

REGINA OGOREK

## Gewaltenteilung heute<sup>1</sup>

*Gewaltenteilung* – das viel gerühmte Konzept Montesquiens.<sup>2</sup> Jeder kennt es, und die meisten wissen auch, was Montesquieu im absolutistischen Frankreich um die Mitte des 18. Jahrhunderts seinen Zeitgenossen damit sagen wollte: daß Machtfülle grundsätzlich zum Mißbrauch verführt. Deshalb sei es zur Verteidigung der Freiheit notwendig, das Monopol der Krone aufzulösen und die Staatsgewalt auf Monarch, Volk und Adel funktions-, aber auch »standesgerecht« zu verteilen. Dieser kleinen Einsicht war bekanntlich eine große Karriere beschieden. Alle westlichen Staaten rühmen sich ihrer Beachtung – und mittlerweile sind es nicht nur diese. Ohne Montesquieu, so steht es im Prospekt für diese Veranstaltung, wäre das antitotalitäre Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland undenkbar gewesen, und auch mit dieser Feststellung ist fraglos Gewaltenteilung gemeint, jenes Staatsorganisationsprinzip also, dessen Inhalt – kurz gefaßt – mit *Trennung von Legislative, Exekutive und Judikative* übersetzt wird. Doch wo und was ist Gewaltenteilung heute?

1. Ich könnte mir die Antwort auf die Frage leicht machen. Ich könnte z. B. an ein forschungsbegleitendes Spezifikum unseres heutigen Gastgebers Dieter Simon anknüpfen. Der kam regelmäßig – und ganz gleich, was er sich zum Objekt seiner wissenschaftlichen Neugier erkoren hatte – zu dem Ergebnis: *Das hat es gar nicht gegeben*, bzw., falls es sich um ein Phänomen der Gegenwart handelt: *Das gibt es nicht*. Von der Rechtstheorie des Byzantinisten Thaleleios bis zur nationalen Bildungspolitik haben die Gegenstände seiner Analyse stets mit dem Verdikt ihrer (mehr oder weniger eindeutigen) Nichtexistenz leben müssen.

Auch auf die Frage nach *Gewaltenteilung heute* käme die karge Antwort *genau genommen gibt es sie nicht* der Wahrheit zweifellos am nächsten. Aber damit wäre es ja nicht getan. Einfache Antworten fordern oft komplizierte Begründungen, und diesbezüglich ist Gewaltenteilung bzw. die irritierende Feststellung ihrer mangelnden Greifbarkeit ein äußerst lohnendes Objekt. Schließlich werden mit diesem Topos blühende Diskurslandschaften betreten, die doch *prima facie* ein irgendwie geartetes Vorhandensein des Diskussionsgegen-

1 Die Vortragsform wurde beibehalten. Nachgewiesen werden daher im folgenden vornehmlich wörtliche Zitate und Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

2 Montesquieu, Charles de: *De l'Esprit des lois*, Buch XI, Kap. 6 (deutsche Übersetzung: Ernst Forsthoff).

standes nahe legen: historische, rechtliche und politische, soziokulturelle und philosophische Diskurse, die aus jeweils anderem Erkenntnisinteresse heraus andere Wahrnehmungen verbuchen und zu jeweils anderen Schlußfolgerungen kommen. So hat etwa der Philosoph Odo Marquard, der bekennende Theoretiker des Skeptizismus, das Gesuchte allerorten gefunden. In seiner jüngst erschienenen Aufsatzreihe *Individuum und Gewaltenteilung* hat er diesen Befund – über den Zwischenschritt, es handle sich dabei um die Bereitschaft zur geistigen Opposition, um die »Intervention gegen Absolutes« – zu der Synthese verdichtet, daß Gewaltenteilung nicht mehr und nicht weniger sei als der »Verzicht auf die Anstrengung dumm zu bleiben«.<sup>3</sup>

Dagegen ist an sich nichts einzuwenden. Aber ich stehe nicht hier, um aus der Perspektive der skeptischen Philosophie »Gewaltenteilung im Reiche des Geistes« (Marquard) zu ventilieren – da sind andere viel berufener. Ich bin Juristin, Rechtshistorikerin, und von dieser Warte aus will ich mich auf die Suche nach jenem Dogma von »kanonischem Rang« (Werner Weber) machen, dessen Vorhandensein zu bestreiten, verwerflich, und dessen Wirken konkret zu fassen, unmöglich zu sein scheint.

2. Diese These will begründet sein; denn: Juristen entscheiden, aber seit ca. 200 Jahren verlangt die Öffentlichkeit ihnen dafür nachvollziehbare Argumente ab. Ich fange mit Indizien an. Zunächst mit dem schlechtesten, das aber gut in die Misere einführt, nämlich mit der Beobachtung, daß von Gewaltenteilung in unserer Verfassung gar nicht die Rede ist. Auch ein Synonym oder eine Umschreibung sucht man vergeblich; nur Art. 20 Abs. 2 GG bietet ein wenig Trost. Dort heißt es zunächst: »Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.«

An der Existenz verschiedener Organe der Staatsgewalt ist also nicht zu rütteln. Oder anders gesagt: Laut Verfassung gibt es in unserer Demokratie: *Legislative, Exekutive, Judikative* – aber ist das schon Gewaltenteilung? Gesetzgebung, Verwaltung und Richter hat es auch vor 2000 Jahren gegeben, aber daß etwa das römische Kaiserreich ein gewaltenteilender Staat gewesen sei, hat, glaube ich, noch niemand behauptet.

Nun wäre es voreilig, aus dem Fehlen des Wortes im Verfassungstext gleich auf das Fehlen der Sache zu schließen. Das würde nur derjenige tun, der die naive Vorstellung hat, es müsse lückenlos ausformulierte Gesetze geben. Genauso gut ließe sich vertreten, Selbstverständliches braucht nicht eigens gesagt zu werden.

