

Prof. Dr. Heiko Sauer, Adenauerallee 24 – 42, 53113 Bonn

Deutscher Bundestag

Rechtsausschuss

- per E-Mail -

Lehrstuhl für deutsches und
europäisches Verfassungs-
und Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Heiko Sauer

Postanschrift:
Adenauerallee 24–42
53113 Bonn

Hausanschrift:
Adenauerallee 44 (1.OG)
53113 Bonn

Tel.: 0228/73-62411
sauer@jura.uni-bonn.de

Sekretariat:
Tel. 0228/73-3956
sekretariat.sauer@jura.uni-
bonn.de

Bonn, den 11.11.2024

Sachverständige Stellungnahme

zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE
GRÜNEN und FDP sowie des Abgeordneten *Stefan Seidler*
„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94)“
(BT-Drucks. 20/12977)

zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE
GRÜNEN und FDP sowie des Abgeordneten *Stefan Seidler*
„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes
und des Untersuchungsausschussgesetzes“
(BT-Drucks. 20/12978)

Vorab: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- Die verfassungsrechtliche Absicherung organisatorischer Grundentscheidungen zum Bundesverfassungsgericht (Art. 93 Abs. 2 und 3 GG n.F.) erweist sich uneingeschränkt als sinnvoll (unten A.I. – S. 3 f.). Der politische Streit um die Termine für die Vertrauensfrage des Bundeskanzlers und eine durch die Auflösung des Bundestages notwendig werdende vorgezogene Bundestagswahl sollte das Vorhaben einer Resilienzsicherung für das Bundesverfassungsgericht nicht beeinträchtigen.
- Der „Ersatzwahlmechanismus“ für den Fall von Blockaden bei der Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts ist grundsätzlich sinnvoll. Allerdings hielte ich es für vorzugswürdig, diesen zusammen mit dem Erfordernis von Zweidrittelmehrheiten bei der Wahl der Richterinnen und Richter im Grundgesetz selbst zu verankern (unten A.II. – S. 5 f.).
- Die deklaratorisch gemeinte Mitregelung weiterer Inhalte des BVerfGG sehe ich dagegen skeptisch: Die Ausstattung des Bundesverfassungsgerichts mit *verfassungsrechtlicher* Geschäftsordnungsautonomie durch Art. 93 Abs. 4 GG n.F. würde die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers im jetzigen Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG (Art. 93 Abs. 5 Satz 1 GG n.F.) beschränken und zu zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich der organisationsbezogenen Regelungskompetenz zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht führen (unten A.III.1. – S. 7 f.). Die verfassungsrechtliche Absicherung der Verbindlichkeit der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist grundsätzlich sinnvoll; allerdings sollte dies nicht in Form der Konstitutionalisierung des heutigen § 31 Abs. 1 BVerfGG (Art. 94 Abs. 4 Satz 1 GG n.F.) geschehen, weil damit eine umfassende einzelfallübergreifende Bindung auch des Gesetzgebers an verfassungsgerichtliche Maßstäbe verbunden wäre (unten A.III.2. – S. 9 ff.).
- Eine Streichung von Art. 93 Abs. 3 GG (Kompetenz des einfachen Gesetzgebers, neue verfassungsgerichtliche Zuständigkeiten zu begründen) sollte erwogen werden – jedenfalls dann, wenn für Änderungen des BVerfGG keine Zustimmung des Bundesrates vorgesehen wird (unten B.I. – S. 14 f.).
- Die künftige Ausgestaltung des BVerfGG *insgesamt* als Zustimmungsgesetz wird dringend empfohlen. Sie würde der beabsichtigten Absicherung des Bundesverfassungsgerichts ein wichtiges und entscheidendes Sicherungselement hinzufügen und sie passt hervorragend zur Stellung des Bundesrates als gleichberechtigtes Kurationsorgan des Bundesverfassungsgerichts sowie zur Erstreckung der Entscheidungsbefugnisse dieses Gerichts auf die Länder (mit Ausnahme des Landesstaatsorganisationsrechts). Eine Veränderung nur von Teilen des BVerfGG nur mit Zustimmung des Bundesverfassungsgerichts würde das Absicherungspotenzial des Vorschlags verringern und Abgrenzungsschwierigkeiten nach sich ziehen (unten B.II. – S. 15 ff.).

A. Würdigung der vorgeschlagenen Ergänzungen des Grundgesetzes sowie des BVerfGG

I. Verfassungsrechtliche Absicherung organisatorischer Grundentscheidungen zum Bundesverfassungsgericht

In der Frage der Verankerung zentraler organisatorischer Vorgaben für das Bundesverfassungsgericht kann ich mich kurzfassen: Ich halte diese Verankerung aus den verfassungspolitischen Gründen, die dem Vorhaben zu Grunde liegen, nicht nur für sinnvoll, sondern auch für geboten. In den fast 75 Jahren seiner Existenz hat sich das Bundesverfassungsgericht als beständiger Garant der freiheitlich-rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungsordnung erwiesen. Es hat sich dabei eine Stellung als „Bürgergericht“ erarbeitet, in das die Bürgerinnen und Bürger hohes Vertrauen haben, übernimmt aber auch in zentralen Fragen der politischen Ordnung die wichtige Funktion eines Staatsgerichtshofs, der über die Grenzen der Verfassung zu wachen und verfassungsgewolltes politisches Gestalten zu ermöglichen hat. Angesichts der starken Stellung des Bundesverfassungsgerichts nach dem Grundgesetz, die in der Verfassungsentwicklung flankiert wurde durch das wachsende Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger, aber auch durch eigene Weichenstellungen des Gerichts etwa in Gestalt der Status-Denkschrift von 1952, seiner Wertordnungsjudikatur oder der Subjektivierung objektiven Verfassungsrechts, hat sich nie ernsthaft die Frage gestellt, ob die hinsichtlich seiner Organisation recht karge Regelung in Art. 94 Abs. 1 GG der Ergänzung bedarf. Ich halte es für richtig, diese Frage jetzt zu stellen – und sie so zu beantworten, wie die Fraktionen von SPD, CDU/CSU, Bündnis 90/DIE GRÜNEN und FDP es im Benehmen mit der Bundesregierung, den Ländern und dem Abgeordneten *Stefan Seidler* vorschlagen. Denn wir haben in den letzten gut zehn Jahren in nicht wenigen Staaten einen deutlichen Abbau von Rechtsstaatlichkeit erlebt, mit dem populistische Parlamentsmehrheiten ihre Macht festigen und ausbauen wollten. In diesem Rahmen ist es auch zu gezielten Entmachtungen von Verfassungsgerichten gekommen, um diese daran zu hindern, die verfassungsrechtlichen Grenzen politischer Gestaltung zu markieren und durchzusetzen¹. Über die Frage, wie wahrscheinlich ein solches Szenario mittelfristig für Deutschland ist, kann man zwar nur spekulieren. Aus meiner Sicht ist es aber ausreichend, dass sein Eintritt jedenfalls nicht sicher dauerhaft ausgeschlossen werden kann,

