

# Richterwahl und parteipolitische Einflussnahme

## Vergleichende Anregungen zum Schutz der Unabhängigkeit des Bundesverfassungsgerichts und der obersten Bundesgerichte

Von KONRAD DUDEN, Hamburg\*

### Inhaltsübersicht

|   |     |
|---|-----|
| I. Einleitung . . . . .   | 638 |
| II. Einflussnahme auf die Richterwahl in Polen und den USA . . . . .                  | 639 |
| 1. Wahlverfahren vereinnahmen . . . . .   | 640 |
| a) Erforderliche Mehrheiten senken . . . . .  | 640 |
| b) Externe Wahlgremien internalisieren . . . . .                                      | 641 |
| 2. Vakanzen schaffen . . . . .  | 642 |
| a) Neue Richterstellen oder Spruchkörper . . . . .                                    | 642 |
| b) Verkürzung der Amtsdauer . . . . .   | 644 |
| III. Mögliche Einflussnahme in Deutschland . . . . .                                  | 644 |
| 1. Wahlverfahren vereinnahmen . . . . .   | 645 |
| a) Erforderliche Mehrheiten senken . . . . .  | 645 |
| b) Wahlzuständigkeit ändern . . . . .   | 646 |
| 2. Vakanzen schaffen . . . . .  | 646 |
| a) Neue Richterstellen oder Spruchkörper . . . . .                                    | 646 |
| b) Verkürzung der Amtsdauer . . . . .   | 647 |
| IV. Schutz vor parteipolitischer Einflussnahme . . . . .                              | 648 |
| 1. Notwendigkeit eines präventiven Schutzes . . . . .                                 | 648 |
| 2. Schutz vor Änderungen der Gerichtsverfassung . . . . .                             | 649 |
| a) Umfang der Konstitutionalisierung und einfachgesetzliche<br>Unterlaufung . . . . . | 650 |
| b) Fixierung des geltenden Wahlverfahrens . . . . .                                   | 652 |
| c) Kontextabhängigkeit und Ambivalenz der Gerichtsverfassung . . . . .                | 654 |
| d) Argumentative Folie für eine Gegenreform . . . . .                                 | 656 |

---

\* Der Autor dankt Burkhard Hess sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Max-Planck-Instituts für Prozessrecht in Luxemburg, insbesondere Enrique Vallines García, für wertvolle Anregungen. Der Beitrag verwendet aus Gründen der Leserlichkeit das generische Maskulinum. Die soll jedoch nicht von der entscheidenden Bedeutung einer divers besetzten Richterbank ablenken.

|   |     |
|---|-----|
| 3. Schutz bei Änderungen der Gerichtsverfassung . . . . .   | 658 |
| a) Prozeduraler Schutzansatz . . . . .  | 658 |
| b) Rechtsvergleichende Vorbilder . . . . .  | 658 |
| c) Reform des BVerfGG im Jahre 1956 . . . . .   | 660 |
| d) Vorteile eines Schutzes bei Änderungen der Gerichtsverfassung . . . . .  | 661 |
| e) Herausforderungen eines Schutzes bei Änderung der<br>Gerichtsverfassung . . . . .  | 662 |
| V. Fazit . . . . .  | 664 |
| <i>Summary: The Selection of Judges and Partisan Justice – Comparative<br/>Inspiration for the Protection of the Independence of Germany’s Federal Courts</i> | 665 |

## I. Einleitung

Wenn die Gewaltenteilung in Gefahr ist, trifft es häufig zuerst die Judikative. Politische Akteure versuchen immer wieder, Einfluss auf die Justiz zu nehmen. In Ländern wie Polen, Ungarn, der Türkei, aber auch den Vereinigten Staaten lassen sich derartige Entwicklungen aktuell beobachten<sup>1</sup> – insbesondere bezüglich der nationalen obersten Gerichte. Doch auch in Deutschland sind die obersten Bundesgerichte und das Bundesverfassungsgericht vor entsprechenden Entwicklungen nicht gefeit. Eine parteipolitische Einflussnahme – wie etwa in Polen oder den USA – ist möglich.<sup>2</sup> Im Folgenden wird aufgezeigt, wie eine solche Einflussnahme hierzulande erfolgen (siehe unter III.) und wie ein Schutz davor gestaltet werden könnte (siehe unter IV.). Dabei soll vor allem die Möglichkeit eines Schutzes *bei* Änderungen der Gerichtsverfassung vorgestellt werden, der einen Schutz *vor* Änderungen der Gerichtsverfassung ergänzen, vielleicht sogar ersetzen könnte. Rechtsvergleichende Erkenntnisse werden dabei nicht nur bezüglich möglicher Bedrohungsszenarien herangezogen (insb. Polen und die USA), sondern auch bei der Entwicklung der Schutzmechanismen (insb. Spanien und Frankreich).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Für einen Überblick: *Maximilian Steinbeis*, Have You Noticed That Burnt Smell?, Verfassungsblog, <<https://verfassungsblog.de/have-you-noticed-that-burnt-smell/>> [<https://perma.cc/XB6W-HUV4>] m. w. N.

<sup>2</sup> Vgl. *Maximilian Steinbeis*, Ein Volkskanzler, Verfassungsblog, <<https://verfassungsblog.de/ein-volkskanzler/>> [<https://perma.cc/WD2L-FXL7>]; Abteilung „Justiz“ des 73. Deutschen Juristentages 2020 in Hamburg.

<sup>3</sup> Die zitierten ausländischen Normen und Entscheidungen sind wie folgt verfügbar: griechische Verfassung: <<https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-168%20germaniko.pdf>> [<https://perma.cc/27MJ-6AUD>]; polnische Verfassung: <<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/niemiecki/kon1.htm>> (deutsche Übersetzung) [<https://perma.cc/J4PS-DYMR>]; spanisches Recht: <<https://www.boe.es/>>; Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Busqueda/Index>>; US-amerikanische Verfassung: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)> [<https://perma.cc/QYQ7-2V37>].

Der Fokus der Untersuchung liegt auf der Besetzung der obersten nationalen Gerichte, in Deutschland also des Bundesverfassungsgerichts und der obersten Bundesgerichte im Sinne des Art. 95 Abs. 1 Grundgesetz (GG).<sup>4</sup> Der Zuschnitt begründet sich zunächst damit, dass bei den Entwicklungen in Polen und den USA Reformen solcher Gerichte im Vordergrund standen. Die Besetzung der obersten Gerichte ist zudem wegen ihrer Stellung im Instanzenzug von besonderer Bedeutung. Hinzu kommt die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Durchsetzung rechtsstaatlicher Standards und der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Tätigkeiten der übrigen Staatsorgane. Eine parteipolitische Einflussnahme ist dort besonders sensibel und kann sich auf das gesamte Rechtssystem auswirken.

## II. Einflussnahme auf die Richterwahl in Polen und den USA

Sowohl die PiS-Regierung in Polen<sup>5</sup> als auch Parteien in den USA haben ihre Parlamentsmehrheiten eingesetzt, um einseitig die Vorgaben zur Besetzung der Gerichte zu ändern und sich so mehr Einfluss auf diese zu verschaffen. Zwei Arten von Änderungen stehen dabei im Vordergrund: einerseits eine Vereinnahmung des Wahlverfahrens (dazu unter II.1.) und andererseits das Schaffen von Vakanzen (dazu unter II.2.).

<sup>4</sup> Aus Platzgründen und ohne ihre Bedeutung infrage zu ziehen, werden Instanzgerichte sowie weitere Möglichkeiten einer parteipolitischen Einflussnahme hier nicht betrachtet.

<sup>5</sup> Prawo i Sprawiedliwość, kurz: PiS (Partei für „Recht und Gerechtigkeit“). Für eine Darstellung der Geschehnisse in Polen: United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers on his Mission to Poland, A/HRC/38/38/Add.1 vom 5.4.2018, 5 ff.; detaillierter zu Teilaspekten: Venedig-Kommission, Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, Opinion no. 833/2015, CDL-AD(2016)001 vom 11.3.2016, 4 ff.; Venedig-Kommission, Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, Opinion 860/2016, CDL-AD(2016)026 vom 14.10.2016, 6 f.; Venedig-Kommission, Opinion on the Draft Act Amending the Act on the National Council of the Judiciary, on the Draft Act Amending the Act on the Supreme Court, Proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, Opinion no. 904/2017, CDL-AD(2017)031 vom 11.12.2017, 3 ff., insb. 5 ff.; Venedig-Kommission, Joint Urgent Opinion of the Venedig-Kommission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and Some Other Laws, Opinion No. 977/2019, CDL-PI(2020)002 vom 16.1.2020, 3 ff.; Council of Europe, Commissioner for Human Rights, Report by Nils Muižnieks Following his Visit to Poland from 9 to 12 February 2016, CommDH(2016)23 vom 15.6.2016, 10 f. Rn. 35 ff. und 17 Rn. 99 ff.; EuGH 24.6.2019 – Rs. C-619/18 (*Europäische Kommission ./. Republik Polen*), ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 11; EuGH 19.11.2019 – Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18 (*A. K. ./. Krajowa Rada Sądownictwa [C-585/18] und CP [C-624/18], DO [C-625/18] ./. Sąd Najwyższy*), ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 12 ff.

Sowohl in den USA als auch in Polen hatte die regierende Mehrheit eine absolute, aber keine verfassungsändernde Mehrheit. Beide Beispiele zeigen damit, wie leicht durch Änderungen einfachgesetzlicher Vorgaben einseitig auf die Besetzung der Gerichte Einfluss genommen werden kann. Das Beispiel Polen lässt darüber hinaus deutlich werden, wie relativ detaillierte verfassungsrechtliche Vorgaben einfachgesetzlich ausgehöhlt werden können. Diese Schwäche eines Schutzes vor Änderungen konkreter Aspekte der Gerichtsverfassung durch deren Konstitutionalisierung könnte der noch vorzustellende Schutz bei Änderungen der Gerichtsverfassung teilweise kompensieren.

Verschiedene internationale und supranationale Institutionen haben die Justizreformen der PiS-Regierung als Beeinträchtigung des Rechtsstaats und der Gewaltenteilung kritisiert.<sup>6</sup> Ähnlich formelle Stellungnahmen sind zu den USA nicht ersichtlich. Doch auch dort wird kritisiert, dass die zuletzt erfolgten Entwicklungen zu einer erheblichen Polarisierung der Justiz geführt haben, die Zweifel an deren Unparteilichkeit aufkommen lassen.<sup>7</sup> Das Beispiel der USA verdeutlicht zudem, dass es sich bei den Versuchen einer parteipolitischen Einflussnahme auf die Justiz nicht um ein „osteuropäisches Problem“ handelt und dass eine Beeinträchtigung der justiziellen Unabhängigkeit nicht so abrupt wie in Polen erfolgen muss, sondern sich über relativ lange Zeiträume und im Rahmen eines Wechselspiels verschiedener politischer Akteure ergeben kann.

## 1. Wahlverfahren vereinnahmen

### a) Erforderliche Mehrheiten senken

In den USA werden Bundesrichter, einschließlich derjenigen des Supreme Court, vom Präsidenten nominiert und dann vom Senat bestätigt (Art. 2 Sec. 2 US-Verfassung). Im Senat konnte die Abstimmung bis vor Kurzem durch einen sogenannten Filibuster verhindert werden, für dessen Überwindung es einer Mehrheit von 60 Prozent bedurfte. De facto war somit eine 60-Prozent-Mehrheit für die Bestätigung einer Nominierung notwendig, wobei bis vor nicht allzu langer Zeit die Nominierungen im

---

<sup>6</sup> EuGH 24.6.2019 – *Kommission ./. Polen*, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 97, 124; EuGH 5.11.2019 – R. s. C-192/18 (*Europäische Kommission ./. Republik Polen*), ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 136; EuGH 19.11.2019 – *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 171; Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)001 (Fn. 5) 23 ff.; Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)026 (Fn. 5) 23 f.; Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)031 (Fn. 5) 26 ff.; Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002 (Fn. 5) 14; UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) insb. 16 Rn. 72 ff.; Council of Europe, CommDH(2016)23 (Fn. 5) 9 ff.

