

Lucy Chebout/Dana-Sophia Valentiner

Sondervoten im Kollegialorgan

Interview mit Prof. Dr. Dr. h.c. Gertrude Lübbe-Wolff,
Bundesverfassungsrichterin a.D., über Sondervoten, verfassungsrechtliche
Spielregeln, die institutionellen Rahmenbedingungen der Beratung und die
Beziehungsebene am Bundesverfassungsgericht

*Das Bundesverfassungsgericht ist ein Kollegialorgan; jeder der beiden Senate ist mit acht Richterinnen und Richtern besetzt. Diese beraten nicht nur gemeinsam, sie schreiben auch die Entscheidung gemeinsam. Meist ist nicht angegeben, ob sie einstimmig oder mit einer bestimmten Mehrheit ergangen ist. Wer wie gestimmt hat, wird ebenfalls nicht offengelegt. Eine Ausnahme sind Sondervoten, in denen einzelne Richter*innen mit ihrer abweichenden Meinung nach außen treten. Gertrude Lübbe-Wolff hat in ihrer Amtszeit vergleichsweise viele Sondervoten geschrieben. Wir haben mit der ehemaligen Bundesverfassungsrichterin über diese Praxis und ihre Bedeutung für die Beziehungen im Senat gesprochen. Das Interview führten RAin Lucy Chebout und Dr. Dana-Sophia Valentiner Mitte Februar 2021 per E-Mail mit Prof. Dr. Dr. h.c. Gertrude Lübbe-Wolff.*

Kritische Justiz: Liebe Frau Lübbe-Wolff, lassen Sie uns über Sondervoten und Beziehungen sprechen. Der ehemalige Bundesverfassungsrichter Dieter Grimm hat Sie einmal „eine große Dissenterin“ genannt. Ist das ein Kompliment für Sie?

Gertrude Lübbe-Wolff: Das kann man so betrachten, wenn man es nicht auf die Zahl, sondern auf die Qualität der Sondervoten bezieht. In den USA zum Beispiel ist wohl am häufigsten der *Supreme-Court*-Richter Richter Oliver Wendell Holmes als „great dissenter“ bezeichnet worden. Der hat aber nicht öfter dissentiert als im Durchschnitt seine Kollegen, im Gegenteil, seine Sondervoten sind bloß besonders bekannt. Was meine Sondervoten angeht, sind die allerdings tatsächlich besonders zahlreich.

Im Durchschnitt haben Sie pro Jahr Ihrer Amtszeit ein Sondervotum geschrieben. Wie kam es, dass Sie so vergleichsweise viele Sondervoten geschrieben haben?

Auf einen geringfügig höheren Durchschnitt kommt von denen, die im Zeitraum meiner Amtszeit Kollegen waren, nur Michael Gerhardt, der, meine ich, zwölf Sondervoten in elf Amtsjahren verfasst hat. Gemessen an den Traditionen vieler ausländischer Höchstgerichte, besonders in der Welt des *common law*, sind das immer noch sehr niedrige, gemessen an denen des Bundesverfassungsgerichts aber hohe Zahlen. Nach einer Aufstel-

DOI: 10.5771/0023-4834-2021-3-328

lung des Politikwissenschaftlers Uwe Kranenpohl¹ haben im Zeitraum von 1970, als die Veröffentlichung von Sondervoten gesetzlich erlaubt wurde, bis 2007 nur zwei Richter mehr als zwölf Sondervoten abgegeben, und fünf weitere entweder elf oder zwölf.

Zwei Drittel der Sondervoten, die ich geschrieben habe oder an denen ich beteiligt war, stammen aus den ersten dreieinhalb Jahren meiner zwölfjährigen Amtszeit. Später wurden es weniger. Das lag zum Teil daran, dass der gute Sinn der beim Bundesverfassungsgericht herrschenden Tradition, selbst in wichtigen Fragen nicht jede Meinungsverschiedenheit nach außen zu tragen, sich mir in seiner ganzen Bedeutung für das Funktionieren des Gerichts erst mit einiger Verzögerung erschlossen hat. Außerdem hat sich 2008, ungefähr in der Mitte meiner Amtszeit, der Vorsitz im Zweiten Senat geändert.

Wie hängt das zusammen?

