

Schlusswort – Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden *pouvoir neutre*

Karl Doebring

Noch mit einigen Worten möchte ich zum Thema, das uns heute hier beschäftigt, etwas beitragen. Die Anregung, das System der Gewaltenteilung näher zu überdenken, kam von Ernst Forsthoff im Jahre 1950, als er seine Lehrtätigkeit wieder aufnahm. Das Grundgesetz war gerade in Kraft getreten und alle fragten sich, wie es funktionieren würde. Die Weimarer Verfassung war gescheitert, nicht zuletzt, weil die verfassten Gewalten nicht mehr koordinierbar waren. Der Reichspräsident, zum Staatsstreich aufgefordert, wollte dennoch am nichtfunktionierenden demokratischen System festhalten. Das Ermächtigungsgesetz beseitigte dann die Gewaltenteilung vollständig. Forsthoff meinte, sie könne wohl auch nur dann ihre Funktion erfüllen, wenn es eine Instanz gebe, die dann, wenn die aktiven politischen Gewalten im Kampf um ihre Machterhaltung dazu neigten, diese mit Vorrang vor dem Gemeinwohl zu verteidigen, überwachend und solchen Machtmissbrauch bändigend eingreife. Die Bedeutung einer vierten, den Machtmissbrauch der politischen Kräfte bändigenden Gewalt, war von Benjamin Constant schon im frühen 19. Jahrhundert dargelegt worden, und sie ist bis heute aktuell, insbesondere, wenn man die reale Einwirkung der politischen Parteien auf die Kompetenzinhaber berücksichtigt.

Angesichts der Lage, in der es entstand, erhielt das Grundgesetz seine Gestaltung weitgehend aus negativer Sicht. Es ging nicht so sehr um die Frage, wie soll erfolgreich regiert werden, sondern darum, wie man den Missbrauch der Regierungsmacht verhindern könne. Das war das Erbe Hitlers. Das Mittelmaß zwischen Thomas Hobbes (*homo homini lupus*) und Jean Jacques Rousseau (*contract social* der Gutmenschen) sollte gefunden werden, und das durch Einkalkulierung menschlicher Schwächen und Unvollkommenheiten. Es ging also nicht so sehr um eine schöpferische Konzeption, sondern eher um ein Verhinderungskonzept. Wie sollte Diktatur verhindert werden? Wie sollte Regierungsstabilität erreicht werden? Wie sollte ein Regierungssturz verhindert werden? Wie sollten Extremisten gebändigt werden? Wie sollten Demokratie und Rechtsstaat unabänderbar gemacht werden? Das waren die Grundfragen bei Erlass des Grundgesetzes. So wurden auch die Grundrechte an den Anfang der Verfassung gestellt, obwohl man erwarten sollte, dass eine Verfassung zunächst das Regierungskonzept darlegt und dann erst ihre Begrenzung durch den Grundrechtsschutz normiert. Auch die Gewaltenteilung sollte nun narrensicher konstituiert werden. Hier nun setzte die Suche nach einer vierten Gewalt als *pouvoir neutre et modérateur* über allen Spannungen der aktiven politischen Gewalten ein.

ZaöRV 69 (2009), 311-315

Nachdem Reichspräsident von Hindenburg in späteren Jahren dafür geistig verprügelt wurde, dass er demokratisch die Demokratie hatte schützen wollen, erschien uns nun die neu erfundene Verfassungsgerichtsbarkeit diese vierte Gewalt zu sein. Einen Monarchen oder Diktator sollte es nicht mehr geben. Aber auch wer die Omnipotenz der Parlamentsmehrheit als unbegrenzt ansieht, bedarf dieser vierten Gewalt nicht. Die Notwendigkeit einer neutralen Gewalt besteht also nur, wenn nicht alle Staatsgewalt in einer Instanz wurzelt. Nun sagt aber doch das Grundgesetz, alle Staatsgewalt gehe vom Volke aus. Richtig hat Dolf Sternberger schon frühzeitig gefragt, ob das wirklich stimme.