<sup>7</sup> Siehe beispielhaft *Daniel Epps / Ganesh Sitaraman*, How to Save the Supreme Court, Yale L.J. 129 (2019) 148, 150 ff.

Senat ohnehin in weitgehend überparteilichem Konsens bestätigt wurden. In den letzten Jahren wurde die Richterwahl jedoch zunehmend konfrontativ.<sup>8</sup>

Problematisch wurde das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit während der Präsidentschaft von Barack Obama. Die Republikaner nutzten ihre Sperrminorität, um die Besetzung vakanter Richterstellen zu verhindern. Die Demokraten sahen darin eine mutwillige Blockadehaltung, weshalb sie im Jahre 2013 den Filibuster für die Besetzung von Gerichten unterhalb des Supreme Court abschafften.<sup>9</sup> Da es sich bei den Regeln zum Filibuster lediglich um interne Verfahrensregeln des Senats handelte, war die Änderung mit einer einfachen Mehrheit möglich.

Nachdem die Republikaner im Jahre 2014 die Senatsmehrheit erobert hatten, blockierten sie zahlreiche Nominierungen von Präsident Obama. Prominentestes Beispiel ist die Nominierung von Merrick Garland als Richter des Supreme Court. Als Präsident Trump nach seinem Amtsantritt Neil Gorsuch für den Supreme Court nominierte, schaffte die republikanische Senatsmehrheit im Jahre 2017 den Filibuster auch für Nominierungen zum Supreme Court ab.<sup>10</sup> Diese Änderung führte dazu, dass die Richter Gorsuch und Kavanaugh mit 54 bzw. 50<sup>11</sup> von 100 Stimmen an den Supreme Court gewählt werden konnten. Die Republikaner rechtfertigten den Schritt mit einer behaupteten Blockadehaltung der Demokraten und mit der Abschaffung des Filibuster für die Besetzung der Bundesgerichte unterhalb des Supreme Court durch die Demokraten im Jahre 2013.<sup>12</sup>

## b) Externe Wahlgremien internalisieren

In Polen hat die PiS-Regierung auf die Wahl der Mitglieder des Obersten Gerichts Einfluss genommen, indem sie den Landesrat für Gerichtswesen, auf dessen Vorschlag in Polen Richter – mit Ausnahme derjenigen des Verfassungsgerichtshofs – ernannt werden (Art. 179 polnische Verfassung (pol-Verf)), vereinnahmt hat. Die Zusammensetzung dieses Gremiums ist in Art. 187 polVerf bestimmt. Demnach sind 15 von 25 Mitgliedern aus der

---

<sup>8</sup> Die aktuellen Mitglieder des Supreme Court wurden im Schnitt mit 67 Stimmen gewählt (in chronologischer Reihung: Thomas: 52, Ginsburg: 96, Breyer: 87, Roberts: 78, Alito: 58, Sotomayor: 68, Kagan: 63, Gorsuch: 54, Kavanaugh: 50); die neun davorliegenden erfolgreichen Nominierungen wurden im Schnitt mit 89 Stimmen bestätigt: United States Senate, Supreme Court Nominations (Present-1789), <<https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>> [<https://perma.cc/YU6D-QLXF>].

<sup>9</sup> Senatsprotokoll vom 21.11.2013: Congressional Record 159 (2013) S8417.

<sup>10</sup> Senatsprotokoll vom 6.4.2017: Congressional Record 163 (2017) S2389; vgl. *Epps / Sitarman*, Yale L.J. 129 (2019) 148, 157.

<sup>11</sup> Siehe Fn. 8.

<sup>12</sup> Senatsprotokoll vom 21.11.2013: Congressional Record 159 (2013) S8417.

Mitte der Richterschaft der Fachgerichte zu wählen. Nicht geregelt ist in der Verfassung, wer die Vertreter der Justiz wählt. Lange wurden sie von der Richterschaft gewählt, wodurch nichtpolitische Mitglieder im Landesrat für Gerichtswesen eine Mehrheit hatten. Im Jahre 2017 änderte die PiS-Regierung diese Vorgaben, sodass die Mitglieder des Justizrates seitdem nicht mehr von der Richterschaft, sondern vom Sejm (einer der beiden Kammern der Nationalversammlung) gewählt werden – das ursprünglich verabschiedete Gesetz sah dafür eine einfache Mehrheit vor, nach einem Veto von Präsident Duda wurde die Anforderung jedoch auf eine 60-Prozent-Mehrheit erhöht.<sup>13</sup> Begründet wurde die stärker politische Einflussnahme auf die Besetzung des Gremiums mit dem Ziel, seine demokratische Legitimation zu steigern.<sup>14</sup>

## 2. Vakanzen schaffen

Ihren Einfluss auf die Besetzung der Gerichte kann eine politische Kraft auch steigern, indem sie zusätzlich Vakanzen an den Gerichten schafft, um diese dann mit eigenen Nominierten zu füllen.

### a) Neue Richterstellen oder Spruchkörper

Zu füllende Vakanzen können zunächst durch neue Spruchkörper oder neue Richterposten in bestehenden Spruchkörpern geschaffen werden. In Polen war am Verfassungsgerichtshof die Schaffung neuer Posten nicht möglich, da Art. 194 Abs. 1 polVerf die Zahl der Richter auf 15 festlegt und die PiS-Regierung keine verfassungsändernde Mehrheit hatte.

Am polnischen Obersten Gericht wurden demgegenüber neue Kammern eingerichtet. Die Besetzung dieser Kammern erfolgte auf Vorschlag des Landesrates für Gerichtswesen, dessen Mitglieder bereits nach dem eben dargestellten neuen Wahlverfahren gewählt wurden, also durch den Sejm und nicht mehr durch die Richterschaft.<sup>15</sup> Problematisch ist die Schaffung der neuen Kammern, über deren Mitglieder die Regierung weitgehend allein entscheiden kann, vor allem weil die Kammern besondere, politisch brisante Zuständigkeiten erhielten.<sup>16</sup> Die eine Kammer ist eine Disziplinar-

<sup>13</sup> Zumindest bei der Wahl im ersten Wahlgang ist eine 60-Prozent-Mehrheit erforderlich. Das Wahlverfahren im zweiten Wahlgang ist nicht ganz klar: Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)031 (Fn. 5) 6f. Rn. 22f.

<sup>14</sup> UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 14 Rn. 63; EuGH 19.11.2019 – *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 29ff.

<sup>15</sup> UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 13f. Rn. 60.; EuGH 19.11.2019 – *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 150.

<sup>16</sup> Kritisch: EuGH 19.11.2019 – *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 150; Vene-

kammer, die über mögliches Fehlverhalten der Mitglieder der übrigen Kammern des Obersten Gerichts entscheidet.<sup>17</sup> Die andere Kammer entscheidet einerseits über Fragen des Wahlrechts und der Bestätigung von Referenden. Andererseits ist sie als eine Art außerordentliche Revisionskammer ermächtigt, rechtskräftige Entscheidungen von Instanzgerichten sowie den anderen Kammern des Obersten Gerichts aus den letzten 20 Jahren zu überprüfen und zu kassieren.<sup>18</sup>

Die Schaffung dieser Kammern stieß auf erhebliche Kritik – auch durch den EuGH.<sup>19</sup> Die PiS-Regierung reagierte Ende 2019 auf die Kritik durch Reformen, die es Richtern unter Androhung von Disziplinarstrafen untersagen, zu hinterfragen, ob die Ernennung anderer Richter mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Die Regierung versucht damit offenkundig die Entscheidung des EuGH vom 19. November 2019 zu untergraben,<sup>20</sup> laut der nationale Richter gerade eigenständig die Unabhängigkeit der neu am Obersten Gericht eingerichteten Disziplinarkammer prüfen müssen.<sup>21</sup>

In den USA wird seit der Wahl von Neil Gorsuch und Brett Kavanaugh an den Obersten Gerichtshof zunehmend über mögliche Reformen des Supreme Court diskutiert, einschließlich der Schaffung neuer Richterstellen, um der vermeintlichen Vereinnahmung durch die Republikaner entgegenzuwirken.<sup>22</sup> Mangels einer Festschreibung der Richterzahl in der Verfassung wäre dies durch einfaches Gesetz möglich. Dieser Vorschlag eines *court packing* greift berühmte historische Überlegungen auf. Im Jahre 1937 schlug Franklin D. Roosevelt vor, den von ihm als zu konservativ wahrgenommenen Obersten Gerichtshof zu vergrößern. Stein des Anstoßes war für ihn, dass in der sogenannten Lochner-Ära der Oberste Gerichtshof mehrere Maßnahmen zur Wirtschaftsregulierung im Rahmen des New Deal kassiert hatte.<sup>23</sup>

---

dig-Kommission, CDL-AD(2017)031 (Fn. 5) 9f.; Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002 (Fn. 5) 3f. Rn. 8; UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 14 Rn. 62.

<sup>17</sup> EuGH 19.11.2019 – *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 21 ff.; Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)031 (Fn. 5) 9 Rn. 38.

<sup>18</sup> UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 14 Rn. 62; Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)031 (Fn. 5) 9 Rn. 37 sowie 12 ff. Rn. 53 ff.; Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002 (Fn. 5) 3f. Rn. 8.

<sup>19</sup> EuGH 19.11.2019 – *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982; EuGH 8.4.2020 – *Kommission ./. Polen*, ECLI:EU:C:2020:277.

<sup>20</sup> Am 29.4.2020 hat die Europäische Kommission daher ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen eingeleitet: European Commission, Rule of Law: European Commission Launches Infringement Procedure to Safeguard the Independence of Judges in Poland, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_772](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_772)> [<https://perma.cc/7WY6-9JSA>]; ebenfalls kritisch zu der Reform: Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002 (Fn. 5) 9 ff. Rn. 31 ff. und insb. 14 Rn. 59f.

<sup>21</sup> EuGH 19.11.2019 – *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 171.

<sup>22</sup> Vgl. *Epps / Sitaraman*, Yale L.J. 129 (2019) 148, 151, 164f. und 175 ff. m. w. N.

<sup>23</sup> Ausführlich *Noah Feldman*, *Scorpions* (2010) 107 ff.

### b) Verkürzung der Amtsdauer

Zusätzliche Vakanzen können nicht nur durch neue Stellen geschaffen werden, sondern auch durch eine Verkürzung der Amtsdauer aktueller Richter. In Polen hat die Regierungsmehrheit bei der Reform des Obersten Gerichts das Renteneintrittsalter auch der aktuellen Richter von 70 auf 65 Jahre gesenkt – eine Änderung, die etwa ein Drittel der Mitglieder des Gerichts betraf.<sup>24</sup> Erfasst von der Regelung war auch die damalige Erste Präsidentin des Gerichts, Małgorzata Gersdorf, die sich der Reform widersetzte, indem sie weiter zur Arbeit erschien. Verschärft wurde die politische Dimension der Absenkung des Renteneintrittsalters dadurch, dass einerseits der polnische Präsident nach seinem Ermessen einzelnen Richtern eine Verlängerung der Amtszeit zugestehen konnte und dass andererseits die Nachbesetzung der Richterposten auf Vorschlag des neu konstituierten Landesrates für Gerichtswesen erfolgte.<sup>25</sup> Der EuGH hat die Senkung des Rentenalters daher für europarechtswidrig erklärt.<sup>26</sup>

## III. Mögliche Einflussnahme in Deutschland

Die genannten Beispiele zeigen, dass oftmals eine einfache Parlamentsmehrheit ausreicht, um durch die Änderung der Gerichtsverfassung Einfallstore für die parteipolitische Vereinnahmung von Gerichten zu schaffen. Wäre Vergleichbares auch in Deutschland möglich?<sup>27</sup>

Dieser Frage sei im Folgenden nachgegangen, allerdings zunächst außer Betracht lassend, dass manche Änderungen trotz einer oberflächlichen Vereinbarkeit mit den grundgesetzlichen Vorgaben der Art. 94f. GG anderweitig gegen höherrangiges Recht verstoßen können – sei es hiesiges Verfassungsrecht, Völkerrecht oder Europarecht. Insoweit zeigt das Beispiel Polens nämlich, dass eine spätere Beurteilung als rechtsstaatswidrig vielfach nicht verhindern kann, dass Fakten geschaffen und rechtsstaatliche Prinzipien geschwächt werden.<sup>28</sup> An der Effektivität eines nachträglichen Schutzes durch nationale Verfassungsgerichte im Falle rechtsstaatswidriger Reformen des Richterwahlverfahrens können zudem Zweifel aufkommen, insofern die Richter über die Verfassungsmäßigkeit eines Wahlverfahrens entscheiden

<sup>24</sup> UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 13.

