

Schriften zum Internationalen Recht

Band 34

Separate Opinion
und Sondervotum in der Rechtsprechung
des Supreme Court of the United States
und des Bundesverfassungsgerichts

Von

Dr. Karl-Heinz Millgramm



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

KARL-HEINZ MILLGRAMM

**Separate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung
des Supreme Court of the United States
und des Bundesverfassungsgerichts**

Schriften zum Internationalen Recht

Band 34

**Separate Opinion
und Sondervotum in der Rechtsprechung
des Supreme Court of the United States
und des Bundesverfassungsgerichts**

Von

Dr. Karl-Heinz Millgramm



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Millgramm, Karl-Heinz:

Separate Opinion und Sondervotum in der
Rechtsprechung des Supreme Court of the United
States und des Bundesverfassungsgerichts /
von Karl-Heinz Millgramm. — Berlin: Duncker
und Humblot, 1985.

(Schriften zum Internationalen Recht; Bd. 34)

ISBN 3-428-05748-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1985 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05748-1

Vorwort

Diese Schrift hat der Abteilung für Rechtswissenschaft der Ruhr-Universität Bochum im Sommersemester 1984 als Dissertation vorgelegen und wurde von ihr angenommen. Sie handelt vom Recht amerikanischer und deutscher Verfassungsrichter, ein abweichendes Votum zur Entscheidung abgeben und veröffentlichen zu können.

Die breite, auch von politischen Kräften getragene Bewegung für die Einführung des offenen Sondervotums bei allen deutschen Kollegialgerichten endete Anfang der Siebziger Jahre nicht einmal auf halbem Wege. Die Einführung beim Bundesverfassungsgericht entsprach gerade einer Minimalforderung. Der Streit um die Ausweitung auf alle Kollegialgerichte wurde allerdings in der letzten Zeit durch Veröffentlichungen neu entfacht. Die mehr als dreizehnjährige Praxis des offenen Sondervotums beim Bundesverfassungsgericht läßt nunmehr einen Rückblick zu, der in eine Stellungnahme zu diesem Streit münden kann. Mehr aphoristisch als systematisch und zusammenhängend wurden bisher in der deutschen Diskussion die amerikanischen Erfahrungen mit dem dortigen Gegenstück des Sondervotums, der *separate opinion*, berücksichtigt. Diese vergleichende Betrachtung bietet Gelegenheit, ausführlich auf sie einzugehen, insbesondere Einrichtung, Geschichte und Verfahrenspraxis beider Verfassungsgerichte darzustellen.

Diese Dissertation betreute Herr Professor Dr. Hans-Uwe Erichsen, Münster. Hierfür habe ich ihm ebenso zu danken, wie für die Lehrjahre an seinem Bochumer Lehrstuhl. Manche Anregung steuerte auch Herr Professor Dr. Rolf Grawert, Bochum, bei. Auch ihm gilt mein Dank sowie allen, die mir geholfen haben.

Herrn Ministerialrat a. D. Professor Dr. Dr. h. c. J. Broermann bin ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe zum Internationalen Recht verbunden.

Frau Eichenlaub habe ich zu danken, die die Druckvorlage erstellt hat, sowie den Herren Referendar Harald Bernshausen, stud. iur. Ulrich Oehrle und stud. iur. Stephan Remy, die bei der Korrektur der Druckfahnen geholfen haben.

