

Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht und Politik. Am Beispiel des deutschen Bundesverfassungsgerichts

Rupert SCHOLZ*

Das Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht und Politik prägt jede Form von Verfassungsgerichtsbarkeit. Dies gilt ebenso für klassisch-traditionelle Staatsgerichtsbarkeiten wie den französischen Conseil d'Etat wie für integrierte Verfassungsgerichtsbarkeiten, d. h. Verfassungsgerichtsbarkeiten, die Teil der allgemeinen Gerichtsbarkeit sind (beispielsweise der US Supreme Court oder das schweizerische Bundesgericht) und ebenso für selbständige Verfassungsgerichtsbarkeiten, zu denen auch und namentlich das deutsche Bundesverfassungsgericht gehört, aber ebenso beispielsweise der österreichische Verfassungsgerichtshof oder das ungarische Verfassungsgericht. Alle Formen der Verfassungsgerichtsbarkeiten müssen das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz und der Wahrung des Verfassungsrechts einerseits und dem Vorrang der Politik andererseits, repräsentiert vor allem durch die demokratische Gesetzgebung, wahren. Diese elementare Grundproblematik bestimmt auch die Position des **deutschen Bundesverfassungsgerichts** in wachsendem Maße. Im Einzelnen wird hierauf zurückzukommen sein, wobei schon an dieser Stelle betont sei, dass die Schwierigkeiten, die sich heute für das deutsche Bundesverfassungsgericht in der Abgrenzung von Verfassungsrecht und Politik stellen, in vergleichbarer Weise wohl für alle Verfassungsgerichtsbarkeiten gelten.

Zunächst jedoch einige Bemerkungen zur Stellung des deutschen Bundesverfassungsgerichts: Das deutsche Bundesverfassungsgericht ist vom deutschen Grundgesetz schon im Jahre 1949 in einer der deutschen Verfassungsgeschichte völlig neuen Form vorgesehen und instituiert worden. Nach Art. 93 Grundgesetz entscheidet das Bundesverfassungsgericht über die Grundfragen der Auslegung des Grundgesetzes, über föderative Streitigkeiten, über organschaftliche Streitigkeiten (Organstreit) zwischen Verfassungsorganen und vor allem auch über die Verfassungsbeschwerden von Bürgern gegen staatliche Hoheitsakte, die mit den dem Bürger garantierten Grundrechten kollidieren (Art. 93 GG i.V.m. dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz). Das Bundesverfassungsgericht ist als sog. Zwillingsgericht konstituiert worden, d. h. es setzt sich aus zwei selbständigen Senaten

* Professor an der Universität München auf den Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre und Finanzrecht a.D.; Bundesverteidigungsminister a.D. Dieser Vortrag wurde am 12./13. Juli 2013 auf dem Internationalen Symposium an der Ritsumeikan Universität in Kyoto getragen.

zusammen, von denen der erste Senat im Schwerpunkt über Verfassungsbeschwerden entscheidet, der zweite Senat dagegen und vor allem über staatsorganisationsrechtliche Streitgegenstände. Jeder Senat des Bundesverfassungsgerichts setzt sich aus acht Richtern zusammen, die für jeweils 12 Jahre gewählt werden (vgl. §§ 2 ff. BVerfGG). Das Wahlrecht steht dem Bundestag und dem Bundesrat in paritätischer Form zu. Jedes Verfassungsorgan, also Bundestag und Bundesrat, wählen die Hälfte der Bundesverfassungsrichter mit jeweils 2/3-Mehrheit. Dieses Verfahren der 2/3-Mehrheit hat sich außerordentlich bewährt, da auf diese Weise in aller Regel keine solchen Persönlichkeiten an das Bundesverfassungsgericht berufen werden, die sich nicht auf ein bestimmtes Maß an parteiübergreifenden politischen Konsens berufen können. Voraussetzung für die Berufung zum Bundesverfassungsrichter ist die Qualität als Volljurist, wobei 2/3 der jeweils drei Richter im jeweiligen Bundesverfassungsgerichtssenat aus den obersten Bundesgerichten stammen müssen. In der Praxis kann man rückblickend feststellen, dass nicht nur diese Regel eingehalten worden ist, sondern dass doch in der Mehrzahl prominente Staatsrechtslehrer Richter am deutschen Bundesverfassungsgericht gewesen sind bzw. sind. In seinem eigenen Selbstverständnis wie auch nach herrschender Lehre stellt das deutsche Bundesverfassungsgericht ein selbständiges **Verfassungsorgan** dar, das prinzipiell gleichrangig neben den anderen Verfassungsorganen, also neben Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung steht.

