

Verfassungsfragen der Bundesrichterwahl

Joachim Wieland¹

Die Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland. Auch die obersten Bundesgerichte sind zwar gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Die vom Parlament beschlossenen Gesetze bedürfen jedoch der verbindlichen Auslegung durch die Bundesgerichte, damit sie einheitlich auf die einschlägigen Sachverhalte angewendet werden können. Die Bundesrichterinnen und Bundesrichter, die in den Senaten der fünf obersten Bundesgerichte die Anwendung des Bundesrechts steuern, haben eine hohe Verantwortung und dementsprechend ein hohes Ansehen. So verwundert es nicht, dass die Personalauswahl für die obersten Bundesgerichte von Auseinandersetzungen und politischen Bemühungen um Einflussnahme geprägt ist. Das Grundgesetz hat nicht ohne Grund die Wahl der Bundesrichter einem politisch besetzten Richterwahlausschuss und dem Bundesjustizminister anvertraut. Das Bundesverfassungsgericht hat 2016 in einer Grundsatzentscheidung die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Bundesrichterwahl verdeutlicht (I.). Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts verdient Zustimmung, weil er den Besonderheiten der Wahlentscheidung angemessen gerecht wird (II.).

I. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass auch die Berufung von Richtern an den obersten Gerichtshöfen des Bundes an Art. 33 Abs. 2 GG zu messen ist.² Die Wahl durch den Richterwahlausschuss führt nach dem Beschluss jedoch zu Modifikationen im Vergleich zu Auswahl- und Beförderungsentscheidungen der Exekutive.³ Das dem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagerte Verwaltungsverfahren darf aber nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert.⁴ Die durch Art. 95 Abs. 2 GG mit Richterwahlausschuss und zuständigem Bundesminister vorgegebene kondominiale Struktur sowie die Wahl

¹ Der Verfasser hat die Bundesregierung in dem geschilderten Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht vertreten.

² BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20. September 2016 – 2 BvR 2453/15, Rn. 17–21.

³ BVerfG (Fn. 2), Rn. 27–35.

⁴ BVerfG (Fn. 2), Rn. 20.

der Bundesrichter rechtfertigen zwar Modifikationen der Dogmatik des Art. 33 Abs. 2 GG zu den exekutivischen Auswahlverfahren.⁵ Würde man den Richterwahlausschuss strikt an Art. 33 Abs. 2 GG binden, trüge das dem Wahlverfahren nicht ausreichend Rechnung. Art. 33 Abs. 2 GG ist nach dem Beschluss auf eine Bestenauswahl ausgerichtet, während sich Wahlen gerade durch Wahlfreiheit auszeichnen, für die es nur Mindestvoraussetzungen der Wählbarkeit gibt.⁶ Der mit der Wahl einhergehende legitimatorische Mehrwert könnte jedoch nicht erreicht werden, wenn es eine Pflicht zur Wahl eines bestimmten Kandidaten gäbe.⁷ Dementsprechend müssen sich zwar auch die Mitglieder des Richterwahlausschusses von Art. 33 Abs. 2 GG leiten lassen, ihre Wahlentscheidung selbst ist aber nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht isoliert gerichtlich überprüfbar.⁸ Der zuständige Bundesminister ist hingegen bei seiner Zustimmungsentscheidung nach § 13 RiWG an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden.⁹

Entscheidend hebt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, dass ein erfolgreiches Berufungsverfahren von Verfassungs wegen mit einem faktischen Einigungszwang zwischen dem zuständigen Bundesminister und dem Richterwahlausschuss verbunden ist: „Beide agieren nicht unabhängig voneinander, sondern aufeinander bezogen. Aufgrund dieser geteilten Verantwortung müssen sie bei ihren Entscheidungen die Bindungen, aber auch die verfassungsrechtlichen Freiräume beachten, die für den jeweils anderen Akteur bestehen.“¹⁰ Das Gericht sieht ein zwischen beiden Organen bestehendes „institutionelles Treueverhältnis“, das den Richterwahlausschuss verpflichtet, nur jemanden zu wählen, dessen Wahl der zuständige Minister zustimmen kann.¹¹ Umgekehrt ist der zuständige Minister nicht verpflichtet, der Wahl nur dann zuzustimmen, wenn der nach seiner Auffassung Beste gewählt worden ist.¹² Daraus folgert das Bundesverfassungsgericht, dass sich der zuständige Minister bei seiner Entscheidung den Ausgang der Wahl grundsätzlich zu eigen zu machen hat.¹³ Etwas anderes würde nur gelten, wenn die formellen Ernennungsvoraussetzungen nicht gegeben oder wenn die verfahrensrechtlichen Vorgaben nicht eingehalten sind oder wenn das Ergebnis nach Abwägung aller Umstände und insbesondere vor dem Hintergrund der Wertungen des Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr nachvollziehbar erscheint.¹⁴

