



Institut für Völkerrecht und Europarecht
Georg-August-Universität Göttingen



Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas L. Paulus
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.
Dekan der Juristischen Fakultät
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Völkerrecht

Göttingen, 11.11.2024

Schriftliche Stellungnahme

**zu den Gesetzentwürfen der Fraktionen SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE
GRÜNEN und FDP sowie des Abg. Seidler (SSW)
BT-Drs. 20/12978 und BT-Drs. 20/2977 vom 14.09.2024**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1
II.	Die Regelung des Bundesverfassungsgerichts nach jetzigem Recht	2
III.	Das Bedürfnis nach verfassungsrechtlicher Verankerung der Rolle des Bundesverfassungsgerichts	3
	1. Gefahr einer „Sperrminorität“ nicht eindeutig demokratischer Parteien	4
	2. Wahl von Donald Trump zum US-Präsidenten.....	5
IV.	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes.....	8
V.	Ergänzung von § 7a BVerfGG.....	9
VI.	Schluss	11

I. Einleitung

1. Zunächst darf ich mich beim Deutschen Bundestag für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen zur Änderung von Grundgesetz und Bundesverfassungsgerichtsgesetz bedanken. Als ehemaligem Richter des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts von 2010 – 2022 liegt mir die Sicherung der Rolle des Bundesverfassungsgerichts in unserer liberalen Demokratie ebenso am Herzen wie den Antragstellerinnen und Antragstellern. Dieser Thematik widmen sich auch zwei meiner neueren Veröffentlichungen, die gerade im Erscheinen begriffen sind: Eine Kommentierung der Art. 93 f. GG a.F. sowie mein diesjähriger Vortrag auf der Staatsrechtslehrertagung zum Thema „Die Zukunftsfestigkeit des politischen Systems“. Der Unterstützung dieser Anliegen – und einiger weniger Anregungen zu seiner Optimierung – dienen diese schriftliche Stellungnahme wie die mündliche Anhörung.¹
2. Dabei gehe ich zunächst auf die derzeitige Regelung ein (dazu II.), anschließend stelle ich mit Hinweis auf die Situation in den Vereinigten Staaten die Notwendigkeit einer Absicherung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz dar (III.), um anschließend zum Entwurf zur Änderung des Grundgesetzes (IV.) und des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (V.) Stellung zu nehmen, mit einer Stellungnahme zum Vorschlag des Bundesrats für eine Umwandlung des BVerfGG in ein Zustimmungsgesetz und zwei Anregungen für weitere Änderungen (VI). Diese ändern nichts daran, dass ich nachdrücklich die Änderung des Grundgesetzes in der vorgelegten Form unterstütze (VII.).

¹ Der folgende Text beruht im Wesentlichen auf meiner Kommentierung von Art. 93 und Art. 94 GG in: Kämmerer/Kotzur (Hrsg.), v. Münch/Kunig, GG, 8. Aufl. 2024, im Erscheinen. Selbstzitate sind nicht ausgewiesen.

II. Die Regelung des Bundesverfassungsgerichts nach jetzigem Recht

3. Die überragende Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts für die Verfassungsordnung des Grundgesetzes kann kaum überschätzt werden – das Grundgesetz ist im Wesentlichen das, was die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in mehr als 75 Jahren daraus gemacht hat. Im internationalen Vergleich ist das Verfassungsgericht einzigartig, auch wenn es auf dem Vorbild der österreichischen Verfassung von 1919 fußt.² Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als gleichberechtigtes Verfassungsorgan und „dritte Gewalt“ der Verfassung war in den Beratungen des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee zwar in gewisser Hinsicht vorgezeichnet, aber noch im Parlamentarischen Rat keineswegs selbstverständlich. Dort rangen die Abgeordneten mit der Konkurrenz zwischen dem österreichischen Modell einer separaten Verfassungsgerichtsbarkeit und dem US-amerikanischen sowie Schweizer Modell eines obersten Bundesgerichts. Schließlich wurden beide in den ursprünglichen Text von Art. 93 Abs. 1 bzw. 95 GG aufgenommen, ohne die Kompetenzabgrenzung im Einzelnen festzulegen.³ Es ist vor allem das Verdienst des SPD-Entwurfs eines Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, der maßgeblich vom Abgeordneten Adolf Arndt erstellt wurde, dass der erste Deutsche Bundestag diese Doppelung wieder aufhob und die Funktionen des obersten Bundesgerichts auf den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes in Art. 95 Abs. 3 Satz 1 GG beschränkte. Erst durch Inkrafttreten des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes am 12.3.1951 konnte das Bundesverfassungsgericht in die Rolle als Verfassungsorgan hineinwachsen.
4. Demgegenüber beschränkt sich die Regelung im Grundgesetz selbst – späteren Änderungen zum Trotz – im Wesentlichen auf die Feststellung, dass das Bundesverfassungsgericht zur richterlichen Gewalt gehört (Art. 92 GG), dass es im Rahmen seiner in Art. 93 aufgeführten Zuständigkeiten, die zum Teil aus Verweisungen auf das einfache Gesetzesrecht (Art. 93 Abs. 3 GG) und den

