

Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung des
Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
zu den BT-Drucksachen 16/9628 und 16/9927
am 15. Juni 2009, 14 Uhr

I. Ist es verfassungsrechtlich geboten, dass die Richter des Bundesverfassungsgerichts durch das Plenum des Bundestages gewählt werden?

Die Frage, ob die indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter durch den Wahlausschuss, wie sie in § 6 BVerfGG derzeit vorgesehen ist, verfassungsgemäß ist, ist seit den 1950er Jahren umstritten.

Der Wortlaut des Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG legt mit seiner wenig detaillierten Formulierung zunächst einmal nahe, dass dem Gesetzgeber im Bezug auf Mehrheit und auch Ausgestaltung des Wahlverfahrens ein weiter Ermessensspielraum zukommen soll. In systematischer Hinsicht macht ein Blick in die Art. 28 Abs. 1 Satz 2 sowie Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG deutlich, dass dort ausdrücklich von einer Unmittelbarkeit der Wahlen gesprochen wird, in Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG hingegen nicht. Auch wenn dieses systematische Argument ein wenig von seiner Überzeugungskraft dadurch verliert, dass die verglichenen Normen bei genauer Betrachtung einerseits die Wahl von Verfassungsorganen durch das Volk und andererseits die Wahl durch ein Verfassungsorgan regeln, so stärkt es doch die Schlussfolgerung, dass eine mittelbare Wahl vom Wortlaut her nicht ausgeschlossen sein kann.

Das neuerdings verstärkt vorgebrachte systematische Argument, wenn das Grundgesetz vom Bundestag spreche, meine es immer nur das Plenum der Abgeordneten, da es ansons-

ten die Worte „Bundestag und seine Ausschüsse“ verwende (Art. 42 Abs. 3, 43 Abs. 1 und 2, 46 Abs. 1 GG), vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Denn die Unterscheidung zwischen Plenum und Ausschüssen im Dritten Abschnitt hat den einfachen Grund, dass die Art. 38 bis 48 GG sich ausschließlich mit der Stellung und der Arbeitsweise des Bundestages befassen. Somit muss in den übrigen Abschnitten der Begriff „Bundestag“ nicht zwingend mit dem Plenum gleichgesetzt werden. Dementsprechend kann Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG auch unter diesem Gesichtspunkt so verstanden werden, dass mit der Nennung von Bundestag und Bundesrat lediglich die Wahl durch zwei verschiedene Verfassungsorgane, jedoch keine unmittelbare Wahl angeordnet wird.

Aufgrund seiner Geschäftsordnungsautonomie gem. Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG kommt dem Bundestag überdies grundsätzlich ein „Delegationsrecht“ auf Ausschüsse zu. Zwar lässt sich sagen, dass die Wahl der Verfassungsrichter als Akt der Kreation eines anderen Verfassungsorgans nach außen wirkt, so dass es sich nicht um eine rein innere Angelegenheit des Bundestages handelt und daher zweifelhaft ist, ob die Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages so weit reichen kann. Jedoch ist im Hinblick auf den Sinn und Zweck der mittelbaren Wahl zu bedenken, dass die Wahl der Bundesverfassungsrichter vielfältige und hochkomplexe Proporzfragen aufwirft. Über den Parteienproporz ist ein Länderproporz, ein Berufsproporz, ein Fachproporz, ein Religionsproporz sowie auch ein Geschlechterproporz zu berücksichtigen. Alle damit zusammenhängenden Fragen können nicht effektiv im Plenum des Bundestages geklärt und behandelt werden. Dies spricht dafür, den Wahlausschuss mit den hochkomplexen „Auswahlentscheidungen“ zu betrauen. Letztlich handelt es sich um eine diffizile Personalentscheidung, die funktioneller von einem auf Verschwiegenheit verpflichteten kleinen Organ wahrgenommen werden kann als vom Plenum des Bundestages.