5 BVerfG (Fn. 2), Rn. 27.

6 BVerfG (Fn. 2), Rn. 28.

7 BVerfG (Fn. 2), Rn. 28.

8 BVerfG (Fn. 2), Rn. 28.

9 BVerfG (Fn. 2), Rn. 29.

10 BVerfG (Fn. 2), Rn. 30.

11 BVerfG (Fn. 2), Rn. 31.

12 BVerfG (Fn. 2), Rn. 32.

13 BVerfG (Fn. 2), Rn. 32.

14 BVerfG (Fn. 2), Rn. 32.

In diesem Zusammenhang hebt der Senat auch die Bedeutung der Stellungnahmen des Präsidialrats hervor, die ebenso wie die dienstlichen Beurteilungen zu berücksichtigen, allerdings nicht bindend seien.¹⁵ Er stellt auf die Bedeutung des Verfahrens ab, dass eignungs- und leistungsorientiert „eingeht“ werden müsse.¹⁶ Der Richterwahlausschuss müsse sich aus den Zeugnissen, dienstlichen Beurteilungen und Stellungnahmen der Präsidialräte einen Eindruck von der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der Kandidatinnen und Kandidaten machen können.¹⁷ Die Beachtung dieser Verfahrensanforderungen muss dokumentiert werden.¹⁸ Zudem treffen den zuständigen Minister, nicht aber den Wahlausschuss, in bestimmten Konstellationen Begründungspflichten.¹⁹ Erforderlich ist eine Begründung dann, wenn „sich aufdrängt, dass der Richterwahlausschuss offenkundig relevante Aspekte zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der Vorgeschlagenen in einer den Spielraum des Art. 95 Abs. 2 GG überschreitenden Weise missachtet hat“.²⁰ Begründen muss der Minister wegen des institutionellen Treueverhältnisses auch, warum er seine Zustimmung verweigert. Schließlich muss der Minister seine Entscheidung dann begründen, wenn er der Wahl eines nach der Stellungnahme des Präsidialrats oder den dienstlichen Beurteilungen nicht Geeigneten zustimmt, weil der Grundsatz der Bestenauslese verlangt, Entscheidungen durch eine Begründung nachvollziehbar zu machen, „wenn sie derart weit von grundlegenden Eignungsanforderungen entfernt zu sein scheinen.“²¹

II. Grundlagen der Bundesrichterwahl

Mit seinem Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht eine salomonische Lösung für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bundesrichterwahl gefunden. Das wird deutlich, wenn man sich den gesetzlich geregelten Ablauf des Wahlverfahrens (1.), die Besonderheiten der Bundesrichterwahl (2.) und die Bedeutung der Rechtsfortbildung durch die obersten Bundesgerichte (3.) vor Augen führt. Richterlichen Stellungnahmen und Beurteilungen kommt insoweit nur begrenzte Bedeutung zu (4.).

15 BVerfG (Fn. 2), Rn. 32.

16 BVerfG (Fn. 2), Rn. 33.

17 BVerfG (Fn. 2), Rn. 33.

18 BVerfG (Fn. 2), Rn. 20.

19 BVerfG (Fn. 2), Rn. 35.

20 BVerfG (Fn. 2), Rn. 35.

21 BVerfG (Fn. 2), Rn. 35.

1. Das Wahlverfahren

Die Einzelheiten des Wahlverfahrens ergeben sich aus §§ 8 ff. Richterwahlgesetz (RiWahlG)²². Während der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz den Richterwahlausschuss spätestens eine Woche vor der Sitzung einberuft (§ 8 RiWahlG), führt den Vorsitz im Ausschuss der für den jeweiligen Gerichtsbereich zuständige Bundesminister, der aber über kein Stimmrecht verfügt (§ 9 Abs. 1 RiWahlG). Über die nichtöffentlichen Sitzungen des Ausschusses wird ein Protokoll geführt (§ 9 Abs. 2 und 3 RiWahlG). Das Vorschlagsrecht für die Wahl zum Bundesrichter steht den Mitgliedern des Richterwahlausschusses und dem zuständigen Bundesminister zu (§ 10 Abs. 1 RiWahlG). Sie können einen einmal gemachten Vorschlag in jeder Phase des Wahlverfahrens auch wieder zurücknehmen.

Der Ausschuss prüft, ob der oder die für ein Richteramt Vorgeschlagene die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für dieses Amt besitzt (§ 11 RiWahlG). Dafür sind gemäß Art. 33 Abs. 2 GG die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Kandidatinnen und Kandidaten maßgeblich. Grundlage für die Prüfung sind die Personalakten der jeweils Vorgeschlagenen. Allen Ausschussmitgliedern wird eine Zusammenstellung an Personalunterlagen über jeden Kandidaten übersandt, die unter anderem auch alle diejenigen Informationen aus der Personalakte enthält, aus denen sich Rückschlüsse auf die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Kandidatinnen und Kandidaten ergeben.

Im Einzelnen enthält der Wahlvorschlagsbogen eines/einer jeden Kandidat/in – soweit im Einzelfall vorhanden – Angaben über: Namen, Titel/akad. Grad, Wohnort, Dienststellung, Beruf, Geburtstag und –ort, den/die Vorschlagende/n, Tag, Ort und Ergebnis der Prüfungen, bisherige berufliche Tätigkeiten, wissenschaftliche Betätigung, Veröffentlichungen, Nebentätigkeiten, Nebenämter, Wehrdienst, Gesundheitszustand, ggf. Schwerbehinderung und dienstliche Beurteilungen, die zeitlich nach dem 2. Staatsexamen liegen, sowie vorhandene Präsidialratsvoten des jeweiligen obersten Bundesgerichts beigefügt. Die Personalakten im Übrigen liegen beim zuständigen Bundesminister für alle Ausschussmitglieder zur Einsicht bereit.

