

WEISSLEDER . EWER

Rechtsanwälte ■ Partnerschaft mbB

WEISSLEDER ■ EWER ■ Rechtsanwälte Part mbB ■ Walkerdamm 4-6 ■ 24103 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Frau Vorsitzende Barbara Ostmeier, MdL
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/6184

Per E-Mail:
Innenausschuss@landtag.ltsh.de
barbara.ostmeier@landtag.ltsh.de
sebastian.galka@landtag.ltsh.de

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar a.D. ■ Rechtsanwalt ■ bis 2013

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Angelika Leppin
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Gunnar Postel
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Bernd Hoefler
Rechtsanwalt

Dr. Tobias Thienel LL.M. (Edinburgh)
Rechtsanwalt

Dr. Christoph Berlin
Rechtsanwalt

Dr. Malte Weismüller
Rechtsanwalt

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen:

Kiel, den

Bearbeiter/-in:

Ew/mk

24.08.2021

RA Prof. Dr. Wolfgang Ewer

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesrichtergesetzes

Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP und der Abgeordneten des SSW – Drucksache 19/3098

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

zunächst einmal bedanke ich mich für die Möglichkeit der Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesrichtergesetzes (Schleswig-Holsteinischer Landtag, 04.06.2021, Drs. 19/3098).

A. Vorbemerkung

Hintergrund der Gesetzgebungsinitiative ist ersichtlich eine fraktionsübergreifende Unzufriedenheit mit dem bestehenden Rechtszustand, welcher den Rahmen der vom Richterwahlausschuss zu treffenden Wahlentscheidung weitestgehend auf einen

■ Walkerdamm 4 - 6
24103 Kiel
Telefon (04 31) 9 74 36 - 0
Telefax (04 31) 9 74 36 - 36

■ kanzlei@weissleder-ewer.de
www.weissleder-ewer.de
St.-Nr. 20 222 15956
UID-Nr.: DE 134835172

■ HypoVereinsbank Hamburg
IBAN:
DE35 2003 0000 0002 3062 49
BIC: HYVEDEMM300

■ Santander Bank Kiel
IBAN:
DE03 5003 3300 1080 5655 00
BIC: SCFBDE33XXX

■ Förde Sparkasse
IBAN:
DE83 2105 0170 1002 1010 10
BIC: NOLADE21KIE

■ Postbank Hamburg
IBAN:
DE09 2001 0020 0376 3552 06
BIC: PBNKDEFF

■ Sitz Kiel. Partnerschaftsregister AG Kiel PR 533 KI; daraus sind die Gesellschafter der Partnerschaft – dies sind nicht alle im Briefkopf genannten Anwälte – ersichtlich.
■ Alle im Briefkopf genannten Anwälte sind einzeln zur Vertretung der Partnerschaft berechtigt. Mandate werden nur für die Partnerschaft angenommen und geführt.

Vergleich der Ergebnisse der zugrundeliegenden dienstlichen Beurteilungen und gegebenenfalls – etwa bei dienstlichen Beurteilungen aus anderen Bereichen und auf Grund unterschiedlicher Beurteilungsrichtlinien – auf deren vergleichende Interpretation beschränkt.

Diese Beschränkung folgt daraus, dass nach der gegenwärtig bestehenden Gesetzeslage sowie den dazu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen

- ▶ der Richterwahlausschuss bei seiner Wahlentscheidung verpflichtet ist, die Bewerberin oder den Bewerber, die bzw. der für das Richteramt persönlich und fachlich am besten geeignet ist, zu wählen,
- ▶ das für Justiz zuständige Ministerium einer Wahl nur bei Erfüllung dieser Voraussetzung zustimmen darf,
- ▶ die Entscheidung, wer die am besten geeignete Bewerberin oder der am besten geeignete Bewerber ist, auf Grundlage der vorliegenden dienstlichen Beurteilungen zu treffen ist

und

- ▶ den zuständigen Beurteilerinnen und Beurteilern, bei Bewerberinnen oder Bewerbern aus der Justiz mithin den betreffenden Präsidentinnen oder Präsidenten, bei der Erteilung der dienstlichen Beurteilungen wiederum ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht.

Dies hat zur Konsequenz, dass die Beurteilerinnen und Beurteiler durch den von ihnen mit Erteilung der – den Richterwahlausschuss und das für Justiz zuständige Ministerium letztlich bindenden – Beurteilungen erfolgenden Akt wertender Erkenntnis,

zur dienstlichen Beurteilung als Akt wertender Erkenntnis grundlegend bereits BVerwG, Urteil vom 26.06.1980 – 2 C 8.78 –, Buchholz 232 § 15 BBG Nr. 13,

objektiv in höherem Umfang Einfluss auf die Besetzung von Richterstellen haben als der Richterwahlausschuss.

B. Die vorgesehenen Neuregelungen zur Wahl durch den Richterwahlausschuss und Zustimmung durch das für Justiz zuständige Ministerium

Um dem Richterwahlausschuss eine „echte“ Wahlentscheidung zu ermöglichen, werden im Gesetzentwurf im Wesentlichen folgende Regelungen vorgeschlagen:

§ 22 Abs. 1 Satz 1 LRiG lautet derzeit:

„Der Richterwahlausschuß wählt die Bewerberin oder den Bewerber, die oder der für das Richteramt persönlich und fachlich am besten geeignet ist.“

Demgegenüber sieht § 22 Abs. 1 LRiG-E folgende Fassung vor:

„Der Richterwahlausschuss prüft, ob die Bewerberin oder der Bewerber für ein Richteramt die persönlichen Voraussetzungen für dieses Amt besitzt und ob die sachlichen Voraussetzungen für die Besetzung dieses Amtes erfüllt sind. Bei seiner Wahlentscheidung lässt er sich von Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes leiten.“

Insoweit orientiert sich der erste Satz an den bundesrechtlichen Regelungen für die Wahl der Richterinnen und Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes. Denn die bundesrechtliche Regelung des § 11 RiWG lautet:

„Der Richterwahlausschuss prüft, ob der für ein Richteramt Vorgeschlagene die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für dieses Amt besitzt.“

Der zweite Satz des § 22 Abs. 1 LRiG-E übernimmt hingegen nahezu wörtlich eine Passage aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 20.09.2016, welcher die Bundesrichterwahl von 2015 zum Gegenstand hatte,

vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 –, BVerfGE 143, S. 22, 33 Rn. 28.

