

## Sollen Politiker Verfassungsrichter werden?

*Marcus Höreth*



Marcus Höreth

Die Frage wirkt zunächst provozierend, weil die Antwort auf der Hand zu liegen scheint: Politiker können, eben weil sie Politiker sind – und solange sie dies sind – selbstverständlich keine Verfassungsrichter sein. Das Grundgesetz beantwortet diese Frage in Art. 94 eindeutig: „Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes (...) dürfen weder dem Bundestage, dem Bundesrate, der Bundesregierung noch entsprechenden Organen eines Landes angehören.“ Aber die Frage, ob Politiker Verfassungsrichter *werden* können sollen, zielt auf ein anderes Problem. Es geht darum, ob Politiker aufgrund ihrer vorangegangenen politischen Karriere noch geeignet sind, das Amt eines Bundesverfassungsrichters zu übernehmen – ein Amt, das ihnen ein Höchstmaß an politischer Unabhängigkeit und Neutralität abverlangt. Die Frage wurde nicht zuletzt durch das Ansinnen des Noch-Ministerpräsidenten des Saarlands, Peter Müller, aktuell. Seit geraumer Zeit wird kolportiert, dass Müller in der Politik keine Ambitionen mehr habe und nunmehr Richter am Bundesverfassungsgericht werden wolle.

Wechsel von der politischen Bühne an das Gericht in Karlsruhe sind nichts Neues. Jutta Limbach war Justizsenatorin in Berlin, bevor sie ans Bundesverfassungsgericht wechselte, Roman Herzog Innenminister in Rheinland-Pfalz. Im Jahre 1958 ist mit Gebhard Müller sogar ein veritabler (ehemaliger) Ministerpräsident eines Bundeslandes zum Bundesverfassungsrichter gewählt worden. Sein Namensvetter aus dem Saarland wäre somit der zweite Landesfürst, der zukünftig über die urteilen müsste, zu denen er immer noch gehört. Warum kann man daran Anstoß nehmen? Zunächst einmal: Das Problem hat zwei Dimensionen, die man – wie wir spätestens seit Kant wissen – streng auseinanderhalten muss. Zum einen handelt es sich um eine rechtlich-formale Frage – welche Voraussetzungen muss ein Kandidat für das höchste Richteramt erfüllen bzw. umgekehrt: welche mit der Person des Kandidaten verbundenen Umstände könnten seiner/ihrer Ernennung *rechtlich* im Wege stehen? Zum anderen hat das Problem natürlich auch eine moralisch-politische – wenn man so will: sittliche – Dimension: Sollte jemand Verfassungsrichter werden, der bereits eine exponierte parteipolitische Karriere hinter sich hat?

