

Prof. Dr. Franz C. Mayer LL.M. (Yale)

Tel.: 0521.106-6964, -4412

Fax: 0521.106-154412, -89016

franz.mayer@uni-bielefeld.de

www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/

## Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Verfassungskommission des Landtags Nordrhein-Westfalen am 11. Mai 2015

Thema: Verfassungsgerichtshof

von

Prof. Dr. Franz C. Mayer, Universität Bielefeld

### A. Einleitende Vorüberlegungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit

#### 1. Allgemeines

Verfassungsgerichtsfragen sind **Machtfragen**.

Der Verfassungsgeber steht bei der Schöpfung einer neuen Verfassung vor der Frage, wie die Gewährleistungen dieser Verfassung **für die Zukunft zu sichern** sind. Verfassungen treffen Grundentscheidungen zu Macht und politischer Herrschaft. Wer immer berufen wird über diese Grundfestlegungen zu wachen erhält ebenfalls nicht unerhebliche Macht. Ein besonderes Interesse an einer Kontrollinstanz haben dabei all diejenigen Akteure, die nicht über andere Mittel der Sicherung ihrer Belange verfügen.

Bei einer **Revision** der Verfassung, wie sie in Nordrhein-Westfalen derzeit vorbereitet wird, stellen sich prinzipiell die gleichen Fragen wie bei der Verfassunggebung.

Für die Auseinandersetzung mit dem Thema Verfassungsgerichtsbarkeit empfiehlt sich eine Vergewisserung über einige Grundfragen, die sich mit diesem Thema verbinden.

Ein Verfassungsgericht, wie es uns in Deutschland mit dem BVerfG vor Augen steht, ist **unter Demokratiegesichtspunkten keine Selbstverständlichkeit**. Die Grundfrage ist stets: Wie kann man eigentlich begründen, dass einige wenige den Mehrheitswillen eines direkt gewählten und legitimierten Parlamentes brechen? Eine mögliche Antwort ist die konsequente Ablehnung von Verfassungsgerichtsbarkeit mit Normkontroll- oder Normverwerfungskompetenz. Dies ist bis in die jüngste Zeit in

Frankreich der Fall gewesen, auch in Großbritannien und in den meisten skandinavischen Ländern findet sich diese Traditionslinie.

Am anderen Ende des Spektrums steht die Hinnahme des Problems unter Verweis darauf, dass eine Gerichtsbarkeit wahrscheinlich noch die unter dem Aspekt des Machtmissbrauchs am wenigsten gefährliche Gewalt ist, ein berühmtes Diktum aus den Federalist Papers („**the least dangerous branch**“<sup>1</sup>).

Dazwischen bestehen für eine Verfassungsgerichtsbarkeit allerlei Variationen. In Bundesstaaten ist das Erfordernis eines „Schiedsrichters“ zwischen Bund und Gliedstaaten eine naheliegende Rechtfertigung für eine Verfassungsgerichtsbarkeit.

Für die Landesverfassungsgerichtsbarkeit ist diese Perspektive weniger von Bedeutung, es sei denn man interpretiert das Verhältnis Land – nachgeordnete Ebenen analog zum Verhältnis Zentralstaat – Gliedstaat.

Auch zwischen Verfassungsorganen kann Streit entstehen, für dessen Schlichtung sich der Rückgriff auf ein Gericht anbietet.

In Deutschland ist der Schutz der Grundrechte des Einzelnen mittels **Verfassungsbeschwerde** (Individualverfassungsbeschwerde) das **Leitbild**, das die Wahrnehmung von Verfassungsgerichtsbarkeit geprägt hat (derzeit ca. 6000 Verfassungsbeschwerden pro Jahr).

Das BVerfG hat über die Individualverfassungsbeschwerde und ein weites Verständnis des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) die Möglichkeit, fast jeden Winkel des deutschen Rechts grundrechtlich zu erreichen. Diese Reichweite des BVerfG erklärt zu einem sehr großen Anteil, warum die Landesverfassungsgerichte gegenüber dem übermächtigen BVerfG kaum Sichtbarkeit erlangt haben, was in aller Regel mit der Metapher von den „**getrennten Verfassungsräumen**“ unausgeleuchtet bleibt.

In Deutschland ist das Konzept Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tradition Hans Kelsens heute weitgehend unangefochten. Dies war in der Weimarer Zeit mit der Auseinandersetzung um den Hüter der Verfassung und einer Verfassung ohne echtes Verfassungsgericht – der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich hatte nur limitierte Reichweite – anders. Und auch in den ersten Jahren seiner Existenz hat das BVerfG sich gegen die argwöhnische Fachgerichtsbarkeit erst durchsetzen müssen. Letztlich lässt sich ein Verfassungsgericht damit begründen, dass politische Entscheidungen, die Ergebnis eines politischen Prozesses sind oder in einem politischen Kontext getroffen werden, losgelöst davon in einem anderen, neuen Verfahren in einem **rechtlichen Diskurs** auf ihre Plausibilität überprüft werden. In diesem zusätzlichen, anders organisierten, verfassungsrechtlichen Diskurs liegt ein rationales Kontrollelement, das letzten Endes vor Machtmissbrauch der Mächtigen, der Staatsgewalt, schützen soll. Und zwar diejenigen, die keine anderen Mittel oder Machtmittel haben, um ihre Belange zu schützen – in aller Regel also Minderheiten. Die **Mehrheit braucht kein Verfassungsgericht**.

---

<sup>1</sup> Federalist No. 78

## 2. Neun Stellschrauben

Bei der konkreten Ausgestaltung von Verfassungsgerichtsbarkeit anlässlich einer Verfassungsneuschöpfung oder einer Verfassungsänderung lassen sich eine Reihe von **Stellschrauben** benennen, deren Justierung über die konkrete Gestalt, Macht und Reichweite eines Verfassungsgerichts entscheidet. Im Folgenden werden neun Stellschrauben skizziert, die freilich nicht völlig beziehungslos zueinander sind.