<sup>25</sup> EuGH 24.6.2019 – *Kommission ./. Polen*, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 86; UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 13 Rn. 55.

<sup>26</sup> EuGH 24.6.2019 – *Kommission ./. Polen*, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 124; ebenfalls kritisch: Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)031 (Fn. 5) 11 f. Rn. 44 ff.

<sup>27</sup> Vgl. mit ähnlichem Gedankenexperiment: *Steinbeis*, Ein Volkskanzler (Fn. 2).

<sup>28</sup> Vgl. zur Missachtung von Entscheidungen des polnischen Verfassungsgerichtshofs bzgl. der dortigen Justizreformen: UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 7f.



müssen, dem sie oder zumindest ihre unmittelbaren Kollegen ihr Amt verdanken.<sup>29</sup>

## 1. Wahlverfahren vereinnahmen

### a) Erforderliche Mehrheiten senken

Eine Partei mit eigener Mehrheit im Bundestag könnte allein über die Hälfte der Verfassungsrichter entscheiden, wenn sie für diejenigen Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts, die vom Bundestag gewählt werden, die erforderliche Zweidrittelmehrheit auf eine einfache Mehrheit reduziert. Nicht Art. 94 GG, sondern erst § 6 Abs. 1 Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) schreibt vor, dass die Wahl grundsätzlich durch Zweidrittelmehrheit erfolgt. Eine Senkung dieser Hürde wäre durch Änderung des BVerfGG möglich – die für die Richterwahl erforderliche Zweidrittelmehrheit kann somit grundsätzlich durch eine einfache Bundestagsmehrheit abgeschafft werden.<sup>30</sup>

Auch im Bundesrat könnte die Zweidrittelmehrheit bei der Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts durch Änderung des § 7 BVerfGG gesenkt werden. Eine Partei oder Koalition, die in Bundestag und Bundesrat eine Mehrheit stellt, könnte dann allein über die Wahl entscheiden.

Die Wahl der Mitglieder der obersten Bundesgerichte erfolgt gemäß § 12 Richterwahlgesetz (RiWG) schon jetzt durch einfache Mehrheit im Richterwahlausschuss. Wegen der von Art. 95 Abs. 2 GG vorgeschriebenen Zusammensetzung des Richterwahlausschusses aus den zuständigen Landesministern, deren politische Couleur variiert, und einer gleichen Anzahl vom Bundestag gewählter Mitglieder wird hier jedoch aktuell trotz der einfachen Wahlmehrheit gewährleistet, dass eine Mehrheit im Bundestag noch keine Mehrheit im Richterwahlausschuss bedeutet. Eine Stärkung des Einflusses im Richterwahlausschuss wäre dennoch durch eine Änderung von § 5 RiWG denkbar, der vorsieht, dass die vom Bundestag gewählten Mitglieder nach den Regeln der Verhältniswahl gewählt werden.

---

<sup>29</sup> Bei Zweifeln an der Wahl von Verfassungsrichtern würde etwa das BVerfG in der ersten Entscheidung, an der die betreffende Person mitentscheiden soll, von Amts wegen die Rechtmäßigkeit der Wahl als Frage des Rechts auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG prüfen: BVerfG 11.10.1983 – 1 BvL 73/78, BVerfGE 65, 152; BVerfG 3.12.1975 – 2 BvL 7/74, BVerfGE 40, 356; vgl. BVerfG 19.6.2012 – 2 BvC 2/10, BVerfGE 131, 230. Siehe zuletzt auch BVerfG 2.7.2019 – 2 BvE 4/19, BVerfGE 151, 191 (Unzulässigkeit eines Organstreitverfahrens von Mitgliedern des Bundestages gegen die Wahl von Stephan Harbarth).

<sup>30</sup> Klaus F. Gärditz, Richterwahl im Vergleich: Polen und Deutschland, DRiZ 2018, 20, 23. Bei einem Einspruch des Bundesrates mit mindestens der Mehrheit der Stimmen des Bundesrates gelten indes die erhöhten Anforderungen des Art. 77 Abs. 4 GG.

## b) Wahlzuständigkeit ändern

Anders als in Polen und zahlreichen weiteren Rechtsordnungen<sup>31</sup> ist in Deutschland neben Politikern kein externes Gremium, insbesondere kein Organ der justiziellen Selbstverwaltung, konstitutiv an der Richterwahl beteiligt.<sup>32</sup>

In Deutschland wäre jedoch auf andere Weise bei der Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts eine Einflussnahme über eine Änderung der Wahlzuständigkeit denkbar. Zwar schreibt Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG vor, dass „[d]ie Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes [...] je zur Hälfte vom Bundestage und vom Bundesrate gewählt“ werden. Erst das BVerfGG bestimmt jedoch, dass das Gericht aus zwei Senaten mit je acht Mitgliedern besteht, die jeweils zur Hälfte vom Bundestag und Bundesrat gewählt werden (§§ 2, 5 BVerfGG). Durch Änderung des BVerfGG könnte somit die Wahl der Mitglieder eines Senats dem Bundestag, die Wahl der Mitglieder des anderen Senats dem Bundesrat zugeordnet werden. Da auch die Zuständigkeiten der Senate nur einfachgesetzlich in § 14 BVerfGG geregelt werden, könnte eine Konzentration der Zuständigkeit für politisch besonders brisante Themen den so gewonnenen Einfluss maximieren – ähnlich, wie es etwa bei der Reform des polnischen Obersten Gerichts erfolgte.<sup>33</sup>

## 2. Vakanzen schaffen

### a) Neue Richterstellen oder Spruchkörper

In Deutschland wäre die Schaffung neuer Richterstellen und Spruchkörper durch einfache Gesetzesänderung möglich. So enthalten Art. 94f. GG keine Vorgaben zur Zahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts bzw. der obersten Bundesgerichte. Erst § 2 Abs. 1 und 2 BVerfGG legen für das Verfassungsgericht die Zahl von zwei Senaten mit je acht Mitgliedern fest, sodass eine Änderung grundsätzlich mit einfacher Bundestagsmehrheit

<sup>31</sup> Vgl. European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), Members, <<https://www.encj.eu/members>> [<https://perma.cc/G33H-897M>]; Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.4.2019, S. 64 Schaubild 54.

<sup>32</sup> Eine Beteiligung der justiziellen Selbstverwaltung schreiben nur §§ 55ff. DRiG vor. Danach gibt der Präsidialrat des Gerichts, bei dem der Kandidat später verwendet werden soll, eine nicht bindende, schriftliche Stellungnahme zur persönlichen und fachlichen Eignung des Bewerbers ab. Vgl. zur Beteiligung des Präsidialrats *Hans Hermann Bowitz*, Zur Bedeutung des Votums des Präsidialrats bei der Bundesrichterwahl, DÖV 2016, 638, passim; *Anja Seibert-Fohr*, Judicial Independence in Germany, in: *Judicial Independence in Transition*, hrsg. von ders. (2012) 447, 509.

<sup>33</sup> Vgl. UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 13f. Rn. 59ff.

möglich wäre.<sup>34</sup> Eine Änderung der Zahl der Senate am BGH ist noch einfacher möglich. Laut § 130 Abs. 1 Satz 2 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) bestimmt der Bundesjustizminister in eigener und ausschließlicher Zuständigkeit die Zahl der Senate.<sup>35</sup> So wurden zuletzt ein neuer Zivil- und ein neuer Strafsenat geschaffen.<sup>36</sup> Die Zahl der verfügbaren Planstellen wird demgegenüber mit dem Haushaltsgesetz im Bundeshaushaltsplan festgelegt,<sup>37</sup> ein Umstand, den der Bundesjustizminister bei der Festsetzung der Zahl der Senate regelmäßig berücksichtigt.

Aktuell wird eine parteipolitische Einflussnahme durch die Schaffung neuer Richterstellen und Senate an den obersten Bundesgerichten dadurch verhindert, dass nach § 21e GVG (ggf. i. V. m. § 4 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), § 4 Finanzgerichtsordnung (FGO), § 6a Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) bzw. § 6 Sozialgerichtsgesetz (SGG)) die Präsidien der Gerichte über die Besetzung der Senate und die Geschäftsverteilung entscheiden.<sup>38</sup> Durch Änderung des GVG könnte der Gesetzgeber allerdings von diesem Grundsatz abkehren. Entsprechendes wäre beim Bundesverfassungsgericht durch Änderung des § 14 BVerfGG möglich. So könnte – wie in Polen geschehen – ein Senat mit rechtsstaatlich fragwürdigen Zuständigkeiten geschaffen werden.<sup>39</sup>

#### b) Verkürzung der Amtsdauer

Auch die Verkürzung der Richteramtszeit ist in Deutschland grundsätzlich mit einfacher Parlamentsmehrheit möglich.<sup>40</sup> In Art. 94f. GG sind weder Amtszeiten noch Renteneintrittsalter vorgesehen. Für das Bundesverfassungsgericht bestimmt § 4 BVerfGG eine einmalige Amtsdauer von zwölf Jahren, längstens bis zum Ende des Monats, in dem die Richter ihr 68. Lebensjahr vollenden. Diese Festsetzung ist – wieder einmal – lediglich einfachgesetzlich. Für Bundesrichter auf Lebenszeit legt § 48 Deutsches Rich-

---

<sup>34</sup> Gärditz, DRiZ 2018, 20, 23.

<sup>35</sup> Alexander Meyberg, in: Beck'scher Online-Kommentar GVG<sup>6</sup> (Stand: 1.2.2020) § 130 Rn. 1

<sup>36</sup> Siehe bei Fn. 64.

<sup>37</sup> Vgl. etwa Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2019 (Haushaltsgesetz 2019), BT-Drucks. 19/3400 vom 10.8.2018, 87; Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2020 (Haushaltsgesetz 2020), BT-Drucks. 19/11800 vom 9.8.2019, 87.

<sup>38</sup> § 139 GVG setzt die Zahl der Mitglieder der jeweiligen Sitzgruppen innerhalb eines Senats, nicht aber die Größe des Senats insgesamt fest.

<sup>39</sup> UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 13f. Rn. 59ff.

<sup>40</sup> Gärditz, DRiZ 2018, 20, 23.

tergesetz (DRiG) die Regelaltersgrenze<sup>41</sup> auf die Vollendung des 67. Lebensjahres fest.