Die erste Frage lässt sich eindeutig beantworten: Selbstverständlich dürfen Verfassungsrichter, bevor sie ihr Amt antreten, zuvor an politisch exponierter Stelle gewirkt haben. Nichts anders lässt sich § 3 Abs. 3 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes entnehmen, denn dort heißt es ausdrücklich, dass die Richter „mit ihrer Ernennung (...) aus solchen Organen“ ausscheiden. Indirekt lässt sich daraus ohne Weiteres schließen, dass sie diesen Organen *vor ihrer Ernennung* durchaus angehören dürfen – formaljuristisch ist es somit kein Problem, wenn ein ehemaliger Ministerpräsident wie jetzt Müller an das höchste deutsche Gericht wechseln möchte. Spannender und praxisnäher wird es in § 18 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes. Von der Frage, ob einer „aus der Politik“ grundsätzlich Verfassungsrichter werden kann zu unterscheiden ist nämlich die Frage, ob er sich als Richter an „Sachen“ beteiligen darf, in denen er „bereits von Amts oder Berufs wegen tätig gewesen ist“. Wenn letzteres bei Müller häufiger zuträfe, wäre er kaum geeignet als Verfassungsrichter, denn Absatz 1 Nr. 2 des Gesetzes stellt hierzu grundsätzlich fest, dass ein „Richter des Bundesverfassungsgerichts (...) von der Ausübung seines Richteramtes“ in diesem Fall wegen Befangenheit „auszuschließen“ sei. Hier wird es juristisch interessant, denn es gibt Ausnahmen von der Regel. Geht es etwa um eine der Kernaufgaben des Gerichts, nämlich um die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, müsste man eigentlich annehmen, dass jene Gesetze durchaus eine „Sache“ darstellen, an deren Entstehung ein ehemaliger Ministerpräsident „bereits von Amts oder Berufs wegen tätig gewesen ist“. Dies gilt gerade bei den meistens auf dem Karlsruher Prüfstand stehenden Bundesgesetzen: Hier sind es die Ministerpräsidenten, die im Bundesrat die vom Grundgesetz geforderte Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung sicherstellen. Als „Stimmführer“ ihrer Länder stimmen sie den Bundesgesetzen zu oder verweigern ihnen ihre Zustimmung; sie erheben Einspruch gegen sie oder unterlassen diesen; sie bringen in Form einer Initiative selbst ein Bundesgesetz auf den Weg oder verhandeln bei zunächst fehlender mehrheitlicher Zustimmung im Bundesrat die konkreten Inhalte der zuvor beschlossenen Parlamentsgesetze als Mitglied im paritätisch besetzten Vermittlungsausschuss von Bundestag und Bundesrat, damit diese Gesetze dann wenigstens in zuweilen stark veränderter Form doch noch in Kraft treten können. Es ist deshalb keineswegs eine Übertreibung, dass Ministerpräsidenten sehr viel stärker in die Gesetzgebung des Bundes involviert sind als die Abgeordneten des Bundestages – selbst die Vorsitzenden der zuvor die Materie Monate lang beratenden Parlamentsausschüsse können von einem solchen Einfluss nur träumen. Zumindest wird man sich eingestehen müssen, dass ehemalige Ministerpräsidenten „in derselben Sache bereits von Amts oder Berufs wegen tätig gewesen“ waren. Müsste man sie daher nicht wegen Befangenheit „von der Ausübung des Richteramtes“ ausschließen? Doch hier greift das oben angedeutete „Schlupfloch“, wenn es in Absatz 3 in § 18 unmissverständlich heißt, dass „die Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren“ nicht als „Tätigkeit“ im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 gilt. Absatz 2 des § 18 geht sogar so weit, dass ein Richter auch dann nicht „von der Ausübung seines Richteramtes ausgeschlossen“ werden kann, wenn er „auf Grund (...) seiner Zugehörigkeit zu einer politischen Partei (...) am Ausgang des Verfahrens interessiert ist.“ Die rechtliche Frage, ob Politiker Verfassungsrichter werden dürfen, ist damit eindeutig mit „Ja“ zu beantworten.

Warum dann aber die ganze Aufregung? Weil es letztlich eben kein juristisches Problem ist, um das gestritten wird, sondern ein moralisches. Und dieses Problem ist schwerer zu lösen als das rechtliche. Könnte die Autorität des Bundesverfassungsgerichts nicht ernsthaft Schaden nehmen, wenn ein exponierter Politiker und Ministerpräsident unvermittelt die Fronten wechselt? Kann der überhaupt entsprechend unbefangen sein und unabhängig richten – notfalls auch gegen seine eigenen früheren Kameraden, mit denen er so manche politische Schlacht geschlagen hat? Oder wird er vielleicht sogar das Amt als Verfassungsrichter missbrauchen, um seine politische Agenda (und die seiner Partei) von der Richterbank aus zu verfolgen, schließlich könne er ja seine politische Vergangenheit, seine persönlichen politischen Netzwerke und Abhängigkeiten, nicht ohne Weiteres abstreifen. Der Vorsitzende der FDP-Fraktion im Hessischen Landtag, Florian Rentsch schrieb Müller einen öffentlich gewordenen Brief, in dem es heißt, dass die „große Akzeptanz“ des Bundesverfassungsgerichts auch der Tatsache entspringe, dass die Richter dort „grundsätzlich nicht aus der ersten Reihe der aktiven Politik stammen“. Werde diese Praxis nun geändert, könne dies dazu führen, das öffentliche Vertrauen in das Gericht „als selbstständigem Verfassungsgericht erheblich zu beschädigen“. Falk Heunemann von der „Financial Times Deutschland“ legte noch einen drauf, indem er von einem „schweren Fehler“ spricht, sollte der saarländische Landesvater zum Verfassungsgericht wechseln. Denn diese Institution sei „die letzte Bastion, um Bürger vor ignoranten Regierungen zu schützen“. Das Gericht dürfe keinesfalls in Verdacht geraten, „von Parteien ferngesteuert zu werden“. Am Ende dieses Artikels wird gefordert, dass man sich nach einem Ersatz für Müller umsehen müsse, der „auch nicht im geringsten den Ruch der Parteipolitik“ habe, weil man dies „dem Bundesverfassungsgericht schuldig“ sei.

