

**Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages am 13. November 2024  
zu den Gesetzentwürfen zur Änderung der Art. 93, 94 GG sowie zur Änderung  
des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes  
(„Resilienz des Bundesverfassungsgerichts“)  
Bundestagsdrucksachen 20/12977 und 20/12978**

Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier  
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

## **1. Grundsätzliches**

Die Gesetzentwürfe sind auf der Grundlage der bisherigen 75-jährigen Erfahrung mit der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland zu begrüßen. Bewährte statusprägende, bislang einfachgesetzlich im Bundesverfassungsgerichtsgesetz vorgesehene, für die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts wesentliche Vorschriften sollten im Grundgesetz selbst verankert werden. Das entspricht dem systemischen Gleichklang mit den grundgesetzlichen Regelungen zu anderen Verfassungsorganen. Die Änderungsvorschläge schützen die unabhängige Verfassungsrechtsprechung in mehreren bedeutsamen Punkten vor einer Aushöhlung mit einfacher Gesetzgebungsmehrheit und das Verfahren für die Wahl von Richtern des Bundesverfassungsgerichts vor einer obstruktiven Blockade durch eine Sperrminorität von mehr als einem Drittel.

## **2. Noch diskussionsbedürftige Punkte/Umstrittenes**

Die beabsichtigten Änderungen erfahren im bisherigen Diskussionsprozess breite Zustimmung. Umstritten oder jedenfalls diskussionsbedürftig erscheinen lediglich die Fragen,

- a) ob das Zweidrittelquorum für die Wahl von Bundesverfassungsrichtern im Grundgesetz selbst (vgl. Art. 79 Abs. 2 GG) oder, wie bisher, im Bundesverfassungsgerichtsgesetz (mit einfacher Gesetzgebungsmehrheit änderbar) geregelt werden sollte und

- b) ob Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes künftig der Zustimmung des Bundesrates bedürfen sollten (Zustimmungsbedürftigkeit; vgl. Art. 77 GG).
- c) Diskussionswürdig erscheint auch der Ersatzwahlmechanismus, der im Falle der Blockade einer Richterwahl durch eine Sperrminorität („Ein Drittel plus“) grundgesetzlich als „Kann-Regelung“ vorgesehen ist und der im Bundesverfassungsgerichtsgesetz etabliert werden soll (Gebrauchmachen von der „Kann-Regelung“).

Dabei geht es um *verfassungspolitische* Fragestellungen, zu denen im Folgenden einige Aspekte hervorgehoben werden sollen.

### **3. Zum Ersatzwahlmechanismus**

Der Ersatzwahlmechanismus ist als Ultima-ratio-Lösung bei einer Blockade der Richterwahl durch eine Sperrminorität („Ein Drittel plus“) oder einem Nichtzustandekommen der Zweidrittelmehrheit aus anderen Gründen gedacht. Er scheint als Teil des gefundenen Kompromisses der Gesetzesinitiative „gesetzt“. Dennoch sei angemerkt: Jenseits der aktuellen Situation, aus der heraus diese Lösung geboren ist, gilt es zu bedenken, dass es der Zweck des Zweidrittelquorums ist, im Ergebnis für eine hohe Akzeptanz der Richterwahl und für eine Besetzung der Senate mit Persönlichkeiten Sorge zu tragen, die nach fachlicher und persönlicher Eignung auf breite Zustimmung stoßen. Mit dem Zweidrittelquorum verbindet sich der Zwang zum Kompromiss im Wahlorgan. Dieser soll erkennbar auch gewährleisten, dass politische Kräfte mit einer politischen Wirkmacht von mehr als einem Drittel den Auswahlprozess mit ihren Vorstellungen im Wahlgremium effektiv beeinflussen können. Das setzt freilich voraus, dass eine Sperrminorität nicht zur bloßen Obstruktion genutzt, sondern vom ernsthaften Willen zur Verständigung bestimmt ist und von den sie tragenden Kräften geeignete, auch von anderen potentiell für wählbar erachtete Persönlichkeiten benannt werden. Das Ermöglichen einer gewissen Einflussnahme ab einer politischen „ein-Drittel-plus“ Stärke wird jedoch mit dem Ersatzwahlmechanismus je nach Handhabung ein Stück weit zurückgenommen (vgl. Christian Rath, Beitrag in LTO am 10.10.2024: „Auch die Mehrheit kann blockieren“).

