



Deutscher**Anwalt**Verein

Sachverständigen- Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins vorbereitet durch

RA Dr. Ulrich Karpenstein, Berlin

Vizepräsident des Deutschen Anwaltvereins

für die öffentliche Anhörung am 13. November 2024
vor dem Rechtsausschuss des
Deutschen Bundestages zu den Gesetzentwürfen
BT-Drs. 20/12977 und BT-Drs. 20/12978 zur
Änderung des Grundgesetzes
und des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes

Berlin, im November 2024

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin

Tel.: +49 30 726152-0

Fax: +49 30 726152-190

E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B

1000 Brüssel, Belgien

Tel.: +32 2 28028-12

Fax: +32 2 28028-13

E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de

EU-Transparenz-Registernummer:

87980341522-66

www.anwaltverein.de

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Inhalt

I. Zusammenfassung	3
II. Die Vorschläge im Einzelnen.....	3
1. Allgemeines	3
2. Materielle Sicherungen („1. Säule“)	5
a) Art. 93 Abs. 1 GG/E [Unabhängiges Verfassungsorgan].....	5
b) Art. 93 Abs. 2 S. 1 und 2 GG/E [Anzahl und Wahl der Richter und Senate]	6
c) Art. 93 Abs. 3 GG/E [Amtszeit].....	7
d) Art. 93 Abs. 4 GG/E [Geschäftsordnungsautonomie].....	8
e) Art. 94 Abs. 4 S. 1 GG/E [Bindungswirkung]	9
f) Fehlende Konstitutionalisierung des 2/3-Erfordernisses für Richterwahlen	10
3. Ersatzwahlmechanismus („2. Säule“)	12
III. Was fehlt: Einbindung des Bundesrats (Art. 93 Abs. 5 GG/E, „3. Säule“)	16
1. Generelles Zustimmungserfordernis zu BVerfGG-Änderungen (Option 1)..	16
2. Zustimmungserfordernis für funktionswesentliche Regelungen (Option 2)	21
a) Richterwahl.....	21
b) Entscheidungsmehrheiten innerhalb des Gerichts.....	23
3. Formulierungsvorschlag	23

I. Zusammenfassung

(1) Der DAV begrüßt die Vorschläge für eine Stärkung der Resilienz des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG). Die Konstitutionalisierung von Statusregeln sowie der vorgeschlagene Ersatzwahlmechanismus sind wichtige Elemente, mit denen die Unabhängigkeit und die Funktionsfähigkeit des BVerfG auch in Zukunft stärker abgesichert werden können (unter II.). Künftige Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) sollten allerdings an die Zustimmung des Bundesrates geknüpft werden (unter III.1.). Einer Zustimmung des Bundesrates bedürfen jedenfalls die Regelungen zur Richterwahl sowie die Entscheidungsquoten der Senate (unter III.2.). Trotz und *gerade wegen* der aktuellen Ereignisse und Unsicherheiten sollten die Vorschläge noch in dieser Legislaturperiode umgesetzt werden.

II. Die Vorschläge im Einzelnen

1. Allgemeines

(2) Es besteht weitgehende Einigkeit, dass die in den Bundestag eingebrachten Entwürfe erheblich zur Sicherung der Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit beitragen. Mit Art. 93 GG/E und Art. 94 GG/E werden jahrzehntelang bewährte Regelungen des BVerfGG in das Grundgesetz inkorporiert und es wird sachwidrigen Gesetzesänderungen vorgebeugt, die eine einseitige politische Einflussnahme auf das Gericht bezwecken oder ermöglichen. Die Entwürfe ziehen wichtige und richtige Schlüsse aus den „Justizkrisen“ in Staaten wie Polen und Ungarn, in denen die Verfassungsgerichtsbarkeit binnen weniger Monate ihrer Kernfunktionen – der Kontrolle der anderen Gewalten und dem Schutz der Grundrechte – beraubt werden konnte. Damit uns in Deutschland vergleichbare Entwicklungen auch in den kommenden Jahrzehnten erspart bleiben, ist es

notwendig, statusprägende Elemente des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz abzubilden. Tatsächlich besteht über den Konstitutionalisierungsbedarf inzwischen kein ernsthafter Zweifel.¹

(3) Handlungsbedarf wurde allerdings nicht erst seit diesen Justizkrisen konstatiert. Schon 1973 hatte die Fraktion der CDU/CSU einen Antrag zur Änderung des Art. 94 GG in den Bundestag eingebracht.² Darin hieß es u.a., dass die bloß einfachgesetzlichen Regelungen zur Wahl der Bundesverfassungsrichter der entscheidenden Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts für die freiheitlich-demokratische Grundordnung nicht mehr gerecht würden. Bereits in den sechziger Jahren war auf die „zahlreichen Bestimmungen“ des BVerfGG aufmerksam gemacht worden, „durch deren Änderung der einfache Gesetzgeber auf die Funktionsfähigkeit und Effektivität des Gerichtes einen unverhältnismäßig großen und daher gefährlichen Einfluss nehmen kann“.³ Der spätere Bundesverfassungsrichter Brun-Otto Bryde wies im Jahr 1982 auf den (über-)großen Spielraum des einfachen Gesetzgebers bei der Festlegung von Gestalt und Funktion des BVerfG hin. Dieser gebe

¹ Siehe etwa Bundesrat, Entschließung „Resilienz des Bundesverfassungsgerichts stärken“, 27.9.2024, Drs. 457/24(B); Gemeinsame Erklärung des B-Koordinators Staatsminister Georg Eisenreich, der A-Koordinatorin Senatorin Anna Gallina und der Vorsitzenden der Justizministerkonferenz Ministerin Dr. Kathrin Wahlmann zur institutionellen Stärkung des Bundesverfassungsgerichts, 1.2.2024; Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“: Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?, 18.4.2024; Berger, Die institutionelle Gefährdetheit des BVerfG, DVBl 16/2023, 973; Britz/Eichberger, Mehr Widerstandskraft, FAZ v. 10.1.2024; DAV/djt/djb/DRB, „Demokratie jetzt stärken – Rechtsstaat besser absichern! Ein gemeinsamer Aufruf von DAV, djt, djb und DRB“, 29.2.2024; Eichberger, Die erste von drei Säulen, VerfBlog, 16.4.2024; Gärditz, in: Herdegen et al., HdB Verfassungsrecht, C.H. Beck 2021, § 4 Rn. 158; ders., Resilienz des Rechtsstaats, NJW 7/2024, S. 407 (408 f.); Karpenstein, Den Verfassungshüter behüten!, NJW-Editorial 2019, Heft 48; ders., Wehrhafter Rechtsstaat? Zur Diskussion um die Resilienz des Bundesverfassungsgerichts, AnwBl. 13.5.2024; Kirchhof, Die „offene Flanke“ des Bundesverfassungsgerichts schließen!, LTO, 28.3.2024; Masing, „Ich sehe eine gewisse Dringlichkeit“, Zeit Online v. 22.4.2024; Papier, Wie sicher ist das Bundesverfassungsgericht vor Demokratiefeinden?, Rheinische Post v. 18.1.2024; Plum/Ullrich, Den Schutz des Bundesverfassungsgericht mit dem Wahlrecht verbinden, FAZ-Einspruch v. 22.2.2024; Steinbeis, Wie robust ist das Grundgesetz?, APuZ 16-17/2019, S. 4; Voßkuhle, „In schlechter Verfassung!“, Die Zeit v. 16.11.2023, Nr. 48, S. 8; Winkelmeier-Becker, Resilienz des BVerfG sichern, AnwBl, 13.5.2024; vgl. auch Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 94 Rn. 1, nach dem „die geringe Regeldichte des Art. 94 GG dem großen Stellenwert, den Organisations- und Verfahrensfragen für die materielle Funktionserfüllung des BVerfG haben, nicht gerecht“ wird.

² BT-Drs. 7/1064.