#### IV. Schutz vor parteipolitischer Einflussnahme

Da entscheidende Eckpunkte der Verfassung der Bundesgerichte nur einfachgesetzlich geregelt sind, wäre eine parteipolitische Einflussnahme wie in Polen oder den USA mit einer Bundestagsmehrheit auch hierzulande möglich. Es sollen daher Vorgehensweisen zum Schutz der obersten Gerichte vor solchen Entwicklungen diskutiert werden. Zunächst betrifft dies einen Schutz *vor* Änderungen der Gerichtsverfassung durch die Aufnahme konkreter Vorgaben zur Gerichtsverfassung im Grundgesetz (dazu unter IV.2.). Einen solchen Ansatz befolgen verschiedene Rechtsordnungen, und er hat in der Tat Stärken, allerdings auch erhebliche Schwächen. Es soll daher abschließend ein Ansatz zum Schutz *bei* Änderungen der Gerichtsverfassung vorgestellt werden, der einen Schutz vor Änderungen der Gerichtsverfassung komplementieren, womöglich sogar ersetzen könnte (dazu unter IV.3.).

##### 1. Notwendigkeit eines präventiven Schutzes

In Deutschland sind absolute Bundestagsmehrheiten wegen der personalisierten Verhältniswahl und der immer weiter ausdifferenzierten Parteienlandschaft zunehmend unwahrscheinlich geworden. Entwicklungen wie in Polen oder den USA erscheinen daher momentan eher fernliegend. Dennoch erscheint es mir sinnvoll, präventiv gegen eine mögliche parteipolitische Vereinnahmung der Justiz vorzugehen, statt auf die anhaltende Stabilität der bislang resilienten Verfassungskultur und auf das Ausbleiben einer absoluten Mehrheit einer politischen Kraft zu vertrauen.

Mehrheitsverhältnisse können sich sehr schnell ändern, wie beispielsweise an den Wahlerfolgen von Emmanuel Macron und seiner erst kürzlich gegründeten Partei *La République en Marche* sichtbar wird. Und im Bundestag verfehlte die CDU/CSU-Fraktion bei der Wahl 2013 eine absolute Mehrheit nur um wenige Stimmen. Die Möglichkeit einer parteipolitischen Einflussnahme auf die Richterwahl sollte daher nicht zu leichtfertig abgetan werden.

Eine Reform mag zudem gerade zu einem Zeitpunkt sinnvoll sein, an dem keine konkrete Bedrohung für die richterliche Unabhängigkeit besteht und das bisherige Verfahren weitgehend konsensfähig ist. Sobald eine parteipolitische Einflussnahme konkret zu befürchten ist, ist eine Reform zum

---

<sup>41</sup> Für die Geburtsjahrgänge vor 1964 variiert die Altersgrenze; § 48 Abs. 3 DRiG.

Schutz der Gerichte kaum mehr zu realisieren. Jede Reform würde dann als bewusste Ausgrenzung einer politischen Kraft interpretiert werden. Sie könnte letztlich als argumentative Folie im Wahlkampf und als Grundlage für eine spätere Gegenreform dienen.<sup>42</sup>

Ist eine parteipolitische Einflussnahme bereits erfolgt, sind Tatsachen geschaffen und ein Zurückdrehen der Uhr kaum noch möglich. Einerseits ist zu befürchten, dass eine neue Regierung die Änderungen, die sie vor ihrer Wahl kritisiert hat, beibehält, um nun selbst von ihnen zu profitieren. Kommt es andererseits tatsächlich zu einer Reform, kann diese zu einer Überkorrektur führen. So könnte sich eine destruktive Dynamik von stetigen Reformen und Gegenreformen entwickeln.<sup>43</sup>

## 2. Schutz vor Änderungen der Gerichtsverfassung

Bei Diskussionen über den Schutz der Justiz vor parteipolitischer Einflussnahme wird meist ein Schutz vor Änderungen konkreter Vorgaben zur Besetzung der Gerichte durch deren Aufnahme im Grundgesetz vorgeschlagen<sup>44</sup> – bezüglich des Verfassungsgerichts etwa die Wahl durch Zweidrittelmehrheit,<sup>45</sup> die Anzahl der Richter und Senate sowie die Amtsdauer der Richter; für die obersten Bundesgerichte beispielsweise die Zuständigkeit

<sup>42</sup> In diesem Sinne wurde etwa in Polen die vorgreifende Wahl von Verfassungsrichtern durch die PO/PSL-Koalition und in den USA die Abschaffung des Filibuster für die Wahl der Bundesrichter unter dem Supreme Court als Rechtfertigung für spätere Gegenmaßnahmen herangezogen; siehe dazu bei IV.2.d).

<sup>43</sup> Zu verschiedenen Vorschlägen bzgl. des US Supreme Court: *Epps / Sitaraman*, Yale L.J. 129 (2019) 148, 172 ff.

<sup>44</sup> Siehe beispielhaft Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drucks. 7/1064 vom 4.10.1973; Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes – Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz, BT-Drucks. 17/11701 vom 28.11.2012; *Gärditz*, DRiZ 2018, 20, 23; *Michaela Hailbronner*, How Can a Democratic Constitution Survive an Autocratic Majority?, Verfassungsblog, <<https://verfassungsblog.de/how-can-a-democratic-constitution-survive-an-autocratic-majority-a-report-on-the-presentations-on-the-judiciary/>> [<https://perma.cc/6YY5-U6ZC>]; so auch *Konrad Duden*, Die Wahl der Richterinnen und Richter des BVerfG und der obersten Bundesgerichte, JuS 2019, 859, 864. Vgl. auch Verfassungsblog, Constitutional Resilience, <<https://verfassungsblog.de/category/debates/constitutional-resilience-debates/>> [<https://perma.cc/9VMX-K89N>].

<sup>45</sup> Erforderlich wären dann jedoch auch Vorgaben für den Umgang mit einem sogenannten Deadlock, für den Fall also, dass eine Einigung der politischen Akteure scheitert. Andernfalls könnte eine politische Kraft, die über eine Sperrminorität verfügt, die Besetzung der Gerichte blockieren. Vgl. Venedig-Kommission, Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Relating to Qualified Majorities and Anti-Deadlock Mechanisms, CDL-PI(2018)003rev vom 27.6.2018, 4 ff.; Venedig-Kommission, Opinion on Two Sets of Draft Amendments to the Constitutional Provisions Relating to the Judiciary of Montenegro, CDL-AD(2012)024 vom 17.12.2012, Rn. 35

des Gerichtspräsidiums für die Besetzung der Spruchkörper und die Geschäftsverteilung. Durch die Konstitutionalisierung dieser Parameter würden Eckpfeiler der Besetzung der Bundesgerichte, die sich über die letzten Jahrzehnte weitgehend bewährt haben, durch Art. 79 GG vor einseitigen Änderungen geschützt.

Rechtsvergleichend ist festzustellen, dass verschiedene Rechtsordnungen den Weg eines Schutzes durch Konstitutionalisierung gegangen sind. In ihren Verfassungen finden sich deutlich detailliertere Vorgaben für die Gerichtsverfassung als im deutschen Grundgesetz. So enthält beispielsweise die griechische Verfassung sehr detaillierte Vorgaben für die Gerichtsverfassung und die Besetzung der obersten Gerichte (Art. 87–100a, zur Richterwahl insb. in Art. 90). Doch ein Schutz vor Änderungen konkreter Vorgaben zur Gerichtsverfassung hat auch verschiedene Schwächen.

#### a) Umfang der Konstitutionalisierung und einfachgesetzliche Unterlaufung

Umfangreiche Vorgaben versprechen einen umfassenderen Schutz. Sie führen jedoch zu einer Aufblähung der Verfassung und einer möglichen Versteinerung der Gerichtsverfassung. Schreibt man etwa die Zahl der Senate und Richter an den obersten Bundesgerichten fest, würde jede Vergrößerung der Gerichte aufgrund steigender Fallzahlen eine Verfassungsänderung erfordern.

Knappe Vorgaben in der Verfassung drohen demgegenüber ihre Schutzfunktion zu verfehlen, da sie leichter einfachgesetzlich unterlaufen werden können. Die polnische Verfassung enthält beispielsweise zwar relativ umfangreiche Vorgaben (Art. 173 ff.; zur Richterwahl insb. Art. 179, 187 und 194). Dennoch wurden Lücken ausgenutzt, um den Schutz zu unterlaufen. Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen:

Im Jahr 2016 durfte der polnische Präsident Duda (PiS) den ausscheidenden Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs, Andrzej Rzepliński, ersetzen. Laut Art. 194 Abs. 2 polVerf schlägt die Generalversammlung der Richter des Verfassungsgerichtshofs die Kandidaten für den Posten vor. Zu dem Zeitpunkt hatten von der PiS-Mehrheit gewählte Richter in der Versammlung keine Mehrheit. Präsident Duda ernannte daraufhin die von der PiS gewählte Richterin Julia Przyłębska zur geschäftsführenden Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs – ein Amt, das die Verfassung nicht explizit verbietet, aber auch nicht vorsieht. Przyłębska nutzte diese Position, um umgehend drei Richter zum Gerichtshof zuzulassen (sog. „Dezember-Richter“), die von der PiS-Mehrheit im Sejm gewählt wurden, deren Wahl aber vom Verfassungsgerichtshof für unzulässig erklärt wurde und die daher vom vorherigen Gerichtspräsidenten nicht zum Gerichtshof zugelassen wurden. Der Grund für die Unzulässigkeit der Wahl lag darin, dass die Vorgänger der

gewählten Richter noch während der Amtszeit des vorherigen Sejm aus ihrem Amt ausgeschieden waren und der vorherige Sejm bereits Nachfolger gewählt hatte, deren Zugang zum Gerichtshof Präsident Duda jedoch dadurch verhinderte, dass er ihnen nicht den Amtseid abnahm.<sup>46</sup> Mit den Stimmen der frisch zugelassenen Dezember-Richter konnte Przyłębska von der Generalversammlung der Richter als Präsidentin vorgeschlagen und von Präsident Duda ernannt werden.<sup>47</sup>

Ein weiteres Beispiel für ein Unterlaufen konkreter Vorgaben in der Verfassung kann darin gesehen werden, dass – wie bereits dargestellt – die Wahl der richterlichen Mitglieder des Landesrats für Gerichtswesen aus der Hand der Richterschaft in diejenige des Parlaments übertragen wurde, obwohl eine Wahl durch die Richterschaft dem internationalen Standard und den Empfehlungen der Venedig-Kommission entspricht.<sup>48</sup>

Ein nahezu identischer Vorgang ereignete sich auch in Spanien.<sup>49</sup> Dort sieht die Verfassung von 1978 einen 21-köpfigen nationalen Justizrat vor, wobei 12 der Mitglieder der Richterschaft angehören (Consejo General del Poder Judicial). Bei der ersten Wahl des Justizrates wurden diese Mitglieder von der Richterschaft gewählt.<sup>50</sup> Im Anschluss wurde das Wahlverfahren allerdings verändert, sodass auch die Mitglieder aus der Richterschaft jeweils hälftig von den beiden Parlamentskammern mit einer 60-Prozent-Mehrheit zu wählen sind.<sup>51</sup> Das spanische Verfassungsgericht befürchtete damals zwar, dass diese veränderte Wahlzuständigkeit zu einer Politisierung der Wahl der Mitglieder aus der Richterschaft führen könnte, sah jedoch – unter anderem wegen der Wahl durch eine qualifizierte Mehrheit – die Vorschrift noch als verfassungsgemäß an.<sup>52</sup> Tatsächlich wird nunmehr jedoch angemerkt, dass sich im nationalen Justizrat ein progressiver

<sup>46</sup> Siehe Fn. 5.

<sup>47</sup> Siehe oben bei IV.2.a); kritisch zu den genannten Abläufen Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)026 (Fn. 5) 8f.

<sup>48</sup> Council of Europe, Committee of Ministers, Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities, Recommendation CM/Rec(2010)12 and Explanatory Memorandum vom 17.11.2010, 10 Rn. 27; UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 14f. Rn. 65f.; Europäische Kommission, COM(2019) 198 final (Fn. 31) 64 Schaubild 54. Siehe generell zur Beteiligung justizieller Selbstverwaltung unten bei IV.2.c).

