

Josef Schüßlburner

Überlegungen zur aktuellen Gefährdung der Gewaltenteilung in Deutschland

Inwieweit stellen Verflechtungen von Wirtschaft, Parteien und staatlichen Institutionen eine Gefährdung des Gemeinwohls dar und welche Abhilfemaßnahmen sind geboten

Punkt 23 des im Jahr 1978 verkündeten *Grünen Manifests, Programm der Grünen Aktion Zukunft* (GAZ) <http://www.herbert-gruhl.de/html/gaz.html>

Die enge Verflechtung von Wirtschaft, Parteien und Behörden muß aufgelöst werden, damit die ökologischen Erfordernisse gegen die wirtschaftlichen Interessen durchgesetzt werden können. Parlamentarier und Staatsbeamte dürfen keine Aufsichtsratsmandate, Beraterverträge oder ähnliche Verpflichtungen in der Wirtschaft und Verwaltung übernehmen

widmet sich zur Gewährleistung der politischen Umsetzung des ökologisch Gebotenen einem Themenkomplex, der nur im generellen Kontext des Themas „Gewaltenteilung“ angemessen gewürdigt werden kann.

Bei der Gewaltenteilung, die auch Bestandteil der programmatisch definierten „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ ist, geht es banal um das Problem der Kontrolle von Personen und Institutionen, die staatliche Macht ausüben. Die staatliche Machtausübung ist deshalb besonders gefährlich, weil die Staatsgewalt notwendigerweise - zumindest bezogen auf das jeweilige Staatsgebiet - Monopolcharakter aufweist und deshalb mit weit reichenden Konsequenzen mißbraucht werden kann. Mittels Kontrolle durch andere Gewalten soll deshalb verhindert werden, daß die mit staatlichen Machtbefugnissen ausgestattete Person / Personengruppe primär im Eigeninteresse handelt. Gewaltenteilung soll demgegenüber gewährleisten, daß politische und damit letztlich staatliche Macht im Gesamtinteresse und damit im Interesse des Gemeinwohls ausgeübt wird. Die Vorstellung von Gewaltentrennung ist demnach mit der Idee des Gemeinwohls eng verknüpft, eine Prämisse, die dem Punkt 23 des *Grünen Manifests* erkennbar zugrunde liegt. Ist diese Prämisse zutreffend, so ist zu vermuten: Wird die Gewaltenteilung beeinträchtigt, wird politische Macht zu sehr im Eigeninteresse der Regierenden ausgeübt, zumindest wird dann das Gemeinwohl in einer zu einseitigen, also parteiischen Weise definiert und verwirklicht.

Zusammenhang von Gewaltenteilung und Gemeinwohl

Voraussetzung einer wirksamen Gewaltenteilung ist die Existenz von Kontrollinstanzen, die insbesondere durch Inkompatibilitätsregelungen ihre Wirksamkeit bekommen. Diese Kontrollinstanzen müssen mit angemessenen Machtmitteln ausgestattet sein, die zwar andersgeartet sind als die Machtmittel der zu Kontrollierenden, diesen aber irgendwie gleichwertig sein müssen. Das zentrale Problem ist allerdings, daß der Gedanke der Machtkontrolle auch gewissermaßen zu weit getrieben werden kann, wenn nämlich dadurch das Prinzip der Einheit der Staatsgewalt, das ebenfalls aus der Idee des Gemeinwohls folgend postuliert werden muß und letztlich den Monopolcharakter der Staatsgewalt rechtfertigt, aufgesprengt wird und sich dabei eine Entscheidungsunfähigkeit eines politischen Systems

durch die Institutionalisierung von Vetomächten ergibt. Dies wäre eine Situation, die ebenfalls dem Gemeinwohlinteresse nicht gerecht werden würde.

Diese knappe Problembeschreibung verdeutlicht, weshalb in der Staats- und Verfassungslehre das Thema Gewaltenteilung eines der komplexesten Gebiete¹ überhaupt darstellt. Das Thema ist notwendiger Weise mit grundlegenden Fragen der Demokratietheorie² verbunden. Dazu gehört etwa die zentrale Frage, ob die parlamentarische Form der Demokratie die eigentliche Demokratie darstellt oder nur eine defizitäre Form, die man eher als Notlösung deshalb hinnehmen müsse, weil in einem Großstaat keine unmittelbare (Versammlungs-)Demokratie zu verwirklichen sei. Die Anhänger der Auffassung, daß die parlamentarische Demokratie die eigentliche Demokratieform darstellt, der selbst dann zu folgen wäre, wenn man eine unmittelbare Demokratie etwa in Form einer plebiszitären Demokratie organisieren könnte (z.B. durch Volksabstimmung mit Hilfe des Internet), berufen sich vor allem auf die Verwirklichung des Gemeinwohls, wofür die in der These 23 des *Grünen Manifests* genannten ökologischen Erfordernisse als wichtiger Beispielsfall angeführt werden kann. Die Verwirklichung des Gemeinwohls benötige nämlich verantwortliche Amtsträger, die man entweder abwählen (wie Parlamentsabgeordnete) oder im Wege der finanziellen Haftung oder straf- und disziplinarrechtlich (wie die Beamten im Sinne von Artikel 33 GG) zur Rechenschaft ziehen kann, während demgegenüber für anonyme plebiszitäre Entscheidungen keiner wirklich die Verantwortung trägt.

Letztlich geht die Vorstellung einer Verknüpfung von Gewaltenteilung, die das Prinzip verantwortlicher Ämter zur Voraussetzung hat, mit der Idee des Gemeinwohls auf *Aristoteles* zurück, der in seiner „Politik“ auch auf eine Verfallserscheinung der Demokratie hinweist. In dieser würden Beschlüsse der Volksversammlung zu Einzelfragen der Verwaltung und der Justiz die „Herrschaft der Gesetzes“, die als Umschreibung des Gemeinwohlkonzepts auszumachen ist, beseitigen. Auf diese Weise würde Demokratie zugunsten der Volksführer (*demagoges*) zu einer Form der willkürlichen Despotie degenerieren. Auch wenn *Aristoteles* den Begriff „Gewaltenteilung“ nicht geprägt hat, so kann er als Urheber des der Gewaltenteilung zugrunde liegenden Gedankens festgestellt werden. Seine Vorstellung geht dahin, daß zur Verwirklichung des Gemeinwohls eine Gesetzesherrschaft durch spezielle Staatsorgane vorgesehen werden müsse. Die von ihm angestrebte Staatsform, die er *Politie* nennt und nach ihm so konstruiert werden sollte, daß man sie sowohl als Demokratie als auch als Oligarchie beschreiben kann, gibt den Gedanken wieder, der in der Moderne mit parlamentarischer Demokratie erstrebt wird, in der auf dem Ämterprinzip beruhend zwar nur wenige Personen wirklich Staatsgewalt ausüben, die aber doch von allen Bürgern legitimiert ist. *Politie* kann auch als Äquivalent zur „Republik“, also zur Herrschaft des Gemeinwohls, nämlich der *res publica*, der „allgemeinen Angelegenheit“ verstanden werden. Auch diese strebt im Interesse des Gemeinwohls an, die Idee der Freiheit der Bürger mit der wirtschaftlichen Rationalität der politischen Entscheidungen zu verknüpfen. Ein derartiges System, das allerdings nicht von vornherein eine Demokratie sein muß, sondern etwa auch eine konstitutionelle Monarchie sein könnte, wird zur Demokratie bei Verwirklichung der Gleichheit des Bürgerstatus (*isonomia*), der sich in der Gleichheit des Rederechts (*isologia*) und des Abstimmungsrechts (*isegoria*) manifestiert. Auf den vordemokratischen Ausgangspunkt von Gewaltenteilung und parlamentarischer Demokratie³ sei jedoch

¹ Verwiesen sei auf die entsprechende Darlegung von *Ulrich Thiele*, Die politischen Ideen. Von der Antike bis zur Gegenwart, 2008, S. 101 ff.

