



Zeichnung: Philipp Heinisch

Die Dritte Gewalt im politischen Diskurs*

von Wolfgang Nešković

Liebe Kollegen und Kolleginnen, meine sehr verehrten Damen und Herren,

ich weiß nicht, welche Erwartungen Sie mit dem Thema des Referates verbinden. Meine politische und richterliche Biographie lässt – bei unbefangener Betrachtung – sicherlich den Schluss zu, dass ich sowohl in der „Dritten Gewalt“ als auch in der Politik Einsichten und Erfahrungen gewonnen habe, die für die Themenstellung von Nutzen sein könnten. Diese biographischen Besonderheiten werden naturgemäß nicht ohne Einfluss auf die Aussagen meines Beitrages bleiben. Zunächst scheint es aber sinnvoll, eine Eingrenzung der Begrifflichkeiten vorzunehmen.

Wenig Streit wird über Inhalt und Funktion des Begriffes „Dritte Gewalt“ herr-

schen. Ihre Funktion und Befugnisse finden sich im Grundgesetz. Ich will das nicht weiter vertiefen.

Der Begriff des „Politischen“ ist schon schwerer. Einigkeit können wir jedoch darüber erzielen, dass er den Bereich der öffentlichen wie gesellschaftlichen Entscheidungen in Abgrenzung zu privaten bezeichnet.

Doch was ist ein Diskurs? Ich möchte hier ein wenig ausführlicher werden – denn es drängen sich Fragen auf:

- Was unterscheidet ihn von einem Gespräch oder einer Diskussion?
- Was ist dann ein politischer Diskurs?
- Führt die Richterschaft überhaupt einen politischen Diskurs und mit wem führt sie ihn?
- Führt sie diesen Diskurs eher innerhalb der Justiz?
- Führt sie ihn zumindest *auch* über die Grenzen der Judikative hinaus?

Der Titel der Veranstaltung lässt sich auch noch anders aufgreifen: Denn „Die

Dritte Gewalt *im* politischen Diskurs“ kann auch bedeuten, dass es die Dritte Gewalt selbst ist, die *im* politischen Diskurs Anderer steht. Dann wäre es nicht ihr eigener Diskurs, intern oder über ihre Grenzen hinaus, sondern dann ginge es um einen Diskurs, den man *über* die Dritte Gewalt abhält. Nun ist es plötzlich die Politik, die einen Diskurs abhält, und die Judikative ist nicht Teilnehmer, sondern Gegenstand dieses Diskurses. Ich will versuchen, den Überblick herzustellen. Im Titel stecken verschiedene mögliche Diskurse; ich will lediglich Folgende ansprechen: Einen innerhalb der Politik, den der Politik mit der Judikative und den innerhalb der Judikative.

In alten Lexika findet sich für den Begriff des Diskurses die Umschreibung „erörternder Vortrag“. Im Ursprung war ein Diskurs also eine Situation, in der einer monologisiert und viele andere schweigen müssen. Neue Lexika liefern eine andere Auskunft. Sie geben wie-

* Rede für das BJ-Symposium „Justizkritik von innen und außen“ am 16.1.2010; der Vortragsstil wurde beibehalten.

der, was nach den Philosophen des 20. Jahrhunderts unter einem Diskurs zu verstehen ist. Ein Diskurs – das ist das Hin und Her, das Geben und Nehmen in einer sprachlichen Auseinandersetzung über einen bestimmten Gegenstand. Ein Diskurs ist also durch die Mehrseitigkeit und die Rückläufigkeit der Meinungsäußerungen gekennzeichnet.

Wenn wir dem Philosophen Jürgen Habermas folgen wollen, dann müssen wir aber weitere Kriterien anlegen. Erstens: Ein Diskurs ist auf ein Ziel angelegt – das Ziel lautet, das Problem, das man bespricht, auch durch eine verbindliche Entscheidung zu lösen. Zweitens: Der Diskurs unterliegt Regeln – die einfachste Regel hat schon mit dem eben genannten Ziel zu tun. Sie lautet: Die Teilnehmer des Diskurses sollen sich nicht zur Selbstbestätigung, sondern im Interesse einer Lösung in den Diskurs einbringen.

