

Ordo Politicus

Herausgegeben von Dieter Oberndörfer

Band 11

Das Problem der Richterwahl
zum Bundesverfassungsgericht

Ein Beitrag zum Thema
„Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit“

Von

Dr. Werner Billing



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

WERNER BILLING

Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht

Ordo Politicus

Veröffentlichungen des Arnold-Bergstraesser-Instituts, Freiburg i. Br.

Herausgegeben von Prof. Dr. Dieter Oberndörfer

Band 11

Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht

Ein Beitrag zum Thema
„Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit“

Von

Dr. Werner Billing



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Gedruckt mit Unterstützung der Wissenschaftlichen Gesellschaft
Freiburg und des Kultusministeriums Baden-Württemberg

Alle Rechte vorbehalten

© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1969 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Herbst 1967 abgeschlossen und im Sommersemester 1968 von der Philosophischen Fakultät der Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Auf Grund der inzwischen verabschiedeten Notstandsverfassung wurde es erforderlich, die sich mit dieser Thematik befassenden Passagen der Schrift für die Drucklegung zu überarbeiten. Im übrigen konnte die nach Fertigstellung des Manuskripts erschienene Literatur bis November 1968 noch im Anmerkungsteil berücksichtigt werden.

Meinem verstorbenen Lehrer Professor Arnold Bergstraesser, meinem Doktorvater Professor Dieter Oberndörfer sowie den Professoren Horst Ehmke, Konrad Hesse und Hans Maier, deren Lehre mein Denken wesentlich beeinflußt hat, sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

Hamburg, im April 1969

Werner Billing

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
-------------------------	-----------

Erster Teil

Grundlagen

§ 1 Wesen und Eigenart der Verfassungsgerichtsbarkeit. — Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts innerhalb des Regierungssystems....	25
A. Die Qualifizierung der Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsprechung	25
I. Begriff und Wesensmerkmale der Rechtsprechung	25
II. Verfassungsgerichtsbarkeit ist echte Rechtsprechung	30
1. Der materielle Charakter der dem Bundesverfassungsgericht übertragenen Funktionen	30
2. Die Art der Ausübung der Funktionen	34
3. Qualität von Organ und Organträger	38
4. Ergebnis	39
B. Sonderheit von Gegenstand und Aufgabe bedingen Eigenart der Verfassungsgerichtsbarkeit	39
I. Verfassungsgerichtsbarkeit als eigene Art der Rechtsprechung	40
II. Der Begriff des Politischen	42
III. Der Gegenstand: Bedeutung sowie materielle und strukturelle Eigenart des Verfassungsrechts	47
1. Die Verfassung als normative Grundordnung und Kontinuitätsfaktor des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates	48
2. Das Verfassungsrecht als das spezifische Recht für das Politische	51
3. Besondere Struktur des Verfassungsrechts	53
4. Sinnbezogenheit auf die politische Wirklichkeit	55
IV. Die spezifische Funktion: Unmittelbarer Schutz der Verfassung	56
1. Rechtsschutz im Verfassungsrechtskreis	60
2. Auslegung, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts	62
V. Die Folge: Der politische Charakter der Verfassungsgerichtsbarkeit als Auswirkung der besonderen Art ihrer Aufgabe und ihres Gegenstandes	67
1. Ausübung einer politischen Funktion	67
2. Von außen als politisch empfunden und als solches in die Planung einbezogen	70

C. Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Regierungssystem	72
I. Sein Verhältnis zu den anderen Rechtsprechungsorganen	72
II. Sein Verhältnis zu den Organen der obersten Staatsleitung ..	73
1. Seine Zugehörigkeit zum Kreis der obersten Staatsorgane	73
2. Seine Einordnung in das System wechselseitiger Zuordnung, Kontrolle und Balancierung der obersten Staatsorgane	76
§ 2 Folgerungen grundsätzlicher Art für Richterbild und Bestellungsverfahren	82
A. Das Sollenbild des Verfassungsrichters. Die Anforderungen an den Organwähler	82
I. Fachlich-sachliche Voraussetzungen	82
II. Menschlich-persönliche Qualitäten	85
III. Zur Frage der Realisierung des Richterbildes	88
B. Die Auswahl des Verfassungsrichters. Die Anforderungen an das Bestellungsverfahren	88
I. Die entscheidenden Prinzipien für das Bestellungsverfahren	89
1. Richterliche Unabhängigkeit	89
2. Demokratische Legitimation	93
3. Gewaltenteilung	100
4. Verfassungsrechtliche Verankerung des Bestellungsverfahrens	108
5. Funktionsadäquate Auslese der Richter und Funktionsfähigkeit des Organs	110
6. Zusammenfassung	113
II. Richterliche Unabhängigkeit — Demokratisches Prinzip — Gewaltenteilung, Antinomie oder gegenseitige Ergänzung?..	114

Zweiter Teil

Analyse

§ 3 Die Gestaltung der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht in Grundgesetz und ausführender Gesetzgebung	119
A. Die grundgesetzliche Regelung: Wahl durch Bundestag und Bundesrat — Prinzip gleicher Beteiligung	119
B. Die ausführende Gesetzgebung	121
I. Das Wahlverfahren in Bundestag und Bundesrat (Teil I)	121
1. Indirekte Wahl durch den Bundestag, Einsetzung eines Wahlmännerausschusses	121
a) Bildung des Ausschusses	122

b) Status des Ausschusses und seiner Mitglieder	123
c) Arbeitsweise und Abstimmungsmodus des Ausschusses	124
2. Direkte Wahl durch den Bundesrat. — Die Rolle der ad-hoc-Kommission zur Vorbereitung der Wahl	126
a) Zusammensetzung der Kommission, ihre rechtliche und politische Stellung	126
b) Der Abstimmungsmodus im Bundesrat	127
3. Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit zur Wahl	128
4. Das Wahlverfahren in der parlamentarischen Diskussion (1950/51)	129
II. Das Wahlverfahren in Bundestag und Bundesrat (Teil II): Die Reformen der Gesetzesnovelle von 1956	132
1. Die Änderungen bezüglich des Wahlverfahrens	132
a) Herabsetzung des Mehrheitserfordernisses im Wahl- männerausschuß	132
b) Unverbindliches Vorschlagsrecht des Bundesverfas- sungsgerichts bei Überschreiten der Wahlfrist	133
2. Der Kampf um die Novellierung — Das Verhalten der wesentlichen politischen Machträger	135
a) Initiative und Vorschlag der Bundesregierung	135
b) Reaktion von Bundesverfassungsgericht, Bundesrat und Öffentlichkeit	137
c) Die Auseinandersetzung im Bundestag	139
α) Die Haltung der Parteien zu Regierungsvorschlag und bisherigem Wahlverfahren	139
β) Erster Vorschlag: Vergrößerung des Wahlmänner- ausschusses	141
γ) Zweiter Vorschlag: Die sogenannte Beiratlösung ..	142
d) Die Einschaltung des Vermittlungsausschusses zur Ver- meidung einer Verfassungskrise	144
3. Die Änderung bezüglich der Verfahrensweise im Wahl- männerausschuß: Einführung der Verschwiegenheitspflicht	145
a) Die Neuregelung	145
b) Das Problem im Spiegel der parlamentarischen Diskussion	147
III. Festsetzung einer Wahlfrist für die Wahlkörperschaften	148
1. Die Wahlfrist bei Teilerneuerungswahlen	148
2. Die Wahlfrist bei Nachwahlen	151
IV. Die Vorschlagslisten zur Vorbereitung der Richterwahl.....	153
1. Die gesetzliche Regelung	153
2. Rechtscharakter der Vorschlagslisten und Prüfungs- befugnis des Bundesjustizministers	153
3. Die Bedeutung der Listen für die Wahlpraxis.....	155

