

**Universität Bielefeld**

Fakultät für Rechtswissenschaft  
Prof. Dr. Christoph Gusy  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsgeschichte

Universität Bielefeld • Postfach 10 01 31 • 33501 Bielefeld

**Landtag Schleswig-Holstein**  
**Innenausschuss**  
**Innenausschuss@landtag.ltsh.de**

Raum: T 7-104  
Telefon: (0521) 106-4397  
Telefax: (0521) 106-154397

E-Mail: christoph.gusy@uni-bielefeld.de

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 18/2629

Verfassungsrichterwahlen  
hier: Neuregelung

Zu dem vorgelegten **Gesetzentwurf (LT-Drs. 18/1445)**

nehme ich wie folgt Stellung:

...

Universitätskasse: Westdeutsche Landesbank AG Düsseldorf, BLZ: 300 500 00 Konto: 6 10 36

Dienstgebäude: Universität Bielefeld, Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld, Tel. (0521) 106-00

Öffentliche Verkehrsmittel: Stadtbahnlinie 4 ab Jahnplatz und ab Hauptbahnhof – Richtung Lohmannshof



## 0. Vorbemerkung

Der vorgelegte Entwurf verknüpft mehrere Neuregelungsansätze:

- Vorschlagsrecht des Ausschusses (wie bislang),
- Ausschreibungspflicht,
- Öffentliche Anhörungspflicht im Ausschuss („soll“).

Als Sinn und Zweck werden genannt: Gewährleistung der Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG (Eignung, Befähigung, Leistung) bei der Verfassungsrichterwahl und Anpassung der Verfassungsrichterwahl an die Grundsätze der Besetzung höchster Richterämter bei den Fachgerichten des Landes Schleswig-Holstein.

Hierzu ist folgendermaßen Stellung zu nehmen:

## I. Eignung, Befähigung und Leistung – Maßstäblichkeit und Feststellungsverfahren

...



Die Betonung des Grundsatzes der Eignung, Befähigung und Leistung (Art. 33 Abs. 2 GG) gilt grundsätzlich für alle staatlichen Ämter, also auch für (Verfassungs-)Richterämter. Daran zu erinnern ist ein Anliegen, welches der Erinnerung wert ist.

Dadurch wird allerdings zugleich die Frage nach den zur Begründung und Feststellung jener Merkmale maßgeblichen Kriterien gefragt werden müssen. Diese sind gewiss ermittelbar. Und – in eigenartigem Gegensatz zu mancher Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG „auf Verfassungsebene – weiß jeder einigermaßen qualifizierte Vorgesetzte, welcher seiner Mitarbeiter befähigter ist als andere. Offenbar besteht eine Diskrepanz zwischen dem Wissen um die Erfüllbarkeit und Erfüllung jener Kriterien im Einzelfall und der abstrakten Formulierung der dafür maßgeblichen Qualifikationsmerkmale. Nicht alles, was Behörden(leiter) wissen, lässt sich offenbar in allgemeine und zudem justiziable Begriffe fassen. Zugleich ist die allgemeine Behauptung, dass es solche Kriterien kaum oder nur sehr rahmenartig gebe, vor dem Hintergrund sowohl

...



des Auftrags aus Art. 33 Abs. 2 GG wie auch vor demjenigen des allerorten anzutreffenden Erfahrungswissen gewiss weiter zu überprüfen. Zugleich zeigt sich aber auch: Das Grundgesetz stellt neben den Grundsatz der Bestenauslese zugleich denjenigen der demokratischen Wahl. Beide ergänzen einander in dem Sinne, dass die Bestenauslese eher rechtsstaatliche, die Wahl eher demokratische Anforderungen an die Ämterbesetzung stellt. Auch die Wahl und die ihr angelegte Wettbewerbselemente begründen eine Form der Bestenauslese, doch findet diese anders als bei der Besetzung exekutiver Ämter, namentlich in einem anderen Verfahren und durch eine andere Instanz, eben die Wähler, statt. Das ist kein Widerspruch, und die beiden Grundsätze schränken einander auch nicht ein. Vielmehr geht es um, die Frage nach den Anforderungen an das jeweilige Amt bzw. Mandat. Diese sind bei den Abgeordneten hochgradig politischer Art: Ist das Parlament zur pluralistischen Repräsentation des Volkes berufen, so spricht viel dafür, dass die Auswahl der dafür (!) Beste dem Volk selbst zusteht. Das gilt für andere Wahlämter in ähnlicher Weise. Und dann ist die Wahl durch die jeweilige Wahlkörperschaft das optimale bekannte Verfahren der „Bes-