Ungeachtet der die Gesetzesinitiative auslösenden Erfahrungen in anderen EU-Mitgliedsstaaten und der Einschätzungen zu denkbaren Gefährdungen der Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts aufgrund der jüngeren politischen Entwicklung in Deutschland birgt der Ersatzwahlmechanismus ein gewisses Risiko, dass aus politisch-taktischen Gründen die Bemühungen um eine Zweidrittelmehrheit vorschnell für gescheitert befunden werden, um wirklich oder vermeintlich bessere Aussichten für einen bestimmten Kandidaten im anderen Wahlorgan zu nutzen und dieses zu aktivieren. Dieses Risiko wird allerdings de facto als gering einzuschätzen sein. Es setzt auch die Ablehnung aller Vorschläge des Plenums des Bundesverfassungsgerichts voraus. Zudem behält das originär zuständige Wahlorgan die „Zugriffsmöglichkeit“ noch bis zur Wahl durch das andere (Ersatz-) Wahlorgan.

Der Ersatzwahlmechanismus kann weiter dazu führen, dass es bei der Nachwahl eines oder gar mehrerer Richter durch das Ersatzwahlorgan zu einer faktischen Verschiebung des Wahlgefüges zwischen den Wahlorganen (Bundestag und Bundesrat) sowie der Besetzung der Senate („Bundesrats- und Bundestagsrichter“) kommt, was dem Zweck der Aufteilung der Wahl zuwiderliefe („je zur Hälfte“, Art. 94 Abs. 1 GG). Ein Anrechnungs- oder Ausgleichsmodus ist nicht vorgesehen.

Diese Aspekte dürften dafür sprechen, wie vorgesehen, einen Ersatzwahlmechanismus zunächst einfachgesetzlich zu etablieren und damit erforderlichenfalls eine Korrektur in diesem Punkte auf einfachgesetzlicher Ebene zu ermöglichen. Mit der vorgeschlagenen Lösung bleibt diese Option für den Fall offen, dass sich der Ersatzwahlmechanismus nach Ansicht einer einfachen Gesetzgebungsmehrheit nicht bewähren sollte.

#### **4. Zweidrittelquorum im Grundgesetz oder im BVerfGG?**

Das Zweidrittelquorum für die Wahl von Richterinnen und Richtern des Bundesverfassungsgerichts ist neben den anderen, in das Grundgesetz aufzunehmenden Strukturelementen ein weiterer sehr wichtiger Baustein bei der Gewährleistung der unabhängigen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie bei der Sicherung möglichst breiter Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und der hohen Reputation des Gerichts. Das Zweidrittelquorum hat im Ergebnis dazu

beigetragen, das Gericht weithin - auch international - als vorbildhaft und mit gut gelungener Gerichtsverfassung ausgestattet zu bewerten.

Die Frage nach der normhierarchischen Platzierung des Zweidrittelquorums (Verfassung oder einfaches Gesetz?) ist differenziert zu betrachten. Wird es „verfassungsfest“ geregelt, ist es maximal abgesichert. Dies würde *bei isolierter Betrachtung* dieses Strukturelements seiner Bedeutung gerecht. Wird das Zweidrittelquorum indessen weiter auf der einfachgesetzlichen Ebene abgesichert, ist die Absicherung zwar normativ weniger änderungsfest. Aber: Einer Aushöhlung der unabhängigen Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Änderung wesentlicher Struktur- und Funktionsvoraussetzungen wäre dennoch effektiv entgegengewirkt, weil bereits andere zentrale Strukturelemente auf der Ebene der Verfassung abgesichert sind (zwei Senate, Zahl der Richter, Dauer der Amtszeit, keine Wiederwahl, Altersgrenze, Geschäftsordnungsautonomie, Bindungswirkung von Entscheidungen). Schon dadurch wird ein hohes Maß an Resilienz gewährleistet. Im Verbund mit den anderen in das Grundgesetz aufzunehmenden Strukturelementen kommt daher der Frage der normhierarchischen Einordnung des Zweidrittelquorums bei der Richterwahl unter dem Resilienzgesichtspunkt ein geringeres (freilich immer noch großes) Gewicht zu („Relativität des Zweidrittelquorums im Verbund mit den künftig verfassungsfesten weiteren Strukturelemente für einen Aushöhlungsschutz“).