### Nr. 1 - Normebene:

Die grundlegendste Entscheidung ist die über die Verortung der Regeln zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Regeln auf Ebene des einfachen Gesetzesrechts stehen bei einfachem politischen Mehrheitswechsel zur Disposition. Je mehr der Selbst- und Binnenregelung (Satzung, Geschäftsordnung) überlassen wird, desto größer ist die Gestaltungsfreiheit des Verfassungsgerichts. Je mehr im – in aller Regel nur erschwert abänderbaren – Verfassungstext verankert wird, desto sicherer sind diese Regelungen vor den **Zufällen politischer Mehrheitswechsel**.

### Nr. 2 - Zusammensetzung:

Es liegt auf der Hand, dass die Vorgaben zur Zusammensetzung das mächtigste Instrument sind, um politischen Einfluss auf die Richtung des Gerichts zu haben. Entscheidungen sind hier beispielsweise zu treffen zwischen einem eher justiznahen Gericht (hoher Anteil von Berufsrichtern) oder anderen Schwerpunkten („Professorengericht“) sowie der Einbeziehung bestimmter Gruppen („Politiker“, „Nichtjuristen“, Rechtsanwälte, die gezielte Einbeziehung von Minderheiten).

In den seltensten Fällen wird ein Verfassungsgericht ausschließlich aus Berufsrichtern bestehen. Ihre Mitwirkung nicht nur auf der Arbeiterebene sondern schon auch im Spruchkörper ist in einem bestimmten Umfang schon deswegen sinnvoll, um bestimmte handwerkliche Standards zu sichern. Eine Dominanz von Berufsrichtern ist aber ebenso wenig wünschenswert wie ein reines Professorengericht.

Bei der Suche nach der richtigen Formel für die Zusammensetzung eines Verfassungsgerichts sollte der Akzent eher auf **Ausgewogenheit** als auf Binnenpluralismus gelegt werden. Einem echten **Binnenpluralismus** im Sinne einer umfassenden Abbildung der gesellschaftlichen Vielfalt sind wegen der Überschaubarkeit eines Gerichts nämlich **Grenzen gesetzt**. Eine Ausnahme dürfte allerdings heute unstrittig sein: die angemessene Vertretung beider Geschlechter ist sicherzustellen.

Im Kontext der Zusammensetzung eines Verfassungsgerichts stellt sich auch die Frage der **Ausgestaltung des Präsidentenamtes**. Optionen sind hier vor allem die Bestimmung des Präsidenten von außen (Beispiel BVerfG, US Supreme Court) gegenüber der Wahl des Präsidenten aus der Mitte des Gerichts (Beispiel EuGH). Beide Varianten haben Vor- und Nachteile. Die Weichenstellung kann nicht unerhebliche Folgen für das Binnengefüge eines Gericht haben.

Die vielleicht **wichtigste Frage** im vorliegenden Kontext ist indessen: **Wer entscheidet** über die Zusammensetzung? In aller Regel spielt das **Parlament** irgendeine Rolle, unter dem Aspekt demokratischer Legitimation ist diese Rolle auch im Idealfall möglichst zentral. Aber die Bandbreite möglicher Beteiligungsformen ist durchaus erheblich. Im Verfassungsvergleich finden sich Modelle, in denen die **Exekutive** ein Vorschlags- oder gar Nominierungsrecht hat (Beispiel EuGH). In den USA beruft der Präsident die Richter des US Supreme Court, das Parlament muss dies aber bestätigen. Es stellt sich die Frage nach der Einbeziehung von zweiten Kammern bzw. anderen Gesetzgebungskörperschaften (in Deutschland: Bundesrat wählt die Hälfte der Richter des BVerfG). Es ist zu entscheiden, ob das Plenum entscheidet oder eine nachgeordnete Gliederung (Fachausschuss, Richterwahlausschuss). Und von erheblicher Tragweite u.a. für die Politisierung und Akzeptanz eines Gerichts ist die Einbeziehung aktueller politischer Minderheiten, zum Beispiel durch das Erfordernis **hoher qualifizierte Quoren** (Deutschland: **Zweidrittelmehrheit**), mit dem sich eine gewisse parteipolitische Ausgewogenheit erzielen lässt. Zugleich stellt sich dann aber die Frage nach der Rechtfertigung für den **faktischen Ausschluss politischer Kräfte vom Einfluss auf das Verfassungsgericht**. In Deutschland ist derzeit die Partei DIE LINKE als einzige im Bundestag vertretene Partei nicht in die parteipolitischen Absprachen bei der Wahl der Richter des BVerfG einbezogen, beim Einzug weiterer Parteien in den Bundestag könnten sich hier noch mehr Fragezeichen ergeben.

### **Nr. 3 - Richterauswahl, Qualifikationen:**

Die Richterauswahl kann mehr oder weniger offen und transparent erfolgen. Man kann versuchen, durch **Anhörungen** im Vorfeld inhaltliche und qualitative Kriterien in die Auswahlentscheidung einzubringen. Die parlamentarischen Anhörungen von Kandidaten für den US Supreme Court sind hier das Leitbild. Zugleich lässt sich dort beobachten, wie öffentliche, nicht selten konfrontative Anhörungen von Kandidaten im Ergebnis dazu führen, dass zunehmend Kandidaten ohne nachweisbare Vorfestlegungen erfolgreich sind. Beim EuGH werden in jüngerer Zeit Kandidaten durch ein Expertengremium vorgesichtet; dabei sind auch schon Kandidaten durchgefallen.

