

# Bewährt oder reformbedürftig? Für und Wider das aktuelle Verfahren der Richterauswahl zum Bundesverfassungsgericht

von Uwe Kranenpohl

*Das Auswahlverfahren der Richter am Bundesverfassungsgericht ist hochgradig intransparent und deshalb immer wieder öffentlicher Kritik ausgesetzt. Auch (ehemalige) Karlsruher Richterinnen und Richter identifizieren deutliche Defizite des bestehenden Prozesses; vor allem fänden die funktionalen Bedürfnisse des Gerichts nur unzureichende Berücksichtigung. Zweifelhaft ist aber, ob die aktuell diskutierten Reformvorschläge diese Defizite zu beheben vermögen – eine genauere Betrachtung des „Falls Dreier“ stimmt zumindest skeptisch. Im Ergebnis wäre auch ein reformiertes Auswahlverfahren bei der Suche nach der passenden Person an eine Vielzahl von Kriterien gebunden, die eine vor allem funktional orientierte Richterauswahl unrealistisch erscheinen lassen.*

*The process of nominating and electing the judges at the German Federal Constitutional Court is highly intransparent and therefore often criticized publicly. Even (former) judges identify certain structural deficits, not least a lack of concern for the functional requirements of the Court. It is uncertain whether the current proposals for reform could address these problems. In the light of the circumstances surrounding Horst Dreier's candidacy, there is ample reason to be sceptical. Furthermore, the selection committee would still need to consider a great variety of other criteria in the nomination process, casting further doubt on the feasibility of a mainly functionally oriented candidate selection.*

## I. Einleitung

Für aufmerksame Leser der Frankfurter Allgemeinen (FAZ) oder der Süddeutschen Zeitung (SZ) kommen sie so sicher wie Meldungen über überraschende Wintereinbrüche oder verregnete Sommer: die Berichte im Vorfeld allfälliger Neubesetzungen von Richterstellen am Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Stets werden dabei – für den Leser in ihrer Seriosität nicht zu beurteilende – „Wasserstände“ mit Blick auf mögliche Kandidaten vermeldet.<sup>1</sup> Immer wieder

Ich danke Harald Braumann, Johanna Flierl, Henrik Gast und Stefan Köppl sowie den beiden anonymen Gutachtern für zahlreiche hilfreiche Anmerkungen.

<sup>1</sup> Vgl. etwa Prantl, H.: Zu jung? Zu alt? Zu schwarz? Zu rot?, in: SZ, 15.10.2010, 5.

finden sich auch Argumente zu einem angeblich problematischen Einfluss der politischen Parteien auf das Bestellungsverfahren. Mitunter sind sogar die graphischen Illustrationen neben den entsprechenden Artikeln identisch.<sup>2</sup>

Die Aufmerksamkeit für die Rekrutierungsmechanismen zum fünften Verfassungsorgan erreichte mit der Kontroverse um *Horst Dreier*, der von der SPD als Nachfolger des Vizepräsidenten *Winfried Hassemer* ins Spiel gebracht wurde, einen neuen Höhepunkt.<sup>3</sup> Besondere Brisanz gewann diese Personalie nicht zuletzt dadurch, dass implizit auch über das Amt des Präsidenten des BVerfG entschieden wurde, das jeweils zwischen den Senaten wechselt. Es war mithin klar, dass der Nachfolger von *Hassemer* im Vorsitz des Zweiten Senats auch Nachfolger von *Hans-Jürgen Papier* im Präsidentenamt<sup>4</sup> werden würde.<sup>5</sup>

Prägend für die juristische wie politikwissenschaftliche Diskussion ist dabei das deutliche Übergewicht kritischer Einschätzungen des Rekrutierungsverfahrens;<sup>6</sup> Ähnliches findet sich vielerorts auch in der Publizistik.<sup>7</sup> Dabei konzentrieren sich die Einwände auf drei Punkte:

- Auf beträchtliche Kritik stößt der klandestine Charakter des Auswahlverfahrens, bei dem es weder offizielle Kandidaturen – geschweige denn öffentliche Kandidatenpräsentationen – noch ein für die Öffentlichkeit nachvoll-

2 Vgl. *Prantl, H.*: Die Nothelfer von Karlsruhe, in: *SZ*, 16./17.02.2008, 5; *ders.*: Zu jung?, a.a.O.

3 Es ist an dieser Stelle unmöglich, die intensive publizistische Diskussion auch nur ansatzweise nachzuzeichnen. Verwiesen sei hier deshalb nur auf: *Stolleis, M.*: Konzertierter Rufmord, in: *Merkur* 62/8 (2008), 717-720.

4 Voraussetzung ist selbstverständlich, dass die Amtsdauer des Vizepräsidenten jene des Präsidenten übertrifft, weshalb der aktuelle Vizepräsident *Ferdinand Kirchhof* (Amtszeit bis 2018) voraussichtlich nicht Präsident *Andreas Voßkuhle* (Amtszeit bis 2020) nachfolgen wird.

5 Allerdings sollte der „Fall *Dreier*“ auch nicht zum Präzedenzfall hochstilisiert werden, trugen doch – insbesondere bei der Bestellung der Präsidentenposten – die Parteien ihre Kontroversen immer wieder in die Öffentlichkeit: So scheiterten 1971 die Kandidatur von *Emmy Diemer-Nicolaus* (FDP) und 1994 die von *Herta Däubler-Gmelin* (SPD). Vgl. *Lembcke, O.W.*: Wahl und Auswahl, in: *Liedheger, A./Oppelland, T.* (Hg.): Parteiendemokratie in der Bewährung, Baden-Baden, 2009, 105-116, hier 102f.

6 Vgl. etwa: *Geck, W.K.*: Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter, in: *Isensee, J./Kirchhof, P.* (Hg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1998, 697-735, hier 705-711; *Landfried, Chr.*: Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *van Ooyen, R.Chr./Möllers, M.H.W.* (Hg.): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, 2006, 229-241. Einen Kurzüberblick bietet: *Herrmann, D.*: Politikwissenschaftliche Forschung zum Bundesverfassungsgericht, in: *Schrenk, K.H./Soldner, M.* (Hg.): *Analyse demokratischer Regierungssysteme*, Wiesbaden, 2010, 401-425, hier 414f.

7 So verweist *Heribert Prantl* in der *SZ* ausdauernd auf die kritische Einschätzung *Richard Thomas*, das Verfahren sei „von Haus aus verfassungswidrig“ (a.a.O.), obwohl *Thoma* dies lediglich auf die Wahl durch den Bundestag nach § 6 BVerfGG bezog, vgl. *Thoma, R.*: Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 6 (1956), 161-194, hier 188.

ziehbares Entscheidungsverfahren gibt.<sup>8</sup> Tatsächlich haben die in den Medien erörterten Kandidatenvorschläge immer den Charakter von *on-dits*. Daher erregte es durchaus Aufsehen, als die ehemalige Präsidentin des BVerfG *Jutta Limbach* – unter Durchbrechung der Regeln des „politischen Grundbuches“ – erfolglos die ehemalige FDP-Justizministerin *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* als Kandidatin propagierte.<sup>9</sup>

- Speziell wird das Wahlverfahren für die vom Bundestag zu bestimmenden Richter kritisiert. Diese würden gem. § 6 BVerfGG *contra constitutionem* nicht durch das Plenum, sondern vom nicht öffentlich tagenden und zudem zur Verschwiegenheit verpflichteten zwölfköpfigen Wahlausschuss bestimmt.<sup>10</sup>
- Vor allem aber wird beklagt, das Bestellungsverfahren gebe den Parteien ein faktisches Auswahlmonopol, woraus eine Rekrutierung nach parteipolitischen Kriterien und Proporzüberlegungen resultiere, während die fachliche Qualifikation der Kandidaten in den Hintergrund trete.<sup>11</sup>

Die Kritik des Publikums ist also harsch. Wie aber sehen die Gewählten selbst den Auswahlprozess? Und welchen Eindruck haben sie selbst hinsichtlich der Stärken und Schwächen des Verfahrens? Eine Antwort geben Befunde aus insgesamt 30 Leitfadenterviews, die im Rahmen eines größeren Forschungsprojekts über die gesamte Struktur des Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses je zur Hälfte mit aktiven und ehemaligen Richterinnen und Richtern des BVerfG geführt wurden. Die Gesamtdauer der Interviews betrug mehr als 27 Stunden.<sup>12</sup>