Und in der Tat: In den Anfangsjahren des Grundgesetzes hat die deutsche Staats- und Verfassungslehre vom Gewaltenteilungsprinzip gern als von einer Selbstverständlichkeit gehandelt. Mit großer Emphase hat sie es als *überzeitliches Phänomen* beschrieben, hat es zum *nicht zu erschütternden Fundament* jedes freiheitlichen Staatsdenkens erhoben. Das in den fünfziger Jahren wiederbelebte Naturrecht im Verbund mit der Metaphysik der politischen

3 Marquard, Odo: *Individuum und Gewaltenteilung*. Philosophische Studien, Stuttgart 2004; 7, 76 ff., 87, 123.

Trinität erlaubte es, den Grundsatz zu einem *a priori* zu stilisieren – zunächst der reinen, dann der politischen Vernunft. Keine Idee, so wird gerührt konstatiert, war in den Beratungen der verfassungsgebenden Versammlung im Jahr 1948 so präsent wie die Gewaltenteilungslehre des großen Franzosen. Montesquieu hat gewissermaßen mit am Tisch gesessen, und seine *nicht zu bezweifelnde Wahrheit* (Max Imboden) ist durch ständige geistig-moralische Präsenz Teil unserer Verfassungsrealität geworden.

a. – Wenn allerdings in normativen Wissenschaften von unbezweifelbaren Wahrheiten gesprochen wird, ist regelmäßig Vorsicht angesagt. Meist deutet die Apodiktik auf inhaltliche Schwächen hin. Und tatsächlich: Die Brücke zurück in die Geschichte war längst nicht so tragfähig, wie es auf Anhieb scheinen mochte. Genau genommen war sie sogar mehr als morsch, denn das, was nach dem Zusammenbruch des Nazi-Regimes rechtsstaatliche Kontinuität stiften sollte, die immer wieder beschworene *Gewaltenteilung im Sinne Montesquiueus*, erwies sich bei näherem Hinsehen als nur bedingt demokratiekompatibel. Der Staatsdenker des 18. Jahrhunderts hatte seine Verfassungstheorie in der Absicht formuliert, die absolute Herrschaftsgewalt der Krone auf die großen sozialen Kräfte seiner Zeit zu verteilen – und sich davon Hemmung der Staatsmacht versprochen. So wie die Revolution in England Ende des 17. Jahrhunderts ein Gleichgewicht zwischen Monarch und Ständen herbeigeführt hatte, so sollte auch im französischen *ancien régime* die politische Macht auf König, Adel, Volk aufgeteilt werden. Es ging also aus ständischer Sicht zunächst einmal darum, am *summum imperium* des Königs teilzuhaben, nicht etwa darum, das vorkonstitutionelle, vordemokratische, monarchisch/ständische Herrschaftssystem grundsätzlich in Frage zu stellen. Anders freilich als die englische Staatslehre<sup>4</sup> hat Montesquieu die Forderung nach ständischer Partizipation an der *omnia potestas* mit dem Gedanken der *individuellen Freiheitssicherung* verbunden. Durch Aufteilung der politischen Macht auf unterschiedliche Gewaltinhaber sollte der *Leviathan* gebändigt werden, *die Macht sollte der Macht Grenzen setzen*, damit der einzelne im Staat Freiheit genieße.

Dabei war Freiheit allerdings nicht – wie später gern behauptet wurde – als liberale Handlungsfreiheit gedacht. Vielmehr sollten die *drei Arten der öffentlichen Gewalt* so organisiert werden, daß bestehende Rechte (und das hieß *iura quaesita*, wohlerworbene, also i.d.R. ständische Vor-Rechte) bestmöglich vor jedermanns Zugriffen gesichert waren. In der Sicherheit vor *fremder Willkür* (nicht unbedingt nur staatlicher Herkunft) lag die politische Freiheit des einzelnen begründet.<sup>5</sup> Dieses Motiv kommt nirgendwo deutlicher zum Tragen als bei der Beschreibung der *richterlichen Gewalt*. Die sollte nämlich gewissermaßen gar nicht vorhanden, *en quelque façon nulle* sein; und dies nicht etwa, weil der Richter an das Gesetz gebunden war und *deshalb* nur *bouche de la loi* (so aber seit 200 Jahren ebenso standhaft wie quellenwidrig die juristische Methodenlehre). Vielmehr war Justiz nur deshalb *gewissermaßen ein Nichts*, weil das Richteramt *keinem bestimmten Stand* überlassen werden

4 Locke, John: The Second Treatise of Government, London 1690.

5 »Die politische Freiheit des Bürgers ist jene Ruhe des Gemüts, die aus dem Vertrauen erwächst, das ein jeder zu seiner Sicherheit hat. Damit man diese Freiheit hat, muß die Regierung so eingerichtet sein, daß ein Bürger den anderen nicht zu fürchten braucht«, Montesquieu, a.a.O. (Fn. 2).

sollte, so daß jeweils nur *Gleiche über Gleiche* zu Gericht saßen («man fürchtet das Amt, aber nicht die [fremden] Beamten»<sup>6</sup>). Ziel aller Überlegungen war es demnach – mit einer auf die ständische Gliederung der Gesellschaft abstellenden *Bereichsverteilung* –, zwischen den politischen Akteuren ein Machtgleichgewicht zu erreichen und so die in der Machtkonzentration angelegten Mißbrauchsmöglichkeiten zu minimieren. Ziel war es nicht, mit einem abstrakten Prinzip der *Trennung* von Gesetzgebung, Regierung und Richteramt ein Axiom freiheitlicher Staatsorganisation zu setzen.

