

## Kein Anschluss unter dieser Nummer ...

Richter des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts bei der Wahl von Verfassungsrichtern ohne Chance?

von Ulrich Wenner

Die jüngste Wahl von zwei Richtern des Bundesverfassungsgerichts am 25.11.2011 im Bundesrat hat mehr öffentliche Aufmerksamkeit gefunden als das bei Verfassungsrichterwahlen üblicherweise der Fall ist. In der Regel ist nur wenigen Interessierten genau bekannt, wann welches Mitglied des BVerfG aus dem Amt ausscheidet, welches Wahlorgan (Bundestag oder Bundesrat) den Nachfolger zu wählen hat und welche politische Farbe gerade gefragt ist. Nicht selten erscheint wenige Monate vor der Wahl ein etwas vage formulierter Beitrag in der FAZ, in dem interessante Namen genannt werden<sup>1</sup>. Die Andeutungen sind in der Regel plausibel in dem Sinne, dass die Genannten gut gewählt werden könnten, sie werden es dann aber oft nicht.

Im Herbst 2011 war die Medienlage grundlegend anders, und zwar wegen der Personalie Peter Müller<sup>2</sup>. Nachdem der ehemalige saarländische Ministerpräsident im Januar 2011 seinen Rücktritt angekündigt hatte, war klar, dass er Ende 2011 als Nachfolger von Udo di Fabio in den Zweiten Senat des BVerfG wechseln wollte. Ob dieser Wechsel im Hinblick auf die Neutralität des BVerfG gegenüber dem parteipolitischen Wettbewerb bedenklich ist, wurde ebenso breit diskutiert wie die fachliche Qualifikation des früheren Richters (AG und LG) Peter Müller. Die Debatte kann hier nicht weitergeführt werden; zu bedenken ist zumindest aber die Einseitigkeit des Profils der drei Verfassungsrichter im Zweiten Senat, die nunmehr die oft vermissten „politischen Erfahrungen“ in den „Elfenbeinturm des Verfassungsrechts“ mitbringen: Die Richter Landau, Huber und aktuell Müller waren alle in Exekutivämtern tätig – Staatssekretär, Minister, Ministerpräsident –; das parlamentarische Element, das gerade beim BVerfG gegen die zunehmende Dominanz der Regierung gestärkt werden müsste, ist überhaupt nicht repräsentiert.

Fast geräuschlos wurde zusammen mit Müller die Vorsitzende des IV. Zivilsenats des BGH, Dr. Sybille Kessel-Wulf als Nachfolgerin von Rudolf Mellinghoff ebenfalls für den Zweiten Senat



Zeichnung: Philipp Heinisch

*Unter den Seufzerbrücken der Justiz*

des BVerfG gewählt. Über die justizpolitischen Rahmenbedingungen dieser Wahl lohnt eine Reflexion.

Nach Art. 94 Abs. 1 Satz 1 GG besteht das BVerfG aus „Bundesrichtern und anderen Mitgliedern“. Ergänzend bestimmt § 2 Abs. 3 BVerfGG, dass für jeden Senat drei Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes ausgewählt werden; diese „Bundesrichter“ sollen vor ihrer Wahl zum BVerfG wenigstens drei Jahre an einem obersten Gerichtshof tätig gewesen sein. Seit der Novelle des BVerfGG aus dem Jahr 1970 stehen diese Richter den anderen Richtern des BVerfG gleich: Ihre Amtszeit am BVerfG beträgt 12 Jahre und reicht nicht mehr – wie in den ersten beiden Jahrzehnten des Gerichts – bis zum Ende des Amtes bei dem obersten Gerichtshof<sup>3</sup>. Endet die Amtszeit der „bundesrichterlichen Verfassungsrichter“ vor Erreichen der Altersgrenze aus dem ruhenden Bundesrichteramt, können sie wählen, ob sie auch aus diesem Amt in den Ruhestand treten oder wieder mit dem Votenschreiben an ihrem Herkunftsgesicht beginnen wollen.