Die Ergebnisse unterliegen aufgrund der Anlage der Untersuchung selbstverständlich einem *bias*: Welcher Richter des BVerfG verwürfe schon ein Bestellungsverfahren, dem er selbst sein Amt verdankt?<sup>13</sup> Diesem Einwand sind jedoch zwei Überlegungen entgegenzugesetzt: Zunächst sind nun einmal jene, die in den organisatorischen Strukturen der Verfassungsrechtsprechung arbeiten, in besonderer Weise geeignet, die Funktionsfähigkeit eines Bestellungsverfahrens zu

8 Vgl. *Landfried, Chr.*: Wahl der Bundesverfassungsrichter, a.a.O., 233f.

9 Vgl. *Limbach, J.*: Weil sie dem Rechtsstaat Ehre macht, in: SZ, 24.09.2007, 6.

10 Vgl. *Pieper, St.U.*: Verfassungsrichterwahlen, Berlin, 1998, 29-36.

11 Vgl. *Billing, W.*: Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, Berlin, 1969, 229-238; *Geck, W.K.*, a.a.O., 709; *Pieper, St.U.*, a.a.O., 36f.

12 Gesamtdauer der Interviews – 1.636 Minuten; Median – 53 Minuten. Den Interviewpartnern wurde Anonymität zugesichert, weshalb im Folgenden auch nur die männliche Form verwendet wird. Vgl. für nähere Angaben zur Datenerhebung: *Kranenpohl, U.*: Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, Wiesbaden, 2010, 64-79.

13 Insofern überrascht es auch nicht, wenn (ehemalige) Richter das Verfahren regelmäßig in der Öffentlichkeit verteidigen. Vgl. etwa *Grimm, D.*: Nicht den Parteien, sondern der Verfassung dienstbar, in: FAZ, 19.02.2000, 11; *ders.*: Gute Wahl, in: Die Zeit, 24.04.2008, 15.

beurteilen. Deshalb wiegt Kritik aus eben jenem Kreise von Privilegierten auch besonders schwer. Zudem sollte beachtet werden, dass durch eine eventuelle Reform des Bestellungsverfahrens nicht das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird: Soweit dies möglich ist, sollten also bestehende Defizite behoben und Bewährtes beibehalten werden. Dies kann aber nur geschehen, wenn die Vor- und Nachteile des aktuellen Verfahrens auch benannt werden.

Im Weiteren wird zunächst das bestehende Auswahlverfahren kurz vorgestellt (II). Es folgt eine Darstellung der Stärken (III) und insbesondere der Schwächen des Auswahlverfahrens aus Sicht der Richter (IV) sowie deren Einschätzung zu Reformvorschlägen (V). Abschließend wird erörtert, welche Schlüsse daraus insbesondere nach den Erfahrungen im „Fall *Dreier*“ zu ziehen sind (VI).

## II. Grundzüge des Auswahlverfahrens

Angesichts der Bedeutung des BVerfG und der beträchtlichen Aufmerksamkeit, die die Auswahl seiner Richter findet, überrascht es, dass über die informellen Teile dieses Prozesses kaum wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen. Die Wahlordnung (§§ 5 bis 9 BVerfGG) sieht für die Bestimmung der Richter am BVerfG eine Zweidrittelmehrheit im Wahlausschuss des Bundestages bzw. im Bundesrat vor. In Anbetracht dieser hohen Mehrheitserfordernisse hat sich im Vorfeld der Wahlhandlungen eine Reihe von Gewohnheiten ausgebildet, die einen möglichst reibungslosen Ablauf gewährleisten sollen:<sup>14</sup>

- Union und SPD wird ein Vorschlagsrechtsrecht für jeweils vier Richter eines Senats sowie im Wechsel für die Posten des Präsidenten und Vizepräsidenten zugebilligt. Üblicherweise tritt die im Bund regierende Partei das Vorschlagsrecht für einen Posten an ihren kleinen Koalitionspartner ab. In ähnlicher Weise hat die CSU innerhalb des Unionskontingents ein Nominierungsrecht. Andererseits sichert das Mehrheitserfordernis zugleich ein Veto-recht der jeweils anderen großen Partei.
- Mit der parteipolitischen Orientierung eines Kandidaten ist es aber nicht getan, deshalb suchen parteiinterne ‚Findungskommissionen‘ [...] nach Kandidaten, die ihnen genehm erscheinen und bereit sind, nach Karlsruhe zu wechseln. Während die Bedeutung einer annähernden konfessionellen Parität inzwischen zurückgegangen ist, ach-

14 Vgl. *Wewer, G.*: Die funktionale Notwendigkeit informeller Gremien für das Regieren in der Bundesrepublik, in: *Hartwich, H.-H./ders.* (Hg.): *Regieren in der Bundesrepublik II*, Opladen, 1991, 193-202; *Stüwe, K.*: *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 1997, 134-157.

ten die Landesregierungen [...] wie bei allen obersten Gerichtshöfen des Bundes neben dem Parteienproporz [...] auf inoffizielle Länderquoten bzw. einen gewissen ‚Nord-Süd-Ausgleich‘.<sup>15</sup>

Zwischenzeitlich zielte man auch auf eine angemessene Berücksichtigung von Frauen, so dass in den vergangenen Jahren zumindest drei, meist aber vier Richterstellen mit Frauen besetzt waren.

- Angesichts der vielfältigen Proporz- und Konsenserfordernisse sind komplexe Aushandlungsprozesse zwischen Bundesregierung, Bundestagsmehrheit und Opposition, den Parteien sowie Bundes- und Landesebene erforderlich. Daher werden die inoffiziellen Beratungen [...] schließlich in einer interfraktionellen Bund/Länder-Arbeitsgruppe koordiniert, für die es keine rechtliche Grundlage gibt und deren Mitgliederzahl oder Verfahren von daher auch nirgendwo festgelegt ist.<sup>16</sup>
- Bundesrat und Bundestag (bzw. der Wahlausschuss des Parlamentes) vollziehen durch ihre Wahlakte letztlich nur noch die Vereinbarungen dieser Arbeitsgruppe, weshalb die Wahlen dann meist auch einstimmig erfolgen.<sup>17</sup>

### III. Positive Aspekte des Auswahlverfahrens aus Sicht der Richter

In ihrer Beurteilung des Auswahlverfahrens kommen die Befragten – wenig überraschend – zu insgesamt positiven Einschätzungen. Als zentrales Argument für diese Beurteilung wird angeführt, dass

es vom GG so gewollt [ist], dass die Parteien <beteiligt sind><sup>18</sup>. Wahlgremien sind der Wahlausschuss des Bundestages und der Bundesrat, die sind parteipolitischen Einflüssen ausgesetzt. Wenn man das Wahlverfahren so konstruiert, will man, dass die Parteien auch einen bestimmten Einfluss auf das BVerfG haben. (Interview Nr. 18)

Nach Einschätzung der Interviewpartner hat sich dieses Auswahl- und Bestellungsverfahren insofern bewährt, als bisher meist ein angemessener Ausgleich zwischen den politischen Kräften stattfand und in den meisten Fällen auch Richter für das BVerfG ausgewählt wurden, die breitere politische Akzeptanz finden konnten:

15 *Wewer, G.*, a.a.O., 198. So scheiterte bei der Wahl des Nachfolgers von *Hans-Joachim Jentsch* die Kandidatur *Ferdinand Kirchhofs* offenbar erst in letzter Minute unter anderem an der landsmannschaftlichen Komponente, vgl. *Kerscher, H./Prantl, H.*: Vorläufiger Karriereknick, in: *SZ*, 08.07.2005, 9.

16 *Wewer, G.*, a.a.O., 199.