Vor diesem Hintergrund muss entscheidend sein, ob der Wahlausschuss im Hinblick auf die Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts hinreichend demokratische Legitimation vermitteln kann. Das ist mit Blick auf die Stellung des BVerfG im institutionellen Gefüge des Grundgesetzes heftig umstritten. Ohne Frage bewegt sich die Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts in einem Spannungsfeld zwischen funktionalen und politisch-legitimatorischen Erwägungen. Hintergrund ist, dass das Grundgesetz den Bundesverfassungsrichtern die im Verfassungsvergleich nicht selbstverständliche Kompetenz zuweist, demokratisch beschlossene Gesetze aufzuheben. Diese Macht der Bundesverfassungsrichter verlangt nach demokratischer Legitimation. Andererseits gilt: Auch wenn das Bundesverfassungsgericht ein oberstes Verfassungsorgan ist, so bleibt es doch nach unserem Verfas-

sungsverständnis, nach unserer Verfassungsrechtskultur, ein Gericht. Insofern dürfen die für die Wahl zu einem politischen Amt charakteristischen Anforderungen andere sein als die, die für Richter gelten. Konkret bedeutet dies, dass aus der verfassungsrechtlichen Möglichkeit, die Bundesverfassungsrichter indirekt durch den Wahlausschuss wählen zu lassen, nicht etwa gefolgert werden kann, dass auch eine indirekte Wahl des Bundeskanzlers durch eine Art „Kanzlerwahlausschuss“ des Bundestages verfassungsrechtlich zulässig wäre. Wer so argumentiert, vergleicht letztlich Äpfel mit Birnen.

Wenn es also verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten ist, dass die Bundesverfassungsrichter durch das Plenum des Bundestages gewählt werden, dann ist es unter dem Aspekt der demokratischen Legitimation gleichwohl erforderlich, dass der Wahlausschuss spiegelbildlich zum Gesamtparlament besetzt ist. Unter dieser Voraussetzung kann dem Bundestag das Handeln des Wahlausschusses zugerechnet werden. Insoweit könnte daran gedacht werden, die im Vergleich zu anderen Ausschüssen des Bundestages relativ geringe Mitgliederzahl des Wahlausschusses zu erhöhen. Verfassungsrechtlich zwingend geboten wäre dies nach der diesbezüglichen Rechtsprechung des BVerfG aber wohl nicht.

Last but not least: Auch wenn das Bundesverfassungsgericht selbst nie explizit zur Verfassungsmäßigkeit der indirekten Wahl Stellung genommen hat, hat es diese jedoch in seinen Entscheidungen (vgl. BVerfGE 40, S. 356, 362 ff.; siehe auch: E 65, S. 152, 154 ff.; E 2, S. 1, 9) implizit als rechtlich zulässig vorausgesetzt.

Nach alledem ist es keineswegs evident, dass das gegenwärtige Verfahren in Widerspruch zu den Vorgaben des Art. 94 Abs. 1 GG steht oder gegen das Prinzip repräsentativer Demokratie verstößt. Es besteht daher kein unmittelbarer Handlungsbedarf.

Dementsprechend ergibt eine Durchsicht des einschlägigen Schrifttums, dass noch immer eine knappe Mehrheit der Stimmen die Vorschrift des § 6 Abs. 1 BVerfGG, mithin die indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter durch den Wahlausschuss (§ 6 Abs. 2 BVerfGG), für verfassungsgemäß hält - zumindest aber ist von einem Patt der Stimmen auszugehen. Insoweit ist freilich zu bemerken, dass sich die Stimmen aus jüngerer Zeit überwiegend kritisch bis ablehnend äußern. In der Folge deutet sich eine „Trendwende“ im Stimmungsbild an. Nicht zuletzt deswegen wäre auf lange Sicht zu überlegen, ob man den im Schrifttum schwelenden, der Legitimation und Autorität des Bundesverfassungsgerichts abträglichen Streit nicht dadurch lösen könnte, dass die Entscheidung des Wahlausschusses – verstan-

den als Vorschlag – durch das Plenum des Bundestages bestätigt wird. So wird es in vielen Landesparlamenten gehandhabt.