V. Die Bestellung des Präsidenten und seines Stellvertreters ..	156
1. Paritätische Wahl durch Bundestag und Bundesrat	156
2. Das Bestellungsverfahren in der parlamentarischen Diskussion: Wahl als politische oder unpolitische Entscheidung?	159
VI. Ernennung durch den Bundespräsidenten	162
C. Die Regelung im Verteidigungsfall	163
§ 4 <i>Die soziologische Struktur der Wahlkörperschaften und deren Wahlverhalten</i>	166
A. Politische und fachlich-qualitative Zusammensetzung der Wahlgremien. Die tatsächlichen Entscheidungszentren	166
I. Der Wahlmännerausschuß des Bundestages	166
1. Die parteipolitische Gruppierung und ihre Auswirkungen auf die Richterwahl	166
2. Die fachliche Qualifikation der Ausschußmitglieder	169
3. Ort der tatsächlichen Entscheidung	176
II. Der Bundesrat	177
B. Die Auswahl der Bundesverfassungsrichter durch Wahlmännerausschuß und Bundesrat	179
I. Die Erstbestellung des Gerichts.....	179
II. Die ersten Nachwahlen zwischen 1952 und 1954	189
III. Die Nachwahlen zwischen 1954 und 1968.....	198
IV. Die Teilerneuerungswahlen	206
V. Zusammenfassende Charakterisierung des Wahlverhaltens von Wahlmännerausschuß und Bundesrat. Die maßgeblichen Auswahlkriterien	220
1. Der Parteienproporz	220
2. Die fachliche Qualifikation.....	222
3. Die Bedeutung des föderativen Moments	224
4. Die Rolle außerparlamentarischer Einwirkungen	224
5. Zur Frage der Bewährung der Wahlgremien	225

Dritter Teil

Lösung

§ 5 <i>Die Kritik am Wahlverfahren zum Bundesverfassungsgericht und ihre Ursachen</i>	229
§ 6 <i>Möglichkeiten der Kreierung des Bundesverfassungsgerichts</i>	238
A. Mögliche Arten einer Mitwirkung der ‚dritten Gewalt‘ an der Bestellung der Verfassungsrichter	238
I. Kooptation	238
1. Selbstergänzung des Gerichts.....	238
2. Wahl durch richterliches Gremium	239

II. Bindendes Vorschlagsrecht juristischer Gremien.....	241
1. Das Bundesverfassungsgericht als Vorschlagsberechtigter	241
2. Besondere juristische Gremien als Vorschlagsberechtigte	242
III. Unverbindliches Vorschlagsrecht juristischer Gremien.....	245
IV. Wahl durch gemischten Richterwahlausschuß	246
B. Bestellung durch politische Organe	251
I. Wahl durch das Volk	251
II. Formen der Beteiligung der Exekutive an der Richterbestel- lung	255
1. Uneingeschränktes Ernennungsrecht der Bundesregierung	255
Exkurs: Regelung und Praxis des Ernennungsrechts der Re- gierung in den Bundesländern und in Österreich	257
2. Eigenverantwortliche Mitwirkung der Bundesregierung..	261
Exkurs: Die Ernennung der Supreme Court-Richter durch den amerikanischen Präsidenten	262
3. Alleinverantwortliches Ernennungsrecht und eigenverant- wortliche Mitwirkung des Bundespräsidenten.....	266
Exkurs: Die Mitwirkung des Staatsoberhauptes an der Bestel- lung der Verfassungsrichter in Italien und Österreich....	270
III. Wahl durch das Parlament	273
IV. Zur Frage der Beteiligung des Bundesrates.....	283
§ 7 <i>Eigene Kritik an der derzeitigen Gestaltung des Wahlverfahrens</i> ..	290
§ 8 <i>Lösung</i>	300
A. Die Form der Fixierung des Bestellungsverfahrens.....	300
B. Die inhaltliche Gestaltung des Bestellungsverfahrens.....	301
I. Das Normalverfahren: Gemeinsame Wahl durch Bundestag und Bundesrat — Bindendes Vorschlagsrecht eines von Bun- destag und Bundesrat paritätisch gebildeten Ausschusses — Der Kreis der Hinweisberechtigten — Anhörungsrecht des Bundesverfassungsgerichts und bestimmter juristischer Gre- mien — Ernennung durch den Bundespräsidenten	301
II. Prüfung des Vorschlags auf seine Vereinbarkeit mit den für das Bestellungsverfahren entscheidenden Prinzipien.....	320
III. Das Aushilfsverfahren im Falle des Versagens der Wahl- organe	324
1. Erster Ausweg: Unverbindliches Vorschlagsrecht des Bun- desverfassungsgerichts	324
2. Zweiter Ausweg: Zusammenwirken von Bundesverfas- sungsgericht und Bundespräsident.....	326
IV. Die Regelung im Verteidigungsfall	328
V. Zur Realisierbarkeit des Vorschlages.....	331
C. Ausblick	334

