/portrait/HayekPortrait.pdf>. Interview von Andreas K. Winterberger mit Friedrich August von Hayek, S. 7.

VIII. FAZIT

Nach *Max Weber*⁵¹ hatte *Leo Trotzki* 1918 in Brest-Litowsk gesagt:

„Jeder Staat wird auf Gewalt gegründet.“

Und das folgende Zitat von *Ludwig von Mises*⁵² gilt auch für einen Rechtsstaat:

„Staat ist Gewaltanwendung und Bereitschaft, Gewalt anzuwenden. Der Staatsapparat ist ein Zwangs- und Unterdrückungsapparat. Das Wesen der Staatstätigkeit ist, Menschen durch Gewaltanwendung oder Gewaltandrohung zu zwingen, sich anders zu verhalten, als sie sich aus freiem Antriebe verhalten würden.“

Und weil *Hochschild's* Doktorarbeit, die aus den praktischen Erfahrungen einer über dreißigjährigen richterlichen Tätigkeit schöpft, mir demonstriert, dass die BRD nur ein krüppelhafter Rechtsstaat ist, gilt das Mises-Zitat für die deutsche Realität m. E. überdeutlich!

Diese Staats-Gewalt, die aus den beiden Zitaten spricht, existiert auch im Rechtsstaat. Im idealen Rechtsstaat i. S. des Prinzips der Gewaltenteilung ist diese Gewalt ausbalanciert und begrenzt. Diese Normen finden sich auch im Bonner GG, und die Bürger Deutschlands haben, wenn denn der Rechtsstaat verwirklicht werden soll, diese Normen des GG einzufordern, damit diese auch Verfassungswirklichkeit werden können, z. B. auch die Norm des Art. 20 Abs. 2, Satz 1, die da heißt:

„Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“.

Bei Wahlen zum Bundestag kann ein Wähler mit der sog. Zweitstimme die Liste irgendeiner Partei wählen, hat aber keinerlei Einfluss auf die Zusammensetzung jener Listen, denn diese Listen werden in den Hinterzimmern der Altvorderen der Partei ausgeklüngelt – nach Parteiproporz und –interesse. Der Wähler, von dem als Teil des Volkes alle Staatsgewalt ausgehen soll und der dabei sinnigerweise keinerlei Einfluss auf diese Listen hat, wählt demzufolge bei der Listenwahl auch die »Pappnasen«, die er keinesfalls im Parlament sehen will, oder er bleibt der Wahlfarce fern.⁵³ Kumulieren – auch Stimmenhäufung oder Häufeln genannt – oder Panaschieren ist bei der Bundestagswahl und bis auf Hamburg und Bremen auch bei den Landtagswahlen in der BRD nicht vorgesehen. Hier haben die alten Parteien mit den von ihnen gemachten Wahlgesetzen – hierzu zählen auch die sog. 5%-Klausel und andere Scherze, um neuen Parteien durch hohe Hürden die Wahlchancen von Beginn an ungeheuer zu erschweren – einen Riegel vorgeschoben, dadurch ist die BRD nichts weiter als eine Partikokratie – die Beute der Parteien⁵⁴ – nicht von ungefähr hegten die großen Theoretiker der „beschränkten Staatsgewalt“ im 18. Jh. eine große Abneigung gegen Parteien! Die Parteien sind die politische Willensbildung, trotz Art. 21 GG, der besagt, dass die Parteien an dieser nur mitwirken.

51 Weber, Max: Politik als Beruf. Frankfurt am Main 1999, Einleitung, S. 8.

52 Mises, Ludwig von: Im Namen des Staates oder die Gefahren des Kollektivismus. Verlag Bonn aktuell, München 1978, S. 68.

53 Schachtschneider, Karl Albrecht: Der letzte Akt des Euro-Abenteuers; in: Hankel, Wilhelm u. a.: Das Euro-Abenteuer geht zu Ende. Rottenburg 2011, S. 152.

54 Radnitzky, Gerard: Das verdammte 20. Jahrhundert. Hildesheim und Zürich 2006. S. 35 – 38, der Begriff Partikokratie findet sich in der Anmerkung Nr. 14 auf S. 41 zu diesen Seiten.

