

# **1. Teil:**

## **Hoffnungen für eine Stärkung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt**

*Peter-Alexis Albrecht*

### **Erwartungen aus den Grundlagenwissenschaften des Rechts**

Der folgende Text setzt nicht an der Justiz, sondern an der Gesellschaft an. Massive gesellschaftliche Problemlagen bringen auch die Justiz an die Grenzen ihrer Handlungsfähigkeit, und zwar strukturell und personell. Eine verstärkte Gewaltenkontrolle durch die Dritte Gewalt angesichts eines zunehmenden Steuerungsversagens von Legislative und Exekutive stellt sich als Hoffnung dar, gesellschaftlichen Brüchen mit dem Bemühen um Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit begegnen zu können. Verstärkte Unabhängigkeit der Justiz könnte dabei höchst hilfreich sein. Nur eine Justiz, die von politischen, wirtschaftlichen und sozialen Mächten unabhängig ist, kann auf rechtsstaatlichem Wege Entscheidungslegitimation und Zustimmung der Bürger beanspruchen. Freilich dürfte eine institutionelle Unabhängigkeit im Sinne einer schlichten Verlagerung bisheriger exekutiver Befugnisse allein kaum Wirkungen entfalten. Erforderlich ist eine Unabhängigkeit der Justiz im umfassenden Sinne von Kopf bis Fuß. Ob eine derartig umfassende Unabhängigkeit den neuen gesamtgesellschaftlichen Herausforderungen *globalisierter Gewaltenverschränkungen* gerecht werden kann, bleibt aber auch nur Hoffnung.

#### *I. Status Quo staatlicher Gewaltenverschränkung: Ein evidentes Mängelprofil und dadurch erzeugte Erosion des Justizsystems*

##### *1. Legislative*

Die *Legislative* verstößt durch eine Gesetzgebung zunehmender *Unbestimmtheit* und eine *Überforderung* der Dritten Gewalt mit *präventiv-gestaltenden Steuerungsaufgaben* gegen das Fundament des Rechtsstaates, nämlich das *Gesetzlichkeitssprinzip*, normiert durch Art. 103 Abs. 2 GG, und den *Gewaltenteilungsgrundsatz*.

Wem das zu abstrakt klingt, dem kann man für die *Unbestimmtheit* folgende Beispiele bieten. Man lese einmal moderne Paragrafen-Ungetüme Studenten laut vor, z. B. die Geldwäsche gemäß § 261 StGB (zwei Druckseiten Gesetzestext) oder andere Umsetzungen europäischer Richtlinien: Zu empfehlen ist das Gesetz zum Europäischen Haftbefehl, worin der Gesetzgeber größtenteils den Text des aufhebenden Bundesverfassungsgerichtsurteils übernommen hat. Studierende laufen schon wegen reinem Unverständnis aus dem Raum, was Indiz dafür ist, dass sich eine Abschreckungswirkung auf Gesetzesadressaten erst gar nicht einstellen wird.

Zur *Überforderung*: Der Gesetzgeber lässt keine gesellschaftliche Reparaturstelle aus, die er nicht durch eine Fülle von Strafrechtsnormen begleiten lässt. An realen Strukturveränderungen versucht er sich häufig gar nicht. Dafür werden konfligierende wirtschaftliche Zielsetzungen und Praktiken, Umweltbelastungen, Drogenkonsum, Jugend- und Integrationsprobleme jeweils mit einem Kranz von Strafnormen mit großem propagandistischem Aufwand umhängt. Dabei sind schon zum Zeitpunkt des Normerlasses kaum Realisierungschancen für eine Veränderung tatsächlicher Verhältnisse ersichtlich. In den Sozialwissenschaften wird dies kritisch als *symbolische Gesetzgebung* bezeichnet. Von der Nutzlosigkeit in der Sache einmal abgesehen, gibt es freilich einen Leidtragenden und real Geschädigten: das *Kriminaljustizsystem*. Wenn Staatsanwaltschaften und Gerichte aufgerufen sind, umfassende gesellschaftliche Reparaturleistungen vorzunehmen, muss das ins Auge gehen. Die prozessualen und materiell-rechtlichen Unmöglichkeiten kann ich an dieser Stelle nicht aufzählen. Dass aber das Justizsystem an allen Ecken und Enden durch Falllast, Personalmangel, Ressourcenknappheit und verfahrensökonomische Not verbogen und überlastet wird, bedarf keiner gesonderten Untersuchung. Zu klar ist dieser Sachverhalt. Ich nenne das Ganze die Überforderung des Justizsystems mit präventiv-gestaltenden Steuerungsaufgaben.

