

# Die Verfassungsrichterwahl – auch ein Fall für den Bundespräsidenten

Der Paradigmenwechsel im Parteiensystem und das Vorschlagsverfahren für das Bundesverfassungsgericht / Von Peter Graf Kielmansegg und Thomas Gschwend

Dass das Bundesverfassungsgericht geworden ist, was es ist – eines der einflussreichsten und zugleich das angesehenste Verfassungsorgan dieser Republik –, ist zu einem guten Teil einer klugen Praxis der Richterbestellung zuzuschreiben. Das Grundgesetz selbst sagt zu diesem Thema nicht mehr, als dass die Richter je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt werden; außerdem, dass das Gericht aus Bundesrichtern und anderen Mitgliedern besteht (Artikel 94). Der Gesetzgeber konkretisierte diese Vorgaben in einer frühen Phase suchenden Experimentierens Schritt für Schritt zu einem sorgfältig durchdachten Regelwerk: zwölfjährige Amtszeit, keine Wiederwahl, drei Bundesrichter in jedem der beiden achtköpfigen Senate als Garanten richterlicher Professionalität; und vor allem: Zweidrittelmehrheiten in den beiden Wahlgremien Bundestag und Bundesrat.

Dieses Regelwerk, daran lässt auch der internationale Vergleich keinen Zweifel, hat sich bewährt. Es wird ergänzt durch Konventionen. Deren wichtigste hat es mit dem Vorschlagsrecht zu tun. Jede Wahl setzt einen Vorschlag voraus, mithin auch eine Antwort auf die Frage: Wer macht den Vorschlag? Lange Zeit galt die Vereinbarung, dass Union und SPD, die beiden großen Parteien – so war es einmal –, in jedem der beiden Senate für vier Richterstellen vorschlagsberechtigt seien. Gelegentlich traten sie, ohne einer festen Regel zu folgen, ein Vorschlagsrecht an einen kleineren Koalitionspartner ab.

Verlässlich funktionieren konnte diese Vereinbarung freilich nur unter einer Voraussetzung: Die beiden großen Parteien mussten in den beiden Wahlgremien über jene Zweidrittelmehrheit verfügen, die für die Wahl der Richter gebraucht wird. Diese Voraussetzung, lange Zeit eine Selbstverständlichkeit, ist gegenwärtig nicht mehr gegeben. Mehr noch: Der

zeit spricht nichts dafür, dass sie in der absehbaren Zukunft wieder gegeben sein könnte. Was den Bundestag angeht, so haben Union und SPD in den Wahlen von 2017 zusammen gerade noch 53,4 Prozent der Wählerstimmen erhalten. Dass es demnächst wieder 66 Prozent werden könnten, ist unwahrscheinlich. Für den Bundesrat galt immer schon, dass die Lage wegen der Vielfalt der Koalitionsbildungen in den Ländern unübersichtlicher war. Inzwischen sind die Grünen an so vielen Landesregierungen als Koalitionspartner beteiligt, dass gegen sie eine Zweidrittelmehrheit im Bundesrat nicht mehr zusammenzubringen ist.

Was tun? Ohne eine verlässliche, allgemein akzeptierte Vorschlagskonvention, die eine qualitativ unanfechtbare Besetzung des höchsten deutschen Gerichtes sichert, ist die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit gefährdet. Was das in Zeiten, die für unsere Demokratie ohnehin rau sind, bedeuten würde, mag man sich ausmalen. Einstweilen scheint es darauf hinauszulaufen, dass die Parteien sich möglichst unauffällig geräuschlos auf ein 3+3+1+1-Schema einigen; Union und SPD treten einen Schritt zurück, und die FDP und die Grünen erhalten für jeden Senat je ein Vorschlagsrecht. Das wäre eine pragmatische, gewiss nicht unvernünftige Anpassung. Aber kann es in dieser Frage von großer und grundsätzlicher Bedeutung bei einem durch Machtlagen im Bund und in den Ländern bestimmten Improvisieren bleiben? Oder verlangt die Anpassung der Vorschlagskonvention an gewandelte Verhältnisse nicht doch ein grundsätzliches Nachdenken; ein Nachdenken über Regeln, die prinzipiell plausibel sind und nicht nur die Zustimmung derer finden, die von ihnen profitieren?