³ von Eichborn, Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem, Duncker & Humblot 1969, S. 84; vgl. auch Billing, Das Problem der Richterwahl zum BVerfG, Duncker & Humblot 1969, S. 121, der auf die Lückenhaftigkeit der grundgesetzlichen Regelungen zur Richterwahl und den daraus resultierenden „sehr weiten Spielraum“ des Gesetzgebers verweist (S. 121); sowie Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, Mohr Siebeck 1968, S. 206, der kritisiert, dass ein „Verfassungsgericht, dessen Funktionsfähigkeit dadurch zur Disposition des Gesetzgebers steht, dass dieser über die Organisation des Gerichts entscheidet, (...) nicht unabhängig [ist]“.

der Regierungsmehrheit ein „Drohpotential“ an die Hand und könne grundlegendere Implikationen zur Folge haben als so manche durch die Ewigkeitsgarantie verbotene Verfassungsänderung.⁴ Zahlreiche weitere Stimmen haben in den vergangenen 50 Jahren auf die fehlende Absicherung des Bundesverfassungsgerichts und die Notwendigkeit von Grundgesetzänderungen hingewiesen.⁵ Auch deshalb ist es zu begrüßen, dass der Verfassungsgeber diese jahrzehntelange Debatte nun aufgreift und Vorsorge für die Ausgestaltung und Verfestigung des Status des BVerfG auf Verfassungsebene trifft, wie sie dem Gericht „nach über 70 Jahren Bewährung auch im Vergleich zu den anderen Verfassungsorganen gebührt“.⁶

2. Materielle Sicherungen („1. Säule“)

a) Art. 93 Abs. 1 GG/E [Unabhängiges Verfassungsorgan]

(4) Soweit Art. 93 Abs. 1 GG/E den Status und den Rang des BVerfG als unabhängiges Verfassungsorgan klarstellt, vollzieht das GG damit 75 Jahre gelebtes Verfassungsrecht nach. Art. 93 Abs. 1 GG/E spricht damit künftig explizit aus, dass das BVerfG unabhängig, selbständig und den übrigen Verfassungsorganen gleichrangig ist. Dies bringt die Rolle des BVerfG als „Hüter“ und autoritativer Interpret der Verfassung⁷ angemessen zum Ausdruck. Zudem unterstreicht es die Freiheit von

⁴ Bryde, Verfassungsentwicklung, Nomos 1982, S. 77, 145.

⁵ Vgl. etwa Bahlmann, Bedarf die Mitwirkung der Opposition bei Verfassungsrichterwahlen einer zusätzlichen verfassungsrechtlichen Absicherung?, ZRP 1973, 287; schon 1972 warnt Alberts, dass „die Verfassungsgerichtsbarkeit unter den jetzigen Bedingungen zwar gesichert ist, daß dieser Zustand sich aber durchaus ändern kann“ (S. 3) und dass „die Wahrnehmung der verfassungsrechtlichen Funktion“ durch „Manipulation am gerichtlichen Verfahren oder an der Ausgestaltung des Gerichts selbst“ leicht „beeinträchtigt oder gar lahmgelegt werden“ könne (S. 139), siehe Alberts, Die Änderungsbefugnisse der Legislative im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Bönecke 1972; Arndt weist schon 1981 auf den potentiell „grundlegenden Wandel“ und „katastrophale Folgen“ im Falle einer Vereinnahmung des BVerfG durch den einfachen Gesetzgeber hin, Arndt, Parlamentarische Gesetzgebung und Bundesverfassungsgericht, in: Vogel et al. (Hg.), Die Freiheit des Anderen (FS Martin Hirsch), Nomos 1981, S. 423 (433-434); Häußler untersucht 1994 diverse Möglichkeiten des Gesetzgebers zum Vorgehen gegen das BVerfG, einschließlich im Rahmen der Regelungen zur Richterwahl und internen Entscheidungsquoren, (S. 144-218) und warnt dabei u.a. vor der Unterwanderung des Gerichts durch Gefolgsleute der Parlamentsmehrheit (S. 186), siehe Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, Duncker & Humblot 1994.

⁶ Eichberger, Die erste von drei Säulen, VerfBlog, 16.4.2024.

⁷ BVerfGE 1, 184 (195 f.); 119, 247 (258); Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 18, 21; Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 1 Rn. 16; Burkiczak, in: ders./Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 1 Rn. 64; Gläß, Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“ in Krisenzeiten, DÖV 2020, S. 263 (265); Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1; Volp, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 1 Rn. 50; siehe ausführlich Lembcke, Hüter der

außerrechtlichen Einflüssen und von Einflüssen anderer Verfassungsorgane auf die interne Organisation.⁸ Aus der Unabhängigkeit folgen auch grundgesetzliche Rücksichtnahmepflichten anderer Verfassungsorgane gegenüber dem BVerfG – auch im Falle von Änderungen seiner normativen Grundlagen.⁹ Dies bedeutet: Künftige Änderungen von Regelungen zu Verfassung und Verfahren des BVerfG müssen von Verfassungs wegen die Unabhängigkeit und Selbständigkeit des BVerfG als gleichrangiges Verfassungsorgan respektieren. Der DAV begrüßt diesen Vorschlag daher uneingeschränkt.

b) Art. 93 Abs. 2 S. 1 und 2 GG/E [Anzahl und Wahl der Richter und Senate]

(5) Art. 93 Abs. 2 GG/E gibt über den bisherigen Norminhalt des Art. 94 Abs. 1 S. 1 GG hinaus die Zahl der Senate (Satz 1) sowie die Zahl der Mitglieder jedes Senats, d.h. deren Größe, vor (Satz 2). Die aus § 2 Abs. 1 und 2 BVerfGG übernommenen Regelungen geben die seit Jahrzehnten bewährte Grundstruktur des BVerfG vor, die dessen Einheit und Kontinuität sichert und sichtbar macht.¹⁰ Ihre Konstitutionalisierung bewahrt das Gericht vor einer politisch motivierten Erweiterung durch den einfachen Gesetzgeber mit dem Ziel, kurzfristig Mehrheiten am Gericht zugunsten der Parlamentsmehrheit zu verschieben (sog. *court packing*).¹¹

(6) S. 2 präzisiert zudem über die bisher in Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG vorgesehene Regelung hinaus, dass sich die Pflicht zur hälftigen Besetzung auch auf jeden Senat bezieht. Diese Klarstellung ist notwendig, da sich die verfassungsrechtliche Vor-

Verfassung, Mohr Siebeck 2007; Vorländer, Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts, in: van Ooyen/Möllers, Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, Springer 2024.

⁸ Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 1 Rn. 14; Burkiczak, in: ders./Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 1 Rn. 61; Volp, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 1 Rn. 61 f.; Walter, in: Walter/Grünwald, BVerfGG, 2020, § 1 Rn. 4.

⁹ Volp, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 1 Rn. 61; Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 10.

¹⁰ Heinrichsmeier, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 1; Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 2 Rn. 2; Volp, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 2 Rn. 1; vgl. Berger, Vertrauen ist gut, verfassungsrechtliche Kodifizierung ist besser, VerfBlog, 30.11.2023.

¹¹ Vgl. eindrücklich Steinbeis, Ein Volkskanzler, SZ v. 6.9.2019; ders.: 70 Jahre Grundgesetz: In unsicherer Verfassung, Der Tagesspiegel, 22.5.2019; ders., Wie robust ist das Grundgesetz?, APuZ 16-17/2019, S. 4 (8); Janisch, Richterwahl: Auch Zwei-Drittel-Quorum absichern!, AnwBl, 7.8.2024; Berger, Die institutionelle Gefährdetheit des BVerfG, DVBl 16/2023, 973 (977); Klafki, KritV 2020, S. 113 (125); siehe ferner schon Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, Duncker & Humblot 1994, S. 193-199.

gabe einer hälftigen Wahl durch Bundesrat und Bundestag nach bisher vorherrschender Auffassung nicht auf die beiden Senate beziehen soll.¹² Damit verhindert die Neuregelung die vollständige Besetzung eines Senats durch ein Wahlorgan. Eine solche Form des „*senate packing*“ war bislang als möglich erachtet worden.¹³ Die Neuregelung ist sachgerecht und bringt überdies den Gedanken der föderativen Parität zum Ausdruck.

c) Art. 93 Abs. 3 GG/E [Amtszeit]

- (7) Art. 93 Abs. 3 GG/E konstitutionalisiert – bisher in § 4 BVerfGG normierte – zentrale und bewährte Regelungen zur Amtszeit von Mitgliedern des BVerfG. Die bestehenden Regeln des BVerfGG sind für den Schutz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter im Spannungsfeld zwischen Kontinuität und neuen Impulsen von besonderer Bedeutung.¹⁴ Die daraus resultierende Schutzwürdigkeit dieser Normen spricht für ihre verfassungsrechtliche Absicherung.
- (8) S. 1 des Entwurfs verankert grundgesetzlich die Vorgaben zur richterlichen Amtszeit und Altersgrenze. Diese Regelungen entsprechen dem Prinzip der demokratischen Legitimation auf Zeit und beugen zugleich einer Verkrustung der Rechtsprechung des BVerfG vor.¹⁵ Als Lehre aus den bitteren Erfahrungen in Polen, Ungarn und nicht zuletzt den USA entzieht die Konstitutionalisierung diese bewährten Vorgaben der politischen Opportunität des einfachen Gesetzgebers.
- (9) S. 2 des Entwurfs enthält die Verpflichtung, nach Ablauf der Amtszeit die Geschäfte bis zur Ernennung eines Nachfolgers weiterzuführen. Die Aufnahme dieser Regelung in das Grundgesetz ist ebenfalls sachgerecht. Sie vermeidet Vakanzen und Blockaden und trägt insoweit zur durchgehenden Beschluss-, Arbeits- und

¹² BVerfGE 19, 88 (91); Wolff, in: Hömig/Wolff, GG, 13. Aufl. 2022, Art. 94 Rn. 3; diskutierend Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 104. EL 2024, Art. 94 Rn. 17.