b. – Wenn sich die deutsche Staatstheorie also nach 1945 damit begnügt hätte, die Gewaltenteilungslehre Montesquieus als die in einem bestimmten Geschichtsfeld verankerte Idee institutioneller Machtmoderation zu rekonstruieren, so wäre ihr manche Irrung und Wirtung erspart geblieben. Vor völlig veränderten historischen Rahmenbedingungen hätte man sich auf die Entwicklung von bereichsadäquaten Funktions- und Organisationsformen konzentrieren können, die geeignet waren, dort, wo die Demokratie des 20. Jahrhunderts Macht- und Mißbrauchspotential aufwies, moderierend und kontrollierend einzuwirken. Der Blick wäre freier gewesen, z. B. das *Parteienwesen* als künftiges Zentrum politischer Einflußnahme zu begreifen, das Verhältnis von *Regierung und Opposition* ebenso wie die Organisation der großen *sozialen und wirtschaftlichen Verbände*. Alles das stand aber nicht im Zentrum der Sorge unserer Verfassungsväter und ihrer frühen Interpreten. In geradezu zwanghaftem Bemühen um nahtlose Anschlüsse an historische Autorität stellte man stattdessen neben pathetischen Bekenntnissen zum großen französischen Vorbild zunächst einmal die klassische Trias Legislative, Exekutive und Judikative in den Vordergrund des Gewaltenteilungsdenkens, ohne die Frage aufzuwerfen, ob sich dort eigentlich noch die entscheidenden Machtauseinandersetzungen abspielten.

Die Gründe für diese letztlich ahistorische Fixierung liegen bekanntlich in der noch frischen Erfahrung des totalitären Staates und in dem redlichen Wunsch, künftigem Mißbrauch staatlicher Macht mit bewährten Konzepten entgegenzuwirken. Der Alptraum der NS-Diktatur sollte mit einem klaren Bekenntnis zu den Verfassungsprinzipien der freien Welt vertrieben werden. Daher genügte es nicht, die ausgewogenen Kompetenzregeln des Grundgesetzes als die freiheitliche Errungenschaft der Nachkriegsordnung zu begreifen, die sie eigentlich darstellten. Mit kleiner Münze wollte man die Schuld der Vergangenheit nicht abtragen. Es sollte mehr, mindestens eine *nicht zu bezweifelnde Wahrheit* sein, auf die man die Zukunft Deutschlands baute. Was lag also näher, als mit fast religiösem Pathos an das Gewaltenteilungsdogma anzuknüpfen, das – so will es jedenfalls die Geschichte – die Festung des englischen und französischen Absolutismus gestürmt hat und in der Menschenrechtsdeklaration von 1789 (ebenso wie kurz zuvor in Amerika) zur *Voraussetzung rechtlicher Verfaßtheit überhaupt* erklärt worden war.

3. Insofern war es nicht überraschend, daß sich auch das oberste Gericht dieses Landes, das Bundesverfassungsgericht, schon bald nach seiner Installation beeilte, Gewaltenteilung

als »ein tragendes Organisationsprinzip des Grundgesetzes«<sup>7</sup> zu konstatieren – nicht überraschend, aber gleichwohl bemerkenswert, weil, wie gesagt, der Verfassungstext diesbezüglich wenig hergab. Auch eine *Tradition*, auf die man sich im Jahr 1953 hätte berufen können, ließ sich nicht wirklich überzeugend behaupten. Der Führerstaat schied hierfür sozusagen *per definitionem* aus. Aber auch die erste Demokratie auf deutschem Boden war nur bedingt anschlussfähig: Die Weimarer Verfassung hatte sich *in puncto* Gewaltenteilung der gleichen Zurückhaltung befleißigt wie das Grundgesetz. Staatslehre und Staatspraxis der Weimarer Republik, auf deren demokratisch-rechtsstaatliche Substanz man sich in der jungen Bundesrepublik gerne bezog, hatten sich zwar zum Prinzip der Gewaltenteilung bekannt, dann aber mit Leidenschaft seine Durchbrechungen legitimiert.

a. – Verwunderlich war auch das nicht: Die konservative Staatslehre hatte 1918 zwar ihre Monarchie, nicht aber ihre Mentalität eingebüßt. Die *Superiorität der Exekutive* wirkte nicht nur in der Staatspraxis, sondern auch in der Staatstheorie weit über den Umbruch hinaus. Gerichtliche Verwaltungskontrolle war nach wie vor mehr Angstgegner denn Hoffnungsträger. Und auch mit der Vorstellung, das Parlament als den alleinigen Repräsentanten des Souveräns akzeptieren zu müssen, freundete man sich nur zögernd an. Gewaltenteilung wurde zunächst nur (wie schon im deutschen Konstitutionalismus) als Sicherung des *Gleichgewichts zwischen Parlament und Regierung* gedacht, mit der neu erkannten Aufgabe freilich, den in der Demokratie angeblich drohenden »hemmungslosen und unkontrollierten« Parlamentsabsolutismus (Carl Schmitt) in die Schranken zu weisen. Die allgegenwärtige Sorge vor der Despotie des ungeliebten Legislativorgans lag der Staatslehre in Weimar wesentlich mehr am Herzen als das Prinzip der Gewaltenteilung. Das hatte eine weitere Konsequenz, die die Teilungsidee geradezu konterkarierte: Die Justiz nämlich, bis dahin als (wenngleich »unabhängig« operierendes) Anhängsel der Exekutive verortet, beförderte sich selbst zum *Hüter der Verfassung* und beanspruchte in quasi-revolutionärer Manier, parlamentarische Gesetze auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu dürfen.