Insoweit sind freilich wiederum verschiedene Aspekte zu bedenken:

1. Die indirekte Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts mit qualifizierter Mehrheit geht auf einen Vorschlag der SPD aus dem Jahre 1949 zurück, mit dem verhindert werden sollte, dass das Bundesverfassungsgericht zum Spiegelbild der Regierungsmehrheit werden kann. Die qualifizierte Mehrheit im Wahlausschuss, die eine Einbindung (von Teilen) der Opposition in das Auswahlverfahren erfordert, spiegelt sich aber derzeit nicht in Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG, so dass eine qualifizierte Mehrheit bei der Entscheidung des Plenums verfassungsrechtlich nicht erforderlich ist. Sie könnte freilich in der Geschäftsordnung des Bundestages vorgesehen werden, ist dann aber mit einfacher Mehrheit abänderbar.

2. Auch die Plenumsentscheidung ändert nichts daran, dass aufgrund des Erfordernisses einer qualifizierten Mehrheit die wesentlichen Absprachen hinsichtlich der Wahl bereits im Vorfeld im Wahlausschuss getroffen werden würden. Dem Postulat von Öffentlichkeit und Transparenz im Entscheidungsprozess wäre mit der Plenumsentscheidung somit „nur“ formell Genüge getan, materiell wäre diesbezüglich aber nur eine vergleichsweise geringe Verbesserung zu erwarten.

II. Sollten die Richter des Bundesverfassungsgerichts in einem öffentlichen Anhörungsverfahren ausgewählt werden?

Auf den ersten Blick scheinen die den Gesetzentwurf tragenden Motive, in die Richterwahl mehr Öffentlichkeit und Transparenz einzuführen, als in einer Demokratie selbstverständlich. Denn der Grundsatz der Öffentlichkeit (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG) ist ein wesentliches Element des demokratischen und pluralistischen Parlamentarismus. Er ist Grundlage für die politische Willensbildung des Volkes und die Ausübung von Kontrolle durch die Bürgerinnen und Bürger, insbesondere durch Wahlen. Das Parlament fungiert als Forum für Rede und Gegenrede; nur in Ausnahmefällen soll eine Abweichung von diesem Grundsatz möglich sein, vgl. Art. 42 Abs. 1 Sätze 2, 3 GG. Dementsprechend soll nach den Vorstellungen des Gesetzesentwurfs ein Verfahren eingeführt werden, das einerseits der Öffentlichkeit die Möglichkeit gibt, sich aufgrund eigener Anschauung eine fundierte Auffassung zu den Kandidaten zu bilden, andererseits aber auch den Kandidaten die Möglichkeit gibt, etwaige Be-

denken gegen ihre Kandidatur in einer sachorientierten Befragung ausräumen zu können. In Rede steht damit ein Anhörungsverfahren, in dem die Öffentlichkeit Gelegenheit bekäme, die Kandidaten kennenzulernen.

Bevor man jedoch ein solches Verfahren nach amerikanischem Vorbild einführt, sollte man **verschiedene Aspekte bedenken:**