Der Vorsitzende hat als Diskussionsleiter eine wichtige Rolle. Er soll das Potential aktivieren, das in der Beratung als einer im habermas'schen Sinn beinahe idealen Sprechsituation liegt. Dazu darf er die Beratung nicht als ein Spiel inszenieren oder von anderen inszenieren lassen, in dem es um Sieg oder Niederlage geht, sondern muss für eine Atmosphäre der Sachlichkeit und einen der Sache dienlichen Ablauf sorgen. Das erfordert nicht nur hohe Sachkunde, hohes Sachinteresse und Geduld, sondern auch eine feine Antenne für emotionale Verspannungen und andere Faktoren, die die Sachlichkeit der Entscheidungsfindung beeinträchtigen könnten. Diese Rolle hat der neue Vorsitzende, Andreas Voßkuhle, sehr gut gespielt, wie man daran erkennen kann, dass in den Jahren nach seinem Amtsantritt insgesamt viel weniger Sondervoten geschrieben wurden, obwohl gerade damals hochkomplexe Sachen, unter anderem in Fragen der Europäischen Integration, zu entscheiden waren, über die man sich wirklich streiten konnte.

Gab es Sondervoten-Entwürfe, die in der Schublade geblieben sind – und wenn ja, verraten Sie uns, warum?

Sondervoten, die dann nicht veröffentlicht wurden, habe ich nicht produziert. Einen Teil der Sondervoten, ich denke ungefähr ein Drittel, habe ich zusammen mit anderen verantwortet, und wer die dann geschrieben hat oder wieviel davon, das plaudert man nicht aus. Ihre weiteren Fragen möchte ich auch nicht beantworten. Warum ich Sondervoten geschrieben habe, das könnte ich nicht erklären, ohne in eine bedenkliche Nähe zur Verletzung des Beratungsgeheimnisses zu geraten, denn es hängt auch mit meiner Wahrnehmung des Beratungsgangs zusammen. Und die öffentliche Beurteilung meiner Sondervoten überlasse ich lieber anderen.

Allgemeiner gefragt: Warum schreibt man als Bundesverfassungsrichterin ein Sondervotum?

Für die Entscheidung, ein Sondervotum zu schreiben oder nicht zu schreiben, kann es ganz unterschiedliche Gründe geben. Eine wichtige Rolle spielt, ob man Scheu hat, sich nach außen als im Senat mit seiner Meinung unterlegen zu outen. Diese Scheu hatte ich nicht. Dann hängt es davon ab, ob man mehr oder ob man weniger darauf achtet, wie es die anderen machen, und ob man gut versteht oder nicht, wozu Zurückhaltung im

1 Hinweis der Redaktion: Uwe Kranenpohl, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, Wiesbaden 2010.

Schreiben von Sondervoten gut ist. In diesem Punkt habe ich, wie gesagt, im Lauf meiner Amtszeit dazugelernt.

Einer sozialwissenschaftlichen Dissertation von Caroline Wittig² zufolge macht es entgegen verbreiteter Auffassung für die Sondervotumshäufigkeiten keinen signifikanten Unterschied, ob der jeweilige Fall außerhalb des Gerichts besonders umstritten ist. Ob dieser Befund so allgemein richtig ist, hängt sicher stark davon ab, wie man die Kontroversialität misst, aber was meine eigene Motivation angeht, kann ich das nur bestätigen. Die Frage zum Beispiel, ob es eine Norm des Völkerrechts gibt, nach der ein Land wegen eines Notstandes, der seine Funktionsfähigkeit bedroht, die Bedienung seiner Staatsanleihen verweigern kann, hat die Öffentlichkeit, jedenfalls die hiesige, nicht groß bewegt. Ich fand sie aber wichtig genug für ein Sondervotum. Eine besondere Rolle hat für mich, wie erwähnt, der Verlauf der Beratung gespielt – was da gut und was nicht gut gelaufen ist. Das ist naturgemäß eine sehr subjektive Einschätzung. Und dann stellt sich noch die Frage, ob man die nötige Zeit findet. Beim Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts wird die Zeit in den späteren Jahren der Amtszeit eher knapper, weil man dann aufgrund der Art, wie sich bei Richterwechseln die Geschäftsverteilung ändert, mehr Senatsverfahren zu bearbeiten hat.