## 2. Exekutive

Auf die geschilderten Mängellagen im Justizsystem versucht die Exekutive zu reagieren. Das muss sie auch, ist es doch ihre Kernaufgabe im Rahmen von Daseinsvorsorge. Die *Exekutive* determiniert durch die Vorgabe neuer Anwendungsstrategien richterliches Handeln, man spricht in moderner Terminologie von »Neuen Steuerungsmodellen« (NSM). Man hat auch schon das Objekt der Anordnungen neu definiert: »Der ökonomisierte Richter« (*Carsten Schütz*). Das justizielle Aufgabenfeld wird durch Justizministerien und Justizverwaltung, beide beraten durch private Unternehmensberater, von außen bestimmt, z.B. durch zeitliche Ressourcenvorgaben, Budgetierung, Kosten-Leistungs-Rechnung, Controlling, Ausgestaltung des Bereitschaftsdiensts etc. Auch dieser exekutivische Druck erzwingt verfahrensökonomische Erledigungsstrategien, die in der Sozialwissenschaft als *administrative Rationalisierung* beschrieben werden und das Gegenteil von *unabhängiger Rechtsprechung* sind. Richter müssen in kürzerer Zeit, mit weniger Ressourcen, aber höherer Erledigungsquote die gleiche Arbeit leisten, die die Betroffenen sich mit hoher Erwartungshaltung als Herstellung von Gerechtigkeit erhoffen. Diese Hoffnungen trügen – jedenfalls nicht selten.

Ich fasse einleitend zusammen: Ein von der Legislative zunehmend produziertes *geholtloses Gesetz* (tatbestandliche Unbestimmtheit, Steuerungsüberlastung) und eine von der Exekutive erzeugte *administrative Rationalisierung* (Verbetriebswissenschaftlichung der Justiz) lassen die verfassungsrechtliche Basis der Dritten Gewalt, nämlich Rechtssachen in *Unabhängigkeit* zu entscheiden, erodieren.

Die Folgen:

- Es schwinden überprüfbare Maßstäbe für die Rechtsanwendung und damit wächst deutlich die *Gefahr richterlicher Willkür*.

- Die beschriebene Überlastung und Schwächung des Justizsystems ist für die Gesellschaft umso folgenreicher, weil die derzeitige Verschränkung wirtschaftlicher und politischer Macht, die den deregulierten Staat an den Rand drängt – oder dieser sich zumindest drängen lässt –, eine strukturelle Aufwertung der Dritten Gewalt im Sinne einer *wirksamen sozialen und rechtsstaatlichen Entscheidungsmacht* bitter nötig hätte. Legislative und Exekutive versagen offensichtlich vor der Steuerung globalisierter entfesselter Finanz- und Wirtschaftssysteme. Vor diesem dramatischen Hintergrund wäre eine strukturelle und umfassende Aufwertung justizieller und vor allem richterlicher Unabhängigkeit ein wichtiger Schritt in Richtung verbesserter Gewaltenkontrolle.
- Ein exekutivisch gesteuertes justizielles Beförderungs- und Beurteilungswesen führt dagegen tendenziell durch psychologische und soziale Zwänge, also durch exekutivisch erzeugten Druck, zu einem System von *richterlichem Opportunismus* – wobei Ausnahmen bekanntlich die Regel bestätigen. Die Besorgnis der Einschränkung von Unabhängigkeit ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen.
- Das Opportunismus-System engt Richtern den Handlungsspielraum ein, sich selbstbewusst den *normativen Zumutungen* der Legislative und den *drangsalierenden Übersteuerungen* der Exekutive zu widersetzen. Die verfassungsmäßig angemessene Antwort wäre die *Zurückweisung* gehaltloser *Gesetze* mit verfassungsgemäßen Mitteln und das Rekurrieren auf ein von Verfassungsprinzipien getragenes *Recht*. Derartige Strategien erfordern ein starkes richterliches Selbstbewusstsein, das auf umfassender Unabhängigkeit gründet!