¹³ Siehe Berger, Die institutionelle Gefährdetheit des BVerfG, DVBl 16/2023, 973 (977); Grünewald, in: Walter/Grünewald, BVerfGG, 2020, § 5 Rn. 5; Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 5 Rn. 3; Ruppert, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 5 Rn. 7.

¹⁴ Grünewald, in: Walter/Grünewald, BVerfGG, 2020, § 4 Rn. 6; Heinrichsmeier, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 4 Rn. 4; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, GG, 58. Ed. 2024, Art. 94 Rn. 2; Volp, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 4 Rn. 10; Voßkuhle, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 94 Rn. 7; vgl. zum Schutz vor politischer Kontrolle Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Duncker & Humblot 1985, S. 134.

¹⁵ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, § 5 Rn. 134; Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 4 Rn. 5; Volp, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 4 Rn. 10 f.

Funktionsfähigkeit des BVerfG bei.¹⁶ Zugleich schützt sie verfassungsrechtlich vor dem Einwand, das Gericht sei nach Ablauf der regulären Amtszeit eines oder mehrerer Mitglieder nicht mehr ordnungsgemäß besetzt, weshalb eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorliege.

(10) Mit S. 3 von Art. 93 Abs. 3 GG/E soll die Wiederwahl nun auch verfassungsrechtlich ausgeschlossen werden. Das Verbot der Wiederwahl soll schon heute den Verdacht ausschließen, ein Richter könnte in der Hoffnung auf eine Wiederwahl sein Amt für die Förderung von parlamentarisch vertretenen Partikularinteressen nutzen.¹⁷ Die Regelung dient damit der Gewährleistung *der* und dem Vertrauen *in* die verfassungsrichterliche Unabhängigkeit und Unbeeinflussbarkeit.¹⁸ Sie verdient deshalb ebenfalls besonderen verfassungsrechtlichen Schutz.

d) Art. 93 Abs. 4 GG/E [Geschäftsordnungsautonomie]

(11) Art. 93 Abs. 4 GG/E soll die Geschäftsordnungsautonomie des Gerichts nun ausdrücklich im Grundgesetz verankern. Dies ist eine folgerichtige Klarstellung, da dem BVerfG als (weiterem) unabhängigem Verfassungsorgan dieselbe Geschäftsordnungsautonomie wie den anderen Verfassungsorganen zustehen muss. Zudem wird die konstitutive Bedeutung der Norm, nach der auch eine Pflicht zur Erlassung einer Geschäftsordnung besteht,¹⁹ nun grundgesetzlich untermauert. Ob die verfassungsrechtliche Absicherung der Geschäftsautonomie „im Ernstfall“ maßgeblich zur Resilienz des Gerichts vor missbräuchlichen Übergriffen der anderen Gewalten beitragen kann, muss allerdings bezweifelt werden: Verfahrensrechtliche Vorgaben, die auf die Schwächung oder Ausschaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit abzielten, erfolgten in Staaten wie Polen, der Türkei, Israel, Venezuela und Ungarn auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts. Sehr viel

¹⁶ Grünewald, in: Walter/Grünewald, BVerfGG, 2020, § 4 Rn. 14; Heinrichsmeier, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 4 Rn.11; Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 4 Rn. 10; Hopfau, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 94 Rn. 26; Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 3.

¹⁷ Grünewald, in: Walter/Grünewald, BVerfGG, 2020, § 4 Rn. 13; Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, Duncker & Humblot 1994. S. 187; Heinrichsmeier, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 4 Rn. 8; Volp, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 4 Rn. 13.

¹⁸ Heinrichsmeier, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 4 Rn. 8; Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 4 Rn. 8.

¹⁹ Burkiczak, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 1 Rn. 102; Volp, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 1 Rn. 100; Walter, in: Walter/Grünewald, BVerfGG, 2020, § 1 Rn. 14.

wichtiger als die Geschäftsautonomie wäre eine zweite Verteidigungslinie, die zumindest wesentliche Verfahrensvorschriften des Gerichts den einfachen Mehrheiten des Bundestages entzieht (siehe unter III.).

e) Art. 94 Abs. 4 S. 1 GG/E [Bindungswirkung]

(12) Art. 94 Abs. 4 S. 1 GG/E ordnet die bisher nur in § 31 Abs. 1 BVerfGG einfachgesetzlich festgeschriebene Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG an. Die Regelung bindet staatliche Hoheitsträger wie die Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden des Bundes und der Länder in ihrem Handeln an die Entscheidungen und Auslegungen des BVerfG. Die Bindungswirkung dient der Sicherung des Vorrangs der Verfassung, der Effektivität der Verfassungsgerichtsbarkeit und damit insgesamt dem dauerhaften Bestand des Grundgesetzes.²⁰ Auch wenn diese Bindungswirkung schon heute aus der Verfassung abzuleiten sein dürfte (Art. 93 GG: „Das Bundesverfassungsgericht entscheidet“), ist sie schützenswert.²¹

(13) Zu Unrecht wurde gegen die grundgesetzliche Verankerung von § 31 BVerfGG vorgebracht, Hoheitsträger würden damit unwiederbringlich an „Fehlentscheidungen“ des BVerfG – insbesondere wenn dies „durch Extremisten besetzt“ sei – gebunden; darin liege eine „tiefgreifende Veränderung“ unserer Rechtsordnung.²² Dies ist, erstens, bereits deshalb unzutreffend, weil der Kern der Bindungswirkung schon heute als indisponibel gilt;²³ die Bindung der anderen Verfassungsorgane an bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen ergibt sich nach der Rechtsprechung bereits aus dem Grundgesetz selbst.²⁴ Eine „tiefgreifende Verände-

²⁰ Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 31 Rn. 1, 75; Heusch, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 31 Rn. 13; Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 31 Rn. 2; von Ungern-Sternberg, in: Walter/Grünwald, BVerfGG, 2020, § 31 Rn. 1.

²¹ Nach Bethge handelt es sich um „die zentrale Norm“ des BVerfGG, siehe Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 31 Rn. 1; ähnlich Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 94 Rn. 137.

²² Kähler, FAZ Einspruch v. 7.6.2024.

²³ Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 31 Rn. 10.

²⁴ Mit Verweis auf Art. 20 Abs. 3 GG, BVerfGE 40, 88 (93 f.); 115, 97 (108); siehe auch Kirchner, Karlsruhes Vollstrecker, VerfBlog, 10.4.2024; Heusch, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 31 Rn. 13 f., 51, 71; dafür spricht auch, dass die Bindungswirkung vom Verfassungsgeber als selbstverständlich erachtet und daher verfassungsrechtlich vorausgesetzt statt ausdrücklich normiert wurde, siehe Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 31; Heusch, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 31 Rn. 4.

nung“ der deutschen Rechtsordnung wird offenkundig mit Art. 94 Abs. 1 GG/E weder bezweckt noch bewirkt. Zweitens trägt die Bindungswirkung schon bisher Änderungen von Umständen, gesellschaftlichen Verständnissen und Lebensverhältnissen Rechnung;²⁵ sie wird dies auch nach ihrer Konstitutionalisierung tun. Im Übrigen ergibt sich aus der Bindungswirkung weder ein ausnahmsloses Normwiederholungsverbot des Gesetzgebers²⁶ noch, anders als von der Kritik vorgebracht, eine automatische Strafbarkeit von Richtern andersentscheidender Gerichte wegen Rechtsbeugung.²⁷ Stets bleibt die Möglichkeit, eine problematische Entscheidung erneut vor das BVerfG zu bringen, so dass dieses sich ggf. selbst korrigieren kann.²⁸ Eine Versteinerung der Verfassungsinterpretation und eine Änderung der Grundsätze über die verfassungsrechtliche Rechtsfortbildung ist daher nicht zu befürchten.²⁹ Drittens dienen die Reformen gerade dazu, die Ausgewogenheit des Gerichts und seiner Rechtsprechung auch in den kommenden Jahrzehnten zu gewährleisten. Die verfassungsrechtliche Klarstellung ihrer Bindungswirkung kann deshalb nicht aus Sorge vor „Extremisten“ im Gericht infrage gestellt werden.