1. Zunächst ist das Anhörungsverfahren charakteristisch für das amerikanische Präsidialsystem, in dem Präsident und Kongress – anders als bei uns in Deutschland – in politischem Wettbewerb miteinander stehen. Der Präsident ernennt die Richter, das Parlament kontrolliert ihn insoweit. Diese Kontrollfunktion kann eine Anhörung in unserem System nicht erfüllen, weil Parlamentsmehrheit und Regierung auf einer Seite stehen. Insoweit ist die Informalität, wie sie bei der Auswahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts besteht, eine Konsequenz des vom Grundgesetz vorgesehenen parlamentarischen Regierungssystems, das ganz grundsätzlich erst einmal unser Vertrauen verdient. Im Ergebnis hat bislang auch niemand behauptet, dass dieses Vertrauen bisher enttäuscht worden wäre. Im Gegenteil: Nach aktuellen Umfragen genießt das Bundesverfassungsgericht, nach der Polizei mit 76 %, mit 67 % ein relativ großes Vertrauen in der Bevölkerung. Auch haben die Richter, soweit ersichtlich, bislang das Vertrauen in ihre parteipolitische Unabhängigkeit im Rahmen ihrer ja bewusst begrenzten, einmaligen zwölfjährigen Amtszeit bestätigt.

2. Überdies ist das amerikanische Anhörungsverfahren zunehmend in die Kritik geraten. Hintergrund ist, dass im Jahre 1987 Robert Bork, ein konservativer Intellektueller mit Erfahrung als Bundesrichter über seine offenen Äußerungen in der Anhörung stürzte. Und 1991 wäre der Richter Clarence Thomas in seiner Anhörung fast über einen Sex-Skandal gestürzt. In der Folge treten in den Anhörungen heute bis aufs Letzte vorbereitete Kandidaten auf, die jede Positionierung geschickt zu vermeiden suchen. Auf diese Weise produziert das amerikanische Anhörungsverfahren mediensichere Personen mit im Verborgenen gebliebener politischer Überzeugung.

3. Hinzu kommt, dass das amerikanische Rechtsverständnis auf eine Politisierung des Rechts und auf die Individualität der Richterpersönlichkeit baut. Staatsanwalt und Richter sind in den USA politische Einstiegsämter. Das Bild eines unpolitischen Eigenwertes richterlicher Tätigkeit ist in den USA, anders als bei uns, nicht prägend. Man mag dies als demokratisch bezeichnen, jedoch entspricht es nicht dem, was wir in Deutschland in unserer Rechtskultur von der Justiz erwarten. Nicht von ungefähr ist der US Supreme Court in der

Folge zu einem gespaltenen Gericht geworden, das in vielen wichtigen Fragen nur noch politische Konflikte abbildet. Die Aufspaltung in politisierte Fraktionen würde aber eine dem Bundesverfassungsgericht zukommende und in der Verfassungspraxis wichtige Fähigkeit in Frage stellen, einen verfassungsrechtlich ausgetragenen, politischen Konflikt zu schlichten und damit den Verfassungskonsens zu bestätigen.

4. Ein weiterer Aspekt sollte im Hinblick auf die öffentlichen Debatten um Verfassungsrichter bedacht werden. Schaut man sich die Anhörungen in den USA an, dann wird schnell deutlich, dass nicht alles, was in der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Auswahl der Richter debattiert wird, als demokratische Kontrolle verstanden werden kann. So werden in der Regel weder juristische noch rechtspolitische Fragen behandelt, sondern vielmehr rücken stellvertretend moralische Fragen in den Vordergrund. Wenn eine juristische Fachdiskussion in der Regel nicht öffentlich vermittelbar ist, müssen die Anhörungen die Haltung des Kandidaten zu Fragen, in denen Verfassungsrecht leicht moralisierbar ist, abfragen. Das soll nach Auffassung mancher Befürworter von öffentlichen Anhörungen auch im deutschen Schrifttum in einer Demokratie legitim sein. Die Befragung dürfe sich auf alle Umstände beziehen, die faktisch die Entscheidung des anhörenden Ausschusses und seiner Mitglieder beeinflussen können und die nach den Maßstäben einer zivilisierten Öffentlichkeit auf legitime Weise eine Rolle spielen. Fragen nach politischen und religiösen Grundüberzeugungen seien – so die Befürworter öffentlicher Anhörungen – durchaus legitim, da sie zweifellos Rückwirkungen auf die richterliche Tätigkeit haben. Die solchermaßen mit einer öffentlichen Anhörung verbundene politische Personalisierung der Auswahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts widerspricht aber nicht nur dem Verständnis des Grundgesetzes von einem Verfassungsgericht, das zwar durchaus auch politische Fragen entscheidet, letztlich aber immer primär Gericht ist.

