

JOHANNES GUTENBERG-UNIVERSITÄT MAINZ - 55099 Mainz

Frau Vorsitzende des Rechtsausschusses
Elisabeth Winkelmeier-Becker MdB
Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss

Per E-Mail:
rechtsausschuss@bundestag.de

FACHBEREICH 03
Öffentliches Recht, internationales Recht,
Rechtstheorie

Universitätsprofessor
Dr. Karsten Schneider

Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Jakob-Welder-Weg 9
55128 Mainz

Tel. +49 6131 39-29377
Fax +49 6131 39-28172

sschneider@uni-mainz.de

Mainz, 12.11.2024

Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 13. November 2024

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,
sehr geehrte Mitglieder des Rechtsausschusses,

gerne nehme ich zur Vorbereitung der oben genannten öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestages wie folgt schriftlich Stellung.

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes
(Artikel 93 und 94)

BT-Drucksache 20/12977

und

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des
Untersuchungsausschussgesetzes

BT-Drucksache 20/12978

A. Ausgangslage

I. Überparteiliche Verständigung zwischen dem Bundesministerium der Justiz und den Fraktionen von SPD, Grünen, FDP und CDU/CSU auf Vorschläge zum besseren Schutz des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesministerium der Justiz und Vertreter der Fraktionen von SPD, Grünen, FDP und CDU/CSU haben sich auf Vorschläge zur Änderung des Grundgesetzes geeinigt, die den Schutz des Bundesverfassungsgerichts stärken sollen und am 23. Juli 2024 vorgestellt wurden.¹ Ziel dieser Änderungen ist es, den Status des Gerichts als Verfassungsorgan klarer zu definieren und seine Unabhängigkeit sowie Funktionsfähigkeit direkt im Grundgesetz abzusichern.²

Der Einigung gingen intensive, konstruktive und vertrauliche Gespräche voraus. Die Beteiligten sehen diesen gemeinsamen Erfolg als Beweis für die Handlungsfähigkeit der demokratischen Kräfte zur Stärkung der Wehrhaftigkeit und Resilienz des Rechtsstaats.³

II. Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“

Wesentliche Grundlagen für diese Einigung lieferte der 176-seitige Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ vom 18. April 2024.⁴ Die Arbeitsgruppe, die ab dem 17. Januar 2024 unter Leitung der Behörde für Justiz und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg tätig war, bestand aus Vertretern der Landesjustizverwaltungen aller Bundesländer; das Bundesministerium der Justiz nahm als Gast an den Sitzungen teil.⁵

Zum Abschluss legte die Arbeitsgruppe einen eigenen Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94) vor.⁶

¹ Resilienz des Bundesverfassungsgerichts – Gemeinsames Erläuterungspapier der Fraktionen vom 23. Juli 2024.

² Vgl. Resilienz des Bundesverfassungsgerichts – Gemeinsames Erläuterungspapier der Fraktionen vom 23. Juli 2024, S. 1.

³ Vgl. Resilienz des Bundesverfassungsgerichts – Gemeinsames Erläuterungspapier der Fraktionen vom 23. Juli 2024, S. 1.

⁴ Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, der am 20. Juni 2024 seitens des Vorsitzlandes der Präsidentin des Deutschen Bundestages übermittelt wurde.

⁵ Vgl. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 4.

⁶ Vgl. Anlage zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024.

III. Plenumsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. September 2024

Mit Plenumsbeschluss vom 11. September 2024 äußerte sich das Bundesverfassungsgericht zu den vom Bundesminister der Justiz am 26. Juli 2024 übermittelten Gesetzentwürfen.⁷

Danach begrüßt das Gericht das Bestreben des Gesetzgebers, sowohl die Dichte der das Verfassungsorgan Bundesverfassungsgericht betreffenden grundgesetzlichen Regelungen entsprechend derjenigen anderer Verfassungsorgane zu gestalten als auch die Funktionsbedingungen der Verfassungsgerichtsbarkeit zu sichern. Die Verfasserinnen und Verfasser des Grundgesetzes hätten Stellung und Struktur des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1949 maßgeblich in Ermangelung unmittelbarer institutioneller Vorläufer in der deutschen Verfassungsrechtstradition nur in Ansätzen ausgeformt und einer späteren Konkretisierung durch einfaches Bundesgesetz überlassen. 75 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes sei eine nähere verfassungsrechtliche Konturierung des Bundesverfassungsgerichts möglich und überzeugend. Eine solche liege auch deshalb nahe, weil ein Blick über die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hinaus zeige, dass sich autokratische Bestrebungen auch und gerade gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit als Garantin einer freiheitlichen, demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung richten könnten.

Die übermittelten Gesetzentwürfe sähen vor, eine Vielzahl der inzwischen statusprägenden und in jahrzehntelanger Verfassungspraxis bewährten einfachgesetzlichen Regelungen über das Bundesverfassungsgericht wie die Zahl der Senate, die Zahl der Senatsmitglieder oder die Dauer ihrer Amtszeit in das Grundgesetz zu überführen, so dass sie künftig nur noch mit der für eine Verfassungsänderung notwendigen qualifizierten Mehrheit geändert werden können. Gegen diese sowie die sonstigen beabsichtigten Änderungen erhebe das Bundesverfassungsgericht keine Einwendungen.