Zweifellos war auch das eine Form von Gewaltenteilung, aber nicht im Rahmen der Verfassung, sondern aufgrund einer *Selbstautorisierung*, die bis dahin ihresgleichen suchte. Es war dies der Anfang einer Entwicklung, die heute zutreffend als der *unaufhaltsame Aufstieg der dritten Gewalt im 20. Jahrhundert* beschrieben wird, und die – wenn man so will – mit einem klaren Übergriff der Judikative in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers begann.

b. – Da stehen wir heute besser da. Unser Bundesverfassungsgericht ist tatsächlich befugt, Gesetze und Exekutivakte am Maßstab der Verfassung zu messen. Aber wer sagt ihm, was die Verfassung sagt? Die Antwort scheint selbstverständlich: Es ist natürlich das Gericht selbst, das erkennt, was die Verfassung sagt, denn genau dazu ist es ja berufen. Aber man muß sich klar machen, was das bedeutet. Das Gericht, ein Organ der Judikative, stellt z. B. fest, daß Gewaltenteilung als *tragendes Prinzip* im höchsten unserer Gesetze steht (obwohl es doch gerade nicht drin steht und man im Lichte der Gewaltenteilungsdoktrin eigentlich erwarten müßte, der Gesetzgeber selbst würde dafür sorgen, daß die tragenden Verfassungsprinzipien

7 BVerfGE 3, 225 ff., 247.

mit der erforderlichen Eindeutigkeit Gesetzeskraft erlangten). Fast will es scheinen, als ob auch unser verfassungsmäßiges Gewaltenteilungsprinzip durch einen Akt der Verletzung desselben (nämlich durch *gesetzesschöpfenden* Richterspruch – 8 Leute in Karlsruhe) konstituiert wurde. Liegt vielleicht auch hier (Weimar ist ja bekanntlich überall) ein eklatanter Übergriff der Judikative in die Befugnisse der Gesetzgebung vor?

Ich kann Sie beruhigen. Nur ein juristischer Laie käme auf solche Gedanken. Juristen hingegen (und also auch Richter) haben mit *wortlautübersteigenden Judikaten* nicht die mindesten Probleme. Gesetzesinterpretation nach historischen, systematischen, teleologischen und vielerlei anderen Kriterien gehört vielmehr zu ihren genuinen Aufgaben; bei der *interpretatio contra legem* laufen sie erst richtig warm; und selbst die Handhabung der Rechtsfigur des *verfassungswidrigen Verfassungsrechts* verursacht ihnen keine Gewissensbisse. Und diese Bedenkenfreiheit wurde sogar von höchster Stelle autorisiert, nämlich vom Bundesverfassungsgericht.<sup>8</sup>

c. – Dort sitzen bekanntlich die besten Juristen – und wohl auch die entscheidungsfreudigsten. Jedenfalls haben sie schon unmittelbar nach ihrer Inthronisierung klar gemacht, wie man sich die Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Judikative unter dem Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes vorzustellen hat. In einem Urteil zur Neugliederung des Bundesgebietes aus dem Jahr 1951 heißt es knapp: »Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechtes an.«<sup>9</sup>

Das waren große Worte, gelassen ausgesprochen, denn es handelte sich um nicht mehr und nicht weniger als um die Erfindung einer neuen Rechtsquelle. Ein neues Machtzentrum also, das verwaltet werden wollte, und der Prätendent wurde auch gleich mit benannt: Das Verfassungsgericht erklärte sich nämlich selbst für zuständig, die positiv geltenden Gesetze an diesem überpositiven (also von niemandem gesetzten, nirgendwo nachschlagbaren, aber gleichwohl auf geheimnisvolle Weise vorhandenen und den Richtern erkennbaren) Recht zu messen.<sup>10</sup>

Dieses bemerkenswerte Judikat aus dem Gründungsjahr des Verfassungsgerichts hat seinerzeit kaum Widerspruch erfahren. Nur ein paar notorische *Naturrechtsgegner* hat es auf den Plan gerufen, die den Nazischock nicht mit der Preisgabe ihrer erkenntnistheoretischen Grundannahmen kompensieren wollten. Nicht aber hat es eine Debatte darüber ausgelöst, ob die selbstgeschaffene *Rechtserfindungskompetenz* möglicherweise den *tragenden* Grundsatz der Gewaltenteilung verletzte.

In den siebziger Jahren, als gerade das Naturrechtsdenken in Deutschland eines seiner vielen Täler durchschritt, hat sich das Verfassungsgericht zur *Legitimation von Richterrecht* noch eindeutiger geäußert – diesmal freilich ohne die naturrechtliche Referenz: Es hat

8 Vgl. BVerfGE 3, 225 ff., 2. Leitsatz: »Die Norm einer Verfassung kann dann nichtig sein, wenn sie grundlegende Gerechtigkeitspostulate, die zu den Grundentscheidungen dieser Verfassung selbst gehören, in schlechthin unerträglichem Maße mißachtet.«

9 BVerfGE 1, 14 ff. (Leitsatz 27).

10 BVerfG, a.a.O. (Fn. 9).

generell eine *richterliche (nicht nur verfassungsrichterliche) Rechtsfortbildungsbefugnis* absegnet.<sup>11</sup> Das war notwendig geworden, weil unsere Verfassung in Art. 20 Abs. 3 die *Bindung des Richters an Gesetz und Recht* vorsieht, also gerade nicht erlaubt, daß Richter sich rechtsschöpfend über das Gesetz erheben.<sup>12</sup> Ein uneinsichtiges Presseorgan hatte deshalb geglaubt, es könne sich darauf verlassen, daß aus einem *gesetzlichen A* nicht ein *richterliches Non-A* werde (im konkreten Fall ging es um *Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, welches durch den damaligen § 253 BGB ausgeschlossen war). Falsch, sagte der Bundesgerichtshof in Zivilsachen – und sprach der Prinzessin Soraya (die aus dem deutschen Schadensersatzrecht ebenso wenig wegzudenken ist wie Caroline von Monaco) eine erkleckliche Summe Schmerzensgeld zu.<sup>13</sup>

Das verurteilte Presseorgan zeigte sich uneinsichtig und rief das Bundesverfassungsgericht an: Der Richter dürfe zwar Gesetze interpretieren, aber doch nicht das genaue Gegenteil der gesetzlichen Regel erfinden. Falsch, sagten die Verfassungsrichter und formulierten ihre bis heute maßgeblichen Fundamentalsätze zur Richterkompetenz, und zwar in der für juristische Begründungen typischen Regel-Ausnahme-Diktion: Zunächst wird der Gewaltenteilungsgrundsatz mit bewegenden Worten zum *unverzichtbaren Bestandteil* der Staatsorganisation erklärt – danach wird unbeirrt über ihn hinweggeschritten: »Die Aufgabe der Rechtsprechung«, so erfährt man, »kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.«<sup>14</sup> Wenn also der Gesetzgeber, ohne es so recht zu durchschauen, ein »*Schmerzen werden nicht bezahlt*« vorsieht, dann gebietet es die *Loyalität der Judikative mit dem fehlbaren Legislator*, daraus im Bedarfsfall ein »*Schmerzen werden doch bezahlt*« zu machen.

