

Prof. Dr. Marcus Höreth
TU Kaiserslautern

An den Innen- und Rechtsausschuss

03.03.2014

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN zur Neuregelung der Wahl der Mitglieder des Landesverfassungsgerichts

1. Die Partei DIE PIRATEN schlägt vor, dass LVerfGG § 6 (2) wie folgt zu ergänzen: „Die Wahl ist geheim und findet ohne Aussprache statt. Die Wahl erfolgt auf Vorschlag eines Ausschusses, dessen Zusammensetzung und Verfahren der Landtag in seiner Geschäftsordnung regelt. *Dem Vorschlag geht eine öffentliche Ausschreibung voraus. Der Ausschuss soll alle oder ausgewählte Bewerberinnen und Bewerber in öffentlicher Sitzung anhören.*“
2. Generell halte ich es für begrüßenswert, dass sich die Politik mit Fragen der Bestellung der VerfassungsrichterInnen - hier auf Landesebene - beschäftigt. Die gegenwärtige Praxis der Verfassungsrichterbestellung auf Bundesebene, die strukturell und prozedural mit jener zum schleswig-holsteinischen Landesverfassungsgericht vergleichbar ist, unterliegt nach einem Grundsatzurteil des BVerfG (BVerfG, 2 BvC 2/10 vom 19.6.2012) zwar kaum mehr verfassungsrechtlichen Bedenken, demokratiethoretisch zweifelhaft - und deshalb vom Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise durchaus optimierbar - erscheint sie gleichwohl.
3. Die Piratenpartei hat hierzu zwei Vorschläge eingebracht, die getrennt voneinander evaluiert werden sollten. Es wird zum einen die Einführung einer öffentlichen Ausschreibung angeregt; zum anderen öffentliche Anhörungen für („alle oder ausgewählte“) Bewerberinnen und Bewerber vorgeschlagen. Bezüglich des ersten Vorschlags bin ich skeptisch, ob Ausschreibungen die richtige Methode zur Rekrutierung geeigneter Persönlichkeiten für das Amt des Landesverfassungsrichters darstellen. Schon die Frage, wie das Anforderungsprofil formuliert werden soll, wirft gravierende Probleme auf. Es spricht nach meinem Dafürhalten nichts dagegen, es dem Richterwahlausschuss weiterhin exklusiv zu überlassen, geeignete Kandidatinnen und Kandidaten zu finden und vorzuschlagen. Ob und wie ein förmliches „Interessenbekundungsverfahren“ ein geeigneteres Mittel zur Findung geeigneter Kandidatinnen und Kandidaten darstellen könnte, sollte von der Politik dennoch vorbehaltlos überprüft werden. Dies ist jedoch m.E. keine Schlüsselfrage.
4. Schwieriger - und wichtiger - ist die Evaluierung des zweiten Vorschlags. Öffentliche Anhörungen bei den Verfassungsrichterwahlen (auf Bundesebene) werden nach „herrschender Meinung“ in der Rechtswissenschaft abgelehnt. Gleichwohl erscheinen bei genauerer Prüfung die von den Gegnern dieses Vorschlags vorgebrachten Argumente wenig überzeugend. Um zu einer sachlich angemessenen Beurteilung der Problematik gelangen zu können, müsste die bisher rein normative Debatte, die im Falle der Gegner von öffentlichen Anhörungen ja durchaus mit empirischen Unterstellungen arbeitet, durch empirische Faktenanalyse ergänzt werden. Diese gewinnt man am ehesten durch den Vergleich mit dem Verfahren der Richter-

ernennung in den USA. Hier sind öffentliche „Confirmation Hearings“ seit 1939 üblich. Dabei zeigt sich, dass die Annahme, öffentliche Anhörungen würden zu einer sachlich unangemessenen politischen Aufladung des Verfahrens der Richterernennung führen und darüber hinaus der Autorität und damit der Unabhängigkeit der späteren Richter schaden, empirisch nicht bestätigt werden kann. Im Gegenteil ist es eher so, dass die für den Kandidaten erfolgreiche Anhörung - bei aller politischen Begleitmusik - nicht unwesentlich zu seiner persönlichen Autorität beiträgt, die dann auch bei der späteren Amtsführung in größere Unabhängigkeit der Rechtsprechung umgemünzt werden kann. Vor diesem Hintergrund öffentliche Anhörungen bei der Bestellung von Verfassungsrichtern pauschal als „baren Unsinn“ zu bezeichnen (FDP-Fraktionschef Wolfgang Kubicki) zeugt von einer problemunangemessenen Arroganz und Ignoranz gleichermaßen.