...



tenauslese“. Das ist hingegen bei Ämtern in der Exekutive und der Justiz anders: Die hier gestellten Qualifikationsanforderungen haben zwar auch zu berücksichtigen, dass die jeweiligen Ämter demokratisch legitimiert sein müssen (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG). Doch werden die dort bestehenden demokratischen Anforderungen durch andere Mechanismen (Gesetzesbindung, Weisung, Aufsicht, Kontrolle) sicherzustellen versucht. Daher und daneben ist Raum für andere, rechtsstaatliche Maßstäbe der Bestenauslese. Bei Wahlämtern versagen jedoch regelmäßig die genannten mittelbaren Legitimations(durchsetzungs)mechanismen wie Gesetzesbindung zu. Letztlich ist dies der Grund für die wettbewerbsmäßig auszugestaltende Bestenauslese im Wahlakt.

Was hier typologisch gegenübergestellt ist, findet sich in der Realität nicht immer in gleicher Schärfe, sondern nicht selten auch in Mischformen. Schon deshalb steht dem Gesetzgeber eine gewisse Gestaltungsfreiheit dort zu, wo beide Formen der Legitimationsbedürftigkeit und –beschaffung ineinander übergehen.

...



Dies ist bei Verfassungsrichtern der Fall. Ihre Ämter

- sind keine Beförderungsämter für Richter oder Beamte, sondern stellen (auch) auf Qualifikationsmerkmale ab, welche nicht allein und auch nicht stets ganz überwiegend in öffentlichen Ämtern erworben werden. Daher ist es gut zu begründen und damit zu rechtfertigen, Verfassungsrichter auf andere Weise und anderen verfahrensmäßigen Vorkehrungen als Gerichtspräsidenten u.ä. zu rekrutieren.
- setzen damit Qualifikationsmaßstäbe voraus, welche sich nicht zentral durch erfolgreiche Beamten- oder Richterkarrieren erwerben lassen: Nicht jeder, der ein hoch qualifizierter Richter oder Gerichtspräsident ist, muss bereits deshalb (!) ein guter Verfassungsrichter sein.
- bedürfen besonderer Kompetenzen für die Eigenheiten politischer Vorgänge, die immerhin den Gegenstand der Verfassungsrechtssprechung darstellen; den Umgang mit Politik und Politikern sowie

...



die Unabhängigkeit gerade von diesen. Alles dies spricht dafür, spezifische Formen der Qualifikationsfeststellung zu schaffen.

- Sind keine Politiker und sollten es (als Verfassungsrichter) auch nicht sein. Die besonderen Fähigkeiten zu Erfolgen in Wahlen, Wahlkämpfen und öffentlicher Publizistik, namentlich bei der Gewinnung von Anhängerschaft und Verbündeten sowie der Absicherung der eigenen Karriere durch Seilschaften und Loyalitäten, sind keine spezifischen Anforderungen an Verfassungsrichter.

Von daher gilt: Verfassungsrichterämter sind anders! Weder sind sie bürokratische und justizielle Spitzenämter und damit Karrierelaufbahnen. Noch sind sie aber auch Politiker und deshalb in vergleichbaren Mechanismen wie Wahlämter zu besetzen.

Es bestehen hier also besondere Gestaltungsaufträge aus dem Demokratie- wie dem Rechtsstaatsprinzip, welche Mischformen der

...



Eignungsfeststellung voraussetzen oder jedenfalls rechtfertigen können.<sup>1</sup>

## II. Zum Gesetzentwurf im Einzelnen

### 1. Vorschlagsverfahren im Ausschuss (wie bislang)

Das Vorschlagsverfahren ist sinnvoll. Es gewährleistet – wie in anderen Fällen auch – eine sachgerechte Vorbereitung von Beschlüssen des Plenums, welche durch die besondere Sachkunde und Spezialisierung der Mitglieder allgemein wie auch durch ihre besondere Legitimation durch Wahl begründet wird. Das Ausschussverfahren enthält

---

<sup>1</sup> Anläufe hierzu – sowie zu allen hier angesprochenen Fragen, auf Einzelnachweise wurde hier verzichtet – Schulze-Fielitz, JZ 2002, 144; Grigoleit/Siehr, DöV 2002, 455.

...



auch hinreichend prozedurale Elemente für – auch fachliche – Einflussnahmen auf Parlamentsentscheidungen.