f) Fehlende Konstitutionalisierung des 2/3-Erfordernisses für Richterwahlen

(14) Zur Enttäuschung (nicht nur) des DAV sieht der Entwurf davon ab, das Erfordernis einer 2/3-Mehrheit für die Wahl von Richterinnen und Richtern (§§ 6 bis 7a BVerfGG) zu konstitutionalisieren und damit dem einfachen Gesetzgeber zu entziehen. Für eine solche Absicherung hatten sich nicht nur eine von der Justizministerkonferenz eingesetzte Bund-Länder-Arbeitsgruppe, sondern auch zahlreiche ehemalige Richterinnen und Richter des BVerfG ausgesprochen.³⁰ Sie verweisen auf die

²⁵ BVerfGE 33, 199 (203 f.); 78, 38 (48); 82, 198 (205); 128, 326 (364 f.); Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 31 Rn. 100.

²⁶ Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 31 Rn. 71, 121; Heusch, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 31 Rn. 59, 61; Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 31 Rn. 37.

²⁷ Vgl. Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 63. EL 2023, § 31 Rn. 20.

²⁸ Vgl. Heusch, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 31 Rn. 67.

²⁹ Vgl. Heusch, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 31 Rn. 56-59; Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 31 Rn. 27.

³⁰ Britz/Eichberger, FAZ v. 10.1.2024; Grimm, FAZ v. 26.7.2024; Masing, Zeit Online v. 22.4.2024; Müller, FAZ v. 2.10.2024, Nr. 230; ders., Wenn schon, denn schon! NJW-Editorial 2024, 6.6.2024; Papier, Rheinische Post v. 18.1.2024; Voßkuhle, Die Zeit v. 16.11.2023, Nr. 48, S. 8; siehe auch Nußberger, Verfassungskonsenskultur in Gefahr, VerfBlog, 30.7.2024; Wittreck, Empfehlen sich Regelungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Justiz bei der Besetzung von Richterpositionen?, 73. dtj I/G, S. 51.

elementare Bedeutung der 2/3-Mehrheit für die Funktionsweise des Gerichts.³¹ Tatsächlich besteht in der Staatsrechtslehre Einigkeit, dass das Erfordernis der qualifizierten Mehrheit in der Vergangenheit eine politisch einseitige Besetzung verhindert hat.³² Das Erfordernis einer 2/3-Mehrheit wurde daher zutreffend als „prägendes Strukturprinzip“³³ bezeichnet, wohingegen die Einführung einfacher Mehrheiten für die Richterwahl als verfassungsrechtlich, zumindest aber als verfassungspolitisch bedenklich eingestuft wurde.³⁴ Das Beispiel des US-Supreme Court zeigt: Die Absenkung eines qualifizierten Quorums muss keineswegs von autoritären oder antidemokratischen Regierungsmehrheiten ausgehen, sondern

³¹ Jüngst Grimm, SZ v. 4.11.2024: „Die Zweidrittelmehrheit ist in der Geschichte der Bundesrepublik der eigentliche Garant für den Erfolg des Bundesverfassungsgerichts gewesen. Sie hat dazu geführt, dass Verfassungsrichter nur werden kann, wer sowohl die Zustimmung der Regierungsmehrheit als auch der Opposition findet. (...) Nicht Parteinähe, sondern juristische Professionalität steht im Vordergrund. (...) Gerade daraus, dass es in Karlsruhe nicht um Fortsetzung der Parteipolitik, sondern um Verfassungsrecht geht, zieht das Gericht seine hohe Legitimität.“; Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“, 18.4.2024, S. 9 ff.

³² Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, § 5 Rn. 128; Eichberger, Die erste von drei Säulen, VerfBlog, 16.4.2024; Gärditz, DRiZ 2018, S. 20 (21); Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henke, GG, 15. Aufl., Art. 94 Rn. 41; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, GG, 58. Ed. 2024, Art. 94 Rn. 5; Ruppert, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl., § 6 Rn. 25, 28; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 43; Schreier, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, Nomos 2016, S. 144 f.; Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 104. EL 2024, Art. 94 Rn. 18; vgl. bereits Arndt, Das Bundesverfassungsgericht, DVBl 10/1951, S. 297 (298); Bahlmann, Bedarf die Mitwirkung der Opposition bei Verfassungsrichterwahlen einer zusätzlichen verfassungsrechtlichen Absicherung?, ZRP 1973, 287 (288-289); Billing, Das Problem der Richterwahl zum BVerfG, Duncker & Humblot 1969, S. 97-98, 231; Seuffert, Das Bundesverfassungsgericht und die politischen Parteien, in: Vogel et al. (Hg.), Die Freiheit des Anderen (FS Martin Hirsch), Nomos 1981, S. 447 (451); von Eichborn, Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem, Duncker & Humblot 1969, nach dem man in einem Staat mit geschriebener Verfassung daher fordern dürfe, dass „Bestimmungen von solcher Bedeutung für die Existenz eines Verfassungsorgans in den Text des Grundgesetzes selbst Aufnahme finden“ (S. 60).

³³ Schröder, Verfassungsrichterwahl im transparenten Konsens?, ZG 2015, S. 150 (152).

³⁴ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, § 5 Rn. 128; Voßkuhle, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 94 Rn. 9; ferner Alberts, Die Änderungsbefugnisse der Legislative im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Bönecke 1972, S. 143; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, GG, 58. Ed. 2024, Art. 94 Rn. 5; Schmidt, Art 42 II GG und die Wahl der Bundesverfassungsrichter, JA 1999, 479 (480); für Bahlmann ist die erhöhte Bestandsgarantie der „verfassungsrechtlichen Grundordnung immanent“, weshalb die entsprechenden Bestimmungen „nicht durch eine inadäquate Regelung ersetzt werden“ könnten, siehe Bahlmann, Bedarf die Mitwirkung der Opposition bei Verfassungsrichterwahlen einer zusätzlichen verfassungsrechtlichen Absicherung?, ZRP 1973, 287 (289); ebenfalls von einer „immanenten erhöhten Bestandsgarantie“ sprechend von Eichborn, Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem, Duncker & Humblot 1969, S. 61 ff.; für Billing ergibt sich das Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Verankerung der wesentlichen Elemente der Richterwahl aus der Qualität als oberstes Staatsorgan, der Funktion als Hüter der Verfassung sowie dem Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit, siehe Billing, Das Problem der Richterwahl zum BVerfG, Duncker & Humblot 1969, S. 108-110; vgl. dagegen jedoch BVerfG, 23.07.1998 - 1 BvR 2470/94 (= NVwZ 1999, 638 (640)), wonach das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für die Wahl von Landesverfassungsrichtern zwar „wünschenswert“, jedoch grundgesetzlich nicht geboten sei.

kann durchaus von demokratischen Parteien betrieben werden, um ein vermeintliches „Patt“ aufzulösen.³⁵

(15) Ernst zu nehmen sind allerdings auch diejenigen Stimmen, die im Ersatzwahlmechanismus keine hinreichende Gewähr sehen, obstruktive Sperrminoritäten sowohl im Bundestag als auch im Bundesrat zu überwinden.³⁶ Ebenso wie dem Bundesverfassungsgericht liegen auch dem DAV keine weitergehenden Erkenntnisse über künftige Mehrheitsverhältnisse in Bundestag und Bundesrat vor, die es erlauben würden, den Ersatzwahlmechanismus als eine tragfähige Rechtsgrundlage für die ordnungsgemäße Besetzung in den kommenden Jahrzehnten zu qualifizieren. Zur grundsätzlichen und grundgesetzlichen Absicherung der 2/3-Mehrheit hätte es sich aus Sicht des DAV zwar angeboten, einen weiteren Ersatzwahlmechanismus zu schaffen. Die nun vorliegenden Entwürfe haben allerdings von einem derartigen (weiteren) Mechanismus zur Lösung von Blockaden abgesehen. Umso dringlicher erscheint es, künftige Änderungen des 2/3-Erfordernisses nicht länger einer einfachen Mehrheit des Bundestages zu überantworten. Soll das 2/3-Erfordernis für die Richterwahl oder gar der Ersatzwahlmechanismus angetastet werden, kann und darf dies nicht ohne Zustimmung des Bundesrates geschehen. Allein ein Zustimmungserfordernis würde eine hinreichende – und demokratisch legitimierte – Sicherung des Wahlverfahrens vor einer einseitigen Senkung des Quorums durch den Bundestag gewährleisten und dem einfachen Gesetzgeber zugleich genügend Spielraum für künftig womöglich erforderliche Änderungen des Wahlverfahrens belassen (siehe unter III.).