Gibt es persönliche Eigenschaften, die eine*n Richter*in eher dazu neigen lassen, die Mehrarbeit einer ausformulierten abweichenden Meinung auf sich zu nehmen – beispielsweise eine akademische Laufbahn?

Es gibt die Theorie, dass die Richter mit einer beruflichen Sozialisierung in der Justiz, die sogenannten „Richter-Richter“, kompromissbereiter, und also wohl auch weniger sondervotumsfreudig sind als die Hochschullehrer. Ich habe das spontan nicht so empfunden und sehe dafür auch keine Grundlage in den mir bekannten empirischen Untersuchungen. Selbst wenn ein Durchzählen ergeben würde, dass insgesamt überproportional viele Sondervoten von Hochschullehrern stammen, würde das jedenfalls nicht daran liegen, dass die arbeitsfreudiger wären als die „Richter-Richter“. Die Neigung, alle Arbeitskraft auf das Richteramt zu konzentrieren, scheint mir gerade bei den „Richter-Richtern“ – kraft Gesetzes sind das mindestens drei in jedem Senat, leider selten mehr – besonders hoch. Die Richter, die aus Hochschulen oder aus der Politik kommen, spielen häufiger gern auch noch auf anderen Bühnen, schreiben wissenschaftliche Aufsätze oder sogar Bücher, halten Vorträge und geben Interviews. Das sind aber nur statistische Aussagen, jeder Einzelfall kann anders liegen.

Sondervoten exponieren ja in besonderer Weise...

Wenn man zu den häufigeren Sondervotanten gehört, hat das natürlich eine Ambivalenz. Es haftet einem dann das Image von jemandem an, der seinen Senat nicht überzeugen konnte. Ein Kollege hat das mal bei einer Konferenzveranstaltung sehr nett auf den Punkt gebracht: Wer viele Sondervoten schreibe, zeige damit nur, dass er im Senat keinen Einfluss habe. Wer so spricht, hält natürlich lieber geheim, wie oft er oder sie selbst in der

2 Hinweis der Redaktion: Caroline Elisabeth Wittig, *The Occurrence of Separate Opinions at the Federal Constitutional Court. An Analysis with a Novel Database*, Mannheim 2016.

Minderheit war. Aber es ist ja nur gut, dass auch solche Motive dazu beitragen, die Zahl der Sondervoten insgesamt auf niedrigem Niveau zu halten.

Sind Sondervoten eine Stilfrage?

Der Stil ist bei Sondervoten individueller als bei den Entscheidungen des Gerichts, oder kann es jedenfalls sein. Die Entscheidungen des Gerichts schreibt nicht nur der Berichterstatter, sondern sieben andere schreiben mit. Hier liegt ein zentraler Unterschied zu den *common-law*-Gerichten. Das wird von außen viel zu wenig gesehen, wie sehr die Entscheidungen beim Bundesverfassungsgericht Gemeinschaftsarbeit sind und wie oft sie am Ende ganz anders aussehen als der Entwurf des Berichterstatters. In aller Regel sehr viel besser.

Im Jahr 2004 – da waren Sie gerade zwei Jahre Richterin des Bundesverfassungsgerichts – haben Sie ein Sondervotum mit dem Satz eingeleitet: „Der Senat antwortet auf Fragen, die der Fall nicht aufwirft, mit Verfassungsgrundsätzen, die das Grundgesetz nicht enthält.“ – Hat Ihnen Ihr Stil mehr Freundschaften oder Feindschaften beschwert?

Ob mir der von Ihnen zitierte Satz Zuneigung oder Feindschaft eingetragen hat, weiß ich nicht. Ich vermute, keins von beidem. Jedenfalls hat er nicht zu einer Beeinträchtigung der Offenheit für Argumente in nachfolgenden Fällen geführt.

Aber kann sich so ein Sondervotum nicht dauerhaft auf die persönliche Arbeitsatmosphäre auswirken, gerade in einem Kollegialorgan, in dem man immer wieder zusammen entscheiden muss?