## 2. Ausschreibungspflicht

Die Ausschreibungspflicht verknüpft zwei Aspekte der Eignungsfeststellung mit einander, nämlich der Aspekte des Interesses (der Bewerber) und der Vergleichbarkeit (der Bewerber untereinander). Zugleich schließt sie juristisch aus, dass Personen, die zu einer Bewerbung nicht bereit sind, in die zu besetzenden Positionen gelangen. Umgekehrt macht sie das Bewerbungserfahren aus der Sicht der Wahlgremien nicht zu einem zufälligen: Immerhin besteht die Möglichkeit, im Vorfeld ggf. interessierter Persönlichkeiten zur Bewerbung aufzufordern. Dies vorausgesetzt besteht der Sinn der Ausschreibung am ehesten darin, potentiell qualifizierte Bewerber zu gewinnen, welche zuvor noch nicht im Blickfeld der Wahlkörperschaften oder ihrer Mitglieder waren. Sie ist also eher darauf gerichtet, die

...



Zahl potentiell geeigneter Personen zu erweitern. Doch findet sich dies bei Wahlämtern nur selten; nicht gelten soll dies etwa auch bei Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit u.a.<sup>2</sup> Von daher spricht manches für eine öffentliche Ausschreibung.

Umgekehrt ist nicht zu verkennen, dass jedenfalls nicht bei allein Ämtern, welche durch parlamentarische Wahlen besetzt werden, eine Ausschreibung vorausgesetzt. Dies beginnt bereits beim Ministerpräsidenten, dessen Stelle nicht ausgeschrieben wird. Hier zählt bereits zu den Eignungsmerkmalen. Dass der Kandidat bzw. die Kandidatin im politischen Feld dermaßen bekannt und vernetzt ist, dass eine Gewinnung durch offene Ausschreibung demgegenüber inadäquat wäre. Nochmals. Dies ist keine Einschränkung der Eignungskriterien. Vielmehr ist dies ein Eignungskriterium!

---

<sup>2</sup> Dammann, in Simitis u.a., BDSG, 6. A., 2006, § 22 Rn 6 (f.d. BfDI).

...



Der hier bereits betonte Aspekt der parlamentarischen Gestaltungsfreiheit bei der Ausgestaltung der Eignungskriterien mag unterschiedliche Auswahlverfahren zulassen. In Anbetracht des Eignungskriteriums der Distanz von der Politik läge jedoch näher, eine Ausschreibung durchzuführen. Denn von der Politik distanzierte Personen sind in der Politik nicht stets so bekannt, dass sie gleichsam von selbst in das Blickfeld der Wahlkörperschaften geraten. Wenn eine Ausschreibungspflicht eingeführt wird, sollte allerdings vorausgesetzt sein: Die Wahlkörperschaften und deren Mitglieder sollten berechtigt sein, auch Personen auffordern, sich zu bewerben.

### 3. Auswahlentscheidung im Ausschuss

Bei der Auswahlentscheidung im Ausschuss sind die Kriterien von Eignung, Befähigung und Leistung heranzuziehen. Doch ist dabei erneut zu betonen. Diese sind keineswegs identisch mit denjenigen für richterliche Beförderungsamter! Wer keine Superrevisionsinstanz

...



ist, braucht auch nicht dieselben Eignungskriterien für gerichtliche Rechtsmittelinstanzen. Und wer (auch) andere Aufgaben hat, bedarf dafür auch anderer Qualifikationsmerkmale. Diese sind mit denjenigen für Richter oder richterliche Spitzenämter nicht identisch. Von daher gibt es auch keine rechtliche Notwendigkeit, deren Beurteilung durch Richter, Gerichtspräsidenten oder richterliche Organisationen vornehmen zu lassen oder die Beurteilung von deren Votum abhängig zu machen. Wichtig ist allein,

- dass solche Kriterien gebildet werden,
- sachgerecht auf Verfassungsrichterämter ausgerichtet sind
- und in gleicher Weise angewandt werden.

#### 4. Insbesondere: Öffentliche Anhörung

Nicht alles, was demokratisch ist, ist allein deshalb öffentlich. Das gilt namentlich für demokratische Spitzenämter: Die Wahl von Bundespräsident (Art. 54 Abs. 1 GG), Bundeskanzler (Art. 63 Abs. 1 GG)

...



und Ministerpräsident SH (Art. 26 Abs. 2 SHLV) findet „ohne Aussprache“ statt, und zwar sowohl ohne Aussprache der Wähler/innen wie aber auch ohne Ansprache der Kandidatinnen und Kandidaten. Eine „Vorstellungsrede“ der Kandidatinnen und Kandidaten ist daher nicht vorgesehen. Diese Form der Wahl hat auch in der Demokratie ihren Sinn und ist jedenfalls nicht per se undemokratisch.