Einen entwickelten politischen Diskurs gibt es nicht

Weitere notwendige Regeln betreffen die Art und Weise des Umganges miteinander. Es lassen sich Sprechzeiten vereinbaren. Man sollte Übereinkunft über die ehrliche Anerkennung des besseren Arguments erzielen. Manipulationen, persönliche Abneigungen oder nur der schlechte Nachtschlaf haben vor der Tür zu bleiben.

Nach Habermas ergibt so ein diskursiver Umgang mit einer Problemstellung „kommunikative Rationalität“. Es sei die Kommunikation selbst, die Rationalität hervorbringt. Die Rationalität erkennen wir daran, dass sie Ergebnisse liefert, die den Interessen der Diskursteilnehmer (gemeinsam) am besten entsprechen. Das bedeutet zugleich, dass immer diejenigen einen Diskurs zu führen berechtigt sind, die von dessen verbindlichem Ergebnis auch betroffen wären. Dieses Verständnis des Begriffes Diskurs stellt ein hohes Ideal dar. Doch das waren auch die bürgerliche Freiheiten, die repräsentative Demokratie, die Unabhängigkeit der Justiz, die Freiheit des parlamentarischen Mandats.

Es waren immer die hohen Ideale von gestern, die zu der Realität des Heute

geführt haben. Anders gesagt: Wenn wir die Hoffnung aufgeben, dem Ideal zu folgen, dann büßen wir den Weg in die Zukunft ein.

Vor dem Hintergrund des geschilderten Diskursideals gilt: Einen entwickelten politischen Diskurs gibt es nicht – weder innerhalb der Politik, noch zwischen der Politik und der Dritten Gewalt, noch innerhalb der Dritten Gewalt. Für eine Entwicklung hin zu „mehr Diskurs“ müssten sich entscheidende Grundbedingungen ändern:

Alle Diskurse müssten die Menschen stärker einbinden, die von ihren Ergebnissen betroffen sind. Denn die beschriebenen Formen des Diskurses sind schließlich kein Selbstzweck. Das Parlament diskutiert Gesetzesvorlagen nicht als intellektuelle Trockenübung. Vielmehr schaffen die Parlamentarier rechtliche Rahmenbedingungen für das Zusammenleben der Menschen. Die Exekutive trifft Entscheidungen nicht, um ihre Gesetzeskenntnisse unter Beweis zu stellen, sondern um die Lebensverhältnisse zu gestalten. Die Justiz richtet nicht für sich. Sie schreibt auch keine Urteile für die Selbstbeweihräucherung in Zeitschriften und die Karriere der beteiligten Richter, sondern sie richtet über reale, nicht über fiktive Rechtsverhältnisse. Alle Gewalten führen ihre unentwickelten Diskurse zum Zwecke verbindlicher Ergebnisse für das Leben der Rechtsunterworfenen. Das debattierende Parlament, die Abteilung einer Behörde im jour fixe und das sich beratende Richterinnen- und Richterkollegium erfüllen also einen Diskussions- und Entscheidungsauftrag im Interesse der Menschen.

Die Grundlagen hierfür ergeben sich aus dem Grundgesetz: Danach stammt die Legitimität zur Interessenregelung aus dem Volke und schafft so auch die exekutiven und legislativen Befugnisse zur Besetzung der dritten Gewalt. Die Macht und die Legitimation zum Diskurs kommen also anfänglich von denen, die von den Diskursergebnissen am Ende auch betroffen sind.