¹ Im Detail zum polnischen Verfassungsgerichtshof etwa *W. Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, S. 58 ff.; zum ungarischen Verfassungsgericht etwa: *K. L. Scheppele*, Understanding Hungary's Constitutional Revolution, in: A. von Bogdandy/P. Sonnevend (Hrsg.), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area, 2015, S. 111 (115 ff.); zu beiden Gerichten auch *C. Möllers/L. Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 58 f. und S. 69 ff.; *N. Schaks*, Demokratische Dekonsolidierung, 2023, S. 10 ff. und S. 17 ff.; s. allgemeiner auch *K. Duden*, Richterwahl und parteipolitische Einflussnahme, *RabelsZ* 84 (2020), S. 637 ff.; *A. Voßkuhle*, Die weltweite Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit, *JZ* 2024, S. 1 ff.

um eine Absicherung organisatorischer Grundentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf der Ebene des Grundgesetzes anzugehen.

Dies gilt umso mehr, als eine solche Absicherung keine Nachteile hat: Das Bundesverfassungsgericht ist – wie es bisher von § 1 Abs. 1 BVerfGG ausgesprochen wird und künftig von Art. 93 Abs. 1 GG n.F. ausgesprochen werden soll – ein Verfassungsorgan². Der Regelungsort für Grundfragen der Ausgestaltung von Verfassungsorganen (insbesondere Aufbau, Organisation, Zuständigkeit, Verfahren) ist die Verfassung selbst. Und mit der vorgesehenen Hochzoning der Organisationsregelungen auf die Ebene der Verfassung wird das Bundesverfassungsgericht den übrigen Verfassungsorganen angeglichen. Dass die zentralen Organisationsfragen damit zwar nicht dem politischen Prozess insgesamt (das Grundgesetz kann nach Maßgabe von Art. 79 GG auch wieder geändert werden), aber dem einfachen Gesetzgeber entzogen werden sollen, ist sinnvoll: Mit der Konfiguration der Verfassungsorgane werden die basalen Spielregeln des politischen Prozesses aus dem „Tagesgeschäft“ herausgehalten und mit einer spezifischen Stabilität in der Zeit fixiert.

Konkret soll dies geschehen hinsichtlich der Verfassungsorganqualität des Bundesverfassungsgerichts (Art. 93 Abs. 1 GG n.F.), hinsichtlich der Gliederung in zwei Senate (Art. 93 Abs. 2 Satz 1 GG n.F.), hinsichtlich der Anzahl von acht Richterinnen und Richtern je Senat (Art. 93 Abs. 2 Satz 2 GG n.F.), hinsichtlich der Präzisierung der schon bisher vorgesehenen hälftigen Wahl durch Bundestag und Bundesrat (nunmehr bezogen auf die beiden Senate: Art. 93 Abs. 2 Satz 2 GG n.F.), hinsichtlich der Amtszeit und der Altersgrenze der Richterinnen und Richter (Art. 93 Abs. 3 Satz 1 GG n.F.), hinsichtlich der Fortführung der Amtsgeschäfte nach dem Erreichen der Altersgrenze (Art. 93 Abs. 3 Satz 2 GG n.F.) und hinsichtlich des Ausschlusses der Wiederwahl (Art. 93 Abs. 3 Satz 3 GG n.F.). Bis auf die Fragen des Sitzes (für den § 1 Abs. 2 BVerfGG Karlsruhe vorsieht) und des Wahlverfahrens für die Richterinnen und Richter werden damit die wesentlichen organisatorischen Regelungen, die sich bislang in den Eingangsbestimmungen des BVerfGG fanden, ohne inhaltliche Änderung in Verfassungsrang gehoben. Darunter befindet sich keine Regelung, bei der man das Anliegen ihrer verfassungsrechtlichen Absicherung kritisch sehen könnte. Die Regelungstechnik, Art. 93 GG n.F. als organisationsrechtliche Grundlagenbestimmung auszugestalten und die Zuständigkeiten nunmehr in Art. 94 GG n.F. festzuhalten, macht zwar Umgewöhnungen notwendig, sie ist systematisch aber sinnvoll. Damit erweist sich die geplante Verfassungsänderung im Grundsatz als sehr überzeugend. Es wäre unbedingt wünschenswert, sie ungeachtet der neuen politischen Konstellation durch das Ausscheiden der FDP aus der bisherigen Regierungskoalition und unabhängig von der Diskussion um den genauen Zeitpunkt

² Aus diesem deskriptiven Befund sollten freilich keine normativen Schlüsse namentlich auf bestimmte Kompetenzen gezogen werden; s. zu dieser Gefahr klassisch *R. Thoma*, Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JÖR n.F. 6 (1957), S. 161 (166 f.).

einer Vertrauensfrage des Bundeskanzlers nach Art. 68 GG und einer in ihrer Folge möglichen Auflösung des Deutschen Bundestages durch den Bundespräsidenten nun auch kurzfristig noch in der laufenden Legislaturperiode zu beschließen.

II. Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts und Ersatzwahlmechanismus

Die vorliegenden Gesetzentwürfe haben sich dagegen entschieden, auch die nach § 6 Abs. 1 und § 7 BVerfGG für die Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts erforderlichen Zweidrittelmehrheiten künftig im Grundgesetz vzu verankern. Hintergrund dürfte sein, dass Anlass zur Sorge besteht, dass diese Mehrheiten künftig nicht mehr von politischen Kräften des demokratischen Spektrums erreicht werden könnten, jenseits dieses Spektrums stehende politische Kräfte also bei Erringen einer „Sperrminorität“ – wie sie derzeit im Thüringer Landtag besteht – die Wahl von Richterinnen und Richtern blockieren könnten – und zwar nicht nur im Einzelfall, sondern anhaltend und nachhaltig. Angesichts dieses Szenarios sind unterschiedliche Vorschläge gemacht worden: So finden sich viele Stimmen, die für eine Verankerung der Zweidrittelmehrheiten bei der Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts eintreten³. Vorgesehen ist stattdessen im Sinne einer „kleineren Lösung“ nun die Möglichkeit eines gesetzlichen Ersatzwahlmechanismus, mit dem die Vorgabe hälftiger Wahl der Richterinnen und Richter durch Bundestag und Bundesrat relativiert wird (Art. 93 Abs. 2 Satz 3 GG n.F.): für den Fall, dass es innerhalb einer bestimmen Zeit nach dem Ende der Amtszeit nicht zur Wahl einer Nachfolgerin oder eines Nachfolgers kommt. Auf dieser Grundlage soll künftig § 7a Abs. 5 BVerfGG n.F. vorsehen, dass nach Ablauf von drei Monaten nach dem Wahlvorschlag des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 7a Abs. 1 und 2 BVerfGG auch das jeweils andere Wahlorgan (also der Bundestag an Stelle des Bundesrates oder umgekehrt) die Nachfolgerin bzw. den Nachfolger wählen kann; die bzw. der Gewählte gilt dann als vom ursprünglich zuständigen Wahlorgan gewählt⁴.