3. Ersatzwahlmechanismus („2. Säule“)

(16) Art. 93 Abs. 2 S. 3 GG/E enthält eine Öffnungsklausel für einen neuen Ersatzwahlmechanismus, der mithilfe von Abs. 5 des § 7a BVerfGG/E sogleich eingeführt werden soll. Der DAV hält im Ergebnis auch diesen Mechanismus für gelungen, sofern er seinerseits institutionell abgesichert wird (unter III.). Er verstärkt zum einen den Einigungsdruck auf das – vermeintlich – blockierte

³⁵ Siehe etwa Gawehns, Goodbye Filibuster? Institutioneller Wandel im polarisierten US-Senat, ZParl 50 (4), 830 (841 f.); Miller, “The Constitutional Court in Crisis?” Interview der Konrad Adenauer-Stiftung vom 20.10.2023.

³⁶ Siehe etwa Heveling, Die Zeit v. 3.2.2024 (Interview), „Wir müssen uns vor Verschlimmbesserungen hüten“.

Wahlorgan und gewährleistet damit zumindest *de facto* die Einbeziehung der Opposition. Zum anderen bietet er hinreichende Vorsorge gegen obstruktive Sperrminoritäten in den Wahlorganen.

(17) § 7a Satz 1 BVerfGG/E sieht vor, dass das Wahlrecht vom jeweils anderen Wahlorgan ausgeübt werden kann, wenn das eigentlich zuständige Wahlorgan innerhalb von drei Monaten, nachdem ihm das BVerfG einen Wahlvorschlag gemacht hat, keinen Nachfolger gewählt hat. Der Mechanismus soll so die Nachbesetzung vakanter Richterstellen und damit die Funktionsfähigkeit des BVerfG für Fälle sicherstellen, in denen die für die Wahl der Richterinnen und Richter erforderliche 2/3-Mehrheit in Bundestag (§ 6 BVerfGG) oder Bundesrat (§ 7 BVerfGG) nicht zustande kommt.³⁷

(18) Gegen den Ersatzwahlmechanismus in seiner vorgesehenen Form könnte – erstens – zwar angeführt werden, dass er im Keim eine Abkehr vom bewährten Grundsatz der hälftigen Wahl von Bundestag und Bundesrat zulässt, der seinerseits maßgeblich zur Akzeptanz der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im föderativen Bund-Länder-Verhältnis beigetragen hat. Der Ersatzwahlmechanismus ermöglicht bei langanhaltender Blockade eines Wahlorgans sogar die vollständige Besetzung des BVerfG durch das andere Wahlorgan: Nach § 7a Abs. 5 S. 2 BVerfGG/E „gilt“ ein vom Ersatzwahlorgan gewählter Richter *de iure* als vom ursprünglichen Wahlorgan gewählt. Dies könnte es für das Ersatzwahlorgan attraktiv machen, frühzeitig mit eigenen Kandidaten aufzuwarten, während das vermeintlich „blockierte“ Wahlorgan noch um geeignete Wahlvorschläge ringt.³⁸

(19) Eine solche Kritik griffe in mehrfacher Hinsicht zu kurz. Zum einen ist der Ersatzwahlmechanismus als Ausnahme konzipiert und wird die Ausnahme bleiben. Zum anderen wird das Wahlrecht der Wahlorgane und Abgeordneten und damit der ursprüngliche föderative Charakter der Wahlen zum BVerfG als solcher nicht beschnitten. Es hängt allein vom betreffenden Wahlorgan und seiner internen Entscheidungsfindung ab, ob der Ersatzwahlmechanismus aktiviert werden muss.

³⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Untersuchungsausschussgesetzes, BT Drs. 20/12978, Art. 1 Nr. 1.

³⁸ Siehe auch Klatt, Wer will schon mit Ansage scheitern, LTO, 31.7.2024.

In diesem Sinne hält die bloße Möglichkeit der Ersatzwahl die Akteure im „eigentlich“ zuständigen Wahlorgan positiv dazu an, sich aktiv um einen breiten Konsens zu bemühen. Mittelbar und mittelfristig könnte dieser Einigungsdruck auch dazu führen, dass parteipolitische und -strategische Einflüsse auf die Vorschläge in den Hintergrund treten und rein fachliche Kriterien wie die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Erfahrung und Arbeitseffizienz den Ausschlag geben. Schon aus diesem Grunde hält der DAV den Vorschlag für eine kluge und zielführende Lösung.

(20) Gegen den Ersatzwahlmechanismus könnte – zweitens – vorgebracht werden, er drohe das bewährte Erfordernis einer 2/3-Mehrheit für die Richterwahl und die damit notwendige Einbindung der Opposition zu umgehen. Statt sich im regulär vorgesehenen Wahlorgan um eine qualifizierte Mehrheit für einen allseits akzeptierten Kandidaten zu bemühen, könnte dieses Wahlorgan sogleich auf das Ersatzwahlorgan ausweichen und damit die legitime Partizipation der Sperrminorität aushebeln.³⁹ Zutreffend wird dem allerdings entgegengehalten, dass sich ein Wahlorgan nicht notwendigerweise einer konstruktiven und verhandlungsbereiten Sperrminorität mit legitimen Partizipationsinteressen gegenüberstellt, sondern die Gefahr obstruktiver Wahlblockaden besteht. Eben für einen solchen Fall bietet der Ersatzwahlmechanismus einen praktikablen Ausweg, der überdies das Erfordernis einer 2/3-Mehrheit und damit einen breiten Konsens verlangt.⁴⁰

(21) Infrage gestellt werden könnte – drittens – die politische Prämisse des Ersatzwahlmechanismus, nämlich dass es nur in einem der beiden Wahlorgane zu obstruktiven Sperrminoritäten kommt. Ebenso wenig wie dem BVerfG⁴¹ liegen zwar auch dem DAV keine besonderen Erkenntnisse über künftige politische Mehrheitsbildungen vor. Generell dürften allerdings im Bundesrat einseitige und extremistische Sperrminoritäten weitaus schwieriger zu bilden sein als im Bundestag. Das liegt nicht nur an der verfassungsrechtlich vorgesehenen Stimmgewichtung (Art. 51 Abs. 2 GG), sondern auch daran, dass sich die

³⁹ Rath, Gegen den leichtfertigen Verzicht auf die Zwei-Drittel-Mehrheit, LTO, 10.10.2024.

⁴⁰ Rath, Gegen den leichtfertigen Verzicht auf die Zwei-Drittel-Mehrheit, LTO, 10.10.2024.

⁴¹ Plenumsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. September 2024 zu möglichen Änderungen der gesetzlichen Vorschriften über das Bundesverfassungsgericht.