Doch zwischen Anfang und Ende liegt der lange Weg der abgeleiteten und immer wieder abgeleiteten Macht. In der repräsentativen Demokratie wird der

politische Diskurs also nicht von den politisch Betroffenen geführt, sondern von den dazu Legitimierten. Die Adressaten des Diskurses sind nicht dessen Teilnehmer. Das offenbart den ersten entscheidenden Mangel vor dem Hintergrund der geschilderten Diskursutopie. Der zweite, sehr viel leichter abzuhelfende Mangel betrifft die Bedingungen, unter denen man innerhalb und zwischen den Gewalten die Diskurse führt.

Der Bundestag als Abnickmaschine der Regierung

Folgt man dem roten Faden der Macht durch das Grundgesetz, führt er zuerst zum unterwickelten Binnendiskurs des Parlaments: Der Deutsche Bundestag diskutiert nicht, er simuliert eine Diskussion. Er simuliert diese Diskussion, damit die Öffentlichkeit und die Medien den Eindruck erhalten, dass sich die Parlamentarier über Fragen, die das Leben der Menschen betreffen, tatsächlich auseinandersetzen. In Wahrheit ist der Bundestag eine Abnickmaschine für die Gesetzesvorlagen der Regierung. Man kann sagen, die vom Parlament abgeleitete Macht des obersten Exekutivorgans kehrt zu diesem als seine eigene Lähmung zurück. Der mächtigste Diskursteilnehmer im Binnendiskurs des Deutschen Bundestages gehört diesem gar nicht an: Die Regierung.

Ihre Ministerien geben den Parlamentariern eine riesige Zahl an Gesetzesvorhaben auf den Tisch. In ihrer Gänze können sie weder aufmerksam gelesen, noch sorgsam bewertet, noch sachlich angemessen diskutiert werden. Eben das wären aber die logischen Voraussetzungen für die Vorbereitung eines Diskursteilnehmers im Plenum. Den Abgeordneten stehen weder der Personalapparat noch die finanziellen Mittel bereit, um die Arbeitspotenz der Regierung durch eigene Bemühungen wett zu machen.

Dieses Missverhältnis bringt die Rollenverteilung zwischen Regierungs- und Oppositionsfractionen hervor. Der Abgeordnete einer Oppositionsfraction muss eine Auswahl treffen, mit welchen Einzelproblemen welches Gesetzesvorhabens er sich detailliert befassen will.

Nur so gelingt es, eigene Diskursfähigkeit zumindest zu Teilen der Regierungsvorlagen herzustellen. Doch der Diskurs erfordert Diskurs-Partner im Lager der Regierungsfractionen.

Einen Diskurs kann es nur geben, wenn auch dort Menschen bereit sind, sich von der Kraft der Argumente überzeugen zu lassen. Die gibt es selten und sie hören noch seltener zu.

Das betrifft erneut die natürliche Rollenverteilung: Ein Abgeordneter einer Regierungsfraction ist nicht darauf angewiesen, die Vorlagen der Regierung zu lesen, zu bewerten und zu diskutieren. Es kommt auch in der Regel wenig Ärger über die Unmöglichkeit eines solchen Unterfangens auf. Denn die Rolle der Regierungsfractionen ist es, der Arbeit der Regierungsministerien ihre Zustimmung zu geben. Dazu müssen sie die Regierungsvorlagen nur so gut nachvollziehen, wie sie ihnen die Ministerien begründet haben. Der Mensch braucht aber viel mehr geistige Kapazität, eine Begründung sinnvoll anzuzweifeln, als sie sinnlos nachzuplappern. Zwischen unzureichend ausgestatteten Zweiflern und unzureichend ausgestatteten Nachplapperern kann es in aller Regel keinen sinnvollen Diskurs geben.

