

Das Bundesverfassungsgericht hat einen Ablehnungsantrag wegen Besorgnis der Befangenheit der AfD Bundes Partei als „offensichtlich unzulässig“ abgelehnt. Hintergrund dieses Antrages war der Umstand, daß eine Delegation des Bundesverfassungsgerichts unter der Leitung des Präsidenten Harbarth und der Vizepräsidentin König am 30. Juni 2021 zu einem Treffen mit den Mitgliedern der Bundesregierung nach Berlin gereist war, also Drei Wochen vor der mündlichen Verhandlung über die kuriose, aus einem Regierungsbesuch in Südafrika heraus erfolgten Direktive der Bundeskanzlerin (denn CDU Vorsitzende war sie zu diesem Zeitpunkt ja schon nicht mehr, auch wenn ihr dies zum fraglichen Zeitpunkt entfallen gewesen zu sein scheint), die „unverzeihliche“, aber gleichwohl verfassungsmäßige Wahl eines Ministerpräsidenten in Thüringen „rückgängig zu machen“.

Die Ablehnung eines Richters – auch beim Bundesverfassungsgericht! – setzt nicht etwa voraus, daß dieser „wirklich“ befangen ist, man dies auch „beweisen“ kann oder dergleichen. Sondern es genügt die Besorgnis der Befangenheit, d.h. es müssen irgendwelche Umstände vorliegen, die Aussicht auch einer vernünftigen und einigermaßen objektiv denkenden Prozeßpartei Zweifel daran begründen, daß ein Richter sein Amt auch wirklich unparteiisch ausüben werde. Auch vor den einfachen Gerichten ist es schwer genug, einen Befangenheitsantrag durch zu setzen, da sich die Gerichte auf den Standpunkt stellen, der nach dem Geschäftsverteilungsplan zuständige Richter sei eben der gesetzliche Richter (ein hohes verfassungsrechtlich es gut) und es dürfen den Prozeßparteien nicht gestattet werden, unliebsame Richter einfach aus dem Verfahren zu schießen. (Daher ist es zum Beispiel unmöglich, einen Richter erst zu beleidigen, um ihn dann wegen Befangenheit ausschließen zu lassen; denn einfach selber entscheiden darf man eben nicht). Die Hürden liegen für einen erfolgreichen Befangenheitsantrag also immer hoch. Dennoch: würde im Rahmen eines Verfahrens beim Landgericht herauskommen, daß die gesamte Kammer sich drei Wochen vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung von einer Prozeßpartei zu einem opulenten Abendessen hat einladen lassen, in dessen Folge man sich dann noch bis spät in die Nacht angeregt, aber harmonisch über die neusten politischen Entwicklungen ausgetauscht hat, so würde dies selbstverständlich nicht nur ein Befangenheitsantrag gegen sämtliche beteiligte Richter begründet werden lassen, sondern über dies den Verdacht der Vorteilsnahme, also der Korruption gegen die Kammer begründen. Die mündliche Verhandlung würde auf jeden Fall nicht wie geplant stattfinden.

Was ist nun der Unterschied zwischen der möglichen Befangenheit des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts (und möglicher Ergänzungsrichter aus dem ersten Senat, die ebenfalls mit beim Abendessen waren) und einer Kammer beim Landgericht? Es ist – so die offizielle Begründung – nur die, daß das Bundesverfassungsgericht nicht nur Teil der rechtsprechenden Gewalt, sondern außerdem „zugleich oberstes Verfassungsorgan“ sei. Auf diesen Umstand wurde von Apologeten der gerichtlichen Praxis auch schon gleich nach Bekanntwerden des Befangenheitsantrags vom 9. Juli hingewiesen. Es ist freilich auch richtig, daß regelmäßige Treffen zwischen Bundesregierung und Bundesverfassungsgericht nicht etwa eine neue Erfindung sind, sondern bereits seit 2004 mit einiger Regelmäßigkeit

stattgefunden haben; zu einem ersten Treffen zwischen den Mitgliedern des Gerichts und der Bundesregierung soll es bereits 1986 unter Helmut Kohl gekommen sein. Dennoch betont die Bundesregierung bis heute den durchaus „informellen“ Charakter dieser Treffen.