17 Vgl. *Schulze-Fielitz, H.*: *Der informale Verfassungsstaat*, Berlin, 1984, 30-32.

18 Spitze Klammern (<...>) kennzeichnen erläuternde Zusätze in den Interviewauszügen.

Die Besetzung erfolgt praktisch schon immer ‚großkoalitionär‘. Durch eine solche Besetzung, nach der die beiden großen Parteien faktisch gemeinsam die Richter bestimmen, wird doch ausgeschlossen, dass richtige ‚Parteiarbeiter‘ mit dem ganz direkten Draht zu aktiven Politikern hier auftauchen. Da würde die andere Partei vor-sichtig werden. Große Koalition heißt ja nicht ‚Kumpanei‘, sondern dass man sich in einem bestimmten kooperativen Wege wechselseitig beobachtet. Das ist bei diesen Entscheidungen immer schon so gewesen. (Interview Nr. 28)

Insbesondere sei es durch das Bestellungsverfahren gelungen, einen Ausgleich zwischen der durchaus gewünschten Nähe der Berufenen zur Politik und einer allzu starken parteipolitischen Bindung zu finden. Kandidaten, von deren Fähigkeit zum erfolgreichen Rollenwechsel von der Politik in die Verfassungsrecht-sprechung nicht alle Beteiligten überzeugt waren, scheiterten regelmäßig:

Dieses Ausleseverfahren hat bisher in der großen Mehrzahl aller Fälle geklappt. [...] Sie haben ja gesehen, dass es um Besetzungen immer wieder dann Auseinandersetzungen zwischen den Parteien gegeben hat, wenn man den Eindruck hatte, da ist jemand im Grunde genommen so ‚festgezurt‘, so sehr im parteipolitischen Denken verhaftet und in den zurückliegenden Jahren an der ‚Front‘ <aktiv> gewesen, dass man ihm im Grunde nicht zutraut zu wissen, dass sich die Vernunft manchmal auch auf der anderen Seite aufhält. (Interview Nr. 29)

Es gibt einige Beispiele, wo parteipolitisch besonders pointierte Persönlichkeiten dann nicht gewollt wurden. Das merkt man schon; wer hier ankommt, ist meist nicht der ‚Parteisoldat‘. (Interview Nr. 28)

Solche Probleme seien aber ohnehin die Ausnahme, da auch zahlreiche informelle Normen innerhalb des BVerfGs auf eine unparteiische Haltung eines Richters hinwirken.<sup>19</sup> Einige Gesprächspartner weisen zudem darauf hin, dass in der Vergangenheit erfreulicherweise auch die formale Parteimitgliedschaft als Nominierungskriterium an Bedeutung verloren habe:

Wie die Parteien das im Einzelnen handhaben, mit wie viel Fingerspitzengefühl? Ich finde, die machen das eigentlich in letzter Zeit gut. Im Zweiten Senat gibt es z.B. kein SPD-Mitglied mehr. Die Parteien schlagen durchaus nicht nur ihre Mitglieder vor. (Interview Nr. 18)

Ein anderer Interviewpartner begrüßt ganz ausdrücklich, dass die Bedeutung des ‚politischen Grundbuchs‘ in Karlsruhe zumindest hinsichtlich der von den Kandidaten vorzuweisenden Parteibücher abgenommen habe und kontrastierte dies mit den Verhältnissen in früheren Jahren:

<sup>19</sup> Vgl. Kranenpohl, U.: Schleier, a.a.O., 439-485.

Am Anfang war es so, dass drei <Partei>mitglieder sein mussten. [...] Ich fand es immer kaum erträglich, dass für parteilich nicht Gebundene nur ein Viertel der Sitze vorgesehen war. Das hat sich erfreulicherweise rückgebildet. [...] Vielleicht sehen die Parteien ein, dass sie am besten bedient sind, wenn sie kompetente Personen hinschicken, die auch was ausrichten im Senat. Und nicht einen, von dem sie sagen: „Der liegt auf der Linie, aber was bewirkt der?“ Auch im Gericht kann ja einer zum Statisten werden. (Interview Nr. 13)

Nach Einschätzung der Richter ist es ohnehin so, dass Entscheidungen nur selten entlang der Parteilinien getroffen werden. Angesichts der Vertraulichkeit der Beratung sei dies für das Publikum allerdings nur bedingt nachvollziehbar, so dass auch professionelle Beobachter Fehleinschätzungen unterlägen:

Leute wie Herr *Fromme* <von der FAZ> haben seinerzeit dann abgezählt... Das war eigentlich immer falsch – auch wenn das Abstimmungsergebnis bekannt war. Er hat es meistens falsch zugeordnet. [...] Wenn nur mitgeteilt wurde: „Die Entscheidung ist mit 6:2 <ergangen>“: Die zwei, die er dann meinte, ermitteln zu können, waren fast immer falsch [schmunzelt]! (Interview Nr. 11)

Im Gegenteil ist es eher so, dass sich die Richter gegenüber den Positionen der Parteien, die sie nominiert haben, stark emanzipieren. Mitunter vertreten sie auch völlig gegenteilige Auffassungen.<sup>20</sup> Dies konstatierte schon *Martin Hirsch* in den 70er Jahren in einem Interview:

Ob Sie es glauben oder nicht, Parteipolitik spielt im BVerfG keine Rolle [...]. Aber es kann durchaus sein, dass einer, der aus der CDU kommt, mehr für die Freiheit, einer, der aus der SPD kommt, mehr für Ordnung ist.<sup>21</sup>

Ein Befragter räumte sogar freimütig ein, im Verlaufe der Beratungen manche Personalentscheidung der Parteien für kaum nachvollziehbar gehalten zu haben. Gleiches gelte aber auch für die Entscheidung von Kollegen, dieser oder jener Partei anzugehören:

Man hat das Gefühl: Warum die Partei den auch immer vorgeschlagen hat? Ich weiß jedenfalls von ihm sehr viel mehr als die. [...] Man ahnt bei manchen, warum sie in dieser Partei sind, bei manchen weiß man es nicht. Und es gibt Fälle, wo man sich denkt: Welcher blödsinnige Gedanke hat denn *den* in *die* Partei getrieben? (Interview Nr. 27)

20 Vgl. etwa *Sontheimer, K./Bleek, W.*: Grundzüge des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, München, 2005, 353.

21 *Lamprecht, R./Malanowski, W.*: Richter machen Politik, Frankfurt a.M., 1979, 60. So meint auch einer der Befragten amüsiert: „A wurde von der SPD vorgeschlagen und war nun besonders konservativ [lacht]!“ (Interview Nr. 15)

Naheliegend wäre zunächst auch die Vermutung, dass sich die Mitglieder ihrer jeweiligen Partei besonders verbunden fühlen, während die ‚Nahestehenden‘ bzw. die von den Parteien vorgeschlagenen ‚Neutralen‘ sich eine größere Freiheit einräumen.<sup>22</sup> Nach der Erfahrung der Befragten ist aber eher das Gegenteil der Fall, die Bindung „parteiloser“ Richter an ihr Entsendelager sei mitunter höher als jene der Parteimitglieder:

Ich kenne Personen, die keiner Partei angehören, die in ihrer politischen Einstellung aber sehr viel besser einzuordnen sind und deren Abstimmungsverhalten man viel präziser vorherbestimmen kann, als man das bei einem Parteimitglied könnte. (Interview Nr. 16)

Oft ist es so, dass der ‚Neutrale‘ gerade der besonders Linke oder besonders Schwarze ist. (Interview Nr. 15)

Ein Interviewpartner erklärte diese Beobachtung damit, dass sich die Parteimitglieder einer möglichen politischen Beeinträchtigung ihres juristischen Urteilsvermögens bewusster seien, weshalb sie eine daraus resultierende Voreingenommenheit leichter entdeckten und überwinden als jene, die sich vermeintlich frei davon hielten:

Ich selbst habe eher das Gegenteil festgestellt. Es gab zwei oder drei Mitglieder, die nicht gebunden waren. Die waren mitunter in Entscheidungen „zu“, obwohl sie keine Parteimitglieder waren. Ein „Parteimann“ ist in diesem Punkte sehr viel reflektierter, während derjenige, der das nicht ist, seine eigenen Abhängigkeiten relativ wenig reflektiert. (Interview Nr. 20)

Nach dieser Beurteilung scheint die große Bedeutung, die der formalen Parteimitgliedschaft eines Kandidaten in der öffentlichen Diskussion mitunter zugesprochen wird, deren tatsächlichen Einfluss weit zu überschätzen.