Zweifler versus Nachplapperer

So arbeitet der Deutsche Bundestag. So wirkt der Deutsche Bundestag auch auf die Arbeit der dritten Gewalt ein. So entstehen die jährlichen Haushaltspläne der Justiz, die den Gerichten die Arbeit erschweren, weil nicht genügend Haushaltsmittel insbesondere für eine ausreichende Personalausstattung zur Verfügung gestellt werden. So ignoriert man die Ratschläge der Richterinnen und Richter zu laufenden Gesetzesvorhaben. So entstehen verfassungswidrige Gesetze, deren Verfassungswidrigkeit schon im Plenum bekannt war und die dennoch verabschiedet wurden. So entstehen lückenhafte und widersprüchliche Gesetzesvorschriften, deren Nachbearbeitung durch Auslegung und Fortentwicklung den Richterinnen und Richtern die wertvolle Zeit rauben. So werden Richter für die Fehlentscheidungen des Parla-

mentes gescholten, die ihre Ursache in ausgebliebenen Diskursen im Parlament haben.

Für das Parlament lässt sich sagen, dass ein in der Regel breit inszenierter Binnendiskurs in Wahrheit ohne Tiefe bleibt. Für die Justiz ist es vielleicht gerade umgekehrt. Ihr Binnendiskurs bleibt der Öffentlichkeit in der Regel verborgen und ist doch nicht selten von erheblicher Tiefe.

Als Richter habe ich die Erfahrung machen dürfen, dass in den Kollegien trotz fehlender Zeit, trotz – oder gerade wegen der mitunter stark abweichenden Auffassungen ernsthaft und gewissenhaft gestritten werden kann. Doch auch diesem Diskurs fehlen die Rahmenbedingungen, unter denen er sich überhaupt erst zum Nutzen der Menschen voll entfalten könnte. Die Gerichte leiden unter Personalmangel. Die Sachausstattung ist dürftig. Der Erledigungsdruck ist zu hoch. Der richterliche Erledigungsautomat ist so ein schlechter Diskursteilnehmer im Ringen um Sach- und Rechtsbewältigung. Denn die Mutter der Wahrheit und der Gerechtigkeit ist die Zeit.

Den Richtern Zeit zu verschaffen, heißt ihren Binnendiskurs zu beleben. Wer den Gerichten Zeit verschafft, der sorgt auch für die Ausweitung eines Quasi-Diskurses mit den Bürgerinnen und Bürgern. Denn ein Richter, der Zeit hat, blickt aufmerksamer in seine Akten, schaut mit mehr Empathie in die Gesichter der Menschen vor der Richterbank und gibt den Beteiligten „rechtliches Gehör“, das seinen Namen verdient. Es ist die Prozessordnung, die den Rahmen und die Erfordernisse für den Diskurs des Richters mit dem Bürger setzt. Doch das umfangreiche Anhören und Ermitteln, dass sie beschreibt, bleibt unerfülltes Ideal auf der Grundlage der Haushaltspläne der Landtage und des Bundestages.

Wir blicken hier auf eine bedauerliche Diskursverhinderung durch alle Gewalten: Der Diskurs mit dem Bürger, dem schließlich alle Diskurse dienen sollen, wird der Judikative erschwert, weil die Exekutive der Legislative Haushaltspläne vorlegt, die diese ohne Diskurs beschließt.

Doch eine Belebung des politischen Diskurses innerhalb der Judikative erfordert

noch weit mehr, als eine Verbesserung der Haushaltssituation. Nötig ist dazu auch, dass sich die Richterinnen und Richter überhaupt bewusst machen, dass ihre Rechtsentscheidungen immer auch politische Entscheidungen sind. Nur wenn sich die Diskursteilnehmer dieses Umstandes auch bewusst sind, kann es einen fruchtbaren Binnendiskurs der Judikative geben.

In der Richterschaft gibt es hierzu jedoch noch kein entsprechend ausgeprägtes Bewusstsein. Dies, obwohl ein Gesetz unstreitig einen politischen Willensakt darstellt. Damit ist die Rechtsanwendung notwendigerweise auch von politischer Natur, nicht jedoch zwangsläufig von parteipolitischer Natur.