Zur Einordnung des Beschlusses zur Einordnung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Juli 2021 (2BVE4/20,2 BV E5/20) muß man wissen, daß es sich nicht um eine „herkömmliche“ Entscheidung über einen Ablehnungsantrag gehandelt hat, so wie man sie auch aus Laiensicht eigentlich wohl erwarten würde. Denn bei so einer herkömmlichen und üblichen Entscheidung entscheiden immer Richter desselben Gerichts, die aber nicht persönlich von den Befangenheitsantrag betroffen sind, darüber, ob das Verhalten ihrer Kollegen möglicherweise die Besorgnis der Befangenheit begründet. Wie gesagt: auch bei diesem herkömmlichen Verfahren sind auch bei den einfachen Gerichten fast alle Befangenheitsanträge dann unbegründet, und vom Bundesverfassungsgericht läßt sich sagen, daß dort fast noch nie ein Befangenheitsantrag zum Erfolg geführt hat. (Vor Zeiten galt dort einmal der Berichtersteller einer Entscheidung über die mögliche Legalität von Abtreibungen, der nicht nur strenger und praktizierender Katholik war, sondern vor allem auch den Verein „Juristen für das Leben“ mitgegründet hatte, deswegen keineswegs als befangen). Hier aber liegt die Sache anders: der zweite Senat hat den Befangenheitsantrag nicht als „unbegründet“, sondern als „offensichtlich unzulässig“ abgelehnt, „da er sich auf eine gänzlich ungeeignete Begründung“ stütze. Das bedeutet, daß hier eben keine anderen Richter des Bundesverfassungsgerichts ihren an dem Abendessen beteiligten Kollegen Nichtbefangenheit attestiert haben (es waren wohl nicht alle dabei), sondern hier haben die Richter des Zweiten Senats wirklich in eigener Sache *sich selbst* Nichtbefangenheit attestiert. (Die Unverfrorenheit, wie selbstverständlich als Richter in eigenen Angelegenheiten aufzutreten, zumal wenn die richterliche Kompetenz im Hinblick auf einen bestimmten Aspekt und mit guter Begründung in Zweifel gezogen worden ist, entspricht dabei kaum der deutschen Verfassungstradition; diese hat das Gericht sich offensichtlich vom europäischen Gerichtshof in Straßburg abgeschaut).

Warum also ist nach Ansicht des Zweiten Senats das Bundesverfassungsgericht in einer Fallkonstellation, in der Richter am Landgericht nicht nur selbstverständlich abgelehnt werden könnten, sondern überdies disziplinarische Maßnahmen zu gewärtigen hätten, sogar „offensichtlich“ nicht befangen? Der Zweite Senat meint also: das Bundesverfassungsgericht sei Teil der rechtsprechenden Gewalt „und zugleich oberstes Verfassungsorgan“. Als solches sei es „in das grundgesetzliche Gewaltenteilungsgefüge eingebunden“ und nehme an der Ausübung der Staatsgewalt teil. Das Verhältnis der obersten Verfassungsorgane sei – „auch jenseits der eigentlichen Ausübung ihrer jeweiligen Kompetenzen“ (!) – auf gegenseitige Achtung, Rücksichtnahme und Kooperation angelegt. Daher seien „die regelmäßigen Treffen des Bundesverfassungsgerichts mit der Bundesregierung zum Gedanken- und Erfahrungsaustausch“ im Sinne eines „Dialogs der Staatsorgane“ Ausdruck dieses „Interorganrespekts“. Folge: „Die Treffen im Rahmen dieses Dialogs oberster Verfassungsorgane sind gänzlich ungeeignet, Zweifel an der Unvoreingenommenheit der

„Richterrinnen und Richter“ des Bundesverfassungsgerichts zu begründen. Die „Begründung“ des Bundesverfassungsgerichts kulminiert in dem merkwürdigen Satz: „Zudem käme darin ein Mißtrauen gegenüber den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck, daß den Grund gesetzlich und einfach rechtlich vorausgesetzt ein Bild des Verfassungsrichters widerspricht.“

D.h., der angebliche vollkommene unterschied der Kriterien einer möglichen Befangenheit (mit der Folge, daß es beim Bundesverfassungsgericht „offensichtlich“ praktisch keine Befangenheit gibt!) wird hier argumentativ auf nichts anderes als das semantische Kriterium des „Verfassungsorgans“ gestützt. Dies ist um eine denkbar dünne und eigentlich gar keine Begründung, da hier das semantischen Kriterium „Verfassungsorgan“ zwar rhetorisch mit einigen Brimborium eingeführt wird, ohne daß aber irgend eine argumentative Entfaltung der Frage stattfindet, warum und inwiefern für die Richter eines Spruchkörpers, der semantisch zugleich auch als Teil eines Verfassungsorgans ausgewiesen werden könnte, und völlig andere Befangenheitskriterien gelten sollten. Denn das eine hat ja eigentlich mit dem anderen schon auf den ersten Blick gar nichts zu tun.