Dieses deutsche Bundesverfassungsgericht hat eine fast beispiellos zu nennende Erfolgsgeschichte geschrieben. Es hat die deutsche Verfassungswirklichkeit in entscheidender Weise geprägt und es ist vielfach zum Vorbild für andere Verfassungsgerichtsbarkeiten, namentlich in neueren bzw. jüngeren demokratischen Verfassungsstaaten geworden. Konkret spiegelt sich die Erfolgsgeschichte des deutschen Bundesverfassungsgerichts in über 130 Bänden der Amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wider. Wenn man die deutsche Verfassungswirklichkeit auf ihre Realität befragen will, so wird man in ganz entscheidender Weise auf diese langjährige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückzugreifen haben.

Dennoch hat sich auch das Bundesverfassungsgericht mit einem zunehmenden Maß an Kritik auseinanderzusetzen – Kritik, die gerade auf dem Spannungsverhältnis von Verfassungsrecht und Politik beruht. Das Bundesverfassungsgericht ist der Hüter der Verfassung. Es ist in umfassender Weise dazu berufen, über die Verfassungsmäßigkeit staatlichen Handelns, vor allem der Gesetzgebung, zu wachen. Diese Aufgabe hat das Bundesverfassungsgericht sicherlich in außerordentlich erfolgreicher Weise in den zurückliegenden Jahrzehnten erfüllt. Aber das Bundesverfassungsgericht ist oft oder teilweise auch zu einer Art von tatsächlichem „Ersatzgesetzgeber“ geworden. **Ersatzgesetzgeberschaft** bedeutet, dass Richterrecht, d. h. durch richterliche Entscheidungen gesetztes Recht, ebenso faktisch wie normativ entweder an die Stelle von parlamentarisch gesetztem Gesetzesrecht tritt oder doch neben solches Recht tritt. Die **demokratische Legitimation der Rechtsetzung** ist aber prinzipiell ausschließlich dem **Parlament**, in Deutschland also Bundestag und

Bundesrat, zugewiesen. Kein deutsches Gericht, auch nicht das Bundesverfassungsgericht, verfügt über die demokratische Legitimation zur Setzung von eigenständigem Quasi-Gesetzesrecht.

Das Problem des **Richterrechts** ist freilich alt und überkommen, wirft aber immer wieder ebenso akute wie strukturelle Fragen auf. Der Richter ist kein Gesetzgeber, seine Entscheidungen sind ungeachtet dessen – ebenso wie das Gesetz – von rechtlicher Verbindlichkeit. Diese Rechtsverbindlichkeit unterscheidet sich von der des Gesetzesrechts aber grundlegend dadurch, dass richterliche Entscheidungen (nur) konkret-individuelle, also fallbezogene Verbindlichkeit entfalten, gesetzgeberische Entscheidungen dagegen von (fallunabhängiger) abstrakt-genereller Verbindlichkeit sind. Richterliche Entscheidungen wenden Gesetzes- bzw. Verfassungsrecht an, konkretisieren dies in der Anwendung auf den konkret zu entscheidenden Fall, sie schaffen aber über diesen hinaus kein eigenes Recht. In jeder gerichtlichen Entscheidung liegt zwar auch ein Stück materieller Rechtsschöpfung – über die bloße Rechtserkenntnis hinaus. Dieses Moment an Rechtsschöpfung ist aber prinzipiell nie von abstrakt-genereller Geltungsqualität, wie dies für das Gesetz bzw. für den gesetzgeberischen Normschöpfungsakt gilt. Der Richter kann in diesem Sinne also kein Ersatzgesetzgeber sein; etwa dort, wo der Gesetzgebung seinerseits (noch) nicht tätig geworden ist, wo er (bewusst oder unbewusst) Regelungslücken gelassen hat oder wo gegebene Gesetzesregelungen eigentlich der Fortbildung und Weiterentwicklung bedurften. Ungeachtet dessen ist der Richter als Ersatzgesetzgeber doch auch in Deutschland längst zur vielfachen Realität geworden; und dies gilt insbesondere auch für das Bundesverfassungsgericht.