### *3. Reaktionen aus dem Justizsystem*

Die Judikative hat sich seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland in dieses System von Abhängigkeiten und tendenziellem Opportunismus eingepasst und sich bislang aus eigener Kraft *nicht* (sieht man einmal von dem erfolgreichen Versuch des Bundesverfassungsgerichts in den 50er Jahren ab) den offensichtlichen Widersprüchen entziehen können. Gleichwohl ist richterliche Unruhe und ein Schwinden an justizieller Legitimation in der Bevölkerung (vgl. die Fälle von Kohl, Kanther, Ackermann, Hartz etc.) unübersehbar. In dieser Situation ist es den richterlichen Berufsverbänden nicht hoch genug anzurechnen, dass sie die Not der Stunde erkennen und im Ruf nach Unabhängigkeit der Justiz einen Ausweg aus dem systemischen Dilemma aufzeigen. Allein die institutionelle Unabhängigkeit als solche scheint – wie Kritiker meinen – noch nichts an den Grundproblemen, die das Justizsystem prägen, zu ändern. Es sollen zusätzlich Hierarchien abgebaut, Gehalts- und Beförderungsdifferenzen abgeschafft werden und nur Funktionszuweisungen erfolgen, um wahrer Unabhängigkeit eine materielle Gleichheitsbasis zu gewähren. Diese Argumente sind gewichtig. Sie müssen in einer intensiven rechtspolitischen Debatte analysiert werden und man muss Antworten finden, ob institutionelle Unabhängigkeit überhaupt zu umfassender Unabhängigkeit führen kann, soll oder muss.

## *II. Hoffnungen, die an justizielle Modelle von Selbstverwaltung und Selbstverantwortung ankoppeln*

### *1. Hoffnung auf verfassungsrechtliche Verdeutlichung für eine Steigerung umfassender justizieller Unabhängigkeit*

Richterliche Unabhängigkeit ist umstellt von schweren verfassungsrechtlichen Ge-schützen: vom Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG), von der verfassungsrechtlichen Garantie der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) und vom Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG). Aber gelten diese Prinzipien nur für das richterliche Individuum oder auch für die Justiz als Ganzes? Der Rechtssoziologe *Klaus F. Röhl* hat diese Frage anlässlich des 64. Deutschen Juristentages 2002 nach Maßgabe aller Argumente, die schon auf dem 40. Deutschen Juristentag 1953 prominent hin und her gewogen wurden, knapp beantwortet: Von Verfas-sungs wegen bestehe grundsätzlich Spielraum für eine selbstverwaltete Justiz (so auch schon *Hans Peter Ipsen* 1953). *Ipsen* geht noch weiter, indem er ableitet, dass »eine gerichtliche Selbstverwaltung zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit sicherlich schon dann mit Recht gefordert werden (kann), wenn sie nur als geeignete Prävention gegen drohende Gefährdung erscheint« (Verhandlungen des 40. DJT, Bd. II, 1954, S. C14). *Hans-Jürgen Papier* ist etwas zurückhaltender. Das Prinzip der Gewaltenteilung *gebiete* jedenfalls keine Selbstverwaltung der Dritten Gewalt. Eher setzten verfas-sungsrechtliche Bestimmungen, insbesondere Art. 95 Abs. 2 GG und Art. 98 Abs. 4 GG, der Forderung nach mehr Selbstständigkeit für die Dritte Gewalt *Schranken*. Letztere seien nur durch Verfassungsänderungen aufhebbar. Aber auch Papier lässt das Gewaltenteilungsprinzip als so inhaltsoffen gelten, dass dieses »durchaus Spiel-räume für Kompetenzverlagerungen ergeben könne« (NJW 2002, S. 2588). Prinzipielle Bedenken gegen die Implementierung justizieller Unabhängigkeit sind dem Grundgesetz offenbar nicht zu entnehmen, wobei ich dem Referenten Thomas Groß nicht vorgreifen will, aber die inhaltliche Debatte über das Pro und Contra der Steige- rung von Unabhängigkeit der Dritten Gewalt kann man durch verfassungsrechtliche Vorgaben nicht zurückweisen. Die Unabhängigkeitsbewegung sollte sich durch die formellen Fragen also nicht unnötigerweise ausbremsen lassen.