Sicher kann es momentan mal Verärgerungen darüber geben, dass oder wie ein Sondervotum geschrieben wurde. Aber das beeinträchtigt nicht die Zusammenarbeit. Dass man inhaltliche Differenzen nicht persönlich nimmt, gehört zur Professionalität. Für die Zusammenarbeit ist es gut, dass Sondervoten eine reale, manchmal auch realisierte Möglichkeit sind. Alle wissen dann, dass nichts unter den Tisch gekehrt werden kann, ohne dass ein anderer es womöglich wieder hervorholt. Alle bemühen sich außerdem erst einmal darum, dass ein Sondervotum nicht geschrieben wird, sind also bei Meinungsverschiedenheiten auf genaues wechselseitiges Verstehen und auf Annäherung aus. Und wer in zentralen Punkten Entgegenkommen erreicht hat, wird anschließend nicht wegen verbleibender Unzufriedenheiten noch ein Sondervotum schreiben. Das alles fördert eine Moral der Offenheit und Sachlichkeit, und es fördert gemäßigte Entscheidungen, in denen unterschiedliche Seiten ihre Anliegen angemessen gewürdigt finden. Für all das ist die Möglichkeit des Sondervotums genauso wichtig wie dass sie nur in Maßen genutzt wird.

Also richterliche Selbstbeschränkung auch beim Sondervotum?

Wenn eh jeder sich noch individuell über alles äußerte, womit er nicht ganz einverstanden ist, dann gäbe es die Bereitschaft zur intensiven Auseinandersetzung mit jedem Argument nicht. Außerdem käme man dann auch in praktische Schwierigkeiten, weil bei uns ja, anders als in *common-law*-Jurisdiktionen, nicht nur das Entscheidungsergebnis, sondern auch die Begründung von einer Mehrheit der Richter getragen sein muss.

Wie wirken sich Sondervoten im größeren rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskurs aus?

Die Auswirkungen von Sondervoten auf die Rechtsentwicklung sollte man nicht überschätzen. Zugunsten der Institution des Sondervotums wird zwar immer wieder angeführt, es könne darin die Rechtsprechung der Zukunft angelegt sein. Solche Fälle, in denen die einstige Mindermeinung später Mehrheitsmeinung geworden ist, hat es zwar beim Bundesverfassungsgericht wie auch beim US Supreme Court gegeben, aber nur ganz vereinzelt, und niemand kann sagen, ob diese Entwicklung nicht jeweils auch ohne das Sondervotum eingetreten wäre. Ich halte andere Aspekte für viel wichtiger: Sondervoten verdeutlichen, dass es Fälle gibt, über die man sich mit guten Gründen streiten kann, und dass es die verfassungsrechtlichen Spielregeln sind, nicht ein Offenbarungsanspruch, auf denen die Verbindlichkeit der Entscheidungen beruht. Sondervoten können auch eine befriedende Wirkung für die Verliererseite haben. Das Allerwichtigste aber sind die positiven Wirkungen, die die Möglichkeit des Sondervotums für die Beratungskultur hat.

Und wie wirkt es sich Ihrer Meinung nach auf die Wahrnehmung und das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts aus, wenn sich einzelne Richter*innen durch Sondervoten hervortun und damit vom Kollektiv sichtbar absetzen?

Wenn das sparsam geschieht, gibt es für die Außenwirkung kein Problem. Da überwiegen die angesprochenen positiven Effekte. Wenn aber, wie es bei vielen Verfassungsgerichten auf der Welt der Fall ist, der größte Teil der Entscheidungen von Sondervoten begleitet wird, dann wird es problematisch.

Inwiefern?

Schon unter dem Gesichtspunkt der Arbeitseffizienz ist das unsinnig. Und ganz übel sind die Folgen, wenn ein Gericht sich dabei, wie der US Supreme Court, als praktisch in politische Fraktionen gespalten zeigt, in immer wiederkehrende Stimmblocke, die sich gemäß dem parteipolitischen Nominationshintergrund formieren. Davon ist das Bundesverfassungsgericht zum Glück weit entfernt. Aber das ist keine Selbstverständlichkeit, sondern eine von Rahmenbedingungen abhängige Kulturleistung. Und intern, wie gesagt, wird das Selbstverständnis als Kollegialgericht und die Kollegialität untereinander durch einzelne Sondervoten nicht beeinträchtigt.

Welche Rahmenbedingungen meinen Sie?