Derartige ›Loyalitätsakte‹ der Judikative gegenüber der Legislative sind übrigens nicht neu: Schon im 19. Jahrhundert hatte man (zwar nicht mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz, wohl aber mit dem insoweit funktional äquivalenten *monarchischen Prinzip* im Nacken) richterliche Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben legitimiert: Es würde der *Majestät des Gesetzgebers* nicht entsprechen, ihm zu unterstellen, daß er ein *unvernünftiges* Resultat gewollt habe.<sup>15</sup> »Und es kommt häufig vor«, so liest man vor gut 100 Jahren bei Bernhard

11 BVerfGE 34, 269 ff., 286 ff.

12 Man könnte auf die Idee kommen, hier die Gewaltenteilung verwirklicht zu sehen, hätte aber zu berücksichtigen, daß Gesetzesbindung – und übrigens auch Unabhängigkeit der Justiz – eine ganz andere politikgeschichtliche Tradition hat und schon Teil der deutschen Gerichtsverfassung war, als die Forderung nach Gewaltenteilung noch mit Revolution gleichgesetzt wurde.

13 BGH, NJW 1965, 685, 686.

14 BVerfGE 34, 269 ff., 287.

15 Typisch das Reichsgericht im 74. Band: »Mit Recht ist in den Entscheidungsgründen betont, als allgemeiner Grundsatz der Auslegung sei auch anzuerkennen, daß im Zweifel der Gesetzgeber nützliche und nicht schädliche Vorschriften hat aufstellen wollen« (RGZ 74 [1911], 69 ff.).

Windscheid, dem geistigen Vater des BGB, »daß der Gesetzgeber sich diesen [vernünftigen] Gedanken selbst nicht vollständig klar gemacht hat, daß er bei einer Erscheinungsform des Gedankens stehen geblieben ist, welche dessen wahren Gehalt nicht vollständig entspricht«. Es sei deshalb »die höchste und edelste« Aufgabe des Richters, »in einem solchen Falle dem Gesetzgeber zu Hülfe zu kommen, und dessen ausgedrücktem Willen gegenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen«. <sup>16</sup>

100 Jahre später – nun nicht mehr von einem partizipationsfeindlichen Monarchen, sondern von der Kompetenzordnung der Verfassung getrieben – vertreten Richter noch immer die Meinung, daß sie sich nicht etwa über den Gesetzgeber stellen, wenn sie Textfremdes aus dem Gesetz herauslesen, sondern daß sie kraft methodengeleiteter Erkenntnisfähigkeit nur das herausfiltern, was ohnehin drinsteht.

Gewaltenteilung? Sicher nicht im Sinne einer überschneidungsfreien Trennung von Legislative und Judikative, wie es sich die Gesetzesbindungsapologeten erträumen mögen. Also: Bruch des Gewaltenteilungsprinzips? Genauso wenig. Denn davon könnte ernsthaft wohl nur gesprochen werden, wenn Rechtsanwendung ohne interpretatorisch-schöpferische Komponente überhaupt vorstellbar wäre – was sie nicht ist: Die Bücher, die zum Nachweis der Unmöglichkeit eines objektiven, logisch-mechanischen, richterlichen Gesetzesvollzugs geschrieben wurden (übrigens auch schon geschrieben wurden, als in Deutschland von politischer Gewaltenteilung allenfalls bei Revolutionstheoretikern die Rede war), diese Bücher füllen Bibliotheken. Und der traditionellen *juristischen Methodenlehre* (die ja bekanntlich den Weg zur richtigen Entscheidung weisen soll) kommt die geradezu leidenschaftlich wahrgenommene und offene Irrationalität tapfer integrierende Funktion zu, diesen Befund systematisch einzunebeln.

Wir können also festhalten: Vor richterlichen Eingriffen in die Sphäre des Gesetzgebers braucht man sich unter Gewaltenteilungsaspekten nicht sehr zu fürchten. Es gibt schlechte Urteile, es gibt falsche Urteile, aber der Vorwurf, ein Urteil würde legislative Befugnisse okkupieren, unterstellt eine schöne, heile Gewaltenteilungswelt, die bei uns den Bereich der Fiktion ohnehin nie verlassen hat. Das heißt natürlich nicht, daß dieser Vorwurf nicht erhoben würde. Im Gegenteil, man hört ihn täglich. Aber *Ankläger* ist regelmäßig der, der mit dem Urteilsergebnis nicht zufrieden ist, nicht etwa derjenige, der die Pfeiler des Grundgesetzes einstürzen sieht.

4. Das Bundesverfassungsgericht, das vor 50 Jahren das Gewaltenteilungsdogma zum *tragenden Verfassungsprinzip* erklärte, hat bei seiner Urteilsfindung also fraglos im Rahmen seiner Kompetenzen gehandelt. Es hat dabei nicht nur die nackten *Worte des Art. 20 GG*, sondern die *Verfassung in ihrer Gesamtheit* gedeutet und, wie wir jetzt wissen, die dem Grundgesetz immanenten Wertvorstellungen »ans Licht gebracht«. Darüber hinaus hat es, seiner Aufgabe gemäß, das Dogma *konkretisiert*: Es sei eine grundlegende Maxime zur »politischen Machtverteilung, zum Ineinandergreifen der drei [Staats-]Gewalten und [zur

<sup>16</sup> Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, Düsseldorf 1870, § 21, 54.



