

Recht und Politik

Beiheft 9

Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik

Reform des Bundesverfassungsgerichts?

Herausgegeben von
Thomas Gawron, Oliver W. Lembcke
und Robert Chr. van Ooyen

Reform des Bundesverfassungsgerichts?

Recht und Politik
Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik

Begründet von Dr. jur. h. c. Rudolf Wassermann (1925–2008)

Redaktion:

Hendrik Wassermann (verantwortlich)

Heiko Holste

Robert Chr. van Ooyen

Beiheft 9

Reform des Bundesverfassungsgerichts?

Herausgegeben von

Thomas Gawron
Oliver W. Lembcke
Robert Chr. van Ooyen



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 2567-0603

ISBN 978-3-428-18428-6 (Print)

ISBN 978-3-428-58428-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhalt

Einleitung	7
<i>Thomas Gauron / Oliver W. Lembcke / Robert Chr. van Ooyen</i>	

I. VERMESSUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

70 Jahre „Hüter der Verfassung“: alles Gute! – und alles gut?	17
<i>Robert Chr. van Ooyen</i>	
Politikwissenschaftliche Bundesverfassungsgerichtsforschung	33
<i>Oliver W. Lembcke</i>	
Why Is the German Federal Constitutional Court a Deliberative Court, and Why Is That a Good Thing?	43
<i>Gertrude Lübbecke-Wolff</i>	
Die Reformvorschläge der Benda-Kommission zur Entlastung des Bundesverfassungsgerichts von 1998 und ihre Wirkung	64
<i>Martin H. W. Möllers</i>	

II. ORGANISATION DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Reformbedarf bei der Richterwahl?	77
<i>Stefan Korioth</i>	
Das Bundesverfassungsgericht an der Belastungsgrenze. Zu Entlastungsmöglichkeiten in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft	86
<i>Tristan Barczak</i>	
Organisation des Bundesverfassungsgerichts. Blick in die Box: Zur Arbeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter*innen am Bundesverfassungsgericht	100
<i>Vanessa Hellmann</i>	
Amicus Curiae für das Bundesverfassungsgericht?	118
<i>Thomas Gauron</i>	

III. LEGITIMATIONSASPEKTE DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

„Entgrenzung“ mit Augenmaß	140
<i>Matthias Jestaedt</i>	
Die Legitimationspolitik des Bundesverfassungsgerichts. Eingeschlagene Reformpfade und Grenzen der Selbstlegitimierung	152
<i>Britta Rehder und Leonie Gröning</i>	
„Political Question Doctrine“ – eine Reformoption für das Bundesverfassungsgericht?	160
<i>Marcus Höreth</i>	
Autorinnen und Autoren	170

Einleitung

Von Thomas Gawron / Oliver W. Lembcke / Robert Chr. van Ooyen

Der „siebzigste Geburtstag“ des Bundesverfassungsgerichts soll nicht seine unbestrittenen Verdienste um Demokratie,¹ Rechtsstaatlichkeit² und Grundrechtsschutz³ loben, sondern Anlass für eine ungewöhnliche Gratulation sein: zwölf Jurist(inn)en und Sozialwissenschaftler/innen fragen nach dem *Reformbedarf*.

Ihre Antworten haben wir drei Abteilungen zugeordnet: Eine Bestandsaufnahme fasst zunächst staatsrechtliche, politikwissenschaftliche, rechtssoziologische und historische Analysen sowie den Versuch einer Selbstbeschreibung des Gerichts unter dem Oberbegriff einer *Vermessung des Bundesverfassungsgerichts* zusammen. Ihr schließen sich in der zweiten Abteilung Beiträge zur *Organisation des Bundesverfassungsgerichts* an, die die Richterwahl, Verfassungsbeschwerden, das Verhältnis zwischen Verfassungsrichter(inne)n und ihren Wissenschaftlichen Mitarbeiter(inne)n sowie das Institut des Amicus curiae auf Reform-Optionen prüfen. In der dritten Abteilung werden *Legitimationsaspekte des Bundesverfassungsgerichts* diskutiert, die in jüngerer Zeit Gegenstand intensiv geführter Diskussionen sowohl unter Jurist(inn)en wie unter Sozialwissenschaftler(inne)n waren.