Tatsächlich zeichnet sich in der scheinbar kleinen numerischen Verschiebung vom 4+4- zum 3+3+1+1-Schema ein pro-

blematischer Paradigmenwechsel ab. Die 4+4-Regel lässt sich als Modus der Herstellung und Aufrechterhaltung eines stabilen Gleichgewichts verstehen. Nicht Repräsentation der Gesellschaft im Gericht, sondern Verfassungsauslegung aus der Mitte heraus ist das Ziel, einer Mitte, die als Balance zwischen moderat konservativen und moderat progressiven Richtern bestimmt ist. Dieser Konzeption verdankt die Republik viele Jahrzehnte einer weithin akzeptierten Verfassungsrechtsprechung.

Das 3+3+1+1-Modell weist in eine andere Richtung. Gewiss, es geht nur um Vorschlagsrechte, das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit bei der Wahl bleibt bestehen. Dennoch: Ein erster Schritt der Umdeutung des Gerichtes in eine Repräsentativkörperschaft wird getan. Ein zweiter wird folgen müssen. Hat man sich auf die Logik proportionaler Repräsentation einmal eingelassen, wird es auf

## Wissenschaft und Praxis

die Dauer nicht möglich sein, Parteien, die mit einer gewissen Stärke über eine gewisse Dauer im Bundestag vertreten sind, ein Vorschlagsrecht prinzipiell zu verweigern – es sei denn, ihnen wird in einem unanfechtbaren Verfahren Verfassungsfeindlichkeit attestiert. Schon jetzt sind die Linke und die AfD in den ostdeutschen Landtagen zusammen so stark, dass eine der beiden Parteien bei der Richterwahl zu den Landesverfassungsgerichten einbezogen werden muss. Eine Zweidrittelmehrheit gegen die AfD ist nur mit Hilfe der Linken, einer Zweidrittelmehrheit gegen die Linke nur mit Hilfe der AfD möglich. Das aber sind Strategien einer asymmetrischen Exklusion, die die Legitimität der Institution Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Dauer zerstören würden, praktizierte man sie im Bundestag.

Nach gegenwärtigem Stand der Dinge ist also mit sechs Fraktionen, die, proportional gewichtet, Vorschlagsrechte haben werden, zu rechnen. Die Folgen für das Gericht, für die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit sind nicht ganz leicht abzuschätzen. Aber so viel lässt sich doch sagen: Die stärkere Fragmentierung von Bundestag und, auf andere Weise, Bundesrat wird es allein schon, unabhängig von der Verteilung der Vorschlagsrechte, schwieriger machen, Zweidrittelmehrheiten zusammenzubringen. Die proportionale Verteilung der Vorschlagsrechte wird diese Schwierigkeiten verstärken.

Sie wird darüber hinaus eine deutliche Politisierung des Besetzungsverfahrens zur Folge haben. Diese beschädigt einerseits das Vertrauen in die Unabhängigkeit des Gerichts und letztlich so sein Ansehen. Andererseits führt sie zu einer stärkeren Politisierung der Arbeit des Gerichtes selbst. Das Selbstverständnis der Richter wird sich vermutlich verändern, insofern die Richter sich stärker als Repräsentanten gesellschaftlicher Grundströmungen im Gericht zu begreifen beginnen. Das hätte notwendig Auswirkungen auf die Diskussions- und Argumentationskultur im Gericht. Die Erfahrungen in Polen und Ungarn zeigen zudem: Wenn Gerichte als parteipolitische Akteure porträtiert werden können, sind Angriffe auf die Unabhängigkeit der Justiz leichter zu legitimieren.