5. Das Landesverfassungsgericht in Schleswig-Holstein hat sich in der kurzen Zeit seines Bestehens zu einem wichtigen Faktor der Landespolitik entwickeln können. Zu einigen der kontroversesten innenpolitischen und staatsorganisatorischen Streitfragen (Zulagen für parlamentarische Geschäftsführer, Befreiung der SSW von der 5%-Klausel, kommunale Verfassungsbeschwerden etc.) hat es Entscheidungen mit weitreichenden politischen Folgen getroffen. In erstaunlich kurzer Zeit ist die neu geschaffene Institution, die sich nach ihrem eigenen Verständnis keineswegs (nur) als herkömmliches Gericht, sondern auch als „Verfassungsorgan“ (wie die Landesregierung und der Landtag) betrachtet, zu einem landespolitischen Akteur ersten Ranges geworden. Auch ein nur flüchtiger Blick in die Protokolle der Landtagsdebatten offenbart, dass dies von allen im Parlament vertretenen Parteien ebenfalls so gesehen wird - es gibt kaum eine wichtige politische Debatte, in der landesverfassungsrechtliche Argumente keine Rolle spielen. In diesem Sinne ist der politische Diskurs in Schleswig-Holstein bereits hochgradig „juridifiziert“ - im Gegenzug kann dann aber auch eine gewisse „Politisierung“ des Gerichts kaum ausbleiben. Diese ist auch nicht grundsätzlich zu kritisieren, da - wie die international vergleichende Analyse von Verfassungsgerichtshöfen eindrucksvoll demonstriert - die durchgängige und messerscharfe Trennung von Politik und Recht im demokratischen Verfassungsstaat weder möglich noch wünschenswert ist. Wenn daher im Landesverfassungsgericht (auch) ein politischer Akteur mit weitreichender Entscheidungsmacht erblickt werden muss, stellt sich auch für diese Institution das Problem der demokratischen Legitimation in aller Schärfe.
6. Könnte vor diesem Problemhintergrund eine Übernahme der öffentlichen Anhörungen auch für die Ernennung der Landesverfassungsrichter in Schleswig-Holstein legitimatorische Vorteile bringen? Genauer gefragt: Wären Zugewinne an demokratischer Legitimation zu erwarten, ohne die institutionelle Unabhängigkeit des Landesverfassungsgerichts zu gefährden? Demokratietheoretische Zweifel wirft das derzeit praktizierte Verfahren der Richterbestellung in Schleswig-Holstein ja vor allem deshalb auf, weil es durch den Ausschluss der Öffentlichkeit hochgradig intransparent ist und „von außen“ kaum nachvollzogen werden kann, ob die Kandidaten und späteren Verfassungsrichter für ihre Ämter überhaupt geeignet und befähigt sind. Transparenz und Öffentlichkeit sind bei Vorgängen der Ämterbesetzung durch demokratische Wahlen aufgrund des konstitutiven Zusammenhangs zwischen Demokratie und Öffentlichkeit unverzichtbar. Die Besonderheiten des schleswig-holsteinischen Verfah-

rens der Richterbestellung verhindern jedoch gerade jene grundsätzlich geforderte Transparenz und Publizität. Auf dieses Defizit haben ausgerechnet die PIRATEN, die die Funktionslogik parlamentarischer Regierungssysteme kaum verstanden zu haben scheinen (Stichworte Fraktionsdisziplin und die Bildung stabiler parlamentarischer Mehrheiten), durchaus zu Recht hingewiesen.