Mitgliedschaft im Bundesrat aus zeitlich versetzten Landtagswahlen ergibt, aus denen i.d.R. jeweils regionale Koalitionsregierungen (einschl. Minderheitsregierungen) hervorgehen.⁴² Es ist daher sehr unwahrscheinlich, dass es eine in Fundamentalopposition verharrende Sperrminorität gleichzeitig in beiden Wahlorganen gibt.⁴³

(22) Soweit – viertens – die konkrete Formulierung der verfassungsrechtlichen Öffnungsklausel des Ersatzwahlmechanismus als unzureichend angesehen wurde⁴⁴, greifen auch diese Bedenken nicht durch. Es trifft zwar zu, dass nach dem GG (Art. 42 Abs. 2, 52 Abs. 3 GG) ein Organ seine Beschlüsse jeweils selbst zu treffen hat und eine Vertretung hiernach grundsätzlich ausgeschlossen ist. Der in § 7a Abs. 5 BVerfGG/E vorgesehene Ersatzwahlmechanismus einschl. der dort vorgesehenen (fiktiven) Anrechnung ist jedoch im Wortlaut des Art. 93 Abs. 2 S. 3 GG/E ausdrücklich angelegt: Das Wahlrecht kann hiernach „vom anderen Wahlorgan ausgeübt werden“. Die verfassungsrechtliche Zuständigkeit verbleibt hiernach grundsätzlich beim ursprünglichen Wahlorgan und kann unter strikten Voraussetzungen vom anderen Wahlorgan nur übergangs- und vertretungsweise ausgeübt werden. Dies wird auch gestützt durch Art. 93 Abs. 2 S. 2 GG/E, der ausdrücklich und eindeutig die *de jure* hälftige Wahl der BVerfG-Richter vorsieht bzw. diese fingiert, auch wenn durch den neuen Ersatzwahlmechanismus davon abgewichen wird. Der Entwurf trägt also weiterhin dem Grundsatz Rechnung, dass Bundestag und Bundesrat ihre Beschlüsse selbst zu fassen haben. Ob es im Sinne der Rechtsklarheit sinnvoll wäre, etwaige Unklarheiten noch in den weiteren Beratungen und Gesetzgebungsmaterialien auszuräumen, ist eine andere Frage.

(23) Im Ergebnis ist der Ersatzwahlmechanismus zu begrüßen. Es handelt sich um probate und erforderliche Regelungen, die Blockaden und letztlich sogar einer vollständigen Funktionsunfähigkeit des BVerfG vorbeugen. Durch den Mechanismus können vakante Richterposten zeitnah nachbesetzt werden, ohne dass das bewährte 2/3-Quorum aufgegeben werden muss. Nicht zuletzt garantiert die Wahl im Ersatzorgan eine höhere demokratische Legitimation als alternative

⁴² Spieker, Kein Mut zur Lücke!, VerfBlog, 22.10.2024; vgl. Billing, Das Problem der Richterwahl zum BVerfG, Duncker & Humblot 1969, S. 286-287.

⁴³ Forck, VerfBlog, 10.5.2024; vgl. Müller, FAZ v. 2.10.2024, S. 4; Spieker, Kein Mut zur Lücke!, VerfBlog, 22.10.2024.

⁴⁴ Klatt/Weber, Vertretene Organe, VerfBlog, 22.10.2024.

Blockadelösungsmechanismen außerhalb der Legislativorgane, wie z.B. die schlichte Weiterführung der Amtsgeschäfte durch den zu ersetzenden Richter, Richterwahlausschüsse der Justiz oder die Beteiligung des Bundespräsidenten.⁴⁵ Aufgrund der dargestellten Nachteile des Ersatzwahlmechanismus sollte von diesem dennoch nur im Notfall Gebrauch gemacht werden. Der Ausnahmecharakter könnte in den Gesetzesmaterialien verdeutlicht werden.

III. Was fehlt: Einbindung des Bundesrats (Art. 93 Abs. 5 GG/E, „3. Säule“)

(24) Im Einklang mit vielen anderen Stimmen hält es der DAV für zwingend, den Bundesrat in künftige Änderungen von Verfassung und Verfahren des BVerfG einzubinden. Konsequenter und vorzugswürdiger wäre ein generelles Zustimmungserfordernis (Option 1). Jedenfalls aber bedürfen das Wahlverfahren und die Mehrheiten für Senatsentscheidungen zusätzlicher Resilienz (Option 2).

1. Generelles Zustimmungserfordernis zu BVerfGG-Änderungen (Option 1)

(25) Ein Zustimmungserfordernis des Bundesrates für künftige Änderungen des BVerfGG würde erheblich zu der mit den Vorschlägen intendierten Resilienz des Bundesverfassungsgerichts beitragen. Sie läge in der Intention des vorliegenden Gesetzentwurfs, die für die Unabhängigkeit des Gerichts grundlegenden Regelungen einer Änderung durch einfache Mehrheiten des Bundestages zu entziehen.⁴⁶ Die Notwendigkeit der Aufnahme des Zustimmungserfordernisses in das Grundgesetz folgt aus den Erfahrungen in vielen Staaten, in denen jeweils knappe und sogar fragile Regierungsmehrheiten die Verfassungsgerichte politisch kapern und/oder auf die Linie der jeweiligen Regierungsmehrheiten bringen konnten.⁴⁷

(26) Für ein generelles Zustimmungserfordernis spricht schon die grundlegende Bedeutung des BVerfG für das Verhältnis zwischen Bund und Ländern. Dem BVerfG kommt zur Wahrung der föderativen Machtbalance seit jeher ein entscheidendes

⁴⁵ Forck, VerfBlog, 10.5.2024; Talg/Wittreck, Physiotherapie für die Richterwahl, VerfBlog, 9.4.2024; Rath, Gegen den leichtfertigen Verzicht auf die Zwei-Drittel-Mehrheit, LTO, 10.10.2024.

⁴⁶ Bundesrat, Drs. 457/24(B).

⁴⁷ Vgl. nur Duden, RabelsZ 2020, S. 637 (640 ff.) m.w.N.

Gewicht zu.⁴⁸ So ist es durch die Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 GG, wie etwa dem Bund-Länder-Streit, dem Organstreitverfahren und der abstrakten Normenkontrolle, zuständig für die Lösung von Kompetenzstreitigkeiten im Bundesstaat sowie die Entscheidung über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit Bundesrecht.⁴⁹ Auch die Bindung und Betroffenheit der Länder und ihrer Justiz von Entscheidungen des BVerfG legen das Zustimmungserfordernis nahe.⁵⁰

(27) Ein generelles Zustimmungserfordernis erscheint auch deshalb folgerichtig, weil Bundestag und Bundesrat das BVerfG gemeinsam kreieren.⁵¹ Seit Gründung der Bundesrepublik werden die Richterinnen und Richter „je zur Hälfte vom Bundestage und vom Bundesrate gewählt“ (Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG). Das BVerfG, dessen Sitz nicht zufällig fernab der Bundeshauptstadt liegt, wird damit gleichberechtigt vom Bundestag und vom Bundesrat und damit gesamtstaatlich legitimiert.⁵² Bundestag und Bundesrat tragen somit gemeinsam Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des Gerichts.⁵³ Dies ist konsequent: Wenn das BVerfG verbindlich über die Rechte und Pflichten der Länder entscheiden kann, müssen diese auch an der Ausgestaltung der normativen Grundlagen des Gerichts qualifiziert mitwirken können.⁵⁴

(28) Umgekehrt ist es verfassungspolitisch höchst bedenklich, dass der Bundestag *de lege lata* fundamentale normative Grundlagen des BVerfG bis hin zur Richterwahl – und zwar auch in Bezug auf die Wahl der Richter spezifisch durch den Bundesrat (vgl. § 7 BVerfGG) - und internen Mehrheitserfordernissen mit einfacher Mehrheit

⁴⁸ Siehe ausführlich Koriath, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundesstaat, in: van Ooyen/Möllers, Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, Springer 2024; zum Verhältnis zwischen BVerfG und Bundesstaatsprinzip, siehe auch Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, Duncker & Humblot 1994, S. 151-153; im Kontext des Bund-Länder-Streits Alberts, Die Änderungsbefugnisse der Legislative im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Bönecke 1972, S. 51-63.

⁴⁹ Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 45; darauf hinweisend auch Forck, VerfBlog, 10.5.2024.

⁵⁰ Bundesrat, Drs. 457/24(B), Begründung.

⁵¹ Hopfau, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 94 Rn. 31; Kröger, Richterwahl, in: Starck (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band I, Mohr Siebeck 1976, S. 76 (79).

⁵² Schäfer, Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, Grote 1980, S. 10 (16); vgl. Ruppert, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 5 Rn. 5.

⁵³ Masing, Zeit Online, 22.4.2024; Müller, FAZ v. 2.10.2024, S. 4.