Mäßigung] der daraus resultierenden Staatsherrschaft«. <sup>17</sup> Und nach diesen klaren Sätzen hat es das frisch erläuterte Prinzip nicht etwa angewendet, sondern das Vorliegen einer Ausnahme konstatiert.

Im konkreten Fall ging es darum, ob der verfassungsmäßige Auftrag an den Gesetzgeber (Art. 117 Abs. 1 GG), im Rahmen bestimmter Fristen für die Gleichberechtigung von Mann und Frau zu sorgen, bei Untätigbleiben des Parlaments auch vom Gericht realisiert werden dürfe. Ja, respondierten die Verfassungsrichter und sahen darin keinen Verstoß gegen die gerade noch hochgehaltene Gewaltenteilung. Magere Begründung: Das *Prinzip* sei schließlich »nirgends rein verwirklicht«, <sup>18</sup> und es sei Sache des Gerichts, im Einzelfall festzustellen, ob es greife oder nicht.

Die *Regel-Ausnahme-Argumentation* wird für lange Zeit geradezu zum Erkennungsmerkmal der einschlägigen Gerichtsurteile. *Gewaltenteilung ist sakrosanktes Grundprinzip*, wegen seiner Plazierung in Art. 20 GG selbst der *Dispositionsbefugnis des Verfassungsgebers* entzogen, <sup>19</sup> aber seltsamerweise im konkreten Anwendungsfall kaum je verletzt. <sup>20</sup> Von den zahlreichen Urteilen zur Gewaltenteilungsproblematik gibt es erstaunlich wenige, die tatsächlich einen Verstoß feststellen (und die sind eher in den Marginalbereichen anzutreffen, also etwa, wenn der Bürgermeister einer Gemeinde gleichzeitig Gemeindefriedensrichter ist<sup>21</sup>). Das hängt vielleicht damit zusammen, daß die Staatsorgane in der Demokratie weniger als abgegrenzte Teilsysteme agieren denn als unterschiedliche Artikulationsformen einer einheitlichen, vom Volk ausgehenden Staatsgewalt.

Noch wichtiger aber dürfte sein, daß sich die *komplexen Äußerungsformen staatlicher Macht* nur selten der überkommenen Gewaltentrias anverwandeln. Natürlich kann man definieren, was das ›Wesen‹ von Legislative, Exekutive und Judikative ausmacht. Aber weder die Ordnung noch die Ausübung der Staatsfunktionen halten sich an diese Beschreibung. Es geht eben nicht um separierte Machtbereiche, sondern um »Handlungsweisen, Verfahren und Strukturen«, <sup>22</sup> die ständig in Bewegung und alle dem Ziel verpflichtet sind, eine möglichst sachgerechte Entscheidung sicher zu stellen. <sup>23</sup> Gemäß den Worten des Bun-

17 BVerfGE 3, 225 ff., 247; zur Funktion von Gewaltenteilung vgl. auch BVerfGE 22 (1967), 106 ff., III; BVerfGE 34 (1972), 52 ff., 59 f.

18 Ähnlich BVerfGE 4, 331 ff., 346 f.; BVerfGE 34, 52 ff., 59 f.

19 Vgl. Art. 79 Abs. 3 GG: »Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die ... in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.«

20 Seltene Ausnahme: Personelle Verzahnung von Rechtsprechung und Verwaltung bei Gemeindefriedensgerichten, BVerfGE 10 (1959), 200 ff., 216 ff.; vgl. auch BVerfGE 18 (1964), 172 ff., 183. Rückausnahme für die allgemeine Gemeindeggerichtsbarkeit: BVerfGE 14 (1962), 56 ff., 68.

21 Anders freilich der wichtige Kalkar-Beschluß, der einen Verwaltungsvorbehalt zu Lasten des Gesetzgebers konstatiert, BVerfGE 49, 89 ff., 124 f.

22 Schmidt-Assmann, Eberhardt, in: Isensee, Josef (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, Heidelberg 1987, 1016.

23 Neben die Funktion der Machtmoderation ist die auf Sicherstellung einer sachgerechten Entscheidung getreten. Das BVerfG entnimmt Art. 20 Abs. 2 GG einen Auslegungsgrundsatz, der die Sinnermittlung anderer Bestimmungen der Verfassung leitet: »Die dort als Grundsatz normierte organisatorische und funktionelle Unterscheidung und Trennung der Gewalten dient zumal der Verteilung von politischer Macht und Verantwortung sowie der Kontrolle der Machttträger; sie zielt auch darauf ab, daß

desverfassungsgerichts zielt die so verstandene Gewaltenteilung darauf ab, »daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen«,<sup>24</sup> und das sind keineswegs immer die, die man nach klassischer Denkweise für zuständig hält. So kann man z. B. eisern daran festhalten, daß *Gesetze* vom *Parlament* erlassen werden und *kein anderes Verfassungsorgan* in den Kernbereich dieser Tätigkeit eingreifen darf.<sup>25</sup> Aber richtig ist das nur mit Blick auf den *formalen Abstimmungsakt*, dessen Bedeutung man beileibe nicht unter-, aber bitte auch nicht überschätzen sollte.

Denn wer macht die Gesetze? Das Parlament in einem souveränen Entscheidungsprozeß? Gewiß nicht! Die Ministerialbürokratie produziert Entwürfe, Ausschüsse mögen sie verfeinern, und das Parlament stimmt in der Regel so, wie es ihm von den Parteien vorgegeben wird. Die Fälle, in denen in den letzten 50 Jahren seitens der Parteien eine ›Freigabe‹ des Abstimmungsverhaltens stattgefunden hat, lassen sich an einer Hand abzählen. Motiviert werden solche Freigaben (man lasse sich das Wort einmal ›gewaltenteilungstheoretisch‹ auf der Zunge zergehen) mit antizipierten Gewissensnöten der Parlamentarier, die offenbar aber gerade keine Massenerscheinung sind.