#### IV. Defizite des Verfahrens

Trotz der insgesamt positiven Einschätzung des Berufungsverfahrens und seiner Ergebnisse konstatieren aber fast alle Befragten auch Defizite. Letztlich sei das Auswahlverfahren vor allem von aktuellen (partei)politischen Erwägungen gesteuert, während funktionale Überlegungen in den Gremien kaum Berücksichtigung fänden. Daraus resultierten auch ggf. problematische Einseitigkeiten hinsichtlich der beruflichen Werdegänge der Nominierten.

<sup>22</sup> Vgl. zu den ‚Neutralen‘: *Frank, H.*: Die „neutralen“ Richter des Bundesverfassungsgerichts, in: *FS Wolfgang Zeidler*, Berlin/New York, 1987, 163-173.

Im Geflecht von parteiinternen Findungskommissionen, Abstimmungsrunden der Länder und der letztlich die Personalfragen klärenden Arbeitsgruppe entscheiden wenige Personen unter Ausschluss der Öffentlichkeit eher situativ über sehr bedeutsame Personalfragen. Angesichts der komplexen Abstimmungsprozesse liegt es nahe, dass solche Prozesse inkrementalistisch ablaufen.<sup>23</sup> Eben diesen Vorwurf, dass sich die ins Auge gefassten Problemlösungen nicht an längerfristigen Überlegungen, sondern lediglich an ihrer Konsens- und Durchsetzungsfähigkeit im Entscheidungsprozess orientieren,<sup>24</sup> es also zu einem ‚Durchwursteln‘ in Personalfragen komme, machte ein Interviewpartner den politischen Gremien:

In der Auswahl der Verfassungsrichter ist überhaupt keine Kontinuität vorhanden. Das ist ein Zufallsprodukt! Die haben ja gar keine Parameter, wonach sie das machen. Der einzige Parameter ist, dass sie drei Bundesrichter drin haben müssen. (Interview Nr. 21)

Dies bestätigt – mit leicht verzweifelmtem Unterton – ein anderer Richter, der darauf verweist, dass die Politik bei den Berufungen in keiner Weise die einschlägigen Erfahrungen berücksichtige, welche die Kandidaten auf unterschiedlichen Rechtsgebieten aufwiesen – und schon gar nicht die daraus folgenden Konsequenzen:

Als jetzt z.B. über A <als Kandidat> gesprochen wurde: Das wäre der fünfte Professor im Senat gewesen und der dritte vom B-Recht. Von den Bedürfnissen des Senats her wäre das keine gute Entscheidung gewesen – was jetzt gar nichts mit der Qualifikation zu tun hat. Da muss jemand hin, der parlamentarische Erfahrung, Verwaltungserfahrung hat, als Anwalt <gearbeitet hat>. Das halte ich für wichtig, dass das mit eingehen kann. (Interview Nr. 13)

Insofern gewinnt die Frage an Bedeutung, auf welche Weise mögliche Kandidaten überhaupt die Aufmerksamkeit der Findungskommission gewinnen können. Zwar führt das Bundesjustizministerium zwei Kandidatenlisten, doch können diese kaum über die letztendlich relevanten Auswahlkriterien Auskunft geben:

- Denn die Liste führt gemäß § 8 I BVerfGG lediglich die wählbaren Bundesrichter auf und ist schon von daher sehr umfangreich.
- Nach § 8 II BVerfGG ist eine weitere Liste zu führen, für welche die Kandidaten von den Bundestagsfraktionen, der Bundesregierung oder einer Landesregierung – also den politischen Akteuren, die sie letztendlich rekrutieren

23 Vgl. Lindblom, Ch. E.: The Science of ‚Muddling Through‘, in: Public Administration Review 19/2 (1959), 79-88.

24 Vgl. Nohlen, D.: Inkrementalismus, in: ders. (Hg.): Lexikon der Politik, Bd. 7, München, 1998, 273f.

– vorgeschlagen werden müssen. Bei dieser Liste ist zu erwarten, dass mancher Kandidat erst am Ende des informellen Auswahlprozesses *pro forma* von der ihn vorschlagenden Seite gemeldet wird.

Ausschlaggebend ist deshalb die Frage, welche Aufmerksamkeitsimpulse einen Juristen zum potentiellen Richter am BVerfG machen. Gerade für die nicht von den obersten Bundesgerichten zu berufenden Personen scheint bedeutend zu sein, ob und wie sie sich vor den Schranken des BVerfG geschlagen haben:

Ich meine manchmal, man macht sich das seitens der Parteien zu einfach mit den Berufungen. Man nimmt einen, von dem man <was> weiß <aus Verfahren vor dem BVerfG>. C hat zum Beispiel eine glänzende Figur gemacht als Vertreter des Bundestages beim D-Verfahren. Da drängte es sich geradezu auf, einen solchen Mann nun zum Richter zu machen. [...] Ich habe den Eindruck, wenn man keinen Bundesrichter nehmen muss, greift man auf die Professoren zurück, die sich bemerkbar gemacht haben. (Interview Nr. 7)

Ich werde immer gefragt: „Wir wird man Verfassungsrichter?“ Was weiß ich? Aber wenn es jemand darauf anlegt, ist das eindeutig der beste Weg: Mitarbeiter <am BVerfG>, Hochschulprofessor, Prozessvertretungen. (Interview Nr. 12)

Anlass zur Kritik am Auswahlverfahren gibt deshalb auch das berufliche Profil der nach Karlsruhe berufenen Richter. So wird durchwegs kritisiert, dass die einzelnen juristischen Tätigkeitsbereiche inadäquat in Karlsruhe vertreten seien. Ein Gesprächspartner skizziert gar eine Berufsquote, welche beide Senate aus seiner Sicht erfüllen sollten:

Rechtsanwälte fehlen! E war zwar auch Anwalt und im anderen Senat gab es lange Zeit F, aber im Moment... Die Anwaltschaft müsste eigentlich auch in jedem Senat vertreten sein. So würde ich mir das wünschen: ein Politiker, ein Anwalt, drei Bundesrichter und es würden auch drei Professoren reichen! [lacht] Womit ich gegen keinen der aktuellen irgendetwas sagen möchte. Aber ich finde das professorale Element etwas zu stark ausgeprägt. (Interview Nr. 18)

Der Tenor der Befragten fällt in dieser Hinsicht eindeutig aus, denn fast ausnahmslos – also auch seitens der Wissenschaftler – wird beklagt, es seien zu viele Hochschullehrer in den Senaten vertreten, während Politiker und Anwälte chronisch unterrepräsentiert seien:

Ich würde es begrüßen, wenn wir mehr gestandene Politiker im Gericht hätten – <und> auch Anwälte! Alles, was mehr in die Praxis geht, würde ich sehr begrüßen, und ich würde dafür plädieren, das Professorenamt als Auswahlkriterium der Politik für die Positionen zurückzudrängen. (Interview Nr. 12)

Gerade das Fehlen der rechtsberatenden Berufe wurde von sehr vielen Interviewpartnern als Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des BVerfG beurteilt, zumal doch in Rechnung gestellt werden müsse, dass Rechtsanwälte die größte Berufsgruppe unter den Juristen darstellten. Es sei durchaus als problematisch anzusehen, dass diese Profession im höchsten deutschen Gericht eine gleichsam „exotische“ Erscheinung sei:

Es fehlen im Augenblick völlig die Rechtsanwälte – und zwar waren die immer schwach vertreten. [...] Das ist ja eine Berufsgruppe, die in der juristischen Praxis eine ganz zentrale Rolle spielt, von der Zahl der Berufstätigen sogar eindeutig dominant ist. Dass die überhaupt nicht bei uns vertreten sind... [...] Die Vertreter der Verbände beklagen das immer, aber wir suchen unsere Kollegen ja nicht aus. Ich bin sehr dafür, dass wir wieder mal ein oder zwei Anwälte in die Senate bekommen. [...] Aber das liegt nicht an uns, das liegt an den Auswahlinstitutionen. (Interview Nr. 17)

Allerdings könne – so der Gesprächspartner weiter – auch der Verweis auf die Politik als Begründung nicht wirklich befriedigen, da in den Parlamenten doch sehr viele Anwälte vertreten seien. So waren von den Abgeordneten der 17. Wahlperiode des Deutschen Bundestages immerhin 69 (also ein Neuntel) Anwälte oder Notare:<sup>25</sup>