Bochum, im Sommer 1984

Karl-Heinz Millgramm

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	11
B. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht	13
I. Institution und Geschichte beider Gerichtshöfe	13
1. Supreme Court	13
a) Vorbemerkung	13
b) Einrichtung	14
c) Geschichte	17
d) Zuständigkeit	23
e) Verfahren	24
2. Bundesverfassungsgericht	33
a) Einrichtung	33
b) Geschichte	37
c) Zuständigkeit	42
d) Verfahren	45
3. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht — Organe der rechtsprechenden Gewalt?	49
4. Ergebnis	56
II. Separate opinion und Sondervotum im Vergleich	57
1. Einführung	57
2. Begriffliche Abgrenzung	58
3. Die separate opinion beim Supreme Court	59
a) Einrichtung	59
b) Geschichte	59
c) Praxis	63
4. Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht	65

a) Vorgeschichte	65
aa) Die Entwicklung bis zum Inkrafttreten des BVerfGG ..	65
bb) Die Diskussion über das Sondervotum bei den Beratungen des Entwurfes eines BVerfGG	69
cc) Die Diskussion bis zum Jahre 1967	70
dd) Zum Meinungsstreit auf dem 47. Deutschen Juristentag	73
ee) Der erste Entwurf eines 4. Änderungsgesetzes zum BVerfGG	79
ff) Die Entwicklung bis zum Inkrafttreten des 4. Änderungsgesetzes zum BVerfGG	80
b) Die Praxis des Sondervotums beim Bundesverfassungsgericht	84
aa) Die Praxis bis zum Inkrafttreten des 4. Änderungsgesetzes zum BVerfGG	84
bb) Die Praxis des offenen Sondervotums	86
5. Ergebnis	99
C. Die Bedeutung abweichender Voten	101
I. Ursache und Wirkung des Dissenses in Kollegialgerichten	101
1. Warum Kollegialgerichte?	101
a) Vorbemerkung	101
b) „Judicial Power“ und „rechtsprechende Gewalt“	102
c) Die Träger der rechtsprechenden Gewalt und ihr Selbstverständnis	102
d) Die Aufgaben eines Kollegialgerichts	105
2. Aufgabe und Ziel des Beratungs- und Entscheidungsprozesses in Kollegialgerichten	106
3. Die Vorbereitung der Beratung beim Supreme Court	108
a) Das Verfahren im Office of the Clerk	108
b) Das „case screening“ in Certiorari- und Appeal-Sachen	109
4. Die Vorbereitung der Beratung beim Bundesverfassungsgericht	111
a) Zur Erstbehandlung der Verfahrenseingänge	111
b) Die Vorbereitung der Beratungen der Senate über Verfassungsbeschwerden	111
5. Der Dissens — ein Ergebnis unzureichender Beratung?	113
a) Zum Ablauf der Beratung beim Supreme Court	113
aa) Die Beratung vor dem oral argument	113
bb) Oral argument	115
cc) Die Entscheidung	116
dd) Entscheidungen eines „individual Justice in Chambers“	117

b)	Zum Ablauf der Beratung beim Bundesverfassungsgericht ..	118
aa)	Die Regelung des Beratungsverlaufes	118
bb)	Die mündliche Verhandlung	120
cc)	Die Entscheidung	121
dd)	Die einstweilige Anordnung	121
c)	Die Möglichkeit, eine abweichende Auffassung äußern zu können — ein Beratungshindernis?	122
d)	Vorgänge im Beratungsverlauf, die ein abweichendes Votum provozieren können	124
aa)	Unterschiede in der Persönlichkeit der Richter	124
bb)	Organisatorische Hindernisse	127
cc)	Hindernisse im eigentlichen Entscheidungsprozeß	128
6.	Entscheidung und abweichende Voten	129
a)	Vorbemerkung	129
b)	Aufgabe der Entscheidung nach amerikanischem Rechtsverständnis	130
aa)	Einzelfallkonfliktlösung	130
bb)	Stare decisis	130
cc)	Stare decisis in der Rechtsprechung des Supreme Court	132
c)	Aufgabe der Entscheidung nach deutschem Rechtsverständnis	134
aa)	Allgemeine Grundsätze	134
bb)	Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	136
d)	Brown v. Board of Education — Sind einstimmige Entscheidungen in jedem Fall erstrebenswert?	137
e)	Kann die Darstellung abweichender Auffassungen in den Entscheidungsgründen das offene Sondervotum bzw. die separate opinion ersetzen?	142
f)	Die Ziele der separate opinion und des Sondervotums	144
aa)	Abweichende Richtermeinungen als Ergebnis der Entscheidungsfindung	144
bb)	Zur Funktion der Mitteilung abweichender Meinungen	145
g)	Ist die offene Mitteilung abweichender Meinungen erforderlich?	152
h)	Die Wechselwirkung zwischen Entscheidung und abweichender Meinung	153
i)	Der Fehlgebrauch der Mitteilung abweichender Meinungen	157
j)	Abweichende Meinung und obiter dicta	161
II.	Die Wirkung der Mitteilung abweichender Meinungen über den Einzelfall hinaus	163
III.	Das Ergebnis einer Umfrage zur Beibehaltung von separate opinion und Sondervotum unter den Richtern des Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts	169