Indem das Zweidrittelquorum im Bundesverfassungsgerichtsgesetz geregelt bleibt, würde - sollte sich der Ersatzwahlmechanismus nicht bewähren - äußerst hilfsweise die Option offenbleiben, eine Blockade der Wahl durch eine Sperrminorität von „einem Drittel plus“ auch durch eine Absenkung des Quorums aufzulösen. Auf diese Weise stünde zudem eine Blockade-Auflösung zur Verfügung, falls auch im Ersatzwahlorgan zeitgerecht keine Zweidrittelmehrheit zustande käme.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Absicherung zentraler Strukturelemente der Verfassungsgerichtsbarkeit im Grundgesetz auch das grundsätzliche Verhältnis der Verfassungsorgane zueinander berührt („Checks and Balances“). Es sollte bedacht werden, dass das „Machtverhältnis“ zwischen dem Gesetzgeber und der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgewogen und austariert bleibt. Um dies praktisch zu verdeutlichen sei darauf hingewiesen, dass das Gericht gerade im Bereich der materiell-inhaltlichen Normenkontrolle als Letztinterpret der Verfassung eine je nach Sachgebiet unterschiedlich weitgehende Kontrollkompetenz in Anspruch nimmt und

die konkretisierten Prüfungsmaßstäbe dafür selbst herleitet und setzt. Es unterliegt dabei seinerseits keiner institutionalisierten Kontrolle, was in der Natur der Sache gründet. Diese Maßstäbe bei der materiell-inhaltlichen Prüfung gesetzlicher Bestimmungen hat es im Verlaufe der Geschichte des Gerichts kontinuierlich weiterentwickelt und verdichtet. Es definiert auf bestimmten Sachgebieten den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Die Kontrolldichte ist in bestimmten Bereichen mit der Fortentwicklung der Spruchpraxis immer weiter ausdifferenziert worden, bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dies verdeutlicht, dass es aus der Perspektive der anderen, gesetzgebenden Verfassungsorgane, insbesondere des unmittelbar demokratisch legitimierten Bundestages, im Verfassungsgefüge ein legitimes Anliegen sein kann, bei den durch die Richterwahl gegebenen Einflussmöglichkeiten auf die Besetzung des Gerichts die prozeduralen Hürden dafür mit Vorsicht und Zurückhaltung zu wählen. Bezogen auf das Zweidrittelquorum erscheint das umso eher unproblematisch, je stärker andere Strukturelemente verfassungsfest „aushöhlungsgesichert“ sind (Zahl der Senate, Zahl der Richter, Dauer der Amtszeit, keine Wiederwahl, Altersgrenze, Geschäftsordnungsautonomie, Bindungswirkung).

Anzumerken ist, dass unter dem Gesichtspunkt der „Organbalance“ Ähnliches auch für weitere im Bundesverfassungsgerichtsgesetz verbleibende Verfahrensvorschriften des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes gilt. Verfassungspolitisch geht es letztlich also nicht nur um die Frage der Resilienz des Gerichts und die Sicherheit vor einer Aushöhlung seiner Struktur- und Funktionsvoraussetzungen, sondern auch darum, welche konstruktiven und legitimen Einflussmöglichkeiten mit welchen prozeduralen Hürden sich die Wahlorgane in einem gut austarierten Gefüge des demokratischen Verfassungsstaates noch vorbehalten wollen.

## **5. Zustimmungsbefähigung von Änderungen des BVerfGG?**

Die Frage, ob Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes der Zustimmung des Bundesrats bedürfen sollten, betrifft in der jetzigen Diskussion nicht nur das Zweidrittel-Quorum für die Wahl der Richter, sondern erfasst auch das weitere dort geregelte Verfahrensrecht und damit viele weitere für das Verfahren des Gerichts wichtige Bestimmungen.

Systematisch gibt es gute Gründe, die Zustimmungsbefähigung vorzusehen. Denn das Bundesverfassungsgericht befasst sich auch, um nur ein Beispiel herauszugreifen, mit Bund-Länder-Streitigkeiten. Die Richterwahl ist zwischen Bundestag und Bundesrat aufgeteilt. Dies verdeutlicht, wie sehr die Interessen der Länder mitbetroffen sind. Die Zustimmungsbefähigung wäre zudem eine prozedurale Absicherungsebene, graduell gleichsam zwischen der Verankerung bestimmter Strukturelemente in der Verfassung selbst einerseits und der Veränderbarkeit mit einfacher Gesetzmehrheit im Rahmen eines nicht zustimmungsbefähigten Gesetzes andererseits.