Ähnlich 1966 Jaspers, Karl: Wohin treibt die Bundesrepublik? München 2002, Neuausgabe. S. 128ff., Schachtschneider, Karl Albrecht: Der letzte Akt des Euro-Abenteuers; in: Hankel, Wilhelm u. a.: Das Euro-Abenteuer geht zu Ende. Rottenburg 2011, S. 151f., Schüßlburner, Josef: http://links-enttarnt.net/upload/dokument_1302763728.pdf. Schachtschneider und Schüßlburner sehen die Hauptgefahr für »Freiheit und Wohlstand« von den Parteien ausgehen.

Wären diese Normen in der bundesdeutschen Realität gegeben, dann wäre der Staat m. E. per se minimaler, dann könnte *Albert Schweitzers* Bild des „Freien Menschen“ real werden:⁵⁵

„Ein freier Mensch:

Ich will unter keinen Umständen ein Allerweltsmensch sein.

Ich habe ein Recht darauf, aus dem Rahmen zu fallen – wenn ich es kann!

Ich wünsche mir Chancen, nicht Sicherheiten!

Ich will kein ausgehaltener Bürger sein, gedemütigt und abgestumpft, weil der Staat für mich sorgt.

Ich will dem Risiko begegnen, mich nach etwas sehnen und es verwirklichen; Schiffbruch erleiden und Erfolg haben.

Ich lehne es ab, mir den eigenen Antrieb mit einem Trinkgeld abkaufen zu lassen.

Lieber will ich den Schwierigkeiten des Lebens entgegentreten, als ein gesichertes Dasein führen.

Lieber die gespannte Erregung des eigenen Erfolges, als dumpfe Ruhe Utopiens!

Ich will weder meine Freiheit gegen Wohltaten hergeben, noch meine Menschenwürde gegen milde Gaben.

Ich habe gelernt, selbst für mich zu denken und zu handeln, der Welt gerade ins Gesicht zu sehen und zu bekennen: Dies ist mein Werk!

Das alles ist gemeint, wenn wir sagen: Ich bin ein freier Mensch!“

Da dieser Wunsch in der BRD keinesfalls dem entspricht, was die Politik den Menschen real zumutet, gilt das, was Papst *Benedikt XVI.* in seiner Rede vor dem Bundestag⁵⁶ klarstellte eben uneingeschränkt:

„Aber der Erfolg ist dem Maßstab der Gerechtigkeit, dem Willen zum Recht und dem Verstehen für das Recht untergeordnet. Erfolg kann auch Verführung sein und kann so den Weg auf tun für die Verfälschung des Rechts, für die Zerstörung der Gerechtigkeit. »Nimm das Recht weg – was ist dann ein Staat noch anderes als eine große Räuberbande«, hat der heilige Augustinus einmal gesagt. Wir Deutsche wissen es aus eigener Erfahrung, dass diese Worte nicht ein leeres Schreckgespenst sind. Wir haben erlebt, dass Macht von Recht getrennt wurde, dass Macht gegen Recht stand, das Recht zertreten hat und dass der Staat zum Instrument der Rechtszerstörung wurde – zu einer sehr gut organisierten Räuberbande, die die ganze Welt bedrohen und an den Rand des Abgrunds treiben konnte.“

Ergänzend dazu noch einmal *F. A. v. Hayek*:⁵⁷

„Die Bezeichnung »Gesetz« für all das, was die gewählten Volksvertreter beschließen und

⁵⁵ www.forum-ordnungspolitik.de/zum-mitnehmen/zentrale-texte/was-ist-liberalismus/1092-ein-freier-mensch. Robert Nef hat nach umfangreichen Recherchen 2015 herausgefunden, dass das deutschsprachige Zitat nach 2007 erstmals als vermutlich bewusste Fehl-Zuschreibung im Hinblick auf eine Popularisierung Schweitzers auftaucht.

⁵⁶ Rede Papst Benedikts XVI. im Deutschen Bundestag am 22. September 2011; <http://www.bundestag.de/kulturundgeschichte/geschichte/gastredner/benedict/rede.html>.