D. Zur Zulässigkeit nachträglicher Veröffentlichung von Sondervoten ..	171
E. Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht — ein Modell für andere Kollegialgerichte?	173
I. Die Vorstellungen des Gesetzgebers	173
II. Das Ergebnis einer Umfrage zur separate opinion bzw. zum Sondervotum unter Richtern und Rechtsanwälten an höheren Gerichten	175
F. Das Ergebnis der Untersuchung	180

Anhang

Dokumentarischer Teil	191
Summary — Separate Opinions of Justices and Judges of the Supreme Court of the United States and the Federal Constitutional Court (FCC) of the Federal Republic of Germany	225
Literaturverzeichnis	234

A. Einleitung

Der „Supreme Court of the United States“ ist nahezu zweihundert Jahre alt. Von Anfang an veröffentlichten Richter dieses Gerichtshofes ihre von der Meinung der Kollegen abweichende Rechtsauffassung. Dieser Brauch hat sich bis zum heutigen Tage erhalten.

Erst vor dreiunddreißig Jahren nahmen die Richter des Bundesverfassungsgerichts ihre Tätigkeit auf. Vor vierzehn Jahren wurde auch ihnen die Möglichkeit eröffnet, ihre abweichenden Auffassungen in Sondervoten niederzulegen und diese zusammen mit den Entscheidungen zu veröffentlichen. Wie ein Blick auf die Anzahl der bisherigen Sondervoten zeigt, haben die Richter von diesem Recht regen Gebrauch gemacht.

Die Befugnis der Richter beider Gerichte, abweichende Auffassungen öffentlich mitzuteilen, stellt sich als erster Anknüpfungspunkt für eine vergleichende Betrachtung dar. Hinzu kommt, daß der Supreme Court von vielen als Vorbild des Bundesverfassungsgerichts angesehen wird¹. Diese Umstände lassen es sinnvoll erscheinen, separate opinion und Sondervotum miteinander zu vergleichen. Dies soll ausgehend von einer Betrachtung von Einrichtung und Geschichte beider Gerichte geschehen. Hierzu gehört auch ein Überblick über ihre wichtigsten Zuständigkeiten. Die folgenden allgemeinen Hinweise zur Verfahrenspraxis dienen der Vermittlung eines ersten Eindrucks. Auf dieser Grundlage wird sich die Untersuchung anschließend separate opinion und Sondervotum zuwenden, die Arten abweichender Meinungen herausarbeiten und hierbei auch Rechtsgrundlage und Geschichte abweichender Richtervoten berücksichtigen.

Ausgehend von dem sich hieraus ergebenden Befund wird zu klären sein, welche Bedeutung der Veröffentlichung abweichender Meinungen bei der Erfüllung der Hauptaufgabe beider Gerichte zukommt, nämlich Rechtsfälle zu entscheiden. Zu fragen ist, ob hierdurch der Entscheidungsprozeß gefördert wird, ob separate opinion und Sondervotum einen Störfaktor bilden, der die Beratung des Gerichts behindert und der Entscheidung Überzeugungskraft, Autorität und rechtsbefriedende Wirkung nimmt.

¹ Vgl. dazu *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 34, 158, 228 m. w. N.; *Simon*, S. 1258.