Dem Richterwahlausschuss steht zudem die Stellungnahme des Präsidialrats des Bundesgerichtes zur Verfügung, in das eine Richterin oder ein Richter gewählt werden soll (§§ 55, 57 DRiG). Der Präsidialrat hat binnen eines Monats die Möglichkeit, eine schriftlich begründete Stellungnahme über die persönliche und fachliche Eignung des Vorgeschlagenen abzugeben, die zu den Personalakten zu nehmen ist (§ 57 Abs. 1 bis 3 DRiG). In der Praxis machen die Präsidialräte der obersten Bundesgerichte von diesem Recht stets Gebrauch. Sie geben ihre Stellungnahme regelmäßig in Form eines bewerte-

ten Votums ab, das bislang mit einer der vier Bewertungsstufen „besonders geeignet“, „gut geeignet“, „geeignet“ oder „nicht geeignet“ abschloss. In der im laufenden Jahr 2016 durchgeführten Bundesrichterwahl wurde erstmals das für die Zukunft geltende neue zweistufige Bewertungssystem mit den Stufen „geeignet“, „nicht geeignet“ angewandt. Unter den Mitgliedern des Richterwahlausschusses besteht dem Vernehmen nach jedoch Übereinstimmung darüber, dass Kandidatinnen und Kandidaten, die ein Präsidialratsvotum mit der Bewertung „nicht geeignet“ erhalten haben, nicht gewählt werden.²³

Für jedes Bundesgericht wird ein Stimmzettel erstellt, auf dem alle für das jeweilige Bundesgericht vorgeschlagenen Kandidatinnen und Kandidaten aufgeführt sind. Jedes Mitglied im Richterwahlausschuss hat so viele Stimmen, wie Richterinnen und Richter für das jeweilige Bundesgericht zu wählen sind. Jedes Mitglied kann nur eine Stimme pro Kandidat/in vergeben. Der Richterwahlausschuss entscheidet in geheimer Wahl mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen über die jeweils zur Wahl gestellten Vorgeschlagenen (§ 12 Abs. 1 RiWahlG). Vor dem Termin der Richterwahl finden Koordinationstreffen statt, die von den großen Parteien initiiert werden. Der Richterwahlausschuss ist beschlussfähig, wenn die Mehrheit sowohl seiner gewählten Mitglieder als auch seiner Mitglieder kraft Amtes anwesend ist (§ 12 Abs. 2 RiWahlG). Während der Sitzung des Richterwahlausschusses eröffnet der zuständige Bundesminister die Aussprache. Er gibt den Ausschussmitgliedern Gelegenheit zur Stellungnahme und Rücknahme von den einzelnen Wahlvorschlägen, die er zuvor namentlich vorträgt. Danach werden die Stimmzettel ausgeteilt. Wenn der zuständige Bundesminister der Wahl eines Vorgeschlagenen oder einer Vorgeschlagenen zustimmt, muss er die bzw. den Gewählte(n) dem Bundespräsidenten zur Ernennung vorschlagen (§ 13 RiWahlG). Zuvor legt er dem Kabinett die Namen der Gewählten gemäß § 15 Abs. 2 Buchst. c) der Geschäftsordnung der Bundesregierung zur Beratung ohne Beschlussfassung vor. In der Praxis stimmt der zuständige Bundesminister in aller Regel der Wahlentscheidung des Ausschusses zu.

2. Besonderheit der Bundesrichterwahl

Die Bundesrichterwahl wirft besondere inhaltliche Schwierigkeiten bei der vergleichenden Bewertung der Kandidaten auf. Zum einen scheitert ein präzises „Ranking“ der zur Wahl an ein oberstes Bundesgericht vorgeschlagenen Richterinnen und Richter nach ihren Beurteilungen an der fehlenden präzisen Vergleichbarkeit dieser Beurteilungen. Die unterschiedlichen Länder und Institutionen sind je durch ihre eigene Beurteilungspraxis und -kultur ge-

²² Zum Wahlverfahren *Bowitz*, DÖV 2016, 638 ff.

²³ So auch bereits *Scholz*, Die Wahl der Bundesrichter, in: *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, S. 151 ff. (163).

prägt, was eine lediglich rechnerische Sortierung ausschließt. Hinzu kommt, dass Bundesrichterinnen und -richter nicht nur aus der Richterschaft gewonnen werden können und sollen, sondern auch etwa aus der Anwaltschaft oder der Verwaltung. Hier stellt sich nicht nur die Frage nach der exakten Vergleichbarkeit der heranzuziehenden Beurteilungen, sondern – im Falle der Anwaltschaft – sogar die nach der Existenz solcher Beurteilungen überhaupt.

Zum anderen ist nicht objektiv bestimmbar, welche Kenntnisse, Fähigkeiten und Persönlichkeitsmerkmale mit präzise welchem Gewicht eine gute Bundesrichterin oder einen guten Bundesrichter ausmachen. Vielmehr können mit jeweils guten Gründen unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten werden, ob im Zweifel etwa Rechtsdogmatik in einem obersten Bundesgericht „wichtiger“ ist als Sensibilität für die gesellschaftlichen Auswirkungen einer bestimmten Rechtsprechungslinie. Näheres wird hierzu noch auszuführen sein. Insgesamt lehrt die Erfahrung, dass praktisch alle Vorgeschlagenen zur Spitzengruppe ihres jeweiligen Berufsstandes zählen. Welche Vorgeschlagenen aus dieser ohnehin schon besonders qualifizierten Gruppe die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für das zu besetzende Amt im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG „am allerbesten“ erfüllen, lässt sich aber nicht gleichsam objektiv und für alle Ausschussmitglieder verbindlich feststellen. Die Wahlentscheidung hängt vielmehr notwendig von persönlichen Einschätzungen und Wertungen ab, die nicht „bewiesen“ werden können, sondern verantwortet werden müssen. Dies ist der Grund für die Einschaltung des Richterwahlausschusses gemäß Art. 95 Abs. 2 GG. Das von den Landesministern vertretene bundesstaatliche Element und die demokratische Legitimation vor allem, aber nicht nur der vom Bundestag gewählten Mitglieder des Richterwahlausschusses bieten aus der Sicht der Verfassung die Gewähr dafür, dass letztlich die Personen zu Bundesrichterinnen und Bundesrichtern gewählt werden, die nach der Einschätzung der Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses mit ihren unterschiedlichen Vorverständnissen und Bewertungskriterien den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG an Eignung, Befähigung und fachliche Leistung am besten entsprechen. Jedes Mitglied des Wahlausschusses muss sich ein eigenständiges Urteil darüber bilden, ob der für ein Richteramt Vorgeschlagene die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für dieses Amt besitzt (§ 11 RiWahlG).