² S. *ebenda*, S. 57 ff.

³ Zusammenfassend anstelle von zahlreichen Autoren, s. *Danilo Zolo*, Die demokratische Fürstenherrschaft. Für eine realistische Theorie der Politik, 1997, was die wohl bemerkenswerteste Veröffentlichung zur Demokratietheorie in der jüngsten Zeit darstellt; auf S. 109 f. ist dabei zu Recht Zweifel angemeldet, ob die sukzessive Einführung des allgemeinen Wahlrechts wirklich zu einer tiefgreifenden Umwandlung der

hingewiesen, weil dies die Gefahr aufzeigt, daß man bei Bedarf glaubt, sich unter Berufung auf das Demokratieprinzip unter dem Schlagwort „Demokratisierung“ („mehr Demokratie wagen“) über das Gewaltenteilungsprinzip hinwegsetzen⁴ zu können.

Verankerung der Gewaltenteilung im Grundgesetz

Nach der der parlamentarischen Demokratie zugrunde liegenden Vorstellung kann das Gemeinwohl nur verwirklicht werden, wenn politische Forderungen in einem parlamentarischen Verfahren, reflektiert durch Rede und Gegenrede (daher: Parlament von ital. *parlare*, sprechen) in eine verfeinerte Form überführt und dann in Gesetzesform gegossen werden. Ein derartiges Gesetz, das bestimmten Kriterien der Allgemeinheit / Abstraktheit⁵ genügen sollte, ist dann umzusetzen von mit eigenen Kompetenzen ausgestatteten Stellen, die von diesem Parlament keine konkreten, sondern eben nur die abstrakten Befehle eines Gesetzes erhalten. Ob die Umsetzung derselben gelingt, kann dann zwar vom Parlament durch parlamentarisches Fragerecht, Untersuchungsausschüsse und dergleichen geprüft und eventuell mit Mißtrauens- und Abwahlverfahren gegenüber der Regierung als Haupt der Exekutive erzwungen werden. Soweit es jedoch um die Rechtsstellung von Einzelpersonen geht, muß die „Herrschaft der Gesetze“ letztlich von einer weiteren Ebene, nämlich der Justiz, sichergestellt werden, die sowohl von diesem Parlament als auch von dem, was man Regierung / Verwaltung nennt, unabhängig sein muß. *Montesquieu*, der bekanntlich als der eigentliche Begründer einer explizit formulierten Gewaltenteilungslehre gilt, kommt allerdings zu dem Ergebnis, daß dieses Gewaltenteilungsprinzip im Rahmen dessen, was lange nach ihm als „parlamentarische Demokratie“ bezeichnet werden sollte, nicht zu verwirklichen sei, zeichnet sich diese Demokratieform gerade dadurch aus, daß zumindest die Spitze der Exekutive, also die Regierung, tendenziell nur einen besonderen Parlamentsauschuß darstelle. Das Gebot der Inkompatibilität der Mitgliedschaft im Gesetzgebungs- und Regierungsorgan ist dabei nämlich negiert.

Auf *Montesquieu* rekurrierend lehnt es deshalb der frühere Bundespräsident *Roman Herzog* ab, den in der Bundesrepublik aufgrund des Parlamentarismus vorgegeben Zustand noch als Gewaltenteilung zu bezeichnen: „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.**“⁶ Ist dann mit dieser Erkenntnis die Themenstellung vielleicht schon beantwortet und zwar mit dem Ergebnis, daß die Frage der Gewaltenteilung ein hoffnungsloses Unterfangen sei?

Gegen eine derartige Folgerung ist zu sagen, daß normativ an zentraler Stelle auch im

ursprünglich oligarchisch-korporativen Struktur der bürgerlichen Parlamente geführt hat.

⁴ In der Auseinandersetzung mit dem in mehrfacher Hinsicht problematischen und wohl verfassungsfeindlichen Slogan der Regierung *Brandt* „Mehr Demokratie wagen!“, der dann mit „Radikalerlaß“ ausbuchstabiert werden sollte, hat *Helmut Schelsky* zu Recht die Frage entgegengehalten: „Mehr Demokratie oder mehr Freiheit?“, in: *FAZ* vom 20.01.1973.

⁵ Zur Gefährdung des Gesetzmäßigkeitsprinzips, s. bei *Josef Schüßlburner / Hans-Helmuth Knütter* (Hrsg.), Was der Verfassungsschutz verschweigt. Bausteine für einen Alternativen Verfassungsschutz- Bericht, Institut für Staatspolitik, Schnellroda 2007, ISBN 3-939869-51-1, 579 Seiten, 5 €, S. 191 ff.:

<http://www.links-enttarnt.net/?link=verfassungsschutz&id=27>

⁶ S. *Herzog* in: *Maunz / Dürig*, GG-Kommentar, Kap. V, Rdnr. 29 zu Art. 20 GG; zu weiteren grundlegenden Gefährdungen des Gewaltenteilungsprinzips in der Bundesrepublik, s. *Schüßlburner / Knütter*, a. a. O., S. 127 ff.: <http://www.links-enttarnt.net/?link=verfassungsschutz&id=31>

Rahmen der parlamentarischen Demokratie nach dem Grundgesetz (GG) die Gewaltenteilung vorgeschrieben ist, nämlich in dem der sog. „Ewigkeitsgarantie“ des Artikels 79 Abs. 3 GG unterstellten Artikel 20 Abs. 2 GG, wonach die „vom Volk“ ausgehende „Staatsgewalt“ „durch *besondere Organe* der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt“ werden muß. Dem Haupteinwand nach *Montesquieu* gegen eine parlamentarische Form der Demokratie, den man allerdings auch als Stellungnahme gegen die Demokratie überhaupt und als Befürwortung einer konstitutionellen Monarchie oder allenfalls einer Präsidialdemokratie verstehen könnte, trägt das bundesdeutsche Verfassungsrecht insofern Rechnung, indem die Regierung deshalb mehr als ein bloßer Ausschuß des Parlaments oder von dessen Mehrheit darstellt, weil es die Institution des Berufsbeamtentums gibt. Dieses steht nach den normativen Vorgaben des Grundgesetzes dem Wahlbeamtentum fast gleichwertig⁷ gegenüber. Dies bedeutet, daß nicht alle Ämter im Staat durch Wahl und unmittelbar aufgrund von Wahlen vergeben werden, sondern auch andere Verfahren, nämlich die Ernennung aufgrund von Bewerbungen und Auswahl nach Befähigung und Leistung existieren, was *Aristoteles* sicherlich als aristokratisches Prinzip seiner Mischverfassungslehre ausmachen würde, während demokratisch seiner Ansicht nach in diesem Zusammenhang die Verlosung oder möglicherweise auch das parteipolitische Beutesystem wäre. Die nicht in diesem Sinne, sondern meritokratisch ernannten Amtsträger stehen dann den nach politischer Überzeugung aufgrund des demokratischen Mehrheitsprinzips gewählten Amtsträgern zur Seite. Die Kombination dieser Verfahren vereint im Sinne von *Aristoteles* das Prinzip der Freiheit, wodurch sich die Demokratie legitimiert, mit dem Prinzip der Rationalität der politischen Entscheidungsfindung, die in den ernannten Verwaltungsbeamten unter Einschluß der Richter zum Ausdruck kommt. Mit dieser Kombination kann auch die Dialektik bewältigt werden, wieso die aus der parteipolitischen Mehrheit hervorgegangene Exekutive, die rechtlich den Staat als solchen vertritt, trotz der Parteilichkeit ihrer Kreation die Gesamtheit der Bürger und damit das Gemeinwohl, von dem auch die jeweilige parteipolitische Minderheit umfaßt ist, zu repräsentieren vermag: Beim Gesetzesvollzug hört die Parteilichkeit der Politik auf, mag auch das Gesetz selbst in seinem wesentlichen Anliegen Ergebnis einer parteipolitisch motivierten parlamentarischen Mehrheitsentscheidung gewesen sein.