Für die Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts habe sich ein parteiübergreifender Konsens bewährt. Soweit in der politischen Debatte auch eine verfassungsrechtliche Verankerung der einfachgesetzlich in § 6 Abs. 1 Satz 2, § 7, § 9 Abs. 3 BVerfGG vorgesehenen Zwei-Drittel-Mehrheit diskutiert worden sei, seien für die gegenläufigen Positionen jeweils gut nachvollziehbare Argumente vorgebracht worden. Sie fußten nicht zuletzt auf unterschiedlichen prognostischen Einschätzungen über künftige politische Mehrheitsbildungen, zu denen auch dem Bundesverfassungsgericht keine weitergehenden Erkenntnismöglichkeiten zur Verfügung stünden. Vor diesem Hintergrund sehe das Bundesverfassungsgericht insoweit von einer Stellungnahme ab.

IV. Entschließung des Bundesrates vom 27. September 2024

Mit Beschluss vom 27. September 2024 begrüßte der Bundesrat den vom Bundesminister der Justiz und verschiedenen Bundestagsfraktionen vorgestellten Vorschlag, grundlegende Vorgaben insbesondere zum Status und zur Organisation des Bundesverfassungsgerichts, zur Amtszeit seiner Mitglieder sowie zur Bindungswirkung seiner Entscheidungen in Artikel 93 und 94 des Grundgesetzes aufzunehmen. Die vorgeschlagenen Verfassungsänderungen leisteten einen wichtigen Beitrag, um die Funktionsfähigkeit, Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Gerichts sicherzustellen. Ziel solle nun ein Gesetzentwurf sein, der sowohl im Bundestag als auch im Bundesrat eine verfassungsändernde Mehrheit

⁷ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Pressemitteilung Nr. 75/2024 vom 12. September 2024.

erhalte. Dazu seien Gespräche zwischen Bund und Ländern erforderlich, da aus Sicht des Bundesrates Änderungen an dem vorgestellten Vorschlag notwendig seien.⁸

Aus Sicht des Bundesrates sei über die vorgeschlagenen Maßnahmen hinaus die Aufnahme eines Zustimmungserfordernisses des Bundesrates für Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes in das Grundgesetz geboten. Dieses Instrument sei in besonderem Maße geeignet, die Resilienz des Bundesverfassungsgerichts zu stärken. Es entspreche der Intention des Vorschlags der Bundestagsfraktionen, die für die Unabhängigkeit des Gerichts grundlegenden Regelungen einer Änderung durch eine einfache Mehrheit im Bundestag zu entziehen. Es werde zudem der Intention der Mütter und Väter des Grundgesetzes gerecht, den Föderalismus als machtbegrenzenden Stabilitätsfaktor im institutionellen Gefüge der Bundesrepublik Deutschland zu nutzen.⁹

Der Bundesrat fordert den Bundestag daher auf, in das geplante Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94) das Zustimmungserfordernis des Bundesrates für Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes aufzunehmen.¹⁰

B. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94)

Der vorliegende Entwurf¹¹ formt die Stellung und Struktur des Bundesverfassungsgerichts auf der Ebene der Verfassung deutlicher aus. Hierzu ergänzt er Artikel 93 und 94 GG punktuell und ordnet deren Inhalte systematisch neu (I.).

Eine neue Öffnungsklausel im Grundgesetz ermöglicht dem Gesetzgeber die Regelung eines Ersatzwahlmechanismus zur Vorsorge für den Fall, dass die Wahl einer Richterin oder eines Richters im zuständigen Wahlorgan nicht zustande kommt (II.).

I. Stellung und Struktur des Bundesverfassungsgerichts

Der Entwurf überführt zwei zentrale Bestimmungen aus dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) in das Grundgesetz: die Regelungen zum Status des Gerichts und zur Wirkung seiner Entscheidungen. Zukünftig soll auch das Grundgesetz – und nicht mehr das einfache Recht – die Anzahl der Senate und Mitglieder des Gerichts sowie deren Amtszeit, die Fortführung der Geschäfte bis zur Ernennung eines Nachfolgers, den Ausschluss der Wiederwahl und die Gewährleistung der Geschäftsordnungsautonomie festlegen. Diese Regelungen sind somit künftig nicht mehr mit einfacher Mehrheit änderbar (Artikel 79 Absatz 2 GG).¹²

⁸ Vgl. BR-Drucksache 457/24 (Beschluss) vom 27. September 2024, S. 1.

⁹ Vgl. BR-Drucksache 457/24 (Beschluss) vom 27. September 2024, S. 1.

¹⁰ Vgl. BR-Drucksache 457/24 (Beschluss) vom 27. September 2024, S. 2.

¹¹ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94), Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024.

¹² Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 5; vgl. die entsprechenden Vorschläge in Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 28 ff., 30 f., 31 f., 33 f., 35 ff.