---

### Von Bundesrichtern und anderen Mitgliedern

---

Die auf den ersten Blick gegriffene Zahl von insgesamt sechs Richtern des BVerfG, die zuvor bei einem obersten Gerichtshof des Bundes tätig gewesen sein mussten<sup>4</sup>, hat einen wichtigen Effekt: Auf diese Weise kann ermöglicht werden, dass alle fünf obersten Bundesgerichte durch einen Angehörigen beim BVerfG vertreten sind. Weil beim BGH zwischen Straf- und Zivilsenaten unterschieden wird, soll aus beiden Bereichen je ein Richter dem BVerfG angehören<sup>5</sup>. Normativ zwingend ist diese Vorstellung nach ganz herrschender<sup>6</sup> – und richtiger – Ansicht nicht. Die Wahlorgane – Bundesrat und Wahlausschuss des Bundestages nach § 6 BVerfGG – sind bei ihrer Auswahl frei; sie können auch alle Richter im Sinne des § 2 Abs. 3 BVerfGG aus den am BGH tätigen Kollegen auswählen, ohne dass Bedenken gegen die Gültigkeit der Wahl erhoben werden könnten. Wegen der gravierenden Auswirkungen von Auswahlfehlern auf die gesetzeskonforme Besetzung des BVerfG<sup>7</sup> müssen personenbezogene

Anforderungen im Gesetz explizit niedergelegt sein. Wenn § 2 Abs. 3 BVerfGG die Repräsentanz aller fünf obersten Gerichtshöfe nicht vorschreibt<sup>8</sup>, kann dieses – sinnvolle – Ergebnis nicht im Wege der Gesetzesauslegung herbeigeführt werden. Das ändert aber nichts daran, dass dem Gesetz die Zielvorstellung einer ausgewogenen Zusammensetzung der Gruppe der berufsrichterlichen Mitglieder des BVerfG zu Grunde liegt. Eine möglichst heterogene Zusammensetzung dieser besonderen Gruppe von Verfassungsrichtern ist „wünschenswert“<sup>9</sup>.

Gegen diese Konzeption ist noch nie so klar verstoßen worden, wie als Folge der Verfassungsrichterwahl am 25.11.2011. Dem Gericht gehören seitdem nur noch Richter(innen) an, die vom BGH (vier) oder vom BVerwG (zwei) stammen<sup>10</sup>. Mit Rudolf Mellinshoff ist im Oktober 2011 der letzte Richter des BFH in Karlsruhe ausgeschieden; das BSG ist seit dem Wechsel von Renate Jaeger zum EGMR im Jahr 2004 beim BVerfG nicht mehr vertreten<sup>11</sup>, und die Amtszeit des überhaupt einzigen Richters aus den Reihen des BAG (Thomas Dieterich) endete schon 1994.

Das wäre vielleicht unschön, aber nicht weiter problematisch, wenn man annehmen könnte, Verfahren mit arbeitsrechtlicher, sozial- oder steuerrechtlicher Prägung gelangten typischerweise nicht an das BVerfG, so dass der spezifische Sachverstand der einschlägig vorbelasteten Richter aus den jeweiligen obersten Gerichtshöfen in der Residenz des Rechts nicht benötigt würde. Jeder weiß aber, dass das Gegenteil richtig ist. Arbeits- und Sozialrecht sind je einem Dezernat des Ersten Senats des BVerfG zugewiesen, und steuerrechtliche Fragen beschäftigen sowohl den Ersten wie den Zweiten Senat des Gerichts weit mehr als etwa Fälle aus dem Kauf- oder Hypothekenrecht.

Jeder Jurist kann alles, Verfassungsrecht zumal, könnte man einwenden und zugleich darauf verweisen, dass es guter Tradition beim BVerfG entspricht, dass neu gewählte Richter nicht in Dezernaten wirken, in denen überwiegend Fragen bearbeitet werden, mit denen sie schon in ihrer früheren beruflichen Tätigkeit befasst waren. Das greift aber zu kurz. So richtig es ist, dass nicht ein ehemaliger

Richter des BFH vor allem verfassungsrechtliche Probleme mit Herkunft aus dem Steuerrecht bearbeitet, so nützlich wäre es, wenn in dem Senat, der über solche Fälle zu entscheiden hat, jemand mitwirkt, „der sich mit so was auskennt“. Für Arbeits- und Sozialrecht, das ganz überwiegend dem Ersten Senat des BVerfG zugeordnet ist, gilt dasselbe. Der Verzicht auf die spezifische Sachkunde der Richter aus drei der fünf Gerichtszweige verengt das Spektrum der beruflichen und fachlichen Erfahrungswelten im BVerfG weiter; dessen Enge ist in der letzten Zeit mehrfach bedauert worden<sup>12</sup>. Wenn ehemalige Richter(innen) des BAG und des BSG an der Entscheidung über verfassungsrechtliche Fragestellungen mit Wurzeln im Arbeits- und Sozialrecht beteiligt sind, reduziert sich auch die Gefahr, dass Vorgaben aus dem Grundgesetz entwickelt werden, die einer bestimmten höchstrichterlichen Entscheidungspraxis das Ende bereiten, ohne dass ganz sicher ist, dass „Karlsruhe“ sich dieser Konsequenz bewusst war.