Gefährdungen des Gewaltenteilungsprinzips

Diese Konzeption ist notwendiger Weise beständigen Gefährdungen ausgesetzt, wie sich aus der Komplexität der in Frage stehenden Gesichtspunkte fast von selbst ergibt. Diese Feststellung kann nicht als Fundamentalkritik verstanden werden, die einen Maßstab anlegt, an dem die politische Wirklichkeit immer scheitern muß. Vielmehr gilt es, die Notwendigkeit deutlich zu machen, daß das Funktionieren der Konzeption der auf Gewaltenteilung beruhenden Demokratie einer permanenten Prüfung unterzogen werden muß und aufgrund der Dynamik der politischen Entwicklung auch permanent Verbesserungs- und Korrekturvorschläge gemacht werden müssen. Die Verwirklichung des Gemeinwohls kann demnach nur als dauernder Prozeß verstanden werden und nur in dieser Weise gelingen. Nach der Auffassung des Athener Gesetzgebers *Solon* gibt es nämlich keine Idealverfassung, sondern nur eine jeweils den Verhältnissen und den Bedürfnissen eines Volks angemessene. Dies impliziert eine permanente Verfassungsdiskussion, was auch demokratisch ist, weil dies dem Gesichtspunkt der Volkssouveränität, d.h. die Verfügung des Volkes über die Verfassung

⁷ S. dazu im Einzelnen: *Josef Schüßlburner*, Beamtentum in der Bundesrepublik als konservatives Element, in: *Frank-Lothar Kroll* (hrsg.), *Die kupierte Alternative. Konservatismus in Deutschland nach 1945*, 2005, S. 37 ff., aber auch den entsprechenden Beitrag „Gegen die Gewaltenteilung gerichteten Bestrebungen“ in: *Schüßlburner / Knütter*, a. a. O., S. 127 ff.

Rechnung trägt, während die Konzeption einer Idealverfassung, die manche im Grundgesetz⁸ sehen, einen theokratisch-ideologischen Anstrich⁹ aufweist, der letztlich die Bürger zu Verfassungsuntertanen oder bundesdeutsch konkret: zu Untertanen des sog. „Verfassungsschutzes“ degradiert.

Die wesentlichen Gefährdungen des Gewaltenteilungsprinzips im Sinne der nach dem bestehenden Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vorgenommenen Konkretisierung der zugrunde liegenden allgemeinen Überlegungen sind naturgemäß verknüpft und lassen sich schlagwortartig auf „**Parteienstaat**“ zurückführen. Dieser „Parteienstaat“ führt zusammen, „verflechtet“ - um den Begriff des *Manifests* zu gebrauchen - was das Gewaltenteilungsprinzip im Interesse des Gemeinwohls getrennt wissen will.

Sachlichte Unabhängigkeit der Exekutive (Gesetzesvollzug)

Eine zentrale Gefährdung des in diesem Sinne beschriebenen Gewaltenteilungsprinzips kann an der letztlich parteipolitisch motivierten **Ämterpatronage** aufgezeigt werden. Dies betrifft auch wesentlich den Bereich, der im Manifest unter „Verflechtung von ... Parteien und Behörden“ hervorgehoben ist. Ämterpatronage meint den „Versuch von Einflußeliten, das verfassungsmäßig gewollte Führungsinstrumentarium der Bestenauslese im Wege einer Durchdringung des Staatsapparates mit Gesinnungsfreunden und -genossen zu ergänzen“ (*Vierhaus*)¹⁰ oder gar zu ersetzen. Strukturell werden dabei die Mechanismen, die als Organisationsweise des Parlaments angemessen sind, nämlich Besetzung von Ämtern nach Parteizugehörigkeit und Parteienproporz systemfremd auf die Organisation der Exekutive übertragen, was aufgrund des Prinzips der parlamentarischen Regierung anerkanntermaßen nur auf der sog. Leitungsebene, bei den sog. „politischen Beamten“ ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann. „Der gewaltenvereinigende Monismus von Regierung und Parlamentsmehrheit ... ist nur dann vertretbar, wenn dem eine unabhängige Administration gegenübersteht. Besetzt man nun wichtige Verwaltungsdienstposten mit parteiabhängigen Beamten, so kann dies bereits einen Eingriff in den Gewaltenteilungsgrundsatz bedeuten, weil wesentliche Entscheidungen dann nicht mehr von dem einzelnen zuständigen Organen getroffen werden, sondern allenfalls noch umgesetzt wird, was parteipolitisch entschieden wurde. In verstärkter Form muß dies jedoch gelten, wenn personelle Abhängigkeitsverhältnisse geschaffen werden, die den Amtsinhaber nicht nur hinsichtlich des beruflichen Weiterkommens in Abhängigkeit von einer Partei oder bestimmten Abgeordneten bringt, sondern auch hinsichtlich der Sicherung des erreichten Status“ (*Bochmann*).

Die grundlegende Gefahr dieser parteipolitischen sog. positiven Ämterpatronage, die - bei Zulassung privater politischer Betätigung von Beamten - nur effektiv wirkt, wenn sie mit den weit reichenden Folgen der sog. negativen Ämterpatronage verbunden ist, für die „Radikalerlaß“ steht – besteht darin: Der „**Gesetzesvollzug bliebe papierene Formel**“, wenn die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Beamten zur sachlichen Abhängigkeit führt, da die Sorge um die Existenz gefügig macht. Das Ausmaß an

⁸ Zur dabei implizierten Gefährdung des Prinzips der Volkssouveränität, s. bei *Schüßlburner / Knütter*, a. a. O., S. 61 ff.; zur Kritik an der zivilreligiösen Aufwertung des Grundgesetzes, die im Zweifel zu Lasten der normativen Qualität erfolgt, s. den Aufsatz des Verfassers zum 60. Jahrestages des GG:

<http://ef-magazin.de/2009/05/23/1211-geschichte-zivilreligioese-verfassungsuntertaenigkeit>

⁹ Zur Unterminierung der rechtsstaatlichen Verfassungsordnung durch eine zunehmende Ideologiestaatlichkeit („Bewältigung“), s. bei *Schüßlburner / Knütter*, a. a. O., S. 27 ff.

¹⁰ Genaue Nachweise der hier gebrachten Zitate sind zu finden im Beitrag: Gegen die Gewaltenteilung gerichtete Bestrebungen, in: *Schüßlburner / Knütter*, a. a. O., S. 127 ff.