3. Rechtsfortbildung und Richterwahl

Das Grundgesetz hat für die Bestellung der Richterinnen und Richter der obersten Bundesgerichte das Wahlverfahren gemäß Art. 95 Abs. 2 GG vorgegeschrieben, weil sie wesentlich stärker als andere Richterinnen und Richter zur Rechtsgestaltung und Rechtsfortbildung berufen sind (a.). Dementsprechend ist die Bestellung der Richterinnen und Richter der obersten Bundes-

gerichte der Sache nach nicht Personalverwaltung, sondern Personalpolitik und muss dieser Sachgesetzlichkeit entsprechend ausgestaltet werden (b.).

a) Rechtsgestaltung und Rechtsfortbildung

Die Regelung der Richterwahl in Art. 95 Abs. 2 GG findet ihre innere Rechtfertigung in der Besonderheit der Aufgabe der Mitglieder der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Sie nehmen stärker als andere Richterinnen und Richter – wenn man von denen am Bundesverfassungsgericht absieht – an der Rechtsfortbildung und Rechtsgestaltung teil.²⁴ Die Mitglieder der obersten Gerichtshöfe des Bundes wirken damit – über die bloße Anwendung von Gesetzen hinaus – bei der Schöpfung von Recht mit, weshalb ihrer Tätigkeit besondere gesellschaftliche Bedeutung zukommt. Dementsprechend bestimmt etwa § 11 Abs. 4 VwGO ausdrücklich, dass Fragen von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt werden können, wenn das zur Rechtsfortbildung erforderlich ist. Wenn oberste Gerichtshöfe des Bundes das Recht fortbilden, rückt ihre Rechtsprechung in eine inhaltliche Nähe zur Gesetzgebung.²⁵ Sie enthält dann ein erhebliches Moment rechtspolitischer Entscheidung und sozialer Gestaltung.²⁶ Anders als die Gesetzgebung ist sie allerdings gemäß Art. 20 Abs. 3 GG durch die Bindung an Gesetz und Recht eingeschränkt. Sie ist an die im System des gesetzlichen und außergesetzlichen Rechts enthaltenen Regelungen gebunden. Diese kann sie fortentwickeln und konkretisieren, aber nicht konterkarieren oder außer Kraft setzen.²⁷

Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass richterliche Rechtsfortbildung zulässig ist. Sie darf nur nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt: „Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse zu den Aufgaben der Dritten Gewalt.“²⁸

Der damalige Präsident des Bundesgerichtshofs *Hirsch* hat 2006 betont: „Richtersprüche schaffen materielles Recht, das neben dem formellen Recht der Gesetze steht. Richterrecht prägt die Rechtswirklichkeit nicht weniger als die gesetzten Normen.“²⁹ *Hirsch* hat zugleich ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Persönlichkeit eines Richters und sein Vorverständnis großen Einfluss auf seine Rechtsprechung haben können:

24 Näher dazu *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, 2. Aufl. 1998, S. 92 ff. m. w. N.

25 Vgl. *Böckenförde* (Fn. 24), S. 93.

26 *Böckenförde* (Fn. 24), S. 94 ff.

27 *Böckenförde* (Fn. 24), S. 94.

28 BVerfGE 128, 193 (210); st. Rspr.

29 *Hirsch*, ZRP 2006, 161.

„Richtig daran ist, dass der Richter in der Tat mit seiner Persönlichkeit in all ihrer Subjektivität (ihrem „Vorverständnis“) für die Rechtsfindung steht. Aber er darf nicht einfach seine Auffassung von richtig und falsch an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen, er ist nicht frei in der Auslegung und Fortbildung des Rechts. Er muss den Zweck des Gesetzes, den ihm immanenten Telos ermitteln, er muss danach fragen, was der Gesetzgeber mit der Regelung im Hinblick auf das konkret zu lösende Sachproblem bezweckt hat, er muss seine Entscheidung an grundrechtlichen Wertentscheidungen ausrichten. Kurz gesagt: Der Richter ist an bestimmte Methoden der Rechtsfindung sowie an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden. Dass dieser Rahmen des bewertenden Erkennens Raum gibt für „willenhafte Elemente“, ist systemimmanent und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Rechtsfindung in Fällen, in denen man dem Gesetz keine Antwort auf die gestellte Rechtsfrage entnehmen kann („Lücke im Gesetz“), in denen die gesetzgeberische Wertentscheidung aktualisiert werden muss (z. B. nichtehelicher Lebenspartner als Familienangehöriger i. S. d. Mietrechts) oder im Gesetz keinen ausreichenden, ablesbaren Niederschlag gefunden hat, ist die eigentliche Last, nicht die Lust des Richterseins.“³⁰