---

### Verengung der fachlichen Erfahrungswelten

---

Akzeptiert man, dass eine möglichst heterogene Besetzung der Bundesrichtergruppen in beiden Senaten des BVerfG sinnvoll und geboten ist, stellt sich die Frage, warum die Praxis der Richterwahlen dem immer weniger Rechnung trägt. Zwei Antworten erscheinen denkbar: Bei den Fachgerichten außerhalb des BVerwG reicht die Befähigung der Richterinnen bzw. Richter für eine Tätigkeit am BVerfG nicht aus, oder die Wahlorgane haben geeignete Kandidaten aus diesen Gerichtszweigen nicht im Blick.

Über fachliche Qualifikation und persönliche Befähigung von Bundesrichtern lässt sich schwer urteilen; gerade ein – als Senatsvorsitzender beim BSG – Betroffener muss sich da zurückhalten. Aber selbst wenn man annähme, das juristische Niveau sei beim BGH höher als bei allen anderen obersten Bundesgerichten – schon weil der BGH seine Tradition auf das Reichsgericht zurückführen kann, und aus dieser Perspektive BAG und BSG als neomodische Institutionen erscheinen können, deren Trägern man noch nicht so richtig etwas zutrauen mag

–, ist es wenig plausibel, dass aus diesen beiden Gerichten nicht eine Kollegin oder ein Kollege die Fähigkeit haben sollte, auf Augenhöhe mit einem Richter des BGH oder des BVerwG über ein verfassungsrechtliches Problem zu sprechen.

Näher liegt deshalb die Vermutung, dass die Personen, die die eigentlichen „Verfassungsrichtermacher“ sind, die Richterinnen und Richter außerhalb von BGH und BVerwG kaum kennen. Nach § 8 Abs. 1 BVerfGG führt das BMJ eine Liste der Bundesrichter, die seit mehr als drei Jahren bei einem obersten Gerichtshof tätig sind, und sich schriftlich bereit erklärt haben, an das BVerfG zu wechseln. Natürlich können sich auch Richterinnen und Richter des BAG und des BSG auf diese Liste setzen lassen – das geschieht auch<sup>13</sup> –, aber das BMJ kennt natürlich die Kollegen, die bei „seinen“ Gerichten (BGH, BVerwG, auch BFH) tätig sind, besser und genauer als diejenigen von BAG und BSG, die beim Arbeits- und Sozialministerium ressortieren.

Wenn die Koordinatoren der Richterwahl der beiden politischen Lager in Bundestag und Bundesrat<sup>14</sup> sich über Geschlecht und politische Färbung des Kandidaten aus dem Kreis der Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes geeinigt haben, kann das BMJ Namen

präsentieren. Es liegt nahe, dass man die oder den vorschlägt, den man kennt und dessen Fähigkeiten man einschätzen kann. Dann sind mutmaßlich die Richterinnen oder Richter, deren Akten nicht im BMJ geführt werden – was natürlich nur äußerer Ausdruck für eine relativ verlässliche Kenntnis von fachlichem und persönlichem Profil der Kandidaten ist –, außen vor. Die „Justiz“ regelt das dann auf die Schnelle unter sich, und zur „Justiz“ in diesem ganz engen Sinne auch von persönlichen Netzwerken gehören BAG und BSG nicht.

### Die persönlichen Netzwerke der „Justiz“

Im Hinblick darauf ist neu zu überlegen, ob die immer wieder als Vorzug dargestellte Ressortierung von BAG und BSG beim BMAS diesen beiden Fachgerichten wirklich nutzt. Das BMAS ist traditionell sehr stolz, den obersten Fachgerichten für Arbeits- und Sozialrecht eine „Heimstatt“ und auch eine eigene Stimme in der Bundesregierung zu geben. Zu dieser Fürsorge gehört dann aber auch, bei der Wahl von Verfassungsrichtern und Verfassungsrichterinnen die Stimme zu erheben und einen eigenständigen

Gestaltungsauftrag wahrzunehmen. Das könnte sicher noch etwas vernehmlicher geschehen als es offenbar Ende 2011 praktiziert worden ist. Eine parteipolitische Frage ist die Ressortierung der Sozialgerichtsbarkeit beim für Soziales zuständigen Ministerium schon lange nicht mehr: Die SPD, die historisch auf Bundesebene immer für die Zuordnung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit zum BMAS gestritten hat, hat in keinem Bundesland, in dem sie (noch oder wieder) regiert, das Rechtspflegeministerium aufgelöst, in dem alle fünf Gerichtszweige verantwortet werden. Es gibt nur noch ein Bundesland, in dem für die Sozialgerichtsbarkeit nicht das JM zuständig ist, und in diesem Bundesland regiert die SPD noch nicht, nämlich in Bayern.