Dieser „Ersatzwahlmechanismus“ ist grundsätzlich positiv zu bewerten, denn er hat das Potenzial, Blockaden bei der Wahl der Richterinnen und Richter durch das

³ S. aus dem Kreis der ehemaligen Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts *A. Voßkuhle*, *Die Zeit* vom 16.11.2023; *G. Britz/M. Eichberger*, *FAZ* vom 10.01.2024, S. 7; *H.-J. Papier*, *Rheinische Post* vom 18.01.2024; *J. Masing*, *Zeit Online* vom 22.04.2024; *D. Grimm*, *FAZ* vom 26.07.2024, S. 11; *P. Müller*, *FAZ* vom 02.10.2024, S. 4; außerdem etwa *A. Nußberger*, *Verfassungskonsenskultur in Gefahr*, *Verfassungsblog* vom 30.07.2024; ablehnend wohl *F. Hufen*, *FAZ* vom 25.01.2024, S. 6; die ausdrückliche Betonung, dass „für die gegenläufigen Positionen jeweils gut nachvollziehbare Argumente vorgebracht worden“ seien, im Plenumsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.09.2024 dürfte darauf hindeuten, dass die aktiven Richterinnen und Richter in dieser Frage keinen Konsens erzielt haben.

⁴ BT-Drucks. 20/12978, S. 3.

Nichterreichen der Mehrheitsanforderungen zu beheben, solange (wovon mittelfristig auszugehen ist) nur eines der beiden Wahlorgane politische Schwierigkeiten hat, die erforderlichen Mehrheiten zu erreichen. Ohne Nachteile ist der Mechanismus freilich nicht: Zu bedenken ist erstens, dass es theoretisch dazu kommen könnte, dass über einen längeren Zeitraum eines der Wahlorgane letztlich ausfällt, womit man sich vom Leitbild der hälftigen Wahl durch Bundestag und Bundesrat deutlich entfernen würde. Was die konkrete Formulierung angeht, ist zweitens zu bedenken gegeben worden, dass sich aus den bisherigen Vorschlägen nicht hinreichend klar ergebe, ob an eine Zuständigkeitsregelung (die Zuständigkeit geht bei Blockade im Bundestag auf den Bundesrat über) oder an eine Vertretungsregelung (der Bundesrat wählt im Blockadefall an Stelle und auf Rechnung des Bundestages) gedacht ist⁵. Ich halte zwar beide Modelle für zulässig, hielte die angemahnte Verklarung aber ebenfalls für sinnvoll. Zu erwägen wäre drittens, ob die Frist im vorgeschlagenen § 7a Abs. 5 BVerfGG nicht moderat (etwa von drei auf sechs Monate) verlängert werden sollte, um dem von einer Blockade betroffenen Kurationsorgan etwas mehr Zeit für eine Kompromissfindung einzuräumen.

Infolge der Entscheidung gegen eine Konstitutionalisierung auch der Zweidrittelmehrheiten bei der Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts wird es auch weiterhin dem einfachen Gesetzgeber zustehen, die Mehrheitsanforderungen anzupassen: Mit einfacher Mehrheit könnte eine künftige Parlamentsmehrheit also erst die Wahlvorschriften des BVerfGG ändern und anschließend mit dadurch vorgesehener einfacher Mehrheit bei der Wahl der Richterinnen und Richter das Bundesverfassungsgericht sukzessive mit Kandidatinnen und Kandidaten besetzen, ohne dass dabei – wie bislang wegen der hohen Mehrheitsanforderungen – partei- und lagerübergreifende Kompromisse gefunden werden müssten⁶. Dies hat „extreme“ Kandidatinnen und Kandidaten bislang wirksam vermieden, was auch und gerade im weltweiten Vergleich als große Stärke des so wirkmächtigen Bundesverfassungsgerichts angesehen werden darf. Vor diesem Hintergrund erschiene es – wie bereits vielfach angemahnt – sicher als die bessere Lösung, sowohl die Zweidrittelmehrheiten bei der Wahl der Richterinnen und Richter als auch einen „Ersatzwahlmechanismus“ für den Fall von Blockaden – ohne inhaltliche Abweichungen gegenüber den bisherigen bzw. vorgeschlagenen Regelungen – ebenfalls im Grundgesetz selbst zu verankern (konkret in einem weiteren Absatz von Art. 93 GG n.F.).

III. Skepsis gegenüber vermeintlich deklaratorischer Mitregelung bisheriger gesetzlicher Regelungen im Grundgesetz

Der Entwurf eines verfassungsändernden Gesetzes auf BT-Drucks. 20/12977 sieht neben der Absicherung organisationsrechtlicher Grundlagen des

⁵ S. dazu *M. Klatt/M. Weber*, Vertretene Organe, Verfassungsblog vom 22.10.2024.

⁶ S. dazu auch *K. F. Gärditz*, Resilienz des Rechtsstaates, NJW 2024, S. 407 (409).

Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz noch die Hochzonung zweier weiterer Vorschriften des derzeitigen BVerfGG vor: Erstens soll das bislang in § 1 Abs. 3 BVerfGG vorgesehene Recht des Gerichts, sich eine Geschäftsordnung zu geben, im Grundgesetz verankert werden (Art. 93 Abs. 4 GG n.F.). Gleiches gilt zweitens für die Bindungswirkung seiner Entscheidungen, wie sie bisher in § 31 Abs. 1 BVerfGG festgelegt wird (Art. 94 Abs. 4 Satz 1 GG n.F.). Das politische Anliegen besteht hinsichtlich beider Elemente darin, durch Bekräftigung ohnehin geltenden Verfassungsrechts dem Bundesverfassungsgericht den Rücken zu stärken. Für die Bindungswirkung soll zudem dafür gesorgt werden, dass künftige Gesetzgeber die Verbindlichkeit seiner Entscheidungen nicht unterlaufen können. Aus meiner Sicht sollte auf das Festschreiben einer *verfassungsrechtlichen* Geschäftsordnungsautonomie des Bundesverfassungsgerichts verzichtet werden (dazu 1.), während gegen eine deklaratorische Regelung zur Verbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nichts spricht, die Regelung aber nicht dem heutigen § 31 Abs. 1 BVerfGG nachgebildet werden sollte (dazu 2.).