<sup>49</sup> Dazu *Enrique Vallines García*, Responsabilidad y Transparencia en el Curso de la Justicia Civil en España, in: *Accountability e Transparència da Justiça Civil*, hrsg. von Daniel Mitidiero (2019) 119, Rn. 22.

<sup>50</sup> Art. 8 und 12 Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial; abrufbar unter <<https://www.boe.es/>>.

<sup>51</sup> Art. 112 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial a. F., heute entsprechend: Art. 567 Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>52</sup> Tribunal Constitucional de España 29.7.1986 – STC 108/1986, BOE núm. 193, 13.8.1986, S. 14 Rn. 13.

und ein konservativer Block finden und dass sich deren jeweilige Größe in der Auswahl der Mitglieder des Obersten Gerichts niederschlägt.<sup>53</sup>

b) Fixierung des geltenden Wahlverfahrens

Eine weitere Herausforderung eines verfassungsrechtlichen Schutzes vor Änderungen der Gerichtsverfassung liegt darin, die Festlegung auf eine bestimmte Gerichtsverfassung und ihre Aufwertung auf den Rang des Grundgesetzes zu begründen.

Die derzeitige Verfassung der obersten Bundesgerichte und des Bundesverfassungsgerichts hat sich zwar im Ergebnis bewährt. Die Gerichte genießen ein hohes Ansehen und konnten wiederholt ihre Unabhängigkeit demonstrieren. Dennoch besteht nicht unerhebliche Kritik am geltenden Wahlverfahren.<sup>54</sup> Eine unveränderte Fixierung im Grundgesetz könnte daher angreifbar sein.

<sup>53</sup> *Vallines García*, Responsabilidad y Transparencia (Fn. 49) Rn. 22f.

<sup>54</sup> Siehe zur Kritik beispielhaft: Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 94), BT-Drucks. 7/1064 vom 4.10.1973; Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, BT-Drucks. 11/73 vom 20.3.1987; Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Richterwahlgesetzes, BR-Drucks. 616/01 vom 2.8.2001; Deutscher Bundestag, Antrag auf Änderung der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages zur Verbesserung des Verfahrens zur Wahl von Bundesverfassungsrichtern und Bundesverfassungsrichtern, BT-Drucks. 16/9927 vom 3.7.2008; Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes – Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz, BT-Drucks. 17/11701 vom 28.11.2012; Deutscher Bundestag, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, BT-Drucks. 18/2737 vom 7.10.2014; Deutscher Bundestag, Änderungsantrag: Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, BT-Drucks. 18/4978 vom 20.5.2015, 2; Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 106. Sitzung, BT-PIPr 18/106 vom 21.5.2015, 10198; Deutscher Bundestag, Antrag: Reform der Wahl für die obersten Bundesgerichte, BT-Drucks. 18/7548 vom 17.2.2016; Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung: Besetzung von Bundesrichterstellen, BT-Drucks. 19/2931 vom 21.6.2018; Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Entpolitisierung der Justiz und Sicherheitsbehörden, BT-Drucks. 19/6022 vom 26.11.2018; *Claus Arndt*, Richterwahl für die Obersten Bundesgerichte, RuP 2002, 23; *Günter Bertram*, Von Richtern und Kröten, NJW 2001, 1838; Deutscher Richterbund, Selbstverwaltung der Justiz, <<https://www.drj.de/positionen/verbandsthemen/selbstverwaltung-der-justiz/>> [<https://perma.cc/EY8N-DPWN>]; *Klaus F. Gärditz*, Reformbedarf bei der Bundesrichterwahl?, ZBR 2015, 325; *Ulrich Goll*, Die Reform der Richterwahl: Ein Schritt zu mehr Transparenz und weniger Parteipolitik bei der Auswahl der Richter und Richterinnen der obersten Gerichtshöfe des Bundes, RuP 2001, 121; *Theo Rasehorn*, Um die „Bestenauslese“ bei der Richterwahl: Eine Erwiderung, RuP 2002, 29; *Heinrich Weber-Grellet*, Eigenständigkeit und Demokratisierung der Justiz, DRiZ 2003, 303, 308; *Philipp Wittmann*, in: Barczak, BVerfGG – Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz (2018) § 6 Rn. 68; vgl. *Seibert-Fohr*, Judicial Independence in Germany (Fn. 32) 461 ff., 470 und 509. Vgl. bereits *Helmut K. J. Ridder*, Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen?, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages (1953) 91; vgl.



Die Kritik bezieht sich etwa auf den Einfluss der Politik und die mangelnde Transparenz bei der Richterwahl sowie auf die fehlende Einbindung der justiziellen Selbstverwaltung. Gerade die fehlende Einbindung der justiziellen Selbstverwaltung in Deutschland<sup>55</sup> ist auch rechtsvergleichend die Ausnahme. In zahlreichen europäischen Ländern sind nationale Justizräte, in denen vielfach Mitglieder aus der Richterschaft die Mehrheit haben, an der Auswahl der Richter der obersten Gerichte beteiligt.<sup>56</sup>

Vor wenigen Jahren wurde zwar einem stetigen Kritikpunkt<sup>57</sup> an der Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts – der Wahl im Bundestag durch den Richterwahlausschuss statt durch das Plenum – abgeholfen.<sup>58</sup> Diese Reform galt jedoch der Stärkung der demokratischen Legitimation des Gerichts und der Umsetzung des verfassungsrechtlichen Gebots einer Wahl „vom Bundestage“ (Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG). Transparenz bezüglich Auswahl und Eignung der Nominierten – ein weiteres Anliegen der Forderung nach einer Wahl durch das Bundestagsplenum – wurde dabei indes nicht gefördert: So findet die Wahl im Plenum geheim statt und ohne Aussprache (§ 6 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. § 49 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (BTGO)). Pro frei werdendem Richterposten wird zudem nur ein Kandidat zur Wahl vorgeschlagen.<sup>59</sup> Die Wahl der Mitglieder der obersten Bundesgerichte findet demgegenüber sogar gänzlich hinter verschlossener Tür statt.

---

*Uwe Kranenpohl*, Bewährt oder reformbedürftig? – Für und Wider das aktuelle Verfahren der Richterauswahl zum Bundesverfassungsgericht, ZSE 9 (2011) 78.

<sup>55</sup> Siehe jedoch zur Anhörung des Präsidialrats: Fn. 32.

<sup>56</sup> European Network of Councils of the Judiciary (ENCJ), Members (Fn. 31).

<sup>57</sup> BT-Drucks. 11/73; *Wilfried Berg*, Zur Übertragung von Aufgaben des Bundestages auf Ausschüsse, Der Staat 9 (1970) 21, 37 f.; *Arthur Kreuzer*, Zuständigkeitsübertragungen bei Verfassungsrichterwahlen und Immunitätsentscheidungen des Deutschen Bundestages, Der Staat 7 (1968) 183, 189 ff., insb. 200; *Stefan Ulrich Pieper*, Verfassungsrichterwahlen (1998) 29 ff.; vgl. *Barczak / Wittmann* (Fn. 54) § 6 R.n. 61 ff.; siehe jedoch BVerfG 19.6.2012, BVerfGE 131, 230, 234 ff.

<sup>58</sup> Neuntes Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes vom 24.6.2015, BGBl. 2015 I 973; BT-Drucks. 18/2737.

<sup>59</sup> Bisher betraf dies nur die Wahl von Josef Christ am 5.9.2017 (vgl. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht. 245. Sitzung, BT-PIPr 18/245 vom 5.9.2017, 25303 und 25304; Deutscher Bundestag, Wahlvorschlag des Wahlausschusses für die Richter des Bundesverfassungsgerichts, BT-Drucks. 18/12822 vom 21.6.2017) sowie von Stephan Harbarth am 22.11.2018 (vgl. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht. 65. Sitzung, BT-PIPr 19/65 vom 22.11.2018, 7447 und 7454; Deutscher Bundestag, Wahlvorschlag des Wahlausschusses für die Richter des Bundesverfassungsgerichts, BT-Drucks. 19/5861 vom 19.11.2018).

### c) Kontextabhängigkeit und Ambivalenz der Gerichtsverfassung

Auch die verfassungsrechtliche Festlegung eines anderen als des bisherigen Wahlverfahrens kann Kritik hervorrufen<sup>60</sup> und damit neue Folgeprobleme hervorrufen (dazu unter IV.2.d)). Es sind schließlich einerseits sehr unterschiedliche Formen eines ausgeglichenen Verfahrens der Richterwahl denkbar.<sup>61</sup> Andererseits können Einzelregelungen abhängig vom jeweiligen Kontext sowohl zu einer ausgewogenen als auch zu einer parteipolitisch vereinnahmten Richterwahl führen.<sup>62</sup>

Die Herausforderung einer Bewertung einzelner Parameter der Gerichtsverfassung aufgrund ihrer Kontextabhängigkeit wird etwa in den Entscheidungen des EuGH zu den Reformen in Polen sehr deutlich.<sup>63</sup> Änderungen, die denjenigen in Polen ähneln, könnten kontextabhängig anders zu bewerten sein. Die Schaffung der neuen Kammern am polnischen Obersten Gericht ist auf erhebliche Kritik gestoßen, nicht zuletzt wegen ihrer Zuständigkeiten. Die 2019 und 2020 neu eingerichteten BGH-Senate<sup>64</sup> zeigen demgegenüber, dass neue Richterposten oder Spruchkörper nicht politisch motiviert sein müssen, sondern eine legitime Reaktion auf eine Überlastung der Gerichte sein können.

*Politisierung und Ausgewogenheit.* – Problematisch an einer abstrakten Bewertung der Parameter einer Gerichtsverfassung ist, dass eine gänzlich neutrale Richterwahl angesichts der politischen Implikationen der Urteile oberster Gerichte, der Notwendigkeit einer vielfältigen und demokratisch legitimierten Richterbank und der oft stark wertungsbasierten Rechtsfragen gerade an Verfassungsgerichten weder möglich noch wünschenswert erscheint.<sup>65</sup> Es stellt sich somit nicht die Frage nach dem Ob der politischen Prägung der Richterwahl, sondern dem Wie. Ziel kann somit nur eine Aus-

<sup>60</sup> Vgl. zu Reformen des US Supreme Court *Epps/Sitaraman*, Yale L.J. 129 (2019) 148, passim; siehe dort jedoch auch die subjektiv eingefärbte und angreifbare Maßstabsetzung: S. 169 ff.

<sup>61</sup> Für einen Überblick verschiedener Arten der Wahl von Verfassungsrichtern: Venedig-Kommission, *The Composition of Constitutional Courts*, CDL-STD(1997)020, 36 ff.

<sup>62</sup> Vgl. EuGH 19.11.2019 – *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 130 m. w. N.; Venedig-Kommission, CDL-STD(1997)020 (Fn. 61) 21 f.; *Seibert-Fohr*, *Judicial Independence in Germany* (Fn. 32) 511; *Christoph Grabenwarter*, *Constitutional Resilience*, *Verfassungsblog*, <<https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience/>>, II.b. [<https://perma.cc/QMZZ-B8U2>].

<sup>63</sup> EuGH 24.6.2019 – *Kommission ./. Polen*, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 82 ff., 110 f. und 116 f.; EuGH 5.11.2019 – *Kommission ./. Polen*, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 119 ff.; EuGH 19.11.2019 – *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 133, 137 f. sowie insb. 142 ff. und 152; vgl. auch Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)031 (Fn. 5) 5 Rn. 11.

<sup>64</sup> Grundlage war die Bereitstellung zusätzlicher Mittel für Planstellen im Bundeshaushaltsplan: BT-Drucks. 19/3400, 87; BT-Drucks. 19/11800, 87.

<sup>65</sup> Sehr deutlich: *Graham Gee*, *The Persistent Politics of Judicial Selection: A Comparative Analysis*, in: *Judicial Independence in Transition* (Fn. 32) 121, passim.

gewogenheit der Richterwahl sein und ein Schutz vor einseitiger parteipolitischer Einflussnahme.