Anhang

<i>Die derzeitige Zusammensetzung des Bundesverfassungsgerichts</i>	337
<i>Abkürzungen</i>	339
<i>Literatur- und Quellenverzeichnis</i>	347
A. Allgemein und Bundesrepublik	347
I. Schrifttum	347
II. Dokumente, Handbücher, parlamentarische Berichte und Protokolle	364
B. Vereinigte Staaten	366
I. Schrifttum	366
II. Amtliche Veröffentlichungen	368
C. Italien	368
D. Österreich	369

Einleitung

Von einem französischen Politikwissenschaftler und hervorragenden Kenner des deutschen Regierungssystems ist das Bundesverfassungsgericht als die „originellste und interessanteste Instanz“¹ im deutschen Verfassungssystem bezeichnet worden. Dieser Ansicht kann zweifellos zugestimmt werden. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist zudem in der Form, wie sie heute in der Bundesrepublik besteht, ein Novum im deutschen Verfassungsrecht und hat durch ihre weitreichenden Funktionen in entscheidendem Maße dazu beigetragen, daß die rechtsprechende Gewalt zum ersten Mal in Deutschland zu einer echten dritten Gewalt geworden ist.

Um so erstaunlicher ist es, daß die Politikwissenschaft in Deutschland im Gegensatz zu der amerikanischen sich bisher, von wenigen Ausnahmen abgesehen², weder mit der Gerichtsbarkeit im allgemeinen noch der Verfassungsgerichtsbarkeit im besonderen oder bestimmten Teilaspekten dieses Bereichs, vor allem etwa der Stellung der Gerichte innerhalb des Regierungssystems³, näher beschäftigt hat, sondern ihr

¹ A. Grosser, Die Bonner Demokratie, Deutschland von draußen gesehen (Düsseldorf 1960), S. 115.