Hinsichtlich der nach § 22 Abs. 2 Satz 4 erforderlichen Zustimmung des für Justiz zuständigen Ministeriums ist in § 24 LRiG-E folgende Regelung vorgesehen:

„Die für Justiz zuständige Ministerin oder der für Justiz zuständige Minister stimmt einer nach § 22 Absatz 1 erfolgten Wahl zu, es sei denn,

1. die formellen Ernennungsvoraussetzungen sind nicht gegeben,
2. die verfahrensrechtlichen Vorgaben sind nicht eingehalten oder
3. das Ergebnis erscheint vor dem Hintergrund der Wertungen des Artikel 33 Absatz 2 des Grundgesetzes unter Berücksichtigung des mit einer Wahl notwendigerweise verbundenen Entscheidungsspielraums nicht mehr vertretbar.“

Diese Regelung basiert ersichtlich auf dem

Beschluss des Zweiten Senats des BVerfG vom 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 –, BVerfGE 143, S. 22, 34 Rn. 32,

in dem zur Bundesrichterwahl festgestellt wird:

„Der zuständige Minister ist demgegenüber nicht verpflichtet, der Wahl nur dann zuzustimmen, wenn der nach seiner Auffassung Beste gewählt worden ist. In einem solchen Fall wäre die Einrichtung des Richterwahlausschusses ihrerseits weitgehend sinnentleert und die politische Verantwortung für die Entscheidung läge entgegen der Intention des Art. 95 Abs. 2 GG ausschließlich bei der Justizverwaltung (vgl. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 318 f.). Der Minister hat sich daher bei seiner Entscheidung den Ausgang der Wahl grundsätzlich zu eigen zu machen, es sei denn, die formellen Ernennungsvoraussetzungen sind nicht gegeben, die verfahrensrechtlichen Vorgaben

sind nicht eingehalten oder das Ergebnis erscheint nach Abwägung aller Umstände und insbesondere vor dem Hintergrund der Wertungen des Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr nachvollziehbar.“

C. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der vorgesehenen Neuregelungen

Es fragt sich, ob die im Gesetzentwurf vorgesehenen Neuregelungen verfassungskonform sind.

I. Zur Frage der Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 2 GG

Dabei geht es in erster Linie um die Frage, ob eine Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 2 GG gegeben ist. Diese Vorschrift lautet:

„Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.“

Die Prüfung der Vereinbarkeit mit dieser Verfassungsbestimmung hat zwei Ebenen. Sie betrifft

- ▶ zum einen die Frage, ob der Landesgesetzgeber überhaupt befugt ist, Regelungen zu treffen, nach denen der Richterwahlausschuss und – im Rahmen der erforderlichen Zustimmungsentscheidung – das für Justiz zuständige Ministerium ermächtigt werden, von den strikten Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG abzuweichen,

und

- ▶ zum anderen die Frage, ob bejahendenfalls durch den Gesetzentwurf die hierbei zu beachtenden verfassungsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden.

1. Zur Frage des grundsätzlichen Bestehens einer Befugnis des Landesgesetzgebers, den Richterwahlausschuss und das für Justiz zuständige Ministerium zu Abweichungen von den strikten Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG zu ermächtigen

In erster Hinsicht wird

- ▶ zunächst das Erfordernis einer bundesverfassungsimmanenten Einschränkung der Reichweite von Art. 33 Abs. 2 GG dargestellt,
- ▶ sodann ausgeführt, dass und aus welchen Gründen insoweit bezüglich der Bundesrichterwahl eine derartige Einschränkung vorliegt,

und

- ▶ schließlich der Frage nachgegangen, ob eine derartige bundesverfassungsrechtlichsimmanente Einschränkung dem Grunde nach auch für den Fall besteht, dass Länder von der Ermächtigung aus Art. 98 Abs. 4 GG Gebrauch machen.

a) Erfordernis einer verfassungsimmanenten Einschränkung von Anwendungsbereich oder Reichweite von Art. 33 Abs. 2 GG

Art. 33 Abs. 2 GG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Sinne einer Pflicht zur Bestenauslese zu verstehen, nach welcher Auswahlentscheidungen grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden dürfen, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen,

vgl. BVerfG, Beschlüsse des Zweiten Senats vom 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 –, BVerfGE 143, S. 22, 28 Rn. 18, und vom 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 –, BVerfGE 139, S. 19, 55 f. Rn. 76.

Art. 33 Abs. 2 GG begründet zum einen ein grundrechtsgleiches Recht von Bewerberinnen und Bewerbern um öffentliche Ämter, zum anderen enthält die Bestimmung eine

objektive Wertentscheidung im Interesse der bestmöglichen Besetzung von Stellen des öffentlichen Dienstes,

ständige Rechtsprechung des BVerfG, exemplarisch Beschluss des Zweiten Senats vom 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13 –, BVerfGE 141, S. 56, 68 Rn. 31.

Art. 33 Abs. 2 verpflichtet auch die staatlichen Gewalten in den Ländern und damit auch die Landesgesetzgeber zur Einhaltung des Grundsatzes der Bestenauslese,

vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26.10.2004 – 1 BvR 911/00 –, BVerfGE 111, S. 333, 364; Nichtannahmebeschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 19.09.2019 – 1 BvR 2059/18 –, juris, Rn. 34; Badura, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 33, Rn. 3.

Die Geltung dieses Grundsatzes wird nach Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet,

BVerfGE, Beschluss des Zweiten Senats vom 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 –, BVerfGE 139, S. 19, 49 Rn. 59.

Da die Verfassungsbestimmung keinen Vorbehalt oder keine sonstige Ausgestaltungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers und auch keine Länderöffnungsklausel vorsieht, kann weder der (einfache) Bundesgesetzgeber noch der Landesverfassungsgeber,

vgl. Schl.-Holst. OVG, Beschluss vom 21.10.2019 – 2 MB 3/19 –, juris, Rn. 40,

oder der (einfache) Landesgesetzgeber den Anwendungsbereich der Vorschrift oder deren Reichweite beschränken.

Vielmehr können derartige Beschränkungen lediglich durch das Grundgesetz selbst erfolgen, wie dies etwa in Art. 36 GG für Bundesbedienstete geschehen ist. Nur dann, wenn das Grundgesetz entsprechende immanente Einschränkungen vorsieht, ist der nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes jeweils zuständige Gesetzgeber befugt und verpflichtet, die Abwägung und den Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG und den diesen einschränkenden grundgesetzlichen Belangen vorzunehmen,

vgl. BVerfGE, Urteil des Zweiten Senats vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – , BVerfGE 108, S. 282, 306 f.; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 02.04.1996 – 2 BvR 169/93 –, NVwZ 1997, S. 54; stattgebender Kammerbeschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 12.07.2019 – 2 BvR 612/19 –, juris, Rn. 18.

b) Vorliegen einer verfassungsimmanenten Einschränkung der Reichweite von Art. 33 Abs. 2 GG bei der Bundesrichterwahl

Eine derartige verfassungsimmanente Einschränkung ist im Falle der Bundesrichterwahl gegeben.

Die diesbezüglichen Wurzeln reichen bis in die Zeit der Errichtung des Grundgesetzes zurück. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass es schon im Parlamentarischen Rat von 1949 angesichts der NS-Vergangenheit darum gegangen sei, die Ernennung von Richtern so zu gestalten, dass für die Justiz wieder eine Vertrauensbasis in der Bevölkerung geschaffen werde,

vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 –, BVerfGE 143, S. 22, 30 f. Rn. 23.