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

rechtswidrigen Verwaltungsentscheidungen, die Folge der positiven und insbesondere der quantitativ kaum meßbaren Einschüchterungswirkung der negativen Ämterpatronage sind, läßt sich nur schwer einschätzen, so wie es ja schon schwierig ist, plausibel nachzuweisen, daß es Ämterpatronage überhaupt gibt, obwohl eigentlich jeder, der sich mit der Problematik befaßt oder entsprechende berufliche Erfahrungen gesammelt hat, weiß, daß es sie gibt. Der Nachweis über die letztlich rechtswidrigen Folgen der parteipolitischen Ämterpatronage ist zumindest im Sinne eines Plausibilitätstests, der auch Nichtexperten ohne Schwierigkeiten einsichtig zu machen ist, am ehesten in den Bereichen zu führen, in denen es eine Koalition etablierter Parteien gegen noch nicht etablierte Gruppierungen gibt. So sei darauf hingewiesen, daß die Versammlungsbehörden¹¹ seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland nur sehr wenige Versammlungsverbote oder sonstige Beschränkungen gegen „gemäßigte“ oder „linke“ Versammlungen erlassen, daß sich aber fast alle Versammlungsverbote und sonstigen Versammlungsbeschränkungen gegen Versammlungen von politisch „rechten“ Vereinigungen gerichtet haben. Wenn jedoch die überwiegende Zahl dieser Verbote von Gerichten aufgehoben wurde, was vor allem für die 1990er Jahre der Fall war, weil die Verbote rechtswidrig waren, dann ist damit auch festgestellt, daß es keinen im Sinne der einschlägigen Gesetze sachlichen Grund für derartige Verbote gegeben hat. Würde das Prinzip der Gewaltenteilung funktionieren, dann hätte diese Tatsache der massiven Gesetzesverletzung, also die partielle Aufhebung der das Allgemeinwohl beschreibenden „Herrschaft des Gesetzes“¹² durch rechtswidrige Grundrechtsbeeinträchtigung zur Folge, daß entweder Disziplinarverfahren gegen die Beamten eingeleitet werden, die die rechtswidrigen Verbotsentscheidungen erlassen haben oder es wäre der Rücktritt des zuständigen Innenministers fällig, weil er dem Ratschlag seiner Beamten, die ihn pflichtgemäß auf die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Verbotsverfügung hingewiesen haben, nicht gefolgt ist.

Diese Übernahme der politischen Verantwortung durch Ministerrücktritt wegen rechtswidrigen Verbots etwa einer NPD-Versammlung ist jedoch noch nicht vorgekommen. Schlimmer noch: Obwohl etwa durch die Gegendemonstranten gegen die allgemein bekannte Veranstaltung der politischen Vereinigung *pro-Köln* massive Rechtsverletzungen begangen worden sind, die mehr als nur den Anfangsverdacht von Straftaten begründen, hat man von staatsanwaltlichen Ermittlungen noch nichts vernommen. Und dies obwohl sogar bei sog. „friedlichen“ Gegen-Demonstranten der Verdacht zumindest des Straftatbestandes der Nötigung vorliegt, wenn nicht der Straftatbestand der Störung von Versammlungen und Aufzügen, von Körperverletzung und ähnlichen Delikten zumindest bei einigen der Störer ganz zu schweigen. Stellt man sich die Frage, warum es keine Strafverfahren gegen rechtswidrig handelnde Gegendemonstranten gibt, dann wird man darauf stoßen, daß die Staatsanwaltschaft eben eine Behörde ist, die letztlich sog. politischen Weisungen unterliegt. Gibt es jedoch wegen der politischen Weisungslage oder des vorbeugenden Gehorsams, der aufgrund der Ämterpatronage bedingt sein dürfte und dann auch ohne Weisung zur politisch manipulierten Gesetzesanwendung führt, keine Strafermittlungsverfahren, dann gibt es auch keine Anklagen. Die Gerichtsbarkeit, in Sonderheit die Strafgerichtsbarkeit mag dann im Sinne des Gewaltenteilungsprinzips noch so unabhängig sein, sie wird aufgrund des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft einfach nicht mit Straftaten befaßt, womit die „Herrschaft des Gesetzes“ wiederum ins Leere geht. Nun gibt es in den Fällen, die einen individuellen Betroffenen, d.h. ein Opfer einer möglichen Straftat aufweisen, ein sog.

¹¹ Umfassende Nachweise s. hierzu im Beitrag von *Gisa Pahl*, Gegen die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Ausübung politischer Opposition gerichtete Bestrebungen, in: *Schüßlburner / Knütter*, a. a. O., S. 291 ff. http://www.links-enttarnt.net/upload/dokument_1293999546.pdf

¹² Die Tatsache, daß diese Konsequenz in der Rechtswirklichkeit der Bundesrepublik nicht zu erkennen ist, stellt eine zentrale Gefährdung des mit dem Gewaltenteilungsprinzip und der Gemeinwohlverpflichtung eng verbundenen Prinzips der Verantwortlichkeit der Regierung dar, s. dazu in: *Schüßlburner / Knütter*, a. a. O., S. 159 ff.

Klageerzwingungsverfahren, mit Hilfe dessen der Betroffene eine, gegebenenfalls aus politischen Gründen unwillige Anklagebehörde durch Antrag beim zuständigen Oberlandesgericht zwingen kann, öffentliche Anklage zu erheben. Bemerkenswert ist, daß allerdings mindestens 80 % dieser Anträge aus sog. formalen Gründen scheitern. Es wird in diesem Bereich nämlich ein Formalismus praktiziert, der dem deutschen Recht eigentlich fremd ist, wo zugunsten von Behörden, wie die einschlägigen Paragraphen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zeigen, alle möglichen Heilungsmöglichkeiten für bloße, aber durchaus gewichtige Formalverstöße¹³ wie mangelnde Anhörung und dergleichen festgeschrieben sind. Dieser vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich abgesegnete Formalismus bei Klageerzwingungsverfahren kann nur den Zweck haben, die wirkliche, d.h. persönliche Verantwortung für gravierende rechtswidrige Entscheidungen von einflußreichen Personen abzuwenden. Gerade die Gefahr dieser rechtswidrigen Entscheidungen, die durch Ämterpatronage und die dadurch bewirkte Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips bedingt sind, macht es jedoch erforderlich, diese persönliche Verantwortung einklagen zu können.

Gefährdung der Unabhängigkeit der Gerichte

Dies führt dann zur Frage wie es eigentlich mit der Unabhängigkeit der Gerichte¹⁴ bestellt ist. Denn selbst wenn der Formalismus des Klageerzwingungsrechts auf ein vertretbares Maß, das der Abwehr von Querulanten dient, zurückgeführt ist und dann Anklagen betroffener Strafoffer entgegen einer unwilligen Staatsanwaltschaft leichter erzwungen werden können, dann ist einem von der Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips und damit von der Unterminierung der „Herrschaft des Gesetzes“ Betroffenen nicht geholfen, wenn er dann auf Richter stoßen sollte, die einem ähnlichen Patronagesystem unterliegen wie die gewöhnlichen Beamten. Diesbezüglich läßt eine Überschrift in der *FAZ* vom 22.08.2002 aufhorchen: „BGH-Präsident für mehr Unabhängigkeit der Justiz“ mit der Unterüberschrift: „Hirsch (damaliger BGH-Präsident, *Ann.*) beklagt Mißachtung der Bedürfnisse seines Gerichts durch den Richterwahlausschuß“. Der Wunsch des Präsidenten eines obersten Bundesgerichts nach mehr Unabhängigkeit der Justiz deutet wohl darauf hin, daß es mit dieser, dem Gewaltenteilungsprinzip geschuldeten Unabhängigkeit zumindest nicht ideal bestellt sein dürfte. Für die Justiz der Bundesrepublik Deutschland gilt maßgeblich noch immer das 1879 in Kraft getretene Gerichtsverfassungsgesetz, bei dessen Beratungen der maßgebliche preußische Justizminister *Leonhardt* (1867-1879) gesagt haben soll: „Solange ich über die Beförderungen bestimme, bin ich gerne bereit, den Richtern ihre sogenannte Unabhängigkeit zu konzedieren.“ Vereinfacht gesagt: Diese Situation existiert immer noch und sie hat sich durch die Institutionalisierung der Demokratisierung geschuldeten Richterwahlausschüsse für die obersten Bundesgerichte nicht gebessert, sondern hat die Unabhängigkeit der Justiz aufgrund der Entwicklung zum Parteienstaat gegenüber dem Kaiserreich wahrscheinlich eher verschlechtert. Dabei ist zur Verwirklichung der Anliegen, denen mit dem Gewaltenteilungsprinzip Rechnung getragen werden soll, gegenüber der konstitutionellen Monarchie systembedingt in einer parlamentarischen Demokratie ein größeres Ausmaß an richterlicher Unabhängigkeit notwendig, weil Parlament und Exekutive bei weitem stärker

¹³ S. zu dieser Problematik etwa *Schenke*, „Reform“ ohne Ende – Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetzes (6. VwGOÄndG), in: *NJW* 1997, S. 91 ff., resignierend endend: „So bleibt in Bezug auf die die Substanz des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes in Frage stehenden „Reformregelungen“ nur die Hoffnung „il y a des juges à Karlsruhe.“

¹⁴ Dazu den Beitrag: Gegen die Unabhängigkeit der Justiz gerichtete Bestrebungen, in: *Schüßlburner / Knütter*, a. a. O., S. 227 ff.; http://www.links-enttamt.net/upload/dokument_1298808854.pdf dort finden sich auch die genauen Nachweise der nachfolgend aufgeführten Zitate.

verschränkt, also „verflochten“ sind als im Konstitutionalismus und es daher zur Wahrung des Gewaltenteilungsprinzips einer stärkeren richterlichen Gewalt als Gegengewicht bedarf.