Juristische Qualifikationen sind hilfreich, **verfassungsrechtliche Expertise** erst recht, auch wenn sich in vielen Systemen Durchbrechungen dieser an sich naheliegenden Parameter finden lassen. Im Kern dürfte es darum gehen, Kandidaten zu ermitteln, die in der Lage sind, in der Richterrunde in einem Diskurs, der mit verfassungsrechtlichen Argumenten geführt wird, zu bestehen.

### **Nr. 4 - Mitarbeiter und Helfer:**

Verfassungsrichter kommen nicht ohne Helfer aus. In aller Regel bleiben diese jedoch der allgemeineren Öffentlichkeit verborgen, wenn auch die Fachleute wissen, dass es beim BVerfG den „Dritten Senat“ gibt, beim EuGH die „référéndaires“ oder beim US Supreme Court die „clerks“. Beim Verfassungsgerichtshof des Landes

Nordrhein-Westfalen sind es entsprechend abgestellte OVG-Richter, die im Hintergrund Urteile vorbereiten. Der Einfluss der Helferebene auf Verfassungsgerichte kann ganz erheblich sein, natürlich auch abhängig von der Sachkunde der Richter, denen zugearbeitet wird. Noch größeren Einfluss hat derjenige, der über die **Ressource „Mitarbeiter“** entscheidet. Dementsprechend rücken Poolssysteme, in denen aus einem Mitarbeiterpool Helfer den Richtern zur Seite gestellt werden, denjenigen in eine machtvolle Stellung, der über diese Zuweisung entscheidet (in Frankreich zB der Generalsekretär des Conseil constitutionnel, anderswo der Gerichtspräsident). Das Gegenmodell ist die völlige Kontrolle des Richters über seine ausschließlich für ihn arbeitenden Mitarbeiter bis hin zur völlig eigenständigen Auswahl und Rekrutierung der Mitarbeiter durch einen Richter (so die Praxis im US Supreme Court).

#### **Nr. 5 - Amtszeit der Richter:**

Die Ausgestaltung der Amtszeit der Richter hat erhebliche Tragweite. **Wiederwahlmöglichkeiten** können zu tatsächlichen oder gefühlten **Abhängigkeiten** gegenüber den politischen Akteuren, die über die Wiederwahl entscheiden, und damit zur Unfreiheit – positiv gewendet: Kontrolle – der Richter führen, durchaus auch unterbewusst als „Schere im Kopf“.

Je länger die Amtszeiten angelegt sind, desto größer ist die Bedeutung der stabilen Person und charakterlich gefestigten Persönlichkeit – wie immer man dies messen mag –, weil es um die Ausübung einer Machtposition geht. Hier ist der US Supreme Court mit auf Lebenszeit berufenen Richtern wohl doch ein Negativbeispiel, weil dort immer wieder **Persönlichkeitsverformungen** von Richtern zu beobachten sind, die mit der zeitlich unbegrenzten Ausstattung mit erheblicher Macht einhergehen. Dies spricht für möglichst kurze Amtszeiten. Dagegen wird freilich immer wieder angeführt, dass längere Amtszeiten auch **Erfahrung** bedeuten, die sich idealerweise in der höheren Qualität von Urteilen niederschlägt. Jedenfalls erscheinen im genannten Kontext **Mindestalterregeln** sinnvoll, wenn ein höheres Lebensalter die Anfälligkeit für Persönlichkeitsveränderungen durch Machtausübung minimieren hilft – was nicht gesichert ist.

#### **Nr. 6 - Amtskonzeption: Vollzeitrichter oder Feierabendrichter:**

Das Selbstverständnis von Richtern und Gerichten hängt sicherlich auch davon ab, ob die Tätigkeit als **Verfassungsrichter als gelegentliche Tätigkeit** neben einem anderen Beruf (als Richter in einem Fachgericht, als Professor, als Rechtsanwalt) angelegt ist oder als Vollzeittätigkeit. Kennzeichnend für die Landesebene ist bisher die Konzeption von Teilzeit- oder „Feierabendrichtern“, anders als beim BVerfG. Dies erklärt sich in Teilen mit dem geringeren Geschäftsanfall.

#### **Nr. 7 - Verfahrenswege vor dem Verfassungsgericht:**

Einfluss und Bedeutung eines Verfassungsgerichts werden auch von den zur Verfügung stehenden Verfahrensarten (z.B. Organstreit, Normenkontrolle, Verfas-

sungsbeschwerde usf.) gesteuert. Als allgemeine Formel kann hier gelten, dass Macht und Einfluss eines Verfassungsgerichts umso höher sind, je mehr Verfahren zur Verfügung gestellt werden. Denkbar ist hier auch, das Gericht mit Verfügungsbefugnis über die eigene Arbeitslast auszustatten, wie es beim US Supreme Court der Fall ist („docket control“, **Annahmeverfahren**).

Freilich ist die Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit auch eine Geschichte zahlreicher **Selbstermächtigungen**, mit denen ein vorab festgelegtes Kompetenzfeld durch ein Gericht nachhaltig verändert wurde. Die Beispiele reichen vom US Supreme Court mit der Entscheidung Marbury v Madison über das BVerfG (insbesondere zu nennen sind das Lüth-Urteil und das Elfes-Urteil) bis zum EuGH (Van Gend en Loos, Costa/ENEL). In aller Regel sind diese Selbstermächtigungen durch nachfolgende Verläufe zumindest stillschweigend legitimiert worden. Wer einem „**gouvernement des juges**“ in dieser Tradition der Selbstermächtigung entgegenwirken will, kann versuchen, bestimmte Dinge auch explizit aus der Verfahrensreichweite eines Gerichts auszuschließen (Negativliste dessen, was ein Verfassungsgericht nicht behandeln darf).