Wenn man allerdings offiziell fragt, ob das Bundesverfassungsgericht Ersatzgesetzgeber ist oder sein darf, wird dies in aller Regel verneint. Tatsächlich treffen solche Bekenntnisse oder Behauptungen jedoch längst nicht mehr zu. Das Bundesverfassungsgericht ist durchaus zum vielfältigen Ersatzgesetzgeber geworden, und es hat auch in vielen Entscheidungen seine Zuständigkeiten im Verhältnis zu den (allgemeinen) Fachgerichtsbarkeiten übermäßig strapaziert; das Bundesverfassungsgericht ist mit anderen Worten gerade gegenüber diesen Fachgerichtsbarkeiten nur allzu oft zur tatsächlichen „Superrevisionsinstanz“ geworden, wie dies jedoch keineswegs Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist und wie dies in aller Regel nur zu einer ebenso miteinander korrespondierenden wie konfligierenden Überlastung des Bundesverfassungsgerichts einerseits und zur Entmündigung der Fachgerichtsbarkeiten andererseits führen kann. Diese Feststellung gilt nicht nur für eine Fülle vom Bundesverfassungsgericht überprüfter und entschiedener (einfach-rechtlicher) Rechtsmaterien, sondern gilt auch für die vom Bundesverfassungsgericht prinzipal entwickelten Verfahrensformen von verfassungskonformer Auslegung und gesetzgeberischer Handlungs- oder Reparaturpflicht. Im Falle der verfassungskonformen Auslegung hält das Bundesverfassungsgericht eine bestimmte, ihm zur Überprüfung vorgelegte und verfassungsrechtlich fragwürdige Gesetzesregelung mit der Maßgabe aufrecht, dass die

betreffende Regelung nur in einer bestimmten (verfassungskonformen) Auslegungsform, also nur in einer bestimmten Sinngebung von der Praxis aufgenommen und künftig angewandt werden darf. Für dieses Verfahren der verfassungskonformen Auslegung spricht sicherlich der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht damit dem Willen des Gesetzgebers, die genannte Regelung zu erlassen, in wesentlichem Maße gerecht wird, stünde als Alternative doch nur die Verwerfung der betreffenden Regelung als verfassungswidrig zur Verfügung. Dies ändert jedoch nichts daran, dass über die vom Bundesverfassungsgericht vorgeschriebene (verfassungskonforme) Auslegungsweise von Gerichts wegen der Gesetzesregelung ein Sinn gegeben wird, der möglicherweise dem Willen des Gesetzgebers gar nicht entsprochen hat. Dies bedeutet im Ergebnis nichts anderes, als dass über das Verfahren der verfassungskonformen Auslegung das Bundesverfassungsgericht zum faktischen Ersatzgesetzgeber wird.

Ähnlich ist die Situation im Falle solcher verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, die dem Gesetzgeber eine bestimmte Handlungs- oder Reparaturpflicht auferlegen. Auch solche Entscheidungen haben sich in den letzten Jahren beim Bundesverfassungsgericht in hohem Maße gehäuft. Das Bundesverfassungsgericht erlegt hier dem Gesetzgeber eine bestimmte Verpflichtung auf, die mit seiner gesetzgeberischen Entscheidungsfreiheit aber in vielen Fällen gar nicht zu vereinbaren ist. Der Gesetzgeber ist nicht nur zur positiven Regelung ermächtigt, sondern er ist auch ebenso und jederzeit ermächtigt, auf entsprechende positive Regelungen zu verzichten, also bestimmte Rechtsbereiche ungeregelt zu lassen. In diese gesetzgeberische Freiheit greift aber jene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein, wenn sie ihrerseits, d. h. von Gerichts wegen gesetzgeberische Handlungs- oder Reparaturpflichten statuiert. Im Zusammenhang damit steht schließlich jene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die die einfache Gesetzgebung zur Realisierung bestimmter verfassungsimmanenter Wertvorstellungen verpflichtet. Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass „die Aufgabe der Rechtsprechung es erfordern kann, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Ordnung 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“¹⁾. So richtig es ist, dass verfassungsrechtliche Wertvorstellungen auch von der unterverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auslegungsmäßig berücksichtigt werden müssen, so problematisch ist es doch, wenn den unterverfassungsgerichtlichen Rechtsprechungsorganen eine derart weitgehende Zuständigkeit, wie sie hier vom Bundesverfassungsgericht gebilligt wird, zuerkannt werden soll. Deshalb ist es auch richtig und wichtig, dass das Bundesverfassungsgericht weiterhin ausführt, dass „der Richter die Wertvorstellungen des Grundgesetzes nicht in beliebiger Weise in seinen Entscheidungen zur Geltung bringen kann. Er würde die Verfassung auch verletzen, wenn er