5. Das mitunter von der Befürwortern einer öffentlichen Anhörung vorgebrachte Argument, dass diese die parteipolitische Einflussnahme auf die Auswahl der Kandidatinnen und Kandidaten verringere, die parteipolitische Verengung des Kreises der Bewerberinnen und Bewerber womöglich gar aufbrechen könne, verkennt nicht nur die Bedeutung des Art. 21 GG, der die Stellung der Parteien in unserer parlamentarischen Demokratie verfassungsrechtlich verankert, sondern er verkennt auch die Bedeutung von Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG, der die Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts durch die Legislative anordnet. Diese Normen skizzieren in Zusammenschau einen zulässigen Weg, auf dem der Auswahlprozess in vom Grundgesetz legitimierter Weise politisch und demokratisch gesteuert werden kann.

6. Nicht zuletzt könnte eine öffentliche Anhörung auch dazu führen, dass die Kandidaten zu Festlegungen genötigt würden, die in einem späteren Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu einer Steigerung von Ablehnungsanträgen wegen Befangenheit führen könnte.

Im Ergebnis ist daher eine öffentliche Anhörung mit Blick auf mehr Transparenz und Öffentlichkeit nicht zielführend. Letztlich gibt es keine Garantie, dass sich durch ein transparenteres Verfahren mit öffentlicher Anhörung qualifiziertere Kandidatinnen und Kandidaten durchsetzen. Soll die fachliche Eignung tatsächlich im Vordergrund stehen, so ist Vertraulichkeit des Verfahrens wichtiger als dessen Transparenz.

III. Neue Mehrheiten: Von der 2/3-Mehrheit zur 3/4-Mehrheit?

Ganz generell ist die Festschreibung des Erfordernisses einer qualifizierten Mehrheit ein Instrument des Minderheitenschutzes. Die damit erforderliche Mitwirkung der Opposition soll eine Vertrauensgrundlage für die Richter des Bundesverfassungsgerichts schaffen und damit zugleich verhindern, dass allein die Regierungsfractionen politisch nahestehende Kandidatinnen und Kandidaten auswählen. Vor diesem Hintergrund lässt sich argumentieren, dass im Falle einer Großen Koalition das Ziel des Minderheitenschutzes über eine 2/3-Mehrheit nicht gewährleistet werden kann.

Demgegenüber sind jedoch verschiedene Aspekte zu bedenken:

1. Zunächst wäre auch bei Einführung einer 3/4-Mehrheit eine Beteiligung aller Minderheitsfraktionen nicht garantiert. Überdies zeichnet sich eine große Koalition schon naturgemäß durch einen Konsenszwang aus, so dass das primäre Ziel des Minderheitenschutzes, dass nicht eine Partei, die Regierungsfraction, die Auswahl der Bundesverfassungsrichter bestimmt, gewährleistet ist.

2. Aber auch Wortlaut und Systematik sprechen gegen eine Erhöhung des Quorums für eine qualifizierte Mehrheit. Der Wortlaut von Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG sieht keine qualifizierte Mehrheit bei der Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts vor. Dem Grundgesetz zufolge wäre also nicht einmal eine 2/3-Mehrheit erforderlich. Aber auch aus Art. 44 Abs. 1 GG sowie in den noch nicht in Kraft getretenen neuen Artikeln 23 Abs. 1a und 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, wo Minderheitenrechte in Höhe von einem Viertel der Mitglieder des Deutschen Bun-

destages vorgesehen sind, kann nichts anderes folgen. Denn diese Rechte dienen zwar auch der Kontrolle von Mehrheitsentscheidungen durch die Opposition, sind allerdings auf Gestaltung, also auf positive Wirkung ausgerichtet. Demgegenüber dient das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit bei den Wahlen der Richterinnen und Richter zum Bundesverfassungsgericht zum einen der Absicherung größtmöglicher Neutralität des Gerichts. Und zum anderen zielt es darauf, der Opposition eine Sperrminorität bzw. ein Vetorecht zur Verhinderung einer parteipolitischen Instrumentalisierung der Wahlen durch die Regierung, einzuräumen.

3. Überdies spiegelt der Wahlausschuss immer auch die Mehrheitsverhältnisse im Bundestag wider, so dass dementsprechend in einer Koalitionsregierung auch für kleinere Parteien die Möglichkeit besteht, ihren Kandidaten in das Auswahlverfahren einzubringen. Die Praxis bestätigt dies, in Koalitionsregierungen haben sowohl die FDP als auch die Grünen Richter benennen können. Das Erfordernis einer 3/4-Mehrheit würde zwar dazu führen, dass auch kleinere Parteien mit über die Kandidaten befinden könnten. Allerdings würde die Findung mehrheitsfähiger Kandidatinnen und Kandidaten im Vorfeld von Wahlen – und damit außerhalb der Öffentlichkeit – deutlich komplexer und wohl auch langwieriger. Dies belegen die Erfahrungen mit der ersten Fassung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, das eine 3/4-Mehrheit vorsah. In der Folge konnte die Nachwahl eines Richters damals erst nach zwei Jahren erfolgen, nachdem es zu einer Blockade zwischen Opposition und Regierung aufgrund politischer Auseinandersetzungen gekommen war. Dieses würde aber sowohl die Stellung als auch die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts schädigen. Zudem bestünde auch mit einer 3/4-Mehrheit keine Garantie, dass wirklich alle Fraktionen des Bundestages in diesen Prozess mit eingebunden würden – eher ist davon auszugehen, dass nur eine oder zwei der kleinen Fraktionen beteiligt wäre(n).

4. Selbst bei Änderung der Verfassung ist gem. Art. 79 Abs. 2 GG lediglich eine 2/3-Mehrheit erforderlich; die Einführung einer qualifizierten Mehrheit bei der Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts, die höher wäre als die für Grundgesetzänderungen erforderliche, wäre verfassungsrechtlich kaum zu rechtfertigen. Gegenüber einer absoluten Mehrheit bedarf überdies bereits die qualifizierte 2/3-Mehrheit einer besonderen Rechtfertigung, die – theoretisch – hinsichtlich einer 3/4-Mehrheit qualitativ noch einmal zu steigern wäre.

5. Das Erfordernis einer größeren qualifizierten Mehrheit als bisher würde desweiteren stärker zu einer fraktionsproportionalen Besetzung des Bundesverfassungsgerichts führen als

bisher. Eine Gerichtsbesetzung als Spiegelbild des Parlaments gefährdet aber die Neutralität eines Verfassungsorgans, dessen Autorität gerade auf seiner unabhängigen, den Gesetzgeber kontrollierenden Rechtsprechung beruht.

6. Schließlich hat das bisherige Verfahren bislang nicht dazu geführt, dass das Bundesverfassungsgericht parteipolitisch gespalten judiziert hätte. Alle mir bekannten (und zum Teil auch publizierten) Berichte von Richtern über Arbeitsweise und Atmosphäre im Bundesverfassungsgericht belegen im Gegenteil die Offenheit gegenüber dem Argument. In diesem Kontext scheint es geradezu kontraproduktiv zu sein, wenn Richter nach ihren jeweiligen parteipolitischen Präferenzen entscheiden wollten.

— **Im Ergebnis spricht daher alles dafür, die bewährte 2/3-Mehrheit beizubehalten.**

— Berlin, den 15. Juni 2009

Prof. Dr. Christian Calliess