Die Bedeutung der Persönlichkeit der Richterinnen und Richter der obersten Bundesgerichte für die Rechtsfortbildung erklärt, warum das Grundgesetz ihre Berufung dem Richterwahlausschuss und dem zuständigen Bundesminister anvertraut. Das Zusammenwirken der unterschiedlich geprägten Ausschussmitglieder mit dem zuständigen Bundesminister vermag Ergebnisse zu gewährleisten, welche die gesellschaftliche und politische Vielfalt Deutschlands in den obersten Gerichten des Bundes widerspiegeln.

b) Charakter und Ausgestaltung der Bundesrichterbestellung

Ausgehend von der zutreffenden Erkenntnis, dass richterliche Rechtsgestaltung auch in der Bindung an Gesetz und Recht sachlich Rechtspolitik ist, hat Böckenförde die Konsequenz aufgezeigt, dass die Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes der Sache nach Personalpolitik ist.

„Als solche kann sie aus dem Medium der Politik, und das heißt in einer parteienstaatlichen Demokratie immer auch Parteipolitik, nicht herausgelöst werden. Würde man versuchen, sie zu entpolitisieren, einer neutralen, unpolitischen Instanz zu übertragen, etwa der Richterschaft oder einem von ihr gewählten Gremium, so würde dadurch nicht die Richterpersonal-

politik entpolitisiert, sondern nur die damit betraute Instanz zu einer politischen Instanz umgebildet und selbst der Politisierung ausgesetzt.“³¹

Deshalb müssen die politischen Kräfte, die Einfluss auf die Richterbestellung ausüben wollen, balanciert und damit neutralisiert werden. Böckenförde hat damit Gedanken von Adolf Arndt aufgenommen: Der „pouvoir neutre“ der Justiz kann nur durch eine „Neutralisierung der ins Gleichgewicht gebrachten Kräfte“ gesichert werden.³²

Als Balancierungselemente bieten sich Exekutive und Legislative sowie die bundesstaatliche Machtverteilung an. Auf dieser Erkenntnis beruht die Regelung in Art. 95 Abs. 2 GG. Sie vertraut die Berufung der Richter der obersten Bundesgerichte dem zuständigen Bundesminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss an. Schon die Zusammensetzung des Richterwahlausschusses aus den zuständigen Landesministern auf der einen und vom Bundestag gewählten Mitgliedern auf der anderen Seite garantiert politische Vielfalt und damit eine Balance zwischen den politischen Kräften, die bei der Richterberufung ihre personalpolitischen Vorstellungen durchsetzen wollen. Zu den checks and balances, die Vielfalt und damit letztlich im Ergebnis politische Neutralität sichern, gehört weiter der zuständige Bundesminister, der nicht wie sonst seine eigenen Personalvorstellungen durchsetzen kann, sondern von der Verfassung auf ein gemeinsames Handeln mit dem politisch ausbalancierten Richterwahlausschuss verpflichtet wird.

Der Bundestag war sich dementsprechend bei der Beratung des Richterwahlgesetzes 1950 einig, dass entsprechend dem Willen des Verfassungsgebers „die als dritte Gewalt sachlich und persönlich nur dem Recht unterworfenen, von den übrigen Gewalten unabhängige Rechtsprechung durch die **Auswahl der obersten Bundesrichter** von der übrigen Beamtenschaft in einem spezifisch politischen Sinne unterschieden“ sein sollte: Sie sollte „durch die Mitwirkung maßgeblicher politischer Faktoren bei ihrer Berufung mit den demokratischen Grundbedingungen des Verfassungslebens in Einklang gebracht, vor parteipolitischer oder standesmäßiger Einseitigkeit bewahrt und so in ihrer demokratischen Autorität und Legitimation gestärkt werden.“³³ Bei dem Beschluss des Richterwahlausschusses soll es sich nach dem Verfassungsverständnis des Parlaments „um eine politische Vertrauensentscheidung handeln ..., so daß an die politische Legitimation der im Richterwahlausschuss beschließenden Mitglieder besondere Anforderungen zu stellen sind. Insbesondere soll verhindert werden, daß im Richterwahlausschuss Ministerialbeamte tätig sind.“³⁴

31 Böckenförde (Fn. 24), S. 100f.

32 Arndt, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. 2, 1954, S. C 47, 50 ff.

33 So der Abgeordnete Dr. von Merkat als Berichterstatter, BT-PlenProt 75. und 76. Sitzung am Freitag, dem 14. Juli 1950, S. 2727 (D), Hervorhebung im Original.

34 Abgeordneter Dr. von Merkat als Berichterstatter, BT-PlenProt 75. und 76. Sitzung am Freitag, dem 14. Juli 1950, S. 2729 (B).