1) Vgl. z. B. BVerfGE 34, 269 (287); 49, 304, (320 ff.) und ständige Rechtsprechung

zu einem Ergebnis, das den Wertvorstellungen der Verfassung entspräche, auf einem methodischen Weg gelangte, der die dem Richter bei der Rechtsfindung gezogenen verfassungsrechtlichen Grenzen missachtete“.²⁾

Wenn das Bundesverfassungsgericht faktisch zum Ersatzgesetzgeber wird, so überschreitet es in Wahrheit die Grenzen zwischen Verfassungsrecht und Politik. Politik ist die demokratische Gestaltungsmacht vor allem des Gesetzgebers. Das Bundesverfassungsgericht hat dagegen über die Verfassungsmäßigkeit solcher staatlichen Gesetzgebungs- oder sonstigen Hoheitsakte zu achten, darf sich aber nicht an die Stelle des Gesetzgebers selbst setzen – weder durch die positive Setzung von Recht noch über Formen einer verfassungskonformen Auslegung, die dem Willen des Gesetzgebers widerspricht, oder der Auferlegung von Handlungs- oder Reparaturpflichten für den Gesetzgeber. Anderes gilt nur dann, wenn die Verfassung, also das Grundgesetz selbst, solche Handlungspflichten des Gesetzgebers vorgibt, das Bundesverfassungsgericht also bei Verletzung dieser Handlungspflicht des Gesetzgebers dies feststellt und den Gesetzgeber auffordert, dieser schon verfassungsrechtlich vorgegebenen Handlungs- oder Reparaturpflicht zu folgen. So hat das Bundesverfassungsgericht in den ersten Jahren seines Bestehens auch entschieden; in der späteren Rechtsprechung hat es aber auch über solche verfassungsrechtlichen Vorgaben hinaus bestimmte gesetzgeberische Handlungs- oder Reparaturpflichten vorgegeben.

Diese Probleme sind auch innerhalb des Bundesverfassungsgerichts durchaus bewusst und gerade von prominenten früheren Bundesverfassungsrichtern kritisch kommentiert worden. So hat beispielsweise schon der frühere Bundesverfassungsrichter **E. W. Böckenförde** seinen Kollegen im Bundesverfassungsgericht folgendes in das Stammbuch geschrieben: „Dem Bundesverfassungsgericht steht weder ein Initiativrecht zu noch eine Befugnis begleitender Verfassungskontrolle gesetzgeberischen Handelns“; das Bundesverfassungsgericht dürfe sich dem Gesetzgeber gegenüber nicht als „autoritativer Präzeptor“ aufspielen, auch nicht als „fürsorglicher Präzeptor“.³⁾ In der gleichen Richtung spricht der frühere Bundesverfassungsrichter **P. Kirchhof** davon, dass „eine erneuernde Erstinterpretation der Verfassung dem Gesetzgeber zusteht; die Rechtsprechung ist der lediglich kontrollierende Zweitinterpret“.⁴⁾ Der ebenso frühere Verfassungsrichter **K. Hesse** warnt das Bundesverfassungsgericht schließlich vor jeder Form von „Supergesetzgebung“ und „Superrevisionsinstanz“.⁵⁾ Ein, wiederum ehemaliger Verfassungsrichter, **D. Grimm**, spricht demgegenüber davon, dass jeder verfassungsgerichtlichen „Verfassungsanwendung zwangsläufig ein Element von Verfassungsschöpfung innewohnt“, dass „eine unpolitische Verfassungsgerichtsbarkeit eine Illusion ist“ und „Was das Grundgesetz will, ist eine

2) Vgl. BVerfGE 34, 280; 49, 314; 51, 268 (287).

3) Vgl. dissenting vote in: BVerfGE 93, 149 ff.

4) Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 13.09.1995.