Denn: der Präsident eines Landgerichts oder gar Oberlandesgerichts ist ja auch nicht nur Richter, sondern nimmt außerdem auch wichtige Verwaltungs- und Repräsentationsaufgaben wahr. Daß man daher gegen einen richterlich tätigen Oberlandesgerichtspräsidenten, der sich von der Gegenpartei zu einem festlichen Abendessen hat einladen lassen, kein Befangenheitsantrag stellen können, weil er eben Oberlandesgerichtspräsident sei, hat bisher noch niemand behauptet. Noch nicht einmal das Bundesverfassungsgericht; denn dieses wacht eifersüchtig über seine Privilegien.

Es wird hier keineswegs verlangt, daß das Bundesverfassungsgericht ein leuchtturmhaft vorbildlicher „Moralweltmeister“ sein sollte. Eine ordentliche verfassungsgerichtliche Rechtsprechung würde uns durchaus schon genügen. Aber was hier eben verlangt wird, ist keineswegs Moralweltmeisterei, sondern, daß das Bundesverfassungsgericht derjenigen Mindestkriterien an eine ordentliche Führung der Amtsgeschäfte, die bei jedem deutschen Gericht selbstverständlich und immer gelten und deren Nichteinhaltung im Einzelfall gravierende disziplinarrechtliche Folgen selbst für „unabhängige“ Richter zur Konsequenz haben würde, ebenfalls befließigen würde.

Daß dies auch sonst keineswegs immer der Fall ist, zeigt etwa auch der beim Verwaltungsgericht Karlsruhe unter dem Aktenzeichen 3 K 606/21 anhängiger Verfahren. In diesem geht es darum, daß der Berliner Tagesspiegel im Sommer 2020 kurz vor der Entscheidung im Seehofer-Verfahren (BVerfGE 154, 320 ff.) enthüllte, daß das Bundesverfassungsgericht in aller Heimlichkeit und schon seit etlichen Jahren die sehr detaillierten Presse Erklärungen zu seinen Entscheidungen einem handverlesenen Kreis von Journalisten bereits am Vorabend der Verkündung (und also bevor die Parteien von der Entscheidung Kenntnis haben konnten – es sei denn, eine Partei würde von einem ihr

gewogenen Journalisten vorab informiert) zukommen ließ. Dieser Umstand war auch Fachleuten und übrigens auch dem Bundes Justizministerium völlig unbekannt geblieben; als die Tagesspiegel-Journalisten sich vor der Veröffentlichung bei anderen Bundesgerichten erkundigen, ob dergleichen dort auch schon einmal vorgekommen sei, wollten diese die Geschichte gar nicht glauben und meinten, da müßten die Rechercheure wohl etwas völlig falsch verstanden haben. Hatten sie aber nicht. Im Hauptsacheverfahren läßt das Bundesverfassungsgericht nun erklären, seine Praxis sei sachgerechte und moderne Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, und natürlich fehlt auch diesmal nicht der Verweis auf die eigene Eigenschaft als „Verfassungsorgan“. Aber ein Amtsrichter, von dem auf einmal bekannt werden würde, daß er schon seit Jahren seine Entscheidungen vorab ausgewählten Journalisten verrät, würde vermutlich aus dem Dienst entfernt werden.

Auch die Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Richtern und Gerichtspräsidenten ist selbstverständlich und immer schon „auf gegenseitige Achtung, Rücksichtnahme und Kooperation“ gegründet; und nichts anderes gilt selbstverständlich für die Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, die regelmäßig vor dem Bundesverfassungsgericht auftreten, mit den Richtern der beiden Senate, dem Präsidenten und der Vizepräsidentin des Gerichts. Dennoch kann der Verfasser sich nicht erinnern, in der Vergangenheit etwa von der Präsidentin des Berliner Verwaltungsgerichts oder gar vom Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts oder wenigstens der Vorsitzenden des Zweiten Senats, mit dem er häufiger zu tun hat, zu einem festlichen Abendessen eingeladen worden zu sein. Offenbar muß in seinem Falle die „gegenseitige Achtung, Rücksichtnahme und Kooperation“ auch ohne Chateaubriand und Rotwein funktionieren. Man ist eben kein Verfassungsorgan.