Die grundlegende Systematik zwischen Verfassung und einfachem Recht bleibt erhalten. Die Regelungsdichte im Grundgesetz entspricht der angemessenen Stellung des Gerichts und bleibt, auch im Vergleich zu anderen Verfassungsorganen, auf einem angemessenen Niveau. Das Grundgesetz wird somit nicht durch Detailregelungen überladen. Der einfache Gesetzgeber behält im Übrigen weitgehend die Kompetenz, die Organisation und das Verfahren des Gerichts zu regeln. Dadurch bleibt die notwendige Flexibilität erhalten, um die Regelungen des Gerichts bei Bedarf sinnvoll anzupassen.¹³

1. Ziel

Statusprägende Regelungen für das Bundesverfassungsgericht werden verfassungsrechtlich festgelegt, um das Gericht dauerhaft vor tagespolitischen Auseinandersetzungen zu schützen.¹⁴

2. Szenario „institutioneller Angriff“: Parlamentarische Mehrheiten im Deutschen Bundestag

Der Gesetzgeber verweist auf Szenarien, in denen politische Bestrebungen denkbar sind, die Unabhängigkeit oder Funktionsfähigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit infrage zu stellen, wie sie in jüngerer Zeit in einzelnen europäischen Ländern beobachtet wurden.¹⁵ Angesichts dieser potenziellen Gefahren, die auch von parlamentarischen Mehrheiten im Deutschen Bundestag ausgehen könnten, ist der Schutz der Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit des Gerichts nur durch präventive Maßnahmen zu gewährleisten.¹⁶

Ein potenzielles Einfallstor für institutionelle Angriffe auf das Gericht liegt darin, dass Art. 93 und 94 GG derzeit nur punktuelle Regelungen zum Status, zur Organisation des Bundesverfassungsgerichts und zur Wahl seiner Mitglieder enthalten, wodurch einfache politische Mehrheiten im Deutschen Bundestag hier gestaltenden Einfluss ausüben können.¹⁷

Institutionelle Angriffe auf die Regelungen des BVerfGG sind unterhalb der Schwelle parlamentarischer Mehrheiten im Deutschen Bundestag offensichtlich nicht möglich.

3. Problem/Kontext

Der Gesetzgeber geht weiterhin davon aus, dass es künftig erforderlich und sinnvoll sein kann, organisations- und verfahrensbezogene Regelungen für das Gericht anzupassen. Die dafür notwendige Flexibilität des einfachen Gesetzgebers soll erhalten bleiben. Ebenso soll die grundlegende Systematik

¹³ Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 5.

¹⁴ Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 1.

¹⁵ Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 1 (dort unter Hinweis auf die „Unabhängigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit“) und Seite 5 (dort unter Hinweis auf „Unabhängigkeit oder Funktionsfähigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit“); vgl. auch Bundesverfassungsgericht, Pressemitteilung Nr. 75/2024 vom 12. September 2024, mit dem Hinweis auf „autokratische Bestrebungen“; Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 1, dort unter Hinweis auf Ungarn, Polen, Italien, Finnland und Schweden.

¹⁶ Vgl. zum Element der Vorbeugung Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 1 und Seite 5.

¹⁷ Die Begründung des Gesetzentwurfs geht nur indirekt auf institutionelle Angriffe ein, vgl. demgegenüber ausdrücklich BR-Drucksache 457/24 (Beschluss) vom 27. September 2024, S. 2.

zwischen Verfassung und einfachem Recht beibehalten werden, sodass die Regelungsdichte im Grundgesetz dem angemessenen Status des Gerichts entspricht, auch im Vergleich zu den anderen Verfassungsorganen.¹⁸

4. Lösung

Der neue Artikel 93 GG vereint die wichtigsten strukturellen Vorgaben. Diese werden aus dem bisherigen Artikel 94 GG übernommen und durch zentrale Regelungen ergänzt, die – inhaltlich unverändert – aus dem BVerfGG in das Grundgesetz überführt werden.¹⁹

Der neue Artikel 94 GG entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Artikel 93 GG. In den Absätzen 1 bis 3 werden die bestehenden Zuständigkeitsregelungen des Bundesverfassungsgerichts unverändert beibehalten. Absatz 4 enthält die bisher im BVerfGG geregelte Bindungswirkung seiner Entscheidungen und übernimmt aus dem geltenden Artikel 94 Absatz 2 Satz 1, zweiter Halbsatz GG den Gesetzesvorbehalt zur Regelung ihrer Gesetzeskraft.

5. Vorteile

Institutionelle Eingriffe des einfachen Gesetzgebers in grundlegende statusprägende Regelungen zum Bundesverfassungsgericht sind durch das Verfassungsrecht ausgeschlossen. Diese Regelungen können daher nicht mehr durch eine einfache Mehrheit im Bundestag geändert werden, da sie unter den Schutz des Art. 79 Abs. 2 GG fallen.²⁰

6. Konsequenzen im Übrigen

Durch die Verankerung entsprechender Vorschriften im Grundgesetz verliert der einfache Gesetzgeber einen Teil seiner bisherigen Flexibilität, die Organisation und das Verfahren des Bundesverfassungsgerichts bei Bedarf anzupassen. Daraus ergeben sich jedoch keine erkennbaren Nachteile. Die Festlegung des Bundesverfassungsgerichts als eigenständiges Verfassungsorgan gemäß Art. 93 Abs. 1 GG weist nicht auf einen künftigen Anpassungsbedarf durch den einfachen Gesetzgeber hin.