Verfassungsrichter werden ja fast meist von politischen Organen ausgewählt. So ist es auch bei uns. Eine Hälfte der Richter jedes Senats wählt der Bundestag, die andere der Bundesrat. Das ist auch gut so, denn Verfassungsrichter brauchen demokratische Legitimation. Zugleich ist es aber wichtig, zu vermeiden, dass eine Besetzung entsteht, bei der eine ideologisch gleich gepolte Dauermehrheit entsteht, die entsprechend vorhersehbar zugunsten einer bestimmten politischen Richtung entscheidet. Das untergräbt nicht nur das Vertrauen in das Gericht, sondern ist auch schädlich für die Beratungskultur, denn wenn die Mehrheitsverhältnisse auf diese Weise ideologisch vorstrukturiert sind, muss ja nicht mehr diskutiert werden.

Beim US Supreme Court zum Beispiel, bei neun Richtern und einem Zweiparteiensystem, haben immer entweder die von einem Präsidenten der Demokratischen oder die von

einem Präsidenten der Republikanischen Partei benannten Richter die Mehrheit, wegen der fehlenden Altersgrenze meist absehbar auf viele Jahre hinaus. Das fördert nicht die Verständigung, sondern die Polarisierung. Für das Bundesverfassungsgericht ist das viel besser eingerichtet. Wichtig ist vor allem, dass die Richter mit Zweidrittelmehrheit gewählt werden – eine Vorkehrung, die sich erfreulicherweise auf der Welt immer weiter ausbreitet. So werden Extreme vom Gericht ferngehalten, jedenfalls solange nicht eine Partei oder ein extremes Parteienbündnis über eine Zweidrittelmehrheit verfügt. Es gibt viele weitere institutionelle Rahmenbedingungen, mehr als ich hier vorstellen kann, die dazu beitragen, dass manche Gerichte wirklich deliberativ funktionieren und Diskussionen zustande bringen, in denen sich die Standpunkte annähern, so dass in der Regel mitige, befriedende Lösungen gefunden werden, und andere nicht. Ich schreibe ein Buch zu diesem Thema, das hat schon etliche hundert Seiten.

Was sind förderliche Rahmenbedingungen im Hinblick auf Sondervoten und persönliche Beziehungen?

Ich halte es zum Beispiel für sehr förderlich, dass bei uns die Richter, die in der Minderheit geblieben sind, ein Sondervotum schreiben können, aber nicht müssen. Bei fast allen Höchstgerichten im *common-law*-Rechtskreis und auch bei vielen spezialisierten Verfassungsgerichten ist das anders. Das schafft dann mehr Transparenz, und Sozialwissenschaftler begrüßen es, weil sie damit mehr Stoff für ihre Gerichtsforschung bekommen. Aber die positive Wirkung für die Beratung, die unter anderem daran hängt, dass man Entgegenkommen durch Verzicht auf ein Sondervotum honorieren kann, wird beschädigt. Man muss sich das nicht so vorstellen, dass da Bedingungen gestellt werden und ge-dealt wird. Es ist einfach so, dass solche Rahmenbedingungen auf eine Weise, die den beteiligten Individuen gar nicht bewusst sein muss, sittenprägend wirken.

Also Sondervoten als interpersonelles Disziplinierungsinstrument?

Kein Richter sitzt da mit dem Gefühl, dass er Kollegen, die anderer Meinung sind als er, nur deshalb aufmerksam zuhört und über ein Zusammenfinden nachdenkt, weil die ja sonst ein Sondervotum schreiben könnten, oder weil im nächsten Fall er selbst sich in der Minderheit finden könnte. Es handelt sich um eine internalisierte Beratungskultur. Man macht das so, weil es sich so gehört und weil man es so richtig findet. Aber wie bei allen wichtigen Elementen unserer Kultur, innerhalb und außerhalb des Verfassungsgerichts, sollte man sich darüber klar sein, dass Kultur institutionelle Voraussetzungen hat, also von Regeln und anderen Rahmenbedingungen abhängt.

Wenn Sie den Vergleich zu anderen Verfassungsgerichten auf der Welt ziehen – gibt es Rahmenbedingungen, die Sie auch für die deutsche Rechtsordnung adaptionswürdig fänden?