Maßgebliche juristische Schwäche der Entscheidung ist bereits auf den ersten Blick, daß das Gericht einfach so tut, als seien regelmäßige Abendessen als Ausdruck der Kooperation von Verfassungsorganen im Grundgesetz oder wenigstens im Bundesverfassungsgerichtsgesetz zwingend vorgeschrieben, und dies hätten die Antragsteller wohl nicht bedacht. Dem ist aber nicht so. Freilich kennt das Grundgesetz den Grundsatz der Organtreue; vom Zwang zu regelmäßigen Abendessen ist jedoch nicht die Rede. D.h., Sie müssen eindeutig nicht stattfinden und sollten „offensichtlich“ – hier paßt dieses vom Gericht etwas strapazierte Wort! – Auch nicht stattfinden, wenn dies nach den Umständen des Einzelfalls die Besorgnis der Befangenheit erzeugen muß. Daher taugt auch das weitere Argument des Gerichts wenig, eine zeitliche Koinzidenz eines solchen Treffens mit einer wichtigen mündlichen Verhandlung gegen die Bundesregierung begründe ebenfalls keine Befangenheit, da solche Abendessen dann ja fast unmöglich würden, da beim Gericht eben laufend Rechtsfälle anhängig sein, in denen auch die Bundesregierung Partei sei. Dieses Argument wäre ja nur dann bedeutsam, wenn solche Abendessen eine rechtliche Pflicht des Gerichts wären, die mit sonstigen Pflichten kollidieren könnte. Dem ist aber wiederum nicht so. Das Gericht denkt sich einfach eine noble Pflicht – zur Teilnahme an regelmäßigen Abendessen – aus und läßt sie dann mit sehr konkreten und wirklich bestehenden Pflichten – nämlich der

Unbefangenheit und Unparteilichkeit von Richtern! – kollidieren. Das ist rechts methodisch nicht überzeugend.

Daß die „gegenseitige Achtung, Rücksichtnahme und Kooperation“ der Staatsorgane untereinander – wenn sie hierarchisch vor der richterlichen Unabhängigkeit rangiert! – auch verfassungsrechtlich zum Problem wird, zeigen gravierende Fehlentscheidungen des Gerichts aus der jüngeren Vergangenheit. So hat das Gericht im Verfahren zur Grenzöffnungsproblematik (BVerfGE 150, 194 ff.) einen Antrag im Organstreitverfahren faktisch gar nicht zur Entscheidung angenommen, obwohl ein Annahmeverfahren bei Organstreitanträgen gar nicht vorgesehen ist, sondern eigentlich immer mündlich verhandelt werden muß. Daß diese Entscheidung rechtlich falsch ist – darüber können Juristen eigentlich nicht geteilter Meinung sein – zeigt schon ein einfacher Vergleich mit der Pershing-II-Entscheidung (BVerfGE 68, 1 ff.), in der ein strukturell genau gleichgelagerter Antrag der Grünen Bundestagsfraktionen (der Grenzöffnungsantrag kam von der AfD-Bundestagsfraktionen, für die offenbar besondere Maßstäbe gelten; aber das Gericht war selbstverständlich nicht befangen, es ist ja schließlich Verfassungsorgan!) durchaus als zulässig angesehen wurde und das Gericht im seinerzeitigen Prozeßbevollmächtigten der Grünen sogar noch dabei half, seinen Antrag richtig zu formulieren. *Auch* die Grenzöffnungsentscheidung war eindeutig Ausdruck der „gegenseitigen Achtung, Rücksichtnahme und Kooperation“ zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesregierung, in deren Rahmen das Bundesverfassungsgericht („Interorganrespekt“) es der Bundesregierung eben ersparen wollte, die klare Rechts- und Verfassungswidrigkeit der Grenzöffnungspolitik von 2015/16 attestiert zu bekommen, woran sonst kein Weg vorbeigeführt haben würde. Dies war aber eben deswegen eine klare Fehlentscheidung, weil die Kooperation zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesregierung eben nicht die Funktion des Gerichts als Rechtsprechungsorgan und Verfassungswächter ausstechen darf. Diese Sorge wird durch die erratische Begründung des Beschlusses des Zweiten Senats vom 20. Juni 2021 erneut begründet.