Die institutionelle Struktur als Zwillingsgericht und die festgelegte Senatsgröße von acht Mitgliedern gemäß Art. 93 Abs. 2 Satz 1 GG betreffen zwar strukturelle Aspekte, die bei zukünftigem Entlastungsbedarf eine Anpassung nahelegen könnten. Dennoch wird diese Regelung als bewährt und angemessen angesehen.²¹

Auch die Regelung der Amtszeitdauer und der Ausschluss der Wiederwahl gemäß Art. 93 Abs. 3 GG haben sich nach Einschätzung des Gesetzgebers bewährt, sodass mittelfristig kein sachlicher Änderungsbedarf zu erwarten ist.²²

¹⁸ Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 5; vgl. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 7.

¹⁹ Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 6.

²⁰ Vgl. jedoch den irrtümlichen Hinweis auf Art. 79 Abs. 3 GG in Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 5.

²¹ Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 7.

²² Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 8.

Die Autonomie des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf seine Geschäftsordnung (Art. 94 Abs. 4 GG) ergibt sich bereits aus seinem Status als Verfassungsorgan und wird daher ebenfalls als unproblematisch eingeschätzt.²³

II. Öffnungsklausel und Ersatzwahlmechanismus

Eine neu eingeführte Öffnungsklausel im Grundgesetz ermöglicht es dem Gesetzgeber, einen Ersatzwahlmechanismus einzuführen, der greift, wenn die Richterwahl im zuständigen Wahlorgan scheitert. Dabei besteht die Möglichkeit, die Wahl alternativ durch das jeweils andere Wahlorgan durchführen zu lassen. Diese Regelung soll Wahlblockaden auflösen und gleichzeitig das Zweidrittelmehrheitserfordernis als stabilisierendes Element der Wahlentscheidung beibehalten (Art. 93 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Abs. 5 GG).²⁴

1. Ziel

Art. 93 Abs. 2 Satz 3 GG enthält eine neue Öffnungsklausel, die es dem Gesetzgeber erlaubt, von der im Grundgesetz vorgesehenen Aufteilung der Wahl der Bundesverfassungsrichter auf beide Wahlorgane abzusehen. Gemäß der Häufigkeitsvorgabe ist das Wahlorgan, das das ausscheidende Mitglied gewählt hat, für die Nachbesetzung zuständig. Kann in diesem Wahlorgan jedoch keine Zweidrittelmehrheit erreicht werden, bietet der Ersatzwahlmechanismus im anderen Wahlorgan eine Möglichkeit, Blockaden zu überwinden und die vakante Richterstelle zeitnah zu besetzen, ohne das Zweidrittelquorum aufzugeben. Die Öffnungsklausel empfiehlt dem Gesetzgeber dieses Ersatzwahlmodell, lässt ihm jedoch die Entscheidung, ob und wie er davon Gebrauch machen möchte.²⁵

2. Szenario „Blockadefall“: Sperrminoritäten im Deutschen Bundestag oder im Bundesrat

Der Gesetzgeber hebt hervor, dass es Fälle geben kann, in denen die erforderliche Zweidrittelmehrheit im Bundestag oder Bundesrat dauerhaft nicht erreicht wird, jedoch eine Nachbesetzung vakanter Richterstellen bei Beibehaltung des bisherigen Wahlquorums weiterhin sichergestellt werden soll. Auffällig ist, dass dieses Szenario – neutral als „Blockade“, „Blockadefall“, „Wahlblockade“, „Blockadesituation“ oder „Nichtzustandekommen der Wahl“ bezeichnet – keine detaillierte Analyse der Ziele, der Ursachen oder der beteiligten Akteure erfährt.²⁶

Im Gegensatz zu dem zuvor als „institutioneller Angriff“ bezeichneten Szenario bedarf das hier behandelte Szenario einer differenzierteren Betrachtung.

²³ Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 8.

²⁴ Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 5, 6 f.; vgl. bereits Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 14 ff., 27 f. zur Idee eines „Ausgleichsmechanismus für Wahlblockaden“, der aber im Grundgesetz verankert werden soll.

²⁵ Vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 7 f.

²⁶ Ebenso „Blockade durch eine Sperrminorität“ bereits Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 11 und passim.

a) Gleichzeitigkeit kombinierter Sperrminoritäten und Blockade durch die Mehrheit

Ein Blockadefall kann durch das Zusammenwirken mehrerer Akteure entstehen, die gemeinsam oder unabhängig voneinander genügend Einfluss auf den Wahlprozess ausüben, um als Sperrminorität zu agieren (maximal zwei voneinander unabhängige Sperrminoritäten gleichzeitig). Ebenso ist es möglich, dass politische Mehrheiten, die unterhalb der erforderlichen Zweidrittelmehrheit liegen, eine Blockade verursachen (einfache Sperrmajorität). Theoretisch nicht auszuschließen sind zudem stabile Mehrheiten oberhalb des Zweidrittelquorums, die dennoch einen Blockadefall herbeiführen.

b) Möglichkeit der Verschleierung der politischen Ziele einer Blockade

Die Nutzung einer Sperrminorität erfordert nicht, dass die beteiligten Akteure ihre politischen Absichten offen darlegen. Ein möglicher Versuch, die Arbeitsfähigkeit des Gerichts zu beeinträchtigen, muss dabei weder als bewusste Obstruktion bezeichnet noch durch erkennbar feindselige Absichten offen nachweisbar gemacht werden. Das vorliegende Szenario muss somit gleichermaßen mit Blockaden umgehen können, die aus gutgläubigen wie auch aus möglicherweise strategisch motivierten Absichten heraus entstehen.