Ist nun dieses Volk, von dem alle Staatsgewalt ausgehen soll, das Parlament als *pouvoir constitué* im Sinne der Repräsentation? Das kann wohl nicht sein, denn das Parlament ist vorgebunden an die Verfassung, und seine Omnipotenz wird durch die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts beschränkt. So ist das Parlament eben nicht Inhaber aller Staatsgewalt. Ist das Volk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht, nun der *pouvoir constituant* und also die verfassungsgebende Gewalt? Das klingt schlüssig, denn von ihm, dem Verfassungsgeber, geht *ab origine* alle Bindung aus. Allerdings ist der Verfassungsgeber ohne Verfassungsänderung nicht reaktivierbar, und diese wäre dazu noch an Unabänderbarkeiten gebunden. Nur eine Revolution könnte einen völlig freien Verfassungsgeber aktivieren. Aber gäbe es eine Verfassungsbestimmung, die sagt, dass Revolution erlaubt sei, höbe sich die Verfassung selbst auf. Eine Verfassung, in der steht, Revolution sei verboten, wäre lächerlich.

In dieser Begrenztheit des verfassten Volkes liegt der Grund für die Suche nach einer vierten Gewalt, deren Aufgabe es wäre, die Bindung des *pouvoir constitué* an den *pouvoir constituant* zu garantieren. Man meinte, diese im Staatsoberhaupt zu finden, wie man das für die Weimarer Reichsverfassung sich wohl auch so gedacht hatte. Aber in der Furcht vor Diktatur belieh man ein Gericht mit dieser Aufgabe, das Bundesverfassungsgericht. Es entspricht zwar nicht völlig, aber doch im Wesentlichen dem Bild des Benjamin Constant.

Das Bundesverfassungsgericht leitet seine Macht direkt aus der Verfassung und also vom Verfassungsgeber ab, und anders könnte es auch die verfasste Gewalt nicht kontrollieren. Doch die Mitglieder dieses Gerichts sind wiederum von der verfassten Gewalt gewählt. Hierin aber nun liegt ein meines Erachtens nicht zu überbrückender Widerspruch. Auch die Regierung wird durch das Parlament gewählt, aber ihre Abberufung erfolgt auch durch das Parlament, und dieses System folgt dem Grundsatz des *responsible government*. Nur das Bundesverfassungsgericht unterliegt nicht diesem Grundsatz. Ohne Antrag des Gerichts selbst ist kein Richter absetzbar. Er wäre sonst, wie im Räte-System der Kommunisten, nicht unabhängig. Aber der Kontrolleur der politischen Staatsgewalten sollte nicht von diesen kontrolliert werden. Der *pouvoir neutre* gehört nicht zum *responsible government*. Er verlöre sonst seine Bedeutung. Daher habe ich es immer für sinnwidrig gehalten, dass die politischen Gewalten die Bewahrer und Bewacher des Rechtsstaates ernennen. Folgerichtiger wäre es doch, sie durch eine Instanz zu inthronisieren, die wiederum durch den Verfassungsgeber selbst den Auftrag zur Rechtswahrung erhalten hat. Das wäre die Justiz, die Anwaltschaft als Gehilfe der Justiz

und die juristische Wissenschaft in ihrer durch die Verfassung garantierten Unabhängigkeit. Dieses Konzept wäre natürlich nur dann folgerichtig, wenn man der Justiz eben keinen politischen *judicial activism* zubilligt. Anders nämlich wäre das Bild vom *pouvoir neutre* wieder zerstört.

Das derzeitige System der Richterernennung lässt Bedenken aufkommen, ob das Bundesverfassungsgericht wirklich "*neutre*" ist. Immer wieder ist es befremdlich und mehr als bedenklich, wenn Politiker nicht als erstes fragen, ob ein Gesetzesvorhaben oder eine Regierungsaktion der Verfassung entspreche, sondern im Vordergrund steht immer die Frage, ob man mit einem Vorhaben wohl bei dem Verfassungsgericht "durchkomme", insbesondere in seiner derzeitigen Besetzung, die doch von politischer Wahl abhängt. So könnte auch ein Fall zögerlich behandelt werden, weil man auf eine andere Besetzung des Gerichts wartet. Hoffentlich hält nicht eines Tages auch ein moderner Deal Einzug in das Gericht. So wäre es wünschenswert, wenn es eine Instanz gäbe, die dann, wenn die aktiven politischen Gewalten im Kampf um ihre Machterhaltung dazu neigen, diese mit Vorrang vor dem Gemeinwohl zu verteidigen, eventuell auch unter Überschreitung der von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen, hier eingreifen könnten. Die Bedeutung einer vierten, den Machtmissbrauch der politischen Kräfte bändigenden Gewalt, liegt eben in dieser "entpolitisierten" Funktion.