#### **Nr. 8 - Zugang zum Verfassungsgericht:**

Mit dem letztgenannten Punkt (unter Nr. 7) verwandt ist die Frage des Zugangs zum Verfassungsgericht und danach, wer das Verfassungsgericht aktivieren kann. Hier reicht das Spektrum von einer **weiten Öffnung vermittelt Popularklage** bis zu einer restriktiven Lösung durch enge Kriterien der Klage- oder Antragsberechtigung, in der deutschen Tradition durch die **Fixierung auf das subjektive öffentliche Recht**. Auch hier kann ein Annahmeverfahren (s. oben) eine Rolle spielen, bei dem das Gericht Spielräume hat und Klagen nicht zur Entscheidung annehmen kann.

#### **Nr. 9 - Verfassungsgeographie – der richtige Ort für ein Verfassungsgericht:**

Schließlich sollte auch die geographische Verortung eines Verfassungsgerichts in ihren Folgen für ein Verfassungsgericht nicht unterschätzt werden. Hier reichen die Modelle im Ländervergleich von Bückeburg bis München, vom **Isolationsmodell** – möglichst weit weg von der politischen Hauptstadt – bis zum Inklusionsmodell, bei dem auch das Verfassungsgericht seinen **Sitz in der Landeshauptstadt** hat. Die erstgenannte Variante birgt das Risiko, dass ein Verfassungsgericht die politischen Implikationen eines Urteils nicht erfasst. Für einen solchen Verlauf bietet die Eurokrise vor dem BVerfG mit der Distanz zwischen Karlsruhe und Berlin bzw. Brüssel Lehrmaterial. In der zweiten Variante sehen nicht wenige die Gefahr, dass eine Verortung in der Hauptstadt zu viel Nähe zur Politik mit sich bringt und dem Verfassungsgericht Freiheiten nimmt.

Sicherlich sind neben diesen neun Stellschrauben **weitere Regelungsthemen** denkbar, von denen der Erfolg eines Verfassungsgerichts auch abhängen kann. Beispiele sind die Zuständigkeit für den Haushalt eines Verfassungsgerichts oder all-

gemeiner die Kontrolle über die Ausstattung, zeitgemäße Regeln zur Befangenheit von Richtern oder zu Betätigungsrestriktionen nach dem Ausscheiden aus dem Amt. Dies kann vorliegend nicht vertieft werden.

## B. Antworten zum Fragenkatalog für die Anhörung vom 11. Mai 2015

### I. Allgemeines

*Sehen Sie - auch im Vergleich der Regelungen in den Verfassungen der Länder - einen Änderungsbedarf der nordrhein-westfälischen Regelungen im 5. Abschnitt der Landesverfassung?*

Es kommt auf die Kriterien für Änderungsbedarf an.

Stellt man auf Kriterien wie beispielsweise Rechtsschutzdefizite, Funktionsdefizite oder Überlastung ab, so dürfte sich Änderungsbedarf nur schwer begründen lassen. Der **Verfassungsgerichtshof funktioniert**, er ist sicherlich nicht überlastet, und etwaige Lücken im Individualrechtsschutz werden jedenfalls durch das BVerfG aufgefangen.

Denkbar ist aber auch, von einem allgemeineren Leitbild „Verfassungsgericht“ im modernen Verfassungsrecht auszugehen und dies mit dem Verfassungsgerichtshof abzugleichen. Dann fällt sofort auf, dass der Verfassungsgerichtshof in Nordrhein-Westfalen **wenig eigene Statur** hat, zu dicht mit dem OVG verbunden ist, als Rechtsschutzinstanz wenig im allgemeinen Bewusstsein verankert ist und allgemein im Schatten insbesondere des BVerfG steht.

Vieles davon findet sich allerdings auch in anderen Ländern für dortige Verfassungsgerichte, so dass es sich möglicherweise um **strukturelle Defizite** oder zumindest Merkmale von Landesverfassungsgerichtsbarkeit unter dem Grundgesetz handelt. Möglicherweise spielen hier auch begleitende Faktoren eine Rolle, die sich außerhalb des 5. Abschnitts der Landesverfassung bewegen: die **übermächtige Rolle des BVerfG** ist hier ebenso zu nennen wie die allgemein im Vergleich zum Bundesverfassungsrecht weniger ausgeprägte Bedeutung von Landesverfassungsrecht (beispielsweise in der Juristenausbildung).

Die Bedeutung von Landesverfassungsrecht ist eng verknüpft mit der allgemeinen Identität und Selbstwahrnehmung in einem Land. Von daher sind die Stärkung des Landesverfassungsrechts und der Umbau des Verfassungsgerichtshofs zu einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit auch Beiträge zur **Stärkung der Landesidentität**.

Hinweise geben hier Länder, in denen die Landesverfassung dem Grundgesetz zeitlich vorausliegt und in denen die Verfassungsgerichtsbarkeit eigenständiger konzipiert zu sein scheint, beispielsweise Bayern.

## II. Zusammensetzung des Verfassungsgerichtshofs

*1. Halten Sie Wahl und Zusammensetzung des Verfassungsgerichtshofs in NRW vor dem Hintergrund der gewandelten rechtlichen Legitimationsanforderungen - auch in den anderen Bundesländern - noch für zureichend?*

Der Verfassungsgerichtshof ist **zu justizlastig**. Die Ansiedlung beim OVG, die Rolle des OVG-Präsidenten und der OLG-Präsidenten (ausgewählt nach dem wenig sachgerechten Kriterium „Lebensalter“), die Zuarbeit und Vorbereitung von Entscheidungen durch dafür abgestellte OVG-Richter und die sonstigen Regeln zur Zusammensetzung ergeben eine gewisse Unwucht zugunsten der Richterschaft. Insoweit ist der Verfassungsgerichtshof **nicht ausgewogen** zusammengesetzt.