c) Offene Obstruktion („Filibuster“)

Eine offene Obstruktion des Wahlvorgangs und eine dauerhafte Blockade der Wahl eines Richters stellen mögliche Formen der Wahlblockade dar, sind jedoch nicht die einzigen Varianten, die von einem Ersatzwahlmechanismus bewältigt werden müssen („Tradition der Ermüdungsrede“).

d) Wahlverhalten in böser Absicht

Der Wahlvorgang kann auch blockiert werden, indem gezielt tragfähige Kompromisse mit anderen Akteuren vereitelt werden.

e) Verleugnung der Realität, Irreführung, Destabilisierung der rechtspolitischen Diskussion

Der Wahlvorgang kann zudem dauerhaft blockiert werden, indem die rechtspolitische Diskussion und die begleitende Kommunikation in die Öffentlichkeit destabilisiert werden. Dies kann etwa durch die Verzerrung von Realitätselementen geschehen, wodurch Teile der Öffentlichkeit durch das Verhalten einzelner Akteure oder durch deren Darstellung des Verhaltens anderer Akteure in die Irre geführt werden.

f) Transaktionales Wahlverhalten

Schließlich muss auch die Blockade berücksichtigt werden, die durch das Interesse einzelner Akteure entstehen kann, Zugeständnisse in anderen Sach- oder Personalfragen zu erzwingen. Diese Form des transaktionalen Wahlverhaltens verbindet ein konkretes Abstimmungsverhalten mit offen oder verdeckt kommunizierten Erwartungen an zukünftige Gegenleistungen oder wird als Belohnung für vergangenes Verhalten gewährt. Hierunter fallen grundsätzlich alle Strategien von Akteuren, die auf dem Prinzip der Reziprozität basieren.

3. Problem/Kontext

Der einfache Gesetzgeber verfügt nach der geltenden Rechtslage über einen Mechanismus zur Lösung möglicher Blockaden. Die erforderlichen qualifizierten Mehrheiten sind lediglich im einfachen Recht festgelegt (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2, § 7, § 9 Abs. 3 BVerfGG). Im Falle einer Blockade besteht daher die Möglichkeit, niedrigere Mehrheitserfordernisse für die Wahl der Richter festzulegen.²⁷

Diese einfach-rechtlich mögliche Absenkung der Mehrheitserfordernisse steht jedoch im Spannungsverhältnis zu dem erklärten Anliegen des Gesetzgebers, Blockaden möglichst unter Beibehaltung der Zweidrittelmehrheit zu überwinden. Das Zweidrittelquorum bei der Wahl durch Bundestag und Bundesrat gewährleistet die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit der Richter des Bundesverfassungsgerichts. Es verhindert den Einfluss wechselnder Mehrheiten auf die Zusammensetzung des Gerichts und sichert die Akzeptanz des Gerichts sowie dessen unparteiliche und unabhängige Stellung in besonderem Maße.²⁸

4. Lösung

Die neue Öffnungsklausel (Art. 93 Abs. 2 Satz 3 GG) ermöglicht es dem Gesetzgeber, einen Ersatzwahlmechanismus für den Fall vorzusehen, dass die Wahl eines Richters im zuständigen Wahlorgan nicht erfolgreich ist. In einem solchen Fall kann die Wahl alternativ durch das jeweils andere Wahlorgan erfolgen. Diese Regelung soll Wahlblockaden unter Beibehaltung des Zweidrittelmehrheitserfordernisses auflösen. Sie schafft somit eine verfassungsrechtliche Grundlage für einen Kompromiss, der sowohl die effektive Überwindung potenzieller Wahlblockaden als auch die langfristige Sicherung eines breiten personellen Konsenses und einer parteiübergreifenden Akzeptanz der Mitglieder des Gerichts anstrebt.

5. Vorteile der neuen Öffnungsklausel

Die Einführung der neuen Öffnungsklausel stellt eine innovative Lösung dar, die mehrere Vorteile miteinander verbindet. Die Vorteile dieser Klausel werden jedoch in der Begründung des Entwurfs nicht vollständig ausgeführt und auch im Übrigen nicht unmittelbar ersichtlich.

Die Vorteile der neuen Öffnungsklausel sollten vollständig geprüft werden, bevor aus Sicht des Deutschen Bundestages endgültig entschieden wird, ob der Forderung des Bundesrates nachzukommen ist, das Zustimmungserfordernis des Bundesrates für Änderungen des BVerfGG in das geplante Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94) aufzunehmen.²⁹ Diese Entscheidung könnte Wechselwirkungen erzeugen, die die Vorteile des bisherigen Entwurfs untergraben.³⁰

²⁷ Vgl. kritisch Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 12 („Scheinoption“).

²⁸ Hierauf weist die Begründung des Entwurfs nicht hin, vgl. aber die ausführlichen Überlegungen in: Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 9 ff.

²⁹ Vgl. BR-Drucksache 457/24 (Beschluss) vom 27. September 2024, S. 2.