„Ausgewogenheit“ kann jedoch unterschiedlich verstanden werden. Vergleicht man den Einfluss einzelner politischer Akteure auf die Richterwahl mit einem Pendel, kann ein Ausgleich bestehen, wenn das Pendel stets im Lot bleibt, er kann jedoch auch erfolgen, wenn das Pendel gleichmäßig schwingt: In diesem Sinne kann ein Ausgleich – wie aktuell in Deutschland – synchron erfolgen, indem fortdauernd Kandidaten verschiedener politischer Lager berücksichtigt werden. Der Ausgleich kann jedoch auch diachron erfolgen – diesen Ansatz verfolgen die USA –, wo der jeweilige Präsident allein über die Nominierung entscheidet, eine Ausgewogenheit jedoch durch den Wechsel der Präsidentschaft verbunden mit den langen Amtszeiten der Richter<sup>66</sup> entstehen soll.

*Transparenz und Beteiligung justizieller Selbstverwaltung.* – Die Transparenz bei der Richterwahl und die Beteiligung der justiziellen Selbstverwaltung haben ebenfalls Vor- und Nachteile, sodass auch hier eine Festlegung auf ein Wahlverfahren schwerfällt.<sup>67</sup> Transparenz kann zwar von Vorteil sein, kann jedoch auch – wie bei den Anhörungen der nominierten Richter in den USA<sup>68</sup> – in einem Maße zu einer Politisierung führen, dass eine sachliche und differenzierte Diskussion über die Eignung der Nominierten nahezu unmöglich wird.<sup>69</sup>

Einer Beteiligung der justiziellen Selbstverwaltung kann wiederum – auch unabhängig von einer parteipolitischen Einflussnahme auf die Besetzung solcher Gremien – entgegengehalten werden, dass sie eine Politisierung der Richterwahl nicht verhindert, sondern nur verlagert.<sup>70</sup> So wird etwa in Italien der starke Einfluss politischer Gruppierungen (*correnti*) innerhalb des nationalen Justizrates (Consiglio Superiore della Magistratura) kritisiert (*correntismo*).<sup>71</sup>

Es ist auch denkbar, dass die Politik bei einer Auswahl durch die justizielle Selbstverwaltung anhand gesetzlicher Eignungskriterien versucht, mittel-

<sup>66</sup> Zur Bedeutung des Auseinanderfallens von Amtszeit der Richter und Legislaturperiode des sie wählenden Organs: Venedig-Kommission, CDL-STD(1997)020 (Fn. 61) 21.

<sup>67</sup> Vgl. Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002 (Fn. 5) 4 Rn. 9.

<sup>68</sup> Zur dortigen Entwicklung: Richard Davis, *Electing Justice* (2005) 75 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/2737, 4. Daher für ein entsprechendes Vorgehen hierzulande kritisch: Kranenpohl, ZSE 9 (2011) 78, 96 f.; Barczak / Wittmann (Fn. 54) § 6 Rn. 68.

<sup>70</sup> Gee, *Politics of Judicial Selection* (Fn. 65) 121, insb. 139 ff.; Gärditz, DRiZ 2018, 20, 22; Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany* (Fn. 32) 518; vgl. allgemein David Kosař, *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies* (2016); Fabian Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt* (2006).

<sup>71</sup> Giuseppe Di Federico, *Judicial Independence in Italy*, in: *Judicial Independence in Transition* (Fn. 32) 357, 361 und 374.

bar über die Gestaltung dieser Eignungskriterien Einfluss zu nehmen.<sup>72</sup> Eine Auswahl durch die justizielle Selbstverwaltung kann zudem der Diversität der Richterbank abträglich sein,<sup>73</sup> da bestimmte biografische Hintergründe und Karrierewege, aber auch grundlegende Wertvorstellungen in den Auswahlgremien präsenter sein und damit bei der Auswahl präferiert werden können.<sup>74</sup> In Deutschland wird zudem einer konstitutiven Beteiligung der justiziellen Selbstverwaltung ihre fehlende demokratische Legitimation entgegengehalten<sup>75</sup> – ein Argument, mit dem auch die polnische Regierung ihre Reform des Landesrats für Gerichtswesen begründete.<sup>76</sup>

*Festlegung auf eine Gerichtsverfassung.* – Die genannten Faktoren machen eine Bewertung einzelner Aspekte der Gerichtsverfassung unabhängig von ihrem gesellschaftlichen und historischen Zusammenhang sowie der gelebten Praxis nahezu unmöglich. Die Kontextabhängigkeit zeigt sich auch darin, dass die PiS-Regierung bei ihren Reformen wiederholt auf vergleichbare Regeln in der Verfassung von Gerichten anderer Mitgliedstaaten sowie des EuGH verweisen konnte.<sup>77</sup> Die Unterschiede lassen sich erst unter Betrachtung der Details und des Gesamtkontextes darlegen.<sup>78</sup>

#### d) Argumentative Folie für eine Gegenreform

Es ist somit weder abstrakt zu begründen, warum das aktuelle, noch, warum ein konkretes anderes Verfahren zur Besetzung der Gerichte im Grundgesetz vorgeschrieben werden sollte. Jede Konstitutionalisierung einer konkreten Gerichtsverfassung birgt die Gefahr, selbst als politisch motiviert

<sup>72</sup> Vgl. insoweit zur Auswahl der Richterschaft in England *Gee*, Politics of Judicial Selection (Fn. 65) 143.

<sup>73</sup> Zur Bedeutung der Diversität an Verfassungsgerichten etwa Venedig-Kommission, CDL-STD(1997)020 (Fn. 61) 21; *Sophie Turenne*, Fair Reflection of Society in Judicial Systems, in: Fair Reflection of Society in Judicial Systems, hrsg. von ders. (2015) 1, 18 ff.; *Fabian Wesselmann*, Die Politik der Bundesrichterberufung: Aus dem Inneren des Richterwahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG, JöR 67 (2019) 301, 351 f.

<sup>74</sup> *Gee*, Politics of Judicial Selection (Fn. 65) 143 ff.; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Mehr Selbständigkeit für die Dritte Gewalt?, DRiZ 2003, 284, 290 f.

<sup>75</sup> Vgl. *Bowitz*, DÖV 2016, 638, 642; *Gärditz*, DRiZ 2018, 20, 22; *Hoffmann-Riem*, DRiZ 2003, 284, 289 f.; *Hans-Jürgen Papier*, Zur Selbstverwaltung der Dritten Gewalt, NJW 2002, 2585, 2590; *Seibert-Fohr*, Judicial Independence in Germany (Fn. 32) 451; *Christian Hillgruber*, in: *Maunz / Dürig*, Grundgesetz (88. EL, Stand: August 2019) Art. 97 Rn. 112; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl (1974) 80; a. A. *Klaus F. Röhl*, Selbstverwaltung für die Dritte Gewalt?, JZ 2002, 838, 841.

<sup>76</sup> UN General Assembly, A/HRC/38/38/Add.1 (Fn. 5) 14 Rn. 63.

<sup>77</sup> EuGH 24.6.2019 – *Kommission ./. Polen*, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 107; EuGH 5.11.2019 – *Kommission ./. Polen*, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 97. Vgl. auch Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002 (Fn. 5) 10 Rn. 38.

<sup>78</sup> Siehe Fn. 63.

dargestellt zu werden und somit als argumentative Grundlage für die Legitimität einer möglichen Gegenreform oder einfachgesetzlichen Aushöhlung genutzt zu werden. Es könnte behauptet werden, das Ziel einer Konstitutionalisierung sei nicht der Schutz der Gewaltenteilung, sondern vielmehr die Sicherung des bisherigen Wahlverfahrens zwecks Erhaltung des Einflusses der vormals mächtigen Parteien und zwecks Verhinderung einer Beteiligung neuer politischer Kräfte bei der Besetzung des Gerichts.

Das Heranziehen von vorherigen Reformen als Rechtfertigung konnte man sowohl in Polen als auch den USA beobachten.<sup>79</sup> So konnte etwa die PiS-Mehrheit darauf verweisen, dass der ausscheidende Sejm in Erwartung eines Wahlerfolgs der PiS vorgehend Nachfolger für Verfassungsrichter gewählt hatte, deren Amtszeit erst nach der Konstituierung des neuen Sejm endete.<sup>80</sup> Und die Republikaner konnten in den USA bei der Abschaffung des Filibuster für die Wahl der Mitglieder des Supreme Court auf die Abschaffung des Filibuster durch die Demokraten für die Besetzung der Gerichte unterhalb des Supreme Court verweisen.<sup>81</sup>

Zweifel daran, ob eine Sicherung des bisherigen hiesigen Verfahrens zur Richterwahl wirklich die Unabhängigkeit der Justiz fördern und nicht zumindest auch den Einfluss der historisch großen Parteien sichern solle, ließen sich wohl auch nicht einfach von der Hand weisen. Die Ausdifferenzierung der hiesigen Parteienlandschaft in den letzten Jahrzehnten hat das Verfahren zur Richterwahl vor erhebliche Herausforderungen gestellt. Der Ausgleich der verschiedenen Akteure war bisher weitgehend darüber sichergestellt, dass weder SPD noch CDU/CSU aufgrund der verschiedenen Wahlgremien und erforderlichen Mehrheiten allein über die Richterwahl entscheiden konnten.<sup>82</sup> Ausgewogenheit bei der Besetzung der Gerichte wurde primär über einen Ausgleich zwischen SPD und CDU/CSU sichergestellt. Kleinere Parteien finden demgegenüber bisher wenig oder keine Berücksichtigung.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Vgl. Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)001 (Fn.5) 21 R.n. 117 ff.

<sup>80</sup> Siehe Fn. 5.

<sup>81</sup> Siehe oben bei II.1.a).

<sup>82</sup> Aufgrund der Zweidrittelmehrheit bei der Wahl der Verfassungsrichter und der Beteiligung der Landesregierungen im Ausschuss zur Wahl der Bundesrichter sind die beiden Parteien regelmäßig auf eine Kooperation angewiesen.

<sup>83</sup> Siehe sehr eindrücklich die Verteilung der Vorschlagsrechte bei der Wahl der Verfassungsrichter, die die zunehmende Bedeutung der „kleineren“ Parteien kaum widerspiegelt. So wurden von den bisherigen 111 Richtern des Bundesverfassungsgerichts lediglich 9 nicht von CDU/CSU bzw. SPD vorgeschlagen; Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (2015) 1847 ff.

### 3. Schutz bei Änderungen der Gerichtsverfassung

Angesichts der genannten Herausforderungen eines Schutzes vor Änderungen konkreter Aspekte der Gerichtsverfassung durch deren Konstitutionalisierung wäre ein Schutz bei Änderungen der Gerichtsverfassung sinnvoll, der den Schutz vor Änderungen der Gerichtsverfassung ergänzt oder gar ersetzen könnte.

#### a) Prozeduraler Schutzansatz

Der Schutz bei Änderungen der Gerichtsverfassung soll die Justiz nicht durch die Fixierung einer konkreten Gestaltung der Gerichtsverfassung vor einer einseitigen parteipolitischen Einflussnahme schützen, sondern unabhängig von einer konkreten Ausgestaltung der Gerichtsverfassung sicherstellen, dass Änderungen an der Gerichtsverfassung nur im Einvernehmen von Regierung und Opposition erfolgen können. Er verfolgt dazu einen prozeduralen Schutzansatz, der durch Vorgaben zum Verfahren zur Änderung der Gerichtsverfassung die Vermutung begründen soll, dass der Inhalt der Änderung nicht einer einseitigen Einflussnahme durch eine politische Kraft dient.<sup>84</sup>

Zu diesem Zweck sollte ins Grundgesetz aufgenommen werden, dass die Verfassungen des Bundesverfassungsgerichts und der obersten Bundesgerichte durch Bundesgesetze zu regeln sind, die einer qualifizierten Mehrheit bedürfen – etwa einer Mehrheit von zwei Dritteln oder 60 Prozent der Bundestagsmitglieder. Eine ähnliche, wenn auch abgeschwächte Schutzwirkung hätte es, die Gesetze zur Verfassung der Bundesgerichte unter den Vorbehalt einer Zustimmung des Bundesrates zu stellen.