² Hier ist vor allem G. Leibholz zu nennen. Zu seinem umfangreichen Schrifttum zum Thema ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ vgl. näher die von F. Schneider zusammengestellte Bibliographie seiner Veröffentlichungen in der Leibholz-Festschrift (1966), Bd. II, S. 963 ff. In jüngster Zeit hat sich auch H. Laufer zu Fragen des Bundesverfassungsgerichts geäußert; vgl. seine Aufsätze: Die freiheitliche Demokratie, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verfassungsgrundsatz des demokratischen Staates, in: Civitas, Bd. 3 (1964), S. 85 ff.; Typus und Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Leibholz-Festschrift (1966), Bd. II, S. 427 ff. und neuerdings seine Habilitationsschrift: Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland (Tübingen 1968). Vgl. jetzt ferner den von dem zuletzt genannten Werk wohl inspirierten Aufsatz von W. Steffani: Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratischer Entscheidungsprozeß, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 21/68, S. 3 ff. Im Rahmen von Gesamtdarstellungen des Regierungssystems findet das Bundesverfassungsgericht in einem selbständigen Kapitel Berücksichtigung bei Th. Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland (3. Aufl. = unveränd. Nachdr. d. 2. Aufl., München 1965), S. 768 ff.; Th. Ellwein, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland (2. Aufl., Köln und Opladen 1965), S. 390 ff.; nicht jedoch bei R. Wildenmann, Macht und Konsens als Problem der Innen- und Außenpolitik (2. Aufl., Köln und Opladen 1967); ebenso nicht in dem sozialkundlichen Werk von D. Claessens, A. Klönne, A. Tschoepe, Sozialkunde der Bundesrepublik Deutschland (2. Aufl., Düsseldorf, Köln 1968).

³ In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff ‚Regierungssystem‘ im Sinne des angelsächsischen ‚government‘ verstanden. Die Verfassungsgerichtsbar-

Augenmerk vorwiegend dem Parlament, der Regierung, den Parteien und Verbänden und den Wahlen zugewandt hat. Auch die Round-Table-Konferenz der International Political Science Association in Freudenstadt 1962, die sich u. a. mit dem Thema „The Political Role of the Courts“ befaßt hat⁴, vermochte es offensichtlich nicht, in dieser Richtung Impulse zu geben. Die Behandlung dieses Problemkreises wurde daher in der Vergangenheit weitgehend der Staatsrechtslehre überlassen.

Der Verfasser dieser Arbeit sah deshalb eine besondere Aufgabe darin, mit einer Untersuchung über das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht einen politikwissenschaftlichen Beitrag zu einem Teilaspekt dieses Bereichs zu leisten. Dabei war er aus dem oben genannten Grunde gezwungen, sich auf weiten Strecken vorwiegend auf staatsrechtliche Literatur zu stützen. Dadurch kann jedoch dieser Arbeit der Anspruch, eine politikwissenschaftliche Abhandlung zu sein, nicht bestritten werden. Gerade im Bereich der Institutionenlehre und der Politischen Theorie sind Politische Wissenschaft und Staats(rechts)lehre aufeinander angewiesen, bedingen einander und befruchten sich gegenseitig.

Wie in jeder Institution, so sind auch in der Verfassungsgerichtsbarkeit Organ und Organträger als einander wesentlich zugehörig und daher sinnbezogen anzusehen. Der Amtsträger kann somit grundsätzlich nicht von jenem losgelöst betrachtet werden. Einerseits erfährt das Amt durch ihn Ausgestaltung und Richtung, andererseits wird er durch dieses wiederum mitgeformt und mitgeprägt.

Das Amt bedarf also des Menschen, um Wirksamkeit erlangen zu können⁵. Es kann noch so vollkommen gestaltet sein, es wird die ihm zugewiesene Aufgabe und Funktion nicht erfüllen können, wenn der Amtsträger den Anforderungen der Institution und den hinter dieser stehenden Prinzipien nicht gerecht wird. Es ist daher von entscheidender Bedeutung, daß der für das Amt auszuwählende Organwalter sowohl von seiner Persönlichkeit als auch von seiner fachlichen Qualifikation her eine weitgehende Gewähr dafür bietet, daß er künftighin so handeln wird, wie das Amt es erfordert.

keit, wie überhaupt die gesamte Rechtsprechung, wird daher hier mit der gleichen Selbstverständlichkeit in das Regierungssystem einbezogen, wie dies in der amerikanischen politikwissenschaftlichen Literatur seit jeher geschieht und neuerdings auch für Deutschland von Th. Ellwein (a. a. O.) getan wird, bei uns jedoch noch nicht als selbstverständlich gelten kann.