² Zu dieser siehe Kelsen, Österreichisches Staatsrecht, 1923; Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, 35 ff.

³ Vgl. Art. 98 HChE; Hollmann in Deutscher Bundestag/Deutsches Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Bd. 7, 1995.

übrigen Verfassungstext (Art. 93 Abs. 1 Nr. 5) bestehen, die endgültige Entscheidungsgewalt besitzt (Art. 93 Abs. 1 GG). Dies wird ergänzt um die Regelung der Mitgliedschaft (Art. 94 Abs. 1) und Verweisungen auf das Bundesverfassungsgerichtsgesetz zu Organisation und Verfahren, mit Aufträgen zur Regelung von Gerichtsverfassung und Verfahren (Art. 94 Abs. 2 S. 1 GG) und der Möglichkeit zur Regelung von Rechtswegerschöpfung und Annahmeverfahren (Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG). Schließlich geht es um eine Möglichkeit für die Länder zur Übertragung von Länderverfassungsstreitigkeiten an das Gericht (Art. 99, siehe auch Art. 100 Abs. 3 GG), die seit einer Verfassungsreform in Schleswig-Holstein⁴ nicht mehr genutzt wird; sowie um die Regelung von Normenkontrollverfahren zur Verfassungs- bzw. Völkerrechtsmäßigkeit von Gesetzen und allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 100 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GG) insbesondere mit einem Gesetzesverwerfungsmonopol des BVerfG (Art. 100 Abs. 1 GG).

5. Demgegenüber findet sich Grundsätzliches – auch zur Verfassungsorganstellung des Bundesverfassungsgerichts, die sich das BVerfG in der Praxis mittels einer Denkschrift meines Göttinger Vorgängers als Bundesverfassungsrichters Gerhard Leibholz sicherte⁵ - in § 1 Abs. 1 BVerfGG, der bestimmt: „Das Bundesverfassungsgericht ist ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes“. Daneben regelt er den Sitz sowie die Geschäftsordnungsautonomie des Gerichts.

III. Das Bedürfnis nach verfassungsrechtlicher Verankerung der Rolle des Bundesverfassungsgerichts

6. Bisher hat die lückenhafte Regelung im Grundgesetz keine problematischen Folgen gezeitigt; die Autorität des Bundesverfassungsgerichts ist unbestritten. Vieles ist durch Auslegung zu gewinnen; so folgt die Verbindlichkeit der

⁴ Verfassungsänderung vom 17.10.2006 (GVOBl. 2006, 220); s. auch das Gesetz über das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht vom 10.1.2008 (GVOBl. 2008, 25).

⁵ Höpker-Aschoff, Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts vom 27.6.1952, JöR (nF) 6 (1957), 144 (Statusdenkschrift); dazu einerseits ders., Schreiben an den Bundesminister der Justiz vom 13.10.1952, ebd., 149; andererseits Leibholz, Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur „Status“-Frage v. 21.3.1952, JöR (nF) 6 (1957), 120.

Entscheidungen des Gerichts aus der kurzen Formel „Das Bundesverfassungsgericht *entscheidet*“ (unsere Hervorhebung) in Art. 93 Abs. 1 GG. Aber wir leben in besonderen Zeiten. Während nicht ausgeschlossen scheint, dass in einem künftigen deutschen Bundestag verfassungskritische Kräfte zumindest über ein Drittel der Sitze verfügen könnten (1.), ist die Verfassung nur unzureichend gegen ihre beliebige Auslegung gefeit, wie das US-amerikanische Beispiel zeigt (2.).