5. Diese Okkupationsvorgänge, die in alle Richtungen verlaufen, bleiben von der Verfassungstheorie natürlich nicht unbemerkt.<sup>26</sup> Reagiert wird darauf allerdings nicht etwa mit Vorschlägen, wie man wieder zur Gewaltenteilung im vermeintlich Montesquieuschen Sinne zurückkehren könnte. Vernünftigerweise will niemand mehr die Justiz zur *bouche de la loi* machen oder den Bundestag zum Ort der sachlichen Erarbeitung von Gesetzesvorschlägen. In nicht-revolutionären Zeiten reicht es im Regelfall, rituell darauf zu verweisen, daß das Bundesverfassungsgericht nicht Ersatzkaiser ist, bzw. im Bundestag die parteipolitischen Marken zu setzen – letzteres jedenfalls dann, wenn die Art der Materie Bekenntnisse verlangt. Das ist z. B. beim Abtreibungsparagraphen mehr der Fall als bei der Novellierung des Anlagefondsgesetzes, obwohl dieses vielleicht stärker in das allgemeine gesellschaftliche Leben eingreift, als es dem § 218 des Strafgesetzbuches je beschieden war.

Im übrigen beginnt man sich daran zu gewöhnen, daß Gewaltenteilung weder subsumtionsfähige Norm noch abstraktes Ordnungsprinzip, sondern eine *black box* ist. Solange

staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen, und sie will auf eine Mäßigung der Staatsgewalt insgesamt hinwirken«, BVerfGE 68, 1 ff., 86.

24 BVerfGE 68, 1 ff., 86.

25 Zur grundsätzlichen Unantastbarkeit der Kernbereiche BVerfGE 9, 268 ff., 279 ff.; BVerfGE 34, 52 ff., 59 f.; BVerfGE 67, 100 ff., 139.

26 Unter dem Titel »Staatswissenschaft« ist im Jahr 2003 das Werk des Berliner Staats- und Verfassungsrechtlers G. F. Schuppert erschienen. Es wird in Rezensionen als grundlegend bezeichnet, umfaßt nahezu 1000 Seiten, und weder im Inhalts- noch im Stichwortverzeichnis kommt das Wort Gewaltenteilung vor.

man nicht den Versuch macht, allzu genau hineinzuschauen, taugt sie zur Begründung von nahezu allem, was bei der Ausübung von Staatsgewalt vernünftig erscheint.<sup>27</sup> Dabei meint vernünftig, daß staatliche Entscheidungsprozesse durch Kompetenzregeln sichergestellt und Dysfunktionalitäten minimiert werden. Auch hat sich in die Gesamtbetrachtung ein Aspekt materieller Richtigkeit eingeschlichen, noch unklar hinsichtlich seiner Gewichtung, aber durchaus mit Entwicklungspotential. Der Aspekt der Mäßigung staatlicher Gewalt befindet sich dagegen auf dem Rückzug. Er taucht zwar nach wie vor in den Beschreibungen auf,<sup>28</sup> aber Mißbrauchserfahrungen, die sich von der Beobachtung zusammengeballter Staatsmacht nähren, sind doch eher Erinnerung als aktuelle Bedrohung und beginnen im Dunst der Vergangenheit zu verschwimmen.

6. Die schleichende Veränderung der Zielvorgaben hat längst auch die Semantik erreicht: Da ist zwar nach wie vor von Gewaltenteilung, Gewaltenbalance, Gewaltenhemmung die Rede, auch von Kompetenz- oder Funktionenordnung – aber immer öfter wird von Gewaltenverschränkung gesprochen, also dem konzertierten Zusammenwirken der verschiedenen Gewaltenträger, worin die ursprüngliche Idee der Aufteilung nur noch der zu erkennen vermag, der sie um jeden Preis darin erkennen will. Gleiches gilt auch für die dynamische Komponente, die den Akteuren eine permanente Neubewertung der staatlichen Entscheidungsprozesse und das »Aushandeln« optimaler Entscheidungsprozeduren in Dienste höherer Sachgerechtigkeit abverlangt.<sup>29</sup>

Mit der so herausgeputzten Gewaltenteilungsidee lassen sich auch neue Aufgaben erschließen und alte in verfeinertem Gewand präsentieren: Rechnungshöfe, Bundesbank und Geheimdienste ebenso wie der Einsatz von Sonderbeauftragten geraten in die Reichweite des so elastisch gewordenen Dogmas. Selbst die bekannte Forderung der Justiz nach Verwaltungsautonomie hat wieder neue Impulse bekommen, und andererseits können Forderungen nach Zusammenlegung von Justiz- und Innen-Verwaltung mit empörtem Hinweis auf unantastbare Kernbereiche ihrer sonst so wirksamen Effizienzmagie beraubt werden. Ein neues Feld erobert sich die Gewaltenteilungslogik momentan im Föderalismussektor: Dem war zwar schon des öfteren ein stilles Hinscheiden bescheinigt worden. Doch unter der liebevollen Pflege durch das Bundesverfassungsgericht ist die sog. *vertikale Gewaltenteilung* geradezu zu einem Erfolgsmodell gediehen. Ich erinnere nur an die Entscheidung zu den Junior-Professuren<sup>30</sup> und zu den Studiengebühren.<sup>31</sup>

Dem neuen Glanz föderativer Staatsinterpretation verdankt sich auch ein weiteres Grundsatzurteil unseres höchsten Gerichts, das ich als letztes kurz ansprechen will. Es verblüfft nämlich mit der Einsicht, daß ein Funktionsträger auch dadurch gegen das Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes verstoßen kann, daß er eine ihm zustehende Gewalt *nicht*

27 »Vertikale« Gewaltenteilung (föderale Gliederung in Bund und Länder, Kommunen).