Rechtsanwendung ist notwendig politischer Natur

Mit seiner Rechtsanwendung transportiert der Richter politische Entscheidungen und ist so selbst politisch tätig. Doch auch subjektiv ist das Richten ein politischer, wenn auch zumeist unbewusster politischer Akt. Denn wenn ein Gesetz angewendet und ausgelegt wird, muss es durch den Kopf des Menschen, der darüber befindet. Gesetz und Exekutivmaßnahme durchlaufen so die ganze innere Welt der persönlichen politischen Auffassungen und der sozialen Prägungen des Rechtsfinders, bevor sie als konkret individuelles Rechtsverständnis in eine jeweilige Entscheidung einfließen. Es ist fast unmöglich, ein Gesetz auszulegen, ohne dazu auch auf das politische Vorverständnis des Rechtsanwenders zurückzugreifen. Es ist völlig undenkbar, ein Gesetz fortzuentwickeln, ohne dabei auch eigene politische Vorstellungen einzubringen.

Ein Vorlagebeschluss nach Artikel 100 des Grundgesetzes ist auch das Ergebnis individueller politischer Auffassung. Denn auch die Verfassung als Grenze und Rahmen des Rechtes wird über das politische Vorverständnis des Rechtsanwenders wahrgenommen und interpretiert. Wenn das Verfassungsgericht von einer ständigen Rechtsprechung abweicht, ist es wieder das po-

litische Vorverständnis in den Köpfen der Senatsmitglieder, das die geänderte Rechtsauffassung maßgeblich prägt.

Die politische Gestaltungsmacht der Richterschaft umfasst die gesamte Hierarchie der Gerichte, von den Amtsgerichten hin bis zu den Bundesgerichten. Sie erstreckt sich von der Rechtsauslegung in einem kleinen Mietrechtsfall bis zu der Deutungshoheit des Bundesverfassungsgerichts über den Text des Grundgesetzes. Jeden Tag machen Richterinnen und Richter Politik – doch sie verschließen sich zumeist standhaft der Erkenntnis, dass sie es tun. Die Richterschaft schweigt nach innen und nach außen über ihre politische Macht. Sie diskursiert nur ganz selten über die angemessene Handhabung dieser Macht.

Eine solche Auseinandersetzung würde eine institutionalisierte Metaebene über dem Berufsalltag benötigen, auf der die Richterinnen und Richter regelmäßig und umfassend ihre eigene Arbeit und deren politische Bezüge reflektieren. Bisher gibt es in der Richterschaft allenfalls erste Puzzlesteine einer solchen diskursiven Metaebene.

An erster Stelle ist hier die Zeitschrift „Betrifft JUSTIZ“ zu nennen. Denn sie ist begründet worden, um über all das zu diskutieren, wofür im richterlichen Arbeitsalltag kaum Zeit und Raum ist. Auch der Richterrat verfolgt das Ziel eines solchen Diskurses innerhalb der Justiz. Einmal jährlich und damit selten genug kommt er zusammen, um im persönlichen Kontakt diesen Austausch zu fördern und zu vertiefen. Diese Anfänge einer Metaebene des Diskurses beweisen, dass es ein Bedürfnis der Richterschaft gibt, die eigene Arbeit auch politisch zu begreifen und zu hinterfragen, gleichsam das Schweigen über die eigene politische Rolle zu brechen.

Doch dieses Schweigen wird eben auch durch die Hierarchien befördert, die seit Bismarck weitgehend unverändert bestehen. Ein Richter, der seine politische Gestaltungsmacht nicht leugnet und sogar öffentlich benennt, macht sich unschicklich für ein höheres Amt. Beförderungen stehen und fallen auch mit einer zur Schau getragenen Leugnung politischer Machtausübung.