Ein kurzes Wort sei auch dem Begriff der Neutralität des Beamtentums gewidmet, die dem überkommenen Bild des Berufsbeamtentums entspricht. Auch unter der konstitutionellen Monarchie, in der Constant den Monarchen als den *pouvoir neutre* ansah, fühlte sich der Beamte in erster Linie diesem Monarchen verpflichtet und also auch zur Neutralität. Das hat sich dann profoundly geändert. In unserer Demokratie haben wir evident den sogenannten politischen Beamten an der Spitze der Verwaltung. In der Parteiendemokratie wird der politisch Tätige ausgewechselt. Seine Macht strahlt nach unten aus. Der Beamte muss nach oben schießen, vielleicht auch rechtzeitig die Partei wechseln. Daran ändert auch nichts der Grundsatz, dass der Beamte sich bei politischer Betätigung zurückhalten soll. Für die Bundeswehr gilt Ähnliches. Seit man den "Bürger in Uniform" erfunden hat, geht man offenbar davon aus, dass dieser uniformierte Bürger sich nicht mehr parteilos und also neutral empfinden müsse. Der Bürger ist gehalten und es wird von ihm erwartet, dass er sich politisch engagiert. Der Soldat soll das gerade nicht, denn er verlöre dann seine Funktion als Diener des Staates in seiner Gesamtheit. Regierungen kommen und gehen und Parlamente auch. Was ist auch das sogenannte "Parlamentsheer"? In einer durchaus vorstellbaren Situation könnte das Parlament gar nicht mehr entscheidungsfähig sein, aber der zu verteidigende Staat bleibt immer der gleiche, und ihm hat das Heer zu dienen.

Noch einiges sei gesagt zum internationalen Recht. In den Vereinten Nationen sucht man den *pouvoir neutre* vergebens. Zum einen haben wir dort keine obligatorische Gerichtsbarkeit, die diese Funktion ausüben könnte, zum anderen ist der Sicherheitsrat, auch wenn man ihn als Weltregierung oder gar als Weltmonarchen ansehen wollte, ein politisches Gremium, bei dem schon das Vetorecht jede Neutralität vernichtet. Auch kann der Sicherheitsrat mangels Parteifähigkeit nicht der

Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs unterworfen werden, bestenfalls kann das mittelbar geschehen, wenn ein Staat im Staatenstreit sich auf eine Resolution beruft und die andere Streitpartei sie als rechtswidrig ansieht. An dieser Lage ändert auch nichts der nun viel gebrauchte Terminus der Konstitutionalisierung.

Nur dort, wo verfassungsähnliche Systeme entstanden sind, bietet sich die Frage nach einem *pouvoir neutre* an. Für die Europäische Union scheint das Bild dennoch nicht recht zu passen. Die Gewaltenteilung scheint zwar vorhanden, aber es fehlt das *responsible government*, d. h. die Möglichkeit der Auswechslung einer ungeliebten Regierung durch das Parlament. Bei Organstreitigkeiten könnte der Europäische Gerichtshof vielleicht die Position eines *pouvoir neutre* einnehmen. Doch bei Streitigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten ist es schwer, sich das Gericht als wahrhaft neutral vorzustellen. Alle Organe der Union und also auch der Gerichtshof sind an die Ziele der Europaverträge gebunden. Unmissverständlich erklären diese Verträge als Vertragszweck eine fortschreitende und immer engere Zusammenarbeit der Staaten. Daran kann auch das Subsidiaritätsprinzip letztlich nichts ändern, sondern ist auch diesem Vertragszweck anzupassen. Der Gerichtshof soll zwar nicht Motor der Integration sein, aber er kann sich doch dem Gebot nicht entziehen, den Vertragszweck einer immer engeren Zusammenarbeit zu berücksichtigen. Kann so der Gerichtshof wirklich parteilos sein?