Wie es im sog. Parteienstaat um die Unabhängigkeit der Justiz bestellt ist, ist (ausnahmsweise) bei der Berufung des mittlerweile im Bundestag für die Ex-SED tätigen Richters *Wolfgang Neskovic* ins Bewußtsein einer breiteren Öffentlichkeit getreten. Die Ernennung dieses Richters war auf den Widerstand des Bundesgerichtshofs gestoßen, wurde aber vom Richterwahlausschuß, insbesondere von den ihm angehörigenden Bundestagsabgeordneten aus Gründen des Parteienproporz (die „Grünen“ mußten bedient werden) entschlossen durchgezogen. Dies ging mit einem parlamentarischen Wutausbruch gegen eine Entscheidung des OVG Schleswig einher, das im Rahmen einer einstweiligen Anordnung in einer Konkurrentenklage die Ernennung des besagten Richters vorübergehend gestoppt hatte. Der schließlich zugunsten der Parteidisziplin und des Parteienkartells gelöste Konflikt der Richterernennung hat ans Licht gebracht, was sonst nur in diskreten Zirkeln ausgehandelt wird - bevorzugt man doch ansonsten entgegen der als üblicherweise als „demokratisch“ verkündeten Transparenzideologie die „unauffällige Lösung“ (so *Fromme*), die letztlich darauf hinausläuft, daß „Richterämter zunehmend Beute der Parteien“ (*Rüthers*) werden: „Derzeit (2002, *Anm.*) stehen von den fünf Obersten Gerichtshöfen des Bundes drei unter sozialdemokratischer Leitung“ (*Fromme*). Bei den Richterwahlen gehe „wie auf dem Viehmarkt“ zu: So der *Der Spiegel*. Weiter ist die Einschätzung gegeben worden: „Nach dem Eklat um die Ernennung neuer Bundesrichter steht das politische Kungelverfahren bei der Richterwahl komplett in Frage“. Man kann nur hinzufügen: Nichts hat sich seither getan - die gemeinsamen Interessen des Kartellparteiensystems und der dieser dann letztlich doch zur Seite springenden „demokratischen“ Presse, die häufig „vierte Gewalt“ spielen will, haben diesen Eklat schnell unter den Teppich kehren lassen. Die generellen Auswirkungen dieser Situation auf die bundesdeutsche obere Gerichtsbarkeit lassen sich nach einer wirklich vorsichtigen Untersuchung von *Bohlander / Latour* insbesondere aufgrund einer Befragung von BGH-Richtern wie folgt zusammenfassen: Die von diesen gegebenen Antworten „zeichnen kein sehr positives Bild, was die Wahlbeeinflussung durch die Parteien betrifft ... Von Seiten der parteilosen Richter wird scharfe Kritik an der Wahlpraxis der Parteien geübt, die sich in Schlagworten wie „Däubler-Gmelin-Syndrom“ und „Kohl-Effekt“ niederschlägt und die auch nicht davor zurückschreckt, Kollegen - immerhin Richter am höchsten ordentlichen Gericht der Republik! - fachlich als „schwach“ zu bezeichnen und diese fachliche Schwäche mit der Parteizugehörigkeit in Verbindung zu bringen.“ Ein Aufsatz von *Schmidt-Hieber / Kiesswetter* faßt die Situation zusammen: „Die politischen Parteien sind derzeit in der Lage, die Justiz unter permanenten Verstoß gegen die Verfassung mit Gefolgsleuten der eigenen Couleur auszustatten, und zwar umso ungenierter, je höher die Ämter sind. Diese Günstlingswirtschaft erzeugt zwangsläufig einen Geist in der Justiz, der sich der Politik und den Parteien verpflichtet fühlt.“

Nun können sich die Auswirkungen dieser parteipolitischen Ernennungs- und Beförderungspraxis dadurch zugunsten des Prinzips der Unabhängigkeit der Gerichte ins Positive relativieren, daß sich durch einen politischen Wechsel in der Leitung des zuständigen Ministeriums die Beförderungspraxis anders akzentuiert und sich durch Befriedigung von „Nachholbedarf“ die Zusammensetzung der Richterschaft (partei-)politisch irgendwie neutralisiert. Letzteres hat jedoch zur Voraussetzung, daß der parteipolitische Wechsel tatsächlich eintritt, was in einigen Bundesländern schon Jahrzehnte lang nicht mehr der Fall gewesen ist und dann dazu führt, „daß es Länder gibt, in denen vier Fünftel der Gerichtspräsidenten und Leiter der Staatsanwaltschaften der Regierungspartei angehören“ (*Schmidt-Hieber / Kiesswetter*) „Es ist auch nicht verborgen geblieben, daß in einem Bundesland nach einem Regierungswechsel nahezu sämtliche höheren Ämter der Justiz mit

Parteifreunden und Gesinnungsgetreuen besetzt wurden ...“. Als ein Land, in dem ein parteipolitischer Wechsel schon mehrere Jahrzehnte zurückgelegen war, muß insbesondere das Bundesland NRW angeführt werden. Das unterschiedliche Ausmaß an parteipolitischer „Gleichgerichtetheit“ ist insbesondere in der Auseinandersetzung zwischen OVG Münster und dem Bundesverfassungsgericht über das Demonstrationsrecht sog. „Rechtsextremisten“¹⁵ reflektiert. Während das BVerfG aufgrund des Wahlverfahrens eine pluralistischere Zusammensetzung aufweist, die nahezu das etablierte Parteienspektrum umfaßt, wenn auch noch ohne (Post-)Kommunisten, ist aufgrund der seit 1966 andauernden SPD-Herrschaft, die nur kurz von einer CDU geführten Regierung unterbrochen war, in den obersten Gerichten des Landes NRW der einseitige parteipolitische Einfluß erkennbar übermächtig geworden. Wären die Entscheidungen des OVG Münster unter dem gleichzeitigen Präsidenten des Landesverfassungsgerichts NRW, *Michael Bertrams*, nicht jeweils vom Bundesverfassungsgericht korrigiert worden, dann „würde das Grundrecht der Versammlungsfreiheit im bevölkerungsreichsten Bundesland für die NPD und andere rechte Gruppierungen nicht gelten“ (*Neumann*). Denn die NRW-Richter liebäugelten sogar mit dem „Schluß“, daß Versammlungen von angeblichen oder auch tatsächlichen Neonazis „schon kraft verfassungsimmanenter Schranken vom Schutzbereich der Demonstrationsfreiheit“ ausgenommen seien.