#### b) Rechtsvergleichende Vorbilder

Dieser Schutz bei Änderungen der Gerichtsverfassung stützt sich auf rechtsvergleichende Vorbilder, vor allem auf das französische und das – von ihm inspirierte<sup>85</sup> – spanische Recht. In den dortigen Verfassungen ist eine dem deutschen Recht unbekannt<sup>86</sup> Art einfachen Rechts vorgesehen – die

<sup>84</sup> Vgl. in anderem Kontext zu einem ähnlichen, prozeduralen Ansatz: *Walter Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: FS Ludwig Raiser (1974) 3, 5f. („Richtigkeitsgewähr des Vertrags“); *John Rawls*, A Theory of Justice (1973) 136 ff. („veil of ignorance“).

<sup>85</sup> *Mercè Barceló i Serramalera*, in: Casas Baamonde / Rodríguez Piñero / Bravo Ferrer, Comentarios a la Constitución Española (2009) 1471; *Dieter C. Umbach*, Die Grundrechte der neuen spanischen Verfassung, EuGRZ 6 (1979) 229, 230; *Martin Ibler*, Der Grundrechtsschutz in der spanischen Verfassung am Beispiel des Eigentums, JZ 1999, 287, 291.

<sup>86</sup> *Ibler*, JZ 1999, 287, 291.

sogenannten Organgesetze<sup>87</sup> (Frankreich: *loi organique*; Spanien: *ley orgánica*) bzw. freier übersetzt<sup>88</sup> verfassungsausführenden Gesetze.<sup>89</sup> Sie zeichnet aus, dass sie unter strengeren Voraussetzungen als ein gewöhnliches einfaches Gesetz zustande kommen. So bedürfen in Frankreich laut Art. 46 französische Verfassung (franzVerf) Organgesetze bei Uneinigkeit der Parlamentskammern über den Gesetzesentwurf einer absoluten statt einer einfachen Mehrheit in der Nationalversammlung. Zudem müssen sie vor ihrer Verkündung einer Kontrolle durch den Conseil constitutionnel unterzogen werden. Im spanischen Recht schreibt Art. 81 Abs. 2 spanische Verfassung (spanVerf) für den Erlass einer *ley orgánica* eine absolute Mehrheit im Kongress vor.

Vorgeschrieben ist die Regelung durch Organgesetz bei besonders sensiblen Themenbereichen – in Frankreich etwa bei der Präsidentenwahl (Art. 6 franzVerf), der Zusammensetzung und Wahlperiode der Parlamentskammern (Art. 25 franzVerf), den Voraussetzungen einer konkreten Normenkontrolle durch den Conseil constitutionnel (Art. 61-1 franzVerf), dem Status der Richterschaft (Art. 64 franzVerf) sowie der Organisation und Verwaltung des Conseil constitutionnel und dem vor ihm befolgten Verfahren (Art. 63 franzVerf).<sup>90</sup>

Im spanischen Recht sind Organgesetze demgegenüber insbesondere für die Entfaltung von Grundrechten und öffentlichen Freiheiten, das Wahlrecht sowie die Autonomiestatute der autonomen Gemeinschaften vorgeschrieben (Art. 81 Abs. 1 spanVerf).<sup>91</sup> Auch für die Gerichtsverfassung enthält das spanische Recht umfangreiche Organgesetzesvorbehalte und unterstreicht so die institutionelle Bedeutung der Justiz als dritter Staatsgewalt.<sup>92</sup> Bezüglich des Verfassungsgerichts fordert Art. 165 spanVerf ein Organgesetz für dessen Arbeitsweise, den Status seiner Mitglieder, die einschlägigen Verfahrensvorschriften und die Voraussetzung der Verfahren. Für die sonstige Justiz fordert Art. 122 Abs. 1 spanVerf ein Organgesetz für die Regelung der Verfassung, Arbeitsweise und Verwaltung der Gerichte

<sup>87</sup> Siehe zu einem problematischen Einsatz dieses Rechtsinstituts in Ungarn unten bei Fn. 105.

<sup>88</sup> Nikolaus Marsch, Rechtsetzung, in: Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, hrsg. von dems./Yoan Vilain/Mattias Wendel (2015) 215, 265 Rn. 69.

<sup>89</sup> Dazu Olivier Jouanjan, Frankreich, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum, hrsg. von Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber, Bd. I (2007) 87, 103f. Rn. 25; Manuel Medina Guerrero, Spanien, ebd. 625, 639 Rn. 23; Gálvez Montes, in: Alzaga Villaamil, Comentarios a la Constitución Española de 1978, Bd. VII (1998) 27; Venedig-Kommission, Opinion on the New Constitution of Hungary, Opinion no. 621/2011, CDL-AD(2011)016 vom 20.6.2011, Rn. 23.

<sup>90</sup> Vgl. Marsch, Rechtsetzung (Fn. 88) 265 f. Rn. 69.

<sup>91</sup> Casas Baamonde/Rodríguez Piñero/Bravo Ferrer/Barceló i Serramallera (Fn. 85) 1471.

<sup>92</sup> Luis Aguiar de Luque, in: Casas Baamonde/Rodríguez Piñero/Bravo Ferrer, Comentarios a la Constitución Española (2009) 1881 f.

sowie des Rechtsstatus der Richterschaft und des Personals der Justizverwaltung. Bezüglich des Consejo General del Poder Judicial müssen sein Status, Regeln über Inkompatibilitäten seiner Mitglieder sowie seine Funktionen durch Organgesetz geregelt werden (Art. 122 Abs. 2 spanVerf).

Bei den Fragen, die durch Organgesetz zu regeln sind (Fragen der Grundrechtsverwirklichung und der Struktur des Staates und seiner Organe), handelt es sich um solche von herausgehobener Bedeutung, die die verfassungsrechtliche Ordnung im Detail verwirklichen und daher durch die Notwendigkeit einer breiteren Abstimmungsmehrheit vor leichtfertigen Änderungen geschützt werden.<sup>93</sup> Durch die Möglichkeit einer einfachrechtlichen Regelung, die nicht den Anforderungen einer Verfassungsänderung genügen muss, wird eine Aufblähung der Verfassung und eine Versteinerung der dort enthaltenen Vorgaben verhindert. Mit den erhöhten Anforderungen für ihren Erlass bewegen sich Organgesetze damit zwischen dem sonstigen einfachen Recht und dem Verfassungsrecht.<sup>94</sup> Sie sind dynamischer und detailreicher als die Verfassung, dabei aber beständiger als ein gewöhnliches Gesetz.

Dieser Grundansatz würde auch im deutschen Recht zum Schutz der Unabhängigkeit der Bundesgerichte überzeugen. Es erscheint allerdings sinnvoll, nicht nur eine absolute, sondern eine erhöhte qualifizierte Mehrheit von 60 Prozent oder zwei Dritteln zu fordern. Eine absolute Mehrheit stellt eine Regierungskoalition schließlich meist allein. Das eigentliche Anliegen eines Schutzes bei Änderungen der Gerichtsverfassung ist die Übereinkunft zwischen Regierung und zumindest Teilen der Opposition. Das würde über das Erfordernis einer absoluten Mehrheit nicht immer erreicht.

### c) Reform des BVerfGG im Jahre 1956

Nicht nur das ausländische Recht, sondern auch ein historisches Beispiel kann die Wirkmacht eines Schutzes bei Änderungen der Gerichtsverfassung verdeutlichen. Im Jahre 1956 wäre es bezüglich des Bundesverfassungsgerichts beinahe zu einer einseitigen Reform gekommen, die vermutlich zu einer parteipolitischen Vereinnahmung geführt hätte.<sup>95</sup> Die damaligen Geschehnisse zeigen das Potenzial eines überparteilichen Konsenses.

<sup>93</sup> Casas Baamonde/Rodríguez Piñero/Bravo Ferrer/*Barceló i Serramalera* (Fn. 85) 1473; Casas Baamonde/Rodríguez Piñero/Bravo Ferrer/*Aguilar de Luque* (Fn. 92) 1881; Ignacio Díez-Picazo Giménez, *Los Órganos Jurisdiccionales*, in: *Curso de Derecho Procesal Civil*<sup>4</sup>, hrsg. von Andrés de la Oliva Santos/Ignacio Díez Picazo Giménez/Jaime Vegas Torres (2019) 37, 59.

<sup>94</sup> Zu Frankreich: *Marsch*, *Rechtsetzung* (Fn. 88) 265 f. Rn. 69; zur strittigen Frage der Normhierarchie der spanischen *leyes orgánicas*: Casas Baamonde/Rodríguez Piñero/Bravo Ferrer/*Barceló i Serramalera* (Fn. 85) 1472 f.; Alzaga Villamil/*Gálvez Montes* (Fn. 89) 74.

<sup>95</sup> Zu diesem Abschnitt insgesamt *Uwe Wesel*, *Der Gang nach Karlsruhe* (2004) 97 ff.



Nach § 6 Abs. 4 BVerfGG in seiner ursprünglichen Fassung von 1951 wählte der Bundestag die Mitglieder des Verfassungsgerichts mit einer Mehrheit von drei Vierteln. 1956 wurde diese Vorschrift reformiert und die erforderliche Wahlmehrheit auf zwei Drittel reduziert.<sup>96</sup> Konrad Adenauer, dessen CDU/CSU-Fraktion zu dieser Zeit eine eigene Bundestagsmehrheit stellte, sodass sie die Reformen des BVerfGG allein hätte durchsetzen können, hatte ursprünglich weiter gehende Pläne, welche eine Schwächung des Gerichts und eine Stärkung des Einflusses der Regierung auf das Gericht hätten bewirken können<sup>97</sup> – allem voran die Möglichkeit, die Richter in einem zweiten Wahlgang in Bundestag und Bundesrat mit einer absoluten Mehrheit statt einer Dreiviertelmehrheit zu wählen.<sup>98</sup>

Zu ersten Kompromissen mit der SPD kam es – wohl gegen den Willen Adenauers<sup>99</sup> – im Rechtsausschuss.<sup>100</sup> Die Richterwahl durch einfache Mehrheit blieb dabei jedoch zunächst Bestandteil des Vorschlages, wie er vom Bundestag beschlossen wurde. Erst im Vermittlungsausschuss einigten sich CDU/CSU und SPD auf den Kompromiss der Zweidrittelmehrheit<sup>101</sup> und schufen die Eckpfeiler der Verfassung des Verfassungsgerichts, die seitdem eine weitgehend konsensuale und ausgewogene Besetzung des Gerichts ermöglichen und maßgeblich zu dem heutigen Ansehen des Gerichts beigetragen haben.

#### d) Vorteile eines Schutzes bei Änderungen der Gerichtsverfassung

Das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für Änderungen einfachgesetzlicher Vorgaben zur Verfassung der Bundesgerichte kann verschiedene Interessen in Ausgleich bringen. Vor- und Nachteile eines Schutzes können dabei durch die Wahl der genauen Mehrheit, die man für Änderungen der Gerichtsverfassung vorschreibt, abgewogen werden. Damit vermittelt dieser

<sup>96</sup> Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 21. Juli 1956, BGBl. 1956 I 662.

<sup>97</sup> *Wesel*, Karlsruhe (Fn. 95) 98f.

<sup>98</sup> Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, BT-Drucks. II/1662 vom 10.9.1955, 2: Geplant waren – neben der reduzierten Wahlmehrheit – eine Verkleinerung der Senate, die Aufhebung der fixen Zuordnung der Richter zu einem Senat sowie eine Erhöhung des Anteils der Bundesrichter. Siehe zu möglichen Motiven der Reform: *Wesel*, Karlsruhe (Fn. 95) 98.