⁵⁷ Hayek, Friedrich August von: *Wohin zielt die Demokratie?*; in: *Die Anmaßung von Wissen*. Neue Freiburger Studien. Tübingen 1996, S. 205.

für jede Anordnung, die sie als Regierung unter dem Gesetz treffen, so sehr sie auch zugunsten bestimmter Gruppen oder zu Lasten anderer diskriminiert, ist aber nicht viel besser als ein schlechter Witz. Das ist in Wahrheit einfach gesetzlose Ausübung der Regierungsgewalt.“

Und die Folgen dieser Art des »gesetzlosen Regierens« bewirkt Negatives:⁵⁸

„Was tatsächlich geschieht, ist, dass eine durch die bestehenden Einrichtungen geschaffene politische Notwendigkeit inpraktikable oder sogar destruktive moralische Vorstellungen schafft.“

Übereinstimmung über die Teilung der Beute, die eine Mehrheit durch Überwältigung einer Minderheit gewonnen hat, oder darüber, wie viel letzterer weggenommen werden soll, ist nicht Demokratie oder zumindest nicht ein Ideal der Demokratie, das sich moralisch rechtfertigen lässt. Demokratie ist an sich nicht Egalitarismus, aber unbeschränkte Demokratie artet notwendig zum Egalitarismus aus“

Die Berliner Rede vom 17.06.2008 des damaligen Bundespräsidenten *Horst Köhler* enthält einen Satz, der ganz gut zu den o. g. Problemen passt und deshalb hier den Abschluss bildet:⁵⁹

„Wer unsere politische Ordnung studiert hat, will sie verändern.“

⁵⁸ Hayek, Friedrich August von: *Wohin zielt die Demokratie?*; in: *Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien.* Tübingen 1996, S. 209 f.

⁵⁹ http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Horst-Koehler/Reden/2008/06/20080617_Rede.html.

INTERNETQUELLEN UND LITERATUR

1. Die Dissertation des pensionierten Richters Dr. Udo Hochschild:

Hochschild, Udo: Gewaltenteilung als Verfassungsprinzip. http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=1007186712&dok_var=d1&dok_ext=pdf&filename=1007186712.pdf.

2. Sonstige Internetseiten:

Benedikt XVI.: Rede von Papst Benedikts XVI. im Deutschen Bundestag am 22. September 2011; <http://www.bundestag.de/kulturundgeschichte/geschichte/gastredner/benedict/rede.html>.

Bundesministerium der Justiz: Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland bereitgestellt als Internetservice des Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH – www.juris.de <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>.

Bundeszentrale für politische Bildung:

www.bpb.de/themen/ZHKCRC.0.0.Hermann_H%F6pker_Aschoff_%28FDP%29.html.

Informationen zum „Parlamentarischen Rat“: 1. Allgemeine Informationen – http://www.kas.de/wf/doc/kas_13913-544-1-30.pdf&100617132053, 2. Spezielle Informationen, einschließlich Minderheitenmeinungen zum Art. 19 GG – <http://zitiergebot.org/>.

Köhler, Horst: Die dritte Berliner Rede vom 17. Juni 2008;

http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Horst-Koehler/Reden/2008/06/20080617_Rede.html.

Rasch, Adolf: Mehr Freiheit. Einführung in den Klassischen Liberalismus. 3. Ausgabe von 2007, e-book: <http://www.scribd.com/doc/7503464/118/Die-Allmacht-des-Parlaments>.

Schüßlburner, Josef:

Zur Unabhängigkeit der Justiz (und was sie bedroht):

http://links-enttarnt.net/upload/dokument_1298808854.pdf.

Zur Gewaltenteilung (und was sie bedroht):

http://links-enttarnt.net/upload/dokument_1302763728.pdf.

Ergänzend zur Problematik mit Lösungsvorschlägen:

http://links-enttarnt.net/upload/dokument_1315169167.pdf.

Winterberger, Andreas K.: Interview mit Friedrich August von Hayek.