1. Geschäftsordnungsautonomie des Bundesverfassungsgerichts (Art. 93 Abs. 4 GG n.F.)

Der Entwurf eines verfassungsändernden Gesetzes geht von einer lediglich deklaratorischen Funktion des neuen Art. 93 Abs. 4 GG aus, weil ganz überwiegend (zurückgehend auf die Status-Diskussion der 1950er Jahre⁷) darauf hingewiesen wird, dass das Bundesverfassungsgericht schon bislang auf Grund seines Status als Verfassungsorgan über Geschäftsordnungsautonomie verfüge⁸. Gegen die Annahme von allgemein im Verfassungsorganstatus wurzelnden Selbstorganisationsrechten spricht jedoch das differenzierte Regelungsgefüge des Grundgesetzes, das neben echter und umfassender Geschäftsordnungsautonomie (Art. 40 Abs. 1 Satz 2 und Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GG für Bundestag und Bundesrat) auch gegenständlich umrissene Geschäftsordnungsautonomie (Art. 53a Abs. 1 Satz 4 und Art. 77 Abs. 2 Satz 2 GG für den Gemeinsamen Ausschuss und den Vermittlungsausschuss), Geschäftsordnungsgebung unter

⁷ S. G. Leibholz, Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur „Status“-Frage, JöR n.F. 6 (1957), S. 120 (135); und Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27.06.1952, JöR n.F. 6 (1952), S. 144 (148).

⁸ K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 345 f.; C. Walter, in: ders./Grünwald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, § 1 Rn. 14; ders., in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG, Art. 93 (2017) Rn. 98; C. Burkiczak, in: ders./F.-W. Dollinger/F. Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 1 Rn. 101 f.; T. Barczak, in: ders. (Hrsg.), BVerfGG, 2018, § 1 Rn. 99; C. Lenz/R. Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 12; E. Benda/E. Klein/O. Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 33 und Rn. 123; J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 94 Rn. 24; S. Detterbeck, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 93 Rn. 8; zweifelnd allein K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 28; und (noch etwas deutlicher) W. Heun, Das Bundesverfassungsgericht im Konzert der Verfassungsgerichte, in: ders., Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 1 (4 f.).

Genehmigungsvorbehalt (Art. 65 Satz 4 GG für die Bundesregierung)⁹ sowie die gesetzliche Regelung binnenorganisatorischer Fragen (Art. 54 Abs. 7 GG für die Bundesversammlung) kennt. Speziell für das Bundesverfassungsgericht sprechen nicht nur seine Gerichtsqualität und mit ihr die Außenwirksamkeit der meisten seiner Verfahren gegen ein den anderen Verfassungsorganen vergleichbares verfassungsrechtliches Selbstorganisationsrecht. Vor allem weist Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG bislang dem Gesetzgeber die Regelung seiner „Verfassung“ und seines „Verfahrens“ zu¹⁰, was gerade wegen der Offenheit und Reichweite dieser Regelungsbefugnis mehr als nur quer liegt zu der Annahme einer irgendwie dahinter liegenden ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Geschäftsordnungsautonomie des Bundesverfassungsgerichts. Zwar ist grundsätzlich zu begrüßen, dass es bei dieser Kompetenz des Gesetzgebers bleiben soll (Art. 93 Abs. 4 Satz 1 GG). Dadurch wird künftig aber unklar sein, welche Fragen die „Verfassung“ oder das „Verfahren“ des Bundesverfassungsgerichts betreffen und welche das Gericht als Fragen seiner „Geschäftsordnung“ selbst regeln darf. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass das Abgrenzungsproblem schon bisher bestanden habe: Dass noch nie eine gesetzliche Bestimmung des BVerfGG vor dem Hintergrund der Geschäftsordnungsautonomie des Bundesverfassungsgerichts als problematisch angesehen wurde und dass auch noch nie die Notwendigkeit gesehen wurde, die Regelungsbefugnisse von Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht hinsichtlich seiner Binnenorganisation voneinander abzugrenzen, belegt vielmehr, dass letztlich gar nicht von einer echten Geschäftsordnungsautonomie des Bundesverfassungsgerichts ausgegangen wird, die als verfassungsrechtliche Organkompetenz die gesetzliche Regelung von Binnenorganisationsfragen ja gerade begrenzen würde¹¹; vielmehr wird die Geschäftsordnungsgebung des Bundesverfassungsgerichts in der Sache doch – richtigerweise – als durch § 1 Abs. 3 BVerfGG (nur) gesetzlich ermächtigt begriffen. Mit dem neuen Art. 93 Abs. 4 GG n.F. wüchse dem Bundesverfassungsgericht also nicht nur ein verfassungsrechtliches Selbstorganisationsrecht zu; hinzu käme vielmehr, dass in seinem Lichte die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers nach Art. 93 Abs. 5 Satz 1 GG n.F. enger ausgelegt werden müsste als bisher. Deshalb müsste beispielsweise für Fragen der internen Zuständigkeitsverteilung, der Beschlussfähigkeit und der Mehrheitsanforderungen etc., wie sie bislang im BVerfGG ohne Kompetenzproblem geregelt sind, künftig bestimmt werden,

⁹ Deshalb wird eine echte Geschäftsordnungsautonomie der Bundesregierung bezweifelt, s. etwa *M. Schröder*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 65 Rn. 39; *A. Uhle/S. Müller-Franken*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 65 Rn. 2.

¹⁰ Dies steht im Einklang mit der Zuweisung des Gerichtsverfassungsrechts und des gerichtlichen Verfahrensrechts durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zur Kompetenz des Bundesgesetzgebers.

¹¹ Für die Geschäftsordnung der Bundesregierung wird das daraus folgende fehlende Zugriffsrecht des Gesetzgebers häufiger betont, s. dafür *E.-W. Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 124 f.; *W.-R. Schenke*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 65 (2018) Rn. 231; *M. Schröder*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 65 Rn. 39.

ob sie noch dem Gesetzgeber zufallen oder ob sie nunmehr dem Bundesverfassungsgericht selbst obliegen¹². Deshalb sollte auf den nur vermeintlich deklaratorischen Art. 93 Abs. 4 GG n.F. verzichtet werden. Vor dem Hintergrund von Art. 93 Abs. 5 Satz 1 GG n.F. ist es auch künftig ausreichend, wenn sich das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage von § 1 Abs. 3 BVerfGG – und auch in den Grenzen dieses Gesetzes – eine Geschäftsordnung gibt. Das im Gesetzentwurf angeführte Argument der Gleichstellung des Bundesverfassungsgerichts mit den übrigen Verfassungsorganen¹³ trägt im Hinblick darauf nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht auch ein Gericht ist, während die übrigen in Bezug genommenen Verfassungsorgane spezifisch politisch funktionieren.

2. Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (Art. 94 Abs. 4 Satz 1 GG n.F.)

a) Verbindlichkeit oder Bindungswirkung

Was die Verpflichtung angeht, sich an verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu halten, muss zwischen der Verbindlichkeit und der Bindungswirkung dieser Entscheidungen differenziert werden. Zwar könnte man die beiden Begriffe durchaus inhaltsgleich verstehen; die Unterscheidung ist aber deshalb notwendig und wichtig, weil die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, mit der begrifflich der Regelungsgehalt des heutigen § 31 Abs. 1 BVerfGG gekennzeichnet wird, über die Verbindlichkeit von Entscheidungen hinausgeht. Mit der Verbindlichkeit der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist zunächst eine Befolgungspflicht im konkreten Einzelfall gemeint: also für die Parteien und bezogen auf den Streitgegenstand, wie sie in den übrigen Prozessordnungen die Vorschriften zur Rechtskraft ins Auge fassen. Wie weit die Verbindlichkeit und mit ihr die Befolgungspflicht reichen, lässt sich allerdings nicht allgemeingültig bestimmen, sondern dies ist abhängig von der prozessrechtlichen Konstellation¹⁴. Von einer so zu verstehenden Verbindlichkeit ist schon bisher aus verfassungsrechtlichen Gründen auszugehen: sei es, weil man sie als Wesensmerkmal rechtsprechender Gewalt nach Art. 92 GG begreift¹⁵, sei es, weil man es als Essenz von Gewaltenteilung ansieht, dass eine zur Kontrolle staatlicher Machtausübung eingesetzte Verfassungsgerichtsbarkeit auch verbindlich entscheidet. Eine Verankerung so

¹² Dass dieses Problem bisher nicht gesehen wird, ergibt sich deutlich aus dem folgenden Hinweis (BT-Drucks. 20/12977, S. 5): „Der einfache Gesetzgeber kann weiterhin in großen Teilen die Organisation und das Verfahren regeln.“

¹³ S. BT-Drucks. 20/12977, S. 8.

¹⁴ Dies kann man insbesondere der Unterscheidung von § 95 Abs. 2 und Abs. 3 BVerfGG entnehmen: Während Einzelakte aufgehoben werden, werden verfassungswidrige Gesetze für nichtig erklärt, was sich naturgemäß nicht auf die Streitparteien beschränken kann.

¹⁵ S. dazu *M. Payandeh*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 92 (Stand: 2020) Rn. 186 f. m.w.N.

verständener Verbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen im Grundgesetz würde also – deklaratorisch bekräftigend – tatsächlich nur sichtbar machen, wovon ohnehin auszugehen ist.

Der Entwurf des verfassungsändernden Gesetzes auf BT-Drucks. 20/12977 sieht allerdings vor, den bisherigen Inhalt von § 31 Abs. 1 BVerfGG unverändert in Art. 94 Abs. 4 Satz 1 GG n.F. aufzunehmen. Und diese Norm beinhaltet, bei allen Schwierigkeiten und Streitigkeiten, die sich um sie ranken¹⁶, mehr als eine Verbindlichkeitsanordnung: Denn ihr geht es nicht um eine partei- und streitgegenstandsbezogene Befolgungspflicht, sondern um Entscheidungswirkungen, die über den konkreten Einzelfall hinausgehen und die sich nicht auf die Streitparteien beschränken, sondern alle Verfassungsorgane (des Bundes und der Länder), alle Behörden und alle Gerichte treffen. Das Bundesverfassungsgericht versteht § 31 Abs. 1 BVerfGG bekanntlich sogar so, dass nicht nur der Tenor seiner Entscheidungen bindet, sondern auch ihre tragenden Gründe¹⁷. Insofern wird die Funktion der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG teilweise darin gesehen, generelle Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Interpretation von Verfassungsnormen über den konkret entschiedenen Kontext hinaus dem institutionalisierten Rechtssystem als verbindlich vorzugeben – ja von einer „authentischen Interpretation“ des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht wird ausgegangen¹⁸. Das Bundesverfassungsgericht dürfte dann eine „maßstabsetzende Gewalt“ in Anspruch nehmen, die man auch als einzelfallunabhängige Kompetenz zur letztverbindlichen Verfassungsinterpretation bezeichnen kann und die von Teilen des verfassungsrechtlichen Schrifttums mit guten Gründen entschieden abgelehnt wird¹⁹. Andere sehen deshalb in § 31 Abs. 1 BVerfGG eine Regelung (nur) zur Ausdehnung der einzelfallbezogenen Bindungswirkung auf nicht am Rechtsstreit Beteiligte („subjektive Rechtskrafterstreckung“), ohne dass hiervon allgemeine Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsauslegung erfasst sein sollen²⁰.

Nicht ganz klar zu beantworten ist die Frage, ob einzelfallbezogene Verbindlichkeit und über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung bei der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs auf BT-Drucks. 20/12977 miteinander vermischt wurden, auch weil es regelungssystematisch ja unglücklich ist, dass das BVerfGG keine allgemeine Norm über

¹⁶ Konzise und weiterführend *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 475 ff.; eingehend *M. Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 387 ff.

¹⁷ S. BVerfGE 10, 14 (37); 19, 377 (392); 40, 88 (93 f.); 112, 268 (277).

¹⁸ *E.-W. Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, S. 9 (12); den Begriff, aber nicht die darin gebündelten Konsequenzen ablehnend *C. Hillgruber/C. Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 16 f.

¹⁹ S. für gut begründete und klar Kritik vor allem *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 363 ff.; und *O. Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: *M. Jestaedt/ders./C. Möllers/C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (171 ff.).

²⁰ S. nur *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 482 m.w.N.

Verbindlichkeit oder Rechtskraft enthält, sondern diese offenbar als selbstverständlich voraussetzt – und in § 31 Abs. 1 BVerfGG dann nur noch regelt, was darüber hinausgeht. Der Gesetzentwurf auf BT-Drucks. 20/12977 spricht einerseits von „Bindungswirkung“, andererseits von der „unmittelbaren Bindung der öffentlichen Gewalt“ an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts²¹. Er weist auf die Notwendigkeit hin, dass diese Entscheidungen „verbindlich“ sind, und auf die Aufgabe des Gerichts, den Geltungsvorrang der Verfassung „im Streitfall“ durchzusetzen, betont aber gleichzeitig, die Regelung des § 31 Abs. 1 BVerfGG solle „sachlich unverändert“ im Grundgesetz verankert werden²². Wenn darauf hingewiesen wird, mit dieser Verankerung verbinde sich weiterhin kein „striktes Normwiederholungsverbot“ für den Gesetzgeber²³, dürfte die über den Einzelfall hinausreichende Perspektive der Regelung gesehen worden sein, um deren Hochzonung es geht. Letztlich gehe ich davon aus, dass hier beides verfassungsrechtlich abgesichert werden soll: sowohl die vom bisherigen § 31 Abs. 1 BVerfGG vorausgesetzte Einzelfallverbindlichkeit als auch die von dieser Regelung festgelegte Bindungswirkung über den konkreten Fall hinaus.