Das Beispiel des Demonstrationsrechts für amtlich geächtete Gruppierungen ist auch hier geeignet, ans Licht zu bringen, was in anderen Bereichen, bei denen es keine individuellen Kläger gibt, was etwa im Bereich des Umweltschutzes weitgehend der Fall ist, kaum verifiziert werden kann. Die Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit durch den Parteienstaat führt zu rechtswidrigen Entscheidungen, die allenfalls im Bereich individueller Kläger korrigiert werden kann und beeinträchtigt daher die für das Gemeinwohl stehende „Herrschaft des Gesetzes“. Bedeutsam ist dabei, daß die Beeinträchtigung des Gewaltenteilungsprinzips deshalb kaum auszumachen ist, weil die Ernennung der Richter und ihre Abhängigkeit von der Exekutive bei Karriere Wünschen schon dafür sorgt, daß diese Richter weitgehend freiwillig das machen, was „der Parteienstaat“ von ihnen erwartet. Sollten sie ausnahmsweise diesen Erwartungen nicht entsprechen, gibt es mit Hilfe der von etablierten Parteienvertretern beherrschten Rundfunksysteme - mit der sog. privaten Presse als Resonanzboden - eine parteipolitisch abgestimmte Richterschelte, die zu dem führt, was als *Orlet-Syndrom* auf den Begriff gebracht werden kann. Dies spielt auf den Fall des Mannheimer Richters an, der im Wege der Erkrankungserklärung nach Drohung mit ideologie-politischer Richteranklage abgelöst worden ist, weil er rechtsstaatlich geboten, bei einem sog. rechtsextremen Angeklagten, der durch unpassendes Kopfnicken bei einer Übersetzung eines „leugnenden“ Vortrags aufgefallen war, auch positive Gesichtspunkte gewürdigt hatte. Von den zahlreichen Urteilsschelten, die sich bei ihrer ideologischen Irrationalität und Aggressivität ohne zivilcouragierte Gegenstimmen gegen das Verfassungsprinzip der Unabhängigkeit der Gerichte richten mußten, ist die Forderung des „Koordinierungsrats“ einer Gesellschaft für Christlich-Jüdische Zusammenarbeit hervorzuheben, der das Mannheimer Gerichtspräsidium aufforderte, die Kammer mit „politisch sensiblen Richtern“ neu zu besetzen, einer Forderung, der ausgerechnet der damalige Vorsitzende des Deutschen Richterbundes, *Rainer Voss*, insofern sekundierte als er erläuterte, daß die Richter „politische Richter“ wären, soweit sie „als Mitglieder der Gesellschaft auf die gesellschaftspolitischen Strömungen achten“ müßten. Dies dürfte allerdings, wie wohl nicht weiter dargelegt werden muß, „rechte Strömungen“ nicht einbeziehen, denen üblicherweise vorgeworfen wird, das Volk zur höchsten Kategorie zu

¹⁵ s. *Volker Neumann*, Feinderklärung gegen rechts? Versammlungsrecht zwischen Rechtsgüterschutz und Gesinnungsaktion, in: *Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben?*, hrsg. von *Claus Leggewie / Horst Meier*, 2002, S. 155 ff.

machen und deshalb nach Ansicht der politischen Klasse nicht zum Volk zu gehören scheinen, zumindest nicht zum relevanten Volk, das es in der Bundesrepublik neben irrelevantem Volk zu geben scheint. Vor diesen erhellenden „Erkenntnissen“ aus amtlichen Justizkreisen hatte man angenommen, Richter seien nur dem Gesetz unterworfen. Nie hat man schönere Formulierungen gefunden, das Prinzip der Unabhängigkeit der Gerichte „demokratisch“ in Frage zu stellen.

Die von der einseitigen Justiz betroffenen Angeklagten können sich kaum wehren, weil es zum einen in der Bundesrepublik Deutschland allenfalls ausnahmsweise möglich ist, einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelöst zu bekommen. Da muß in der Regel ein richterliches Fehlverhalten von einem Ausmaß vorliegen, das den Verdacht des primär auf rechtswidrig handelnde Richter abzielenden Straftatbestands der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) aufwirft. Vor entsprechenden Strafverfahren oder gar Verurteilungen ist jedoch ein bundesdeutscher Richter wiederum dadurch geschützt, daß der Straftatbestand der Rechtsbeugung in der Rechtswirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland denjenigen Straftatbestand darstellt, welcher wohl am meisten gebeugt oder um es vorsichtiger formuliert auszudrücken: „bis zur Gesetzwidrigkeit“¹⁶ einschränkend ausgelegt wird.

Unabhängigkeit des Abgeordneten

Wie bereits angedeutet, kann ein in angemessener Zeit stattfindender Wechsel der parteipolitischen Zusammensetzung von Parlamentsmehrheit und Regierung einen neutralisierenden Effekt hinsichtlich der parteipolitischen Zusammensetzung von Spitzenbeamten und Richtern haben, was dann im Interesse des Gemeinwohls zu einem sachgerechteren Gesetzesvollzug führen könnte. Damit allein ist zwar noch nicht die Einhaltung des zur Sicherung der Gewaltenteilung eingeführten Prinzips der Bestenauslese bei Justiz und Exekutive gewährleistet, aber es geht dann zumindest in die richtige Richtung. Der mit dem Wechsel der parteipolitischen Zusammensetzung herbeizuführende positive Effekt ist jedoch nur bei entsprechender Wechselbereitschaft der Wähler gewährleistet, die - falls vorhanden - sich auch entsprechend ausdrücken können muß. Die Realverfassung der Bundesrepublik schützt sich jedoch vor den Wählern und ihrer Wechselbereitschaft in einer Weise, die im Kontext sog. westlicher Demokratien wirklich exzeptionell ist. Wesentliches Instrument ist die gegen das Fundamentalprinzip der demokratischen Wahlgleichheit verstoßende 5%-Klausel, die bei neuen Gruppierungen auf eine Sperrwirkung von mindestens 10% hinauslaufen dürfte. Diese Aussperrwirkung für neues Personal und neue Ideen wird dann noch bis ins potentiell Unüberwindbare durch das in dieser extremen Weise unter den westlichen Demokratien nur in der Bundesrepublik Deutschland auffindbare System der Parteiverbotssurrogate erhöht. Neue Parteien gelten, wenn sie die 5%-Toleranz der politischen Klasse gefährden könnten, als „extremistisch“, werden unter dieser Schrottvokabel ohne rechtsstaatliche Anhörung von den öffentlich in Erscheinung tretenden Inlandsgeheimdiensten öffentlich bespuckt und ihren öffentlich-rechtlich beschäftigten Mitgliedern droht die berufliche Existenzvernichtung durch die sog. negative Ämterpatronage. Damit gewinnen neue Gruppierungen nicht das Personal, das sie benötigen, um den Wählern attraktive Kandidaten anbieten zu können. Parteien, die sich bei freien Verhältnissen zur Überwindung der Sperrklausel zusammenschließen würden, treten zum Schutze insbesondere ihrer beamteten Mitglieder getrennt an und scheitern dementsprechend. Damit wird nicht nur der Freiheitscharakter, also der Auswahlcharakter demokratischer Wahlen erheblich reduziert. Vielmehr wird auch das für Gemeinwohl stehende Sachgerechtigkeitsprinzip beeinträchtigt,

¹⁶ S. S. *Bemmann / Seebode / Spindel*, Rechtsbeugung - Vorschlag einer notwendigen Gesetzesreform, in: *ZRP* 1997, S. 307.

weil man sich mit neuen Parteien und deren Anliegen inhaltlich nicht auseinandersetzen muß, entweder weil sie aufgrund mangelnden Personals tatsächlich nicht qualifiziert sind oder weil die Apartheidwirkung des Extremismusverdachts für die Marginalisierung sorgt. Damit verwandelt sich das System einer offenen Parteienkonkurrenz automatisch in ein Kartellparteiensystem, das die beschriebenen negativen Folgen für Gewaltenteilungsprinzip und Gemeinwohlverpflichtung zeitigt.