Die Schlagseite zugunsten der professionellen Richter ist freilich bei anderen Landesverfassungsgerichten ähnlich ausgeprägt. Sie erklärt sich in Teilen aus dem Erfordernis, einen funktionsfähigen gerichtlichen Spruchkörper einzurichten, dessen Arbeitslast vorab schwer abzuschätzen ist. Folgerichtig ist die Angliederung an bestehende Gerichtsstrukturen. Der Vorteil einer solchen Anbindung an die Fachgerichte ist immerhin, dass damit das **Spannungspotenzial zwischen Verfassungsgericht und Fachgerichten**, wie es vielerorts jedenfalls bei Einführung eines Verfassungsgerichts zu Beginn zu beobachten ist minimiert wird. Die in Nordrhein-Westfalen gewählte Lösung hat aber nicht alle Probleme im Hinblick auf die Fachgerichte gelöst: Die Errichtung eines Verfassungsgerichts beim OVG hat seinerzeit zu erheblichen Spannungen bis hin zu Widerständen in der sonstigen Fachgerichtsbarkeit geführt, was u.a. die Zusammensetzungsregel unter Einbeziehung der OLGs erklärt.

Die Anforderungen an die Binnenpluralität von Verfassungsgerichten sollten indessen nicht überzogen werden. Bei der **Richterauswahl** sollte die **Fähigkeit an einem verfassungsrechtlichen Fachdiskurs** teilzunehmen Vorrang haben. Dies spricht nicht von vornherein gegen Richter der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit oder Professoren, die nicht Staatsrechtslehrer sind. Auch im BVerfG haben richterliche und professorale Akteure aus dem Zivil- und Strafrecht erfolgreich gewirkt. Verfassungsgerichte sind indessen **Fachgerichte für Verfassungsrecht**. Daher empfiehlt sich eine entsprechende Mehrheit von Fachleuten für Verfassungsrecht im Gericht. Dies können auch entsprechend orientierte Fachanwälte sein, daneben Verwaltungsrichter und Verfassungsrechtsprofessoren.

*2. Sollte die Zusammensetzung des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg, die sich aus Art.112 der Verfassung des Landes Brandenburg ergibt und in den §§ 2 und 4 des Verfassungsgerichtsgesetz Brandenburg konkretisiert wird, für den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen als nachahmenswert bzw. teilweise nachahmenswert angesehen werden?\**

---

\* Insbesondere unter Beachtung des Art.112 Absätze 2 bis 4 der Verfassung des Landes Brandenburg, wonach u.a. das Verfassungsgericht aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und sieben weiteren Verfassungsrichtern besteht; es sich zu je einem Drittel aus Berufsrichtern, Mitgliedern mit der Befähigung zum Richteramt oder Diplomjuristen und Mitgliedern zusammensetzt, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen müssen; die Zahl der Richter auf zwölf erhöht und das Gericht in zwei



Die brandenburgische Regelung enthält die Möglichkeit, **Nichtjuristen** in das Gericht aufzunehmen. Prominente Beispiele sind hier die Berufung des Filmregisseurs Andreas Dresen und zuvor des Theologen Richard Schröder zu Verfassungsrichtern. In Nordrhein-Westfalen können ebenfalls Nichtjuristen in das Verfassungsgericht berufen werden. Ein solches „Verfassungsschöpfen“-Element ist durchaus sympathisch. Man muss sich freilich klarmachen, dass der **Beitrag** eines solchen verfassungsrechtlichen Laien zur Weiterentwicklung der Verfassungsrechtsprechung **gering sein wird**. Verfassungsprozesse sind in aller Regel komplex und erfordern die Fähigkeit, in der Richterbesprechung in einem bestimmten Fachdiskurs zu argumentieren.

Laienrichter dürften im Verfassungsgericht in hohem Maße auf die Sachkunde der ihnen zuarbeitenden Mitarbeiter angewiesen sein, die damit noch mehr als sonst Gestaltungsmacht erlangen. Dies zeigt die Erfahrung aus dem französischen Conseil constitutionnel, für den eine juristische Qualifikation nicht zwingend vorgegeben ist. In einer Richterberatung sind die Mitarbeiter in aller Regel nicht zugelassen, hier werden Laienrichter an einem Fachdiskurs nicht teilnehmen und die juristische Diskussion nicht aktiv führen können und letztlich von geringem Gewicht sein. Ihnen kann allenfalls für eine allgemeine Plausibilitäts- oder Verständlichkeitskontrolle von Urteilen noch eine Rolle zukommen.

Einen positiven Effekt kann die Berufung von Nichtjuristen-Richtern in ein Verfassungsgericht allenfalls nach außen entfalten. Sie lässt sich sicherlich gegenüber der Bevölkerung als Öffnung, Transparenzsteigerung und vielleicht sogar eine Art Bürgerbeteiligung darstellen. Dies mag auch das Interesse an einem Verfassungsgericht steigern helfen.

**Besser geeignet**, um aus der Gesellschaft Kommunikationskanäle in den verfassungsrechtlichen Fachdiskurs hineinzulegen, wären aus meiner Sicht klarere und selbstverständlichere **Amicus curiae-Regeln**. Beim US Supreme Court wie allgemein im angelsächsischen Rechtskreis sind solche „Freunde des Gerichts“ als Verfahrensakteure wohletabliert. Das Instrument wird vor allem von Akteuren der Zivilgesellschaft intensiv genutzt.

Die Regelung in Brandenburg schreibt keine **Beteiligung von Verfassungsrechtsprofessoren** vor. Als Verfassungsrechtsprofessor fällt mir das auf. Sicherlich kann man die Mitwirkung von Professoren aus einer Vielzahl von Gründen zurückhaltend bewerten. Aber: Mit einer kritischen Masse an Verfassungsrechtsprofessoren in einem Verfassungs(!)gericht stellt man sicher, dass ein Verfassungsgericht sich als Akteur in der dogmatischen, systematischen und anschlussfähigen Weiterentwicklung des Verfassungsrechts versteht. Professionelle Richter werden in aller Regel weniger am System orientiert sein, sondern entscheiden vorrangig und möglichst nur den ihnen vorliegenden Fall.