### *2. Hoffnung auf Klärung der Frage nach Ausmaß und konkreter Ausgestaltung justizieller Unabhängigkeit*

Die Kernfrage einer Intensivierung justizieller Unabhängigkeit liegt zum einen in der Verlagerung der Personalhoheit von der Exekutive auf judikative *Richterwahlgre-mien*. Nennt man diese nun Justizwahlausschuss, der wiederum einen Justizverwal-tungsrat wählt, oder Gerichtsbarkeitsräte, um – in den Worten des Beirats der Europäi-schen Richter (CCJE) – »ein Gleichgewicht zwischen der gesetzgebenden, der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt herzustellen« (Nr. 1 der Stellungnahme CCJE, November 2007). Dieses unabhängige Organ wird als »unabdingbarer Bestand-teil eines Rechtsstaates« von der CCJE bezeichnet. Die Frage, ob dieses Organ nun ausschließlich von Richtern (so wohl der CCJE des Europarats) oder auch vom Parla-

ment gewählt wird, dürfte in Deutschland nach Maßgabe des Prinzips demokratischer Legitimation deutlich zugunsten der angemessenen Mitwirkung gewählter Volksvertreter ausfallen.

Mit der Institutionalisierung judikativer Richterwahlgremien ist allerdings nur ein erster Schritt getan. Deshalb wird zum anderen gefordert, nicht auf halber Strecke stehen zu bleiben, also nicht nur die deutschen Gerichtspräsidenten zu verselbständigen und damit zu stärken, sondern eine Reform von Kopf bis Fuß im Justizsystem anzugehen. Wahre Unabhängigkeit sei erst dann möglich, wenn Auswahl und Ersternennung mit umfassenderen Kompetenzkriterien und mehr Transparenz versehen werden, Beförderungen durch Funktionszuweisungen – auf Zeit – ersetzt und Befähigungsbeurteilungen durch Dienstvorgesetzte damit obsolet würden. In der Befreiung der Dritten Gewalt von Karriereabhängigkeiten liegt der Hauptgedanke einer *umfassenden Unabhängigkeit*, die weit mehr als eine logistische Unabhängigkeit des justiziellen Systems beinhaltet. Das sind insbesondere psychologische Effekte, die der Berufsrolle des Richters erst den erforderlichen unabhängigen Rahmen böten. Furchtlosigkeit vor Einflüssen Dritter, insbesondere vor Machteinflüssen, und kritische Reflektionsfähigkeit für gesetzgeberische Fehlleistungen seien erst das Produkt umfassender Unabhängigkeitsgewähr.