Im Hinblick auf die Vorstellung von Gewaltenteilung und Gemeinwohl hat dies in erster Linie und unmittelbar zur Folge, daß durch die Kartellwirkung die Unabhängigkeit des Parlamentsabgeordneten, der bekanntlich weisungsfrei sich äußern und abstimmen können soll, fundamental beeinträchtigt ist. Bei den Abgeordneten des Bundestages und der Landtage überwiegt der Fraktionszwang, dessen „Existenz wahrheitswidrig immer wieder von Abgeordneten bestritten“¹⁷ wird. Dieses Bestreiten ist aber schon deshalb wenig glaubwürdig, weil der Haupttheoretiker des bundesdeutschen Parteienstaates, der ehemalige BVerfG-Richter *Gerhard Leibholz*, diesen Fraktionszwang im Sinne seines das Volk mit Parteien gleichsetzenden Theorieansatzes als notwendig und im Widerspruch zum überholten „liberalistischen“ Verständnis von Demokratie gar als wünschenswert betrachtet hat. In der Tat wird ja Parlamentarismus in der Bundesrepublik Deutschland im Sinne eines Parteienregimes verstanden und wer dieses kritisiert, wird im Zweifel wegen einer angeblich „antiparlamentarischen Einstellung“, zumindest wenn er in unerwünschten Zeitschriften entsprechende Thesen vertritt, amtlich bespuckt. Zur Rechtfertigung des Fraktionszwangs wird von den für Parteistiftungen tätigen Politologen insbesondere argumentiert, daß der Abgeordnete wissen würde, auf was er sich einlasse, wenn er im Rahmen einer Partei Abgeordneter wird. Es sei seine freie Entscheidung, sich dem Fraktionszwang zu unterwerfen. Wäre jedoch dieser Argumentationstopos überzeugend, müßte man auch einen Blockparteiabgeordneten der DDR-Volkshammer als „frei“ bezeichnen, hat er doch gewußt, auf was er sich bei seiner (pseudo-)parlamentarischen Tätigkeit in diesem Regime eingelassen hat!

Dagegen ist zu sagen: Es kann nicht darauf ankommen, ob ein Abgeordneter mit seiner abhängigen Stellung zufrieden ist, was ihm noch versüßt werden kann, indem er aufgrund seiner Stellung Zusatzeinnahmen verdient, wie die im *Manifest* angesprochenen Beraterverträge bei Privatfirmen oder zu einem Parlamentarischen Staatssekretär ernannt wird, der seinen Minister bei der Regierungspropaganda entlastet. Die Unabhängigkeit des Abgeordneten hat nämlich als staatliche Kompetenznorm nur funktionale Bedeutung als Ausdruck der Freiheit des Volks und sie dient der Sachgerechtigkeit der Parlamentsentscheidung, die wiederum wesentliches Argument darstellt, daß man in einer parlamentarischen Demokratie den Gesichtspunkt der Gewaltenteilung etwas zurückstellen könne, weil diese die Verwirklichung des Gemeinwohl eben durch offene, freie Entscheidungsfindung herbeiführe. Zutreffend ist sicherlich, daß eine parlamentarische Regierung eine Parteienregierung darstellt. Die damit verbundenen Einschränkungen in der verfassungsrechtlich im Interesse des Gemeinwohls garantierten Unabhängigkeit des Abgeordneten ist aber nur vertretbar, wenn dieser hinreichende Gegenmittel hat, die ihm seine rechtlich im Sinne von Artikel 38 GG angemessene Stellung sichern. Das wesentliche Mittel hierfür stellt dar, daß der Abgeordnete gegenüber seiner Parteiobrigkeit, die bei einer sog. Regierungspartei weitgehend mit der Regierung, also der Spitze der Exekutive identisch ist, realistisch mit dem Parteiwechsel oder einer Parteineugründung drohen kann. Insbesondere letzteres ist angesichts des in der Bundesrepublik Deutschland errichteten Aussperrsystems völlig unrealistisch und wird trotz der verfassungsrechtlich garantierten Vereinigungsfreiheit

¹⁷ So *Erwin K. / Ute Scheuch*, Bürokraten in den Chefetagen. Deutsche Karrieren: Spitzenmanager und Politiker heute, 1995, S. 183.

als Grundlage des Mehrparteienprinzips als letztlich lachhaft angesehen. Die Tatsache, daß aufgrund dieses Aussperrsystems wirklich unabhängige Abgeordnete im Sinne der normativen Vorgaben nicht existieren, beeinträchtigt Substanz und Wesen des Parlamentarismus, der als zentraler Teil eines auf Gewaltenteilung basierenden Verfassungssystems auf die adäquate Formulierung des Allgemeinwohls gerichtet ist.

Skizzierung von Lösungsvorschlägen

Zur Abwehr der bestehenden Gefährdungen des zur Sicherung des Gemeinwohls etablierten Gewaltenteilungssystems ist beim Kern des real praktizierten Verfassungssystems anzusetzen. Im nachfolgenden sollen Vorschläge skizziert werden, die sich durch bloße Gesetzesänderung verwirklichen ließen, auch wenn teilweise sicherlich auch Grundgesetzänderungen geboten wären.

Aufgrund der vorgenannten Analyse der Gefährdung des Gewaltenteilungsprinzips in der Bundesrepublik Deutschland drängt sich als zentraler Punkt der Lösung zur Sicherstellung des Funktionierens des Gewaltenteilungsprinzips die generelle Abschaffung der wahlrechtlichen Aussperrklausel auf. Deren Abschaffung muß begleitet werden durch die Änderung der sonderweglichen bundesdeutschen Demokratieschutzkonzeption. Wie in normalen westlichen Demokratien sollen auch in der Bundesrepublik Deutschland nur Parteien und Vereine verboten werden können, die rechtswidrig handeln oder zumindest Vorbereitungshandlungen zu derartigen Handlungen, wie Anlegen von Waffenlagern, treffen. Dementsprechend kann es bei den Verbotssurrogaten keine sog. Verfassungsschutzberichte geben, die „Gedankengut“ bekämpfen, d.h. auf den ideologischen Schrottbegriff des ideologischen „Extremismus“ aufbauen. Eine geheimdienstliche Unterwanderung von Parteien mit falscher Ideologie ist daher rechtswidrig und unter Strafe zu stellen. Bei dieser Abkehr vom Ideologieprinzip und der Hinwendung zum Rechtsprinzip können selbstverständlich öffentlich Bediente allen Parteien und Vereinigungen ihrer Wahl angehören oder eben keiner, wobei letzteres wohl nur durch Grundgesetzänderung zu verwirklichen wäre. Die auf diese Weise dann erstmals in der Bundesrepublik Deutschland verwirklichte Chancengleichheit aller politischen Strömungen würde automatisch dazu beitragen, daß das Patronagesystem im öffentlichen Dienst, einschließlich der Richterschaft zurückgefahren würde, weil insbesondere der negativen Ämterpatronage - Stichwort „Radikalenerlaß“ - die Grundlage entzogen wäre und damit auch die sog. positive weniger funktioniert. Die Ämterpatronage muß ausdrücklich dem Straftatbestand des § 266 StGB (Untreue) zugeordnet, also als schwerwiegender Fall der Korruption definiert werden, was nach Ansicht der rechtswissenschaftlichen Literatur ohnehin schon der Fall sein soll, sich aber in der Strafrechtspraxis nicht spiegelt. Um derartige Straftaten politisch motivierter Art wirksam bekämpfen zu können, ist das Klageerzwingungsverfahren zu erleichtern. Bei bestimmten Delikten, die kein individuelles Strafopfer kennen, wie etwa bei bestimmten gravierenden Umweltdelikten, sollte das Klageerzwingungsrecht entweder als *actio popularis* ausgestaltet sein oder einem *ombudsman* zustehen, der anders als die Staatsanwaltschaft nicht politisch weisungsgebunden sein dürfte. Um rechtswidrigen Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen wirksamer begegnen zu können, sollte ein minder schwerer Fall des Straftatbestandes der Rechtsbeugung eingeführt werden, der die Hürden für eine Bestrafung senkt und damit die Bürger vor Richtern und Verwaltungsbeamten schützt. Das Risiko der individuellen strafrechtlichen Verantwortung würde Beamten eine stärkere Stellung gegenüber der politischen Leitung geben, soweit diese rechtlich zweifelhafte Entscheidungen exekutieren wollen wie etwa rechtswidrige Versammlungsverbote auszusprechen. Der Neutralität des Behördenhandelns würde außerdem dienen, wenn das Recht zur Beamten- und Richterablehnung erleichtert werden würde und zumindest in bestimmten Fällen auch auf die bloße Parteimitgliedschaft von