Im ersten Abschnitt *Vermessung des Bundesverfassungsgerichts* beantwortet *Robert Chr. van Ooyen* unsere Fragen nach Reformbedarf mit zwei Gegenfragen: Braucht die deutsche Demokratie überhaupt (noch) ein Verfassungsgericht?, um anzuschließen: Braucht die deutsche Demokratie dieses Verfassungsgericht? Während er unter Berufung auf die Kelsen'sche Staats- und Rechtstheorie die erste Frage dahingehend beantwortet, dass das Gericht als „Hüter der Demokratie“ nur unter der Bedingung gedacht werden kann, dass Demokratie pluralistisch als freiheitlicher Prozess gesellschaftlicher Interessengruppen, nicht aber als Volkswillenmonismus begriffen wird, fällt seine Antwort auf die zweite Frage differenziert aus. Einerseits kritisiert van Ooyen die Tendenz in der Rechtsprechung, in problematischen Traditionsbeständen der deutschen Staatsrechtslehre zu verharren, andererseits erkennt er an, dass es in seinen

1 Statt aller: *Kneip*, Verfassungsgerichte im Prozess der Demokratisierung – der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf Konsolidierung und Qualität der bundesdeutschen Demokratie, in: Wrase/Bulanger (Hg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, S. 138–166.

2 Statt aller: *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Kommentar, 3. Aufl., 2020, § 1 RdNr. 5.

3 Statt aller: *Dreier/Schulze-Fielitz*, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., 2018, Art. 19 Abs. 4 RdNr. 113.

zahlreichen Entscheidungen von Verfassungsbeschwerden peu à peu Kernpunkte einer liberalen Gesellschaft diskursiv herauspräpariert und die bundesdeutsche Demokratie als offene Gesellschaft stabilisiert hat. Dies geschah jedoch wiederum in einer sehr „deutschen Weise“: mit „Deutungsüberschüssen“ aus „prinzipienorientierter“ Maßstabsbildung und zugleich mit „kleinteiligen“ Detailvorgaben an den Gesetzgeber bei reklamierter Zuständigkeit in allen (Lebens-)Fragen. Die zweite Frage kann er wegen der Komplexität ihrer Antwort, wenn überhaupt, kurz gefasst nur beantworten mit einem: Ja, aber...

Im Gegensatz zur Rechtssoziologie ist das Bundesverfassungsgericht erst spät in den Fokus der Aufmerksamkeit von Politikwissenschaftlern gerückt. Über Jahrzehnte hinweg blieben die beiden Arbeiten von Kommers⁴ und Laufer⁵ einsame Leuchttürme in einem wenig bearbeiteten – und dementsprechend wenig beachteten – Forschungsumfeld.⁶ Das ändert sich seit der Milleniumswende, wie *Oliver W. Lembcke* belegt. Als Take off können wohl ab 1997 die Forschungsprojekte der TU Dresden⁷ angesehen werden, denen sich eine Reihe „pionierhafter“ Arbeiten⁸ aus politikwissenschaftlicher Perspektive zum Bundesverfassungsgericht anschließen.⁹ Interessanterweise findet in der Rechtssoziologie zeitgleich dieselbe „Wieder-Entdeckung“ des Verfassungsgerichts statt, ausgehend von dem *Berliner Arbeitskreis für Rechtswirklichkeit (BAR)*, folgend (seit 2011) die im dreijährigen Rhythmus stattfindenden gemeinsamen Kongresse der Rechtssoziologie-Vereinigungen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz. Lembcke sortiert die in den letzten 15 Jahren stattgefundene Entwicklung zunächst, indem er die Theorielandschaft ausleuchtet, die er als Ausprägung des *new institutionalism* begriff, begleitet von einer Auflockerung disziplinärer Grenzen. In einem zweiten Abschnitt geht es um die unterschiedlichen Annahmen über Handlungsrationalität gerichtlicher Entscheidungsprozesse, die zwischen den Polen von Rational Choice und soziologischem Institutionalismus verortet werden. Untersuchungen, die Verfassungsrichter als *policy seeker* verstehen, ordnet er Rational Choice-Konzepten zu, während der zweitgenannte Ansatz stärker die Umwelt-Belange betont, die das Verfassungsgericht zu berücksichtigen hat. Als vorerst neuesten Ansatz politikwissenschaftlicher Forschung präsentiert Lembcke Netzwerkanalysen zur deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit. Ein epistemisches Verständnis ermöglicht einen Brücken-

4 *Kommers*, Judicial Politics in West-Germany, 1976.

5 *Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, 1968.

6 Siehe den Überblick bei *Herrmann*, Politikwissenschaftliche Forschung zum Bundesverfassungsgericht, in: FS Ismayer, 2007, S. 401 ff.