<sup>99</sup> *Wesel*, Karlsruhe (Fn. 95) 99.

<sup>100</sup> Demnach sollten die Senate nicht mehr auf sieben, sondern schrittweise auf acht Richter verkleinert werden. Die übrigen in Fn. 98 genannten Vorschläge wurden gestrichen; vgl. Deutscher Bundestag, Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (16. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, BT-Drucks. II/2388 vom 16.5.1956, 1f.

<sup>101</sup> Deutscher Bundestag, Mündlicher Bericht des Ausschusses nach Artikel 77 des Grundgesetzes (Vermittlungsausschuß) zu dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, BT-Drucks. II/2612 vom 5.7.1956, 2.

Ansatz zwischen einer Konstitutionalisierung konkreter Parameter der Gerichtsverfassung und einer Regelung dieser Parameter allein im gewöhnlichen einfachen Recht.

Im Gegensatz zu einem Schutz durch Konstitutionalisierung konkreter Parameter der Gerichtsverfassung verhindert das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit zur Änderung der Gerichtsverfassung, dass verfassungsrechtliche Vorgaben durch einfache Mehrheit ausgehöhlt werden können. Es könnten daher beide Schutzansätze verbunden werden. So könnten besonders wichtige Vorgaben, die einer Änderung längerfristig entzogen werden sollen – etwa die Wahl der Mitglieder des Verfassungsgerichts durch eine Mehrheit von zwei Dritteln<sup>102</sup> –, ins Grundgesetz aufgenommen werden, während die übrigen Vorgaben im einfachen Recht verbleiben können, wo sie durch das erhöhte Mehrheitserfordernis geschützt wären.

Wie bei einer Konstitutionalisierung konkreter Aspekte der Gerichtsverfassung würde das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit zur Änderung der Gerichtsverfassung im Ergebnis zu einer Aufwertung des geltenden Besetzungsverfahrens führen. Die Aufwertung vollzieht sich dabei jedoch lediglich als mittelbare Folge der qualifizierten Mehrheit. Konkrete Vorgaben zur Gerichtsverfassung werden nicht mit der symbolischen Bedeutung des Grundgesetzes und dem damit einhergehenden Änderungsschutz des Art. 79 GG versehen. Durch das Erfordernis der qualifizierten Mehrheit wird im Grundgesetz unmittelbar lediglich die abstrakte Bedeutung der Verfassung der Bundesgerichte unterstrichen. Die bereits dargestellten Probleme, die eine Konstitutionalisierung konkreter Vorgaben zur Gerichtsverfassung mit sich bringt, wären damit zumindest abgemildert.

#### e) Herausforderungen eines Schutzes bei Änderung der Gerichtsverfassung

Um eine ausreichende Flexibilität für Reformen der Gerichtsverfassung und insbesondere des Verfahrensrechts zu erhalten, sollte auch das Erfordernis der qualifizierten Mehrheit für Änderungen der Gerichtsverfassung – vor allem mit Blick auf die obersten Bundesgerichte – nicht zu umfassend gestaltet werden. Es sollte auf Faktoren der Gerichtsverfassung begrenzt bleiben, die für die Ausgewogenheit der Besetzung der Gerichte entscheidend sind. Dies betrifft in erster Linie Richterwahl, Status der Richterschaft – einschließlich Unvereinbarkeiten der Ämter, Vergütung und Amtsdauer bzw. Renteneintritt –, Arbeitsweise und (Selbst-)Verwaltung der Gerichte – einschließlich Geschäftsverteilung, Fallmanagement sowie Organisation und Besetzung der Spruchkörper – sowie grundlegende Verfahrensfragen und Zuständigkeiten der Gerichte.

---

<sup>102</sup> Siehe dann jedoch Fn. 45.

In Spanien beschränkt das dortige Verfassungsgericht den Organgesetzesvorbehalt auf Gesetze, die unmittelbar die von ihm erfasste Materie betreffen und sich nicht nur mittelbar auf diese auswirken.<sup>103</sup> Zudem erlaubt es die Klärung von Detailfragen durch Rechtsverordnungen.<sup>104</sup> So begegnet das Verfassungsgericht den Risiken einer zu weitreichenden Wirkung des Organgesetzesvorbehalts. Da fast jedes Gesetz zumindest mittelbar Materien betrifft, die in Spanien unter dem Vorbehalt eines Organgesetzes stehen – insbesondere dem Vorbehalt der Entfaltung von Grundrechten (Art. 81 Abs. 1 spanVerf) –, bestünde sonst die Gefahr, die gesamte Rechtsordnung in ein Netz an Organgesetzen zu verwandeln.

Wie bei einem Schutz vor Änderungen der Gerichtsverfassung besteht letztlich auch bei einem Schutz bei Änderungen der Gerichtsverfassung die Gefahr, dass der Schutz durch Gesetze, die nicht unter den Vorbehalt der qualifizierten Mehrheit fallen, untergraben wird. Ein Vorteil des Schutzes bei Änderungen der Gerichtsverfassung durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit ist jedoch, dass die geschützten Regeln detailreicher sein können, sodass der Raum für ein Unterlaufen begrenzter und das Gefälle geringer ist zwischen wenigen Regeln in der Verfassung, die sehr stark geschützt sind, und allen übrigen Vorgaben, die keinen besonderen Schutz genießen.

Sollte eine politische Kraft allein die qualifizierte Mehrheit stellen, die für eine Änderung der Gerichtsverfassung vorgeschrieben würde, kann sich der Schutz ins Gegenteil kehren. In diesem Fall könnte die politische Kraft mit der eigenen qualifizierten Mehrheit einseitig die Gerichtsverfassung ändern und im Anschluss auch bezüglich dieser Änderungen vom Schutz durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit profitieren. Ein solches Vorgehen, das etwa in Ungarn beobachtet werden konnte,<sup>105</sup> unterstreicht, dass bei einem Schutz durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit zur Änderung der Gerichtsverfassung das gewählte Mehrheitserfordernis unter Abwägung der verschiedenen Vor- und Nachteile erfolgen muss.

Kann allerdings eine politische Kraft, die die Gewaltenteilung untergraben will, große, gar verfassungsändernde Mehrheiten der Bevölkerung hinter sich scharen, stößt ein rechtlicher Schutz ohnehin an seine Grenzen. Der Schutz des Rechtsstaats kann daher nicht allein dem Recht überlassen blei-

---

<sup>103</sup> Tribunal Constitucional de España 22.2.1982 – STC 6/1982, BOE núm. 69, 22.3.1982, 1, 5; Tribunal Constitucional de España 27.10.1987 – STC 160/1987, BOE núm. 271, 12.11.1987, 21, 27f.; Casas Baamonde/Rodríguez Piñero/Bravo Ferrer/*Barceló i Serramallera* (Fn. 85) 1473.

<sup>104</sup> *Díez-Picazo Giménez*, Los Órganos Jurisdiccionales (Fn. 93) 59; Casas Baamonde/Rodríguez Piñero/Bravo Ferrer/*Barceló i Serramallera* (Fn. 85) 1473f.

<sup>105</sup> Kritisch zum dortigen extensiven Einsatz von Organgesetzen: Venedig-Kommission, CDL-AD(2011)016 (Fn. 89) Rn. 22ff. Die Justiz wird in Rn. 24 jedoch ausdrücklich als Bereich genannt, in dem detailliertere Vorgaben sinnvoll erscheinen.

ben. Wir alle sind aufgerufen, unseren Beitrag zu leisten<sup>106</sup> – durch Bildung, durch die Presse, aber auch durch Gespräche im Umfeld jeder und jedes Einzelnen.

## V. Fazit

Momentan läuft die Wahl der Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts und der obersten Bundesgerichte in Bahnen, die – trotz Kritik am geltenden Verfahren – zumindest im Ergebnis eine ausgewogene Besetzung der Gerichte zu ermöglichen scheinen. Wie in anderen Ländern wäre es jedoch auch in Deutschland mit einer Bundestagsmehrheit möglich, empfindlich auf die Besetzung dieser Gerichte einzuwirken und die richterliche Unabhängigkeit durch eine parteipolitische Einflussnahme zu beeinträchtigen. Viele der Eckpfeiler, auf denen die bisherige Praxis der Richterwahl ruht, sind schließlich nur einfachgesetzlich verankert. Gerade die Entwicklung in Polen zeigt, wie schnell genau diese Eckpfeiler eingerissen werden können und wie schwer es wäre, den Schaden wieder zu beheben.

Wegen der Risiken einer derartigen Einflussnahme für den Rechtsstaat sollten Schritte unternommen werden, um die Besetzung der Bundesgerichte vor einer solchen Einflussnahme zu schützen – und zwar nicht obwohl, sondern gerade weil momentan eine parteipolitische Einflussnahme auf die Richterwahl in Deutschland fernzuliegen scheint und das geltende Verfahren zur Richterwahl weitgehend konsensfähig ist.

Ein Schutz *vor* Änderungen der Gerichtsverfassung durch Konstitutionalisierung konkreter Aspekte der Gerichtsverfassung ist zwar möglich, begegnet jedoch verschiedenen Herausforderungen. Insofern erscheint zumindest ergänzend ein Schutz *bei* Änderungen der Gerichtsverfassung durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für derartige Änderungen überzeugend. Werden damit Regierung und wenigstens Teile der Opposition gezwungen, über Reformen der Gerichtsverfassung übereinzukommen, so begründet dies eine Vermutung, dass entsprechende Reformen nicht nur im parteipolitischen Interesse der aktuellen Regierung liegen. So wird der Schutz einer ausgewogenen Besetzung der Bundesgerichte unabhängig von einer konkreten Gestaltung der Gerichtsverfassung ermöglicht.

Entscheidend ist allerdings bei jeder Reform zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit, dass diese so weit als möglich durch politischen Konsens getragen wird. Ziel der Reform muss sein, eine ausgewogene Besetzung der Gerichte sicherzustellen. Es wäre gerade keine langfristige tragfähige Lö-

---

<sup>106</sup> Vgl. das sog. Böckenförde-Diktum: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Recht, Staat, Freiheit* (1991, erw. Ausgabe 2006) 112.

sung, wenn man eine Reform nutzen würde, um de facto den eigenen Einfluss zu sichern oder um bestimmte politische Kräfte auszuschließen. Eine derart parteipolitisch motivierte Reform wäre vielmehr eine einfache Rechtfertigung für eine zeitnahe Gegenreform – auch das sieht man in Polen und den USA. Bevor es daher zu einer derartigen Reform kommt, sollte es besser bei der bisherigen Rechtslage bleiben. Will man diese nämlich ändern, um den eigenen Einfluss zu vergrößern, steht einem zumindest argumentativ eine jahrzehntelange erfolgreiche Praxis im Wege.

## Summary

### THE SELECTION OF JUDGES AND PARTISAN JUSTICE – COMPARATIVE INSPIRATION FOR THE PROTECTION OF THE INDEPENDENCE OF GERMANY'S FEDERAL COURTS

In many countries, politicians are attempting to influence the selection of supreme court judges and to achieve a court composition favourable to their party's positions. This paper highlights that it would be possible to achieve changes in the composition of Germany's federal courts similar to those that have recently taken place in Poland and the USA. This observation poses a question: How can the courts be protected from partisan influence? One possibility would be a protection *against* changing the courts' constitution by including core features of the courts' institutional design into the German Constitution. Such an approach is not without flaws, however. Accordingly, this paper suggests to at least compliment such steps with measures to protect the courts *when* changing the courts' constitution. The proposed measures do not seek to protect certain specific features of the institutional design; rather, they look to ensure that changes to that design are based on a consensus between the ruling government and the opposition. Such a consensus would support the presumption that undertaken changes do not aim at advancing the partisan influence of one political party.