⁵⁴ Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“, 18.4.2024, S. 39 f.; Spieker, Kein Mut zur Lücke!, VerfBlog, 22.10.2024.

autonom ausgestalten darf, obwohl auch die Länder von dessen Entscheidungen betroffen und an diese gebunden sind.⁵⁵ Entscheidungen über Änderungen des BVerfGG sind für Bund und Länder, Bundestag und Bundesrat, Bundes- und Länderjustiz, gleichermaßen bedeutsam. Die Einführung des Zustimmungserfordernisses entspricht daher der dem Bundesrat nach dem Grundgesetz zukommenden Funktion als Anker der Konsens- und Verhandlungsdemokratie.⁵⁶ Bekanntlich war es Intention der Mütter und Väter des Grundgesetzes, den Föderalismus als „machtbeschränkenden Stabilitätsfaktor“ im institutionellen Gefüge der Bundesrepublik Deutschland zu nutzen.⁵⁷ Da die Mehrheitsverhältnisse im Bundestag und im Bundesrat regelmäßig divergieren, käme dem Zustimmungserfordernis demnach eben die (Resilienz-)Funktion zu, die das Grundgesetz von vornherein im Blick hatte.⁵⁸

(29) Mit Blick auf drohende Blockaden der Landesverfassungsgerichtsbarkeit könnte die Bedeutung des BVerfG für die Wahrung des (Landes-)Verfassungsrechts sogar weiter zunehmen: Obstruktive Sperrminoritäten drohen – wie nunmehr in Thüringen – die Landesverfassungsgerichte / Staatsgerichtshöfe und andere Gerichtsbarkeiten zunehmend zu blockieren.⁵⁹ Als Option bietet das Grundgesetz den Ländern für einen solchen Fall die Organleihe des Bundesverfassungsgerichts (Art. 99 GG):⁶⁰ Wenn nach dem GG dem BVerfG die Entscheidungsbefugnis für alle landesverfassungsrechtlichen Streitigkeiten übertragen werden kann, gibt es keinen Grund, die Bundesländer pauschal von Änderungen der Verfassung und der Verfahren „ihres“ Gerichts auszuschließen.

(30) Die Sorge, ein Zustimmungserfordernis würde den Ländern zu viel Macht übertragen oder ihnen gar die Möglichkeit zu „Tauschgeschäften“ und sachwidrigen Blockaden im Falle künftiger BVerfGG-Anpassungen übertragen, ist hiernach unbegründet. Sie verkennt schon im Ansatz die wechselseitige Bedeutung, die das BVerfG nach dem GG sowohl für die Länder als auch für den Bund aufweist. Nichts

⁵⁵ Vgl. Forck, VerfBlog, 10.5.2024.

⁵⁶ Siehe dazu Koriotoh, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 50 Rn. 32.

⁵⁷ Bundesrat, Drs. 457/24(B), Rn. 2.

⁵⁸ Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“, 18.4.2024, S. 38.

⁵⁹ Talg/Wittreck, VerfBlog, 9.4.2024; Kirschnick/Karpenstein, VerfBlog, 6.5.2024.

⁶⁰ Machura/Weickert, VerfBlog, 14.3.2024.

spricht dafür, dass sich die Justizministerinnen und -minister der Länder ihrer Verantwortung für die Funktionsfähigkeit der Justiz und speziell des Bundesverfassungsgerichts weniger bewusst wären als ihre Kolleginnen und Kollegen im Bundesjustizministerium. Bei alledem ist wiederum zu berücksichtigen, dass sich föderale Länderkammern *erstens* schon strukturell resilienter als Bundesparlamente erweisen, da sich ihre Mitgliedschaft weniger aus aktuellen politischen Strömungen und Aufregungen, sondern sukzessive aus Landtagswahlen ableitet, die ihrerseits zumeist zu parteiübergreifenden Koalitionen mit einem breiten Spektrum führen.⁶¹ Und *zweitens* bringt die Zustimmungspflicht kein Risiko für den status quo mit sich, da es beim Zustimmungserfordernis lediglich darum geht, diesen status quo gegen aktive Änderungen abzusichern. Der Bundesrat kommt also als „zweite Verteidigungslinie“ hinzu, ohne dass von ihm irgendeine Gefahr für die – derzeit völlig unstrittige – Funktionsfähigkeit des BVerfG ausgehen könnte.

(31) Für ein Zustimmungserfordernis spricht ferner dessen minimalinvasiver und systemimmanenter Charakter.⁶² Es benötigt keine Änderung formellen Prozess- oder Gerichtsverfassungsrechts, geschweige denn des materiellen Rechts, sondern verspricht lediglich als prozedurales Sicherungsmittel wirksamen zusätzlichen Schutz. Es ist ein im regulären Gesetzgebungsverfahren des Grundgesetzes bereits vorgesehenes und in seiner praktischen Anwendung eingeübtes Instrument. Auslegungsbedürftige oder gar systemfremde Voraussetzungen für Änderungen des BVerfGG würden nicht eingeführt.⁶³

(32) Entscheidend sprechen für die Zustimmungspflicht des BVerfGG jedoch die Folgerungen, die aus den sog. „Justizkrisen“ in Polen, Israel, Ungarn, Venezuela, der Türkei und vielen anderen Staaten zu ziehen sind: Autoritär-populistische Regierungsmehrheiten gleich welcher Couleur haben es dort jeweils unternommen, mit vermeintlich „technischen“ und meist unspektakulären Änderungen des Verfahrensrechts die Gewaltenteilung auszuhebeln. Destruktiven Fantasien waren und sind keine Grenzen gesetzt:

⁶¹ Vgl. insoweit schon Billung, Das Problem der Richterwahl zum BVerfG, Duncker & Humblot 1969, S. 286-287.

⁶² Forck, VerfBlog, 10.5.2024; Spieker, Kein Mut zur Lücke!, VerfBlog, 22.10.2024.

⁶³ Limbach, Bundesrat, Plenarprotokoll 1047, 27.9.2024, S. 343; Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“, 18.4.2024, S. 39.

- Die gesetzliche Verkürzung von Beschwerde- oder Antragsfristen könnte die Möglichkeit ausschließen, Verfassungsverletzungen rechtzeitig hinreichend substantiiert zu rügen.
- Die gesetzliche Einführung einer Pflicht, sämtliche (auch Nichtzulassungs-)Entscheidungen zu begründen, würde – bei einem wöchentlichen Eingang von etwa 100 Verfassungsbeschwerden – die Kammern des Gerichts binnen kürzester Zeit handlungsunfähig machen.
- Die gesetzliche Verlegung des Sitzes des Gerichts könnte dessen Verfahrenserledigung über Jahre substantiell erschweren.
- Die gesetzliche und zielgerichtete Verschärfung der Befangenheitsregelungen kann zu einem beliebigen Mittel werden, missliebige Richterinnen und Richter aus bestimmten Verfahren auszuschließen oder externen Druck auszuüben.
- Die gesetzliche Erhöhung der Substantiierungsanforderungen könnte effektiven Rechtsschutz – speziell im Verfahren der einstweiligen Anordnung – in der Praxis aushebeln.
- Gesetzliche Vorgaben für die Reihenfolge der Abarbeitung könnten das Gericht daran hindern, staatspolitisch besonders relevante und aktuelle Verfahren vorrangig zu entscheiden.
- Die gesetzliche Pflicht zu einer öffentlichen oder für die anderen Gewalten protokollierten Beratung würde Druck auf die Meinungsbildung der Richterinnen und Richter ausüben.

(33) Um einfache Parlamentsmehrheiten auch in den kommenden 75 Jahren von solcherlei Versuchungen abzuhalten, sollte ein generelles Zustimmungserfordernis sehr ernsthaft in Erwägung gezogen werden. Das BVerfG würde systemkonform abgesichert, ohne die Flexibilität einzuschränken, die das einfache Recht im Vergleich zum Verfassungsrecht bietet.⁶⁴ Auf eine weitere Überführung von Detailregelungen in das Grundgesetz könnte auch in Zukunft verzichtet werden, weil mit

⁶⁴ Vgl. Klafki, KritV 2020, S. 113 (127).

einem Zustimmungserfordernis ein ausreichender Sicherungsmechanismus bestünde.⁶⁵ Insofern böte die Beteiligung des Bundesrats eine Antwort auf *beide* Herausforderungen des Gesetzgebungsverfahrens: Obstruktiven Sperrminoritäten vorzubeugen *und* einfachgesetzliche Übergriffe auf das BVerfGG zu verhindern.⁶⁶ Die Zustimmungsbedürftigkeit von Änderungen des BVerfGG ist damit der einzige Resilienzmechanismus, der nicht punktuell, sondern umfassend wirkt. Eine Zustimmungsbedürftigkeit wäre sowohl konstitutionell als auch zur Verwirklichung der Gesetzeszwecke folgerichtig.