5) Vgl. JZ 95, 265 ff.

politische Frage“.⁶⁾ Dies bedeutet im Ergebnis aber nichts anderes, als dass Verfassungsrechtsprechung von vorneherein als ein Stück politischer Verfassungsgestaltung und damit faktischer Verfassungsgesetzgebung verstanden wird. Dies ist jedoch nicht die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, wie im Übrigen auch die Regelung des § 31 Abs. 2 BVerfGG belegt: Sie verleiht den verfassungsrechtlichen Entscheidungen negative Gesetzeskraft nur in bestimmten Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn das Bundesverfassungsgericht in einem Einzelfall ein bestimmtes Gesetz für verfassungswidrig erklärt. Eine solche Entscheidung hat – naturgemäß – allgemeine, also abstrakt-generelle Geltung. Darüber hinaus ist der Verfassungsgerichtsbarkeit aber jede Kompetenz zur materiellen bzw. zur abstrakt-generellen Rechts- oder Verfassungssetzung versagt. Dies bleibt freilich auch **D. Grimm** nicht verborgen, weshalb er nach „Möglichkeiten“ sucht, „das mit der Verfassungsgerichtsbarkeit unvermeidlich verbundene Maß an Politik von vermeidbarer Politisierung der Rechtsprechung zu trennen“. Hierfür sieht Grimm aber nur eine einzige Möglichkeit: Nämlich über das „Auswahlverfahren der Verfassungsrichter“ zur Regulierung zu gelangen und damit „die Tätigkeit des Verfassungsgerichts von einem ständigen wissenschaftlichen und öffentlichen Diskurs“ begleiten zu lassen, „der es an die *lege artis* entwickelten Rationalitätskriterien bindet und mit der Gesellschaft, für die es Recht spricht, in Verbindung hält“. Grimm hat sicherlich Recht, wenn er konstatiert, „dass das verfassungsgerichtliche Verfahren nicht als Fortsetzung der Parteipolitik auf einer anderen Bühne, sondern als Wahrung der in der Verfassung niedergelegten Grundprinzipien für politisches Handeln wahrgenommen“ werden muss. Dies fällt in der Realität aber immer schwerer, woran nicht nur manche allzu weit ausholende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts selbst Schuld ist, sondern wofür auch die staatlichen Gesetzgebungsorgane in vielfältiger Weise mit Verantwortung tragen. So ist es inzwischen zu einer leider fast landläufigen politischen Praxis in Deutschland geworden, in verfassungsrechtlich oder verfassungspolitisch schwierigen Fällen von vorneherein auf das der Gesetzgebung eigentlich vorbehalten „Erstinterpretationsrecht“ der Verfassung zu verzichten und stattdessen darauf zu vertrauen oder darauf zu warten, dass das Bundesverfassungsgericht die entsprechende Frage zunächst klären und entscheiden werde. Dies bedeutet in Wahrheit nichts anderes als eine Flucht aus der verfassungspolitischen wie auch verfassungsrechtlichen Verantwortung des Gesetzgebers; und auch dies darf nicht gängige Praxis bleiben, sollen nicht Gesetzgebung wie Verfassungsgerichtsbarkeit bleibenden Schaden nehmen.

Der Gesetzgeber muss seine eigene Verantwortung, wie sie ihm vom Demokratieprinzip aufgegeben ist, in vollem Umfang eigenständig wahren. Er muss natürlich die Verfassung achten und darf die Verfassung mit seinen Gesetzen nicht verletzen. Aber er kann andererseits seine Pflicht, ebenso demokratisch-verantwortlich wie verfassungsmäßig zu handeln, nicht faktisch auf das Bundesverfassungsgericht verlagern. Denn dann wird das

6) Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22.12.2011.