Das Grundgesetz hat sich damit in Art. 95 Abs. 2 GG unter Absage an eine ministerielle Zuständigkeit für eine politische Ausbalancierung der an der Berufung der Richter der obersten Gerichtshöfe interessierten politischen Kräfte und gegen eine Kooptation durch die Richterschaft entschieden, die zu deren Politisierung geführt hätte.³⁵

4. Richterliche Stellungnahmen und Beurteilungen

Die maßgebliche Handhabung der Auswahlkriterien aus Art. 33 Abs. 2 GG ist von Verfassungs wegen dem Richterwahlausschuss und dem zuständigen Bundesminister zugewiesen. Die Stellungnahmen der Präsidialräte³⁶ und die dienstlichen Beurteilungen werden dem zuständigen Minister und dem Richterwahlausschuss zur Kenntnis gebracht. Welches Gewicht Ausschuss und Bundesminister ihnen zumessen, ist nur von ihnen zu verantworten. Dabei verfügen sie über den aufgezeigten breiten Beurteilungsspielraum. Wie sie diesen Spielraum nutzen, verantworten nur sie.

Zwar sehen §§ 55 ff. DRiG die Beteiligung des Präsidialrats des jeweiligen Gerichts vor. Dessen schriftlich begründete Stellungnahme über die persönliche und fachliche Eignung einer Richterin oder eines Richters entfaltet jedoch angesichts der Vorgabe des Art. 95 Abs. 2 GG, der jegliches Kooptationselement bei der Berufung der Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes ausschließt, keine bindende Wirkung für das Berufungsverfahren. Es steht den Mitgliedern des Richterwahlausschusses ebenso wie dem zuständigen Bundesminister frei, ob und wie sie die Stellungnahme bei ihren Berufungsentscheidungen berücksichtigen.

Dieser Spielraum gegenüber den Präsidialratsvoten wird durch die jüngst einvernehmlich erfolgte Änderung ihrer Ausgestaltung unterstrichen. Inhalt des Votums ist nicht länger eine von vier Eignungsstufen, sondern nur noch eine Unterscheidung zwischen „geeignet“ und „nicht geeignet“. Die Präsidialräte sehen damit jetzt bewusst davon ab, innerhalb der Gruppe der als „geeignet“ angesehenen Kandidatinnen und Kandidaten weiter (nämlich nach „gut“ oder „besonders gut“ geeigneten) zu differenzieren. Hinter dieser Zurücknahme des Anspruchs, dem Wahlausschuss auch insoweit Empfehlungen geben zu wollen, steht der Umstand, dass zwar das Votum „nicht geeignet“ von den Ausschussmitgliedern in aller Regel respektiert wird, dass aber die Ausschussmitglieder das Ausmaß der Eignung der Kandidatinnen und Kandidaten nicht notwendig aus genau derselben Perspektive beurteilen wie die Präsidialräte. So ist es naheliegend und legitim, dass die Präsidialräte aus Gesichtspunkten etwa der richterlichen Vorerfahrung, dem Durchlaufen

³⁵ Statt aller *Jachmann*, Art. 95 Rn. 127, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, (Stand 2011) m. w. N.

³⁶ Zum Votum der Präsidialräte *Bowitz*, DÖV 2016, 648 (640ff.).

einer „klassischen“ Richterlaufbahn und möglicherweise auch Senioritätserwägungen unterschiedliche Grade der Eignung ableiten. Genauso legitim ist es aber, dass die Ausschussmitglieder solche Abstufungen in der Eignung nicht immer genauso beurteilen. Dem trägt die veränderte aktuelle Praxis jetzt Rechnung. Ein vergleichbarer Spielraum muss auch hinsichtlich dienstlicher Beurteilungen bestehen. Problematisch erscheint deshalb die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Schleswig, dass bei einer Auswahlentscheidung von Richterwahlausschuss und zuständigem Minister „in erster Linie auf die aktuellen dienstlichen Beurteilungen zurückzugreifen“ sei.³⁷ Denn das liefe – ungeachtet der bereits dargestellten Vergleichbarkeitsprobleme – bei konsequenter Handhabung darauf hinaus, dass die beurteilende Stelle ganz erheblichen Einfluss auf die Berufung erhalte. Besonders deutlich wird das, wenn die richterdienstlichen Beurteilungen ausdrücklich zur Eignung für das angestrebte Amt Stellung nehmen.³⁸

Der Richterwahlausschuss und der zuständige Bundesminister müssten dann gleichsam nur noch ein Ergebnis beurkunden, das sich wesentlich aus den aktuellen dienstlichen Beurteilungen ergäbe. Letztlich führte auch das zu einer Kooptationslösung, die Art. 95 Abs. 2 GG gerade ausschließt. Der weite Beurteilungsspielraum von Richterwahlausschuss und zuständigem Bundesminister, den die Verfassung gebietet,³⁹ würde in verfassungswidriger Weise eingeschränkt.

III. Perspektiven

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Beschluss die verfassungsdogmatischen Grundfragen der Bundesrichterwahl geklärt. Es hat die Anforderungen aus Art. 33 Abs. 2 GG den Besonderheiten des Wahlverfahrens angepasst und damit die gebotene praktische Konkordanz mit Art. 95 Abs. 2 GG hergestellt. Das Wahlverfahren würde seine politische Bedeutung und damit seinen von der Verfassung gewollten Sinn verlieren, wenn es ebenso wie eine exekutive Auswahlentscheidung auch die Auswahl zwischen verschiedenen Bewerberinnen und Bewerbern für ein Bundesrichteramt strikt an Art. 33 Abs. 2 GG binden würde. Es gibt für die Mitglieder des Richterwahlausschusses keine Pflicht zur Wahl eines bestimmten Kandidaten oder einer bestimmten Kandidatin, sondern sie können im Rahmen ihrer Wahlfreiheit zu unterschiedlichen Bewertungen kommen, solange sie sich dabei von den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG leiten lassen. Die Betonung des institutionellen Treueverhältnisses zwischen dem Richterwahlausschuss und dem

³⁷ OVG Schleswig, NJW 2001, 3210.