1. Gefahr einer „Sperrminorität“ nicht eindeutig demokratischer Parteien

7. Sollten Parteien, welche die derzeitige Verfassungsordnung grundsätzlich ablehnen oder gar bekämpfen wollen, mit mehr als einem Drittel der Mandate im nächsten oder einem künftigen Bundestag vertreten sein, drohen sie bei Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage die Bestellung von Richterinnen und Richtern des Bundesverfassungsgerichts blockieren zu können. Sowohl in Bundestag wie Bundesrat werden Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts mit zwei Dritteln der Stimmen gewählt (§ 6 Abs. 1 S. 2, § 7 BVerfGG), bei ersterem auf Vorschlag eines Wahlausschusses aus 12 Mitgliedern (§ 6 Abs. 2 BVerfGG). Auch bisher hat dies bereits zu längeren Vakanzten geführt, weil eine solche Mehrheit normalerweise über die Regierungsmehrheit hinausgeht, also die Opposition in die Benennungen eingebunden werden muss; das geschieht seit Ende des letzten Jahrzehnts offenbar nach einem Schlüssel von 3:3:1:1 der Vorschläge von SPD, CDU/CSU, Bündnis 90/Die Grünen, und FDP – hängt aber stets von der Zusammensetzung der Wahlorgane, also von Bundestag und Bundesrat ab. Das ist auch richtig so.
8. Aber auch diese Verteilung der Vorschlagsrechte konnte nicht verhindern, dass manche Neubesetzungen die Frist des § 7a BVerfGG von zwei Monaten nach Ende der Amtszeit „gerissen“ haben. Solange sich diese Zeit in Grenzen hält, kann die Fortführung des Amtes durch den bisherigen Inhaber gem. § 4 Abs. 4 BVerfGG die Funktionsfähigkeit des BVerfG kaum berühren; eine längere Fortführung beeinträchtigt jedoch die Funktionsfähigkeit erheblich, weil in dieser Zeit neue Senatsverfahren nur in Notfällen begonnen werden können, insbesondere weil nach Ausscheiden des fortführenden Richters laufende Verfahren mit einer reduzierten Zahl von Richtern weitergeführt werden müssen.

§ 15 Abs. 2 S. 1 BVerfGG verlangt aber stets sechs Richter für die Beschlussfähigkeit; § 15 Abs. 3 BVerfGG bestimmt, dass Richter nicht mehr nachträglich hinzutreten können, sondern das Verfahren in diesem Fall neu aufgerollt werden muss. Das muss das Gericht stets vor Augen haben, wenn es Verfahren mit scheidenden Richtern durchführt. Dies könnte zwar anders geregelt werden – zum Beispiel könnten ausscheidende Richter „ihre“ bisherigen Verfahren zu Ende führen⁶ – aber darauf ist das Gericht derzeit nicht vorbereitet.

9. Insofern stellt es eine signifikante Verbesserung dar, dass der Entwurf zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz jetzt einen Mechanismus für Verzögerungen einer Richterwahl vorsieht, der zudem das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit entweder im Bundestag oder im Bundesrat aufrechterhält. Wie wichtig dieses Mehrheitserfordernis ist, zeigt sich nicht nur an der zwölfjährigen Amtszeit der Richterinnen und Richter, die ob ihrer Länge eine besondere demokratische Legitimation unter Einschluss der jeweiligen Opposition nahelegt, sondern auch an den Folgen einer Absenkung,⁷ wie sie derzeit in den Vereinigten Staaten an der als politisch einseitig empfundenen Besetzung des US Supreme Court zu besichtigen sind, dem nur von einer Minderheit der Sympathisanten der künftigen demokratischen Minderheit noch vertraut wird.⁸ Damit wird der demokratischen Legitimation eines obersten oder Verfassungsgerichts, das auch über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und damit den Produkten demokratischer Mehrheiten befindet, schwerer Schaden zugefügt. Das sollte in Deutschland unbedingt vermieden werden; dazu trägt der Entwurf erheblich bei, indem er eine Wahl mit Zwei-Drittel-Mehrheit wenigstens durch ein Organsicherstellt. Dass beide Organe keine Zwei-Drittel-Mehrheit mehr aufbringen könnten, erscheint unwahrscheinlich, dann aber würde die Fortführung des Richtermandats immer noch eine letzte Option offenhalten.