b) Irrelevanz der Meinungsunterschiede für den Gesetzgeber

Bislang, und damit komme ich zu der Frage, was sich durch die Konstitutionalisierung des Regelungsgehalts von § 31 Abs. 1 BVerfGG verändern würde, spielt die Kontroverse über eine „maßstabsetzende Gewalt“ des Bundesverfassungsgerichts *für den Gesetzgeber* keine nennenswerte Rolle: Auch das Bundesverfassungsgericht geht im Grundsatz nicht davon aus, dass eine weit verstandene Bindungswirkung seiner Entscheidungen den Gesetzgeber daran hindern würde, eine für verfassungswidrig erklärte Norm erneut auf den Weg zu bringen²⁴. Das ist deshalb richtig, weil eine *gesetzlich* angeordnete Bindungswirkung – unabhängig von ihrem genauen Verständnis – den Gesetzgeber gar nicht erfassen kann: Er ist – anders als die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt – nach Art. 20 Abs. 3 GG nur an die „verfassungsmäßige Ordnung“ und nicht an „Recht und Gesetz“ gebunden. Aus dem gleichen Grund kann das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage von § 31 Abs. 1 BVerfGG jedenfalls gegenüber dem Gesetzgeber auch keine „maßstabsetzende Gewalt“ in Anspruch nehmen – obwohl man die auf „alle Verfassungsorgane“ bezogene Norm bei unbefangener Lesart genau so verstehen könnte. Aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich also eine Privilegierung des Gesetzgebers in der Bindungsfrage, die nur der verfassungsändernde Gesetzgeber beseitigen oder relativieren kann.

²¹ BT-Drucks. 20/12977, S. 2 einerseits und S. 5 andererseits.

²² BT-Drucks. 20/12977, S. 7 f.

²³ BT-Drucks. 20/12977, S. 9.

²⁴ Hier bestehen allerdings gewisse Uneinigkeiten in der Rechtsprechung der beiden Senate, s. dazu nur K. Schlaich/S. Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 483 f. m.w.N.

c) Machtverschiebung im Verhältnis von Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht durch eine verfassungsrechtliche Verankerung des heutigen § 31 Abs. 1 BVerfGG

Schreibt man das, was bisher § 31 Abs. 1 BVerfGG regelt, unverändert in den neuen Art. 94 Abs. 4 GG, werden nicht nur alle dargestellten Streitigkeiten über Verständnis und Reichweite der Bindungswirkung auf die Verfassungsebene gehoben. Es verschiebt sich vielmehr auch das Koordinatensystem zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht: Eine *verfassungsrechtlich* angeordnete Bindungswirkung wird Art. 20 Abs. 3 GG ergänzen, sodass der Gesetzgeber neben der verfassungsmäßigen Ordnung auch an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebunden wird. Den Hinweis des Gesetzentwurfs darauf, dass auch künftig kein („striktes“) Normwiederholungsverbot eingeführt werde²⁵, halte ich deshalb so nicht für richtig: Entweder das Bundesverfassungsgericht hat nur eine Kompetenz zur Streitentscheidung im Einzelfall. Dann stellt sich das Problem gar nicht, weil eine spätere inhaltsgleiche Neuregelung nicht mit dem Streitgegenstand des früheren Verfahrens identisch ist. Oder aber man versteht – wie es eben verbreitet nicht nur vom Bundesverfassungsgericht selbst angenommen wird – § 31 Abs. 1 BVerfGG so, dass das Bundesverfassungsgericht *einzelfall-unabhängige* Kompetenzen zur Verfassungsinterpretation hat. Dann machen diese Befugnisse künftig nicht mehr vor dem Gesetzgeber Halt – bzw. dieser muss zumindest besondere Gründe (etwa in Form einer maßgeblichen Veränderung der Sachlage) geltend machen können, um sich der Bindungswirkung entgegenzustellen. Bereits in diese Richtung gehende Ansätze in der Verfassungsrechtsprechung²⁶ würden dadurch unmittelbar vom Grundgesetz bestätigt. Darin läge eine Machtverschiebung vom Gesetzgeber hin zum Bundesverfassungsgericht, die man gewiss verfassungspolitisch unterschiedlich bewerten kann, die aber im Kontext des derzeitigen Vorhabens wohl nicht beabsichtigt ist und über die auch nicht diskutiert wurde.

d) Bindungswirkungskollisionen im überstaatlichen Kontext

Vereinzelte fachgerichtliche Entscheidungen die Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG als „gelockert“ angesehen, um Konflikte mit der Rechtsprechung von EuGH oder EGMR zu vermeiden²⁷. Es geht hier um Kollisionen von Bindungswirkungen

²⁵ BT-Drucks. 20/12977, S. 9.

²⁶ S. namentlich BVerfGE 96, 260 (263).

²⁷ S. stellvertretend Kammergericht, Urteil vom 29.10.2004, 9 W 128/04; anders etwa OLG Hamburg, Urteil vom 31.01.2006, 7 U 81/05; s. zur Problematik auch M. Breuer, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 46 Rn. 59; H. Sauer, Zur vorrangigen Ausräumung

einerseits aus dem Unionsrecht bzw. Konventionsrecht und andererseits aus dem nationalen Recht. Und tatsächlich darf einer *in Gesetzesrang* verankerten Bindung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Nachrang gegeben werden, wenn auf der Grundlage der Verfassungsgrundsätze der Völkerrechts- bzw. Europarechtsfreundlichkeit kollidierenden Entscheidungen des EuGH oder des EGMR der Vorrang eingeräumt wird²⁸. In der Folge einer Konstitutionalisierung dieser Regelung würde eine solche Präferenzentscheidung zwar nicht ganz unmöglich, aber doch jedenfalls deutlich erschwert werden, weil man sich fragen kann, ob Art. 94 Abs. 4 Satz 1 GG n.F. durch ungeschriebene Verfassungsgrundsätze überspielt werden kann, die induktiv gewonnen wurden. Insofern würde eine verfassungsrechtliche Verankerung einer allgemeinen Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen für die Fachgerichtsbarkeit auch entsprechende Konfliktbewältigungen in überstaatlichen Kontexten erschweren.

e) Alternativvorschlag

Dass eine solche Machtverschiebung vom Gesetzgeber auf das Bundesverfassungsgericht in Form der Erstreckung der Bindungswirkung auch auf den Gesetzgeber beabsichtigt ist, geht für mich aus dem Gesetzentwurf nicht hervor. Sollte dies tatsächlich nicht der Fall sein, möchte ich empfehlen, in Art. 94 Abs. 4 Satz 1 GG n.F. eine Regelung zur Verbindlichkeit zu treffen, die nicht § 31 Abs. 1 BVerfGG nachgebildet ist. Weil auch die Verfassungen der Länder die Verbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen im Einzelfall nicht adressieren, könnte man sich hier im Ausgangspunkt an Art. 46 Abs. 1 EMRK orientieren, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass die dort ausgesprochene Befolgungspflicht auf die fehlende Kassationsbefugnis des EGMR bezogen ist, während dem Bundesverfassungsgericht eine solche Befugnis nicht fehlt (das nach ganz überwiegender Auffassung verfassungswidrige Gesetze freilich nicht konstitutiv aufhebt, sondern deklaratorisch für nichtig erklärt²⁹). Hinzu kommt, dass es sich für eine Regelung zum Bundesverfassungsgericht nicht anbietet, an die Streitparteien anzuknüpfen, weil anders als vor dem Straßburger Gerichtshof viele Verfahrensarten nicht kontradiktorisch ausgestaltet sind. Regelungen wie § 121 VwGO sind wiederum in ihrer hohen Prozessrechtstechnizität als Vorbild für eine verfassungsrechtliche Regelung weniger geeignet; vielmehr ist gerade das BVerfGG der Ort, den Grundgedanken von Art. 94 Abs. 4 Satz 1 GG auszudifferenzieren und dabei – wie eben durch § 31 Abs.

festgestellter Konventionsverletzungen – Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Wirkungen von Urteilen des EGMR im deutschen Recht, EuGRZ 2023, S. 305 (318).