Dass die Politik sich nicht dafür erwärmt... Oder es kommen keine entsprechenden Vorschläge. [...] Man muss ja sehen: In den Gremien, in denen entschieden wird (zumindest soweit es die Bundestagsseite betrifft), sitzen sehr viele Anwälte. Deswegen wundert mich das eigentlich, dass die nicht willens oder auch nicht in der Lage sind, aus ihrem jeweiligen politischen Spektrum Anwälte vorzuschlagen. (Interview Nr. 17)

Wobei selbstverständlich zu beachten ist, dass Berufsrichter und Hochschullehrer deutlich leichter abkömmlich sind; sie verbleiben auch in Karlsruhe im Altersversorgungssystem der Beamten bzw. Richter und jüngere Mitglieder können nach Ablauf ihrer Amtszeit in Karlsruhe in die angestammte Position zurückkehren und ihre Karriere fortsetzen. Beides ist für Freiberufler in dieser Form nicht möglich, so dass ein Wechsel nach Karlsruhe für Anwälte ein beträchtliches wirtschaftliches Risiko darstellt, das im Rahmen der bestehenden Besoldungsregelungen nicht auszugleichen ist.

25 Vgl. *Kintz, M.*: Die Berufsstruktur der Abgeordneten des 17. Deutschen Bundestages, in: *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 41/3 (2010), 491-503, hier 494. Wobei diese Zahl nur jene Parlamentarier berücksichtigt, die tatsächlich freiberuflich als solche tätig waren – die Zahl der Juristen, die als Rechtsanwälte praktizieren könnten, liegt also noch deutlich höher.

Deshalb fehlt den Spruchkörpern des BVerfG schließlich, so die kritische Analyse eines Richters, auch jener ökonomische Sachverstand völlig, der gegebenenfalls von Wirtschaftsanwälten (oder Juristen aus Unternehmen) eingebracht werden könnte; ein Monitum, welches in den 80er Jahren bereits von *Christine Landfried* in ihrer Untersuchung über das BVerfG erhoben wurde:<sup>26</sup>

Was generell nicht hinreichend im BVerfG vertreten ist, ist der wirtschaftswissenschaftliche Sachverstand. Wir sind natürlich nicht Wirtschaftswissenschaftler. Aber wenn Sie heute die ganzen Probleme sehen, die wir im Sozialrecht, im Steuerrecht, in den Haushalten, im Beamtenrecht u.ä. zu bewältigen haben, dann sind dies Dinge, die volkswirtschaftlich enorme Auswirkungen haben. Da würde mir manchmal etwas mehr Sachverstand in diese Richtung dienlich erscheinen. [...] Ich denke, da muss das BVerfG darauf achten, dass es diese Dinge mit im Blick hat, denn das ist einfach ein Bereich, der berücksichtigt werden muss. (Interview Nr. 16)

Dass die Berufsstruktur der an das BVerfG berufenen Richter veränderbar ist, beweist allerdings der Fall der inzwischen nach Ansicht der Befragten zu stark vertretenen Gruppe der Hochschullehrer. Zunächst verhielt es sich lange Zeit in Karlsruhe gänzlich anders:

Früher hat man geglaubt, man bekommt nicht genug Staatsrechtsprofessoren, jetzt ist es gerade umgekehrt. (Interview Nr. 22)

Aus dieser nach Meinung vieler Gesprächspartner inzwischen obsolet gewordenen Sorge um die Einbindung der Staatsrechtslehrer entstand deren Privilegierung nach § 3 IV BVerfGG, der den Hochschulprofessoren zubilligt, nach einer Berufung in das BVerfG weiter an ihrer Universität tätig sein zu dürfen. Daraus resultieren aus Sicht der übrigen Mitglieder des Gerichts allerdings beträchtliche Funktionsdefizite:

Die Professoren dürfen als einzige ihren Beruf beibehalten und sind eigentlich <zeitlich> überfordert. Professoren haben auch nach wie vor das Bedürfnis, in ihrer Zunft hohes Ansehen zu genießen. Was bedeutet, dass sie die Zunft weiter pflegen. Sie fahren zu den Staatsrechtslehrtagungen usw., halten dort Referate, wenn Sie Auslandsprofessuren haben in Yale oder Berkeley, dann sind sie auch noch Wochen in Amerika. [...] Das ist alles sehr honorig, aber das BVerfG ist ein wahnsinnig belasteter Laden, die anderen ächzen darunter, dass jetzt ihre zwanzig, dreißig ‚Dreiersachen‘ im Monat liegen bleiben. Die stapeln sich in den Zimmern. (Interview Nr. 27)

Die starke Vertretung von im Wissenschaftsbetrieb verankerten Personen führt aber nach Auffassung einiger Gesprächspartner noch zu viel tiefgreifenderen

26 Vgl. *Landfried, Chr.*: Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Baden-Baden, 1984, 167f.

Funktionsproblemen, da die praktische Orientierung der Verfassungsgerichtsbarkeit an den zu entscheidenden Fällen gegenüber der primär rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit abstrakten Problemen ins Hintertreffen zu geraten drohe:

Berufsrichter denken kombinatorisch: Problem, Ergebnis und Entscheidung. Während es bei Hochschullehrern eher so ist, dass das Problem eine ‚Selbstenwicklung‘ durchmacht, sich löst vom Gesamtkomplex. Zum Gesamtkomplex gehört der Sachverhalt, das Rechtsproblem und das Ergebnis. Das ‚verselbständigt‘ sich dann unter Umständen – ganz vorsichtig ausgedrückt. (Interview Nr. 25)

Als belastend empfinden es einige der Befragten insbesondere, wenn sie den Eindruck haben, in den Voten eines Berichterstatters überwiege der wissenschaftliche Gutachtenstil gegenüber dem ergebnis- und entscheidungsorientierten Urteilsstil. Darunter leide mitunter die Eindeutigkeit und Brauchbarkeit der Beratungsgrundlagen:

Die schwierigsten sind die Professoren, die eben für jedes Argument auch gleich ein Gegenargument finden, dies manchmal bei der eigenen Stellungnahme selber vortragen, dadurch vielleicht auch die anderen manchmal irritieren. Sie sagen: „Die Rechtsfrage sehe ich so und so.“ Und dann kommt sofort, wenn man denkt, das ist die Position: „Es ist aber auch eine ganz andere Position denkbar.“ Vielleicht auch noch eine dritte oder vierte... (Interview Nr. 11)

Hier zeige sich ein deutlicher Unterschied zu den Verfassungsrichtern, die bereits über forensische Erfahrung verfügen. Ein Interviewpartner verdeutlichte es sehr plakativ anhand eines von *Max Weber* geprägten Bildes:<sup>27</sup>

Hochschullehrer neigen dazu, die Bretter doch dort zu bohren, wo sie am dicksten sind, weil es am meisten Späne gibt. Und Praktiker neigen dazu, den Fall an der dünnsten Stelle zu lösen, weil er dann vom Schreibtisch kommt. Das ist aber natürlich eine sehr grobe Einteilung. (Interview Nr. 14)

Schließlich meinten einige Gesprächspartner auch noch Probleme der Hochschullehrer mit dem Entscheidungsverfahren in einem gerichtlichen Spruchkörper zu erkennen. Der im Wissenschaftsbetrieb agierende Jurist trete gleichsam als Einzelkämpfer auf, während sich der in ein Kollegium eingebundene Verpflichtungen unterwerfen müsse, die ein Neuling in dieser Form noch gar nicht kennen könne:

Das war zu beobachten bei Professoren, die ja eigentlich von Berufs wegen immer alles am besten wissen – das sagt ja schon das Wort ‚*professio*‘: Die legen Bekennt-

27 Vgl. *Weber, M.*: Politik als Beruf, in: *ders.*: Studienausgabe der Max Weber-Gesamtausgabe, Bd. 17, hg. v. W.J. Mommsen u. W. Schluchter, Tübingen, 1994, 35-88, hier 88.

nisse ab. Jetzt müssen die auf einmal die Erfahrung machen, dass andere anderer Meinung sind und dass sie manchmal überstimmt werden. Wenn Sie aus einem Berufsrichterleben am Kollegialgericht kommen, haben Sie das verinnerlicht. Aber für andere ist das eine neue Erfahrung. (Interview Nr. 18)