Wenn ich aus der Perspektive universitärer Rechtswissenschaft eine Hoffnung formuliere und weitergeben darf, dann empfehle ich den strikten Ausbau einer umfassenden Unabhängigkeit direkt an der Basis. Die deutsche Wissenschaft hat über Jahrhunderte aus einem strikten und unbestrittenen System von Unabhängigkeit für wissenschaftliche Forschung und Lehre – und zwar nicht der Universität als solcher, sondern der einzelnen Professuren – optimalen Nutzen gezogen. Diese bewährte Unabhängigkeit des einzelnen Universitätslehrers war die Basis für unermüdliches und effektives Forschen und Lehren, jenseits materiellen und personellen Karrierestrebens, allein orientiert am Wettlauf um *Erkenntnis* und *Wahrheit*. Das alles gehört nun der Vergangenheit an. Opportune Strukturen sollen Leistungsfähigkeit und Wettbewerbsfähigkeit produzieren, der »ökonomisierte Hochschullehrer« hat zugleich durch Drittmitteleinwerbung die Ressourcen für seine Nützlichkeit selbst zu beschaffen. Wer viel Geld einwirbt, wer viele Doktoranden hat, wer viele Examensarbeiten benotet und wer im Zitierkartell ganz oben steht, der bekommt den ersten Preis – im wahren materiellen Sinne: ein höheres Gehalt. Genau das schafft wissenschaftlichen Opportunismus und wird der Tod einer unabhängigen kritischen Wissenschaft sein – in Geistes- und Naturwissenschaft gleichermaßen. Das Justizsystem sollte aus dieser Fehlentwicklung seine Schlüsse ziehen. Mit neidischer Hoffnung blicken wir auf Debatten in anderen gesellschaftlichen Teilsystemen, die gegenläufige Unabhängigkeitsentwicklungen zum Gegenstand haben und Hierarchisierungen dort, wo sie im Rahmen von *Wahrheits- und Gerechtigkeitssuche* absolut kontraproduktiv sind, abbauen anstatt sie zu etablieren.

### *3. Hoffnung für mehr Weisungsfreiheit und Selbständigkeit der Staatsanwaltschaften und des staatsanwaltschaftlichen Personals*

Sieht man die Rolle des Staatsanwalts als der eines Jägers angenähert und die Rolle des Richters eher dem Interessenausgleich und dem Rechtsfrieden verbunden, ist auf den ersten Blick das Verhältnis zwischen Staatsanwalt und Richter antagonistisch. So jedenfalls die Außenwahrnehmung und manchmal auch die Selbsteinschätzung der Rollenträger. Sieht man hingegen die gemeinsame Ausbildung in der Universität und im Referendariat, die gemeinsame Berufsausübung in denselben Gebäuden und das identische Berufsbild als »Organ der Rechtspflege« als Anknüpfungspunkt, liegt die Metapher nahe, dass beide Berufsrollen vom gleichen Boot aus agieren und die Handelnden sich auch so verbunden sehen.

In Deutschland ist der Richterbund ein Bund von »Richtern und Staatsanwälten«, der Vorsitzende des Richterbundes, einer unserer Referenten, im Beruf Oberstaatsanwalt. In allen anderen Richtervereinigungen paaren sich Staatsanwälte und Richter in gleicher Weise. *Claus Roxin*, ein Strafrechtslehrer, konstatiert die »Gerichtsnähe der Staatsanwaltschaft« als einen »bewährte(n) Bestandteil der deutschen Rechtskultur« (DRiZ 1997, S. 109). *Klaus F. Röhl* bezeichnet die Gerichtsnähe der Staatsanwaltschaft hingegen als »heilige Kuh« und sieht die Unabhängigkeitsforderung für beide Institutionen durchaus differenzierter (JZ 2002, S. 838 ff.) Aber wie auch immer man das Verhältnis beider Institutionen bewerten mag, kann man durchaus dafür eintreten, der Staatsanwaltschaft und auch den Staatsanwälten eine größere Weisungsfreiheit zuzubilligen. Staatsanwaltschaften und Gerichte benötigen im Interesse der Rechtsstaatlichkeit jeweils einen eigenen Zuwachs an Unabhängigkeit, der in der institutionellen Ausgestaltung ganz anders aussehen kann und keineswegs die Befürchtung eines Schulterschlusseffektes von Richter und Staatsanwalt durch gemeinsame Selbstverwaltung zur Folge haben muss.