³⁰ Dazu unten D. II.

a) Weitgehend effektive Auflösung möglicher Blockaden

Die Einrichtung eines Mechanismus zur Lösung von Blockaden (vgl. § 7a Abs. 5 BVerfGG) auf Grundlage der neuen Öffnungsklausel (Art. 93 Abs. 2 Satz 3 GG) gewährleistet – sehr weitgehend – die effektive Aufhebung potenzieller Blockaden und sichert die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts in Situationen, in denen die für die Richterwahl erforderliche Zweidrittelmehrheit im Bundestag (§ 6 BVerfGG) oder Bundesrat (§ 7 BVerfGG) voraussichtlich nicht erreicht wird. Der im Grundgesetz vorgesehene Mechanismus ermöglicht in solchen Fällen eine Wahl durch das jeweils andere Wahlorgan.³¹

Dieser Mechanismus ist lediglich sehr weitgehend, nicht jedoch vollständig effektiv, da jedenfalls theoretisch nicht ausgeschlossen werden kann, dass in bestimmten Konstellationen beide Wahlorgane blockiert sind.³²

b) Weitgehende Beibehaltung des Zweidrittelquorums

Falls in einem blockierten Wahlorgan keine Zweidrittelmehrheit erreicht wird, eröffnet die Möglichkeit der Ersatzwahl im jeweils anderen Wahlorgan einen Weg, solche Blockaden zu überwinden und die vakante Richterstelle zeitnah zu besetzen, ohne das bewährte Zweidrittelquorum aufgeben zu müssen.³³

Obwohl das Zweidrittelquorum damit weitgehend beibehalten wird, ist es nicht vollständig gewährleistet, da die jeweils als Zweidrittelquorum bezeichneten Mehrheiten in den beiden Wahlorganen strukturell unterschiedlich zusammengesetzt sind. Eine im Deutschen Bundestag nicht erreichbare überparteiliche Mehrheit kann zwar durch eine hinreichende Mehrheit im Bundesrat ersetzt werden, jedoch bleibt hierdurch das Ziel einer möglichst überparteilichen Mehrheit im parlamentarischen Sinne unerfüllt.

c) Stabilisierung des einfachrechtlichen Zweidrittelquorums durch Erhöhung der politischen Kosten seiner Absenkung

Eine wesentliche Konsequenz der neuen Öffnungsklausel ist die indirekte Stabilisierung des einfachrechtlichen Zweidrittelquorums (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2, § 7, § 9 Abs. 3 BVerfGG) durch eine Erhöhung der politischen Kosten für dessen Absenkung.

Nach geltendem Recht haben politische Mehrheiten die Möglichkeit, die Höhe des Wahlquorums einfachrechtlich anzupassen; dies bleibt auch im vorliegenden Entwurf unverändert. Durch die Einführung der Öffnungsklausel entfällt jedoch der bisherige verfassungspolitische Rechtfertigungsgrund, das Quorum im Falle einer Blockade abzusenken, um die Funktionsfähigkeit des Gerichts weiterhin sicherzustellen. Die Öffnungsklausel schafft vielmehr einen alternativen Weg, der die widerstreitenden Interessen schonender ausgleicht (weitgehende Beibehaltung des Zweidrittelquorums). Damit wird wirksam verhindert, dass parlamentarische Mehrheiten eine drastische Absenkung des Zweidrittelquorums als

³¹ Ausdrücklicher Hinweis in der Begründung, vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 7 f.

³² Dazu Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ – „Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 27 f. („voraussichtlich seltener Fall einer gleichzeitigen Doppelblockade“).

³³ Ausdrücklicher Hinweis in der Begründung, vgl. Bundestagsdrucksache 20/12977 vom 24. September 2024, Seite 7 f.

„ultima ratio“ mit der Begründung politisch rechtfertigen können, ansonsten seien die Funktions- und Arbeitsfähigkeit des Gerichts gefährdet. Die politischen Kosten einer dennoch angestrebten Absenkung der Mehrheitserfordernisse steigen dadurch erheblich.

d) Positive Anreizwirkung, möglichst breite Mehrheiten auch im Angesicht von Blockaden anzustreben

Die Kehrseite der Stabilisierung des einfachrechtlichen Zweidrittelquorums durch die Erhöhung der politischen Kosten für dessen Absenkung³⁴ liegt in der positiven Anreizwirkung, breite politische Mehrheiten auch bei Blockaden anzustreben. Selbst wenn in einem Wahlorgan keine hinreichend breite überparteiliche Mehrheit im gewünschten Umfang erreicht werden kann, bleibt der Anreiz für eine überparteiliche Einigung im anderen Organ bestehen, da die einfachrechtliche Absenkung des Zweidrittelquorums rechtspolitisch wenig attraktiv ist.³⁵

e) Dissuasive Wirkung auf mehrere Fallgruppen möglicher Blockaden („chilling effect“)

Die bloße Existenz des Ersatzwahlmechanismus wirkt abschreckend auf verschiedene, wenn auch nicht alle, potenzielle Blockadeszenarien.

Zahlreiche Blockadestrategien verlieren aus Sicht der beteiligten Akteure an Reiz, wenn von Beginn an absehbar ist, dass eine überparteiliche Konsensbildung auch ohne die blockierenden Akteure möglich ist. Politische Ziele, die mittels und jenseits der Blockade verfolgt werden sollen, werden durch den Ersatzwahlmechanismus aus dem strategischen Kalkül entfernt, während gleichzeitig die Gefahr besteht, dass eine letztlich erfolglose Blockadestrategie überparteilich wahrgenommen und anschließend öffentlich als solche erkannt und benannt wird (Erhöhung der politischen Kosten einer Blockade bei Vereitelung der Zielerreichung im Übrigen).

f) Dissuasive Wirkung auf Zweitrunden-Effekte (keine Sekundär-Blockade des Ersatzwahlmechanismus)

Ein weiterer Vorteil der innovativen Öffnungsklausel, die den Ersatzwahlmechanismus auf Ebene des einfachen Rechts und nicht im Grundgesetz selbst ermöglicht, liegt in der wirksamen Prävention möglicher Blockaden des Ersatzwahlmechanismus.

Ein solcher „Zweitrunden-Effekt“ – also eine Sekundär-Blockade des Ersatzwahlmechanismus – könnte eintreten, wenn einzelne Akteure das primär zuständige Organ blockieren, was anderen Akteuren ermöglicht, im Ersatzwahlorgan eine Sperrminorität auszuüben. Die verschiedenen Blockadeformen³⁶ sind theoretisch alle auch im Ersatzwahlorgan selbst möglich, etwa durch strategisches Wahlverhalten eines Akteurs, auf dessen Zustimmung im Ersatzwahlmechanismus nicht verzichtet werden kann, nachdem ein anderer Akteur das primäre Wahlorgan blockiert hat. Da eine Sekundär-Blockade des Ersatzwahlmechanismus nicht durch einen weiteren Ersatzwahlmechanismus aufgelöst werden kann, bleibt

³⁴ Dazu oben B. II. 5. c).

³⁵ Vgl. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, S. 16 („Nähe zu dem regulären Wahlverfahren“).

³⁶ Dazu oben B. II. 2.

lediglich die Absenkung des Zweidrittelquorums als einfachrechtliche Option erhalten. Diese Absenkung wäre jedenfalls dann als „ultima ratio“ verfassungspolitisch zu rechtfertigen, falls auch der Ersatzwahlmechanismus blockiert würde.

Die Festlegung des Ersatzwahlmechanismus im einfachen Recht verhindert Zweitrundeneffekte wirksam. Akteure, die wissen, dass der einfache Gesetzgeber diesen Ausweg hat, antizipieren die mögliche Gegenmaßnahme und verlieren etwaige Anreize für Sekundär-Blockadestrategien.

6. Konsequenzen im Übrigen

Als Konsequenzen im Übrigen ergeben sich zwei Aspekte: die Abschwächung des Anreizes, das Zweidrittelquorum im jeweiligen Organ strikt beizubehalten (a) und die Gefahr, dass das Motiv, die Zuständigkeit des Ersatzwahlorgans herbeizuführen, zusätzlich die Nutzung einer Sperrminorität fördert (b).

a) Abschwächung des Anreizes, das Zweidrittelquorum im jeweiligen Organ strikt beizubehalten

Eine wesentliche Folge des Ersatzwahlmechanismus besteht darin, dass er den bisherigen Anreiz verringert, das Zweidrittelquorum im jeweiligen Wahlorgan unbedingt zu erreichen.

Das verfassungspolitische Ziel breiter überparteilicher Mehrheiten, das auch der Gesetzgeber mit diesem Entwurf verfolgt und das im Plenumsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich betont wird, wird durch die Architektur des neuen Ersatzwahlmechanismus weniger strikt durchgesetzt als im bisherigen Recht.

Überparteiliche Einigungen im jeweiligen Wahlorgan sind nicht mehr zwingend erforderlich, um die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Gerichts langfristig zu sichern. Diese Folge stellt jedoch keine Schwäche des Mechanismus zur Lösung von Blockaden dar, sondern ist eine bewusste Ausgestaltung. Es bleibt in der Verantwortung aller Beteiligten, im Sinne der Überparteilichkeit und Unabhängigkeit des Bundesverfassungsgerichts weiterhin möglichst breite Mehrheiten anzustreben, auch wenn der rechtliche Druck zur Einigung geringer ist als zuvor.

b) Sperrminorität als Mittel zur Erzwingung des Ersatzwahlmechanismus

Mit der genannten Abschwächung des Anreizes, das Zweidrittelquorum strikt beizubehalten,³⁷ entsteht eine Folgeproblematik: Künftig könnte das Motiv, die Zuständigkeit des Ersatzwahlorgans herbeizuführen, zusätzlich die Nutzung einer Sperrminorität fördern. Sperrminoritäten könnten in einem Wahlorgan gezielt eingesetzt werden, um überparteiliche Einigungen zu verhindern, die als „zu breit“ empfunden werden.

Diese Problematik steht in engem Zusammenhang mit der Gefahr einer sekundären Blockade innerhalb des Ersatzwahlmechanismus und erfordert deren zuverlässige Behebbarkeit.

³⁷ Dazu oben B. II. 6. b)

C. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Untersuchungsausschussgesetzes

Der Entwurf³⁸ nutzt die neue Öffnungsklausel (Art. 93 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Abs. 5 GG). § 7a BVerfGG³⁹ wird um einen Absatz 5 ergänzt, der den im Grundgesetz vorgesehenen Mechanismus zur Lösung von Wahlblockaden konkretisiert. Dieser neue Absatz 5 legt die im Grundgesetz nicht festgelegte Frist fest, nach deren Ablauf das Wahlrecht vom anderen Wahlorgan ausgeübt werden kann. Er bestimmt, dass in einem solchen Fall das Ersatzwahlorgan die Wahl durchführen darf und stellt klar, dass ein vom Ersatzwahlorgan gewählter Richter als durch das ursprünglich zuständige Wahlorgan gewählt gilt.

Hieraus ergeben sich die oben genannten Vorteile und Konsequenzen des neuen Mechanismus.⁴⁰

D. Zustimmungserfordernis des Bundesrates für Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes

Die mögliche Ergänzung des Entwurfs um ein Zustimmungserfordernis des Bundesrates für Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes ergibt sich vor dem Hintergrund der Entschließung des Bundesrates vom 27. September 2024.

In dieser Entschließung fordert der Bundesrat den Bundestag auf, das Zustimmungserfordernis des Bundesrates für Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes in das geplante Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94) aufzunehmen.⁴¹

I. Vorschlag enthalten im Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“

Der genannte Vorschlag war bereits ausdrücklich enthalten im 176-seitigen Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ vom 18. April 2024.⁴²

³⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Untersuchungsausschussgesetzes, Bundestagsdrucksache 20/12978 vom 24. September 2024.

³⁹ Vgl. *Ruppert*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 7a Rn. 7 ff.

⁴⁰ Dazu oben B. II.

⁴¹ Vgl. BR-Drucksache 457/24 (Beschluss) vom 27. September 2024, S. 2.

⁴² Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ – Wie lassen sich die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Institutionen gegen Verfassungsfeinde verteidigen?“ vom 18. April 2024, der am 20. Juni 2024 seitens des Vorsitzlandes der Präsidentin des Deutschen Bundestages übermittelt wurde, S. 37 ff.; vgl. insbesondere den Entwurf eines Art. 94 Abs. 5 Satz 1 GG-E in: Anlage zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94).

II. Wechselwirkungen zwischen den Eigenschaften des vorliegenden Entwurfes und einer möglichen Ergänzung um ein Zustimmungserfordernis

Der vorliegende Entwurf zeichnet sich durch die oben dargelegten Vorteile und sonstigen Konsequenzen aus.⁴³

Unter mehreren Gesichtspunkten zählt es zu den Stärken des Entwurfs, dass der einfache Gesetzgeber weiterhin über die Möglichkeit verfügt, notfalls die einfach-rechtlich vorgesehenen Zweidrittelquoren abzusenken („Stabilisierung des einfachrechtlichen Zweidrittelquorums durch Erhöhung der politischen Kosten seiner Absenkung“,⁴⁴ „dissuasive Wirkung auf Sekundär-Blockaden des Ersatzwahlmechanismus“⁴⁵ und „Sperrminorität als Mittel zur Erzwingung des Ersatzwahlmechanismus“⁴⁶).

Diese Möglichkeit bliebe auch bei einer Ergänzung des Entwurfs um ein Zustimmungserfordernis des Bundesrates bestehen. Allerdings würde dadurch die Struktur des Ausgleichsmechanismus verändert, da neben den bestehenden Überlegungen zu Blockade- und Sekundär-Blockadestrategien (im Ersatzwahlorgan) auch die Möglichkeit einer Blockade durch den Bundesrat berücksichtigt werden müsste, die sich auf die Zustimmung zu einer Änderung des BVerfGG bezieht.

III. § 6 BVerfGG (Wahlverfahren im Bundestag)

Sorgfältiger verfassungsrechtlicher Prüfung bedarf jedenfalls die Frage, ob das Zustimmungserfordernis des Bundesrates auch die Regelung des § 6 BVerfGG erfassen darf, die das Wahlverfahren im Bundestag als Teilaspekt seiner Selbstorganisation zum Gegenstand hat.

Grundsätzlich darf sich der Deutsche Bundestag im Rahmen seiner Selbstorganisationsbefugnis auch der Form des Gesetzes bedienen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird seine Geschäftsordnungsautonomie durch eine gesetzliche Regelung jedenfalls dann nicht in verfassungsrechtlich relevanter Weise eingeschränkt, wenn der Bundesregierung dadurch keine ins Gewicht fallenden Einwirkungsmöglichkeiten auf das Verfahren und die Willensbildung des Bundestages eröffnet werden, wenn weder das Gesetz noch dessen Aufhebung der Zustimmung des Bundesrates bedürfen, der Kern der Geschäftsordnungsautonomie unberührt bleibt und überdies gewichtige sachliche Gründe für die Wahl der Gesetzesform sprechen.⁴⁷

gez. Karsten Schneider

⁴³ Vgl. oben B. II.

⁴⁴ Vgl. oben B. II. 5. c).

⁴⁵ Vgl. oben B. II. 5. f).

⁴⁶ Vgl. oben B. II. 6. b).

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 70, 324 (361); 130, 318 (349 f.).