Es gibt durchaus ein paar Punkte, in denen das Bundesverfassungsgericht etwas Reform gebrauchen könnte. Aber nicht in Bezug auf die Institution des Sondervotums.

Die große Dissenterin des US Supreme Court ist bekanntlich Ruth Bader Ginsburg, deren Sondervoten maßgeblich zu ihrem Kultstatus als „the notorious RBG“ beigetragen haben. Wäre sowas auch in Deutschland möglich?

Dass die höchsten Richter in den USA einen ganz anderen Prominentenstatus haben als bei uns, hat tatsächlich damit zu tun, dass sie so häufig individuell schreiben. Das betrifft aber nicht nur die abweichenden Meinungen, sondern in gewisser Weise auch die Mehrheitsmeinung des Gerichts. Beim *Supreme Court* der USA gibt es immerhin eine sogenannte „*opinion of the court*“, was bei vielen Gerichten der *common-law*-Welt nicht der Fall ist. Aber auch für die zeichnet fast immer ein einzelner Entscheidungsvorfasser verantwortlich. Den bestimmt der Gerichtspräsident, der *Chief Justice*, wenn er selbst sich bei der entscheidungstragenden Mehrheit befindet, sonst der Dienstälteste aus der Mehrheit. Die „*opinion of the court*“ muss auch nur hinsichtlich des Ergebnisses von der Mehrheit getragen sein, sie repräsentiert also die Mehrheitsmeinung zwingend nur hinsichtlich des Urteilstenors. Ihre Abfassung unterliegt dementsprechend auch keiner Mehrheitsentscheidung. Der individuelle Verfasser, nicht die Mehrheit der Richter entscheidet, welchen Wünschen seiner Kollegen zum Entscheidungstext er entgegenkommt und welchen nicht. Er hat natürlich ein Interesse, die Mehrheit beisammenzuhalten, aber er muss sich nicht wie ein Berichterstatter bei uns gefallen lassen, dass eine Mehrheit von Kollegen den Entscheidungstext als ihren behandelt und nach ihren Überzeugungen ändert. Er kann theoretisch jeden Änderungswunsch ablehnen, und die Kollegen, die sich in seinem Text nicht ausreichend wiederfinden, schreiben dann eben einen eigenen. Dieser in der *common-law*-Tradition angelegte Individualismus ist die Grundlage der Prominenz, die Richter in den USA erreichen können. Je größer die Polarisierung, desto größer die Prominenz. Umgekehrt kann man am Kultstatus einzelner Richter in ihrer jeweiligen Fangemeinde, wie ihn besonders ausgeprägt RBG für die Linke und Antonin Scalia für die Rechte in den USA hatten, auch den Grad der politischen Polarisierung des Landes ablesen. Man muss sehr froh darüber sein, dass bei uns die Verfassungsrichter keine Popstars sind.

Und persönlich: Fühlen Sie sich mit RBG in irgendeiner Weise verbunden?

Ich habe sie bei einer Tagung einmal flüchtig persönlich kennengelernt. Das ist mehr als fünfzehn Jahre her. Sie wirkte verstörend zerbrechlich und hat fast nichts gesagt. Nichts deutete darauf hin, was für eine unglaubliche Powerfrau sie war. Das war sie aber, und außerdem nicht nur hochintelligent, sondern auch sehr klug. Zum Beispiel hat sie deutlich gesehen, dass das Gericht mit der Entscheidung *Roe v. Wade*, dieser in ihrer Radikalität extrem polarisierenden Entscheidung zum Recht auf Schwangerschaftsabbruch, einen Fehler gemacht hat. Sie hat auch klar erkannt, dass die vielen Sondervoten beim *Supreme Court* ein Übel sind, und für Verringerung plädiert. Selbst hat sie dann aber nicht weniger davon geschrieben. Daran kann man erkennen, dass es hier mehr auf die institutionellen Weichenstellungen ankommt als auf die individuellen Gesinnungen für sich genommen. Wenn aufgrund ihrer vernünftigen Einsichten bloß RBG auf ihre Sondervoten weitgehend verzichtet hätte, das wäre ja auch wirklich nur schade gewesen.

Das stimmt. Liebe Frau Lübke-Wolff, wir danken Ihnen sehr für dieses Gespräch.