²⁸ S. zur Kollisionsvermeidungsfunktion dieser Grundsätze etwa *H. Sauer*, Staatsrecht III, 8. Aufl. 2024, § 6 Rn. 40 ff.

²⁹ S. dazu und zu den Vor- und Nachteilen der jeweiligen Auffassungen *H. Sauer*, Öffentliches Reaktionsrecht, 2021, S. 305 ff.

1 BVerfGG – seine Reichweite zu erstrecken. Insofern könnte Art. 94 Abs. 4 Satz 1 GG n.F. beispielsweise lauten:

„Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind hinsichtlich ihres Auspruchs verbindlich; für einstweilige Anordnungen kann das Gesetz nach Art. 93 Abs. 5 Satz 1 hiervon abweichende Regelungen vorsehen.“

Der zweite Halbsatz ist aus meiner Sicht erforderlich, weil die vorgesehene Fassung des neuen Art. 94 Abs. 4 Satz 1 GG n.F. die Verfassungskonformität des Widerspruchsverfahrens im einstweiligen Rechtsschutz (§ 32 Abs. 3 BVerfGG) sowie die zeitliche Befristung von Eilentscheidungen (§ 32 Abs. 6 Satz 1 BVerfGG) zumindest in Zweifel ziehen würde.

B. Vorschlag weiterer Änderungen bzw. Ergänzungen des Grundgesetzes

Im zweiten Teil meiner Stellungnahme gehe ich auf mögliche zusätzliche Inhalte eines verfassungsändernden Gesetzes ein, das den Zweck verfolgt, die Resilienz des Bundesverfassungsgerichts zu stärken. Hier empfehle ich erstens die Änderung von Art. 93 Abs. 3 GG im Sinne der Abschaffung der Kompetenz des einfachen Gesetzgebers, neue Verfahrensarten zu schaffen (I.), und zweitens die künftige Ausgestaltung des BVerfGG als Zustimmungsgesetz (II.).

I. Änderung von Art. 93 Abs. 3 GG

Eine Absicherung des Bundesverfassungsgerichts gegenüber Umgestaltungen durch den einfachen Gesetzgeber sollte im Blick haben, dass seine Kompetenz nach Art. 93 Abs. 3 GG, neue Verfahrensarten zu schaffen, ein Einfallstor für (weit verstandenes) „Court Packing“ darstellen kann: Man könnte ein Verfassungsgericht durch neue Verfahrensarten ohne größere Zugangshürden mit einer solchen Vielzahl von neuen Verfahren überhäufen, dass seine Arbeitsfähigkeit ernsthaft gefährdet wäre. Da derzeit nicht ersichtlich ist, dass in absehbarer Zeit das Bedürfnis für eine neue Verfahrensart entstehen könnte, wäre zu erwägen, auf diese Kompetenz des einfachen Gesetzgebers durch Streichung von Art. 93 Abs. 3 GG zu verzichten; dies hätte freilich zur Folge, dass die bisher auf dieser Grundlage beruhenden Verfahrenseröffnungen³⁰ ihre verfassungsrechtliche Grundlage verlieren würden, weshalb – soweit man nicht all diese in Art. 93 GG verankern wollte – zur Klarstellung wohl die folgende Regelung als Art. 93 Abs. 3 GG n.F. vorzuziehen wäre:

³⁰ S. für eine Darstellung etwa *M. Kment*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 2; *A. Voßkuhle*, in: P. M. Huber/ders. (Hrsg.), GG, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 216 f. (auch mit dem Hinweis auf etwaige Probleme hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Gerichts).

„Das Bundesverfassungsgericht wird in den ihm durch dieses Grundgesetz zugewiesenen Fällen sowie in denjenigen Fällen tätig, die ihm bis zum [...Datum...] durch Bundesgesetz zugewiesen wurden.“

Damit wäre unmissverständlich klargestellt, dass der Zuständigkeitszustand eingefroren werden würde und nur im Wege der Verfassungsänderung wieder verändert werden könnte. Würde man sich politisch freilich darauf verständigen, künftige Änderungen des BVerfGG von der Zustimmung des Bundesrates abhängig zu machen (sogleich II.), hielte ich das für eine hinreichende Sicherung gegen „Court Packing“ auf der Grundlage von Art. 93 Abs. 3 GG, womit dessen Änderung unterbleiben könnte.

II. Künftige Ausgestaltung des BVerfGG als Zustimmungsgesetz

1. Einheitsmodell: das BVerfGG insgesamt als Zustimmungsgesetz

Der Bundesrat hat sich in seiner EntschlieÙung vom 27.09.2024 dafür ausgesprochen, das BVerfGG künftig seiner Zustimmung zu unterwerfen³¹; gleiches gilt für den Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ vom 18.04.2024³². Dem möchte ich mich dezidiert anschließen: Ich halte die Ausgestaltung des BVerfGG als Zustimmungsgesetz deshalb für eine hervorragende Idee, weil kein noch so findiger Verfassungspolitiker und keine das Problem noch so eingehend rechtsvergleichend beleuchtende Verfassungsrechtswissenschaftlerin sämtliche potenziellen Einfallstore des geltenden Verfassungs(prozess)rechts für Versuche ausmachen und zusperren könnten, das Bundesverfassungsgericht zu „entmachten“ oder jedenfalls Sand in sein Getriebe zu streuen. So muss die vorgeschlagene Verfassungsänderung die Balance zwischen hinreichender Konstitutionalisierung der organisatorischen Grundentscheidungen einerseits und sachwidriger Überfrachtung des Grundgesetzes und damit einhergehender Versteinerung der Rechtsentwicklung andererseits wahren; ich gehe davon aus, dass zu vielen der vorgeschlagenen (und auch zu den letztlich nicht vereinbarten Elementen) unterschiedliche Auffassungen dazu bestanden haben werden, ob *genau diese* Regelung in das Grundgesetz aufgenommen werden sollte. Eine weitreichende Absicherung wäre nur durch eine großflächige Konstitutionalisierung des BVerfGG erreichbar, gegen die aber gewichtige Gründe sprechen – auch die damit einhergehende präventive Entmachtung des Gesetzgebers in Angelegenheiten des Bundesverfassungsgerichts. Mir erschiene es deshalb höchst sinnvoll, die vorgeschlagenen moderaten Konstitutionalisierungen dadurch zu flankieren, dass künftig sämtliche Änderungen des BVerfGG der Zustimmung des Bundesrates unterfallen. Denn aus heutiger Sicht erscheinen politische Mehrheiten in beiden Verfassungsorganen, denen an einer Lähmung des Bundesverfassungsgerichts gelegen sein könnte, weitaus weniger

³¹ BR-Drucks. 457/24 (Beschluss).