Gleichwohl werden von den Befragten auch beträchtliche Vorteile konstatiert, die aus der starken „Akademisierung“ des Gerichts resultieren. Insbesondere bei der Suche nach einer dogmatischen Fassung der verfassungsrechtlichen Probleme können die Hochschullehrer unter den Richtern einen bedeutenden Beitrag leisten. Ein Interviewpartner – seinerseits Bundesrichter – verhehlt nicht seine Bewunderung für solche Kollegen:

Die Professoren bringen natürlich den großen wissenschaftlichen, dogmatischen Überblick, auch neue dogmatische Konstruktionen in eleganten Formulierungen. Ich habe da wunderbare Sachen erlebt, z. B. aus dem Asylrecht. Da gab es ja diese Gesetzgebung mit durch Gesetz bestimmten 'sicheren Drittländern' <BVerfGE 94, 49>. Da hat dann eines der Professoren-Mitglieder das schöne Wort der ‚normativen Vergewisserung‘ über die Sicherheit <geprägt>. Also darauf wäre ich nicht gekommen. [...] Solche Sachen kommen eher aus dem Mund von Professoren: der dogmatische Zugriff, die Herausarbeitung neuer dogmatischer Rechtsfiguren. (Interview Nr. 18)<sup>28</sup>

Im Ergebnis zeigt sich, dass selbst die Richter des BVerfG trotz ihrer insgesamt positiven Einschätzung des Rekrutierungsverfahrens deutliche Kritik an der Auswahlpraxis der Politik formulieren, da zentrale Bedürfnisse des Gerichts im Verfahren keine Berücksichtigung fänden. Allerdings weisen die Befragten auch darauf hin, dass das Gericht, wenn es auf gewisse Notwendigkeiten hingewiesen habe, bei den Berufenden durchaus Gehör finde:

Wir können natürlich nicht auswählen und entscheiden, wer kommt. [...] Aber wenn neue Richterwahlen anstehen, hat das BVerfG im einen oder anderen Fall durchaus mal solche Bedürfnisse zum Ausdruck gebracht: „Wir haben jetzt so eine Mischung, es wäre schön, wenn wir jetzt einen BGH-Richter bekommen.“ Oder: „Bitte nicht noch einen Staatsrechtslehrer. Wir haben schon vier!“ Solche Bitten werden von uns informell schon geäußert. [...] Ich glaube, die werden auch gehört. Ob dass dann jeweils im politischen Spiel des Austarierens, wer da kommen soll, gelingt, ist eine andere Frage. Aber zunächst hatte ich bisher schon den Eindruck, dass so etwas mit Berücksichtigung findet. (Interview Nr. 24)

28 Vgl. zu den Grenzen der Entwicklung einer planvollen Dogmatik in Karlsruhe aber: *Kranenpohl, U.*: Die Bedeutung von Interpretationsmethoden und Dogmatik in der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: *Der Staat* 48/3 (2009), 385-407.

Auch andere Gesprächspartner berichten, dass das Gericht sich nicht scheue, auf aus seiner Sicht erforderliche Elemente im Tätigkeitsprofil eines neu zu wählenden Richters hinzuweisen, wenn es dies für erforderlich halte. Die Politik komme diesen Wünschen üblicherweise auch nach:

Wir sind auch manchmal richtig darauf ausgewiesen, einen Richter aus einer bestimmten Profession zu gewinnen. Dann haben wir das der Politik gegenüber deutlich gemacht. Als wir auf das Parteiverbotsverfahren <(BVerfGE 107, 339)> zusteueren, wollten wir vor allem einen Richter unter uns haben, der viel vom Verfahrensrecht versteht. (Interview Nr. 29)

So erfreulich es sein dürfte, dass die Parteien und die von ihnen dominierten Berufungsinstanzen solche Hinweise berücksichtigen, so sehr verdeutlichen diese Vorkommnisse aber auch die Dominanz inkrementalistischen Handelns, da solche Überlegungen eben nicht systematisch und dauerhaft im Verfahren der Kandidatenauswahl verankert sind.

## V. Reform des Bestellungsverfahrens?

Auch wenn sich aus Sicht der Richter das Rekrutierungsverfahren insgesamt sehr bewährt hat, lassen die konstatierten Defizite eine mögliche Reform nicht von vornherein als überflüssig erscheinen.<sup>29</sup> Ein Interviewpartner verwies explizit auf die durch den erforderlichen parteipolitischen Hintergrund recht engen Rekrutierungskanäle. Daher schlug er vor, in das Berufungsverfahren auch den Bundespräsidenten als weniger stark parteipolitisch gefärbten Akteur einzubeziehen:

Eine Möglichkeit wäre, dass der Bundestag oder der Bundesrat, wer dran ist, für jeden Platz, der zu besetzen ist, eine Liste mit drei Personen vorlegt, und dann kann der Bundespräsident daraus einen auswählen – damit es nicht zu so einer <parteipolitischen> Versteifung kommt. [...] Wenn von vornherein drei vorgeschlagen werden, dann haben die alle die erforderliche Legitimation und verbleibt noch ein Korrektiv da. [...] Das wäre ein Balancierungselement, ohne die notwendige starke politische Legitimation aufzugeben. (Interview Nr. 13)

Allerdings stellte der Gesprächspartner selbst in Frage, ob die Parteien ihr faktisches Berufungsmonopol tatsächlich mit einem dem politischen Tagesgeschäft entrückten Staatsoberhaupt würden teilen wollen. Er verwies auf die benachbarte Alpenrepublik, die bereits seit 1919 über eine Verfassungsrechtsprechung verfügt:

<sup>29</sup> Entsprechende Anläufe werden insbesondere von den kleinen Oppositionsparteien immer wieder unternommen, so in der letzten Wahlperiode erneut von den Grünen (BT-Drs. 16/9628).

In Österreich gab es für die vom Nationalrat gewählten Mitglieder so eine Regelung. Dann hat der Bundespräsident es einmal gewagt, nicht den ersten zu nehmen, dann haben sie die Regelung geändert. [lacht] [...] Das zeigt, wie stark das politische Interesse ist. Aber das wäre meines Erachtens eine Möglichkeit, die das noch mal balanciert, aber nicht das <an demokratischer Legitimation> wegnimmt, was notwendig ist. (Interview Nr. 13)

Daneben wird auch diskutiert, die Kandidaten einer Befragung zu unterziehen, die das jeweilige Wahlgremium – bzw. einer seiner Ausschüsse – durchführt,<sup>30</sup> wie dies etwa der US-amerikanische Senat sogar in öffentlicher Sitzung praktiziert. Einem solchen Vorschlag steht der Interviewpartner aber sehr skeptisch gegenüber:

Ob dagegen eine Kandidatenanhörung viel bringt? [...] Dann kommt es natürlich zu einer Diskussion. So wie es sich in den USA entwickelt hat, glaube ich nicht, dass man das übertragen sollte, denn es geht doch sehr <ins Persönliche>. [...] Und manche Befragungen <dort> waren ja nicht erfreulich. [...] Ob es die Sache befördern würde, weiß ich nicht. [...] Es gibt ja auch Verhaltensrituale: Wie antworte ich? Dann gibt es Personen, die vielleicht wirklich qualifiziert sind, aber diesem Diskurs nicht so gewachsen sind. (Interview Nr. 13)<sup>31</sup>

Dem pflichtete im Ergebnis auch ein anderer Gesprächspartner bei. Die wenigen Fälle, in denen es auch bei der Besetzung des BVerfG zu öffentlichen Kontroversen (bzw. öffentlich werdenden Kontroversen in der parteiübergreifenden Arbeitsgruppe) komme, dokumentierten, dass die breite Diskussion über Kandidaten nicht nur die betreffende Person, sondern auch das BVerfG insgesamt schädige. Deshalb sei das intransparente Verfahren letztlich doch sinnvoll:

Es ist gut für den Schutz der Institution, da Kandidaten nicht „zerredet“ werden. Wir haben das ja leider vor einigen Jahren erlebt. Ich habe das heftig kritisiert. So was darf einfach nicht passieren. Einmal dem Betreffenden gegenüber: Das ist so was von verletzend. Auch mit Blick auf die enge Verzahnung mit der Institution kann so etwas nicht hingenommen werden kann. Ich habe mich da schwer in die Nesseln gesetzt, weil man da nicht schweigen kann. [...] Insofern fällt mir auch jetzt noch kein besseres Verfahren ein. Was ich gar nicht wollte, wäre, so wie in Amerika, dass die Leute „gläsern“ werden. Das hat nichts damit zu tun, dass man etwas zu verbergen

30 Vgl. *Majer, D.*, in: *Umbach, D.C./Clemens, Th.* (Hg.): Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG), Heidelberg, 1992, 266; *Preuß, U.K.*: Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 21/10 (1988), 389-395, hier 394.