Orientierung am Gesamtsystem und seiner Schlüssigkeit einerseits, Konzentration auf die konkret und akut zu entscheidende Frage andererseits – beides ist wichtig

und bildet nicht zwangsläufig einen Gegensatz. Hier kommt es auf die richtige Mischung an.

Die Regeln in Brandenburg können als Modell dienen, soweit es um die **Nichtwiederwahl** geht. Die Wiederwahlmöglichkeit schwächt die Unabhängigkeit der einzelnen Richter. Eine Amtszeit von 10 Jahren ist wahrscheinlich zu lang. Sie ist zwar gegenüber der Wahl auf Lebenszeit (US Supreme Court) oder den 12 Jahren beim BVerfG vorzugswürdig, aber vieles spricht dafür, dass nach einigen Jahren Abnutzungs- und Ermüdungseffekte im Amt und auch im Gefüge eines im politischen Raum agierenden Spruchkörpers auftreten können. Eine nicht erneuerbare Mandatszeit zwischen 4 und 6 Jahren erscheint mir vernünftig. Eine ungefähre Richtschnur könnte die 1,5fache Dauer einer Legislatur sein. Ein Mindestalter (Brandenburg: 35 Jahre; BVerfG: 40 Jahre, noch höheres Alter denkbar) kann einen Beitrag dafür leisten, dass hinreichend reife und stabile Persönlichkeiten in das machtvolle Amt eines Verfassungsrichters gelangen.

Gut ist in Brandenburg auch die **Flexibilität**, mit der das Gericht im Hinblick auf Geschäftsanfall reagieren und die Richteranzahl erhöht oder eine Vollzeittätigkeit eingerichtet werden kann. Mit der Änderung der Richterzahl hat die Politik es freilich auch in der Hand, Mehrheiten im Verfassungsgericht zu manipulieren, wie man seit dem berühmten „Court packing-plan“ des US Präsidenten Roosevelt in Anbetracht eines widerborstigen Supreme Court in der New Deal Ära weiß.<sup>2</sup>

*3. Der Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen setzt sich gegenwärtig zusammen aus dem Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts, den beiden lebensältesten Präsidenten der Oberlandesgerichte des Landes, vier vom Landtag auf die Dauer von sechs Jahren gewählten Mitgliedern, von denen die Hälfte die Befähigung zum Richteramt oder für die Laufbahn des höheren allgemeinen Verwaltungsdienstes haben muss, und ihren Vertretern. Für den Fall, dass es zur Einführung der Individualverfassungsbeschwerde in Nordrhein-Westfalen kommen sollte: Erachten Sie insoweit personelle Ergänzungen oder eine Besetzung allein mit „hauptamtlichen“ Verfassungsrichtern für geboten?*

Die Möglichkeit einer Individualverfassungsbeschwerde, mit der Grundrechte geltend gemacht werden können, macht ein Verfassungsgericht **noch mehr zum Fachgericht für Verfassungsrecht**. Noch mehr als bereits oben skizziert wäre dabei die Sicherstellung einer entsprechenden Sachkunde im Öffentlichen Recht und namentlich im Verfassungsrecht (insbesondere durch Verfassungsrechtsprofessoren) geboten, wenn ein Landesverfassungsgericht in der **komplexen Mehrebenenlandschaft des Grundrechtsschutzes in Europa** mithalten will.

Das Beispiel des BVerfG zeigt, dass die Individualverfassungsbeschwerde einen **erheblichen Zuwachs an Verfahren** bedeuten kann. Freilich kann hier einiges durch ein Vorprüfverfahren und durch Kammerstrukturen aufgefangen werden, auch eine

---

<sup>2</sup> Näher dazu F. C. Mayer, Kompetenzverschiebungen als Krisenfolge? Die US-Verfassungsentwicklung seit dem New Deal und Lehren für die Euro-Krise, JZ 2014, 593.

Missbrauchsgebühr kann hier eine Rolle spielen. Ferner ist die Ausstattung mit Mitarbeitern eine Effizienzressource, die neben oder vielleicht sogar vor einer personellen Aufstockung und einer Hauptamtlichkeit in Betracht kommt.

Eine mögliche Entlastung des BVerfG in Sachen Individualrechtsschutz könnte vorliegend eine Rolle spielen, lässt sich aber nicht sicher vorhersagen (möglicherweise stattdessen „forum shopping“).

Es lässt sich schlicht allgemein nicht sicher prognostizieren, wie eine Öffnung zur Individualverfassungsbeschwerde in Nordrhein-Westfalen aufgenommen würde und ob der Zuwachs an Verfahren in die Hunderte oder in die Tausende (s. BVerfG) ginge. Von daher ist die Möglichkeit, flexibel auf den Geschäftsanfall zu reagieren, wie sie in Brandenburg besteht (s. oben), durchaus attraktiv.

### III. Zuständigkeiten und Verfahren des Verfassungsgerichtshofs

*1. Gibt es neben der Implementierung einer Individualverfassungsbeschwerde für Nordrhein-Westfalen mögliche zusätzliche Erweiterungen der Zuständigkeiten des Verfassungsgerichtshofs?*

Eine immer wieder diskutierte Option für jedes Verfassungsgericht ist ein **Gutachtenverfahren**. Das BVerfG hat ganz zu Beginn seiner Tätigkeit ein solches Gutachtenverfahren gekannt, es ist jedoch nicht zuletzt auf Drängen des Gerichts abgeschafft worden. Erklärt wird diese Abschaffung in der Regel damit, dass das Gutachten zu sehr politisiert und instrumentalisiert worden sei. Ein Gutachtenverfahren besteht aber beispielsweise beim EuGH und wird dort regelmäßig genutzt. Auch der französische Conseil constitutionnel erstattet der Sache nach in einer bestimmten Verfahrenskonstellation ein Gutachten, an das sich erforderlichenfalls eine Verfassungsänderung anschließt. Für Gutachtenverfahren spricht, dass damit die anderen Verfahrensarten entlastet werden und nicht über die Manipulation von Zulässigkeitsvoraussetzungen für bestimmte Klage- oder Antragsarten ein ungeregeltes de facto-Gutachtenverfahren entsteht, wie bei der Europa-Rechtsprechung des BVerfG durch die Ausweitung der auf Art. 38 GG gegründeten Demokratie-Verfassungsbeschwerde.