³⁸ OVG Schleswig, NJW 2001, 3210 (3211).

³⁹ So auch VG Schleswig, NJW 2002, 2657.

zuständigen Bundesminister beschreibt das kondominiale Verhältnis zwischen beiden Verfassungsorganen treffend. Die verfassungsrechtlichen Bindungen, aber auch die von der Verfassung gewährleistete Autonomie beider Organe werden zu einem sachgerechten Ausgleich gebracht. Die Zeugnisse und die dienstlichen Beurteilungen der Bewerberinnen und Bewerber müssen ebenso in Auswahlentscheidung einfließen wie die Stellungnahmen der Präsidentsräte. Sie sind aber nicht etwa allein maßgebend. Vielmehr bleibt ausreichend Raum für die umfassende Bewertung der Persönlichkeit jedes einzelnen Bewerbers und jeder einzelnen Bewerberin durch die Wahlorgane. Entscheidend ist die legitimatorische Kraft der Wahlentscheidung, nicht allein die Summe der sich aus den Personalakten ergebenden justizinternen Beurteilungen. Wie die Entscheidungen der obersten Bundesgerichte rechtspolitische Elemente enthalten, so ist auch die Wahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter durch ein personalpolitisches Element mitgeprägt. Dieses politische Element bringt das Grundgesetz durch die Anordnung der Richterwahl zum Ausdruck. Es ist nicht nur legitim, sondern auch konstitutionell abgesichert. Indem das Bundesverfassungsgericht das nachdrücklich betont hat, hat es auch einen Beitrag zum Rechtsfrieden geleistet. Es kann erwartet werden, dass auf dieser Grundlage die Zahl der Konkurrentenklagen abnehmen und die Funktionsfähigkeit der Bundesgerichte auch in Zukunft gewährleistet sein wird.



Christian Kirchberg

**Festschrift für Christian Kirchberg
zum 70. Geburtstag
am 5. September 2017**

herausgegeben von

Dirk Herrmann und Achim Krämer

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN 978-3-415-06079-1

© 2017 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Foto von Christian Kirchberg auf S. 2 © privat | Satz: Olaf Mangold
Text & Typo, 70374 Stuttgart | Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza
GmbH, Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Inhaltsverzeichnis

Zueignung	5
Autorenverzeichnis	13
I. Verfassungsrecht	
Das Gemeinsame Europäische Asylsystem und Artikel 16a GG	17
<i>Jan Bergmann</i>	
Art. 33 Abs. 2 GG im Streit um funktionelle Ämter ohne Einfluss auf Beförderungsexpektanzen	27
<i>Christian-Dietrich Bracher</i>	
Camouflage – Rechtssymbolik in der Architektur des Interims- standortes des Bundesverfassungsgerichts	41
<i>Thomas Dreier</i>	
Die Zweiklassengesellschaft im Vergaberecht – Karlsruhe locuta, causa finita?	61
<i>Helmut Ebersbach</i>	
Das Grundrecht auf Berufsfreiheit in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	73
<i>Reinhard Gaier</i>	
Grenzen der Indemnität	85
<i>Andrea Hermesmeier</i>	
Das Bundesverfassungsgericht und die (überlange) Dauer von gerichtlichen Verfahren	97
<i>Dirk Herrmann</i>	
Was darf Satire? – Eine rechtliche Annäherung in Form eines „Ringmodells“	111
<i>Jürgen Kühling</i>	
Der Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer und sein Vorsitzender	127
<i>Christofer Lenz</i>	

Das Prinzip der praktischen Konkordanz	143
<i>Gertrude Lübbe-Wolff</i>	
Christian Kirchberg, das Bundesverfassungsgericht und der Tanz der Teufel – Oder: Der Wandel der Zeit 1982 bis 2017 ..	155
<i>Marco Röder</i>	
Medienfreiheit und Datenschutz im Konflikt – Das Medienprivileg des Datenschutzrechts	163
<i>Indra Spiecker, genannt Döhmman</i>	
Eine Entscheidung mit Donnerhall – Zum Urteil des Hamburgischen Verfassungsgerichts vom 4. Mai 1993	179
<i>Gerhard Strate</i>	
Die Atomausstiegsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Neues und Bekanntes zur Eigentumsdogmatik	187
<i>Michael Uechtritz</i>	
Verfassungsfragen der Bundesrichterwahl	213
<i>Joachim Wieland</i>	
Die Bedeutung der Verfassung für Staaten und für die Entwicklung von Staaten – Das Beispiel der Verfassung Tunesiens	225
<i>Michaela Wittinger</i>	
Allgemeine Rechtsgrundsätze als verfahrensrechtliche Kontrollmaßstäbe dienstlicher Maßnahmen der Europäischen Patentorganisation	239
<i>Rüdiger Zuck</i>	
II. Öffentliches Baurecht	
Das Umlegungsverfahren nach dem sofort vollziehbaren Umlegungsbeschluss	255
<i>Hans-Jörg Birk</i>	
Städtebaulich unerwünschte Vorhaben – Handlungsoptionen der Gemeinde bei abgelaufener Veränderungssperre	263
<i>Thomas Burmeister</i>	
Fische stellen keine Eilanträge	279
<i>Volker Ellenberger und Michael Hoppe</i>	