Gut möglich, dass diese kritischen Stellungnahmen aus Politik und Presse ein weit verbreitetes Unbehagen zum Ausdruck bringen. Und doch verquicken sich hier Fehlwahrnehmungen und Populismus auf höchst unappetitliche Weise. Dies gilt vor allem mit Blick auf das Bundesverfassungsgericht und dessen Stellung und Funktion im demokratischen Verfassungsstaat. Es wird implizit eine völlig falsche Frontstellung aufgebaut zwischen diesem „sauberen“ Bundesverfassungsgericht auf der einen und einer tendenziell „schmutzigen“ (Partei-) Politik auf der anderen Seite. Der demokratische Verfassungsstaat, als ein solcher versteht sich die Bundesrepublik, braucht jedoch beides. Politische Parteien, die miteinander um politische Mehrheiten konkurrieren, sind ebenso notwendig wie ein Verfassungsgericht, das (in statistisch übrigens sehr seltenen Fällen) die Gesetze der Regierungsmehrheit „kassiert“, weil sie verfassungswidrig sind. Die Kritik an der Absicht Müllers, Verfassungsrichter zu werden, wird häufig begleitet von einer idealistischen Verklärung eines vermeintlich politikfernen Gerichts, die jedoch ebenso unangebracht ist wie die pauschale Verurteilung der vermeintlich „ignoranten“, bürgerfernen und die Maßstäbe von Recht und Gerechtigkeit missachtenden Politik. Beide Einschätzungen halten einer nüchternen empirischen Überprüfung nicht stand.

Es ist keineswegs evident, dass zu Verfassungsrichtern nur Personen ernannt werden sollten, die nicht den „Ruch der Parteipolitik“ haben. Mit der gleichen Berechtigung könnte man umgekehrt fordern, dass Richter anderer

Bundesgerichte oder Hochschulprofessuren, die die Politik nur aus Lehrbüchern der Staatsrechtslehre kennen, niemals Verfassungsrichter werden können, weil sie keine Ahnung von der politischen Praxis haben. Zudem müsste man die „richterliche Unabhängigkeit“, die man ehemaligen Politikern nicht zutrauen will, genauso stark bei Verfassungsrichtern mit Hochschulvergangenheit in Frage stellen, die in der akademischen Debatte mit exponierten verfassungsrechtlichen Stellungnahmen aufgefallen sind – wie neutral und unabhängig sind denn jene Richter, wenn sie mit einem aktuellen Fall konfrontiert sind, den sie als Professoren in der Vergangenheit bereits umfassend analysiert und bewertet haben? Übrigens sind Richter, die sich zu Rechtsfragen geäußert haben, die für das Verfahren bedeutsam sein können, laut Bundesverfassungsgerichtsgesetz § 18 Abs. 3 Nr. 2 ebenfalls nicht von der Ausübung ihres Richteramtes ausgeschlossen. Sowohl beim langjährigen Parteipolitiker als auch bei einem Hochschullehrer, der sich und sein bisheriges Leben der akademischen Welt verschrieben hat, sollte man nicht von vornherein unterstellen, dass er oder sie nicht geeignet ist für den Job als Verfassungsrichter.