<http://www.fahayek.net/publish/portrait/HayekPortraet.pdf>.

www.forum-ordnungspolitik.de.

www.gewaltenteilung.de, war auch ein Forschungsprojekt am Fachbereich Rechtswissenschaften der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität, Frankfurt am Main.

<http://www.mehr-freiheit.de/faq/parlam.html>.

3. Bücher:

Baader, Roland: Die Euro-Katastrophe. Für Europas Vielfalt – gegen Brüssels Eintadt. Böblingen

1993.

Dahrendorf, Ralf: Gesellschaft und Demokratie in Deutschland. München 1965.

Eschenburg, Theodor: Staat und Gesellschaft in Deutschland. Stuttgart 1962.

Hayek, Friedrich August von: Arten der Ordnung; in: Freiburger Studien, Tübingen 1969, S. 32 – S. 46.

Hayek, Friedrich August von: Die Anschauungen der Mehrheit und die zeitgenössische Demokratie; in: Freiburger Studien, Tübingen 1969, S. 56 – S. 74.

Hayek, Friedrich August von: Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit; in: Freiburger Studien, Tübingen 1969, S. 47 – S. 55.

Hayek, Friedrich August von: Der Weg zur Knechtschaft. 4. Aufl., München 1981.

Hayek, Friedrich August von: Recht, Gesetzgebung und Freiheit. Verlag Moderne Industrie, München und Landsberg am Lech, 1980-1981.

Hayek, Friedrich August von: Wohin zielt die Demokratie?; in: Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien. Tübingen 1996.

Hayek, Friedrich August von: Hauptabschnitt – Liberalismus, Sozialismus und Demokratie in: Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien. Tübingen 1996, S. 148 – S. 277; dieser Hauptabschnitt enthält auch den zitierten Vortrag: Wohin zielt die Demokratie?

Jaspers, Karl: Wohin treibt die Bundesrepublik? München 2002, Neuausgabe.

Kuehnelt-Leddihn Erik Ritter von: Demokratie – eine Analyse. Graz 1996.

Kuehnelt-Leddihn Erik Ritter von: Gleichheit oder Freiheit? Demokratie – ein babylonischer Turmbau? Tübingen 1985.

Mises, Ludwig von: Im Namen des Staates oder die Gefahren des Kollektivismus. Verlag Bonn aktuell, München 1978.

Radnitzky, Gerard: Das verdammte 20. Jahrhundert. Hildesheim und Zürich 2006.

Schachtschneider, Karl Albrecht: Der letzte Akt des Euro-Abenteuers. Unrecht und Unvernunft des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM); in: Hankel, Wilhelm; Nölling, Wilhelm;

Schachtschneider, Karl Albrecht; Spethmann, Dieter; Starbatty, Joachim: Das Euro-Abenteuer geht zu Ende. Rottenburg 2011, S. 142 – S. 187.

Weber, Max: Politik als Beruf. Frankfurt am Main 1999.

FORUM FREIE GESELLSCHAFT (FFG) ...

... setzt sich ein für eine freie Gesellschaft, die Herrschaft des Rechts, die Unverletzlichkeit des Privateigentums, eine Kultur der Freiheit und Bürgerlichkeit, und eine politische Ordnung, die durch maximale Abwehrrechte des Bürgers und einen minimalinvasiven Staat gekennzeichnet ist. Die Aufgaben der Staatsvertreter bleiben auf hoheitliche Funktionen beschränkt, also den Schutz von Leib, Leben und Eigentum sowie die Durchsetzung des Rechts im Fall von Konflikten. Recht wird dabei von Gesetzen unterschieden, weil ersteres aus Konventionen entsteht und letzteres Top down von Experten Gesetz wird.

Aufgabe von FFG ist es, die Erkenntnisse des klassischen Liberalismus wieder zu beleben und fortzuentwickeln. Wir sind der Auffassung, dass eine zweite Aufklärung erforderlich ist, die einer Erneuerung der geistigen Grundlagen folgt. Die Österreichische Schule, deren Stärken und Schwächen thematisiert werden, ist dabei ein Teil einer umfassenden Sozialphilosophie.

Einen Dritten Weg lehnen wir ab, da er in den Sozialismus und seine sanfteren Spielarten führt.