### Der Autor:



**Prof. Dr. Ulrich Wenner** ist Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht und Honorarprofessor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

### Anmerkungen

- 1 Beispielhaft Reinhard Müller, FAZ v. 21.11.2011 „in Gespräch waren schon die Richterinnen am BAG... und am BSG...“ unter Hinweis auf einen früheren Artikel.
- 2 Repräsentativ für die Debatte die Beiträge von Bahners (FAZ v. 23.11.2011) und Jannich (Süddeutsche Zeitung vom 25.11.2011) aus den Tagen unmittelbar im Zusammenhang der Wahl.
- 3 Zuck, BVerfGG, 6. Aufl., 2011, § 2 RdNr. 7; Begründung der Bundesregierung zur Änderung des BVerfGG v. 16.2.1970, BT Drucks. 6/388 S. 5.
- 4 Die Zahl der bundesrichterlichen Mitglieder der Senate des BVerfG ist 1956 im Zuge der Verkleinerung der Senate von 12 auf acht Richter von 4 auf 3 pro Senat vermindert worden; das zahlenmäßige Verhältnis wurde auf diese Weise erhalten (Heinrichsmeier, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG – Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl., § 2 RdNr. 9).
- 5 Maunz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, § 2 RdNr. 5 (Stand der Bearbeitung 1992).
- 6 Heinrichsmeier, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG – Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl., § 2 RdNr. 21; Zuck, BVerfGG, 6. Aufl., 2011, § 2 RdNr. 8.
- 7 Wenn die zuständigen Wahlorgane eine Person gewählt haben, die nicht den Anforderungen des § 2 Abs. 3 BVerfGG entspricht, der Senat also nicht mit drei „Bundesrichtern“ besetzt ist, ist die Wahl ungültig, auch wenn die Wahlgremien und der Bundespräsident bei der Ernennung des Betroffenen die Rechtslage anders beurteilt haben (BVerfGE 40, 356, 360; 65, 152, 154f).
- 8 Bei Erlass des BVerfGG in der Ausgangsfassung des Jahres 1951 waren das BAG und das BSG als oberste Gerichtshöfe des Bundes noch gar nicht errichtet, und es war noch nicht einmal klar, ob es für die Arbeits- und die Sozialgerichtsbarkeit ein einheitliches Bundesgericht geben sollte (Wenner, in: Wenner/Terdenge/Krauß, Grundzüge der Sozialgerichtsbarkeit, 3. Aufl., 2005, RdNr. 31).
- 9 Heinrichsmeier, a.a.O., RdNr. 21.
- 10 Eine gewisse Dominanz der vom BGH stammenden Richter beim BVerfG ist selbstverständlich, schon weil der BGH der mit Abstand größte oberste Gerichtshof des Bundes ist.
- 11 Vor Renate Jaeger hatte zwischen 1979 und 1989 Hermann Heußner aus dem BSG dem BVerfG angehort.
- 12 Exemplarisch zuletzt Pagenkopf, ZRP 2011, 229 mit dem Hinweis auf eine sehr starke Vertretung von Hochschullehrern und das Fehlen von Rechtsanwälten im BVerfG (dazu kritisch auch Zuck, a.a.O., § 2 RdNr. 11). Abgesehen von dieser Beobachtung überzeugen die Angriffe von Pagenkopf auf Kompetenz und Legitimation des BVerfG in keiner Weise. Die Polemik insbesondere gegenüber der Verfassungsrichterin Britz u. a. wegen des Themas ihrer Habilitation („Kulturelle Rechte und Verfassung“) wirkt – von einem ehemaligen Bundesrichter verfasst – eher peinlich.
- 13 Um Spekulationen darüber entgegenzutreten, der Beitrag zur letzten Richterwahl am 25.11.2011 sei (auch) aus persönlicher Enttäuschung verfasst worden: Ich habe mich nicht auf die Liste setzen lassen, schon weil klar war, dass eine Bundesrichterin mit Nähe zur CDU gesucht wurde; beide Merkmale erfülle ich nicht.
- 14 Gegenwärtig sind das im Bundesrat für die CDU Ministerpräsident Carstensen (Schleswig-Holstein) und für die SPD Bürgermeister Börnsen (Bremen). Das geht ganz offiziell aus der am Morgen der Wahl verteilten Beschlussempfehlung des Bundesrates (BR-Drucksache 736/11) hervor.