7. Die Vermittlung einer hinreichenden demokratischen Legitimation bei den Verfassungsrichterwahlen in Schleswig-Holstein kann durch das derzeitige Verfahren kaum geleistet werden. Das komplizierte und wenig transparente, auf Parteienproporz und Kompromiss zwischen den (großen) Parteien angelegte Verfahren der Ernennung der Landesverfassungsrichter müsste allerdings keinesfalls substantiell geändert werden, könnte aber im Einklang mit der Landesverfassung die Ergänzung um ein wichtiges Element durchaus verkraften: Warum sollte man den KandidatInnen nicht zumuten können, sich einer öffentlichen Anhörung vor dem Wahlausschuss zu unterziehen? Die Argumente, die im US-amerikanischen Fall für öffentliche Hearings sprechen, verlieren ihre Überzeugungskraft in Deutschland auch unter den Bedingungen einer parlamentarischen (Parteien-)Demokratie auf Landesebene keineswegs. Durch die Einführung öffentlicher Anhörungen könnte man weiterhin einerseits die Vorteile des mäßigend auf die politischen Akteure wirkenden Prinzips der Zweidrittelmehrheit erhalten, während andererseits die Nachteile der bisherigen Intransparenz des Verfahrens zumindest entschärft werden könnten.
8. Allerdings gibt es im juristischen Schrifttum gewichtige Gegenargumente gegen die Einführung öffentlicher Anhörungen bei Verfassungsrichterwahlen. Am bedeutendsten ist sicher das Argument, dass nur die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens die Versachlichung der Kandidatenauswahl gewährleisten könne. Zudem wird behauptet, dass öffentliche Anhörungen der späteren richterlichen Amtsführung Schaden zufügen könnten und damit letztlich die sachlich-inhaltliche Legitimation der Rechtsprechung untergraben. Kandidaten könnten bei öffentlichen Befragungen zu Festlegungen genötigt werden, die ihre für das zu bekleidende Amt notwendige Unabhängigkeit und ihre Distanz zur Parteipolitik in Frage stellen. Hinzu komme, dass Deutschland - im Gegensatz zur USA - keine Übung mit öffentlichen Anhörungen habe, was dazu führen müsse, dass die Fraktionen in den Anhörungen die Kandidaten der politischen Gegenseite diskreditierten. Schließlich wird darauf verwiesen, dass durch die Einführung von öffentlichen Anhörungen weltanschauliche, politische und verfassungspolitische Grundüberzeugungen des Kandidaten für dessen Auswahl eine nicht unerhebliche Rolle spielen würden. Damit wird zugleich implizit insinuiert, dass diese (vermeintlich unsachlichen) Kriterien bei der Auswahl geeigneter Richterinnen und Richter keine Relevanz haben sollten. Das von Kubicki laut NDR eingebrachte Gegenargument gegen öffentliche Anhörungen, nämlich dass Kandidaten, die bei den Anhörungen scheitern, einen beruflichen Makel befürchten müssten, ist evident unsachlich und bedarf eigentlich keiner weiteren Widerlegung. Doch auch darauf werde ich unten kurz eingehen.
9. Die gegen die Einführung öffentlicher Anhörungen vorgebrachten Argumente sind zum einen Teil normativ wenig überzeugend, zum anderen Teil halten die in ihnen enthaltenen Unterstellungen einer empirischen Prüfung nicht stand, wie der Vergleich mit den „Confirmation

Hearings“ in den USA zeigt. Zwar ist es völlig richtig, dass auch beim Landesverfassungsgericht in Schleswig-Holstein darauf geachtet werden sollte, dass die bestellten Richter fachkompetenziell unumstritten sind. Die Einsetzung des Instruments des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber parlamentarischen Gesetzen - und damit die Letztentscheidungsbezugnis gegenüber dem unmittelbar gewählten Organ - verlangt nach einer umso höheren sachlich-inhaltlichen Legitimation. Das gilt prinzipiell auch für die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, selbst wenn deren Bedeutung von den meisten Experten eher gering geschätzt wird. Die erforderliche sachlich-inhaltliche Legitimation für ein Landesverfassungsgericht wiederum ist abhängig von einer un- bzw. überparteilichen Rechtsprechung, die sich kraft der Unabhängigkeit der institutionellen Stellung der Verfassungsrichter den Einflussversuchen der Politik erfolgreich entziehen kann. Einerseits steht die politische Dimension der Verfassungsgerichtsbarkeit einer völligen Entpolitisierung seiner Besetzung von vornherein entgegen (Modelle der „Selbstrekrutierung der Justiz“ sind in diesem Zusammenhang demokratietheoretisch sehr problematisch und deshalb abzulehnen) - andererseits kann jedoch eine noch weitergehende Politisierung des Gerichts kaum erstrebenswert sein, denn diese würde zweifellos die sachlich-inhaltliche Legitimation der Verfassungsrechtsprechung unterminieren. Das derzeitige Verfahren ist von seinem Wesen her hochgradig (partei)politisch konnotiert, ohne aber hinreichend demokratisch legitimiert zu sein. Anhörungen würden das Verfahren der Richterbestellung substantiell kaum noch stärker politisieren, dafür aber - prozedural - transparenter und damit demokratieverträglicher machen. Die weiterhin erforderliche Zweidrittelmehrheit würde im Übrigen verhindern, dass die Fraktionen in den Anhörungen die jeweiligen Kandidaten der Gegenseite diskreditieren. Um das zu erkennen, brauchen die Akteure keine zusätzliche „Übung“, sondern nur gesunden Menschenverstand, denn jede Fraktion braucht auch die Zustimmung der anderen Fraktion für die eigenen Kandidaten. Das den Mitgliedern in Bundestag und Bundesrat bekannte und nicht zuletzt bei der zustimmungsbedürftigen Bundesgesetzgebung durchaus auch „eingeübte“ Prinzip des *do ut des* wäre also auch bei den öffentlichen Anhörungen für alle Akteure in Schleswig-Holstein die dominierende Handlungsmaxime.

10. Den Kritikern öffentlicher Anhörungen lassen sich des Weiteren empirisch belastbare Fakten entgegen halten. Die Einführung öffentlicher Anhörungen stellt die sachlich-inhaltliche Legitimation des Gerichts und seiner Urteile keineswegs in Frage, wie das US-amerikanische Beispiel eindrucksvoll zeigt. Der Prozess der Richterbestellung ist dort scharf von der nachgelagerten Rechtsprechung des Gerichts zu unterscheiden - beides ist daher getrennt voneinander zu betrachten. Ein wie auch immer geartetes Kontrollrecht des Parlaments gegenüber den Richtern *nach* deren Inthronisierung wird durch die öffentlichen Anhörungen im Verfahren der Richterbestellung gerade nicht begründet. Unter den Voraussetzungen einer institutionellen Absicherung können Anhörungen die Unabhängigkeit der späteren Richter daher gar nicht gefährden (diskutieren müsste man in Schleswig-Holstein daher die Einführung einer einmaligen Amtszeit von 12 Jahren). Wenn die Kandidaten für den höchsten - wenn auch ehrenamtlichen - Richterposten in Schleswig-Holstein ihre Fähigkeiten bei den Anhörungen unter Beweis stellen, können sie im Gegenteil ihre Autorität und damit auch ihre Unabhängigkeit sogar noch stärken, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen: sie dürfen erstens keine jenseits des landesverfassungspolitischen Mainstreams diskreditierten radikalen Auf-

fassungen vertreten; zweitens müssen sie fachliche Kompetenz demonstrieren; drittens ihre argumentatorische Gewandtheit unter Beweis stellen; und schließlich müssen sie viertens während der Anhörungen auch jene nach Amtseinführung unverzichtbare Eigenschaft besitzen, die der ehemalige Verfassungsrichter Helmut Simon (übrigens ein Befürworter öffentlicher Anhörungen bei Bundesverfassungsrichterverwahlen) als „politisches Gespür“ bezeichnet hat. Dazu gehört für den im Rahmen einer öffentlichen Anhörung befragten Kandidaten auch, bestimmte Festlegungen zu vermeiden, um die notwendige Unabhängigkeit und Distanz zu politischen Streitparteien zu demonstrieren. In den USA haben die Kandidaten bei den öffentlichen Hearings jederzeit die Möglichkeit, „strategically silent“ zu sein, d.h. sie können Fragen zu den ihrer Auffassung nach aktuellen verfassungsrechtlichen Problemen im Land ausweichen, denn - so lautet immer wieder das im Grunde auch von allen akzeptierte Standardargument - „sie könnten bald vom Verfassungsgericht entschieden werden müssen“. Wie in den USA würde diese vorsichtige Zurückhaltung bei der Beantwortung brisanter aktueller verfassungsrechtlicher Fragen auch in Schleswig-Holstein grundsätzlich von allen politischen Parteien akzeptiert bzw. sogar begrüßt werden.