Erweist sich die Mitteilung divergierender Standpunkte allerdings als Institut, das seine grundsätzliche Berechtigung hat, so sind Kriterien herauszuarbeiten, die bei der Abfassung abweichender Voten beachtet werden sollten, damit ein Mißbrauch dieses Rechts vermieden wird.

Der darauf folgende Abschnitt ist der Außenwirkung abweichender Voten gewidmet. Urteile oberster Gerichte haben über den Einzelfall hinaus präjudizielle Bedeutung und sind Gegenstand rechtswissenschaftlicher aber auch politischer Diskussion. Fraglich ist, ob dies auch für separate opinion und Sondervotum gilt.

Ausgehend von den Erwartungen, die der Einführung des Sondervotums beim Bundesverfassungsgericht zugrunde lagen, stellt sich die Frage, ob sich dieses Institut bewährt hat. Insbesondere wird zu prüfen sein, ob es Modellcharakter für andere Gerichte hat, wie es von vielen bei seiner Einführung erwartet wurde. In diesem Zusammenhang werden die eingegangenen Stellungnahmen von Richtern und Rechtsanwälten an oberen Gerichten berücksichtigt.

Der Arbeit ist ein Anhang beigelegt. Er enthält u. a. die Dokumentation einer vom Verfasser durchgeführten Befragung amerikanischer und deutscher Richter und Rechtsanwälte zum abweichenden Richtervotum sowie eine englischsprachige Zusammenfassung der Dissertation.

B. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht

I. Institution und Geschichte beider Gerichtshöfe

1. Supreme Court

a) Vorbemerkung

Während ein Gerichtshof, der zumindest auch Verfassungsgerichtsbarkeit ausübt, in Deutschland vor hundert Jahren noch als kaum realisierbare Möglichkeit, von *Hegel*¹ abgelehnt und von *Otto von Bismarck* sogar als Absurdität angesehen wurde², hatte der Supreme Court zu diesem Zeitpunkt schon die Stellung einer nicht mehr hinwegzudenkenden Institution³. Die Ursachen für diesen Gegensatz liegen in tiefgreifenden kulturellen Unterschieden begründet, die an dieser Stelle in ihrem geschichtlichen Bezug nur kurz angedeutet werden können, ohne deren Verständnis in der folgenden Untersuchung allerdings nicht auszukommen ist.

Die Auswanderer, die das Gebiet der heutigen USA besiedelten — zu ihnen gehörten ab 1683 auch Deutsche —, hatten keineswegs nur eine Ortsveränderung im Sinn, weshalb es verfehlt wäre, die Begriffe „Alte Welt“ und „Neue Welt“ lediglich als ortsbezogenes Gegensatzpaar anzusehen. Abgesehen von der Möglichkeit, sich die in der Alten Welt vergeblich gesuchte Existenzgrundlage in einem Land zu schaffen, das vor dreihundert Jahren als unvorstellbar groß angesehen wurde, bot sich hier die Gelegenheit zur Verwirklichung unterschiedlichster Vorstellungen religiöser und politischer Art. Die Möglichkeiten hierzu erschienen unbegrenzt. Europäische Großmächte, die mit der Zeit nach größerem Einfluß auf Ordnung und Leben in ihren amerikanischen Kolonien strebten, standen diesem Freiheitsdenken im Wege, der Bruch der Kolonien mit ihren Mutterländern, vor allem mit England, war insofern vorprogrammiert. Die Anlässe, die letztlich diesen Bruch auslösten, sind in der Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776 aufge-

¹ *Hegel*, Die Verfassung Deutschlands, Parallelstellen zur Verfassungsschrift (Ms. Bd. 1, Bl. II), Bd. 1, S. 595.

² Vgl. Bismarcks Rede vor dem Preußischen Landtag am 22. 4. 1863, Sten. Ber. S. 952 a u. b.

³ Vgl. *Garland*, S. 37.