28 Vgl. etwa BVerfGE 68, 1 ff., 86.

29 Schmidt-Assmann, a.a.O. (Fn. 22).

30 BVerfG, DVBl 2004, 1233 ff.

31 BVerfG, DöV 2005, 338 ff.

ausübt. Zu diesem Ergebnis ist das Gericht vor knapp einem Jahr im Zusammenhang mit dem Problem der *nachträglichen Anordnung von Sicherungsverwahrung* gekommen.<sup>32</sup>

Zum Opfer fielen dem Verdikt die Ländergesetze von Bayern und Sachsen-Anhalt, welche allerdings unter den anfeuernden Rufen des Bundes zustande gekommen waren. Der war nach Überzeugung des Gerichts eigentlich zuständig, hatte dies aber heftigst bestritten und die Länder durch ministeriellen Brief ausdrücklich ermuntert, tätig zu werden. Noch vor den Schranken des Verfassungsgerichts kämpfte er (übrigens mit plausiblen Argumenten) gegen seine angebliche Kompetenz.

Die Richter blieben jedoch unerbittlich. Es sei – so wörtlich – ein »mißlungener Kunstgriff«,<sup>33</sup> das fragliche Gesetz als ein Polizeigesetz zu tarnen, um so Zuständigkeit der Länder zu suggerieren. In Wahrheit handle es sich um Strafrecht, und dieses sei Sache des Bundes. Das Gewaltenteilungsprinzip schütze eben nicht nur vor Machtanmaßung, sondern auch davor, daß der eigentliche Machttträger untätig bleibt.

Ich komme zum Schluß: Montesquieus *Geist der Gesetze* und das dort mit Blick auf England beschriebene Gewaltenteilungsmodell gehören, daran besteht nach allem kein Zweifel, zu den »nicht hinterfragbaren Grundlagen des modernen demokratischen Staatsdenkens«, dies freilich nicht in dem Sinne, daß die Lektüre des Textes zu nicht hinterfragbaren Einsichten führen würde, sondern so verstanden, daß die Anrufung des historischen Vorbildes in westlichen Breiten einen Assoziationshorizont eröffnet, der durch Lektüre nur gestört werden könnte.<sup>34</sup> Die Ungenauigkeit der kollektiven Lese-Erinnerung ist geradezu Voraussetzung für den nie abnehmenden Erkenntnisgewinn, der aus dem Gewaltenteilungskontext gezogen werden kann, erlaubt sie doch kontinuierliche Anpassung an neue Szenarien und inhaltliche Erstreckung auf nahezu jedes Glatteis, auf dem der menschliche Geist seine Pirouetten dreht. Braucht man hierfür *noch* einen Beleg, so nehme man wiederum Odo Marquards *Individuum und Gewaltenteilung* zur Hand. Dort erfährt man, daß es der vom »Lebenspluralismus« genährte *Zweifel* ist, der dazu befähigt, »durch Gewaltenteilung ein Individuum zu werden«. Wie das, mag man sich fragen, und: Hat Marquard dabei wirklich an Montesquieu gedacht? Er hat, wird man vom Autor selbst belehrt, denn: »Das, was die politische Gewaltenteilung für die Ermöglichung der bürgerlichen Freiheit ist, das ist der skeptische Zweifel gegenüber dem Absoluten im Bereich der Überzeugungen für die Ermöglichung des Individuums.«<sup>35</sup> Gewaltenteilung ist also überall, man muß sie nur zu finden wissen. Angesichts solcher Elastizität des historisch völlig befreiten Begriffs braucht man um die Zukunft des Gewaltenteilungsmodells keine Sorge zu haben.

32 BVerfGE 109, 190 ff.

33 BVerfGE 109, 190 ff., 220 f.

34 Vgl. die – freilich affirmativ gemeinte – Bemerkung von Peter Häberle, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, Berlin 1981, 55: »Ein Montesquieu-Zitat, zur rechten Zeit in der politischen Kontroverse eingesetzt, kann mehr bewirken als das Lebenswerk eines juristischen Grundgesetzkommentators.«

35 A.a.O. (Fn. 3).

## Literaturempfehlungen

- Becker, Jürgen: Gewaltenteilung im Gruppenstaat. Baden-Baden 1986.
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts. 20. Aufl. Heidelberg 1995, § 13.
- Imboden, Max: Montesquieu und die Lehre von der Gewaltentrennung. Berlin 1959.
- Kägi, Werner: Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes. Zürich 1937.
- Horn, Hans-Detlef: Über den Grundsatz der Gewaltenteilung in Deutschland und Europa. In: JöR 49 (2001), S. 287–298.
- Horn, Hans-Detlef: Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung. Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates. In: AöR 127 (2002), S. 427–459.
- Mass, Edgar: Montesquieu und die Entstehung des Grundgesetzes. In: Merten, Detlef (Hrsg.): Gewaltentrennung im Rechtsstaat. Berlin 1989, S. 47 ff., 51 ff.
- Ogorek, Regina: De l'Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde. In: Rechtshistorisches Journal, Bd. 2 (1983), S. 277–296.
- Ogorek, Regina: Die erstaunliche Karriere des ›Subsumtionsmodells‹ oder wozu braucht der Jurist Geschichte? In: Prittwitz, Cornelius u. a. (Hrsg.): Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag. Baden-Baden 2002, S. 127–140.
- Schmidt-Assmann, Eberhard, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, Heidelberg 1987, S. 1009–1023.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetzkommentar, Bd. II, Tübingen 1998, zu Art. 20, Rn 62 ff.
- Schneider, Peter: Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart. In: AöR 82 (1957), S. 1–27.
- Weber, Werner: Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem. In: Barion, Hans/Forsthoff, Ernst/Weber, Werner (Hrsg.): Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag. 3. Aufl. Berlin 1994, S. 253–272.