### *4. Hoffnungen auf Stärkung richterlicher Selbstverantwortung und Selbstkontrolle als Regulativ umfassender Unabhängigkeit*

Ein Mehr an Unabhängigkeit für die Dritte Gewalt wird von manchen als unerträglicher, weil kaum zu kontrollierender und demokratisch fragwürdiger Machtzuwachs angesehen. Ist ein möglicher Machtzuwachs, der durch mehr Unabhängigkeit entstehen könnte, durch verfassungsrechtliche, berufsständische und dienstaufsichtsrechtliche Selbstregulierungen kontrollierbar? Dieser Befürchtung wird in Richterverbänden mit dem Hinweis auf den Ausbau einer eigenständigen richterlichen Ethik – im Sinne normativer Codices – begegnet. Hierzu laufen auch in der internationalen Diskussion intensive Debatten, die sich in »Ethikrunden«, »Ethikkommissionen« und Grundsatzpapieren zu »Standards richterlicher Ethik« niederschlagen. In den Ländern des Common Law wird die Debatte zu den Standards einer Kodifizierung intensiver geführt als in positivistischer orientierten kontinentalen Rechtsordnungen. Auch im Bereich der ehemaligen Ostblockstaaten wird diese Debatte geführt.

Entsprechend deutlich in der Ablehnung einer derartigen Reglementierung richterlicher Tätigkeiten ist die Debatte in Deutschland. Die einen sehen darin neben der

dienstrichterlichen und disziplinaren Kontrolle eine weitere Intensivierung der Einschränkung richterlicher Unabhängigkeit. Andere halten angesichts der normativen Konturen des deutschen Richtergesetzes und anderer normativer Kataloge sowie angesichts einer als selbstverständlich angesehenen richterlichen Zurückhaltung in allen öffentlichkeitsrelevanten Bereichen den Erlass von Codices schlicht für überflüssig. Vielleicht ist ein wichtiges Produkt umfassender Unabhängigkeit in institutioneller, sachlicher und persönlicher Hinsicht ein sich selbst entwickelnder Zugewinn an Selbstverantwortung und Selbstkontrolle. Auch das ist eine Hoffnung, die durch die anstehenden Referate und die Debatte konkretisiert werden kann.

##### *5. Hoffnung auf ausländische Impulse aus den Erfahrungen größerer Unabhängigkeit der Dritten Gewalt in anderen europäischen Ländern*

Von der Handhabung und Erfahrung anderer europäischer Rechtsordnungen erwarten die Grundlagenwissenschaften des Rechts Aufschlüsse über die *Funktionen einer selbstverwalteten Justiz* für richterliche Unabhängigkeit als Garant von Freiheitssicherung und Gerechtigkeit. Wir erwarten keine Handlungsanleitungen und keine Vorbilder, aber wir können aus den ausländischen Erfahrungen, die konkrete Umsetzungsprobleme berichten werden, für die Besonderheiten unseres Justizsystems wichtige Schlüsse ziehen. Für ein Weitemachen in alten Bahnen exekutiven Zugriffs dürfte es bereits zu spät sein. Wir brauchen für eine europäische Entwicklung gemeinsamen Rechts gemeinsame Ausgangspositionen. Es gibt keinen Markt für Wahrheit und Gerechtigkeit, keinen Wettbewerb der Findungsmethoden, sondern nur gemeinsame Grundlagen für deren Suche. Die einzige wirksame Methode für Wahrheits- und Gerechtigkeitssuche einer Dritten Gewalt ist umfassende Unabhängigkeit. Insofern ist Unabhängigkeit aller nationalen Justizsysteme Voraussetzung für eine im Entstehen begriffene europäische Dritte Gewalt. Das ist nicht nur Hoffnung, sondern Forderung aus der Sicht gesellschaftlicher Grundlagenwissenschaften.