Setzt man gesunden Menschenverstand ein, wird man sogar annehmen müssen, dass gerade alt gediente „Parteisoldaten“ nach ihrem Wechsel zum Bundesverfassungsgericht im wohl verstandenen Eigeninteresse jeden Anschein von Parteilichkeit zu vermeiden trachten. Rolf Lamprecht, langjähriger Beobachter und einer der profundesten Kennern des Verfassungsgerichts, meinte hierzu treffend: „Der Richter mit dem Parteibuch in der Tasche (...) gehört vermutlich zu den ungefährlichsten Figuren der Justiz: Er weiß um seine Parteimitgliedschaft, die anderen wissen es – und er weiß, dass es die anderen wissen. Darauf muss er sich einstellen und danach trachten, jedwede Blöße zu vermeiden. Welcher andere Richter muss sich um mehr Objektivität bemühen?“ Der durchaus positiv zu bewertende Unterschied zwischen einem Richter mit und einem ohne Parteibuch ist doch, dass die Öffentlichkeit bei letzterem die zweifellos bei diesem wie bei jedem anderen normalen Bürger auch vorhandenen politischen Vorprägungen – und möglicherweise auch Voreingenommenheiten und Vorurteile – *nicht* kennt. Dass dies bei Müller anders ist, kann kaum etwas Schlechtes sein. An dieser Stelle sei auf die USA verwiesen, wo sich jeder Kandidat für das Oberste Gericht einem öffentlichen Hearing beim US-Senat unterziehen muss, in dem er auch seine politischen Vorprägungen und Meinungen darlegen soll. Der New Yorker Senator *Charles E. Schumer* hat zur Begründung dieses Verfahrens einmal betont, dass jeder Amerikaner von zukünftigen Supreme Court-Richtern vor ihrer Ernennung das Recht hätten zu erfahren, wofür deren „Herz schlägt“. Die amerikanische Öffentlichkeit soll also zumindest ansatzweise erfahren, welche politischen Präferenzen der Kandidat hat, gerade *weil* es später keine politischen Sanktionsmöglichkeiten mehr gibt, einen unliebsamen obersten Bundesrichter wieder los zu werden. Beim Kandidaten Müller weiß die Öffentlichkeit mehr über dessen politischen Prämissen und Vorlieben als bei jedem anderen Verfassungsrichter vor dessen Ernennung. Für die ihn nominierende CDU etwas beunruhigend, für alle anderen Parteien eher beruhigend ist allerdings die empirisch immer wieder bestätigte Tatsache, dass sich Richter, wenn sie erst einmal im Amt sind, häufig anders verhalten als man von ihnen erwartet. Der wichtigste Grund hierfür dürfte der starke Sozialisierungseffekt

durch den „esprit de corps“ im Gericht sein, der auch beim Bundesverfassungsgericht vorherrscht. Das Amt prägt die Person möglicherweise stärker als umgekehrt – auch Müller könnte als Verfassungsrichter durchaus für Überraschungen gut sein. Dies galt und gilt ja auch schon für den Ministerpräsidenten Müller, der sich in der Vergangenheit mit seinen politischen Bekenntnissen häufig der CDU-Parteiraison entzogen und seine insofern bestehende relative intellektuelle Unabhängigkeit bereits unter Beweis gestellt hat. Seine bekannte Präferenz für schwarz-grüne Koalitionen und einen schnellstmöglichen Ausstieg aus der Atomenergie sind ja nicht unbedingt originäre CDU-Positionen.