Die in Art. 98 Satz 4 Bayerische Verfassung auf Veranlassung der Alliierten aufgenommene **Popularklage**, mit der ohne eigene Betroffenheit die Verletzung von Grundrechten geltend gemacht werden kann, hat letztlich wie ein Gutachtenverfahren die Abkopplung des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes von einer individuellen Betroffenheit zum Gegenstand. Dies kann von Akteuren der Zivilgesellschaft (Aktivisten, NGOs, Pressure groups) genutzt werden. Festzuhalten ist immerhin, dass das vielfach mit einer Popularklage verbundene Szenario einer Klageflut sich so in Bayern nicht realisiert hat und das Verfahren beherrschbar geblieben ist.

*2. Sollte es den Richtern am Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen ermöglicht werden, ein sog. dissenting vote nach Vorbild des Supreme Court of the United States bzw. eines Sondervotums nach dem Vorbild des Bundesverfassungsgerichts*

*nach § 30 Absatz 2 BVerfGG oder z.B. der Landesverfassungsgerichte in Hessen und Niedersachsen nach § 16 Absatz 3 Satz 2 StGHG Hessen bzw. § 12 Absatz 1 NStGHG i.V.m. BVerfGG abzufassen?*

Ja. Dissenting opinions oder concurring opinions bzw. **Sondervoten** können zwar die Autorität eines Gerichts schwächen, weil interne Gegensätze damit öffentlich werden, zugleich der Anreiz zur Konsensfindung im Gericht schwächer ausfällt. In der französischen Rechtstradition sind Sondervoten daher nicht bekannt. Entsprechend sind beim EuGH keine Sondervoten vorgesehen. Die Schlussanträge des Generalanwaltes übernehmen insoweit eine gewisse Erklärungsfunktion für den Richterspruch: kommen Generalanwalt und EuGH zu unterschiedlichen Ergebnissen, erscheinen die Schlussanträge de facto als Sondervotum.

Neben der Markierung von streitigen Stellen in einem Verfahren haben Sondervoten eine weitere positive Funktion: Gegenüber der unterlegenen Partei haben Sondervoten eine **befriedende Funktion**, weil die unterlegene Position sich als doch zumindest vertretbar bestätigt sieht. Zugleich schattieren Minderheitspositionen in **Sondervoten von heute nicht selten die Mehrheitspositionen von morgen** vor. Sie skizzieren Alternativen in der Rechtsprechungsentwicklung, mit denen sich auch die Verfassungsrechtswissenschaft intensiv befassen kann und halten damit die Entwicklung des Verfassungsrechts offener.

#### **IV. Quorum für eine abstrakte Normenkontrolle vor dem Verfassungsgerichtshof**

*1. Welche Gründe sprechen für das im Vergleich zu anderen Bundesländern hohe Mindestquorum von einem Drittel, welches den Landtagsmitgliedern in NRW die Beschreitung des Weges der abstrakten Normkontrolle erst eröffnet?*

*2. Sollte das Quorum für eine abstrakte Normenkontrolle abgesenkt werden? Mit einem Quorum von einem Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl des Landtags unterliegt das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle in Nordrhein- Westfalen einer vergleichsweise hohen Eingangshürde. Bitte erläutern Sie, ob Sie eine angemessene Absenkung dieses Quorums auch mit Blick auf den Status der parlamentarischen Minderheit für geboten erachten, oder ob ggf. alternative Wege der Antragsberechtigung - etwa durch eine oder zwei Fraktionen des Landtags gemeinsam - erwogen werden sollten.*

Zunächst ist daran zu erinnern, dass die **Normenkontrolle** den **Kern der demokratietheoretischen Problematik** eines Verfassungsgerichts ausmacht.

Entsprechend verschärft jede Erleichterung der Normenkontrolle und erst recht die Einrichtung als Minderheitenrecht die demokratietheoretische Spannungslage zwischen grundsätzlich legitimer Mehrheitsherrschaft und deren Durchbrechung durch einige wenige (Verfassungsrichter). Minderheitenschutz kann diese Durchbrechung rechtfertigen, erzwingen lässt sich dieser Minderheitenschutz indessen nicht. Es wäre durchaus verfassungsrechtlich möglich, gar kein Minderheitenrecht vorzu-

sehen. Mit dem **Ausnahmecharakter eines Minderheitenrechts zur Normenkontrolle** lassen sich auch weiterhin hohe Quoren rechtfertigen.

Einführung wie auch eine weitere Absenkung eines Mindestquorums sind demnach vor allem **machtpolitische Fragen**. Dass auf Bundesebene das Quorum für die abstrakte Normenkontrolle 2009 von einem Drittel auf ein Viertel abgesenkt wurde, hatte vor allem Gründe der Vereinheitlichung der Minderheitsquoren (ein Viertel auch bei Einsetzung eines Untersuchungsausschusses, Art. 44 GG und bei Subsidiaritätsklage, Art. 23 GG). Dieses formale **Vereinheitlichungsargument** mag man auch hier gelten lassen.