⁴ Vgl. den Bericht hierüber in: PVS 1963, S. 213 ff.

⁵ Vgl. auch H. Krüger, Allgemeine Staatslehre (2., durchges. Aufl., Stuttgart 1966), S. 265, ohne daß hier jedoch die Auffassung Krügers über das Verhältnis von Amt und Amtsträger, das bei ihm letztlich zu einer völligen Entpersönlichung des Amtsträgers führt (ebd., S. 265 ff.), im einzelnen geteilt wird.

Um dies zu gewährleisten, müssen die der Institution zugrunde liegenden Prinzipien, aus denen bestimmte Kriterien für die Verfassung des Organs ‚Verfassungsgericht‘ als wesentlich hergeleitet und aufgestellt werden, auch für die diese Institution ausfüllenden Organträger maßgeblich sein. Eine gesetzliche oder verfassungsrechtliche Garantie der Objektivität des richterlichen Verfahrens sowie der institutionellen Selbständigkeit und Unabhängigkeit, die eine Ausschaltung eines artfremden Einflusses auf die Institution bewirken sollen, kann ihre Wirkung einbüßen, kann sogar zu einer gefährlichen, von der Verfassung nicht gewollten und der Verfassungsgerichtsbarkeit wesensfremden Machtentfaltung sowie einer einseitigem Einfluß unterliegenden Machtverquickung verschiedener staatlicher Institutionen werden, wenn die Richterbestellung und die an die Richterpersönlichkeit gestellten Anforderungen nicht den gleichen Zielsetzungen genügen, die zur Aufstellung der institutionellen Garantien geführt haben. Ungewollte Einwirkungen, die durch die Vorstellung ‚Verfassungsgericht‘ ausgeschaltet werden sollen, dürfen gerade nicht wieder über den Amtsträger in das Organ Eingang finden⁶.

Der Wert der Verfassungsgerichtsbarkeit wird damit wesentlich abhängig und bestimmt von der Frage, wie der Gesamtkomplex der Richterbestellung positivrechtlich gestaltet und wie die Auswahl der Verfassungsrichter in der politischen Praxis gehandhabt wird⁷. Dem Problem der Bestellung der Verfassungsrichter kommt daher eine zentrale Bedeutung für die Verfassungsgerichtsbarkeit und als Folge davon zugleich für die gesamte Verfassungsordnung zu.

Gerade in der Bundesrepublik ist insbesondere die *Art* der Bestellung, vor allem in den ersten Jahren des Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, immer wieder Gegenstand der Diskussion in der Fachliteratur und — im Zusammenhang mit der Reformnovelle von 1956 zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz — auch in der Gesetzgebung und in der Öffentlichkeit gewesen. Dabei wurde die positivrechtliche Lösung des Grundgesetzes und der ausführenden Gesetzgebung ihrem Grundgehalt nach einesteils entweder als der Institution nicht entsprechend abgelehnt oder doch zumindest für verbesserungsfähig gehalten⁸, andernteils als grund-

⁶ Grundsätzlich dazu auch H. Krüger, a. a. O., S. 265.

⁷ Vgl. auch H. Müller, Die Auswahl der Verfassungsrichter, ÖsterrZöfFR, N. F., Bd. 8 (1957/58), S. 149 ff. (S. 149); Franz Klein, in: Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, Bundesverfassungsgerichtsgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, Loseblattausgabe (München und Berlin 1965 ff.), § 5 Randnr. 2. Ganz allgemein zur Bedeutung der Richterbestellung für die Qualität der Rechtsprechung siehe K. Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten (Berlin 1959), S. 409.

⁸ So der überwiegende Teil der zu Wort gekommenen Stimmen, vgl. u. a. H. Ruscheweyh, Richteranklage und Richterwahl im Bonner Grundgesetzentwurf, MDR 1949, S. 258 ff. (S. 261); F. Giese, in: F. Giese, W. Kägi, Richter-