³² Dort S. 37 ff.

wahrscheinlich als in *einem* der beiden Organe. Bei der Ausgestaltung des BVerfGG als Zustimmungsgesetz könnten zwar beide Organe nach Art. 76 Abs. 1 GG eine Änderung des Gesetzes vorschlagen, anders als bislang aber nur im Konsens bewirken. Und warum sollte eine Bundesratsmehrheit einem vom Bundestag beschlossenen Gesetz zustimmen, dessen erkennbares Anliegen eine Störung der Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts ist?

Die Ausgestaltung des BVerfGG als Zustimmungsgesetz wäre also verfassungspolitisch äußerst sinnvoll³³. Dass die erforderliche Zustimmung des Bundesrates zu einem Bundesgesetz stets einen Möglichkeitsraum für vorhabenübergreifende politische Kompromisse zwischen dem Bund und den Ländern eröffnet, scheint mir kein ernsthaftes Gegenargument zu sein³⁴. Denn dass sich der Bundesrat einer sinnvollen oder gar notwendigen Änderung des BVerfGG aus sachfremden Gründen verschließen könnte, um anderswo politisch Terrain zu gewinnen, wird man dem nach Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG gleichberechtigten Kurationsorgan des Bundesverfassungsgerichts wohl nicht allgemein vorwerfen wollen; ohnehin bestünde mit der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister ein besonders geeignetes Vorbereitungs- bzw. Konsultationsgremium für künftige Reformen des BVerfGG. Im Grunde muss es nicht nur angesichts dieser gleichberechtigten Kurationskompetenz von Bundestag und Bundesrat als merkwürdig erscheinen, dass die vom Grundgesetz so wenig vorgezeichnete organisatorische und verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Bundesverfassungsgerichts durch den Gesetzgeber bisher ohne die Zustimmung des Bundesrats ausgekommen ist. Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht – außerhalb von Bundesorganstreitigkeiten – eigentlich *immer* mit rechtlicher Relevanz auch für die Länder entscheidet: sei es angesichts der umfassenden Bindung aller Stellen auch der Länder nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Bundesgrundrechte, in deren Schatten die Landesgrundrechte infolge von Art. 31, Art. 142 und Art. 100 Abs. 3 GG geblieben sind, sei es angesichts der Zuständigkeit für Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Ländern vor allem nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, sei es angesichts der ebenfalls der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts unterliegenden Homogenitätsvorgabe für das Landesverfassungsrecht nach Art. 28 Abs. 1 GG, die von der Annahme unmittelbar in die Verfassungsordnung der Länder hineinwirkender Normen des Grundgesetzes noch flankiert wird, sei es hinsichtlich umfassender Konstitutionalisierungen des einfachen Rechts, die sich nicht an der Frage der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen dem Bund und den Ländern orientiert haben, oder sei es eben angesichts der Bindung aller Verfassungsorgane der Länder,

³³ Auf die Bedenken gegen die Überlegung, das Bundesverfassungsgericht selbst förmlich am Gesetzgebungsverfahren zu beteiligen (s. dazu *G. Britz/M. Eichberger*, FAZ vom 11.01.2024, S. 7), weist der Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ vom 18.04.2024, S. 40 ff. zutreffend hin.

³⁴ S. außerdem zur Entkräftung weiterer möglicher Gegenargumente auch *L. D. Spieker*, Kein Mut zur Lücke!, Verfassungsblog vom 22.10.2024.

aller Behörden der Länder und aller Gerichte der Länder an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 Abs. 1 BVerfGG, wie sie nunmehr in Verfassungsrang gehoben werden soll (oben A.III.2.). Vor diesem Hintergrund erschiene die Ausgestaltung des BVerfGG als Zustimmungsgesetz als derart folgerichtig, dass praktisch bereits von der Schließung einer Lücke gesprochen werden könnte. Der status quo des Verfassungsprozessrechts erscheint heute in einer Weise als konsolidiert, dass man aus Absicherungsgründen getrost zu einer Zustimmungsbedürftigkeit greifen kann, die künftige Änderungen natürlich etwas komplizierter und schwerfälliger machen würde.

2. Differenzierende Lösung: Zustimmungsbedürftigkeit von Teilen des BVerfGG

Vor diesem Hintergrund sehe ich keinen Anlass, zu der Alternative zu greifen, nur *für Teile* des BVerfGG ein Zustimmungsbedürfnis vorzusehen. Verfassungsrechtlich wäre dies möglich, zumal das Grundgesetz schon bislang Regelungen (wie etwa Art. 87a Abs. 1 Satz 4 GG) enthält, welche die Zustimmungsbedürftigkeit nicht generell vorsehen, sondern an bestimmte Regelungsinhalte knüpfen. Der Nachteil bestünde dann freilich darin, sich erstens auf dasjenige verständigen zu müssen, was man über die Zustimmungsbedürftigkeit spezifisch absichern will, und zweitens dann eine Formulierung finden zu müssen, die möglichst wenig Auslegungsspielräume bietet. Man kann sicherlich die Vorschriften über die Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts einschließlich des neu einzuführenden Ersatzwahlmechanismus ins Auge fassen, aber auch an § 14 und § 15 BVerfGG (Zuständigkeit, Beschlussfähigkeit, Mehrheitsanforderungen) sowie an § 18 und § 19 BVerfGG (Ausschlussgründe und Befangenheit) denken. Wenn man länger überlegt, wird man gewiss auch über eine für das parlamentarische Regierungssystem und den Minderheitenschutz so zentrale Vorschrift wie § 64 Abs. 1 BVerfGG (Prozessstandschaft von Oppositionsfraktionen für den Bundestag im Organstreitverfahren) nachdenken (die man unschwer in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ergänzen könnte) oder über die Vorschriften zu den Entscheidungswirkungen – und so weiter. Daher würde ich dezidiert nicht empfehlen, zu einem differenzierenden Ansatz zu greifen. Auf gar keinen Fall empfehlen sich unklar bleibende und Wertungen erfordern Formulierungen wie solche, die auf „funktionswesentliche Regelungen“ oder Ähnliches abstellen: Soll dann das Bundesverfassungsgericht auf Antrag des sich übergangenen wählenden Bundesrates darüber entscheiden, welche Teile seiner Prozessordnung für es funktionswesentlich sind?