Beamten und Richtern gestützt werden könnte. Die Befangenheitsrüge ist dabei als nichts Ehrenrühriges anzusehen, sondern Konsequenz der Tatsache, daß sich jemand in bestimmten Sachen befangen macht, wenn er sich gegenüber der Öffentlichkeit und sei es durch Parteimitgliedschaft definitiv auf eine bestimmte Position festgelegt hat, die Auswirkungen auf das behördliche Verfahren oder das Gerichtsverfahren hat. Wieso sollen Richter, die sich definitiv der SPD angeschlossen haben, angesichts der Tatsache, daß Parteitagsbeschlüsse der SPD zur Ausgrenzung¹⁸ und Verboten „gegen rechts“ getroffen worden sind, etwa darüber entscheiden dürfen, ob die NPD verboten werden kann oder andere Gruppierungen auf die amtliche Proskriptionsliste gesetzt werden dürfen? Ein entsprechendes Richterablehnungsrechts wäre außerdem ein wirksames Gegenmittel gegen Ämterpatronage, weil eine Partei dann keinen zu großen Vorteil ziehen würde.

Insgesamt legen die vorstehenden Darlegungen vielleicht folgende Ergänzungen zu Punkt 23 des Grünen Manifests nahe:

Das zentrale Problem der Gewaltenteilung in Deutschland besteht im Fraktionszwang, dem ein gewählter Volksvertreter seiner Parteiobrigkeit gegenüber, im Fall einer sog. Regierungspartei also der Regierung als Spitze der Exekutive, unterworfen ist. Das wirksame Gegenmittel zur Sicherstellung der durch Gewissenentscheidung zum Ausdruck kommenden Verpflichtung des Abgeordneten auf das Gemeinwohl kann im Rahmen eines parlamentarischen Regierungssystem bei Listenwahlrecht nur in der Möglichkeit bestehen, realistisch mit einer Parteinuigründung drohen zu können. Diese Möglichkeit setzt vor allem die Abschaffung der 5%-Klausel voraus, deren für neue Parteien weit über diesen Prozentsatz hinausgehende Sperrwirkung in der Bundesrepublik Deutschland ins Unüberwindliche dadurch erhöht wird, daß neue Parteien Ersatzverboten ausgesetzt werden. Diese Ersatzverbote beruhen auf einer im Kontext westlicher Demokratien extremen Parteiverbotskonzeption. Ohne rechtsstaatliche Anhörung werden neue Parteien wegen einer „falschen“ Weltanschauung oder bei unerwünschten Programmpunkten als „extremistisch“ eingeordnet und gegebenenfalls durch Inlandsgeheimdienste, also durch Exekutivorgane, unterwandert und von innen her zum Zerfall gebracht.

Diese Beeinträchtigung der freien Parteienkonkurrenz geht einher mit der sog. negativen Ämterpatronage - Stichwort „Radikalenerlaß“ - im Bereich der Exekutive und sichert dabei in Verbindung mit der sog. positiven Änderpatronage ein zunehmend auf parteipolitische Konformität ausgerichtetes Beförderungssystem ab. Dieses tritt gerade auf der höheren Ebene von Exekutive und Justiz zunehmend an die Stelle des von der Gewaltenteilung unabhängig von der politischen und weltanschaulichen Einstellung gebotenen Auswahlsystems nach Befähigung und Leistung. Um im Interesse der Gewaltenteilung den schwerwiegendsten Auswirkungen dieser Situation, insbesondere der Zunahme sachlich verfehlter Behördenentscheidungen entgegenzutreten, muß die Ämterpatronage ausdrücklich dem Straftatbestand der Untreue zugeordnet und damit als Korruption eingeordnet werden. Zur wirksamen Bekämpfung derart politisch motivierter Straftaten ist das Klageerzwingungsverfahren zu erleichtern. Bei bestimmten Delikten, die kein individuelles Strafpfer kennen, wie etwa bei bestimmten Umweltdelikten sollte das Klageerzwingungsrecht entweder als *actio popularis* ausgestaltet sein oder einem *ombudsman* zustehen, der anders als die Staatsanwaltschaft nicht politisch weisungsgebunden ist. Um rechtswidrigen Verwaltungsentscheidungen wirksamer

¹⁸ S. dazu insbesondere die *Leitlinien für den Umgang mit Rechtsextremisten*, die so etwas wie eine Apartheidmentalität zum Ausdruck bringen; s. auch die jüngste SPD-Kampfschrift mit dem bezeichnenden Demokratisierungstitel: Für eine starke Demokratie - Wirksam handeln gegen rechts!, S. 45; zu verfassungsfeindlichen Tendenzen bei der SPD, s. *Schüßlburner / Knütter*, a. a. O., S. 475 ff.

begegnen zu können, sollte ein minder schwerer Fall des Straftatbestandes der Rechtsbeugung eingeführt werden. Das Risiko der individuellen strafrechtlichen Verantwortung würde Beamten eine stärkere Stellung gegenüber der (partei-) politischen Leitung geben, soweit diese rechtlich zweifelhafte Entscheidungen zu exekutieren beabsichtigt. Als Mittel gegen die Ämterpatronage würde auch die Erleichterung der Befangenheitsrüge gegenüber Richtern und Beamten dienen, die einem Betroffenen zumindest in bestimmten Fällen auch auf die bloße Parteimitgliedschaft eines Richters oder Beamten zu stützen erlaubt sein sollte.

Mittelfristig ist im Interesse der durch die Gewaltteilung herbeizuführenden Gemeinwohlverpflichtung staatlichen Handelns jedoch die parteipolitische Neutralität von Richtern und der Ministerialbürokratie anzustreben. Das Verfahren der Ernennung und Beförderung von Richtern ist transparenter auszugestalten, indem Richter- und Anwaltsverbänden oder ähnlichen Vereinigungen ein Vorschlagsrecht einzuräumen ist und die politischen Organe dabei zur Begründung gezwungen werden, weshalb sie einer fachlichen Empfehlung nicht folgen. Beamte sollten nur dann Abgeordnete werden können, wenn sie aus dem öffentlichen Dienst ausscheiden. Als erster deutlicher Schritt zur Auflösung einer zu engen und damit die Gewaltenteilung beeinträchtigenden Verflechtung von Politik und Bürokratie ist die Institution des Parlamentarischen Staatssekretärs abzuschaffen.

Zur Durchsetzung öffentlicher Interessen ist die Übernahme von Aufsichtsratsposten durch Politiker und Beamte grundsätzlich ungeeignet, da Aufsichtsräte im Konfliktfall gesetzlich dem Unternehmensinteresse verpflichtet sein müssen. Soweit ausnahmsweise öffentliche Interessen über Aufsichtsratsmandate durchgesetzt werden können, steht der Exekutivecharakter dieser Tätigkeit dagegen, daß derartige Stellen von Parlamentariern besetzt werden. Diese Stellen sind dann auch nicht von Ministern und Staatssekretären einzunehmen, sondern von der Arbeitsebene der Bürokratie. Schließlich sollte Beraterverträgen und vergleichbaren Verpflichtungen von Beamten mit wirtschaftlichen Interessen weitgehend bereits das geltende Nebentätigkeitsrecht entgegenstehen.