

**Änderung des Grundgesetzes und des BVerfGG,
BT-Drs. 20/12977; 20/12978**

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des
Deutschen Bundestages am 13.11.2024**

Düsseldorf, 12.11.2024

I. Ausgangslage

Die Gesetzentwürfe zielen vordergründig zunächst darauf, den verfassungsrechtlichen Status des Bundesverfassungsgerichts so auszugestalten, dass die Regelungsdichte und vor allen Dingen auch der Normrang der Regelungen denjenigen anderer Verfassungsorgane entspricht. Hinter diesem Ziel steht allerdings auch der Wunsch, vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus dem Ausland das Bundesverfassungsgericht in dem Sinne krisenfest zu machen, dass es vor Angriffen destruktiver parlamentarischer Minderheiten (oder möglicherweise sogar Mehrheiten) geschützt wird. Dabei sind abstrakt zwei krisenhafte Szenarien denkbar, gegen die Sicherungen vorgenommen werden können:

Zum einen könnte der Fall eintreten, dass eine destruktive Minderheit eine Sperrminorität von einem Drittel der Stimmen im Bundestag oder Bundesrat erreicht. In diesem Fall bestünde das Risiko, dass diese destruktive Minderheit die Wahl neuer Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts verhindert und dadurch im schlimmsten Fall das Bundesverfassungsgericht handlungsunfähig würde. Eine solche Situation könnte in der gegenwärtigen Lage nur dadurch aufgelöst werden, dass die nach dem BVerfGG erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit für die Richter*innenwahl mit einfacher Mehrheit des Gesetzgebers auf ein niedrigeres Quorum herabgesetzt würde.

Zum zweiten könnte der Fall eintreten, dass destruktive Kräfte im Bundestag sogar die Mehrheit der Mandate erringen. In diesem Fall bestünde, wie

**Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf**
Universitätsstraße 1
40225 Düsseldorf
Gebäude 37.03
Ebene 00 Raum 20
www.hhu.de



man etwa in Polen gesehen hat, die Gefahr, dass durch Änderungen der einfachgesetzlichen Regeln über Verfahren und/oder Zusammensetzung des Gerichts mit dieser destruktiven Mehrheit das Gericht handlungsunfähig gemacht würde. Gleichzeitig bestünde in diesem Szenario aber nach der jetzigen Regelung auch die Möglichkeit, das erforderliche 2/3-Quorum für die Wahl der Richter*innen einfachgesetzlich herabzusetzen und neue Stellen mit Richter*innen zu besetzen, die ebenfalls ein destruktives Programm verfolgen. Damit würde der Mechanismus, der in Szenario 1 zu einer Auflösung der Destruktion führt, in Szenario 2 gerade die Möglichkeit zur Destruktion noch verstärken.

Um die Wahrscheinlichkeit des Eintritts solcher Szenarien soll es in dieser Stellungnahme nicht gehen. Es sollen lediglich die gewählten Mechanismen vor dem Hintergrund dieser Szenarien analysiert werden.

Der Gesetzentwurf reagiert auf diese Szenarien mit folgenden Instrumenten: 1. Werden bestimmte organisatorische Grundpfeiler des Gerichts, die bisher nur einfachgesetzlich im BVerfGG normiert sind, in der Verfassung festgeschrieben und damit der Änderbarkeit durch einfache Mehrheit entzogen. 2. Verfassungsrechtlich wird die Möglichkeit geschaffen, durch einfaches Gesetz einen „Ersatzwahlmechanismus“ zu schaffen, bei dem im Fall, dass Bundestag oder Bundesrat keine*n Nachfolger*in für eine*n ausscheidende*n Richter*in wählen, das jeweils andere Organ die Befugnis erhält, die Wahl an der Stelle durchzuführen.

II. Konstitutionalisierung der Organisationsvorschriften

Der Gesetzentwurf zur Änderung des Grundgesetzes sieht vor, bestimmte Organisationsvorschriften, etwa die Anzahl der Richter und Senate, die Amtszeit, die Verbindlichkeit der Entscheidungen, das Verbot der Wiederwahl, die Geschäftsordnungsautonomie, die bisher allein im BVerfGG festgeschrieben waren, in das Grundgesetz zu übernehmen. Damit reagiert der Gesetzentwurf auf das oben beschriebene Szenario 2 einer destruktiven Mehrheit im Bundestag. Indem die Gestaltungsmacht über derartige Fragen dem einfachen Gesetzgeber entzogen und auf die Ebene der Verfassung gehoben wird, wird verhindert, dass eine destruktive Parlamentsmehrheit derartige Vorschriften im BVerfGG nutzen kann, um das Bundesverfassungsgericht handlungsunfähig zu machen. Der Preis, der für eine solche Absicherung gezahlt werden muss, ist die erschwerte Abänderbarkeit und damit geringere Flexibilität im Hinblick auf diese Organisationsregeln. Da es sich hier allerdings um Regelungen handelt, die nach der bisherigen Erfahrung kaum jemals kurzfristigen oder dringenden Anpassungsbedarf auslösen, sondern sich vielmehr auch schon im Rahmen ihrer

bisherigen Verankerung im einfachen Recht als überaus stabil (und stabilisierend) erwiesen haben, ist nicht erkennbar, dass dieser Verlust an Flexibilität zu einem erkennbaren Nachteil führt. Die Regelungen sind daher uneingeschränkt zu begrüßen.