2. Wahl von Donald Trump zum US-Präsidenten

10. Seit der erneuten Wahl Donald Trumps zum Präsidenten der Vereinigten Staaten stellt sich die Gefahr eines demokratischen „Backsliding“ dort im besonderen

⁶ Vgl. dazu die Regelung beim EGMR, Art. 23 Abs. 3 S. 2 EMRK.

⁷ Roll Call Vote 109, Congressional Record, Bd. 163 (4.4.2017), S2190.

⁸ Younis, Democrats' Approval of Supreme Court at Record-Low 13 %, 2.8.2022, <https://news.gallup.com/poll/395387/democrats-approval-supreme-court-record-low.aspx> (Stand 11.11.2024).

Maße. Die erneute Wahl eines Mannes zum Präsidenten, der seine Nichtwiederwahl im Jahr 2020 die Anerkennung verweigerte und mit einem Putschversuch am 6. Januar 2021 gegen den Kongress und seinen eigenen Vizepräsidenten zu revidieren versuchte - und das in der für viele, nicht zuletzt die Väter und Mütter des Grundgesetzes, maßgeblichen rechtsstaatlichen und demokratischen Vormacht der westlichen Demokratien, löst Schockwellen aus. Die Konsequenzen sind derzeit kaum absehbar. Die Ankündigung der Inanspruchnahme absoluter Macht („Diktatur für einen Tag“)⁹ des künftigen Amtsinhabers bestätigt die schlimmsten Befürchtungen. Dazu kommt die erhebliche Medienmacht, welche einige der reichsten Männer (sic!) der Welt zugunsten Trumps auszunutzen scheinen.

11. In dieser Situation stellt der dortige Supreme Court mit seiner ultrakonservativen Mehrheit keine Hilfe dar. In zwei Verfahren in diesem Jahr hat er einerseits die harte Sanktion des verfassungsunmittelbaren Ausschlusses von Putschisten von der Wahlen im sog. 14. Verfassungszusatz (14th Amendment), Z. 3, durch einen Gesetzesvorbehalt geradezu ins Gegenteil verkehrt;¹⁰ andererseits hat er dem Präsidenten ohne jeden Anhalt in der US-Verfassung – so viel zur angeblichen Texttreue der neokonservativen Mehrheit - im Kernbereich seiner Tätigkeit Immunität vor Strafverfolgung zugesichert, wozu auch der Oberbefehl über die Streitkräfte gehört.¹¹ Auch wenn die Implikationen dieser Entscheidung noch unklar sind, dürfte das Völkerstrafrecht auf diese Weise innerstaatlich zu einem Papiertiger geworden sein und als Begrenzung präsidienteller Macht ebenso ausfallen wie die *Posse Comitatus*-Regelungen gegen den Einsatz des Militärs im Innern der Vereinigten Staaten.¹² Damit hat sich gezeigt, dass lückenhafte Regelungen von entschlossenen Richterinnen und Richtern als Einladung zu

⁹ Gold, Trump Says He Wouldn't Be a Dictator, 'Except for Day 1', The New York Times, 5.12.2023, <https://www.nytimes.com/2023/12/05/us/politics/trump-fox-news-abuse-power.html> (Stand 11.11.2024).

¹⁰ Donald J. Trump v. Anderson, Urteil v. 4.3.2024, 601 U.S. _ (2024), slip op., 5; vgl. ebd., 13 sowie die dissentierenden 4 Richterinnen, die nur im Ergebnis zustimmen, aber dieses nur für die einzelnen Bundesstaaten anerkennen wollen, ebd., J. Barrett, einerseits, JJ. Sotomayor, Kagan, Jackson, concurring, 4-6.

¹¹ Donald J. Trump v. United States, Urteil v. 1.7.2024, 603 U.S. (2024), slip. op., 9, 14, 17-19; vgl. hingegen ebd., 25 (keine Immunität für inoffizielle Handlungen); ebd., dissenting opinion JJ. Sotomayor; United States v. Nixon, 418 U. S. 683, 703, 707 (1974).

¹² 18 U.S. Code § 1385; dazu Paulus, Parlament und Streitkräfteeinsatz, Habilitationsschrift, 2006, 425 f.

einer freien Auslegung verstanden werden können, welche die Intention eines Verfassungstexts in ihr Gegenteil verkehren kann.