Verfassungsrichter sind keine Politiker. Doch Verfassungsrecht ist „politisches“ Recht (Carl Schmitt). Der ehemalige Bundesverfassungsrichter Ernst-Wolfgang Böckenförde hat darauf hingewiesen, dass „Verfassungsrecht nach seinem Gegenstand und in seinem Telos (...) zentral auf den Bereich des Politischen bezogen (ist) und von daher bestimmt (wird). Es ist vom Gravitationsfeld der Auseinandersetzung um Gewinnung, Ausübung und Erhalt politischer Macht nicht abgelöst oder abgeschichtet, wird vielmehr von dem Spannungsgelände, der diesem Feld eigen ist, mit ergriffen.“ Wenn aber die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht vom politischen Prozess „abzuschichten“ ist, der Verfassungsrichter also dem „Politischen“ kaum entrinnen kann, schadet es sicherlich nicht, wenn auch im höchsten deutschen Gericht politischer Sachverstand und Praxiswissen vorherrschen. Wie wollen Verfassungsrichter z.B. die politischen Umstände und Motivlagen, die hinter einer möglicherweise fingierten Vertrauensfrage stehen, verfassungsrechtlich bewerten, wenn sie keine Ahnung von den Handlungszwängen und -optionen einer Koalitionsregierung im bundesdeutschen Exekutivföderalismus haben? Ohne diesbezügliche Kenntnisse wären sie doch außerstande zu beurteilen, ob ohne die (negativ beantwortete) Vertrauensfrage (und die mit ihr verbundenen Parlamentsauflösung und Ansetzung von Neuwahlen) ein relativ problemloses Weiterregieren noch möglich gewesen wäre. Dieses an sich politische Problem der „Regierbarkeit“ muss aber abschließend beurteilt werden, bevor zwischen „echten“ und „unechten“ (verfassungswidrigen) Vertrauensfragen unterschieden werden kann. Wie sollen Verfassungsrichter einen Fall beurteilen, in dem die Regierungsmehrheit möglicherweise den Bundesrat in seinem verfassungsrechtlichen Rechten beschnitten hat, indem sie ein Bundesgesetz in einen zustimmungsbedürftigen und einen zustimmungsfreien Teil aufsplittete, wenn sie nicht gut informiert sind über die besonderen Bedingungen des Regierens unter gegenläufigen Mehrheiten zwischen Bundestag und Bundesrat? Wie sollen die Karlsruher Richter generell politisches Entscheidungshandeln im parlamentarischen Regierungssystem verstehen (und im Anschluss verfassungsrechtlich würdigen), wenn sie in Unkenntnis der üblichen politischen Praxis etwa übersehen, welche enorme Bedeutung dem Grundgesetz unbekannt Institutionen wie der Koalitionsausschuss haben? Bevor aber ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der politischen Akteure verfassungsrechtlich beurteilt werden kann, müssen die Verfassungsrichter ein möglichst genaues Bild davon haben, wie die Verfassungspraxis im parlamentarischen Regierungssystem aussieht. Manches, ja sogar das meiste davon steht zwar in wissenschaftlichen Abhandlungen, und ist den Richtern natürlich bestens bekannt. Einige Besonderheiten des Politikbetriebs sind jedoch nur echten

„Insidern“ geläufig. Mit Müller würde ein weiterer Insider ans Gericht wechseln. Den politischen Akteuren hierzulande würde dies ihr Tagesgeschäft keineswegs erleichtern, im Gegenteil. Müller kennt doch nur allzu gut aus eigener Erfahrung, wie fahrlässig, trickreich und zuweilen sogar vorsätzlich politische Akteure zuweilen mit der und gegen die Verfassung verfahren. Erinnerung sei an dieser Stelle an eine Aussage vom ehemaligen Bundesinnenminister Höcherl, der nach der von ihm später eingeräumten grundgesetzwidrigen Verhaftung des Spiegelredakteurs Konrad Ahlers während der Spiegelaffäre 1962 einräumte, sich „etwas außerhalb der Legalität“ bewegt zu haben, schließlich könne er „nicht den ganzen Tag mit dem Grundgesetz unter dem Arm rumlaufen“. Möglicherweise schafft es daher gerade der ehemalige Ministerpräsident Müller nach seinem Wechsel nach Karlsruhe besser als seine politisch unbedarfteren und unerfahrenen neuen Kollegen, seinen alten Kollegen auf die Schliche zu kommen und diese daher von vorneherein dazu zu animieren, etwas behutsamer mit dem Grundgesetz umzugehen, um für sie unangenehme Karlsruher Urteile möglichst zu vermeiden. Unter dem Arm tragen werden es die Politiker sicherlich auch weiterhin nicht – aber wenn Politiker wenigstens etwas häufiger in das Grundgesetz hineinschauen würden, wäre ja auch schon viel gewonnen. Das Problem, dass (ehemalige) Politiker Verfassungsrichter werden können, kann also durchaus auch als Chance begriffen werden.