Bundesverfassungsgericht in der Tat nicht nur zum Ersatz-, sondern sogar zum Über-Gesetzgeber. Und dies ist weder mit dem Amt des Bundesverfassungsgerichts noch mit der Verfassung, also dem Grundgesetz, zu vereinbaren. Der demokratische Rechtsstaat ist prinzipiell **Gesetzgebungsstaat** und nicht **Richter- oder Justizstaat**. Nur wenn dieses Prinzip gewahrt wird, wird das Verhältnis von Verfassungsrecht und Politik in ebenso rechtsstaatlich wie demokratiestaatlich einwandfreier Weise gewahrt. Die Lösung des Problems liegt zum einen also darin, dass beide Seiten, Gesetzgebung einerseits wie Verfassungsgerichtsbarkeit andererseits, strikt auf ihre Kompetenzen achten, ihre Verantwortung wahrnehmen und zugleich das nötige Maß an Rücksicht auf die jeweils andere Seite nehmen. Der Richter, namentlich der Verfassungsrichter, darf sich nie als Politiker verstehen. Er ist Verfassungswächter, er ist Hüter der Verfassung aber nicht Ersatzgesetzgeber bzw. Ersatzpolitiker. Solche Zurückhaltung zu üben, fällt allerdings manchem zunehmend schwer. Dies zeigt sich beispielsweise auch daran, dass immer häufiger Verfassungsrichter direkt oder indirekt bei politisch brisanten Themen in die allgemeine politische Diskussion eingreifen, indem sie (ungebetene) Ratschläge erteilen oder in der Öffentlichkeit eigene Entscheidungen interpretieren und diskutieren im Hinblick auf mögliche weitere Konfliktlagen. Der Richter hat nicht aktiv an der politischen Diskussion teilzunehmen, der Richter kann nur reagieren – nämlich dann und insoweit, wie er in einem konkreten Streitfall zur Entscheidung angerufen wird. Darüber hinaus muss der Richter buchstäblich schweigen, will er auch die eigene Unbefangenheit und Unabhängigkeit in richtiger, verfassungsmäßiger Form wahren. Selbst wenn verfassungsrechtliche Entscheidungen in aller Regel auch von politischer Bedeutung sind, sie dürfen doch nie die Grenze zur aktiv-gestaltenden Politik überschreiten. Denn das demokratische Politikmandat liegt, um es noch einmal hervorzuheben, ausschließlich beim Parlament, also beim Gesetzgeber. So bleibt das Verhältnis von Verfassungsrecht und Politik ein dauerhaftes Spannungsverhältnis, dem stets aufs neue Rechnung getragen werden muss. Die heutige Diskussion in Deutschland im und um das Bundesverfassungsgericht belegt dies in außerordentlich deutlicher und sicherlich auch allgemein gültiger Weise.

Letztlich ist für eine wirksame Differenzierung zwischen strikter Einhaltung des Verfassungsrechts einerseits und ebenso strikter Enthaltung politisch-aktiven Verhaltens von Verfassungsrichtern die Person des Verfassungsrichters selbst maßgebend. Diese Feststellung führt zum Auswahlverfahren von Bundesverfassungsrichtern zurück. Wie bereits eingangs dargestellt, setzt sich das Bundesverfassungsgericht aus insgesamt 16 Richtern, paritätisch aufgeteilt auf die beiden Senate, zusammen (§ 2 Abs. 1 und 2 BVerfGG). Jeweils drei Bundesverfassungsrichter in jedem Senat müssen aus dem Kreis der Bundesrichter, also der obersten Richter an den Fachgerichtsbarkeiten Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht, Bundesfinanzhof, Bundesarbeitsgericht, Bundessozialgericht kommen (§ 2 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG). Dies verbürgt bereits ein hohes Maß an richterlicher Erfahrung und Bewährung allgemein. Das gleiche gilt in gewissem Maße für die Altersgrenze von min. 40 Jahren, die ein zu wählender Bundesverfassungsrichter erreicht haben muss (§ 3 BVerfGG). Die übrigen