Stehen wir also vor einem Dilemma? Die Voraussetzungen des lange erfolgreichen Gleichgewichtsmodus sind zerfallen, der Proporzmodus aber, der seine Nachfolge anzutreten sich anschickt, könnte höchst unerwünschte Folgen haben. Wie soll man umgehen mit diesem Dilemma? Können wir uns irgendwo Rat holen? Ein Blick auf drei Länder mit vergleichsweise starker Verfassungsgerichtsbarkeit – die Vereinigten Staaten, Österreich und Frankreich – zeigt: Sie setzen

in der einen oder anderen Weise alle auf Gewaltenteilung im Verfahren der Berufung von Verfassungsrichtern. In den Vereinigten Staaten beruft der Präsident die Richter, braucht aber die Zustimmung des Senats; in Österreich liegen die für den Bundespräsidenten verbindlichen Vorschlagsrechte je zur Hälfte bei der Regierung und beim Parlament; in Frankreich schließlich weist die Verfassung das Berufungsrecht für je drei Mitglieder des neunköpfigen Verfassungsrates dem Staatspräsidenten, dem Präsidenten der Nationalversammlung und dem Präsidenten des Senats zu.

Keine dieser Regelungen bietet eine wirklich verlässliche Gewähr dagegen, dass die politischen Mehrheiten des Tages das Verfassungsgericht einseitig nach ihren Vorstellungen besetzen. Die Vereinigten Staaten führen uns das gerade anschaulich vor Augen. Ein republikanischer Präsident und eine republikanische Senatsmehrheit arbeiten gemeinsam auf das Ziel hin, dem Supreme Court eine konservative Ausrichtung zu geben. Ein Kongress, in dem sich scharfe parteipolitische Fronten herausgebildet haben, ist nicht mehr, wie die Verfassungsväter meinten, notwendig ein Gegengewicht zum Präsidenten. Die deutsche Zweidrittelregel, die ja auch als eine – freilich nicht an Institutionen festgemachte – Gewaltenteilungsregel verstanden werden kann, erweist sich im internationalen Vergleich als wirksamer.

So wichtig dieser Befund ist, die Frage, wie das Vorschlagsverfahren vernünftig, das heißt die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland nicht beschädigend, an die fortgeschrittene, möglicherweise weiter fortschreitende Fragmentierung des Parteiensystems angepasst werden kann, beantwortet er nicht. Am Ende wird es wohl darauf hinauslaufen, dass alle im Parlament vertretenen Fraktionen gemäß ihrem politischen Gewicht Vorschlagsrechte erhalten. Dann aber ge-

winnt der Aushandlungsprozess, der vom Vorschlag zur Zweidrittelmehrheit in der Wahl führt, erheblich an Bedeutung. Alle Beteiligten werden sich in diesem Prozess ihrer besonderen Verantwortung für die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit noch stärker bewusst sein müssen als bei dem bisher praktizierten Verfahren. Die Selbstverständlichkeit, dass Vorschlagsrechte keine Berufungsrechte sind, wird dann essentiell bedeutsam.

Zugleich gewinnt die Frage eine gesteigerte Dringlichkeit: Was geschieht, wenn die Aushandlungsprozesse in der gesetzlichen Frist nicht zu einem Vorschlag führen, der die Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit in den Wahlgremien zu finden Aussicht hat? Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz gibt in diesem Fall derzeit dem Gericht selbst das Recht, einen Vorschlag zu machen. Dabei könnte man es belassen, wissend, dass der Einfluss des Gerichtes auf seine eigene Zusammensetzung in dem Maße wachsen wird, in dem es schwieriger wird, Zweidrittelkoalitionen in einem fragmentierten Parteiensystem zusammenzubringen. Wenn einem diese Entwicklung als problematisch erscheint – und für diese Einschätzung gibt es Gründe –, könnte man das Reservevorschlagsrecht aber auch dem Bundespräsidenten übertragen. Dass das Staatsoberhaupt, wie wir gesehen haben, fast überall in die Verfahren der Berufung von Verfassungsrichtern eingebunden ist, spricht für diese Lösung. Die Furcht vor einem starken Bundespräsidenten, die den Parlamentarischen Rat bestimmte, muss uns nicht mehr leiten.

Professor Dr. Peter Graf Kielmansegg ist emeritierter Professor für Politikwissenschaft der Universität Mannheim. Professor Dr. Thomas Gschwend lehrt Politikwissenschaft am Zentrum für europäische Sozialforschung an der Universität Mannheim.