Einen politischen Diskurs innerhalb der Richterschaft wird es daher nur dann geben, wenn die Richterinnen und Richter diesen Diskurs auch unbefangen führen können. Das erfordert zweierlei: Zum einen die Enthierarchisierung der Justiz (Selbstverwaltung) und damit die Emanzipation der Judikative von den Justizministerien und dem exekutiven Verständnis von Schicklich und Unschicklich. Zum anderen eine wesentlich erhöhte demokratische Legitimität der Richterinnen und Richter für einen echten politischen Diskurs. Anzustreben wäre dafür eine stärkere Bindung und Rückkopplung an den Souverän, als Zweck und Ursprung aller politischen Diskurse.

Vorstellbar wäre hier eine unmittelbar stärkere Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger an der Richterwahl. Zu denken wäre auch an die Schaffung von Institutionen, die den Bürgerinnen und Bürgern mehr Möglichkeiten einräumen, in unmittelbarem Austausch mit der Richterschaft über ihre Arbeit zu treten. Tage der offenen Tür sowie „Kundenbefragungen“ in den Gerichten stellen erste zaghafte Schritte in diese Richtung dar.

Dunkel bleibt der Diskurs von Legislative und Judikative

Alle bis hierhin untersuchten Diskurse waren schwer auffindbar. Der verbleibende Diskurs – der Diskurs zwischen Judikative und Politik – ist demgegenüber geradezu unsichtbar. Der rote Faden des Grundgesetzes führt hier nicht weiter. Die institutionellen Kontakte eines Justizministers zu „seiner“ Richterschaft beschränken sich im Regelfall auf deren Ernennung für das Eingangsamt und die Beförderungen. Ein gutwilliger Minister wird darüber hinaus mit den Berufsverbänden und informell mit einigen Richtern (meist den Gerichtspräsidenten) den Kontakt suchen, um sich über deren Kritik und Wünsche zu informieren. Ein formales Diskurs-Verfahren mit Rechten und Pflichten für beide Seiten existiert jedoch nicht.

Dunkel bleibt auch der Diskurs zwischen Judikative und Legislative. Ohne dazu verpflichtet zu sein, laden Parlaments-

Ausschüsse gelegentlich auch Richterinnen und Richter als Sachverständige zu den Ausschussberatungen. Doch deren diskursiver Beitrag scheitert dort an der fehlenden Diskursbereitschaft der Legislative. Er endet in den Aktenregalen der Legislative.

Hin und wieder stören Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes oder der Obergerichte die Ruhe der parlamentarischen Diskursverweigerung. Die Ruhe und die Verfassungsmäßigkeit sind dann regelmäßig wieder hergestellt, wenn der Gesetzgeber ministerielle Ausarbeitungen ohne parlamentarischen Diskurs zum Gesetz macht. Ehrliche, offene und ergebnisbemühte Auseinandersetzungen über die Rolle der Justiz im politischen System werden zwischen Richterschaft und Politik praktisch nicht ausgetragen. Man sagt sich allenfalls auf Fachtagungen kräftig die Meinung und kehrt dann ergebnislos in die jeweilige eigene Gewalt zurück.

Nicht nur die Dritte Gewalt, sondern das gesamte politische System lassen entwickelte politische Diskurse vermissen. Dieser Zustand darf nicht akzeptiert werden. Denn nur aus der diskursiven Auseinandersetzung über Missstände, Mängel, Wünschens- und Erstrebenswertes kann sich eine Gesellschaft weiter entwickeln. Die Überlebensfähigkeit eines gesellschaftlichen Systems wurzelt immer auch in seiner Fähigkeit zur Veränderung, zur Selbstkorrektur und zur Anpassung. Es sind die politischen Diskurse, die diese Fähigkeit bedingen. Es wäre die richtige Politik, sie zu verlangen und zu befördern.

Der Autor:



Wolfgang Nešković ist Vorsitzender des Wahlausschusses für die Bundesverfassungsrichter. Der ehemalige Bundesrichter ist Mitbegründer und Vorstandsmitglied des Instituts Solidarische Moderne.