Als **echten Sachgrund** wird man die **weitere Ausdifferenzierung des Parteiensystems** ansehen können, die im aktuellen Bundestag dazu geführt hat, dass die Oppositionsparteien nicht einmal mehr das Viertelquorum erreichen. Zugleich illustriert die gegenwärtige Konstellation, in der verschiedene politische Kräfte knapp an der Fünfprozent-Hürde gescheitert sind auch, dass eine Anknüpfung an eine bestimmte Anzahl von Fraktionen (statt Abgeordnetenquorum) im Parlament zu kurz greifen kann, die Opposition formt sich derzeit aus lediglich zwei Fraktionen. In einer Konstellation wie der vorliegenden wäre ein Antragsrecht für ein oder zwei Fraktionen – dies wäre eine erhebliche Absenkung der quantitativen Anforderungen an „Minderheit“ – oder für die parlamentarische Opposition als solche erforderlich. In anderen Ländern finden sich Regelungen zur Antragsbefugnis bei der abstrakten Normenkontrolle die in diese Richtung gehen. So kann in Hessen der Landesanwalt autonom einen Normenkontrollantrag stellen (§ 19 StGHG Hessen). Daneben beträgt dort das verfassungsmäßige Quorum nur **ein Zehntel** der Mitglieder des Landtages oder eine Fraktion. Alternativ kann auch **ein Prozent der Wahlbevölkerung** einen derartigen Antrag stellen.

## **V. Rechtsschutz der Kommunen vor dem Verfassungsgerichtshof**

*1. Die Kommunalverfassungsbeschwerde ist in Nordrhein-Westfalen bisher nur einfachgesetzlich im Gesetz über den Verfassungsgerichtshof vorgesehen. Ginge eine ausdrückliche Erwähnung der Kommunalverfassungsbeschwerde in der Landesverfassung (Art. 75) Ihres Erachtens in ihren Rechtswirkungen über eine bloß deklaratorische Funktion hinaus? Wäre eine verfassungsrechtliche Normierung der Kommunalverfassungsbeschwerde geeignet, den Rechtsschutz der Kommunen in NRW zu verbessern?*

Grundsätzlich verbindet sich mit der Verortung einer Klagemöglichkeit in der Verfassung zuvörderst die **erschwerte Abänderbarkeit** der entsprechenden Regelung im Vergleich zu einer Regelung auf einfachgesetzlicher Ebene. Klagearten, die nur im Gesetz über den Verfassungsgerichtshof vorgesehen sind, können durch einfache Mehrheit im Parlament wieder abgeschafft werden.

Klagearten, die in der Verfassung vorgegeben sind, können nur durch Verfassungsänderung beseitigt werden. Dies erfordert größere Mehrheiten (Zweidrittel) und ein anderes Verfahren.

Rechtsschutzwirkungen und -intensität eines Verfassungsrechtsbehelfs sind von der Verortung in Verfassung oder Gesetz unabhängig.

*2. Die meisten Bundesländer sehen die Möglichkeit einer Kommunalverfassungsbeschwerde als kommunalrechtliche Normenkontrolle zum Verfassungsgericht des Landes vor. In Bayern steht den Gemeinden dafür die Popularklage zur Verfügung. Wie bewerten Sie diese Möglichkeit in Bayern auch im Hinblick auf das Rechtsschutzbedürfnis der Kommunen?*

Die sog. Kommunalverfassungsbeschwerde richtet sich auf die Verteidigung der **Garantie der kommunalen Selbstverwaltung** (s. etwa Art. 28 GG). Sie kann in Bayern im Wege der Popularklage nach Art. 98 Satz 4 Bayerische Verfassung, aber auch nach Art. 120 Bayerische Verfassung mit der Verfassungsbeschwerde verteidigt werden. Der Unterschied liegt darin, dass Art. 98 Satz 4 Bayerische Verfassung sich auf den Schutz der Grundrechte gegenüber Gesetzen und Verordnungen bezieht, Art. 120 Bayerische Verfassung auf den Schutz der verfassungsmäßigen Rechte gegen Behörden.

Zwar erfordert die **Popularklage** an sich **keine eigene Grundrechtsbetroffenheit**. Gerade für das Recht der kommunalen Selbstverwaltung wird diese eigene Betroffenheit aber als **Ausnahme** doch gefordert. Bürger können also nicht etwa für ihre Gemeinde vermittels Art. 98 Satz 4 Bayerische Verfassung den Schutz der kommunalen Selbstverwaltung einfordern.

Im Hinblick auf die Rechtsschutzreichweite liegen die Besonderheiten in Bayern woanders: Soweit die Gemeinden sich in einer ähnlichen Lage befinden wie private Grundrechtsträger, können im Wege der Popularklage und vermittels der Verfassungsbeschwerde **andere Grundrechte** als das grundrechtsgleiche Recht der kommunalen Selbstverwaltung durch Gemeinden geltend gemacht werden, soweit diese für eine Gemeinde in Betracht kommen (Beispiel: Eigentumsgrundrecht). Bei der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben kommt dieser Klageweg allerdings nicht in Betracht.

Es geht hier letztlich um die Testfrage, inwieweit Gemeinden sich **in grundrechtstypischen Gefährdungslagen** befinden (können) und ob das Verfassungsrecht in einem solchen Fall den Gemeinden beistehen soll oder ob nicht doch das Staatselement im Konzept der Gemeinde überwiegt und von daher kein Quasi-Individualgrundrechtsschutz – gegen den Staat – erfolgen sollte. Das BVerfG neigt der letztgenannten Position zu und handhabt dies sehr restriktiv und beschränkt die Gemeinden im Kern auf den Rechtsschutz aus Art. 28 GG, kommunale Selbstverwaltung. Eine andere landesverfassungsrechtliche Wertung in Nordrhein-Westfalen würde sich dieser Rechtsprechung entgegenstellen.---

---