Eine solche prozedurale Absicherung würde gesetzgebungstechnisch auch nicht völlig auszuschließende Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes mit obstruktiver Zielsetzung erschweren. Denken könnte man hierzu beispielsweise an eine Abschaffung der Nichtbegründungsbefähigung von Nichtannahmebeschlüssen, um die Arbeitsfähigkeit des Gerichts einzuschränken. Solche und andere verfahrensrechtliche Details sollten jedoch nicht auch noch in der Verfassung selbst geregelt werden. Dies würde zu einer systemwidrigen Überfrachtung der Verfassung und zu einer Disparität mit Regelungen für andere Verfassungsorgane führen.

Andererseits hätte auch die Zustimmungsbefähigung Bedeutung für die Frage eines ausbalancierten Gefüges zwischen den Verfassungsorganen, hier zwischen Bundestag und Bundesrat. Sollte sich aus der Sicht der Gesetzgebung im Bundestag ein Korrekturbedarf ergeben, wäre dieser leichter zu verwirklichen, wenn der Bundesrat nicht zustimmen müsste. Bei einer Zustimmungsbefähigung ergäbe sich ein anders geartetes politisches „Einfluss- und ggf. Blockadepotenzial“. Das Gesetzesänderungsverfahren würde bei einer Zustimmungsbefähigung jedenfalls potentiell schwerfälliger und schwieriger. In diesem Zusammenhang ist für den Bundesrat vor allem die Stimmhaltungspraxis bei der Stimmabgabe von Koalitionsregierungen in den Ländern in den Blick zu nehmen, sowie das mitunter praktizierte „Schnüren von politischen Paketlösungen“ im Zusammenhang mit ganz anderen Entscheidungsgegenständen.

## 6. Fazit

Der derzeitige Vorschlag, mehrere sehr wichtige Strukturelemente für eine unabhängige, funktionsfähige Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes im Grundgesetz selbst abzusichern, das **Zweidrittelquorum** für die Richterwahl und den Ersatzwahlmechanismus jedoch im Bundesverfassungsgerichtsgesetz zu halten und die weiteren Erfahrungen abzuwarten, erscheint mir als gut gangbarer Weg, der die gegenwärtige verfassungspolitische, sich in den Entwürfen widerspiegelnde Einschätzung trägt. Dieser Weg bietet dem Gericht als Letztinterpret des Grundgesetzes im Gefüge der Verfassungsorgane eine angemessene „Aushöhlungssicherheit“. Die Entwürfe lassen allerdings theoretisch die Möglichkeit offen, das Zweidrittelquorum für die Richterwahl in einem „einfachen“ Gesetzgebungsverfahren „herunterzuzonen“ und durch die Anforderung einer einfachen Mehrheit zu ersetzen – ein Weg, der freilich aus politischem Kalkül von einer einfachen Mehrheit zur Einflusssteigerung „genutzt“ werden kann, der aber auch bei Nichtzustandekommen einer Zweidrittelmehrheit im Ersatzwahlorgan gleichsam eine Art „Notausgang“ sein könnte. Selbst bei einer auf solcher Grundlage durchgeführten Neuwahl wäre allerdings eine grundlegende personelle Umgestaltung der Senatsbesetzungen innerhalb überschaubarer Zeit aufgrund der Absicherung der genannten anderen wichtigen Strukturelemente in der Verfassung, namentlich der zwölfjährigen Regelamtszeit, kaum zu besorgen.

Für die **Zustimmungsbedürftigkeit** von Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes spricht das Betroffensein der Länder, das bei bestimmten Verfahren ein besonderes ist, und unter systematischen Gesichtspunkten die Aufteilung des Wahlrechts für die Richter. Damit würde das Verfahren bei Änderungen des Verfahrensrechts für das Bundesverfassungsgericht jedoch potenziell schwieriger. Daraus ergäbe sich indessen zugleich eine weitere Hürde, die de facto „Änderungsschutz“ böte, aber auch Änderungsflexibilität beeinträchtigen könnte. Die Vor- und Nachteile bleiben im politischen Prozess abzuwägen.