31 Vgl. in diesem Sinne auch: *Koch, S.*: Die Wahl der Richter des BVerfG, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 29/2, 41-44.

hätte, sondern genau da leidet die innere Unabhängigkeit. Das muss man ganz deutlich sehen. (Interview Nr. 25)

## VI. Versuch eines Fazits – unter besonderer Berücksichtigung des „Falls Dreier“

Die Befragten kommen hinsichtlich der Frage der Rekrutierung der Richter des BVerfG – trotz des angesprochenen *bias* – zu einer differenzierten Bewertung. Zwar habe sich das „parteilich eingefärbte“ Verfahren insgesamt bewährt, zumal bereits die Genese der entsprechenden Bestimmungen des GG und des BVerfGG eine starke Rolle der Parteien nahe legt,<sup>32</sup> doch sei eine Reihe von Schwächen nicht zu übersehen.

Dies betreffe einerseits den mangelnden ökonomischen Sachverstand im Gericht, wobei sich dieses Problem durch ein geändertes Berufungsverfahren aber gerade nicht ausgleichen lässt, sondern nur durch weitergehende Maßnahmen. Die Angelegenheit verlöre etwa durch eine grundlegende Umgestaltung der Altersversorgung hin zu einem einheitlichen Modell – etwa nach dem Vorbild der Schweiz<sup>33</sup> – deutlich an Relevanz. Auch wäre eine Änderung des Gesetzes über das Amtsgehalt der Mitglieder des BVerfG möglich, um eine nach den Lebensumständen differenzierte Besoldung zu ermöglichen. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob sich solche Reformen als politisch durchsetzbar erweisen,<sup>34</sup> so dass zur Verstärkung des ökonomischen *know how* eher der Vorschlag, einen Wissenschaftlichen Dienst beim BVerfG einzurichten,<sup>35</sup> verfolgt werden sollte.

Andererseits resultierten die erkennbaren Defizite – so die Befragten – v.a. aus dem inkrementalistischen Charakter des Rekrutierungsverfahrens, womit die Gefahr bestehe, dass die Nominierungsinstanzen letztendlich nur situativ auf den nächstliegenden möglichen Kandidaten zurückgriffen. Damit sei auch zu erklären, warum eine Prozessvertretung vor dem BVerfG in der jüngeren Vergangenheit offenkundig als Nominierungskriterium an Bedeutung gewonnen habe. Die betreffenden Personen – naturgemäß meist Hochschullehrer – hätten die Aufmerksamkeitsschwelle der „Findungskommissionen“ der Parteien bereits über-

32 Vgl. *Schiffers, R.* (Bearb.): Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, Düsseldorf, 1984

33 Vgl. *Wicki, M.*: Soziale Sicherung in der Schweiz, in: Kraus, K./Geisen, Th. (Hg.): Sozialstaat in Europa, Wiesbaden, 249-272.

34 Zudem ist fraglich erscheint, inwieweit eine unterschiedliche Besoldung von Richtern des BVerfG dem ‚formalisierten Gleichheitssatz‘ (BVerfGE 40, 296) widerspräche.

35 Vgl. *Landfried, Chr.*: Bundesverfassungsgericht, a.a.O., 161-171.

schritten, die Prozessvertretung lässt sich bei fehlender Parteimitgliedschaft durchaus im Sinne einer „Lagerzuordnung“ interpretieren – so unzutreffend diese im Einzelfall mitunter sein mag.

Der kritischen Bewertung eines weitgehend inkrementalistischen Auswahlverfahrens ist allerdings entgegenzuhalten, dass die Auswahl eines „passenden“ Kandidaten im Netzwerk formeller und informeller Proporzregeln oft der Suche nach dem passenden Puzzleteil gleicht: Schließlich ist neben einer parteipolitischen Einordnung zu beachten, dass die gem. § 2 III BVerfGG vorgeschriebene Zahl von Bundesrichtern zu wählen ist (wobei auch die einzelnen Gerichtsbarkeiten angemessen zu berücksichtigen sind). Dazu treten dann noch landsmannschaftliche Überlegungen und eine – soweit möglich – angemessene Repräsentanz unterschiedlicher gesellschaftlicher Gruppen hinsichtlich Geschlecht und religiös-weltanschaulicher Einstellung. Schließlich ist noch zu beachten, dass mögliche Kandidaten zusätzlich noch bereit sein müssen, nach Karlsruhe zu wechseln: So ließ die damalige Bundesjustizministerin *Brigitte Zypries* (SPD) im März 2007 offiziell mitteilen, dass sie nicht Nachfolgerin des Karlsruher Vizepräsidenten *Hassemer* – und damit auch des Präsidenten *Papier* – werden wolle. Kolportiert wurde in diesem Zusammenhang, dass die Union gegen *Zypries* keine Einwände gehabt hätte, sie selbst aber „Zweifel geäußert habe[ ], ob ein Wechsel [...] auf einen der stark verwaltungslastigen Richterstühle der richtige Weg für sie sei“.<sup>36</sup> Damit liegt auch nahe, dass der Würzburger Staatsrechtslehrer *Dreier* für die Sozialdemokraten ohnehin schon eine Verlegenheitslösung darstellte.

Nun war die Diskussion um *Dreier* nicht die erste über die Besetzung einer Richterstelle am BVerfG, die zwischen Union und SPD erbittert – und öffentlich – geführt wurde. Die Intensität scheint allerdings deutlich höher als in früheren Fällen gewesen zu sein. Hinzu traten zwei neue Aspekte:

- *Dreier* geriet aufgrund von Zweifeln an seiner Einstellung zum durch das Grundgesetz gebotenen Schutz der Menschenwürde von zwei Seiten unter „Beschuss“: Er wurde nicht nur aus den Reihen der Union abgelehnt, die seine Positionen zum Embryonenschutz kritisierten, sondern auch von liberaler Seite, die bei ihm eine Aufweichung des Folterverbots zu erkennen glaubte – ein Thema, das nach dem „11. September“ an Brisanz gewonnen hatte.<sup>37</sup> Selbstverständlich wäre eine Zustimmungsverweigerung der Union

36 *Fried, N./Kerscher, H./Roßmann, R.*: Zypries schlägt höchstes Richteramt aus, in: SZ, 13.03.2007, 5.

37 *Kister, K.*: Ein Verfassungsrichter ist nicht König Salomon, in: SZ, 26./27.04.2008, 4.

schon ausreichend gewesen, um eine Wahl des Hochschullehrers zu verhindern; angesichts einer solchen Gefechtslage in der öffentlichen Diskussion war es aber ausgesprochen unkompliziert, das Ansinnen der SPD zurückzuweisen.<sup>38</sup>

- Anders als im „Fall *Däubler-Gmelin*“, als vor allem kritisiert wurde, die Kandidatin sei für das Karlsruher Präsidentenamt zu stark parteipolitisch profiliert, wurden *Dreier* seine Positionen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum vorgehalten. Es bleibt abzuwarten, ob sich hier eine Akzentverschiebung in der öffentlichen Diskussion über die weltanschauliche Position (möglicher) Verfassungsrichter – weg von einer Betrachtung der Parteilaffinitäten, hin zu einer der rechts- bzw. verfassungspolitischen Positionen – andeutet.