12. Daher erscheint es mir besonders verdienstvoll, dass sich Regierungs- und Oppositionsfraktionen mit dem ehemaligen Bundesjustizminister zusammengetan haben, um die lückenhafte Regelung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz zu füllen. Auch Justizministerinnen und -minister der Länder hatten sich bereits zuvor mit einem Entwurf zu Wort gemeldet;¹³ der Bundesrat hat mittlerweile dem Entwurf grundsätzlich zugestimmt, aber zusätzlich die Umwandlung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes in ein Zustimmungsgesetz gefordert, also für Änderungen eine positive Zustimmung des Bundesrats verlangt.¹⁴

13. Sicher kann Verfassungsgebung allein nur unvollkommen Gewähr gegen demokratische Mehrheiten bieten, wie sehr ich auch hier für eine materielle Demokratiekonzeption eintrete, die den Minderheitenschutz auch gegen eine „Tyrannei der Mehrheit“¹⁵ aufrechterhalten sowie die Erhaltung des demokratischen Systems im Sinne des Konzepts der „wehrhaften Demokratie“¹⁶ abzusichern versucht. Wenigstens so lange in Deutschland demokratische Mehrheiten existieren, würden diese ihren Auftrag verfehlen, wollten sie nicht über parteipolitische Grenzen hinweg mindestens das Notwendigste tun, um Einfallstore für demokratie- und menschenfeindliche Ideologien zu schließen, welche demokratische Mehrheiten vor allem dazu anstreben, um sich selbst vor

¹³ 95. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2024, Anlage zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94), 2024, abrufbar unter <https://www.mj.niedersachsen.de/JuMiKo/beschluesse/-228116.html> (11.11.2024).

¹⁴ Entschließung des Bundesrates „Resilienz des Bundesverfassungsgerichts stärken“, BR-Drs. 457/24.

¹⁵ Im Allgemeinen wird der Begriff zwar Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 12. Aufl. 2012, 254 zugeschrieben, er stammt aber wohl bereits von John Adams, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America*, Bd. 3, 1788, 290–91, 310; ein ähnlicher Begriff, die ‘tyranny of a multitude is a multiplied tyranny’, wird verwendet von Edmund Burke, *Correspondence of Edmund Burke between the Year 1774, and the Period of his Decease*, in 1797, 1844, 147; vgl. John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859, 7; vgl. auch Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, 8-10; Frank Schorkopf, *Einheit und Vielfalt, Mehrheit und Minderheit*, in: *HStR I*, 2023, § 14 Rn. 10, 13.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 5, 85 (139) – streitbare Demokratie. In der Politikwissenschaft wird die streitbare Demokratie auch mit dem öffentlichen Diskurs, die wehrhafte mit den rechtlichen Abwehrinstrumenten verbunden; s. Utz Schliesky, *Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes*, in: *HStR XII*, 2014, § 277 Rn. 15.

künftigem Machtverlust zu schützen und damit die Demokratie als liberale Herrschaft auf Zeit auszuhebeln.

IV. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes

14. Der Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (GG-E) hilft dem Bedarf an Absicherung von Struktur und Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Wesentlichen ab. Ohne die Entwurfsbegründung im Einzelnen doppelte zu wollen, sei hier vor allem hingewiesen auf die Verankerung der Verfassungsorganstellung im Grundgesetz (Art. 93 Abs. 1 GG-E), die ausdrückliche Möglichkeit zur Einführung eines Ersatzwahlmechanismus (Art. 93 Abs. 2 S. 3 GG-E), die Aufnahme der Regelungen zur Amtszeit in Art. 93 Abs. 3 GG-E sowie der – bisher nicht unumstrittenen¹⁷ – Geschäftsordnungsautonomie gem. Art. 93 Abs. 4 GG-E.
15. Art. 93 Abs. 5 GG-E entspricht im Wesentlichen dem jetzigen Art. 94 Abs. 2 GG. Art. 94 Abs. 1 bis 3 GG-E ist identisch mit dem bisherigen Art. 93; Art. 94 Abs. 4 GG-E stellt die Verbindlichkeit der Entscheidungen für alle Verfassungsorgane und Exekutiven von Bund und Ländern klar und ermöglicht wie bisher § 32 BVerfGG die gesetzliche Regelung der Gesetzeskraft in Einzelfällen.
16. Aus meiner Sicht wäre zusätzlich die überparteiliche Zwei-Drittel-Mehrheit in Bundestag oder Bundesrat es wert, im GG verankert zu werden. Das BVerfG selbst hat dies in seiner Stellungnahme¹⁸ ausdrücklich offengelassen; das deutet jedenfalls an, dass die Verankerung der Zwei-Drittelmehrheit im Grundgesetz als ernsthafte Möglichkeit gesehen wurde, der sich das Gericht nicht widersetzt hätte. Mir ist bewusst, dass die antragstellenden Fraktionen damit der Gefahr einer Ein-Drittel-Sperrminorität entgehen und die Möglichkeit aufrechterhalten wollen, das Quorum durch ein einfaches Gesetz abzusenken, sollte dies notwendig werden, um Vakanz zu verhindern. Mir scheint aber der Ersatzwahlmechanismus gerade geeignet, diese Gefahr zu bannen.