Bundesverfassungsrichter, d. h. die Richter, die nicht aus dem Kreis der obersten Bundesgerichte stammen, sind in der Regel Professoren des Staatsrechts, teilweise aber auch ehemalige Politiker oder ehemalige hohe Verwaltungsfunktionäre. Alle Richter des Bundesverfassungsgerichts werden gewählt. Ihre demokratische Legitimation basiert auf ihrer Wahl entweder durch den Bundestag oder den Bundesrat (paritätische Wahlberechtigung – § 5 Abs. 1 BVerfGG). Zwischen den Wahlverfahren in Bundestag und Bundesrat gibt es allerdings einen wesentlichen Unterschied: Der Bundesrat wählt die ihm zustehenden Bundesverfassungsrichter mit der gebotenen 2/3-Mehrheit im Plenum (direkte Wahl – §§ 5, 7 BVerf-GG). Der Bundestag wählt dagegen indirekt. Er setzt nach § 6 BVerfGG einen Wahlausschuss ein, der sich aus 12 Mitgliedern zusammensetzt. Dieser Wahlausschuss wählt die dem Bundestag zustehenden Bundesverfassungsrichter. Gegen dieses Verfahren ist verschiedentlich eingewandt worden, dass doch auch der Bundestag – ebenso wie der Bundesrat – seine Richter direkt wählen sollte, wobei zumeist auf Art. 94 Abs. 1 GG verwiesen wird, wonach es allgemein heißt, dass „die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts je zur Hälfte vom Bundestage und Bundesrate gewählt werden“.⁷⁾ Das Bundesverfassungsgericht selbst hat jedoch verschiedentlich klargestellt, dass auch das Verfahren der indirekten Wahl im Bundestag verfassungsmäßig ist.⁸⁾ Diese Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind meines Erachtens richtig; Art. 94 GG schreibt nicht definitiv vor, dass die Bundesverfassungsrichter auch vom Bundestag direkt, d. h. also vom Plenum des Bundestages, zu wählen seien.⁹⁾ Mit der angesprochenen Kritik verbindet sich allerdings in aller Regel eine weitere Debatte, die an die Auswahl der Kandidaten für eine Wahl zum Bundesverfassungsrichter anknüpft und teilweise fordert, dass die entsprechenden Persönlichkeiten auch dem Plenum des Bundestages präsentiert werden sollten, dass sie dort angehört und befragt werden müssen. Mit dieser Forderung wird vor allem auf das US-amerikanische Beispiel verwiesen, wo sich Kandidaten in der Tat parlamentarischen Hearings stellen müssen. Nach meiner Auffassung und auch nach herrschender Auffassung in Deutschland ist dieses amerikanische Verfahren aber nicht sinnvoll bzw. nicht zu kopieren. Denn dieses Verfahren führt nur allzu leicht dazu, dass die Wahl der Verfassungsrichter noch stärker als bisher politisiert wird. Kandidaten, die sich entsprechenden Hearings stellen müssen, werden natürlich auch auf ihren politischen Hintergrund hin, auf ihre politische Meinung hin, auf ihre politische Überzeugung hin befragt. Sie müssen gleichsam öffentlich Wahlwerbung in eigener Person betreiben. Die Konsequenz kann nur sein, dass solche Kandidaten, wenn sie gewählt werden, in vielen Fragen bereits vorab befragt sind bzw. dass man sie von vorneherein bestimmten politischen Lagern oder Überzeugungen zuordnet oder zuordnen kann. Eben dies führt in aller Regel aber dazu, dass die Grenzen zwischen strikter

7) Vgl. in entsprechender Kritik z. B. *Vofßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 94 Rn. 10.

8) Siehe BVerfGE 2, 1 (9 f.); 40, 356 (362 ff.) sowie zuletzt Entscheidung vom 19.06.2012.

9) Vgl. *Scholz*, ZRP 2012, 191.

Einhaltung des Verfassungsrechts und politischer Enthaltbarkeit noch rascher zu verschwimmen drohen. Der Verfassungsrichter wird nur allzu schnell und allzu leicht mit bestimmten politischen Lagern oder Überzeugungen gleichgestellt bzw. diesen zugeordnet – mit der Erwartung, dass er sich in seiner richterlichen Tätigkeit dann auch in gleichem politischen Sinne verhält. Ich denke, dass man sich in Deutschland einem solchen Verfahren mit Recht verweigert hat. Bundesverfassungsrichter müssen nach Möglichkeit unbefangen und auch in politischer Hinsicht möglichst „unbeschrieben“ sein. Das Vorschlagsrecht für die Wahl zum Bundesverfassungsrichter liegt allerdings bei den politischen Organen, d. h. bei Bundestag und Bundesrat bzw. bei den dort vertretenen Fraktionen. Deshalb kann man auch in vielen Fällen davon sprechen, dass der eine oder andere Richter dem einen oder anderen politischen Lager, das ihn im Bundestag oder Bundesrat vorgeschlagen hat, zuzuordnen sei. In der Praxis hat sich dies aber nicht sonderlich ausgewirkt. Schon die für die Wahl zum Bundesverfassungsrichter vorgesehene 2/3-Mehrheit hat hier vieles an politischen Einflüssen oder Einflussnahmen verhindert. Über das Kriterium der 2/3-Mehrheit muss ein Bundesverfassungsrichter, wenn er gewählt werden soll, in aller Regel für alle miteinander konkurrierenden politischen Lager oder Parteien kompromissfähig sein. Dies hat in aller Regel gut funktioniert. Dies umso mehr deshalb, als sich in der Praxis eingebürgert hat, dass man auch ein bestimmtes Kontingent von Bundesverfassungsrichtern von vorneherein als „politisch-neutral“ eingeordnet hat, dass mit anderen Worten auch die politischen Parteien von vorneherein ein bestimmtes Kontingent der zu wählenden Richter als von vorneherein „neutral“ zu begreifen und entsprechend zu qualifizieren haben. Insgesamt hat sich dieses Verfahren nach meiner Auffassung bewährt. Wenn über die Persönlichkeiten der Bundesverfassungsrichter selbst und am wirksamsten die Grenze zwischen Verfassungsrecht und Politik gezogen werden soll bzw. zu ziehen ist, so ist dies mit einem Verfahren, wie es in Deutschland praktiziert wird, vielleicht am ehesten zu erreichen.