11. Öffentliche Anhörungen besitzen natürlich auch den unbestreitbaren Vorteil, dass durch sie zutage gefördert werden kann, ob dem Kandidaten die eine oder andere geforderte Fähigkeit fehlt. Fällt dieses Manko bei einem Kandidaten, einer Kandidatin im Rahmen einer Anhörung auf, so wird er oder sie scheitern, weil er oder sie für das Amt eines Landesverfassungsrichters eben nicht geeignet ist. Dass Kandidaten bei öffentlichen Anhörungen scheitern können, mag ihren Ruf nachhaltig beschädigen und als Makel empfunden werden. Dies ist jedoch das Risiko, dass ein Kandidat in Kauf nehmen müsste, wenn er das höchste in Schleswig-Holstein zu vergebende Richteramt anstrebt. Um das Gegenargument von Kubicki etwas zu unterfüttern: Möglicherweise würden öffentliche Anhörungen im Rahmen der Verfassungsrichterbestellungen grundsätzlich eigentlich geeignete Persönlichkeiten von einer Kandidatur abschrecken. Doch lässt sich dieses Argument auch umdrehen: Wer dieses Risiko nicht zu tragen bereit ist, wer die Prozedur der Anhörung nicht über sich ergehen lassen will, hat sich selbst für dieses hohe Amt eigentlich bereits disqualifiziert. Letztlich zeigen die Erfahrungen mit den öffentlichen Anhörungen bei der Richterbestellung in den USA, dass diese nicht nur eine für die demokratisch-personelle Legitimation des Gerichts wichtige Öffentlichkeitsfunktion bei seiner Rekonstituierung erfüllen, sondern darüber hinaus durch ihre Selektionsfunktion sogar die sachlich-inhaltliche Legitimation des Gerichts stärken.
12. Schließlich geht auch der Einwand, wonach Anhörungen Qualitäten des Kandidaten in den Vordergrund rücken könnten, die für die Tätigkeit als Richter am Landesverfassungsgericht nicht von ausschlaggebender Bedeutung seien, an den Realitäten vorbei. Die Wahl der Landesverfassungsrichter ist eine politische Entscheidung, die demokratische Legitimation vermitteln soll, und die sich nicht ausschließlich an engeren juristischen Kriterien der Eignung orientieren muss. Da persönliche verfassungspolitische Präferenzen und sonstige politische Ansichten bei der späteren Amtsführung durchaus eine Rolle spielen, kann es kaum schaden, wenn diese bei öffentlichen Anhörungen hinterfragt und diskutiert werden, zumal ja selbst die Kritiker von öffentlichen Anhörungen einräumen, dass persönliche politische Einstellungen des Kandidaten zumindest der Fachöffentlichkeit hinlänglich bekannt sein dürften. Wa-

rum sollte dann nicht auch eine über diese Fachöffentlichkeit hinausgehende breitere Öffentlichkeit die Chance erhalten, sich ein Bild von der jeweiligen Persönlichkeit machen zu können, zumal jedes öffentliche Wahlamt grundsätzlich die Bereitschaft zur Auskunft und Rechenschaft gegenüber den Konstituenten zumindest *vor* Amtsübernahme verlangt?

13. Den Bedenken der Kritiker von öffentlichen Anhörungen bei der Richterbestellung kann bei der näheren Ausgestaltung der Verfahren zur Anhörung der Kandidatinnen und Kandidaten durchaus Rechnung getragen werden. Fragen, die im engeren Sinne „persönlich“ sind, müssten strikt ausgeklammert bleiben. Lediglich Fragen mit verfassungsrechtlichem Bezug sind statthaft. Ähnlich wie beim US-Senat, der die Anhörungen der späteren Richter am US Supreme Court durchführt, kann das Hearing den Charakter von anspruchsvollen akademischen Lehrveranstaltungen im öffentlichen Recht gewinnen (die negativen Vorurteile deutscher Verfassungsjuristen gegenüber den „Confirmation Hearings“ halten einer empirischen Prüfung nicht stand). Die Themen, die bei einer solchen Anhörung diskutiert werden müssten, gerade weil sie direkt oder indirekt die Judikatur beeinflussen, könnten z.B. die folgenden sein: Selbstverständnis als Richterin an einem Landesverfassungsgericht, Rolle des Gerichts im deutschen Verfassungsgerichtsverbund mit dem Bundesverfassungsgericht an der Spitze, Rolle der Grundrechte: Abwehrrechte oder Teilhaberechte?, Minderheitenschutz (SSW), Status der Kommunen im Land (kommunale Selbstverwaltung), Parlamentarismus-, Parteien- und Demokratieverständnis, Einstellung gegenüber Verfahren der direkten Demokratie und ihre verfassungsrechtliche Verortung, Föderalismusverständnis etc. Denkbare Themen sind freilich auch Genderfragen, Rechte von Homosexuellen etc. Haben Kandidatinnen und Kandidaten das Gefühl, eine ihnen gestellte Frage sei zu speziell und könnte bald vom Gericht entschieden werden müssen, haben sie zweifellos das Recht die Antwort zu verweigern.
14. Zusammenfassend: Die Einführung öffentlicher Anhörungen würde - bei entsprechender Ausgestaltung und entsprechender Selbstdisziplin der Mitglieder im Wahlausschuss - bei den Verfassungsrichterwahlen in Schleswig-Holstein kaum schaden, nutzen würden sie möglicherweise viel.