¹⁷ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Auflage 2021, Rn. 28.

¹⁸ Plenumsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. September 2024 zu möglichen Änderungen der gesetzlichen Vorschriften über das Bundesverfassungsgericht, Pressemitteilung Nr. 75/2024 vom 12. September 2024.

17. Eine weitere Absicherungsmöglichkeit wäre das Erfordernis einer Zustimmung des Bundesrats zu allen Änderungen des BVerfGG, das damit wesentlich gestärkt würde, ohne zu einem „Übergesetz“ zu werden. Andererseits besteht die Gefahr von Versteinerungen – hätte die Digitalisierung des BVerfG in der laufenden Legislaturperiode die Zustimmung des Bundesrats gefunden? Ein aus meiner Sicht vorzugswürdiger Kompromiss läge darin, nur Änderungen des Wahlverfahrens nach §§ 5-12 BVerfGG sowie die Regelmehrheit gem. § 15 Abs. 4 BVerfGG zur Verhinderung von Manipulationen zustimmungspflichtig zu machen.
18. Ein Zustimmungserfordernis des Bundesrats entspräche auch dem Charakter des Bundesverfassungsgerichts als Gericht, das über Bund-Länder-Fragen, insbesondere Kompetenzfragen im Bundesstaat entscheidet und gerade deswegen paritätisch aus vom Bundestag und Bundestag gewählten Richtern besteht. Die Durchführung dieser Regelungen sollte nur mit Zustimmung der Länder geändert werden können – auch vor dem Hintergrund des Art. 79 Abs. 3 GG, der die Bundesstaatlichkeit selbst vor Verfassungsänderungen schützt. Das gilt auch für das Erfordernis der einfachen Mehrheit außer in den Verfahren im Umfeld von Parteiverbot und Grundrechtsverwirkung. Eine Erhöhung des Mehrheitserfordernisses würde wiederum Sperrminoritäten bei den Entscheidungen über Bund- und Länderkompetenzen entstehen lassen, was der paritätischen Aufteilung zwischen Bund und Ländern widerspräche. Dies würde ein Zustimmungserfordernis des Bundesrats absichern.
19. Damit würden auch die Probleme vermieden, die wir in der Europäischen Union haben, wo ein europäisches Gericht allein über die Auslegung nationaler Kompetenzübertragungen entscheidet.
20. Allerdings steht und fällt der Entwurf nicht mit einer solchen Neuregelung; sie kann getrennt oder beispielsweise in einem eventuellen Vermittlungsverfahren erfolgen.

V. Ergänzung von § 7a BVerfGG

21. Ebenso begrüße ich den Ersatzwahlmechanismus von § 7a Abs. 5 des Entwurfs zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG-E) und die

dortigen Folgeänderungen. Damit wird von der von dem GG-Entwurf zu schaffenden Möglichkeit einer gesetzlichen Regelung Gebrauch gemacht. Nach einer Frist von drei Monaten soll das andere Verfassungsorgan ebenfalls die Möglichkeit erhalten, eine Verfassungsrichterposition zu besetzen.

22. Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass die „seriösen Demokraten“ der Verfassungsfractionen und der SSW einen solchen Mechanismus vorschlagen wollen, um **Obstruktion** durch Minderheiten zu verhindern. Keine Lösung können sie anbieten, wenn in beiden Parlamentskammern keine Zwei-Drittel-Mehrheit für eine Nominierung zu finden ist.
23. Der Vorschlag ist dennoch vorzugswürdig gegenüber einem wie auch immer gestalteten Selbstergänzungsrecht des Bundesverfassungsgerichts¹⁹ sowie gegenüber einem Benennungsrecht des Bundespräsidenten, der damit eine ihm sonst fremde Kurationsrolle statt seiner staatsnotariellen Funktion einnimmt.²⁰ Beide Lösungen stellen die demokratische Legitimation der gewählten Richterperson in Frage.
24. Streiten kann man sich hingegen, ob der vorgesehene „Wettlauf“ zwischen Bundestag und Bundesrat zielführend ist, wenn eine Wahl im ersten Anlauf scheitert. Alternativ könnte man daran denken, entgegen §7a Abs. 5 BVerfGG-E das Wahlrecht nach einer gewissen Zeit endgültig dem anderen Verfassungsorgan zuzuweisen, dafür dann aber in der Folge ein Mandat „zurücktauschen“. Damit wären nur zeitweise mehr Richterinnen und Richter von einem der beiden Legislativorgane Bundestag und Bundesrat gewählt als vom anderen. Dies schlug in der Sache bereits Art. 100 Abs. 2 des Entwurfs des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee vor.²¹

¹⁹ So aber Lübke-Wolff, How to Prevent Blockage of Judicial Appointments, 7.10.2022, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/how-to-prevent-blockage-of-judicial-appointments> (zuletzt 11.11.2024).

²⁰ So aber wohl Britz/Eichberger, Mehr Widerstandskraft, FAZ Einspruch, 10.1.2024, <https://www.faz.net/einspruch/mehr-widerstandskraft-fuer-karlsruhe-19438606.html> (zuletzt 11.11.2024).

²¹ Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, 90.

VI. Schluss

25. Seit dem vergangenen Mittwoch hat die Bundesregierung ihre Mehrheit im Bundestag verloren. Baldige Neuwahlen würden auch diese beiden Entwürfe der Diskontinuität unterfallen lassen. Damit gäbe es weiterhin keinen Ersatzwahlmechanismus im Falle der Blockade von Bundestag oder – unwahrscheinlicher – Bundesrat nach möglicherweise anderen Mehrheitsverhältnissen im Bundestag. Damit stünde der neue Bundestag vor der Wahl, Richter des Bundesverfassungsgerichts länger amtieren zu lassen, als das ihrem demokratischen Mandat entspricht, oder aber das Quorum für die Richterwahlen abzusenken, was mit erheblichen Legitimationsproblemen verbunden wäre und die Autorität des Gerichts gerade dann gefährdete, wenn es als neutraler Letztentscheider besonders gebraucht wird.
26. Vielleicht besteht jetzt die letzte Möglichkeit zur Abwehr einer solchen Situation. Die von mir vorgeschlagenen Änderungen können im Fall der Zwei-Drittel-Mehrheit für die einzelnen Richter auch im einfachen Gesetz verbleiben, das ja mit Mehrheit änderbar ist, die Regelung der Einzelheiten des Ersatzmechanismus kann wie vorgeschlagen einfachgesetzlich erfolgen; über die Zustimmung des Bundesrats wird nach dessen Befassung noch geredet werden.
27. Meine Empfehlung fällt uneingeschränkt positiv zugunsten der vorliegenden Entwürfe aus! Ein Junktim mit der Lösung anderer dringender Verfassungsfragen gefährdet das Projekt; die Zeit drängt. Eine Ablehnung jetzt könnten Sie noch in Jahrzehnten bereuen, wenn es bereits zu spät sein mag, um das auf Verfassungsrecht und Verfassungskontrolle gestützte Demokratiemodell des Grundgesetzes zu bewahren, das nicht nur im Inland, sondern auch im Ausland so häufig rezipiert worden ist.²² Sie können mit einer Annahme dieser Änderungen von Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht ein Signal setzen, dass der Schutz unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung Konsens unter den liberalen Demokratinnen und Demokraten ist, über alle politischen Unterschiede hinweg.

²² Vgl. dazu die Stellungnahme meiner Kollegin Prof. Dr. Paulina Starski.