Im demokratischen Rechtsstaat bedarf auch die Justiz, von der Verfassungsgerichtsbarkeit bis zu allen Fachgerichtsbarkeiten, naturgemäß der demokratischen Legitimation. Die Aufgabe der Justiz ist es, den Rechtsstaat zu wahren – und dies in richterlicher Unabhängigkeit (vgl. Art. 97 GG). Die demokratische Legitimation ist vor allem über die personelle Besetzung der Gerichte zu gewährleisten. Für das Bundesverfassungsgericht wurde dies vorstehend im Einzelnen dargelegt. Aber in Deutschland besteht auch Konsens darüber, dass auch die Besetzung der obersten Bundesgerichte, also die von Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht, Bundessozialgericht, Bundesarbeitsgericht und Bundesfinanzhof, der speziellen demokratischen Legitimation bedarf. Auch insoweit geht es wieder um das Wahlverfahren. Für diese obersten Bundesgerichte hat die deutsche Rechtsordnung allerdings ein anderes Verfahren gewählt als es für das Bundesverfassungsgericht gilt. Nach dem einschlägigen Richterwahlgesetz werden die Richter der obersten Bundesgerichte von einem Richterwahlausschuss gewählt, der sich aus den zuständigen Fachministern der Bundesländer und einer gleichen Zahl von Vertretern zusammensetzt, die der Deutsche Bundestag wählt. Da

die deutsche Justiz dem deutschen Bundesstaat gemäß sich vor allem aus den einzelnen Bundesländern speist, sind die zuständigen Fachminister solche der Bundesländer, nicht aber der Bundesjustizminister. Insofern verfügt der Richterwahlausschuss über 16 Mitglieder kraft Amtes (vor allem Landesjustizminister) und über die gleiche Anzahl von Vertretern, die der Deutsche Bundestag wählt, wobei nicht Voraussetzung ist, dass diese Mitglieder des Deutschen Bundestages sind. Auch dieses Verfahren hat sich durchaus bewährt. Es schafft die nötige demokratische Legitimation der Richter an den obersten Bundesgerichten und gewährleistet im Übrigen eine sehr bundesstaatlich orientierte Zusammensetzung der obersten Bundesgerichte. Denn die meisten fachlichen Personalvorschläge kommen naturgemäß aus den Bundesländern – vermittelt über die zuständigen Fachminister. Auch die vom Bundestag gewählten Mitglieder verfügen zwar über ein Vorschlagsrecht; aber auch dies orientiert sich in aller Regel anhand der personellen Erfahrungen aus den einzelnen Bundesländern. Die Einzelheiten zu diesem Verfahren sind im Richterwahlgesetz festgelegt.

Ungeachtet dessen stellen sich auch für die obersten Bundesgerichte die vorstehenden Probleme der richterlichen Wahrung von Gesetz und Recht auf der einen Seite und der Abgrenzung zum demokratischen Gestaltungsmandat des Gesetzgebers auf der anderen Seite. Die Probleme der Ersatzgesetzgeberschaft kraft Richterrechts sind auch hier in Deutschland durchaus aktuell und viel diskutiert. Die maßgebenden Fragen hierzu sind im Ergebnis aber ähnlich zu bewerten, wie dies für das Bundesverfassungsgericht und dessen kompetenzielle Abgrenzung zum gesetzgeberischen Gestaltungsmandat dargetan wurden.