Die in der Personaldebatte aufscheinende verfassungspolitische Kontroverse – ausgelöst durch die Neukommentierung des Art. 1 GG im renommiertesten Nachschlagewerk durch *Matthias Herdegen*<sup>39</sup> – tobte spätestens seit *Ernst-Wolfgang Böckenfördes* Philippika „Die Würde des Menschen war unantastbar“ in der FAZ.<sup>40</sup> *Dreier* gehörte zwar nicht zu den Hauptkontrahenten des Disputs, hatte aber eine Bereitschaft erkennen lassen, die vom BVerfG vor allem im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 39, 1) postulierte Menschenwürdekonzeption zu hinterfragen.<sup>41</sup> Letztlich stand damit nicht die parteipolitische Orientierung des Kandidaten zur Debatte, sondern seine *verfassungspolitische*, die in Fragen des Embryonenschutzes und des Folterverbots nicht eindeutig im Rahmen eines parteipolitischen Rechts-Links-Schemas „kodierte“ werden konnte. Hier zeigte sich umso deutlicher das Problem, dass für den Kandidaten ohne ein förmliches Anhörungsverfahren keine Möglichkeit bestand, sich und seine Positionen zu erklären, weswegen insbesondere *Hans-Peter Schneider* für ein solches Verfahren eintrat.<sup>42</sup> Allerdings zeigen die Erfahrungen

38 Bezeichnenderweise wurde *Dreier* sowohl in der SZ als auch der FAZ kritisiert, wobei sich die beiden Medien sogar noch aufeinander bezogen. Vgl. *Prantl, H.*: Der antastbare Kandidat, in: SZ, 13.02.2008, 4.; *Zielcke, A.*: Eine böse Kollision, in: SZ, 15.02.2008, 13.; *Bahners, P.*: Diffamiert?, in: FAZ, 11.02.2008, 31.

39 Vgl. *Herdegen, M.*, in: Maunz–Dürig–Herzog–Scholz, Art. 1, Rn. 43–47.

40 Vgl. *Böckenförde, E.-W.*: Die Würde des Menschen war unantastbar, in: FAZ, 03.09.2003: 33 u. 35.

41 Aus der Sicht eines Politikwissenschaftlers scheint es, dass sich die Kontroverse vor allem am – auch in den Sozialwissenschaften bestehenden – Antagonismus von Normativität und Empirie entzündete: Normativ – kann man auch sagen ‚dogmatisch‘? – muss die Menschenwürde unantastbar sein, empirisch (d. h. ‚lebensweltlich‘) sind aber selbstverständlich Abwägungsprozesse zu beobachten, wenn etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Meinungsfreiheit kollidieren.

42 Vgl. *Schneider, H.-P.*: Wider die Totalpolitisierung der Richterwahl, in: SZ, 25.02.2008, 2.

aus den USA, dass ein Anhörungsverfahren nicht ohne Tücke ist.<sup>43</sup> So erwog *Dieter Grimm* nach den jüngsten Erfahrungen eine Anhörung, verwarf sie aber letztlich.<sup>44</sup> Fast völlig wurde in der Diskussion bemerkenswerterweise die Frage ausgeblendet, inwieweit für einen verfassungspolitisch profilierten Richter überhaupt eine Chance besteht, im hochgradig konsensual orientierten internen Entscheidungsverfahren des BVerfG erfolgreich durchzudringen. Selbst für den Senatsvorsitzenden und Präsidenten sind die entsprechenden Möglichkeiten eher als bescheiden einzuschätzen.<sup>45</sup>

Tatsächlich ist es wohl so, dass öffentliche Anhörungen dem skizzierten Problem, dass die kolportierten Kandidaten sich und ihre Positionen nicht erklären können, nur bedingt abhelfen würden. Vor allem die in den USA gemachten Erfahrungen stimmen eher skeptisch:

- Denn einerseits ist davon auszugehen, dass profilierte Kandidaten, sofern sie denn überhaupt vorgeschlagen werden und auch bereit sind, sich auf das Verfahren einzulassen, ihre Positionen in den Anhörungen tendenziell abmildern werden, um ihre Wahl nicht zu gefährden;
- und andererseits werden Kritiker des Kandidaten der Anhörung gerade deshalb keine große Bedeutung zumessen, sondern diesem eine „Verschleierung“ seiner wahren Absichten unterstellen.

Der Zugewinn an Erkenntnis einer Anhörung wäre daher – sofern überhaupt vorhanden – als eher gering einzuschätzen. Hinzu tritt die Gefahr, die ohnehin schon durch eine Vielzahl von Quoten beschränkte Kandidatenauswahl durch eine zusätzliche Hürde weiter einzuschränken.<sup>46</sup> Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Aufgabe, den passenden Mosaikstein für Karlsruhe auszuwählen, ohne eine Vorstrukturierung durch „Findungskommissionen“ und parteiübergreifende Arbeitsgruppen gar nicht zu bewältigen ist. Dabei ist bemerkenswert, dass der SPD-Vorschlag *Dreier* offenbar an den Tücken der modernen Kommunikationstechnik gescheitert ist:

Von den Fahrensleuten der Union war zunächst zu hören: Ein so dezidierter Flügelmann könnte als ‚einfacher‘ Richter akzeptabel sein, nicht aber als Präsident. [...] Von der SPD-Seite aus, die sich auf *Dreier* geeinigt hatte, informierte der Bremer Bürgermeister *Jens Böhrnsen* seinen CDU-Widerpart *Günther Oettinger* per SMS

43 Vgl. *Möllers, Chr.*: Recht und Konsens, in: SZ, 19.03.2008, 15.

44 Vgl. *Grimm, D.*: Wahl, a.a.O.

45 Vgl. *Kranenpohl, U.*: Schleier, 162-198, 211-215.

46 Durch ein Anhörungsverfahren verlöre schließlich keines der bisherigen Kriterien an Bedeutung.

über den Vorschlag. Offenbar hatte *Oettinger* sein Handy nicht gemustert. Jedenfalls hörte die SPD aus Stuttgart kein Veto, unterstellte einfach Zustimmung und ließ die Sache an die Öffentlichkeit durchsickern – und dies, obwohl Justizministerin *Zypries* bereits über die Feiertage zum Jahreswechsel wusste, dass die CDU noch ‚Gesprächsbedarf‘ hatte.<sup>47</sup>

Ob öffentliche Anhörungen der Kandidaten oder gar die Wahl der Richter durch das Plenum des Bundestages die Legitimation des BVerfG erhöhen, wenn dabei nur formal nachvollzogen wird, was Ergebnis komplexer Verhandlungs- und Abstimmungsprozesse ist, muss bezweifelt werden.<sup>48</sup> Auch gingen die dem Fall *Dreier* folgenden Besetzungen im Jahre 2010 dann trotz einiger Verzögerungen deutlich weniger geräuschvoll über die Bühne, obwohl diesmal sogar die oppositionellen Grünen in die Besetzung des Tableaus einbezogen wurden.<sup>49</sup> Bei aller Kritik, die am Rekrutierungsverfahren hinsichtlich seiner Transparenz und seiner inkrementalistischen Handlungslogik zu üben ist, hat das seit langem praktizierte Verfahren zumindest einen großen Vorteil: Es macht deutlich, dass die „Kür“ der Karlsruher Richter das Ergebnis eines Verhandlungsprozesses ist. In diesem Prozess werden einerseits nicht notwendigerweise „die Besten gekürt“ – und können sich die „Kürenden“ andererseits nicht sicher sein, ob sie tatsächlich bekommen, was sie sich erwarten.

47 *Leicht, R.*: Verbrannt, in: *Die Zeit*, 07.02.2008, 10.

48 Zudem ist zu fragen, wie stark die gesellschaftliche Legitimation des BVerfG tatsächlich – wie von *Landfried* vermutet – im Wahlverfahren wurzelt oder ob nicht andere Faktoren die hohe Akzeptanz des Gerichts und seiner Entscheidungen viel stärker beeinflussen. Vgl. *Landfried, Chr.*: Wahl, a.a.O., 240f.; *Kranenpohl, U.*: Die gesellschaftlichen Legitimationsgrundlagen der Verfassungsrechtsprechung, in: *Zeitschrift für Politik* 56/4 (2009), 436-453.

49 Vgl. *Janisch, W.*: Sternschnuppen über Karlsruhe, in: *SZ*, 25.02.2010, 6; *Prantl, H.*: Uneitel, wortmächtig, unbekannt, in: *SZ*, 05.11.2010, 5.