Etwas anders sieht es bei dem Gerichtshof der Menschenrechtskonvention aus. Seine obligatorische Zuständigkeit soll unparteiisch das Individuum schützen. Im Streit eines Individuums gegen einen Mitgliedstaat soll der Gerichtshof die Konvention anwenden und zwar ohne Rücksicht auf politisch divergierende Auffassungen. Ob das immer gelingt, mag zweifelhaft sein, aber es bleibt das Ziel. Gefahren für die Neutralität aus dieser Richtung drohen in ähnlicher Weise, wie das beim Bundesverfassungsgericht der Fall ist. Eine Parallele bietet sich an. Für beide Gerichte gilt die Warnung vor einem rechtspolitischen *judicial activism*.

Gestatten Sie mir noch einige ganz persönliche Bemerkungen. Zum fünften Male haben meine Habilitanden, die mir zu engen Freunden wurden, eine solche Veranstaltung durchgeführt. Zu meinem Lebenslauf ist nichts mehr zu sagen, er ist publiziert.

Es bleibt mir nur noch ein tief empfundener Dank.

Mein erster Dank gilt meiner Frau. Ohne sie, die trotz vieler Erfolge in ihrem Beruf als Ärztin dann auf vieles verzichtet hat, hätte ich den Übergang von nahezu zwölf Jahren Landknechtsleben zu einem wissenschaftlichen Beruf nicht vollziehen können. Sie hat mir nach langen Kriegsjahren in großer Liebe und Aufopferung den Weg in die Wissenschaft geebnet. Mein nächster Dank gilt denen, die sich meiner wissenschaftlichen Betreuung anvertraut haben. Das sind meine sechs Habilitanden, aber auch die vielen Doktoranden, denen ich helfen konnte. Ich bin stolz darauf, dass ich mich bei meinen habilitierten Freunden weder menschlich noch wissenschaftlich kein einziges Mal geirrt habe. Ihre großartigen Lebenswege zeigen das.

Danken will ich allen, die meine Arbeit in der Fakultät, in der Max-Planck-Gesellschaft und in den Gesellschaften des Staats- und Völkerrechts so freundlich begleitet haben. Das gilt auch und ganz besonders für alle diejenigen, ohne deren technische Unterstützung hier im Institut und in der Fakultät ich nicht hätte arbeiten können.

Wenn ich an den Gesamterfolg meiner Tätigkeit in Forschung und Lehre denke, werde ich bescheiden. Es kommt mir eine Anekdote meiner ostpreußischen Vorfahren in Erinnerung. Auf die Frage des einen, was denn der Pfarrer in der Kirche gepredigt habe, antwortet der andere, er sprach über die Sünde. Die nächste Frage lautete: Was sagte er denn über die Sünde? Nach einigem Nachdenken war die Antwort des anderen: Er war dagegen. Wenn sich zwei Heidelberger Studenten später einmal treffen, könnte die Frage lauten: Worüber hat der Doebling denn in der Vorlesung gesprochen? Und die Antwort wäre vielleicht: Über die Ungerechtigkeit. Und was hat er darüber gesagt, könnte gefragt werden. Er war dagegen. Mit dieser Unterhaltung wäre ich zufrieden. Meine Frau hat mich oft gemahnt, ich sollte nicht so negativ sein. So könnte die Antwort des Studenten auch lauten, er hat über die Gerechtigkeit gesprochen und er war dafür.

Wenn ich, in einigen Fällen, meine Auffassung vor Gericht durchsetzen wollte, bin ich fast immer gescheitert. Aber, mit Edith Piaf, sage ich einmal mehr: "*Je ne regrette rien.*" Und jedem von Ihnen, die Sie hier vor mir sitzen, sage ich ganz persönlich: "*Adios amigo*, schön war die Zeit."

ZaöRV 69 (2009)