2. Zustimmungserfordernis für funktionswesentliche Regelungen (Option 2)

(34) Jedenfalls aber sollten künftige Änderungen des Verfahrens zur Wahl zum Mitglied des Bundesverfassungsgerichts (unter a.) sowie die Quoren, die für Senatsentscheidungen erforderlich sind (unter b.), der Zustimmung des Bundesrates unterliegen. Derartige, auf bestimmte Regelungskomplexe beschränkte Zustimmungserfordernisse sind im Grundgesetz ausdrücklich angelegt (vgl. etwa Art. 77 Abs. 2a GG); zahlreiche Vorschriften des Grundgesetzes enthalten solche – auf bestimmte Regelungskomplexe oder deren Auswirkungen beschränkte – Zustimmungserfordernisse.⁶⁷

a) Richterwahl

(35) Das Erfordernis seiner Zustimmung zu Änderungen der Regelungen über die Richterwahl folgt bereits daraus, dass der Bundesrat „gleichberechtigtes Krea-tionsorgan“ des Bundesverfassungsgerichts ist. § 7 BVerfGG – also ein einfaches Gesetz – bestimmt, dass die vom Bundesrat zu berufenden Richter mit zwei Dritteln seiner Stimmen gewählt werden. Das Quorum innerhalb des Bundesrats ist hier unmittelbarer Regelungsgegenstand des BVerfGG; Änderungen dieser Vorschrift – etwa eine Erhöhung des Quorums – berühren unmittelbar die Rechte und Pflichten des Bundesrates. Es ist daher verfassungspolitisch zwingend, dass er

⁶⁵ Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“, 18.4.2024, S. 38.

⁶⁶ Forck, VerfBlog, 10.5.2024.

⁶⁷ Etwa Art. 87b Abs. 1 S. 4 GG; Art. 87e Abs. 5 GG; Art. 91b Abs. 1 S. 2 GG; Art. 120a Abs. 1 GG.

an Gesetzen mitwirken muss, die unmittelbar seine eigenen Rechte und Pflichten betreffen.

(36) Vor allem aber zur Verwirklichung der Zwecke der Novelle sollten künftige Änderungen des Wahlverfahrens zum BVerfG der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Die Befugnis des einfachen Gesetzgebers, das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit auf ein der Regierungsmehrheit „passendes“ Quorum zu senken, wurde schon vor vielen Jahrzehnten als Achillesferse des Bundesverfassungsgerichts identifiziert.⁶⁸ Mit – wie jetzt das Beispiel des US-Supreme Courts zeigt – potenziell „katastrophalen Folgen“.⁶⁹ Mit einfacher (Bundestags-)Mehrheit und binnen weniger Jahre könnte das Gericht mit Mitgliedern besetzt werden, die den angestrebten politischen Wandel aktiv mittragen.⁷⁰ Auch der Ersatzwahlmechanismus (§ 7a Abs. 5 BVerfGG/E) könnte mit einfacher Mehrheit abgeschafft, dessen Fristen mit dem Ziel seiner Aushöhlung verändert oder die Quoren an die jeweils verfügbaren Mehrheiten angepasst werden. Glaubwürdigkeit und Überzeugungskraft des Gerichts würden einen kaum reversiblen Schaden nehmen.⁷¹ Der missbräuchlichen Senkung des 2/3-Erfordernisses zur Durchsetzung einer bestimmten „Regierungslinie“ könnte allein der Bundesrat entgegen wirken: Es erscheint überaus unwahrscheinlich, dass in der betreffenden Legislatur des Bundestages gleichlaufende Mehrheiten auch im Bundesrat bestehen.⁷² Gegenüber einer verfassungsrechtlichen Verankerung des 2/3-Erfordernisses bietet ein bloßes Zustimmungserfordernis jedenfalls den Vorzug, dass sie den Legislativorganen mithilfe einfacher Mehrheiten genügend Spielraum für politische Eventualitäten der Zukunft bietet.

⁶⁸ Von Eichborn, Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem, Duncker & Humblot 1969, S. 58-59; Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, Duncker & Humblot 1994, S. 186, 234; Klafki, KritV 2020, S. 113 (125); Duden, RabelsZ 2020, S. 637 (645); Steinbeis, Wie robust ist das Grundgesetz?, APuZ 16-17/2019, S. 4 (8).

⁶⁹ Arndt, Parlamentarische Gesetzgebung und Bundesverfassungsgericht, in: Vogel et al. (Hg.), Die Freiheit des Anderen (FS Martin Hirsch), Nomos 1981, S. 423 (434).

⁷⁰ Insofern zutreffend Kähler, FAZ Einspruch v. 7.6.2024; ferner Gärditz, in: Herdegen et al., HdB Verfassungsrecht, C.H. Beck 2021, § 4 Rn. 156.

⁷¹ Arndt, Parlamentarische Gesetzgebung und Bundesverfassungsgericht, in: Vogel et al. (Hg.), Die Freiheit des Anderen (FS Martin Hirsch), Nomos 1981, S. 423 (434).

⁷² Müller, FAZ v. 2.10.2024, S. 4; vgl. Billing, Das Problem der Richterwahl zum BVerfG, Duncker & Humblot 1969, S. 286-287.

b) Entscheidungsmehrheiten innerhalb des Gerichts

(37) Nicht minder neuralgisch sind die Regelungen zu den Entscheidungsmehrheiten innerhalb des Gerichts. Das BVerfGG sieht bislang Mehrheitsentscheidungen der Senate vor, „soweit nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt“ (§ 15 Abs. 4 S. 2 BVerfGG).⁷³ Für eine Regierungsmehrheit im Deutschen Bundestag wäre es demnach ein Leichtes, sich mithilfe neuer – qualifizierter – Mehrheitserfordernisse gegen bestimmte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu immunisieren; es würde dafür ausreichen, schlicht den Katalog des § 15 Abs. 4 S. 1 BVerfGG zu erweitern, der für nachteilige Entscheidungen zulasten des Antragsgegners im Parteiverbotsverfahren, der Grundrechtsverwirkung und der Präsidentenanklage schon heute eine Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Senats verlangt.

(38) Insbesondere die verfassungsrechtliche Überprüfung von Gesetzen erweist sich insoweit als besonders sensibel: Würde schon die Stimme eines oder zweier Richter/s ausreichen, ein Gesetz aufrecht zu erhalten, wäre die verfassungsgerichtliche Kontrollfunktion erheblich eingeschränkt bzw. lahmgelegt.⁷⁴ Tatsächlich hatte die PiS-geführte Parlamentsmehrheit im Sejm in den Anfängen der polnischen Justizkrise von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.⁷⁵ Es erschiene geradezu fahrlässig, diese Schlüsselfrage bei den Bemühungen zur Stärkung der Resilienz des BVerfG außer Betracht zu lassen.

3. Formulierungsvorschlag

(39) Art. 93 Abs. 5 S. 1 GG/E sollte wie folgt ergänzt werden:

⁷³ § 15 Abs. 4 BVerfGG lautet: „Im Verfahren gemäß § 13 Nummer 1, 2, 2a, 4 und 9 bedarf es zu einer dem Antragsgegner nachteiligen Entscheidung in jedem Fall einer Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Senats. Im Übrigen entscheidet die Mehrheit der an der Entscheidung mitwirkenden Mitglieder des Senats, soweit nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt. Bei Stimmgleichheit kann ein Verstoß gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht nicht festgestellt werden.“

⁷⁴ Arndt, *Parlamentarische Gesetzgebung und Bundesverfassungsgericht*, in: Vogel et al. (Hg.), *Die Freiheit des Anderen* (FS Martin Hirsch), Nomos 1981, S. 423 (433); Klafki, *KritV* 2020, S. 113 (125); *Steinbeis*, *70 Jahre Grundgesetz: In unsicherer Verfassung*, *Der Tagesspiegel*, 22.5.2019; ders., *Wie robust ist das Grundgesetz?*, *APuZ* 16-17/2019, S. 4 (8); beide Optionen ausführlich diskutierend Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, *Duncker & Humblot* 1994, S. 209-218.

⁷⁵ Siehe dazu etwa Czarny, *Osteuropa Recht* 2018, S. 5 (10).

„Ein Bundesgesetz, **das der Zustimmung des Bundesrates bedarf**, regelt die Verfassung und das Verfahren des Bundesverfassungsgerichts.“

(40) Jedenfalls ist Art. 93 Abs. 5 GG/E um einen Satz 3 zu ergänzen:

„Regelungen des Verfahrens zur Wahl zum Mitglied des Bundesverfassungsgerichts sowie zur Bestimmung der Mehrheiten, die für eine Senatsentscheidung erforderlich sind, bedürfen der Zustimmung des Bundesrates.“