Wenn dies sogar für politische Spitzenämter gilt, so gilt dies noch eher für Verfassungsrichter: Sie sind keine „Wahlkämpfer“ qua Profession; sie werden nicht wegen ihrer rhetorischen oder politischen Qualifikationen vorgeschlagen; und sie dürfen kein Programm für ihre Verfassungsrichtertätigkeit verkünden: Ein solches würde – wenn allzu konkret – zur Befangenheit führen. Wahlkämpfer und Parteisol daten im Verfassungsgericht sind keine guten Voraussetzungen erfolgreicher Verfassungsrechtsprechung. Und womit sollte man sonst werben, wenn man weder mit den eigenen Zielsetzungen im Gericht noch mit den eigenen politischen Verdiensten in der Vergangenheit werben kann? Vielmehr besteht die Gefahr, dass negative Effekte öf-

...



fentlicher Anhörungen überwiegen: etwa persönliche Fragen, solche aus anderen Zusammenhängen beruflicher der privater Art und Presseenthüllungen bzw. –sensationen. Das sog. „Grillen“ amerikanischer Kandidaten für den Supreme Court ist ein abschreckendes Beispiel.

Öffentliche Anhörungen sind daher ohne sinnvollen Zweck und m.E. abzulehnen. Insbesondere sind sie eher geeignet, geeignete Kandidaten fernzuhalten als zu gewinnen.

Erst recht ist eine ungleiche Behandlung potentieller Bewerber/innen im Hinblick auf eine öffentliche Anhörung abzulehnen und mit den Gleichheitsrechten des Grundgesetzes unvereinbar.

Dies schließt umgekehrt persönliche Vorstellungsgespräche im Ausschuss nicht aus. Sie sollten aber nicht öffentlich sein.

...



## 5. Wahl durch das Plenum

Entscheidungen des Plenums werden durch die Ausschüsse vorbereitet. Sie und deren Mitglieder können sicherstellen, dass das Plenum keine Personen wählen muss, die den Wählern im Plenum gänzlich unbekannt sind. Insoweit ist die öffentliche Anhörung im Ausschuss auch nicht notwendig, um eine Kenntnismöglichkeit der Abgeordneten von den zu wählenden Personen zu schaffen. Auch das Plenum muss so – ohne Anhörung – nicht die „Katze im Sack“ wählen.

## IV. Ergebnisse

Auch für Verfassungsrichter/innen gelten die Qualifikationsanforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG. Zugleich gilt aber auch: Demokratische Wahlen schränken diese nicht ein, sondern füllen diese aus,

...



soweit es die Eigenart der zu besetzenden Ämter erfordert oder diese jedenfalls nicht entgegensteht.

Bei der Ausgestaltung der Verfassungsrichterämter und der an sie zu stellenden Anforderungen kommt den gesetzgebenden Körperschaften ein Gestaltungsfreiraum zu. Sie sind insbesondere nicht auf die Qualifikationsanforderungen und –feststellungsverfahren für Spitzenämter in den Fachgerichten festgelegt.

Eine öffentliche Ausschreibung zu besetzender Verfassungsrichterpositionen ist sinnvoll.

Eine öffentliche Anhörung im vorschlagenden Ausschuss ist durch das Demokratieprinzip nicht geboten und im übrigen ungeeignet und unverhältnismäßig.

...



Eine Ungleichbehandlung von Bewerberinnen und Bewerbern im Hinblick auf die Durchführung öffentlicher Anhörungen ist mit dem GG unvereinbar.

Bielefeld, den 28.3.2014

(C. Gusy)

...

Universitätskasse: Westdeutsche Landesbank AG Düsseldorf, BLZ: 300 500 00 Konto: 6 10 36

Dienstgebäude: Universität Bielefeld, Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld, Tel. (0521) 106-00

Öffentliche Verkehrsmittel: Stadtbahnlinie 4 ab Jahnplatz und ab Hauptbahnhof - Richtung Lohmannshof



Universitätskasse: Westdeutsche Landesbank AG Düsseldorf, BLZ: 300 500 00 Konto: 6 10 36

Dienstgebäude: Universität Bielefeld, Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld, Tel. (0521) 106-00

Öffentliche Verkehrsmittel: Stadtbahnlinie 4 ab Jahnplatz und ab Hauptbahnhof - Richtung Lohmannshof