Nicht in das Grundgesetz übernommen wird im vorliegenden Entwurf hingegen das Erfordernis einer Zwei-Drittel-Mehrheit für die Wahl der Richter*innen. Diese Zurückhaltung mag den Konsequenzen in Szenario 1 geschuldet sein. Nach der bisherigen Rechtslage ist im Fall einer destruktiven Minderheit von mindestens einem Drittel der Mandate im Bundestag die einfachgesetzliche Herabsetzung des für die Wahl erforderlichen Quorums die einzige Möglichkeit, um Blockaden der Wahl durch eine solche Minderheit zu verhindern. Allerdings ist zur Verhinderung dieser Blockaden gerade der „Ersatzwahlmechanismus“ vorgesehen, der solange greifen kann wie nicht in Bundestag UND Bundesrat eine destruktive Minderheit von einem Drittel vorherrschen. Damit hat der Gesetzgeber im vorgelegten Entwurf das Risiko weiter in Kauf genommen, dass eine destruktive Mehrheit im Bundestag zunächst das BVerfGG ändern und dann mit einfacher Mehrheit destruktive Kandidat*innen in das Bundesverfassungsgericht entsenden könnte. Durch den nun vorgesehenen Ersatzwahlmechanismus wäre es sogar denkbar, dass eine solche destruktive Mehrheit im Bundestag das Quorum für die Wahl im Bundestag auf eine einfache Mehrheit herabsetzt, das Quorum für die Wahl im Bundesrat aber etwa auf ein Einstimmigkeitserfordernis heraufsetzt, so bei fehlender Einstimmigkeit im Bundesrat der Bundestag auch die eigentlich durch den Bundesrat zu wählenden Positionen mit destruktiven Kandidat*innen besetzen könnte. Vor diesem Hintergrund scheint es überdenkenswert, ob nicht auch das Quorum für die Wahl der Richter*innen in das Grundgesetz übernommen werden sollte. Eine andere Möglichkeit der Sicherung

III. „Ersatzwahlmechanismus“

Als zweites Instrument sehen die Gesetzentwürfe einen Ersatzwahlmechanismus vor. Danach kann durch einfaches Gesetz bestimmt werden, dass nach einer bestimmten Zeit, in der das eigentlich zuständige Wahlorgan keine*n Richter*in auf eine frei werdende Position wählt, das Wahlrecht auch durch das andere Organ ausgeübt werden kann.

Dieser Mechanismus reagiert auf das oben beschriebene Szenario 1. Im Fall einer destruktiven Minderheit, die eine Wahl neuer Richter*innen blockiert, soll diese Blockade dadurch aufgelöst werden, dass das Wahlrecht auch vom anderen Organ ausgeübt werden kann. Da der Ersatzwahlmechanismus im Grundgesetz allerdings nur ermöglicht, aber nicht festgeschrieben ist, bedeutet dies für Szenario 2, in dem sich eine destruktive

Mehrheit im Bundestag gebildet hat, dass der Ersatzwahlmechanismus auch wieder abgeschafft (und möglicherweise auch das zur Wahl erforderliche Quorum verändert) werden könnte. Diesem Risiko könnte entweder durch Konstitutionalisierung der gesamten Vorschrift begegnet werden oder aber dadurch, dass die Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes an die Zustimmung des Bundesrates geknüpft wird.

In der konkreten Ausgestaltung durch einfaches Gesetz scheint mir darüber hinaus problematisch, den Ersatzwahlmechanismus zeitlich an einen Wahlvorschlag durch das Bundesverfassungsgericht anzuknüpfen. Diese Regelung bezieht sich auf den Mechanismus des § 7a Abs. 1 BVerfGG. Danach hat in dem Fall, dass innerhalb von zwei Monaten nach dem Ablauf der Amtszeit oder dem vorzeitigen Ausscheiden eines Richters die Wahl eines Nachfolgers auf Grund der Vorschriften des § 6 nicht zustande kommt, das älteste Mitglied des Wahlausschusses unverzüglich das Bundesverfassungsgericht aufzufordern, Vorschläge für die Wahl zu machen.

Diese Regelung hat sich in der Praxis nicht bewährt. Mir ist kein Fall bekannt, in dem es tatsächlich zu einem solchen Vorschlag gekommen wäre. Auch bei der Wahl von Stephan Harbarth am 30. November 2018 und damit mehr als fünf Monate nach dem regulären Ausscheidedatum seine Vorgänger gab es einen solchen Vorschlag nicht. Zudem ist dieser Mechanismus nach dem Gesetzeswortlaut nur von einer einzigen Person in Gang zu setzen, nämlich dem (lebens-)ältesten Mitglied des Wahlausschusses – und damit einem/r Akteur*in, der/die in dieser Funktion nicht als solches demokratisch legitimiert ist und deshalb auch nicht abgewählt werden kann. Allein aufgrund des Lebensalters kommt ihr/ihm daher im Rahmen dieses Notfallmechanismus ebenfalls eine Rolle zu, die in erheblichem Maße für destruktives Potential genutzt werden könnte.

Da mit dem „Ersatzwahlmechanismus“ gerade ein neues Verfahren geschaffen wurde, um Blockaden beim Wahlvorgang zu lösen, würde ich daher vorschlagen, den Mechanismus, Vorschläge durch das Bundesverfassungsgericht einzuholen, der sich in der Praxis ohnehin nicht bewährt hat, zu streichen und das Eingreifen des „Ersatzwahlmechanismus“ alleine an einen Zeitablauf im Hinblick auf die vorzunehmende Wahl zu knüpfen.