Aus diesem Grund sollte speziell für die Bundesgerichte ein Verfahren gewählt werden, dass unter anderem den föderativen Staatsaufbau im Sinne des Art. 36 GG auch in der Justizstruktur widerspiegeln würde,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 – BVerfGE 143, S. 22, 32 Rn. 26; siehe auch: Jachmann-Michel, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 95 Rn. 127; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage, München 2018, Art. 95 Rn. 29.

Dahinter stand letztendlich das sich auch in den dezentralisierten Sitzen der obersten Bundesgerichte wiederfindende Bestreben nach einem dezentralisierten Staatsaufbau, um künftig einseitige politische Machtkonzentrationen zu verhindern. Dieser für die Bundesgerichte zutreffende und wichtige Gesichtspunkt kann von vorneherein nicht auf die Landesgerichtsbarkeit übertragen werden.

Im Zusammenhang damit ist weiter zu berücksichtigen, dass – vergleichbar der Regelung in Art. 36 GG für Beamtinnen und Beamte bei obersten Bundesbehörden – die Ausgestaltung der Wahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter dazu beitragen sollte, den Bundesgerichten zu bundesstaatlicher Legitimation zu verhelfen,

vgl. Kment, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 16. Auflage, München 2020, Art. 95 Rn. 4,

und dass sich der Bundesrichterwahlausschuss zu diesem Zwecke gem. Art. 95 Abs. 2 GG aus den jeweiligen sechzehn Landesjustizministerinnen und -ministern zusammensetzt. Auch dieser – ebenfalls die Anwendbarkeit von Art. 33 Abs. 2 GG durch den Richterwahlausschuss des Bundes zwangsläufig relativierende – Aspekt eines föderativen Proporztes kann aber für Richterwahlausschüsse der Länder keine Geltung beanspruchen,

in diesem Sinne auch Schl.-Holst. OVG, Beschluss vom 21.10.2019 – 2 MB 3/19 –, juris, Rn. 42.

Dabei kommt dem Länderproporz über die vertrauensbildende und akzeptanzschaffende Wirkung hinaus auch eine wichtige funktionale Bedeutung für die obersten

Gerichtshöfe des Bundes zu, da eine der zentralen Aufgaben dieser Gerichte darin liegt, die Rechtseinheit in Deutschland bestmöglich zu wahren. Dies folgt nicht nur aus dem Umstand der Errichtung bundeseinheitlicher Revisionsgerichte als solchem, sondern hat ausdrücklich auch in Art. 95 Abs. 3 GG Niederschlag gefunden. Eine Zusammensetzung der Richterschaft der obersten Gerichtshöfe des Bundes, die verschiedene religiös-weltanschauliche, politische und berufliche Hintergründe spiegelt, ist aber ersichtlich in der Lage, das im Grundgesetz selbst angelegte Ziel der Wahrung der Rechtseinheit durch die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes in besonderer Weise zu fördern. Da eine Verpflichtung des Richterwahlausschusses des Bundes auf die alleinige Anwendung der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG schon wegen der höchst unterschiedlichen Personalressourcen kleiner und großer Länder die Umsetzung des vom Verfassungsgesetzgeber angestrebten Länderproporz im Einzelfall erschweren könnte, folgt auch hieraus eine Befugnis des Bundesgesetzgebers zu einer diese unterschiedlichen bundesverfassungsrechtlichen Belange in Einklang bringenden Regelung,

vgl. zu dieser Thematik Gärditz, Stellungnahme für den Deutschen Bundestag, Reform der Wahl für die Obersten Bundesgerichte (PA 6 – 5410-2.2), 2016, S. 3.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Grundgesetz selbst für die Auswahl der Richterinnen und Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes immanente Einschränkungen enthält, deren nähere Ausgestaltung dem Bundesgesetzgeber oblag.

c) Vorliegen einer verfassungsimmanenten Einschränkung von Art. 33 Abs. 2 GG auch für Wahlen von Richterwahlausschüssen in den Ländern?

Es fragt sich, ob das Grundgesetz eine vergleichbare immanente Einschränkung der Reichweite von Art. 33 Abs. GG dem Grunde nach auch für den Fall enthält, dass der Landesgesetzgeber bestimmt, dass über die Anstellung der Richter im betreffenden Land das für Justiz zuständige Ministerium gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss entscheidet.

Die zuvor erörterten Gründe, welche auf dem Bestreben des historischen Bundesverfassungsgesetzgebers, eine zentrale Machtkonzentration zu verhindern, sowie Art. 95 Abs. 2 und 3 GG und dem Grundgedanken aus Art. 36 GG beruhen, sind insoweit - wie zuvor erörtert – ohne Relevanz.

Stattdessen dürfte allein in Betracht zu ziehen sein, ob Art. 98 Abs. 4 GG dem Grunde nach eine entsprechende Abweichungsbefugnis der Landesgesetzgeber entnommen werden kann. In dieser Verfassungsbestimmung heißt es, dass die Länder bestimmen können, dass über die Anstellung der Richter in den Ländern der Landesjustizminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss entscheidet. Es fragt sich, ob der Bundesverfassungsgesetzgeber damit den Landesgesetzgeber zugleich dem Grunde nach dazu ermächtigt hat, für den Fall eines Gebrauchmachens von Art. 98 Abs. 4 GG Abweichungen von Art. 33 Abs. 2 GG zuzulassen.

Dagegen könnte sprechen,

- ▶ dass die Einschränkung der Geltung des Grundsatzes der Bestenauslese bei der Bundesrichterwahl vom Bundesverfassungsgericht nicht allein auf das Bestehen einer (Mit-)Entscheidungsbefugnis eines Wahlgremiums als solchem gestützt worden ist,

sondern

- ▶ dass sie – wie zuvor ausgeführt – maßgeblich damit begründet worden ist,
 - dass der Verfassungsgesetzgeber selbst ein mit einem Richterwahlausschuss einhergehendes kondominiales System geschaffen hat,
 - dass dieses mit den zuvor genannten und für die Akzeptanz und Funktionsfähigkeit der Justiz wesentlichen Gründen gerechtfertigt werden kann

und

- dass die entsprechenden Aspekte auch im Grundgesetz an verschiedenen Stellen ausdrücklich Niederschlag gefunden haben,

sowie

- ▶ dass entsprechende Voraussetzungen in Bezug auf Richterwahlausschüsse in den Ländern nicht gegeben sind, zumal von einer vergleichbaren Bedeutung der Richterwahl für die Funktionsfähigkeit der Justiz auf Landesebene schwerlich ausgegangen werden kann und die Tätigkeit der Gerichte in denjenigen Ländern, die keine Richterwahlausschüsse haben, keine augenscheinlichen Defizite gegenüber den Ländern mit Richterwahlausschüssen erkennen lässt.

Auch dem Argument, dass den Ländern nach Art. 98 Abs. 4 GG ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung des Richterrechtes zugestanden wird, dürfte in diesem Kontext jedenfalls keine unmittelbare Bedeutung zukommen, da sich die betreffende Feststellung des Bundesverfassungsgerichts allein auf

„die Ausbalancierung des Einflusses von Exekutive und Legislative auf die Berufung von Richtern nach der Ordnung des Grundgesetzes“

bezog, hingegen in diesem Kontext Art. 33 Abs. 2 GG nicht einmal ansatzweise thematisiert wurde,

BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 16.07.1993 – 2 BvR 1282/93 –, juris, Rn. 17.

Allerdings könnte in der durch Art. 98 Abs. 4 GG erfolgten Zulassung von Richterwahlausschüssen in den Ländern als solcher eine implizite immanente Einschränkung von Art. 33 Abs. 2 GG zu erblicken sein, da eine echte Wahl voraussetzt, dass es mehrere wählbare Kandidaten und/oder Kandidatinnen gibt, was bei einer strikten Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese gerade nicht der Fall wäre,

in dieser Richtung Hillgruber, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 98 Rn. 67.

Hierzu ist im

Beschluss des Zweiten Senats des BVerfG vom 20.09.2016 – 2 BvR
2453/15 –, BVerfGE 143, S. 22, 33 Rn. 28,

festgestellt worden:

„Dem Wahlelement trüge eine strikte Bindung der Entscheidung des Richterwahlausschusses an Art. 33 Abs. 2 GG nicht ausreichend Rechnung. Während Art. 33 Abs. 2 GG auf die eine 'richtige' Antwort" (Grigoleit/Siehr, DÖV 2002, S. 455 <457>) beziehungsweise darauf gerichtet ist, "von oben her" den Besten auszuwählen, zeichnen sich Wahlen gerade durch Wahlfreiheit aus, wenngleich die Wählbarkeit zumeist von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängt (vgl. Classen, JZ 2002, S. 1009 <1012>; Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 222 f.). An derartigen (Mindest-)Wählbarkeitsvoraussetzungen sind für Bundesrichter insbesondere die Anforderungen von § 9 Deutsches Richtergesetz (DRiG) zu nennen sowie - mangels anderweitiger Bestimmung im Sinne von § 28 Abs. 1 DRiG - die Voraussetzungen des § 10 DRiG für die Ernennung auf Lebenszeit. Schließlich muss das Mindestalter von 35 Jahren erreicht sein (vgl. für den Bundesgerichtshof § 125 Abs. 2 GVG). Der mit der Wahl einhergehende legitimatorische Mehrwert könnte jedoch nicht erreicht werden, wenn es eine Pflicht zur Wahl eines bestimmten Kandidaten gäbe. Es bliebe (nur) eine auf eine breite Grundlage gestützte Auswahl-, aber keine Wahlentscheidung (vgl. Dietrich, Richterwahlausschüsse und demokratische Legitimation, 2007, S. 165 f.; Grigoleit/Siehr, DÖV 2002, S. 455 <457 f.>; Lovens, ZRP 2001, S. 465 <467>). Zwar müssen sich auch die Mitglieder des Richterwahlausschusses von Art. 33 Abs. 2 GG leiten lassen. Ihre Wahlentscheidung selbst ist dabei aber nicht isoliert gerichtlich überprüfbar (vgl. unten Rn. 34).“

Würde aber eine „strikte Bindung“ an Art. 33 Abs. 2 GG dem Charakter einer Wahl nicht ausreichend Rechnung tragen, so spräche bereits die Zulassung von Richterwahlausschüssen in den Ländern durch Art. 98 Abs. 4 GG als solche dafür, dass der Verfassungsgesetzgeber dem Landesgesetzgeber für den Fall eines Gebrauchmachens von

dieser Ermächtigung dem Grunde nach auch die Befugnis eingeräumt hat, von der strikten Bindung an Art. 33 Abs. 2 GG abzuweichen.

Hierfür lässt sich zudem anführen, dass der Verfassungsgesetzgeber die Länder nicht ermächtigt hat, die Auswahl von Richterinnen und Richtern allein Richterwahlausschüssen zu übertragen, sondern es Art. 98 Abs. 4 GG den Ländern lediglich ermöglicht zu bestimmen, dass

„über die Anstellung der Richter in den Ländern der Landesjustizminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss entscheidet.“

Durch die Beschränkung auf die Zulassung dieser kondominialen Konstruktion und insoweit wiederum durch die Pflicht zur Beachtung von Art. 33 Abs. 2 GG durch die Justizministerin bzw. den Justizminister und die damit einhergehende wechselseitige organschaftliche Treuepflicht wird sichergestellt, dass der Grundsatz der Bestenauslese jedenfalls in gewissem Umfang gleichwohl zur Geltung kommt.

Aus diesem Grunde halte ich es für eher wahrscheinlich, dass das Bundesverfassungsgericht im Falle eines Vorlage- oder Verfassungsbeschwerdeverfahrens davon ausgehen würde,

- ▶ dass Art. 98 Abs. 4 GG die Länder nicht nur dazu ermächtigt, zu bestimmen, dass über die Anstellung der Richter in den Ländern das für Justiz zuständige Ministerium gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss entscheidet,

sondern

- ▶ dass in der Verfassungsbestimmung zugleich dem Grunde nach eine Ermächtigung der Länder zu erblicken ist, im Falle einer derartigen Vorgehensweise in einem vom Landesgesetzgeber zu bestimmenden Umfang von den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG abzuweichen.

2. Zur Frage der Bundesverfassungsrechtskonformität der vorgesehenen Ausgestaltung der Abweichungsbefugnis

Allerdings fragt sich, ob die hierbei vorgesehene Ausgestaltung den bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben Genüge tut.

Ausgangspunkt ist der Umstand, dass dann, wenn insbesondere ohne Gesetzesvorbehalt gewährte Grundrechte – und Gleiches muss für grundrechtsgleiche Rechte wie dasjenige aus Art. 33 Abs. 2 GG gelten – immanent durch andere Regelungen des Grundgesetzes eingeschränkt werden, der Ausgleich zwischen kollidierenden Verfassungsbestimmungen dem Parlament vorbehalten ist, um sicherzustellen, dass Entscheidungen von solcher Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und die Volksvertretung dazu anhält, nicht nur die Notwendigkeit sondern auch das Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären,

siehe BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, S. 282, 306 f., unter Hinweis auf den Beschluss des Ersten Senats vom 25.03.1992 – 1 BvR 1430/88 –, BVerfGE 85, S. 386, 403 f.

Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich auch für den Leistungsgrundsatz, also das Gebot der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG. Hierzu ist am Beispiel des Ausgleichs zwischen von grundrechtlichen Schutzpflichten erfassten Belangen und dem Gebot der Bestenauslese im

Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG vom 02.04.1996 – 2 BvR 169/93 –, NVwZ 1997, S. 54, 55,

festgestellt worden:

„Dem Gesetzgeber obliegt es mithin, die Güterabwägung zwischen den sozialen Belangen, die er im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflichten zu wahren hat, und dem verfassungsrechtlich verbindlich und vorbehaltlos vorgeschriebenen Leistungsgrundsatz vorzunehmen und einen schonenden Ausgleich

zwischen den verschiedenen Verfassungsprinzipien zu finden. Er hat dabei die Interessen beruflich benachteiligter Mütter und das Interesse der Bürger und des Gemeinwesens an einem leistungsfähigen öffentlichen Dienst sowie die Interessen der nicht zum Zuge kommenden Bewerber miteinander abzuwägen. Die Beurteilung, in welcher Weise und in welchem Umfang der Leistungsgrundsatz Modifikationen und Durchbrechungen aus sozialen Gesichtspunkten erfahren kann, ohne die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes ernsthaft zu gefährden, ist grundsätzlich eine Aufgabe des Gesetzgebers. Ihm obliegt es, den Rahmen des ‚rechtlich und tatsächlich Möglichen und Verantwortbaren‘ (vgl. BVerfGE 88, 203 <259>) auszufüllen.“

(Hervorhebungen durch den Unterzeichner)

Nach dem Gesetzentwurf würde die Entscheidung darüber,

„in welcher Weise und in welchem Umfang der Leistungsgrundsatz“

im Hinblick auf das Ziel einer Erhöhung der demokratischen Legitimation der Auswahl der zu ernennenden Richterinnen und Richter modifiziert und in welcher Weise der Ausgleich zwischen diesem Ziel und dem Gebot der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG vorgenommen würde, aber gerade nicht vom Gesetzgeber getroffen werden.

Vielmehr beschränkt sich der Gesetzentwurf in § 22 Abs. 1 Satz 2 insoweit auf die Formulierung:

„Bei seiner Wahlentscheidung lässt er sich von Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes leiten.“

Hierdurch wird aber gerade nicht geregelt, „in welcher Weise und in welchem Umfang“ Art. 33 Abs. 2 GG weiterhin strikte Geltung behält und inwieweit die Verfassungsbestimmung im Interesse der Möglichkeit einer echten Wahl durch den Richterwahlausschuss zurücktreten muss.

Um dies exemplarisch zu verdeutlichen:

Dass von einem Sich-Leiten-Lassen von Art. 33 Abs. 2 GG keine Rede mehr sein kann, wenn eine Bewerberin oder ein Bewerber gewählt wird, obwohl eine andere Bewerberin oder ein anderer Bewerber im Gesamturteil einen Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsvorsprung von mehr als einer vollen Bewertungsstufe nach Nr. 4.3.1 i.V.m. Nr. 4.2 BURL Ri hat, dürfte wohl außer Frage stehen.

Aber wie wäre die Situation zu beurteilen, wenn dieser Vorsprung eine volle Bewertungsstufe beträgt? Hätte sich der Richterwahlausschuss dann immer noch in ausreichendem Maße von Art. 33 Abs. 2 GG leiten lassen und könnte das für Justiz zuständige Ministerium von einer Vertretbarkeit einer solchen Entscheidung ausgehen?

Wenn man Letzteres – jedenfalls bei Vorliegen besonderer Umstände – im Grundsatz für möglich halten würde: Dürfte der Richterwahlausschuss bei seiner Wahlentscheidung und dürfte das für Justiz zuständige Ministerium im Rahmen der vorzunehmenden Vertretbarkeitsprüfung darauf abstellen, dass die präferierte Bewerberin oder der präferierte Bewerber ein bestimmtes Beurteilungsmerkmal besonders gut erfüllt und dass diesem für die nachzubesetzende Stelle eine besonders hohe Bedeutung zukommt? Oder könnte ein derartiger Gesichtspunkt schon grundsätzlich bei einem Vorsprung einer anderen Bewerberin oder eines anderen Bewerbers um eine volle Notenstufe kein Sich-Leiten-Lassen bzw. keine Vertretbarkeit begründen, weil bei einer Auswahlentscheidung nicht auf das konkret-funktionelle Amt – also etwa den Vorsitz einer bestimmten Kammer mit einem spezifischen Aufgabengebiet – sondern nur auf statusamtsbezogene Gesichtspunkte abgestellt werden darf, ganz abgesehen davon, dass es das Präsidium in der Hand hat, den konkreten Einsatz der einzelnen Richterinnen und Richter bei Entscheidungen über den Geschäftsverteilungsplan zu ändern?

Kann noch von einem Sich-Leiten-Lassen des Richterwahlausschusses bzw. der rechtmäßigen Annahme einer im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG vertretbaren Entscheidung durch das für Justiz zuständige Ministerium ausgegangen werden, wenn eine andere

Bewerberin oder ein anderer Bewerber als die oder der gewählte zwar dienstlich mit demselben Gesamturteil, aber in einem höheren Statusamt bewertet worden ist?

Kann noch von einem Sich-Leiten-Lassen des Richterwahlausschusses bzw. der rechtmäßigen Annahme einer im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG vertretbaren Entscheidung durch das für Justiz zuständige Ministerium ausgegangen werden, wenn trotz eines Vorsprungs einer anderen Bewerberin oder eines anderen Bewerbers um eine volle Bewertungsstufe bzw. dieselbe Bewertungsstufe in einem höheren Statusamt eine Mehrzahl von Hilfskriterien für die präferierte Bewerberin oder den präferierten Bewerber sprechen?

Gilt dies bejahendenfalls nur für leistungsbezogene oder auch für nicht leistungsbezogene Hilfskriterien?

Der Gesetzentwurf gibt auf keine dieser Fragen eine Antwort. Dies macht aber deutlich, dass der Gesetzgeber mit Erlass der erwogenen Regelung gerade nicht seiner vom Bundesverfassungsgericht mehrfach hervorgehobenen Pflicht gerecht würde, selbst zu entscheiden,

„in welcher Weise und in welchem Umfang der Leistungsgrundsatz“

bei der Entscheidung des Richterwahlausschusses und bei der Vertretbarkeitsprüfung des Ministeriums weiterhin strikt zu beachten ist oder aber aufgrund des Charakters der Wahlentscheidung zurückzutreten hat.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es auch hinsichtlich der Bundesrichterwahl keine entsprechenden Regelungen gibt, die den Ausgleich zwischen den kollidierenden Verfassungsbestimmungen und Verfassungsgütern im Einzelnen vornehmen und abgrenzen, in welcher Weise und in welchem Umfang der Leistungsgrundsatz beschränkt werden darf. Denn dort ist die Ausgangslage eine andere. Dies folgt daraus, dass

- ▶ die Ermöglichung einer echten Wahl beim Richterwahlausschuss des Bundes durch die vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen und zuvor referierten, für die Akzeptanz und Funktionsfähigkeit elementar relevanten Gesichtspunkte gefordert war,

während

- ▶ es für die Erweiterung der Wahlmöglichkeit des Richterwahlausschusses in Schleswig-Holstein keinerlei Rechtfertigungsgründe von auch nur annähernd vergleichbarem Gewicht gibt.

Denn es steht wohl außer Zweifel, dass es dem Richterwahlausschuss und dem Justizministerium auch nach dem bisherigen System gelungen ist, die schleswig-holsteinischen Gerichte - von sehr wenigen, in allen Lebensbereichen unvermeidbaren „Ausreißern“ abgesehen - mit Richterinnen und Richtern auszustatten, welche nicht nur die Funktionsfähigkeit, sondern zudem ein hohes Niveau und eine breite Akzeptanz der Rechtsprechung gewährleisten.

Es kommt hinzu, dass der in der Begründung des Gesetzentwurfs zur Rechtfertigung der Beschränkung des Art. 33 Abs. 22 angeführte Grund,

„dem Wahlelement des Berufungsverfahrens Rechnung tragen und dadurch die Legitimation der Auswahlentscheidung stärken“,

Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP und der Abgeordneten des SSW – Drucksache 19/3098, Seite 17,

bei Zugrundelegung der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 20 Abs. 2 GG entwickelten Grundsätze nicht tragfähig erscheint. Nach dieser Verfassungsbestimmung ist die Ausübung von Staatsgewalt

„... dann demokratisch legitimiert, wenn sich die Bestellung der Amtsträger - personelle Legitimation vermittelnd - auf das Staatsvolk zurückführen lässt und das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich- inhaltliche

Legitimation erfährt, d.h. die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen (vgl. BVerfGE 93, 37 <67 f.>“),

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 05.12.2002 – 2 BvL 5/98 –, BVerfGE 107, S. 59, 87; in diesem Sinne aus jüngerer Zeit etwa BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13.06.2017 – 2 BvE 1/15 –, BVerfGE 146, 1-70, Rn. 87.

Vorliegend steht das Vorliegen der erforderlichen personellen Legitimation der Mitglieder des Richterwahlausschusses aufgrund der Wahl durch den Landtag völlig außer Zweifel. Hieran würde sich durch den Gesetzentwurf auch weder in die eine noch in die andere Richtung irgendetwas ändern.

Hinsichtlich der sachlich-inhaltlichen Legitimation würde es aber durch die gesetzliche Regelung keineswegs zu einer Erhöhung sondern vielmehr zu einer Reduzierung des Legitimationsniveaus kommen. Denn die Rückbindung an den Souverän würde geschwächt werden. Dies folgt daraus,

- ▶ dass nach dem gegenwärtigen Rechtszustand nicht nur der Richterwahlausschuss, sondern auch das für Justiz zuständige Mitglied der Landesregierung im Rahmen seiner Zuständigkeitsentscheidung einer strikten Bindung an Art. 33 Abs. 2 GG unterliegt,

und

- ▶ dass der Vorgang und das Ergebnis der Prüfung im Zustimmungsverfahren durch das für Justiz zuständige Mitglied der Landesregierung daher der vollständigen Kontrolle durch den Landtag nach Art. 29 LV unterliegen.

Etwas anderes gilt auch nicht im Hinblick auf die nach Art. 29 Abs. 3 LV ggf. kollidierenden schutzwürdigen Interessen Einzelner, also der betroffenen Bewerberinnen und Bewerber. Insoweit ist anerkannt, dass

„... die Bedeutung des parlamentarischen Kontrollrechts in aller Regel dann keine Verkürzung des Informationsanspruchs zugunsten des Schutzes von Grundrechtspositionen (gestattet), wenn Parlament und Regierung Vorkehrungen für den Geheimschutz getroffen haben, die das ungestörte Zusammenwirken beider Verfassungsorgane gewährleisten, und wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist“,

Riedinger, in: Becker / Brüning / Ewer / Schliesky, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Kommentar, 2021, Art. 29, Rn. 25.

Mithin hat der Landtag gegenwärtig die Möglichkeit, konkret zu kontrollieren,

- ▶ ob das für Justiz zuständige Regierungsmitglied die Einhaltung sämtlicher strikten Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG überprüft und das Ergebnis dieser Überprüfung seiner Zustimmungsentscheidung zugrunde gelegt hat.

und

- ▶ aufgrund welcher Kriterien es letztlich zur Erteilung oder Versagung der Zustimmung zu einer bestimmten Wahlentscheidung gekommen ist.

Dass hinsichtlich der Justiz-Berufungen eine effektive Kontrollmöglichkeit besteht, ist aber für die Stellung des Souveräns von ganz erheblicher Bedeutung, wie seinerzeit exemplarisch am Falle des damaligen rheinland-pfälzischen Justizministers Bamberger deutlich geworden ist, gegen den von der parlamentarischen Opposition - im Ergebnis erfolglos - eine Ministeranklage beantragt wurde, nachdem sich herausgestellt hatte, dass eine von ihm vollzogene Personalentscheidung vom Bundesverwaltungsgericht mit Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbar war,

siehe hierzu BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16/09 –, Buchholz 11 Art 33 Abs 2 GG Nr. 47.

Käme es indessen zu der mit dem Gesetzesentwurf intendierten Rechtsänderung, so würde nicht nur hinsichtlich des Richterwahlausschusses sondern auch des für Justiz zuständigen Regierungsmitglieds die strikte Bindung an Art. 33 Abs. 2 GG und damit zugleich der Umfang der Prüfungspflicht im Zustimmungsverfahren beschränkt werden. Insbesondere würde diese sich nicht mehr auf das Vorliegen sämtlicher Anforderungen des Grundsatzes der Bestenauslese erstrecken sondern auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle beschränken, mit der Folge, dass das Justiz-Regierungsmitglied dem Landtag weder berichten müsste noch könnte, aufgrund welcher Umstände es davon ausgeht, dass dem Gebot der Bestenauslese bei einer getroffenen Wahlentscheidung entsprochen worden sei.

Im Ergebnis würde daher durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung

- ▶ die parlamentarische Kontrollmöglichkeit von ihrem Umfang und ihrer Intensität her nicht etwa gestärkt sondern geschwächt

und damit zugleich

- ▶ die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation gegenüber dem jetzigen Rechtszustand nicht erhöht, sondern reduziert werden.

Dass mit einer Schaffung von entscheidungsbefugten Gremien mit Weisungsfreiheit der Mitglieder,

„... die eine Einflussnahme der Volksvertretungen - gegebenenfalls über die zuständigen Ressortminister - auf das Abstimmungsverhalten ausschließt, ... auch die sachlich-inhaltliche Legitimation zurückgenommen (wird)“,

hat unlängst das

BVerwG im Urteil vom 15.07.2020 – 6 C 6/19 –, BVerwGE 169, 177-192,
Rn. 37,

bestätigt, übrigens verbunden mit dem Hinweis, dass es gerade im Falle einer derartigen Reduzierung der sachlich-inhaltlichen Legitimation zu dessen Absicherung im verfassungsrechtlich gebotenen Mindestumfang umso wichtiger ist, das Entscheidungsprogramm durch eine „strikte Gesetzesbindung“ zu vermitteln, was ebenfalls dafür spricht, dass es geboten ist, gesetzlich zu konkretisieren,

„in welcher Weise und in welchem Umfang der Leistungsgrundsatz“

durch Entscheidungen des Richterwahlausschusses eingeschränkt werden darf. Von daher stellt es eine schlicht unzutreffende Prämisse dar, wenn in der Begründung des Gesetzentwurfs davon ausgegangen wird, dass die Aufwertung des Wahlelements zugleich

„die Legitimation der Auswahlentscheidung stärken“

würde,

Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN,
FDP und der Abgeordneten des SSW – Drucksache 19/3098, Seite 17.

Vielmehr ist richtig,

- ▶ dass sich durch die angestrebte Gesetzesänderung am Niveau der personellen demokratischen Legitimation nichts ändern würde,

und

- ▶ dass das Niveau der sachlich-inhaltlichen Legitimation sogar reduziert werden würde,

so

- ▶ dass der Erlass der erwogenen Änderung per saldo eine Verschlechterung des Gesamtniveaus der demokratischen Legitimation zur Folge hätte.

Auch unabhängig davon bleiben jedenfalls die Gründe, die für die Einführung einer von den strikten Grenzen des Art. 33 Abs. 2 GG freigestellten Wahlmöglichkeit angeführt werden, deutlich hinter denjenigen zurück, welche für die Relativierung des Grundsatzes der Bestenauslese bei der Bundesrichterwahl maßgeblich sind. Daher können sie auch nur in deutlich geringerem Maße eine Einschränkung der strikten Geltung von Art. 33 Abs. 2 GG rechtfertigen, als die dem Bundesrichterwahlrecht zugrundeliegenden Rechtfertigungsgründe. Hierdurch erlangt aber die Pflicht des Gesetzgebers, den diesbezüglichen Ausgleich vorzunehmen, eine umso größere Bedeutung.

Im Ergebnis halte ich daher die Unterlassung einer gesetzlichen Regelung, welche näher abgrenzt,

„in welcher Weise und in welchem Umfang der Leistungsgrundsatz“

bei Wahlentscheidungen des Richterwahlausschusses und Vertretbarkeitsprüfungen des für Justiz zuständigen Ministeriums zurücktritt, für bundesverfassungsrechtlich hochproblematisch. Wenn es das Parlament unterlässt, den allein ihm obliegenden Ausgleich zwischen einem unbeschränkt und vorbehaltlos geltenden grundrechtsgleichen Recht und den mit diesem kollidierenden verfassungsrechtlichen Belangen – hier: Ermöglichung einer echten Wahl durch Richterwahlausschüsse der Länder – selbst vorzunehmen, um diesen stattdessen dem Richterwahlausschuss und dem für Justiz zuständigen Ministerium im Rahmen der Rechtsanwendung zu überlassen, dürfte eine solche, lediglich mit dem Postulat des Sich-Leiten-Lassens versehene pauschale Freistellung von den strikten Bindungen des Art. 33 Abs. 2 GG nach meiner Einschätzung das Modell des Gesetzentwurfs erheblichen Nichtigkeitsrisiken aussetzen.

II. Zur Frage der Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG

Ein Verstoß gegen die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG ist nicht gegeben. Zwar liegt es auf der Hand, dass mit der Einführung der erwogenen Regelung die Rechtsschutzmöglichkeiten übergangener Mitbewerberinnen oder Mitbewerber spürbar verschlechtert werden würden; hierauf wird noch im Folgenden unter D. eingegangen werden.

Diese Verschlechterung der Rechtsschutzmöglichkeiten beruht aber nicht darauf, dass der Gesetzentwurf die Möglichkeit zur prozessualen Geltendmachung des subjektiven öffentlichen Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG beeinträchtigt, sondern hat seine Ursache darin, dass er dieses materielle Recht selbst weitgehend beschränkt, indem der Anspruch auf Einhaltung des Gebots der Bestenauslese auf einen solchen auf Einhaltung der Grenzen des erweiterten Beurteilungsspielraums, bei dem sich der Richterwahlausschuss durch Art. 33 Abs. 2 GG leiten zu lassen hat, reduziert wird. Da sich aber aus Art. 19 Abs. 4 GG kein Anspruch auf eine bestimmte klagefähige materielle Rechtsposition ergibt, sondern deren Bestehen vielmehr von der Verfassungsbestimmung vorausgesetzt wird,

Beschlüsse des Ersten Senats des BVerfG vom 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 und 213/83 –, BVerfGE 84, S. 34, 49, vom 31.05.1988 – 1 BvR 520/83 –, BVerfGE 78, S. 214, 226, und vom 09.01.1991 – 1 BvR 207/87 –, BVerfGE 83, S. 182, 194 f.

und sich die Frage, wie weit die gerichtliche Überprüfung zu gehen hat, somit nach dem zugrundeliegenden materiellen Recht bestimmt, schließt Art. 19 Abs. 4 GG in wirksamer Weise normativ eröffnete Ermessens- und Beurteilungsspielräume des betreffenden Hoheitsträgers nicht von vornherein aus,

Beschlüsse des Ersten Senats des BVerfG vom 08.07.1982 – 2 BvR 1187/80 –, BVerfGE 61, S. 82, 111, und vom 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 sowie 213/83 –, BVerfGE 84, S. 34, 50.

D. Rechtspolitische Anmerkungen

Abschließend sei auf Folgendes hingewiesen: Eine Abkehr von der strikten Geltung des Grundsatzes der Bestenauslese birgt im Bereich der Richterwahl zugleich eben jene Risiken, welche Art. 33 Abs. 2 GG gerade verhindern soll,

vgl. bereits Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, Berlin 1975, S. 102.

Zwar mag das doppelte Zwei-Drittel-Erfordernis (2/3-Mehrheit sowohl bei der Wahl der Mitglieder des Richterwahlausschusses als auch der Bewerberinnen oder Bewerber für Richterämter durch den Richterwahlausschuss) in den meisten Fällen eine gewisse institutionelle Sicherung bewirken. Dies gilt indessen nur dann, wenn es nicht zu einem „Pakete-Packen“ kommt. Sollten hingegen in Einzelfällen entsprechende Absprachen erfolgen, so würde es durch die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Novellierung hiervon betroffenen Bewerberinnen und Bewerbern sehr viel schwieriger gemacht werden, einen Bewerbungsverfahrensanspruch gerichtlich durchzusetzen, da dieser erst dann Erfolg haben könnte, wenn die Anspruchstellerin oder der Anspruchsteller glaubhaft machen kann, dass ein derart gravierender Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG vorliegt,

- ▶ dass nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass sich der Richterwahlausschuss bei seiner Wahlentscheidung von dieser Verfassungsbestimmung leiten lassen hat,

und/oder

- ▶ dass die gleichwohl erfolgte Zustimmung des für Justiz zuständigen Ministeriums im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr vertretbar war.

Soweit im Rahmen der parlamentarischen Diskussion zu dem Entwurf der Änderung des Landesrichtergesetzes daher darauf verwiesen wird, einer Änderung des Landesrichtergesetzes stehe politische Einflussnahme nicht entgegen, da eine solche nicht zu befürchten sei,

vgl. Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 19/123, Stellungnahme Tobias Koch MdL, S. 9316, 9343; ebda., Stellungnahme Dr. Ralf Stegner MdL, S. 9316, 9345,

mag dies im Regelfall zutreffen. Nicht zweifelhaft kann aber sein, dass die Neuregelung wegen der Einräumung eines erheblich weiterreichenden Beurteilungsspielraums des Richterwahlausschusses die gerichtliche Kontrolldichte deutlich reduzieren und damit die Möglichkeit zu einer prozessual nicht abwehrbaren politischen Einflussnahme objektiv durchaus erhöhen würde,

zur Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle aufgrund der erweiterten Beurteilungsspielräume von auf Art. 98 Abs 4 GG beruhenden Richterwahlausschüssen siehe Hillgruber, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 98 Rn. 67, sowie Detterbeck, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 9. Auflage, München 2021, Art. 98, Rn. 29.

In diesem Kontext sei darauf hingewiesen, dass auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur angemerkt wird, dass die Gefahr einer politischen Beeinflussung bei der Richterwahl nicht völlig fernliegend erscheine,

Gärditz, Reformbedarf bei der Bundesrichterwahl?, ZBR 2015, S. 325, 329; Wesselmann, Die Politik der Bundesrichterberufung, JÖR 2019, S. 301, 326 ff.; Bowitz, Zur Bedeutung des Votums des Präsidialrates bei der Bundesrichterwahl, DÖV 2016, S. 638, 639.

Die somit mit dem vorgesehenen Modell einhergehende Erschwerung der Durchsetzbarkeit des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG muss daher ebenfalls mit dem ihr zukommenden verfassungsrechtlichen Stellenwert in die legislative Abwägung eingestellt werden.

Lassen Sie mich in diesem Kontext aus über 30-jähriger anwaltlicher Erfahrung anmerken, dass dem Bestehen wirksamer subjektiver Rechtsschutzmöglichkeiten elementare Bedeutung für die Sicherstellung des objektiven Rechts zukommt. Insoweit möchte ich nur exemplarisch darauf hinweisen, dass etwa die Einführung zunächst der

naturschutzrechtlichen Verbandsklage auf Landesebene, dann deren spätere Normierung im Bundesrecht und schließlich die Etablierung der weitergehenden Klagemöglichkeiten nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz ganz erhebliche Auswirkungen auf die Rechtskonformität des Verwaltungsvollzugs im jeweiligen Bereich gehabt hat. Hatte man auf Behördenseite zuvor bei der Anwendung der naturschutzrechtlichen und sonstigen Umweltvorschriften nicht selten „5 gerade sein“ lassen, so führte erst die – maßgeblich durch das europäische Unionsrecht erzwungene – Einführung effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten in diesem Bereich dazu, dass das materielle Recht auch dann ernstgenommen und angewandt wurde, wenn man eigentlich ein anderes Vorgehen bevorzugt hätte.

Allgemein kann man feststellen, dass eine Verschlechterung der Rechtsschutzmöglichkeiten regelmäßig die Gefahr mit sich bringt, wegen der hierdurch bewirkten weitgehenden Sanktionslosigkeit Entscheidungsträger verstärkt der Versuchung ausgesetzt, primär auf das Ergebnis zu schauen und gewollte Entscheidungen ohne die gebotene Vertiefung der Frage ihrer objektiven Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit zu treffen. Dies wiederum kann zu erheblichen Vertrauensverlusten gegenüber Staat und Politik führen. Und im Falle der Richterwahl zugleich zu einem Misstrauen gegenüber den ohne eine effektive Kontrollmöglichkeit des Auswahlvorgangs und Auswahlergebnisses ins Amt Berufenen. Dies wäre aber umso problematischer, als dem Vertrauen in die dritte Gewalt gerade in der gegenwärtigen Phase unserer Gesellschaft eine fundamentale Bedeutung für die friedensstiftende Rolle des Rechts und die Stabilität unseres Rechtsstaats zukommt. Jedenfalls wäre es für die Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen gewiss nicht förderlich, wenn wir künftig nicht mehr stolz vermelden könnten, dass nur die besten Köpfe den Weg in die schleswig-holsteinische Justiz finden, sondern uns vorhalten lassen müssten, dass auch andere Kriterien als die der Bestenauslese darüber entscheiden, wer in richterliche Eingangs- und vor allem Beförderungssämter berufen wird. *Respicere finem* - die Wirkung eines solchen Signals wäre fatal.

Auch vor diesem Hintergrund sollte noch einmal überdacht werden, ob an dem Gesetzentwurf festgehalten werden soll. Bejahendenfalls sollte zumindest erwogen werden, das dem Gesetzentwurf zugrundeliegende Modell über die unter C. I. 2. angesprochenen zusätzlichen materiellrechtlichen Regelungen hinaus auch durch ergänzende institutionelle Sicherungsmechanismen zu flankieren. Eine zusätzliche prozedurale

Sicherung könnte – um nur ein Beispiel von verschiedenen in Betracht kommenden zu nennen – darin bestehen, die Protokollierungspflicht des § 21 Abs. 3 LRiG auf neue Gesichtspunkte zu erstrecken, die von Mitgliedern des Richterwahlausschusses in dessen Sitzungen angeführt werden, ohne dass diese zuvor Gegenstand der in § 20 Abs. 2 LRiG genannten Unterlagen waren und ohne dass der Präsidialrat auch insoweit Gelegenheit zur Stellungnahme hatte. Hierdurch könnte der Gefahr entgegengewirkt werden, dass für die Meinungsbildung im Richterwahlausschuss Informationen maßgeblich werden, die auf subjektiven Eindrücken einzelner Mitglieder beruhen und nicht objektivierbar und aktenkundig sind,

zur Bedeutung entsprechender prozeduraler Sicherungsmechanismen bei Wahlentscheidungen von auf Art. 98 Abs 4 GG beruhenden Richterwahlausschüssen siehe Hillgruber, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 98 Rn. 67.

In dem Maße, in dem die zuvor unter C. I. 2. dargestellten materiellrechtlichen Defizite behoben und zudem zusätzliche verfahrensmäßige Sicherungen installiert werden, dürfte zugleich das Risiko abnehmen, dass das Bundesverfassungsgericht im Falle einer Überprüfung des Modells des Gesetzentwurfs die Abwägung und den Ausgleich zwischen der durch Art. 33 Abs. 2 GG geforderten Bestenauslese einerseits und dem diesen einschränkenden Belang der Ermöglichung einer echten Wahl durch einen nach Art. 98 Abs. 4 GG errichteten Richterwahlausschuss andererseits als unzureichend geregelt und als im Ergebnis disproportional zu Lasten des ersteren Verfassungsgutes bewerten könnte.

Bei Rückfragen oder für ergänzende Ausführungen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Wolfgang Ewer

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Fachanwalt für Verwaltungsrecht