Höher, dichter, lauter – Das Urbane Gebiet als neuer Gebietstyp der Baunutzungsverordnung	293
<i>Werner Finger</i>	
Windkraft und Zielabweichung – Anmerkungen aus der Praxis	311
<i>Alexandra Fridrich</i>	
Schweinemast im Irrgarten? – 40 Jahre drittschützendes Gebot der Rücksichtnahme im Baurecht	329
<i>Malte Graßhof</i>	
Im Labyrinth der Abweichungsgesetzgebung – Am Beispiel der raumordnerischen Untersagung	345
<i>Gerd Hager</i>	
Bauen im Außenbereich	367
<i>Eva Stürer und Bernhard Stürer</i>	
III. Berufsrecht	
Zur Verfassungsmäßigkeit des Arztmonopols und anderen Unzulänglichkeiten des Deutschen Gesundheitssystems – Ein rechtspolitischer Blick auf einen gesellschaftlichen Brennpunkt ..	393
<i>Ulrich Eidenmüller</i>	
Die Anwaltsgerichtsbarkeit als wichtiger Teil der anwaltlichen Selbstverwaltung – Eine Bestandsaufnahme	409
<i>Doris Geiersberger</i>	
Über die Organisationsstruktur der deutschen Anwaltschaft	421
<i>Stephan Göcken</i>	
Hören und gehört werden – Die Europäische Vereinigung der Anwaltschaften bei den Obersten Gerichtshöfen	433
<i>Norbert Gross</i>	
Möglichkeiten und Grenzen der Zweitberufswahl und Zweitberufsausübung bei Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten ...	447
<i>Frank Johnigk</i>	
Zur Unabhängigkeit des Syndikus-Rechtsanwalts	467
<i>Michael Krenzler</i>	

Inhaltsverzeichnis

Der Bezugspunkt der Auswahl gemäß Art. 33 Abs. 2 GG und die Vermeidung von Besetzungsblockaden	477
<i>Wolfgang Kuhla</i>	
Der Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Vermögensverfall	497
<i>Winfried Porsch</i>	
Vom Unternehmensjuristen zum Syndikusrechtsanwalt – Die verfassungsrechtliche Perspektive	511
<i>Michael Quaas</i>	
Zur Zukunft der Freien Berufe	529
<i>Klaus Rennert</i>	
IV. Varia	
Die „Abschaffung“ der Störerhaftung – Nach der Abschaffung ist vor der Abschaffung	547
<i>Joachim Bornkamm</i>	
Strafrechtsrevision Light – Zwei Augen plus X	571
<i>Thomas Fischer</i>	
Aus der Frühzeit der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . .	591
<i>Achim Krämer</i>	
Das Landesinformationsfreiheitsgesetz Baden-Württemberg und die Transparenz im Hochschulbereich	599
<i>Friedrich Schoch</i>	
Essay über Bildung	615
<i>Gerhard Teufel</i>	
Der Ringtausch in Durlach – Christian Kirchberg als Berater der Kirchengemeinde Durlach und Förderer der Kirchenmusik	623
<i>Jörg Winter</i>	
Literaturverzeichnis von Christian Kirchberg	637

Autorenverzeichnis

- Prof. Dr. Jan Bergmann, LL.M.eur., Vorsitzender Richter am Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Mannheim
- Prof. Dr. Hans-Jörg Birk, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Eisenmann Wahle Birk & Weidner, Stuttgart
- Prof. Dr. Dr. h. c. Joachim Bornkamm, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Freiburg
- Dr. Christian-Dietrich Bracher, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Rechtsanwälte Redeker Sellner Dahs, Bonn
- Dr. Thomas Burmeister, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Rechtsanwälte Bender Harrer Krevet, Freiburg
- Prof. Dr. Thomas Dreier, M. C. J. (New York University), Direktor des Instituts für Informations- und Wirtschaftsrecht, Karlsruher Institut für Technologie (KIT), Honorarprofessor Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
- Helmut Ebersbach, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Rechtsanwälte Deubner & Kirchberg, Karlsruhe
- Ulrich Eidenmüller, Bürgermeister a. D., Rechtsanwalt, Rechtsanwälte Caemmerer Lenz, Karlsruhe
- Volker Ellenberger, Präsident des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, Mannheim
- Dr. Werner Finger, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Rechtsanwälte Deubner & Kirchberg, Karlsruhe
- Prof. Dr. Thomas Fischer, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe
- Alexandra Fridrich, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht, Rechtsanwälte Fridrich Bannasch & Partner, Freiburg
- Prof. Dr. Reinhard Gaier, Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D., Karlsruhe
- Dr. Doris Geiersberger, Rechtsanwältin, Geiersberger Glas & Partner, Rechtsanwälte, Rostock, Vorsitzende der AG der Präsidentinnen und Präsidenten der Anwaltsgerichtshöfe a. D.
- Stephan Göcken, Rechtsanwalt, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
- Dr. Malte Graßhof, Präsident des Verwaltungsgerichts Sigmaringen
- Prof. Dr. Norbert Gross, Docteur en Droit (Univ. Grenoble), Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof a. D., ehem. Präsident der Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
- Prof. Dr. Gerd Hager, Direktor des Regionalverbands Mittlerer Oberrhein, Karlsruhe
- Andrea Hermesmeier, Ltd. Stadtrechtsdirektorin, Stadt Stuttgart
- Dr. Dirk Herrmann, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Rechtsanwälte Deubner & Kirchberg, Karlsruhe
- Dr. Michael Hoppe, Richter am Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Mannheim
- Frank Johnigk, Rechtsanwalt, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin