

11.11.2024

Stellungnahme

zum

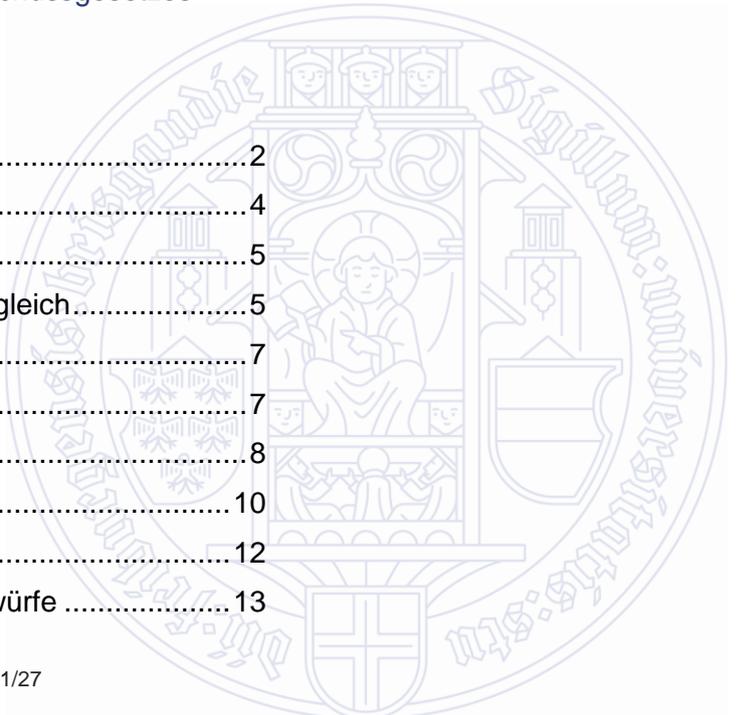
Gesetzentwurf der SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP sowie des Abgeordneten Stefan Seidler
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94)
BT-Drs. 20/12977

sowie

zum

Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP sowie des Abgeordneten Stefan Seidler
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Untersuchungsausschussgesetzes
BT-Drs. 20/12978

I.	Einleitung.....	2
II.	Case Study Polen.....	4
1.	Das Verfassungstribunal vor 2015.....	5
2.	Verfassungsrechtliche Regelungen im Vergleich.....	5
3.	Die Übernahme des Verfassungstribunals.....	7
a)	Zusammensetzung.....	7
b)	Funktionalität.....	8
4.	Die Folgen der Übernahme.....	10
5.	Zwischenergebnis.....	12
III.	Bewertung der vorliegenden Gesetzesentwürfe.....	13



1. Gegenwärtige rechtliche Ausgangslage	13	11.11.2024
2. Im Einzelnen	14	
a) Genereller Ansatz	15	
b) Verfassungsorganstellung/Status.....	15	
c) Grundlagen der Organisationsstruktur – Zwei Senate, je acht Richter, je hälftig von Bundesrat und Bundestag gewählt	16	
d) Richterschaft (Amtszeit, Ablauf der Amtszeit, Ausschluss der Wiederwahl).....	17	
e) Geschäftsordnungsautonomie des BVerfG	17	
f) Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des BVerfG	17	
g) Publikationsverpflichtung	18	
h) Reihenfolge der Bearbeitung der Verfahren.....	19	
i) Grundgesetzliche Öffnungsklausel zur einfachgesetzlichen Einrichtung eines Ersatzwahlmechanismus und einfachgesetzliche Einführung des Ersatzwahlmechanismus	20	
j) Nichtregelung der 2/3-Mehrheit auf Ebene der Verfassung.....	23	
k) Abänderbarkeit des BVerfGG	24	
IV. Schlussfolgerungen.....	26	

I. Einleitung

Bei der Thematik, die Gegenstand der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 13. November 2024 ist, fühlt man sich schnell an das sog. *Böckenförde*-Diktum erinnert: „Der freiheitliche [...] Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“¹ Rechtsstaatliche Demokratien tragen Vulnerabilität in sich.² Diese kann nicht nivelliert, wohl aber in gewissen Grenzen eingehengt werden. Das Grundgesetz, das die Basis der deutschen Verfassungsordnung bildet, und die Institutionen, die es kreiert, haben sich über die Jahrzehnte als funktional und robust erwiesen. Und dennoch ist es das Gebot der Stunde, sich angesichts der Brüchigkeit einiger, auch europäischer Verfassungsordnungen, kritisch mit möglichen Defiziten der verfassungsrechtlichen Widerstandsfähigkeit auseinanderzusetzen. Diese Defizite könnten Einfallstore für eine Verfassungsdestabilisierung sein, sofern Akteure an die Macht gelangen, die sich der Verfassung nicht verpflichtet fühlen.

So sind seit geraumer Zeit Prozesse einer „demokratischen Regression“³ in einigen Staaten identifizierbar, die mit dem Aufkommen von „illiberalen Demokratien“

* Bestimmungen in Gestalt der Gesetzgebungsentwürfe werden im Weiteren mit GG-E und BVerfGG-E abgekürzt.

¹ *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in *Recht, Staat, Freiheit*, 2006, 112 f.

² *Levitsky/Ziblatt*, *How Democracies Die*, 2018, 205.

³ Fundamental untersucht ua in *Schäfer/Zürn*, *Die demokratische Regression*, 2021.

einhergehen.⁴ Dabei sind die Prozesse eines multidimensionalen „democratic backsliding“⁵ insbesondere aus rechtsvergleichender Perspektive wissenschaftlich untersucht worden.⁶

Die Umformung von Demokratien zu Autokratien verläuft ausgehend von dem jeweiligen sozio-politischen und kulturellen Kontext singular. Dennoch zeichnen sich Muster und wiederkehrende Strukturen verfassungsdestruktiver Strategien ab („autocrats’ playbook“).⁷ Regelmäßig beginnen Prozesse der Autokratisierung bzw. eines „authoritarian turn“⁸ mit einer politischen Einvernahme der Judikative, insbesondere des jeweiligen Verfassungsgerichts („political capture“).⁹ Der Verlust einer unabhängigen verfassungsgerichtlichen Kontrolle ebnet autokratischen Regierungen den Weg zum Abbau der Fundamente der Verfassungsstaatlichkeit. Dabei zielen autoritär organisierte Kräfte darauf ab, die Gewaltenteilung und verfassungs- und insbesondere demokratiebewahrende „checks and balances“¹⁰ aufzuheben.

In Europa konnten wir in jüngerer Vergangenheit die Dekonstruktion eines modernen Verfassungsstaates detailliert beobachten. Polen erlebte eine rechtsstaatliche Demontage und befindet sich nunmehr auf dem anspruchsvollen Weg rechtsstaatlicher Rekonstruktion („constitutional repair“¹¹).¹² Dabei ist die Verfassung der Republik Polen von 1997¹³ eine moderne Verfassung europäischen Stils: Sie verankert Grundrechte und die Menschenwürde, begründet einen Rechtsstaat, etabliert ein gewaltenteiliges System und installiert eine Verfassungsgerichtsbarkeit.¹⁴ Damit zeichnet sie das Bild eines modernen, europäisch und international integrierten

⁴ *Zakaria*, *The Rise of Illiberal Democracy*, 76 *Foreign Affairs* (1997), 22 ff.; *Rosenfeld*, *Illiberal Constitutionalism: Viable Alternative or Nemesis of The Modern Constitutional Ideal?* (28.2.2024), *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 2024-13*.

⁵ Siehe ua *Volkenstein*, *What is democratic backsliding*, 30 *Constellations* (2023), 261 ff.; *Bermeo*, *On Democratic Backsliding*, 27 *Journal of Democracy* (2016), 5 ff.; *Haggard/Kaufman*, *The Anatomy of Democratic Backsliding*, 32 *Journal of Democracy* (2021), 27 ff.

⁶ *Huq/Ginsburg*, *The Comparative Constitutional of Democratic Backsliding: A Report on the State of the Field*, *Droit Public Comparé* 2023, Rn. 1 ff.

⁷ *Kochenov/Bárd*, *The Four Elements of the Autocrats’ Playbook*, *VerfBlog*, 2018/9/18, <<https://verfassungsblog.de/the-four-elements-of-the-autocrats-playbook>>.

⁸ Begriff verwendet z. B. *Daly*, „Good“ Court-Packing? The Paradoxes of Constitutional Repair in Contexts of Democratic Decay, 23 *German Law Journal* (2022), 1071 (1086); *Mounk*, *Democracy on the Defense: Turning Back the Authoritarian Tide*, 100 *Foreign Affairs* (2021), 163 (163).

⁹ Vgl. z. B. *Di Gregorio*, *Constitutional courts in the context of constitutional regression in Belov* (Hrsg.), *Courts, Politics and Constitutional Law*, 2019, 209 ff.

¹⁰ Vgl. *Locke*, *Second Treatise of Civil Government*, 1690, Section 143 ff.

¹¹ *Daly*, *Constitutional Repair: A Comparative Theory*. DEM-DEC. Constitutional Repair Working Paper Series No. 2-2023 (Dezember 2023).

¹² Hierzu nur *Sadurski*, *Poland’s Constitutional Breakdown*, 2019; *Szwast/Szwed/Starski*, *The Evolution and Gestalt of the Polish Constitution in von Bogdandy/Huber/Ragone* (Hrsg.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume II: Constitutional Foundations*, 2023, 431 (457 ff.). Ferner die Konferenz „A Playbook for Reinstating the Rule of Law“ <<https://ruleoflaw-freiburg.de>> [der letzte Zugriff auf alle zitierten Internetressourcen erfolgte am 11.11.2023].

¹³ *Dziennik Ustaw*, No 78, poz. 483 (1997).

¹⁴ *Szwast/Szwed/Starski*, *The Evolution and Gestalt of the Polish Constitution in von Bogdandy/Huber/Ragone* (Hrsg.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume II: Constitutional Foundations*, 2023, 431 ff.

Verfassungsstaates.¹⁵ Doch all dies, was der Verfassungstext bereithält, konnte die Demontage des polnischen Rechtsstaats und seine Desintegration aus dem internationalen und unionalen Gefüge¹⁶ nicht aufhalten.¹⁷ Der Wiederaufbau der polnischen Verfassungsstaatlichkeit unter der neuen polnischen Regierung stellt eine besondere Herausforderung dar:¹⁸ So ist sie mit der Existenz eines verfassungswidrig besetzten Verfassungsgerichts konfrontiert und verfügt nicht über eine verfassungsändernde Mehrheit,¹⁹ um einer Rekonstitution des Verfassungstribunals umfassende verfassungsrechtliche Legitimität zu verleihen. In diesem transitorischen Zustand sehen sich die aktuelle Regierung und die sie tragende Parlamentsmehrheit gezwungen, zu pragmatischen Kompromissen zu greifen, die jedoch zugleich rechtsstaatliche Gebote hinreichend wahren.

Die gegenwärtigen Zeiten sind für die deutsche Verfassungsstaatlichkeit herausfordernd. Es ist der Moment gekommen, dass der deutsche (einfache und verfassungsändernde) Gesetzgeber aus Fällen demokratischer Regression und politischer Einvernahme von Verfassungsgerichten adäquate Lehren zieht. Daher sind die vorgelegten Gesetzesentwürfe dringlich und begrüßenswert.

Nachfolgend werde ich kurz die Entwicklungen in Polen skizzieren [II.]. Hiernach werde ich mich einer Bewertung der zentralen Aspekte der vorliegenden Gesetzesentwürfe zuwenden und, wo dies adäquat erscheint, auf mögliche Lehren aus den Entwicklungen in Polen verweisen [III.]. Schließen werde ich mit allgemeinen Schlussfolgerungen [IV.].

II. Case Study Polen

Im Weiteren werde ich kurz auf die Rolle des Verfassungstribunals in der polnischen Verfassungsordnung eingehen [1.], die polnischen verfassungsrechtlichen Regelungen zum Verfassungstribunal mit dem deutschen Regelungsregime vergleichen [2.],²⁰ wesentliche Etappen der politischen Übernahme des Verfassungstribunals nachzeichnen [3.] und die Folgen der Übernahme skizzieren [4.]. Schließen wird dieser Abschnitt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse [5.].

¹⁵ *Biernat/Kawczyńska*, The Role of the Polish Constitution (Pre-2016): Development of a Liberal Democracy in the European and International Context in Albi/Bardutzky (Hrsg.), National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law, 2019, 745 ff.

¹⁶ Siehe nur EuGH ECLI:EU:C:2019:531 – *Kommission v. Polen*; EuGH ECLI:EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality/LM*; EuGH ECLI:EU:C:2019:982 – *A. K./Krajowa Rada Sadownictwa*.

¹⁷ Hierzu Sammelband von Starski/Vöhler (Hrsg.), Reinstating the Rule of Law (2025; noch nicht veröffentlicht).

¹⁸ Siehe bereits vorausschauend der Sammelband von Bobek/Bodnar/v. Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), Transition 2.0, 2023; Sammelband von Starski/Vöhler (Hrsg.), Reinstating the Rule of Law (2025; noch nicht veröffentlicht).

¹⁹ Art. 235 Abs. 4 der polnischen Verfassung von 1997 (PolVerf): „A bill to amend the Constitution shall be adopted by the Sejm by a majority of at least two-thirds of votes in the presence of at least half of the statutory number of Deputies, and by the Senate by an absolute majority of votes in the presence of at least half of the statutory number of Senators.“ Übersetzung zu finden unter <<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>.

²⁰ Der Vergleich wird ein cursorischer sein. Detaillierte und methodische fundierte Rechtsvergleichung wird in dem hiesigen Rahmen nicht möglich sein.

1. Das Verfassungstribunal vor 2015

Im Zuge einer Teildemokratisierung errichtete die kommunistische Regierung der Volksrepublik Polen 1982 durch Verfassungsänderung einen Verfassungsgerichtshof bzw. ein Verfassungstribunal (*Trybunał Konstytucyjny*), der bzw. das vier Jahre später seine Arbeit aufnahm.²¹ Mit geringen Befugnissen ausgestattet trat der politisch kontrollierte Gerichtshof bis 1989 wenig in Erscheinung.²² Dies ändert sich schlagartig mit dem Zusammenbruch des kommunistischen Regimes 1989: In der verfassungsrechtlich unausgereiften jungen polnischen Demokratie ebnete das Verfassungstribunal mit seinen Entscheidungen den Weg zur Etablierung eines Rechtsstaats und legte damit wesentliche Grundlagen für die Verfassung von 1997, die bis heute in Kraft ist.²³

Mit der neuen Verfassung gewann das Verfassungstribunal an Bedeutung, etwa dadurch, dass seine Urteile nicht länger vom *Sejm* mit Zweidrittelmehrheit überstimmt werden konnten und eine Verfassungsbeschwerde als wichtiges Kontrollinstrument eingeführt wurde, wenn auch beschränkt auf die Kontrolle von Legislativakten.²⁴

In der Folge des Beitritts Polens zur EU 2004 und der weiteren primärrechtlichen Änderungen tarierte das Verfassungstribunal das Verhältnis des polnischen Verfassungsrechts zum Unionsrecht aus,²⁵ wobei ihm die Rechtsprechung des BVerfG als Vorbild diente.²⁶ Dennoch blieb das Vertrauen der Bevölkerung in das Verfassungstribunal fragil.²⁷ Hinzu kam Druck von politischer Seite: In der ersten Regierung unter der Führung von *Prawo i Sprawiedliwość* (PiS; „Recht und Gerechtigkeit“) von 2005 bis 2007 erklärte das Verfassungstribunal eine Reihe von Gesetzesvorhaben für verfassungswidrig und zog damit den Argwohn der PiS auf sich, der sich 2015 zu Beginn der zweiten PiS-geführten Regierung entlud.²⁸

2. Verfassungsrechtliche Regelungen im Vergleich

Die polnische Verfassung von 1997 enthält detaillierte Regelungen zur Stellung und Struktur des Verfassungstribunals, auch im Hinblick auf den Schutz der

²¹ Ausführlich s. *Wyrzykowski*, Der Verfassungsgerichtshof der Volksrepublik Polen, 112 *Archiv des öffentlichen Rechts* (1987), 93 ff.

²² *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume III*, 2020, 619 (621).

²³ *Szwast/Szwed/Starski*, The Evolution and *Gestalt* of the Polish Constitution in von Bogdandy/Huber/Ragone (Hrsg.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume II: Constitutional Foundations*, 2023, 431 (449 ff.); *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume III*, 2020, 619 (622 f.).

²⁴ *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume III*, 2020, 619 (624).

²⁵ Siehe z. B. poln. Verfassungstribunal Urteil v. 24.11.2010, K 32/09 (zum Vertrag von Lissabon).

²⁶ *Szwast/Szwed/Starski*, The Evolution and *Gestalt* of the Polish Constitution in von Bogdandy/Huber/Ragone (Hrsg.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume II: Constitutional Foundations*, 2023, 431 (453, 488 f.).

²⁷ *Civil Development Forum (FOR)*, Rule of law in Poland 2020: A diagnosis of the deterioration of the Rule of law from a comparative perspective, 2020, 12 f.

²⁸ Vgl. *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 60 f.

richterlichen Unabhängigkeit. Vergleicht man diese mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf zu den Artikeln 93 und 94 des Grundgesetzes, finden sich einige Parallelen: Geregelt sind in beiden Texten die institutionelle Unabhängigkeit des Gerichts, die Zahl der Richter, ihre Amtsdauer, der Ausschluss der Wiederwahl, die Unvereinbarkeit mit anderen Ämtern, die Richterwahl ohne Konkretisierung der notwendigen Mehrheit sowie die Bindungswirkung der Entscheidungen.²⁹ Die individuelle Unabhängigkeit der Richter wird in einer dem Art. 97 Abs. 1 GG ähnlichen Regelung garantiert.³⁰

Im Gegensatz zur geplanten grundgesetzlichen Neuregelung finden sich in der polnischen Verfassung weder die Geschäftsordnungsautonomie des Verfassungstribunals noch die Fortführung der Amtsgeschäfte durch ein scheidendes Mitglied bis zur Ernennung des Nachfolgers noch eine Altersgrenze für die Verfassungsrichter wieder. Auch die Gliederung des BVerfG in zwei Senate ist ein Spezifikum des gegenwärtigen deutschen Systems, die nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf verfassungsrechtlich konserviert wird.³¹ Der geplante Ersatzwahlmechanismus findet im polnischen Recht keine Entsprechung.

Demgegenüber enthält die polnische Verfassung eine Reihe von Regelungen, die nicht Teil der vorliegenden Gesetzesentwürfe sind: Dies umfasst die Immunität der Richter,³² ihre Arbeitsbedingungen und Vergütung, das Quorum der Stimmmehrheit für Gerichtsentscheidungen und das Wahlverfahren für den Präsidenten und Vizepräsidenten des Verfassungstribunals.³³

In der Gesamtbetrachtung sieht die polnische Verfassung somit weitreichende Garantien für die Unabhängigkeit des Verfassungstribunals und seiner Richter vor. Wie es der PiS-geführten Regierung dennoch gelang, das Verfassungstribunal

²⁹ Institutionelle Unabhängigkeit: Art. 93 Abs. 1 GG-E vgl. Art. 173 Abs. 1 PolVerf; Zahl der Richter: Art. 93 Abs. 2 S. 1 GG-E vgl. Art. 194 Abs. 1 S. 1 PolVerf, Amtsdauer: Art. 93 Abs. 3 S. 1 GG-E (12 Jahre) vgl. Art. 194 Abs. 1 PolVerf (9 Jahre); Ausschluss der Wiederwahl: Art. 93 Abs. 3 S. 3 GG-E vgl. Art. 194 Abs. 1 PolVerf; Unvereinbarkeit mit anderen Ämtern: Art. 93 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 GG-E vgl. Art. 195 Abs. 3 PolVerf; Wahl der Richter: Art. 93 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 GG-E vgl. Art. 194 Abs. 1 PolVerf; Bindungswirkung: Art. 94 Abs. 4 GG-E vgl. Art. 190 Abs. 1 PolVerf.

³⁰ Vgl. Art. 195 Abs. 1 PolVerf.

³¹ Altersgrenze – Art. 93 Abs. 3 S. 1 GG-E (im Gesetz zur Regelung des Verfassungstribunals einfachgesetzlich festgeschrieben, inklusive Mindestalter); Geschäftsordnungsautonomie – Art. 93 Abs. 4 GG-E; Stellung als Verfassungsorgan – Art. 93 Abs. 1 GG-E; Gliederung in Senate – Art. 93 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GG-E.

³² Kritisch zum Umfang der Immunität *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal, in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume III, 2020, 619 (630 f.).

³³ Zu den verfassungsrechtlichen Regelungen zum Schutz der Unabhängigkeit des Verfassungstribunals in der Verfassung von 1997: Immunität – Art. 196 PolVerf; Arbeitsbedingungen und Vergütung – Art. 195 Abs. 2 PolVerf; Art. 190 Abs. 1 – Bindungswirkung der Entscheidungen (*obowiązujaça*); Art. 190 Abs. 2 – Pflicht zur Veröffentlichung der Entscheidungen; Art. 190 Abs. 5 – Quorum (einfache Mehrheit der Stimmen); Art. 194 Abs. 1 – 15 Richter, Einzelwahl im *Sejm* (keine relevante Mehrheit genannt), Amtsdauer (9 Jahre) und Ausschluss der Wiederwahl; Art. 194 Abs. 2 – Wahl des Präsidenten und Vizepräsidenten des Gerichts; Art. 195 Abs. 1 – Unabhängigkeit der Richter; Art. 195 Abs. 2 – Arbeitsbedingungen und Vergütung; Art. 194 Abs. 3 – Unvereinbarkeitsklausel; Art. 196 – Immunität; Art. 197 – Öffnungsklausel für einfachgesetzliche Regelung zu Organisation und Verfahren.

unter ihre politische Kontrolle zu bringen, ohne die Verfassung ändern zu können, soll im Folgenden skizzenhaft beleuchtet werden.

3. Die Übernahme des Verfassungstribunals

Die Übernahme der politischen Kontrolle über das Verfassungstribunal durch die PiS-geführte Koalition „Vereinte Rechte“ (*Zjednoczona prawica*) samt der sie tragenden parlamentarischen Mehrheit und dem polnischen Präsidenten *Andrzej Duda* erfolgte in nur vierzehn Monaten, vom Beginn der Legislatur im November 2015 bis zum vorläufigen Endpunkt, der Wahl der neuen Präsidentin des Verfassungstribunals, *Julia Przyłębska*, im Dezember 2016.³⁴ Dabei kann unterschieden werden zwischen Maßnahmen, die darauf abzielten, die Zusammensetzung des Gerichts zu beeinflussen [a)] und Maßnahmen, die sich auf die Funktionalität des Gerichts auswirkten [b)].

a) Zusammensetzung

Der Ausgangspunkt der polnischen Verfassungskrise liegt bereits bei der Vorgängerregierung, einer Koalition aus der Bürgerplattform (*Platforma Obywatelska*) und der polnischen Volkspartei (*Polskie Stronnictwo Ludowe*). Diese hatte Anfang Oktober 2015, wenige Wochen vor der Parlamentswahl, bei der sich ein Machtwechsel andeutete, fünf Richterstellen am Verfassungstribunal neu besetzt. Von diesen fünf Stellen fielen drei Vakanz in die Legislaturperiode des scheidenden Parlaments (die sog. „Novemberrichter“), zwei Stellen hingegen wurden erst in der nachfolgenden Legislatur frei (die sog. „Dezemberrichter“).³⁵ Diese Wahlen wurden möglich durch das Gesetz zum Verfassungstribunal vom 25.6.2015 und den dort verankerten Art. 137.³⁶

Dieses Vorgehen der Vorgängerregierung erleichterte es PiS, ihrerseits auf die Zusammensetzung des Verfassungstribunals Einfluss zu nehmen. In einem ersten Schritt verweigerte der im Mai 2015 neu gewählte Präsident, *Andrzej Duda*, allen fünf Richtern die – verfassungsrechtlich nicht vorgeschriebene – Vereidigung.³⁷ Die PiS, nun mit einer absoluten Mehrheit im *Sejm*, erließ parlamentarische Resolutionen, mit denen sie die Wahl aller fünf Richter für nichtig erklärte,³⁸ änderte das

³⁴ Für eine chronologische Darstellung siehe EU-Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, 20.12.2017, COM(2017) 835 final.

³⁵ Vgl. *Kustra*, Poland's constitutional crisis. From court -packing agenda to denial of Constitutional Court 's judgments, *Toruńskie Studia Polско-Włoskie* xii — Studi Polacco-Italiani di Toruń xii (2016), 343 (345 ff.); *Śledzińska-Simon*, Midnight Judges: Poland's Constitutional Tribunal Caught Between Political Fronts, *VerfBlog*, 2015/11/23 <<https://verfassungsblog.de/midnight-judges-polands-constitutional-tribunal-caught-between-political-fronts>>.

³⁶ *Dziennik Ustaw*, poz. 1064 (2015) <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20150001064/T/D20151064L.pdf>>.

³⁷ Die PiS machte die Vereidigung durch den Präsidenten in der Folge durch Gesetzesänderung zur zwingenden Voraussetzung für den Beginn der Amtszeit (s. Art. 21 des Änderungsgesetzes vom 19.11.2015).

³⁸ *Monitor Polski* v. 26. 11.2015; Gegenstände 1131, 1132, 1133, 1134 und 1135 (betreffende Resolutionen).

Gesetz zum Verfassungstribunal³⁹ und wählte fünf neue Richter.⁴⁰ *Duda* vereidigte alle fünf neu gewählten Richter noch in der Nacht ihrer Wahl, um dem Urteil des Verfassungstribunals am folgenden Tag zuvorzukommen.⁴¹ In dieser Entscheidung vom 3.12.2015 schließlich erklärte das Verfassungstribunal die neue gesetzliche Grundlage für die Wahl der drei Novemberrichter durch das Vorgängerparlament für verfassungsgemäß, ihren Gehalt hinsichtlich der Wahl der zwei Dezemberrichter hingegen für verfassungswidrig (entscheidende Norm war Art. 137 des Gesetzes zum Verfassungstribunal vom 25.6.2015⁴²).⁴³ Folgerichtig erklärte es auch die Wahl der drei „doppelten“ Richter für verfassungswidrig, da ihre Stellen bereits durch die „Novemberrichter“ rechtmäßig besetzt waren. Schließlich stellte das Verfassungstribunal fest, dass die Verfassung einer einfachgesetzlichen Regelung zur Vereidigung neu gewählter Richter durch den Präsidenten zwar offensteht, jedoch ohne, dass diesem dabei Ermessen zukommt. Den drei „Novemberrichtern“ die Vereidigung zu verweigern, war somit ebenfalls verfassungswidrig.⁴⁴

Dieses Urteil wurde von der PiS-Regierung nicht befolgt. Allein der Präsident des Verfassungstribunals, *Andrzej Rzepliński*, zog hieraus die Konsequenz, den drei „doppelten“ Richtern keine Fälle zuzuweisen.⁴⁵ Damit operierte das Verfassungstribunal von nun an effektiv mit nur noch zwölf statt 15 Richtern. Die entscheidende Herausforderung für das Verfassungstribunal war der Umgang mit den sog. „doppelten Richtern“.⁴⁶

b) Funktionalität

Mit fünf Gesetzen und drei Änderungsgesetzen zum Verfassungstribunal in kaum mehr als einem Jahr sorgte die amtierende polnische Regierung samt der sie stützenden parlamentarischen Mehrheit für eine verworrene und unübersichtliche

³⁹ Änderungsgesetz zum Gesetz zum Verfassungstribunal vom 19.11.2015, Nr. 1928.

⁴⁰ *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal, in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume III, 2020, 619 (660).

⁴¹ *Śledzińska-Simon*, Midnight Judges: Poland's Constitutional Tribunal Caught Between Political Fronts, VerfBlog, 2015/11/23 <<https://verfassungsblog.de/midnight-judges-polands-constitutional-tribunal-caught-between-political-fronts>>.

⁴² Dziennik Ustaw, poz. 1064 (2015) <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20150001064/T/D20151064L.pdf>>.

⁴³ Poln. Verfassungstribunal, Urteil vom 3.12.2015, K 34/15 (Tenor Nr. 8 lit. b und c; siehe Rn. 6.16) (englische Übersetzung zu finden unter <<https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/8866-ustawa-o-trybunale-konstytucyjnym>>).

⁴⁴ Poln. Verfassungstribunal, Urteil vom 3.12.2015, K 34/15 (Tenor Nr. 5).

⁴⁵ *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 64. Vgl. Auch Newsweek vom 17.8.2016 <<https://www.newsweek.pl/polska/rzeplinski-powtarza-ze-nie-moze-dopuszczic-trzech-sedziow-do-orzekania/qkmhsnf>>.

⁴⁶ Siehe Jak to było z „sędziami dublerami“ w Trybunale Konstytucyjnym, Rzeczpospolita (13.11.2023) <<https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art39394591-jak-to-bylo-z-sedziami-dublerami-w-trybunale-konstytucyjnym>>.

Rechtslage, die auf die vorübergehende Lähmung der Tätigkeit des Verfassungs-tribunals abzielte.⁴⁷ Instrument dazu waren einfache Gesetze.⁴⁸

Unter den Vorgaben der erlassenen verschiedenen Gesetze, die meist unmittelbar in Kraft traten (keine *vacatio legis*), finden sich die folgenden:⁴⁹ Das Verfassungs-tribunal hat statt wie bislang in seltenen Ausnahmefällen nun grundsätzlich im Plenum zu entscheiden, das sich aus mindestens 13 (statt vormals elf) Richtern konstituiert;⁵⁰ Fälle sind strikt nach der Reihenfolge ihres Eingangs zu entscheiden; für eine Entscheidung wird eine Mehrheit von zwei Dritteln benötigt (entgegen dem Wortlaut der Verfassung, die nur eine Stimmmehrheit vorsieht);⁵¹ auf Wunsch des Antragstellers/Beschwerdeführers hat eine mündliche Anhörung zu erfolgen, die jedoch mit einer drei- bis sechsmonatigen Wartefrist verbunden ist;⁵² Anhörungen im Plenum können nur in Präsenz des Generalstaatsanwalts abgehalten werden, der — aufgrund anderer Gesetze⁵³ — mit dem Justizminister in Personalunion steht; das Verfassungstribunal hat alle Angelegenheiten innerhalb eines Jahres nach Eingang zu entscheiden; der Präsident und der Justizminister können Disziplinarverfahren gegen Verfassungsrichter einleiten, und auf Antrag des Plenums kann der *Sejm* einen Verfassungsrichter aus disziplinarischen Gründen abberufen.⁵⁴

Das Verfassungstribunal überprüfte die parlamentarisch verabschiedeten Gesetze der PiS-geführten Regierung, wenn auch bereits in Kraft, anhand des alten Verfahrensrechts — getragen von der Überzeugung, dass dasselbe Gesetz, das eine verfassungsmäßige Kontrolle unmöglich zu machen droht, nicht zugleich Gegenstand und Grundlage desselben Verfahrens sein kann.⁵⁵ Den überwiegenden Teil der genannten Maßnahmen erklärte das Verfassungstribunal für verfassungswidrig.⁵⁶ Jedoch weigerte sich die PiS-Regierung unter Berufung auf die Missachtung

⁴⁷ Vgl. *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume III, 2020, 619 (659); *Sadurski* spricht von „legislative bombardment“, *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 70.

⁴⁸ *Bernatt/Ziolkowski*, Statutory Anti-Constitutional Constitutional Amendments, 2019; siehe auch *Starski*, The Power of the Rule of Law: The Polish Constitutional Tribunal's Forceful Reaction, VerfBlog, 2016/3/17 <<https://verfassungsblog.de/the-power-of-the-rule-of-law-the-polish-constitutional-tribunals-forceful-reaction/>>; *Starski*, Poland at Crossroads — The Constitutional Tragedy Continues...Part I <<https://www.juwiss.de/1-2016/>>; Poland at Crossroads — The Constitutional Tragedy Continues...Part II <<https://www.juwiss.de/3-2016/>>.

⁴⁹ Vgl. *Starski*, Poland at Crossroads — The Constitutional Tragedy Continues...Part I <<https://www.juwiss.de/1-2016/>>; *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 73; *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume III, 2020, 619 (662).

⁵⁰ Einer späteren Version zufolge können Fälle auf Antrag von drei Richtern dem Plenum zugewiesen werden, auch wenn sie bereits einer Kammer zugewiesen worden sind, *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume III, 2020, 619 (664).

⁵¹ Art. 190 Abs. 5 PolVerf.

⁵² Sechs Monate bei Entscheidung durch das Plenum, im Übrigen drei Monate.

⁵³ Gesetz vom 28.01.2016 über die Staatsanwaltschaft, Nr. 177; Durchführungsgesetz vom 28.01.2016 zum Gesetz über die Staatsanwaltschaft, Nr. 178.

⁵⁴ Art. 31a Abs. 1 des Gesetzes zum Verfassungstribunal in der Fassung vom 31.12.2015.

⁵⁵ *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 74.

⁵⁶ Siehe Urteile des poln. Verfassungstribunals vom 9.3.2016, K 47/15 und vom 11.8.2016, K 39/16.

des neuen Verfahrensrechts, die Urteile im Gesetzesblatt zu veröffentlichen.⁵⁷ Die polnische Verfassung räumt der Exekutive allerdings kein Ermessen bei der Veröffentlichung von Urteilen des Verfassungstribunals ein.⁵⁸

Im Dezember 2016 kam es zum letzten Akt der Übernahme des Verfassungstribunals: der von Unregelmäßigkeiten gezeichneten Wahl von *Julia Przyłębska* zur Gerichtspräsidentin.⁵⁹ Diese Position innerhalb der Organisationsstruktur des Verfassungstribunals von besonderer Bedeutung, da ihr – im Ausnahmefall, den *Przyłębska* erheblich ausdehnte⁶⁰ – die Zuteilung der Fälle an die Kammern des Gerichtshofs möglich ist. *Przyłębska* nutzte dies dergestalt, dass von der PiS gewählte Richter in den politisch relevanten Rechtssachen in der Mehrheit waren.⁶¹

Zeitgleich hob die PiS-Regierung samt der sie tragenden parlamentarischen Mehrheit die verfahrensrechtliche Lähmung des Gerichtshofs wieder auf, indem sie die Gesetzeslage wieder weitgehend derjenigen von 1997 anglich.⁶²

4. Die Folgen der Übernahme

Mit der Übernahme des Verfassungstribunals ebnete PiS den Weg für ihre sog. „Justizreformen“, die nahezu alle Bereiche der Gerichtsbarkeit, der Justizverwaltung, der Staatsanwaltschaft und der richterlichen Ausbildung betrafen.⁶³ Eine unabhängige verfassungsgerichtliche Kontrolle dieser ebenfalls auf einfachgesetzlicher Ebene eingeführten Maßnahmen war nicht länger möglich.⁶⁴ Der EGMR befand 2021 in der Rechtssache *Xero Flor*, dass das Verfassungstribunal unter Beteiligung der „doppelten“ Richter kein auf Gesetz beruhendes Gericht im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK mehr sei.⁶⁵

PiS instrumentalisierte das Verfassungstribunal nun gezielt für ihre politischen Zwecke. Nachdem dieses mit fadenscheiniger Begründung das Gesetz zum Landesjustizrat von 2001 für verfassungswidrig erklärte – ein für die Richterwahl zentrales Organ –, erließ die PiS-geführte parlamentarische Mehrheit ein neues Gesetz, welches unter anderem die vorzeitige Beendigung der verfassungsmäßig garantierten Amtszeit der Mitglieder vorsah.⁶⁶ In ähnlicher Weise wurde mit Hinblick

⁵⁷ *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 75 ff. Die Veröffentlichung wurde erst im Juni 2018 nachgeholt, vgl. ebd., 78 f.

⁵⁸ Vgl. Art. 190 Abs. 2 S. 1 PolVerf.

⁵⁹ Detaillierte Darlegungen siehe bei *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 65 f.

⁶⁰ *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), The Max Planck Handbooks in European Public Law, Vol. III, 2020, 619 (667); nach Ansicht von *Sadurski* rechtswidrig, *ders.*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 69.

⁶¹ Hier und vorhergehend *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 69.

⁶² Vgl. *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), The Max Planck Handbooks in European Public Law, Vol. III, 2020, 619 (667) mit Verweis auf das Gesetz zur Organisation und zu den Verfahren vor dem Verfassungstribunal vom 30.11.2016, Nr. 2072 und das Gesetz zum Status der Richter vom 30.11.2016, Nr. 2073.

⁶³ Detailliert siehe *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019.

⁶⁴ EU-Kommission, 26.7.2017, Empfehlung (EU) 2017/1520, L 228/22 ff.; *Bernatt/Ziołkowski*, Statutory Anti-Constitutional Constitutional Amendments, 2019.

⁶⁵ EGMR, Urteil v. 7.5.2021, Beschwerde-Nr. 4907/18 – *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*.

⁶⁶ Vgl. *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 79 f.

auf die Modalitäten zur Wahl des Gerichtspräsidenten am Obersten Gericht, dem Höchstgericht in Zivil- und Strafsachen, vorgegangen.⁶⁷

Im Oktober 2020, inmitten der Corona-Pandemie, engte das Verfassungstribunal die Möglichkeit, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen, erheblich ein.⁶⁸ Die Entscheidung – ein politisches Anliegen der PiS-Regierung – rief massenhafte Proteste im gesamten Land hervor.⁶⁹

Das Verfassungstribunal judizierte gegen die europäischen Gerichte, die die Unionsrechtswidrigkeit (EuGH) bzw. Konventionswidrigkeit (EGMR) der sog. Justizreformen feststellten.⁷⁰ In einem Urteil vom Oktober 2021 erklärte das Verfassungstribunal die Rechtsprechung des EuGH sowie die zugrundeliegenden primärrechtlichen Vorschriften für verfassungswidrig, soweit diese die Organisation und Funktionsweise der polnischen Justiz betreffen.⁷¹ Dabei berief sich das Verfassungstribunal auf die polnische Verfassungsidentität sowie auf die *ultra-vires* Rechtsprechung des BVerfG⁷² – seine Entscheidung kann jedoch allenfalls als Pervertierung der deutschen Verfassungsdogmatik gelesen werden.⁷³ Ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen, in dem die EU-Kommission beantragt, dieses Urteil für unionsrechtswidrig zu erklären und die mangelnde Unabhängigkeit des Verfassungstribunals festzustellen, ist beim EuGH anhängig.⁷⁴

Auch die Auseinandersetzung mit dem EGMR fand in der Rechtsprechung des Verfassungstribunals Niederschlag: In zwei Entscheidungen übertrug das Verfassungstribunal seine Ratio zum Unionsrecht auf die Rechtsprechung des EGMR zur Unabhängigkeit der polnischen Justiz. Art. 6 Abs. 1 EMRK sei jedenfalls in der Auslegung des EGMR mit der polnischen Verfassung unvereinbar.⁷⁵

Schließlich nutzt die PiS als jetzige Opposition das gekaperte Verfassungstribunal, um die Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit durch die im Oktober 2023 neu gewählte Regierung zu verhindern. So verweigerte Präsident *Duda* die Gegenzeichnung für ein Gesetz zur Reformierung des Landesjustizrates und legte es

⁶⁷ Vgl. ebd., 81 f.

⁶⁸ Poln. Verfassungstribunal Urteil vom 22.10.2020, K 1/20; kritisch zur rechtlichen Begründung der Entscheidung *Bucholc*, *Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon*, 14 *Hague Journal on the Rule of Law* (2022), 73 ff.; *Gliszczynska-Grabias, Sadurski*, *The Judgment That Wasn't*, 17 *European Constitutional Law Review* (2021), 130 ff.

⁶⁹ *Kubal*, *The Woman's Complaint*, 31 *Journal of Contemporary Central and Eastern Europe* (2023), 585 ff.

⁷⁰ EGMR, Urteil v. 7.5.2021, Beschwerde-Nr. 4907/18 – *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*. Ferner auf unionsrechtlicher Ebene EuGH ECLI:EU:C:2019:531 – *Kommission v. Polen*; EuGH ECLI:EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality/LM*; EuGH ECLI:EU:C:2019:982 – *A. K./Krajowa Rada Sadownictwa*.

⁷¹ Poln. Verfassungstribunal, Urteil vom 7.10.2021, K 3/21; dem war am 14.7.2021 bereits das Urteil P 7/20 vorausgegangen, in dem die Verfügung einstweiliger Anordnungen durch den EuGH in Bezug auf die Organisation und Funktionsweise der polnischen Justiz für verfassungswidrig erklärt wurde.

⁷² BVerfGE 154, 17 ff.

⁷³ *Thiele*, *Wer Karlsruhe mit Warschau gleichsetzt, irrt sich gewaltig*, *VerfBlog*, 2021/10/10 <<https://verfassungsblog.de/wer-karlsruhe-mit-warschau-gleichsetzt-irrt-sich-gewaltig>>.

⁷⁴ Klage, eingereicht am 17.7.2023, Rechtssache C-448/23 – *Europäische Kommission/Republik Polen*.

⁷⁵ Poln. Verfassungstribunal, Urteil vom 24.11.2021, K 6/21 und Urteil vom 10.03.2022, K 7/21.

dem Verfassungstribunal zur Prüfung vor.⁷⁶ Entsprechend ging er unlängst mit Hinblick auf ein Gesetz zur Reformierung des Verfassungstribunals vor.⁷⁷

5. Zwischenergebnis

In der Gesamtbetrachtung der Rolle des verfassungsrechtlichen Schutzes bei der Übernahme des polnischen Verfassungstribunals ergibt sich ein womöglich überraschendes Bild: Die polnische Verfassung sieht seit 1997 detaillierte Garantien der Unabhängigkeit des Verfassungstribunals vor. Ohne zahlreiche, teils offensichtliche Verfassungsverstöße – wie die Nichtvereidigung der drei Novemberrichter, die Wahl der drei „doppelten“ Richter und die Nichtveröffentlichung der Urteile – wäre der PiS eine solche Übernahme nicht möglich gewesen.

PiS profitierte bei ihrem Vorgehen somit weniger von einer Regelungsarmut der Verfassung, als von zwei anderen Aspekten: Zum einen von einem bereits vor ihren Wahlerfolgen von 2015 geschwächten Verfassungstribunal und zum anderen von Anfälligkeiten in der Konzeption des Gerichtshofs.

Was den ersten Aspekt angeht, hat die Vorgängerregierung mit der vorgezogenen Wahl der zwei Dezemberrichter gegenüber dem Verfassungstribunal eine Kultur der Rechtswidrigkeit („culture of illegality“⁷⁸) gefördert, von der die PiS profitierte. Verfassungsgerichte sind in besonderem Maße auf das Vertrauen der Bevölkerung und eine respektvolle Behandlung seitens die Politik angewiesen. Wenn demokratische Kräfte dieses Vertrauen beschädigen und Justizpolitik im Eigeninteresse betreiben, untergraben sie das Fundament, auf dem das Verfassungsgericht steht.

Der zweite Aspekt betrifft zwei „Geburtsfehler“ des polnischen Verfassungsgerichtshofs, die die PiS-geführte Regierung zu nutzen wusste: Das Wahlverfahren der Verfassungsrichter und die Organisationsstruktur des Gerichts.

Art. 194 Abs. 1 S. 1 der polnischen Verfassung sieht lediglich die individuelle Wahl durch den *Sejm* vor, nicht jedoch die erforderliche Mehrheit. Diese ist einfachgesetzlich auf eine absolute Mehrheit festgelegt.⁷⁹ Ein verfassungsrechtlich

⁷⁶ Polish Press Agency, President stalls judiciary council reform (2.08.2024), <<https://www.pap.pl/en/news/president-stalls-judiciary-council-reform>>.

⁷⁷ Pacuła, Duda Blocks Changes to the Constitutional Tribunal, Refers Bills for Preventive Review, Rule of Law in Poland (07.10.2024) <<https://ruleoflaw.pl/this-was-a-long-anticipated-decision-by-president-duda-as-expected-the-president-intends-to-block-the-proposed-reforms-to-the-constitutional-tribunal-which-had-been-politicized-by-the-law-and-justi/>>; antizipativ bereits Wyrzykowski, The Constitutional Trap in Bobek/Bodnar/v. Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), Transition 2.0, 2023, 227 ff.

⁷⁸ Jakob, We have found the enemy – It is us, all of us together, in: Starski/Vöhler, Reinstating the Rule of Law (2025, noch nicht veröffentlicht).

⁷⁹ Jeweils unverändert siehe Art. 17 Abs. 2 Gesetz zum Verfassungstribunal vom 25.6.2015 („Judges of the Tribunal shall be chosen individually for a nine-year term of office by an absolute majority vote in the Sejm, in the presence of at least half of the statutory number of Sejm Deputies.“ – siehe <<https://trybunal.gov.pl/en/about-the-tribunal/legal-basis/the-constitutional-tribunal-act/archive>>); Art. 6 Abs. 4 Gesetz zum Verfassungstribunal vom 22.7.2016 („A resolution of the Sejm on the election of a judge of the Tribunal shall require an absolute majority of votes cast in the presence of at least half of the total number of Sejm Deputies“ siehe hierzu <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2016\)052-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2016)052-e)>. Anders noch Art. 5 Abs. 4

abgesichertes Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit zur Richterwahl, bestenfalls in Kombination mit einem Ersatzwahlmechanismus, wie von der Venedig-Kommission 2016 gefordert,⁸⁰ wäre womöglich ein effektives Hindernis gegen die Übernahme des Gerichtshofs gewesen. Problematisch ist zudem, dass die Richterwahl nur durch den *Sejm* ohne Beteiligung anderer Organe erfolgt.

Im Gegensatz zum BVerfG ist das Verfassungstribunal nicht in Senate gegliedert, sondern entscheidet in Kammern von drei oder fünf Richtern sowie im Plenum.⁸¹ Dies erleichterte Gerichtspräsidentin *Przyłębska*, die Zuteilung der Fälle im Interesse der PiS auszugestalten.⁸² Die hier in der BT-Drs. 20/12977 vorgesehene verfassungsrechtliche Absicherung der Senatsstruktur des BVerfG ist somit ein richtiger Schritt.⁸³

Schließlich bietet sich bei der Bewertung der vorliegenden Gesetzesentwürfe auch der Vergleich mit einem anderen polnischen Gericht an, das im Visier der PiS-geführten Regierung stand: dem Obersten Gericht, Höchstgericht in Zivil- und Strafsachen. In diesem Fall setzte die PiS das Ruhestandseintrittsalter mit Wirkung auch für amtierende Richter herab und erweiterte das Gericht um zwei neue Kammern, um vakante Stellen in einem beeinflussten Ernennungsverfahren zu besetzen.⁸⁴ Die Festschreibung der Altersgrenze und der Zahl der Richter ist somit zu begrüßen.⁸⁵

III. Bewertung der vorliegenden Gesetzesentwürfe

Im Weiteren werden nunmehr die Kernelemente der vorliegenden Gesetzesentwürfe im Einzelnen bewertet [2.]. Dem vorgelagert ist eine knappe Einordnung der gegenwärtigen rechtlichen Ausgangslage verfassungsrechtlicher Regelungsdichte im Hinblick auf das BVerfG [1.].

1. Gegenwärtige rechtliche Ausgangslage

Zum jetzigen Stand ist das Grundgesetz im Hinblick auf eine verfassungsrechtliche Erfassung des BVerfG und seiner institutionellen Architektur recht zurückhaltend: Im Grundgesetz finden sich die Zuständigkeiten des BVerfG (z. B. Art. 93, 100 GG). Art. 94 GG sieht lediglich die Wahl der Mitglieder des BVerfG, welches aus Bundesrichtern und anderen Mitgliedern besteht (Art. 94 Abs. 1 S. 1 GG), hälftig durch den Bundestag und den Bundesrat (Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG) sowie das Verbot der Kombination des Richteramts mit einem politischen Amt vor (Art. 94 Abs. 1 S. 3 GG).

Gesetz zum Verfassungstribunal 1997 in der Fassung von 2010 („simple majority of votes in the presence of at least half of the total number of deputies“ – siehe Übersetzung bei <<https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1997/en/94667>>).

⁸⁰ Venice Commission, Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, CDL-AD(2016)001, Rn. 140.

⁸¹ *Tuleja*, The Polish Constitutional Tribunal in v. Bogdandy/Huber/Grabenwarter (Hrsg.), The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume III, 2020, 619 (625 f.).

⁸² Eine Befugnis, die sie laut *Sadurski* in rechtswidriger Weise überdehnte, *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 69.

⁸³ Siehe S. 16 f.

⁸⁴ Vgl. *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, 106–115; EuGH E-CLI:EU:C:2019:531 – *Kommission v Polen*.

⁸⁵ Siehe S. 17.

Die restliche Ausgestaltung des Wahlverfahrens, der Organisation und Arbeit des BVerfG ist dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz [BVerfGG]⁸⁶ nach Art. 94 Abs. 2 GG überlassen. Änderungsgesetze zu diesem könnten im Gesetzgebungsverfahren jederzeit mit einfacher Mehrheit im Bundestag beschlossen werden (Art. 77 Abs. 1 S. 1 iVm Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG). Das BVerfGG und Änderungen hierzu wären zudem mit Blick auf die Partizipation des Bundesrates als Einspruchsgesetze zu qualifizieren (Art. 77 Abs. 3 GG). Im Gegensatz hierzu bedarf es zu einer Grundgesetzänderung nach Art. 79 Abs. 2 GG einer Zweidrittelmehrheit im Bundestag (bezogen auf die gesetzliche Mitgliederzahl des Bundestags – Art. 121 GG) und Bundesrat (bezogen auf die Stimmen des Bundesrates). Der Bundesrat muss einer Verfassungsänderung mit zwei Dritteln seiner Stimmen (derzeit 46 von 69 – siehe Art. 51 Abs. 2 GG) zustimmen.

Die rein einfachgesetzliche Regelung von Wesensmerkmalen des BVerfG nach der jetzigen gesetzgeberischen Architektur geht mit Gefahren einher, da ihr ein Zugriff des einfachgesetzlichen Gesetzgebers auf das BVerfG immanent ist. Der „Kontrollierte“ – die Legislative – vermag den „Kontrolleur“ potentiell seiner Effektivität berauben. Zwar setzen verfassungsrechtliche Grundprinzipien – wie z. B. die richterliche Unabhängigkeit nach Art. 97 GG, die selbstverständlich auch Richtern des BVerfG zuteil wird⁸⁷ – einer einfachgesetzlichen Ausformung der Organisation des BVerfG Grenzen. Diese können in den Randbereichen jedoch nicht eindeutig bzw. in den Einzelheiten umstritten sein. Jeglicher Regelung auf verfassungsrechtlicher Ebene kommt der normhierarchische Vorrang der Verfassung zu (*lex superior derogat legi inferiori*).⁸⁸ Einfachgesetzliche Regelungen, die im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Normen stehen, sind nichtig. Eine verfassungsrechtliche Regelung engt dementsprechend den gesetzgeberischen Spielraum ein (Art. 20 Abs. 3 1. Hs. GG). Zudem beseitigt eine explizite verfassungsrechtliche Regelung möglicherweise bestehende Unsicherheiten hinsichtlich des gesetzgeberischen Spielraums und verringert in Situationen demokratischer und rechtsstaatlicher Regression so die argumentativen Möglichkeiten im politischen Diskurs, Verfassungsbrüche zu verschleiern.

2. Im Einzelnen

Im Weiteren wird zunächst auf den generellen Ansatz der vorliegenden Gesetzesentwürfe eingegangen [a)]. In einem zweiten Schritt werden zudem einige Regelungen der Gesetzesentwürfe näher beleuchtet. Hierzu zählen die Regelungen zur Verfassungsorganstellung des BVerfG [b)], zu den Grundlagen der Organisationsstruktur des BVerfG [c)], zu den Voraussetzungen für die Übernahme/Ausübung eines Richteramtes am BVerfG [d)], zur Geschäftsordnungsautonomie des BVerfG [e)], zu den Bindungswirkungen der Entscheidungen des BVerfG [f)] sowie zu dem Ersatzwahlmechanismus [i)].

Angesprochen werden zudem Aspekte, die sich in dem polnischen Prozess der politischen Einvernahme des Verfassungstribunals als zentral erwiesen haben. Hierzu zählen Publikationspflichten im Hinblick auf Entscheidungen [g)] und

⁸⁶ Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 48 des Gesetzes vom 12. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 234) geändert worden ist.

⁸⁷ *Classen* in Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 97 Rn. 4.

⁸⁸ Siehe nur *Sommermann* in Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 253.

rechtliche Vorgaben hinsichtlich der Reihenfolge, in der Verfahren vor dem Verfassungsorgan zu behandeln waren [h]). Abschließend wird kurz auf weitere regulative Optionen eingegangen, die sich dem deutschen Gesetzgeber eröffnen: Die verfassungsrechtliche Verankerung der Zweidrittelmehrheit bei der Richterwahl [j]) sowie konstruktive Möglichkeiten, eine erschwerte Abänderbarkeit des BVerfGG vorzusehen [k]).

a) Genereller Ansatz

Die hier vorliegenden Gesetzesentwürfe heben zentrale Bestimmungen zur institutionellen Architektur des BVerfGG auf die Ebene des Grundgesetzes. Es bleibt bei der zusätzlichen einfachgesetzlichen Absicherung, da die inhaltlich korrespondierenden Normen nicht aus dem BVerfGG gestrichen werden. Die doppelte Absicherung auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene erscheint unproblematisch, behält die bisherige Logik des BVerfGG bei und stützt die Zentralität der relevanten Regelungen. In der Tat hat sich das BVerfGG gerade in der bestehenden Struktur und Organisation als eine Erfolgsgeschichte erwiesen. Es ist begrüßenswert, dass diese beibehalten, konserviert und normativ gestärkt werden.

Die rechtsstaatlichen und demokratischen Zerfallsprozesse in einigen Staaten – insbesondere Polen – belegen, dass jegliche Form organisatorischer Vorgaben letztendlich zu wesentlichen Instrumenten der politischen Einnahme von Verfassungsgerichten erstarken können (siehe hierzu bereits unter II.). Richtig ist insofern, dass – wie sich aus der Begründung in der BT-Drs. 20/12977 ergibt⁸⁹ – angesichts der Verfassungsorganstellung des BVerfGG eine ähnliche Regelungsdichte im Hinblick auf Strukturvorgaben wie bei den anderen Verfassungsorganen angestrebt wird. Durch ihre Übernahme in das Grundgesetz unterfallen wesentliche organisatorische Parameter den besonderen prozeduralen und materiellen Erfordernissen, die für Verfassungsänderungen gelten (Art. 79 Abs. 1 bis 3 GG) und werden dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogen (hierzu bereits oben). Dabei wird die grundlegende regulative Idee der Art. 93 und Art. 94 GG beibehalten. Nur strukturwesentliche Aspekte werden verfassungsrechtlich verankert, was eine Überfrachtung des Grundgesetzes mit Detailregelungen verhindert. Dieser Ansatz ist richtig.

b) Verfassungsorganstellung/Status

Die ausdrückliche Festschreibung der Verfassungsorganstellung (Art. 93 Abs. 1 GG-E) des BVerfGG im Grundgesetz, die sich nach derzeitigem Stand einfachgesetzlich in § 1 Abs. 1 des BVerfGG wiederfindet,⁹⁰ erscheint sinnvoll. Gleiches gilt für die explizite Konstatierung der Unabhängigkeit und Selbstständigkeit des BVerfGG, die jedoch seiner Verfassungsorganstellung *per se* immanent ist.⁹¹ Zwar ist auch nach jetziger Verfassungslage weder die Verfassungsorganstellung⁹²

⁸⁹ BT-Drs. 20/12977, 5.

⁹⁰ „Das Bundesverfassungsgericht ist ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes.“

⁹¹ BVerfGE 159, 26 (34): „Das Bundesverfassungsgericht ist Teil der rechtsprechenden Gewalt [...] und zugleich oberstes Verfassungsorgan [...]“. *Detterbeck* in Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 6; *Walter* in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 104. EL April 2024, Art. 93 Rn. 97.

⁹² *Walter* in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 104. EL April 2024, Art. 93 Rn. 94. Siehe Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts v. 27. Juni 1952,

noch die Unabhängigkeit und Selbständigkeit des BVerfG fraglich (siehe Art. 92 und Art. 93 GG),⁹³ sondern vielmehr dem Verfassungsrecht immanent, eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung hat jedoch neben einer bestätigenden Signalfunktion einen zusätzlich absichernden Effekt.

c) Grundlagen der Organisationsstruktur – Zwei Senate, je acht Richter, je hälftig von Bundesrat und Bundestag gewählt

Die verfassungsrechtliche Festlegung der grundlegenden Architektur des BVerfG (Aufteilung in zwei Senate) samt der Besetzung eines jeden Senats mit acht Richtern (Art. 93 Abs. 2 S. 1, 2 GG-E; bis *dato* nur § 2 Abs. 1 und Abs. 2 BVerfGG) schränkt die Möglichkeiten eines „court packing“⁹⁴ ein und ist vor diesem Hintergrund sinnvoll. Die fehlende Senatsstruktur des polnischen Verfassungstribunals (siehe obere Ausführungen II.) hat sich als Konstruktionsfehler erwiesen.⁹⁵ Das Festhalten an einer Wahl der Richter paritätisch durch Bundestag und Bundesrat (siehe bereits den gegenwärtigen Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG) sichert die demokratische Legitimation der Richter des BVerfG ab, ist Reflexion der politischen Machtverteilung sowohl auf Ebene des Bundes als auch der Länder⁹⁶ und generiert eine „bundesstaatliche Rückbindung“ des BVerfG.⁹⁷ Die neue Regelung verankert verfassungsrechtlich, dass sich der Grundsatz der hälftigen Wahl durch Bundesrat und Bundestag auf jeden der beiden Senate bezieht und konserviert die bestehend einfachgesetzliche Rechtslage (§ 5 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) verfassungsrechtlich. Dass für jeden einzelnen Senat der Grundsatz der paritätischen Wahl greift ist nach der derzeitigen Rechtslage verfassungsrechtlich nicht geboten (Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG⁹⁸).⁹⁹ Dennoch erscheint eine senatsbezogene Parität konstruktiv sinnvoll und klug, da jedem Senat dergestalt umfassende parlamentarische und föderative Legitimität zukommt.¹⁰⁰ Ihre verfassungsrechtliche Verankerung ist folgerichtig. Die Regelungen zu den notwendigen Senatsmehrheiten und der Beschlussfähigkeit verbleiben nach den vorliegenden Entwürfen auf der einfachgesetzlichen Ebene (§ 15 Abs. 2 und 4 BVerfGG). Dies erscheint angesichts der Qualität dieser Regelungen vertretbar.

JZ 1953, 157 (157) (sog. Status-Denkschrift): „Das Bundesverfassungsgericht als der oberste Hüter der Verfassung ist nach Wortlaut und Sinn des Grundgesetzes und des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan.“

⁹³ Detterbeck in Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 9; Voßkuhle in Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 19; Walter in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 104. EL April 2024, Art. 93 Rn. 124.

⁹⁴ Hierzu Braver, Court-Packing: An American Tradition?, 61 Boston College Law Review (2020), 2747 ff.; Kosai/Šipulová, Comparative court-packing, 21 I•CON (2023), 80 ff.

⁹⁵ Siehe S. 12 f.

⁹⁶ Vgl. Schreier, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, 2016, 140 ff.; Detterbeck in Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 94 Rn. 2; Voßkuhle in Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 94 Rn. 8.

⁹⁷ Hömig in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 5 Rn. 3.

⁹⁸ „Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes werden je zur Hälfte vom Bundestage und vom Bundesrate gewählt.“

⁹⁹ Hömig in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 5 Rn. 3.

¹⁰⁰ Vgl. auch Grünwald in BeckOK BVerfGG, Walter/Grünwald 17. Edition, Stand: 01.06.2024, § 5 Rn. 5.

d) Richterschaft (Amtszeit, Ablauf der Amtszeit, Ausschluss der Wiederwahl)

11.11.2024

Sowohl Amtszeiten als auch Altersgrenzen erweisen sich – so denn sie lediglich einfachgesetzlich abgesichert sind – als Instrumente politischer Manipulation (siehe hierzu bereits unter II.).¹⁰¹ Ihre verfassungsrechtliche Regelung in Art. 93 Abs. 3 GG-E (bis dato lediglich § 4 BVerfGG) ist zu begrüßen.

e) Geschäftsordnungsautonomie des BVerfG

Wie bereits in der Gesetzesbegründung¹⁰² dargelegt, korreliert die Geschäftsordnungsautonomie mit der Verfassungsorganeigenschaft des BVerfG.¹⁰³ Der Gehalt des § 1 Abs. 3 BVerfGG wird nunmehr verfassungsrechtlich in Art. 94 Abs. 4 GG-E gesichert. Auch in der anvisierten verfassungsrechtlichen Regelung wird die Geschäftsordnungsautonomie dem Plenum zugewiesen.

f) Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des BVerfG

Dass bestimmten Entscheidungen des BVerfG Gesetzeskraft zukommen soll, setzt der jetzige Art. 94 Abs. 2 S. 1 2. Hs. GG voraus.¹⁰⁴ Er überträgt die Entscheidung darüber, in welchen spezifischen Verfahren Entscheidungen des BVerfG Gesetzeskraft zukommt, dem einfachen Gesetzgeber. Der Aspekt der Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG ist bisher nur in § 31 Abs. 1 BVerfGG normativ erfasst. Sowohl die Adressaten der Bindungswirkung als auch der Umfang sowie der Gegenstand der Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG sind in Schrifttum und bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung umstritten. Es bestehen gewisse Abweichungen in der Rechtsprechung des 1. und 2. Senats.¹⁰⁵

Diese erwähnte Umstrittenheit beseitigt Art. 94 Abs. 4 GG-E,¹⁰⁶ welcher Art. 94 Abs. 2 S. 1 2. Hs. GG und § 31 Abs. 1 BVerfGG zusammenführt, nicht, sondern wird diese weiter in sich tragen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll mit Art. 94 Abs. 4 S. 1 GG-E kein striktes Normwiederholungsverbot für die Legislative verbunden sein,¹⁰⁷ was der gegenwärtigen herrschenden Lesart entspricht und sich – wenn auch mit Divergenzen – in der Rechtsprechung des 1. und 2. Senats des BVerfG widerspiegelt.¹⁰⁸

¹⁰¹ Siehe die Herabsetzung des Ruhestandsalters für Richter am Obersten Gerichtshof in Polen. Vertikaler unionaler Zugriff auf den Rechtsstaatsabbau in Polen im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens: EuGH ECLI:EU:C:2019:531 – *Kommission v. Polen*.

¹⁰² BT-Drs. 20/12977, 8.

¹⁰³ *Bethge* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 1 BVerfGG Rn. 60.

¹⁰⁴ Richtig – wie auch in der Gesetzesbegründung dargelegt (BT-Drs. 20/12977, 9) – ist, dass der Nichtigerklärung einer Norm zwingend eine *erga omnes* Wirkung zukommen muss.

¹⁰⁵ Siehe *Brosius-Gersdorf* in Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, 2024, 165 (171 f.); *Walter* in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 104. EL April 2024, Art. 93 Rn. 63 f.

¹⁰⁶ Die Bezeichnung n. F. in dieser Stellungnahme bezieht sich auf die nach den Gesetzgebungsentwürfen geplante neue Fassung.

¹⁰⁷ BT-Drs. 20/12977, 9. Zur Problematik *Brosius-Gersdorf* in Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, 2024, 165 (171 f.);

¹⁰⁸ BVerfGE 102, 127 (141); BVerfGE 135, 259 (281). Zum Problem der Verfassungsgangtreue BVerfGE 35, 257 (261 f.); 35, 193 (199); *Poscher* in Herdegen u. a. (Hrsg.),

Trotz genereller, wohl auch weiterhin relevanter Diskussion zur Bindungswirkung der Entscheidungen im Hinblick auf die Legislative ist Art. 94 Abs. 4 GG-E zu begrüßen, da er die Missachtung der Bindungswirkung einer Entscheidung des BVerfG explizit in die Kategorie der Verfassungswidrigkeit erhebt.

Rechtsvergleichend ist anzumerken, dass die Bindungswirkung der Entscheidungen des polnischen Verfassungstribunals auch in Art. 190 Abs. 1 der polnischen Verfassung festgelegt ist.¹⁰⁹ Gekoppelt ist diese indes mit Publikationsverpflichtungen.¹¹⁰ Die – verfassungswidrige – Nichtveröffentlichung wurde in Polen als Instrument genutzt, um die Durchschlagskraft des Verfassungstribunals zu hemmen.¹¹¹ Die Tatsache, dass auch in Polen die Bindungswirkung von Entscheidungen des Verfassungstribunals verfassungsrechtlich verankert war, zeigt, dass bei einer „Kultur des Verfassungsbruchs“ als letzter Stufe verfassungsrechtlicher Zersetzung rechtliche Regelungen in der letzten Konsequenz irrelevant werden.

g) Publikationsverpflichtung

Im polnischen Kontext hat sich – wie bereits erwähnt – die Nichtpublikation von Entscheidungen des Verfassungstribunals, die politisch inopportun erschienen, als wichtiges Mittel erwiesen, um das Verfassungstribunal seiner Autorität zu berauben.¹¹² Als besonders problematisch erwies sich in Polen das der Publikationsvorgabe inhärente Antragsverfahren, welches einfachgesetzlich unter der PiS-Regierung und der sie tragenden parlamentarischen Mehrheit eingeführt wurde: In Polen muss der Präsident des Verfassungstribunals nach Art. 80 Abs. 4 des Gesetzes zum polnischen Verfassungstribunal bei bestimmten Entscheidungen einen Antrag

Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 3 Rn. 124 ff. Umfassend *Schenke*, Die Verfassungsorgantreue, 1977.

¹⁰⁹ Siehe Offizielle Übersetzung des Art. 190 Abs. 2 der polnischen Verfassung: „Judgments of the Constitutional Tribunal shall be of universally binding application and shall be final.“

¹¹⁰ Siehe zum einen Art. 190 Abs. 2 der polnischen Verfassung: „Judgments of the Constitutional Tribunal regarding matters specified in Article 188, shall be required to be immediately published in the official publication in which the original normative act was promulgated. If a normative act has not been promulgated, then the judgment shall be published in the Official Gazette of the Republic of Poland, *Monitor Polski*.“ Ferner Art. 190 Abs. 3 der polnischen Verfassung: „A judgment of the Constitutional Tribunal shall take effect from the day of its publication, however, the Constitutional Tribunal may specify another date for the end of the binding force of a normative act. Such time period may not exceed 18 months in relation to a statute or 12 months in relation to any other normative act. Where a judgment has financial consequences not provided for in the Budget, the Constitutional Tribunal shall specify date for the end of the binding force of the normative act concerned, after seeking the opinion of the Council of Ministers.“ Zudem Art. 80 Abs. 4 des Gesetzes zum Verfassungstribunal: „The President of the Tribunal shall lodge an application with the Prime Minister for the publication of both judgments and the decisions referred to in Article 71(2), points 1 to 3. The publication shall take place in accordance with the rules and procedure laid down in the Constitution and in the Act of 20 July 2000 on the Promulgation of Normative Acts and Certain Other Legal Acts (Journal of Laws – Dz. U. of 2016, item 296).“ (Übersetzung der Venice Commission, The Constitutional Tribunal Act of 22 July 2016. Journal of Laws of the Republic of Poland, 1 August 2016, Item 1157).

¹¹¹ Siehe bereits unter II.

¹¹² Venice Commission, Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, Opinion 860/2016 (14.10.2016), CDL-AD(2016)026, 16 ff.

auf Publikation bei dem Premierminister stellen.¹¹³ Das Erfordernis dieses Antragsverfahren hat das damals noch funktionale polnische Verfassungstribunal aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 190 Abs. 2 der polnischen Verfassung am 11.8.2016 für verfassungswidrig befunden.¹¹⁴ Der verfassungsrechtlichen Publikationsverpflichtung käme eine bloße technische Funktion zu.¹¹⁵

Nach § 31 Abs. 2 S. 3 BVerfGG „ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen“, „[s]oweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird“. Dies soll auch „die Entscheidungsformel in den Fällen des § 13 Nr. 12 und 14“ erfassen (§ 31 Abs. 2 S. 4 BVerfGG). Nach herrschender Auffassung dient die Veröffentlichung nur der Rechtsklarheit und ist nicht konstitutiv für die Gesetzeskraft einer Entscheidung des BVerfG.¹¹⁶ Dieser Auslegung folgend könnte ein Justizminister, welcher den Effekten einer Entscheidung entgehen will, den Eintritt der Gesetzeskraft einer Unvereinbarkeits- oder Nichtigkeitserklärung über eine unterlassene Publikation nicht verhindern. Es ergibt sich angesichts der eindeutigen Meinungslage kein Bedarf expliziter Regelung der deklaratorischen Natur der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt.¹¹⁷

h) Reihenfolge der Bearbeitung der Verfahren

Nach Art. 38 Abs. 3 des polnischen Gesetzes zum Verfassungstribunal vom Juli 2016¹¹⁸ waren Verfahren nach der Reihenfolge des Eingangs betreffender Anträge zu bearbeiten. Ausnahmeregelungen hierzu waren in Art. 38 Abs. 4 und Abs. 5 des Gesetzes zum Verfassungstribunal vorgesehen. Insgesamt stellte die

¹¹³ Venice Commission, Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, Opinion 860/2016 (14.10.2016), CDL-AD(2016)026, 16 ff. Der *Sejm* beschloss ein neues Gesetz zum Verfassungstribunal am 13.9.2024. Dieses passierte auch den Senat, siehe <https://orka.sejm.gov.pl/proc10.nsf/ustawy/253_u.htm>. Jedoch hat der polnische Präsident das Gesetz dem noch „gekaperten“ Verfassungstribunal zur Prüfung vorgelegt, siehe Rechtssache KP 3/24, <<https://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/ustawa-o-trybunale-konstytucyjnym>>. Hierzu Żączkiewicz-Zborska/Stawicka, Ustawy o Trybunale Konstytucyjnym trafią do TK w trybie kontroli następczej (07.10.2024) <<https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/ustawy-o-trybunale-konstytucyjnym-prace-w-sejmie-i-senacie.526630.html>>.

¹¹⁴ Poln. Verfassungstribunal, Urteil v. 11.08.2016, Az. K 39/16, Nr. 6 des Tenors: „Art. 80 ust. 4 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 190 ust. 2 Konstytucji.“

¹¹⁵ Poln. Verfassungstribunal, Urteil v. 11.08.2016, Az. K 39/16, „[...] orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego podlegają niezwłocznej publikacji w organie urzędowym, w którym akt normatywny był ogłoszony.“

¹¹⁶ v. *Ungern-Sternberg* in BeckOK BVerfGG, Walter/Grünwald, 17. Edition, Stand: 01.06.2024, § 31 Rn. 55; *Bethge* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 31 Rn. 312; *Gaier*, Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, JuS 2011, 961 (964).

¹¹⁷ Siehe auch Venice Commission, Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, Opinion 860/2016 (14.10.2016), CDL-AD(2016)026, 17 (Rn. 78).

¹¹⁸ „The dates of hearings at which applications are considered shall be set in the order in which cases are received by the Tribunal.“ (Übersetzung der Venice Commission, The Constitutional Tribunal Act of 22 July 2016. Journal of Laws of the Republic of Poland, 1 August 2016, Item 1157). Zur Chronologie der Ereignisse und den relevanten Änderungsgesetzen zum Gesetz über das Verfassungstribunal Venice Commission, Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, Opinion 860/2016 (14.10.2016), CDL-AD(2016)026, 6 f.

Regelung abstrakte Normenkontrollverfahren, die durch andere Staatsorgane initiiert wurden, schlechter.¹¹⁹ So war nach Art. 38 Abs. 5 des Gesetzes zum Verfassungstribunal der Präsident des Verfassungstribunals befugt, die in Art. 38 Abs. 3 vorgesehene Sequenz zu umgehen, „if this is justified by the necessity to safeguard the rights or freedoms of citizens, national security or the constitutional order.“¹²⁰ Diese einfachgesetzliche Regelung zur Behandlung der Reihenfolge der Verfahren schränkte die Möglichkeit des Verfassungstribunals ein, aktuelle Fälle vorzuziehen, verlieh dem Präsidenten des Verfassungstribunals eine zentrale Rolle und verhinderte, dass aktuelle gesetzliche Vorstöße der damaligen Regierung und der sie stützenden Parlamentsmehrheit frühzeitig judikativ behandelt werden konnte. Das Verfassungstribunal erklärte diese Bestimmung – vor seiner vollständigen politischen Einnahme – für verfassungswidrig.¹²¹ Sie stünde unter anderem nicht im Einklang mit dem Prinzip der Gewaltenteilung (Art. 10 der polnischen Verfassung) und dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 173 der polnischen Verfassung).¹²²

Für das deutsche Verfassungsrecht ist anerkannt, dass die Reihenfolge der Bearbeitung von Rechtssachen innerhalb des BVerfG der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG, welche auch das BVerfG und seine Richter schützt, unterfällt,¹²³ wobei dieser Autonomie normative Grenzen durch das Beschleunigungsgebot gesetzt werden.¹²⁴ Vorgaben zur chronologischen Behandlungen von Rechtssachen wären insofern verfassungswidrig. Dem BVerfG ist jedenfalls ein Abweichen von der chronologischen Abarbeitung von Rechtssachen gestattet.¹²⁵ Explizite verfassungsrechtliche oder einfachgesetzliche Vorgaben erscheinen hier nicht erforderlich.

i) *Grundgesetzliche Öffnungsklausel zur einfachgesetzlichen Einrichtung eines Ersatzwahlmechanismus und einfachgesetzliche Einführung des Ersatzwahlmechanismus*

Es ist sinnvoll, einen Ersatzwahlmechanismus vorzusehen, der eine geordnete Auflösung von Blockadesituationen bei der Wahl der Richter des BVerfG ermöglicht und die Integrität des Wahlprozederes sowie der demokratischen Legitimation

¹¹⁹ Siehe Venice Commission, Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, Opinion 860/2016 (14.10.2016), CDL-AD(2016)026, 12 (Rn. 47).

¹²⁰ Übersetzung der Venice Commission, The Constitutional Tribunal Act of 22 July 2016. Journal of Laws of the Republic of Poland, 1 August 2016, Item 1157.

¹²¹ Poln. Verfassungstribunal, Urteil vom 11.8.2016, Az. K 39/16.

¹²² Poln. Verfassungstribunal, Urteil vom 11.8.2016, Az. K 39/16, Tenor Nr. 2: „Art. 38 ust. 3-6 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 10, art. 173, art. 188, art. 191 ust. 1 pkt 1-5 Konstytucji oraz z preambułą Konstytucji.“

¹²³ BVerfG (Beschwerdekammer), Beschluss v. 20.8.2015 – 1 BvR 2781/13, NJW 2015, 3361 (3363): „Schließlich kann die Rolle des BVerfG als Hüter der Verfassung es gebieten, bei der Bearbeitung der Verfahren in stärkerem Maße als in der Fachgerichtsbarkeit andere Umstände zu berücksichtigen als nur die chronologische Reihenfolge der Eintragung in das Gerichtsregister, etwa weil Verfahren, die für das Gemeinwesen von besonderer Bedeutung sind, vorrangig bearbeitet werden müssen oder weil ihre Entscheidung von dem Ergebnis eines Pilotverfahrens abhängig ist [...]“

¹²⁴ Barczak, Rechtsschutz bei Verzögerung verfassungsgerichtlicher Verfahren: Zugleich die Konturierung eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Verzögerungsfolgenkompensation, AöR 2013, 536 (560).

¹²⁵ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 345f; Schmaltz in Barczak (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz (2018), § 97a Rn. 43.

der Richter wahr. Der vorliegende Entwurf regelt den Ersatzwahlmechanismus nicht vollständig auf der Ebene des Grundgesetzes, sondern eröffnet lediglich die Möglichkeit seiner Einführung durch Bundesgesetz (Art. 93 Abs. 2 S. 3 i.V.m. Art. 93 Abs. 5 GG-E).

Der Ersatzwahlmechanismus wird durch Art. 1 Nr. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Untersuchungsausschussgesetzes eingeführt (Ergänzung eines § 7a Abs. 5 BVerfGG-E). Dieser Mechanismus knüpft an den Wahlvorschlag des BVerfG nach § 7a Abs. 2 BVerfGG an und hält insofern das Prozedere des § 7a Abs. 1 bis 4 BVerfGG aufrecht. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll es dabei bleiben, dass die Aufforderung des ältesten Mitglieds des Wahlausschusses (§ 7a Abs. 1 BVerfGG) bzw. des Präsidenten des Bundesrates oder dessen Stellvertreters (§ 7a Abs. 3 iVm § 7a Abs. 1 BVerfGG) keine zwingende Voraussetzung für den Wahlvorschlag des BVerfG nach § 7a Abs. 2 BVerfGG ist. Dass von dieser Auslegung durch eine Modifikation des § 7a BVerfGG und dessen Ergänzung durch einen neu einzufügenden Absatz 5 abgewichen werden sollte, ist in der Tat fernliegend. Vielmehr erscheint hier ein Erst-recht-Schluss (*argumentum a maiore ad minus*) geboten. Es sei dennoch der Hinweis erlaubt, dass die Frage der Aufforderung als zwingende Voraussetzung des bundesverfassungsgerichtlichen Wahlvorschlags in der Literatur umstritten ist. *Haratsch* zufolge ist – im Ergebnis nicht überzeugend – die Aufforderung eine „tätbestandliche Voraussetzung der Vorschlagsbefugnis“.¹²⁶ In jedem Fall kann davon ausgegangen werden, dass eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Aufforderung des BVerfG besteht.¹²⁷

Der Wahlvorschlag des BVerfG setzt nach dem relevanten Entwurf die Frist des § 7a Abs. 5 BVerfGG-E in Gang. Problematisch könnte insofern der Fall sein, dass das BVerfG keinen Wahlvorschlag unterbreitet. In einer solchen Konstellation würde der Firstlauf nicht in Gang gesetzt werden und es käme zu einer Blockade des Ersatzwahlmechanismus. Es ist bis *dato* in der Praxis des BVerfG durchaus vorgekommen, dass keine Wahlvorschläge seitens des BVerfG unterbreitet wurden.¹²⁸ Indes sollte von einer Pflicht des BVerfG, einen Wahlvorschlag zu unterbreiten, ausgegangen werden (§ 7a Abs. 2 BVerfGG: „Das Plenum des Bundesverfassungsgerichts beschließt mit einfacher Mehrheit [...]“).¹²⁹ Gerade da der Wahlvorschlag nach dem § 7a Abs. 5 BVerfGG-E entscheidend für die Aktivierung des Ersatzwahlmechanismus ist, erscheint die Annahme einer verfassungsrechtlichen Pflicht zur Erstellung des Wahlvorschlags nach der neuen Normarchitektur schlüssig. Zudem erscheint es unwahrscheinlich, dass sich gerade das BVerfG der Aktivierung des Ersatzwahlmechanismus in den Weg stellen könnte.

Sind drei Monate vergangen, seit dem das BVerfG dem zuständigen Wahlorgan einen Wahlvorschlag gemacht hat, ohne dass ein Nachfolger gewählt wurde, kann das andere Wahlorgan (entweder Bundestag oder Bundesrat) das Wahlrecht

¹²⁶ *Haratsch* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 7a Rn. 10.

¹²⁷ *Grünwald* in BeckOK BVerfGG, Walter/Grünwald, 17. Edition Stand: 01.06.2024, § 7a Rn. 8.

¹²⁸ *Haratsch* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 7a Rn. 10.

¹²⁹ Vgl. *Grünwald* in BeckOK BVerfGG, Walter/Grünwald, 17. Edition Stand: 01.06.2024, § 7a Rn. 14; *Haratsch* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 7a Rn. 10.

ausüben, wobei der jeweilige Richter als vom ursprünglich zuständigen Wahlorgan gewählt gilt (siehe § 7a Abs. 5 aE BVerfGG-E). Diese Klarstellung ist begrüßenswert. In der Konsequenz bedeutet dies, dass zur Wahl des Nachfolgers eines durch Ersatzwahl bestimmten Richters das originär zuständige Organ kompetent bleibt. Dem anderen Organ wird nach dem Wortlaut lediglich die Option zur Ausübung des Wahlrechts des originär zuständigen Organs gegeben („kann sein Wahlrecht [...]“). Der Begriff „auch“ signalisiert, dass nach Aktivierung des Ersatzwahlmechanismus ein paralleles Beschlussrecht begründet wird: Das originär zuständige Organ bleibt beschlussberechtigt, das andere Organ kann dieses Beschlussrecht ausüben.¹³⁰ Eine derartige Ausübung des Beschlussrechts eines Organs durch ein anderes Verfassungsorgan bedarf einer grundgesetzlichen Grundlage.¹³¹ Als solche erscheint Art. 93 Abs. 2 S. 3 GG-E in der Gestalt des Entwurfs hinreichend („[...] das Wahlrecht vom anderen Wahlorgan ausgeübt werden kann [...]“).¹³² Anzumerken ist, dass nach dem unveränderten § 7a Abs. 4 BVerfGG das Wahlorgan nicht an den Wahlvorschlag des BVerfG gebunden ist. Da das vertretende Organ das Beschlussrecht des originär zuständigen Organs umfassend ausübt und den Wahlvorschlag des BVerfG nicht gebunden ist, obliegt ihm die Aufstellung eines geeigneten Kandidaten. Vor dem Hintergrund einer hinreichenden demokratischen Legitimation der Richter ist es wichtig, dass die Ersatzwahl durch die jeweilige andere Kammer (Bundestag und Bundesrat) erfolgt. Diese Grundidee des Ersatzwahlmechanismus ist begrüßenswert.

Nach der Gesetzesbegründung stehen dem originär zuständigen Organ ca. sechs Monate für die Wahl eines Richters zur Verfügung [zwei Monate (§ 7a Abs. 1 S. 1 BVerfGG) plus ca. ein Monat für den Wahlvorschlag des BVerfG plus dreimonatige Frist ab Wahlvorschlag (§ 7a Abs. 5 BVerfGG-E)].¹³³ Dem BVerfG wird keine explizite Frist für die Erstellung des Wahlvorschlags eingeräumt. Die Gesetzesbegründung geht von einer Schätzung aus.

Da nach der prozeduralen Logik des Ersatzwahlmechanismus entscheidend ist, welchem Organ die Wahl eines Richters zuerst gelingt, ist in der Tat zentral – wie auch in der Gesetzesbegründung dargelegt¹³⁴ –, dass die Wahlgänge zeitlich präzise protokolliert werden. Nicht ausgeschlossen ist je nach politischer Lage, dass es zu Konstellationen eines „Wettlaufs“ zwischen originär zuständigem und dem

¹³⁰ Hierzu (samt verfassungsrechtlicher Bedenken) *Klatt/Weber*, Vertretene Organe: Unklarheiten der geplanten Resilienzregelungen für das Bundesverfassungsgericht, *VerfBlog*, 2024/10/22 <<https://verfassungsblog.de/vertretene-organe>>.

¹³¹ Dies betonen auch *Klatt/Weber*, Vertretene Organe: Unklarheiten der geplanten Resilienzregelungen für das Bundesverfassungsgericht, *VerfBlog*, 2024/10/22 <<https://verfassungsblog.de/vertretene-organe/>>.

¹³² Die Idee einer Wahrnehmung von Rechten von Organen seitens eines anderen Organs ist dem Grundgesetz nicht vollends fremd. Zu denken wäre hier an § 115e Abs. 1 GG. Hiernach nimmt der Gemeinsame Ausschuss nach seiner Aktivierung unter engen Voraussetzungen die Rechte von Bundestag und Bundesrat wahr. In diesem Fall liegt eine streng subsidiäre Funktionsübernahme vor, Jarass in ders. /Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 18. Aufl. 2024, Art. 115e Rn. 1. Bundestag und Bundesrat existieren parallel weiter und können, so denn beschlussfähig, vom Gemeinsamen Ausschuss verabschiedete Gesetze aufheben (Art. 115l Abs. 1 S. 1 GG), *Starski* in Huber/Voßkuhle, *Grundgesetz*, 8. Aufl. 2024, Art. 53a Rn. 115. Diese Konstellation ist natürlich eine andere als die anvisierte, strukturell liegt hier jedoch eine Wahrnehmung von Beschlusskompetenzen bei Fortbestand des originär zuständigen Organs vor.

¹³³ BT-Drs. 20/12978, 7.

¹³⁴ BT-Drs. 20/12978, 7.

das Beschlussrecht ausübenden Organ hinsichtlich der Wahl eines Richters kommen kann.¹³⁵ Dies kann in der Außenwahrnehmung die Legitimität des sodann in einer „Wettlaufwahl“ bestimmten Richters hervorrufen. Der Mechanismus eröffnet politischer Taktik breiten Raum.

Dabei bleibt nach der Logik des § 7a Abs. 5 BVerfGG-E das Zweidrittelersfordernis nach § 6 Abs. 1 BVerfGG (Bundestag) und § 7 BVerfGG (Bundesrat) erhalten. Auch bei der Aktivierung des Ersatzwahlmechanismus wird so die sich in der Zweidrittelmehrheit manifestierende demokratische Legitimierung des jeweiligen Richters sichergestellt.

In der Gesamtabwägung überwiegen indes die Vorteile die Nachteile des anvisierten Ersatzwahlmechanismus erheblich. So ist die Nichtauflösung einer Blockade bei der Richterwahl mit erheblicher Verunsicherung verbunden, die die Autorität des BVerfG zu beeinträchtigen geeignet ist. Der Ersatzwahlmechanismus schafft einen geordneten Ausweg.

Prospektiv sollte nachgedacht werden, wie mit der Konstellation umgegangen werden soll, dass sich in der jeweiligen zweiten Kammer keine Zweidrittelmehrheit für einen Kandidaten findet – in beiden Kammern mithin also Sperrminoritäten gegeben sind¹³⁶ – oder das betreffende Organ sein Ausübungsrecht nicht wahrnimmt.

j) Nichtregelung der 2/3-Mehrheit auf Ebene der Verfassung

Die Wahl von Richtern des BVerfG ist prägend für das BVerfG und ein Aspekt, welcher das hohe Ansehen des Gerichts bedingt.¹³⁷ Die grundgesetzliche Verankerung der Zweidrittelmehrheit birgt eine Herausforderung, so denn sich eine Sperrminorität innerhalb des zuständigen Wahlorgans bildet, was durch den Ersatzwahlmechanismus jedoch wiederum entschärft werden könnte. Jedenfalls ist das Quorum der Zweidrittelmehrheit essentiell mit der Überparteilichkeit des BVerfG als Gremium verbunden.¹³⁸ Nach den vorliegenden Gesetzesentwürfen verbleibt die Regelung der Zweidrittelmehrheit auf der einfachgesetzlichen Ebene (siehe § 6 Abs. 1 S. 2 BVerfGG; § 7 BVerfGG). Leichtfertige und situative Modifikationen dieses Mehrheitserfordernisses – auch in akuten Krisenlagen – hätten negative Auswirkungen auf die Gestalt und den Charakter des BVerfG und können seine Legitimität schwer beschädigen. Die Vor- und Nachteile einer verfassungsrechtlichen Verankerung des Zweidrittelquorums sollten seitens des Gesetzgebers

¹³⁵ Siehe auch *Stein* zitiert bei MPG, Bundesverfassungsgericht: Geplanter Schutz hat Lücken, 11.10.2024 <<https://www.mpg.de/23544576/schutz-des-bundesverfassungsgerichts>>.

¹³⁶ Siehe auch *Spieker* zitiert bei MPG, Bundesverfassungsgericht: Geplanter Schutz hat Lücken, 11.10.2024 <<https://www.mpg.de/23544576/schutz-des-bundesverfassungsgerichts>>.

¹³⁷ Hierzu nur *Grimm*, Die Wahl der Verfassungsrichter muss im Grundgesetz geregelt sein, SZ v. 1.11.2024.

¹³⁸ *Haratsch* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 6 Rn. 37; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 43 ff.

auch ausgehend von unterschiedlichen Phasen des inkrementellen Prozesses einer möglichen verfassungsrechtlichen Demontage abgewogen werden.

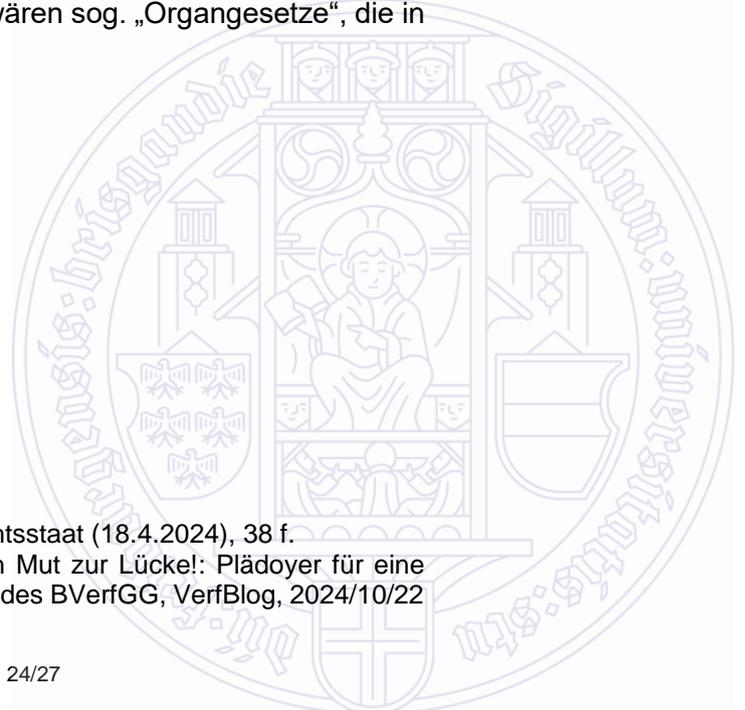
k) Abänderbarkeit des BVerfGG

Das BVerfGG verbleibt ein einfaches Bundesgesetz, dessen Änderung im Wege seitens des Bundesrates nicht zustimmungsbedürftiger Gesetze (siehe Art. 77 Abs. 3 GG) erfolgen kann. Überlegungen, grundgesetzlich seine Zustimmungsbedürftigkeit vorzusehen¹³⁹ bzw. gar lediglich die Änderungen bestimmter Normen als zustimmungsbedürftig zu betrachten (gegenständlich beschränkte Zustimmungspflicht),¹⁴⁰ sind wiederholt im Rahmen der Diskussion zur Resilienzsteigerung des BVerfGG gemacht worden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Änderungsgesetze hinsichtlich des BVerfGG derzeit als Einspruchsgesetze zu qualifizieren sind (Art. 77 Abs. 3 GG). Legt der Bundesrat erfolgreich Einspruch mit einfacher Mehrheit gegen ein Einspruchsgesetz ein (Art. 77 Abs. 4 S. 1 GG), so kann der Einspruch „durch Beschluß der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages zurückgewiesen werden.“ Für den Zurückweisungsbeschluss des Bundestages greift insofern die einfache Abstimmungs Mehrheit des Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG. Beschließt der Bundesrat die Einlegung des Einspruchs „mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln seiner Stimmen [...], so bedarf die Zurückweisung durch den Bundestag einer Mehrheit von zwei Dritteln, mindestens der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages“ (Art. 77 Abs. 4 S. 2 GG). Erlangen undemokratische Kräfte im Bundestag Mehrheiten, die Einsprüche des Bundesrates überstimmen könnten, könnte der Bundesrat destabilisierende Gesetzgebungsvorhaben nicht verhindern, wobei erheblich wäre, wie sich die Mehrheitsverhältnisse im Bundesrat darstellen, d. h., ob er womöglich eine Zweidrittelmehrheit für die Einlegung des Einspruchs generieren kann. Im Falle eines Zustimmungsgesetzes käme ein Gesetz nur dann zustande, wenn der Bundesrat positiv zustimmt (Art. 77 Abs. 2a GG, Art. 78 1. Var. GG). Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, die grundgesetzlich explizit angeordnet sein muss, eröffnete für den Bundesrat zusätzliches Blockadepotential.

Weitere Vorschläge sind die Beibehaltung der Rechtsnatur des BVerfGG als einfaches Gesetz, dessen Abänderbarkeit jedoch einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat unterliegt. Vorbild hierfür wären sog. „Organgesetze“, die in

¹³⁹ Bericht der Bund-Länder-Gruppe, Wehrhafter Rechtsstaat (18.4.2024), 38 f.

¹⁴⁰ Eine solche im Ergebnis ablehnend *Spieker*, Kein Mut zur Lücke!: Plädoyer für eine Zustimmungspflicht des Bundesrates bei Änderungen des BVerfGG, *VerfBlog*, 2024/10/22 <<https://verfassungsblog.de/kein-mut-zur-luecke/>>.



anderen Rechtsordnungen bekannt sind.¹⁴¹ Derartige Organgesetze stellen in der gegenwärtigen Verfassungsordnung ein Aliud dar.¹⁴²

11.11.2024

Jedenfalls das Vorsehen einer Zustimmungspflicht des Bundesrates, die sich auf das gesamte BVerfGG beziehe, erscheint möglich und nicht systemfremd und eröffnet – was auch ihr Sinn ist – Blockadepotentiale. Sie ist indes insofern atypisch, als sie sich von den übrigen Fällen der Zustimmungsbedürftigkeit unterscheidet. Die Zweckmäßigkeit dieser Sicherungsmechanismen in der konkreten bestehenden Lage obliegt der Einschätzung des Gesetzgebers.

¹⁴¹ Siehe z. B. Art. 81 der Verfassung Spaniens (Cortes Generales „BOE“ núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 Referencia: BOE-A-1978-40002): „1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.“ Englische Übersetzung des Art. 81 Abs. 2 der spanischen Verfassung: „The approval, amendment or repeal of organic acts shall require the overall majority of the Members of Congress in a final vote on the bill as a whole.“ <<https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html?lang=en>>. Zu Organgesetzen *Duden*, Schützt das Bundesverfassungsgericht!: Rechtsvergleichende Überlegungen, *VerfBlog*, 2024/2/07 <<https://verfassungsblog.de/schuetzt-das-bundesverfassungsgericht>>. Ferner *Spieker*, Kein Mut zur Lücke!: Plädoyer für eine Zustimmungspflicht des Bundesrates bei Änderungen des BVerfGG, *VerfBlog*, 2024/10/22 <<https://verfassungsblog.de/kein-mut-zur-luecke/>>.

¹⁴² *Spieker*, Kein Mut zur Lücke!: Plädoyer für eine Zustimmungspflicht des Bundesrates bei Änderungen des BVerfGG, *VerfBlog*, 2024/10/22 <<https://verfassungsblog.de/kein-mut-zur-luecke/>>.

IV. Schlussfolgerungen

1. Mit den vorliegenden Gesetzgebungsentwürfen ist ein wichtiger erster Schritt zur Steigerung der Resilienz des BVerfG gemacht worden, welchem als Verfassungsorgan eine essentielle Bedeutung für die Stabilität der deutschen Verfassungsordnung zukommt. Es ist dringend zu empfehlen, dass die diesbezüglichen legislativen Verfahren schnellstmöglich erfolgreich abgeschlossen werden. Die Gesetzgebungsentwürfe stellen das dringlichste Projekt vor dem vorzeitigen Ende der Legislaturperiode dar. Aus meiner Perspektive ergeben die in den Gesetzesentwürfen verankerten Maßnahmen bereits in der vorliegenden Form Sinn und sollten so umgesetzt werden.
2. Konzeptionell erscheinen unterschiedliche Wege und Instrumente zur Steigerung der Resilienz des BVerfG vorstellbar. Letztendlich obliegt es jedoch dem politischen Ermessen und politischen Prognosen des verfassungsändernden und des einfachen Gesetzgebers, zu determinieren, welche Instrumente zweckmäßig sind und bestehende Gefahren adäquat adressieren. Die Zweckmäßigkeit gewählter Maßnahmen hängt maßgeblich auch von dem Grad bestehender und potentieller abstrakter und konkreter Gefährdungen und von der Phase einer möglichen Verfassungsdestabilisierung ab. In Polen erfolgte die politische Einnahme des Verfassungstribunals in einer Konstellation, in der die „Vereinte Rechte“ (*Zjednoczona prawica*) über eine sichere parlamentarische Mehrheit verfügte und zudem den Präsidenten stellte, indes keine sichere verfassungsändernde Mehrheit aufbringen konnte. Zentrales Mittel der Einnahme des polnischen Verfassungstribunals war insofern das einfache Recht gepaart mit einer Missachtung verfassungsrechtlicher Grenzen. Eine andere Sachlage liegt vor, so denn Antisystemkräfte noch nicht über gesicherte parlamentarische Mehrheiten, sondern lediglich über Sperrminoritäten verfügen. Sobald aus Sperrminoritäten sichere Mehrheiten erwachsen, stellt sich die Gefährdungslage gänzlich anders dar.
3. Es erscheint ausgeschlossen, jeden möglichen Angriff und jede mögliche Strategie von Kräften, die die Verfassungsordnung beseitigen wollen, vermittels ausdrücklicher Regelungen auf verfassungsrechtlicher Ebene abwehren zu können. Dies würde zu einer verfassungsrechtlichen Überregulierung führen. Auch können nicht alle verfassungsdestruktiven Strategien antizipiert werden. Wohl sind indes die verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien (so z. B. die richterliche Unabhängigkeit) geeignet, sich zahlreichen machtusurpatorischen Praktiken, in deren Kern die Nivellierung der Gewaltenteilung steht, in den Weg zu stellen. Wichtig ist es jedoch, offensichtliche verfassungsrechtliche Vulnerabilitäten zu adressieren. Dies gelingt im Rahmen der vorliegenden Gesetzgebungsentwürfe.
4. In jedem Falle lehren die Erfahrungen in anderen Staaten, insbesondere die Prozesse verfassungsrechtlicher Demontage in Polen, dass es zu einer Erhöhung verfassungsrechtlicher Resilienz eines ganzheitlichen Ansatzes bedarf. Die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Absicherung des BVerfG ist nur ein Element zur Stabilisierung des demokratischen

Rechtsstaats. Rechtliche und gar grundgesetzliche Absicherungen sind keine Garantien gegen die Demontage eines Verfassungsstaates. Demokratien bleiben stets ein Stück weit fragil, können aber durch die Pflege der Verfassungskultur durch die demokratischen Kräfte stabilisiert werden.

5. Der Zerfall des Verfassungsstaats beginnt regelmäßig mit einer Entmachtung der Gerichte. Mit Blick auf die polnische Verfassungsordnung ist festzustellen, dass das Verfassungstribunal nicht nur an der Verfassung bzw. einer nicht hinreichenden Regelung seines Status in der Verfassung gescheitert ist. Es etablierte sich in Polen eine „Kultur des offenen Verfassungsbruchs“. Nach politischer Einvernahme des Verfassungstribunals wurde dieses als Legitimitätsbeschaffer des fortgesetzten Verfassungsbruchs eingesetzt. Der normative und in der Praxis gelebte Stellenwert des Grundgesetzes in Deutschland bedingt indes zweifelsohne, dass eine verfassungsrechtliche Absicherung der Wesensmerkmale des BVerfG und Instrumente zur Absicherung seiner Funktionalität seine Instrumentalisierung durch undemokratische Kräfte erheblich erschweren können. Kluge Absicherungen gerade der Verfassungsgerichtsbarkeit können in jedem Falle demokratische Zerfallsprozesse verlangsamen und eröffnen die Möglichkeit ihrer Abwehr und einer Reorientierung politischer Kräfte.
6. Mit den vorliegenden Gesetzesentwürfen wird es gelingen, die Resilienz der deutschen Verfassungsordnung, die elementar mit einem funktionalen BVerfG verbunden ist, zu steigern. Dennoch ist im Zusammenhang mit dem Projekt der „Resilienzsteigerung“ auch an die zentrale Rolle von Politik und Gesellschaft zu denken. Der Rückhalt, den Entscheidungsträger und die Gesellschaft dem Verfassungsstaat zukommen lassen, ist die notwendige Bedingung dafür, dass er existieren kann. Fragilität an dieser Stelle macht das gesamte Verfassungsgebäude instabil.