7 *Vorländer* (Hg.), Integration durch Verfassungspolitik, 2002 und *Vorländer* (Hg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, 2006.

8 So *Wrase/Boulanger* (Hg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, Einleitung, S. 7 ff., besonders zur Entwicklung S. 8.

9 *van Ooyen/Möllers* (Hg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2006; *Gawron/Rogowski*, Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichts, 2007; *Lembcke*, Hüter der Verfassung, 2007; *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Bundesverfassungsgerichts, 2010.

schlag zwischen dem Konzept des Verfassungsgerichts als Akteur und dem Verständnis seiner Abhängigkeit von Policy-Feldern. Unter Inanspruchnahme fortgeschrittener Methoden der Netzwerkanalyse werden Modelle der Selbstreferenz und Untersuchungen zur Autorität der Verfassungsgerichte untereinander vorgestellt. Abschließend wendet sich Lembcke der in der Rechtssoziologie und in der politikwissenschaftlichen Forschung bislang eher vernachlässigten Impact-Analyse zu und berichtet von Zwischenergebnissen des JUDICON-Projekts, das mittlerweile zu einem Verbund zur Erforschung der Verfassungsgerichte in Gesamteuropa gewachsen ist.

Gertrude Lübbe-Wolff beurteilt das Bundesverfassungsgericht in ihrem rechtswissenschaftlich-institutionenbezogenen Beitrag als ein deliberatives Organ der Staatsgewalt (im Sinne des U.S. amerikanischen Sprachgebrauchs von *government*), indem sie das Problem mehrköpfigen Entscheidens und das einer einheitlich darzustellenden Entscheidung *des* Gerichts als zentrales Problem deliberativer Entscheidungsfindung definiert. Die politische Theorie der Deliberation kennt verschiedene Elemente, in denen sie sich von anderen Demokratie-Verständnissen unterscheidet. Zentral ist für sie die diskursive Herstellung von Ergebnissen, die öffentlich beratschlagt im Wege der argumentativen Abwägung zustande kommen.¹⁰ Lübbe-Wolff unterscheidet zwischen Lösungsmöglichkeiten für Konflikte zwischen mehrheitlicher Entscheidung (bei gleichzeitigem Votum des (einen) Gerichts), mehrheitlichen Entscheidungs-Begründungen, Entscheidungen unter dem Druck, eine „harmonische Lösung“ zu finden, und einer Nicht-Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht wird für sie zu einer deliberativen Institution, weil es ihm – trotz seiner Separation vom öffentlichen Diskurs – mit seiner Binnenorganisation gelungen ist, die differenzierten Prozesse der Entscheidungsfindung i.S. einer deliberativen Demokratietheorie auszugestalten. Lübbe-Wolff definiert die „Supermajorität“ der Verfassungsrichter/innen-Wahl (zwei Drittel-Mehrheit), die begrenzte Zahl der Mitglieder in Senaten und Kammern sowie die Dominanz (nur) von zwei Parteien bei der Besetzung der sechzehn Richter/innen-Stellen als organisationsbezogene Voraussetzungen für den deliberativen Charakter des Gerichts. In der Produktion der Fallbearbeitung nimmt die Stellung des Berichterstatters die zentrale Rolle ein; der zweistufige Prozess – Votumserstellung und zweimalige Beratung der Entscheidung (Leseberatung und Entscheidungsberatung) – weist ihm/ihr die anspruchsvolle Aufgabe zu der Vorbereitung, der Einarbeitung der Ergebnisse der Leseberatung sowie der Formulierung des Entscheidungstextes zu, den Lübbe-Wolff als informellen Meinungsaustausch kennzeichnet und der für sie den Kern der Deliberation ausmacht.

Die Bestandsaufnahme des ersten Abschnittes schließt *Martin H.W. Möllers* mit einer Rekapitulation des Versuches einer Reform des Bundesverfassungsgerichts vor 35 Jahren. Im Juli 1996 wurde vom damaligen Justizminister der Bundesrepublik Schmidt-

10 Siehe *Landwehr*, Demokratische Legitimation durch rationale Kommunikation. Theorien deliberativer Demokratie, in: Lembcke/Ritz/Schaal (Hg.), *Zeitgenössische Demokratietheorie*, Bd. 1, 2012, S. 355–385 und *Schmidt*, *Demokratietheorien*, 6. Aufl., 2019, S. 227–244.