

Recht als Prozess zwischen Handwerk und Wissenschaft

2026

ISBN 978-3-406-84528-4

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

2. TEIL VERFASSUNG


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Resilienz des Bundesverfassungsgerichts

I. Resilienz als Rechtsinstitut der Widerstandsfähigkeit?

1. Abgrenzung der Begriffe

Das in den letzten Jahren auch im rechtswissenschaftlichen Sprachbereich aufgekommene und im politischen Tagesgeschäft zum Teil kampagnenhaft vertretene Schlagwort von der Resilienz des Bundesverfassungsgerichts¹ erschien auch prominenten Verfassungsprozessrechtlern als ein eher enigmatischer, zumindest als fremdartiger Begriff.² Der sperrige Terminus Resilienz hob sich ab von den üblichen Narrativen und Floskeln, die im thematischen Umfeld des Karlsruher Hüters der Verfassung kursieren. Seine anfängliche Rätselhaftigkeit wurde auch nicht durch die augenscheinliche lateinische Herkunft gemindert. Sie löste im Gegenteil falsche Assoziationen zu sprachlich verwandten, aber ihrerseits mehrdeutigen Begrifflichkeiten aus, die das terminologische Umfeld des Bundesverfassungsgerichts bestimmen. Solche Verwechslungsanfälligkeit pauschaler Bezeichnungen ist im verfahrensrechtlichen Sprachgebrauch kein Einzelfall. Ähnlich ergeht es Nachbarkategorien wie zum Beispiel den sogenannten Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, die ebenfalls zu Fehlschlüssen verleiten. Diese Residualkompetenzen haben rein gar nichts mit der ganz anders einzuordnenden Residenzpflicht des Bundesverfassungsgerichts in § 1 Abs. 2 BVerfGG zu tun.³ Verfassungsgerichtliche Residualvorbehalte sollen vielmehr die für ebenenübergreifende Konstellationen nach Art des Unionsrechts relevante Frage betreffen, welche Entscheidungskompetenzen dem Bundesverfassungsgericht trotz des zwingenden Anwendungsvorrangs des Unionrechts⁴ und der prinzipiellen Zuständigkeit des EuGH verbleiben.⁵ Resilienzfragen kommen da nicht zur Sprache. Ganz so unver-

¹ Zum aktuellen Schrifttum Kotzur DÖV 2024, 432 (433); Overkamp NVwZ 2024, 699 (704); Gärditz NJW 2024, 407 ff.; Christoph Schröder DÖV 2025, 96 ff.; Gröpl/Windthorst/v. Coelln/v. Coelln, Studienkommentar GG 2025 Art. 94 Rn. 5 m.w.N.; Karpenstein NVwZ 2025, 131; Krings/Rudolph ZG 2024, 249 ff. Weitere Nachweise zur Figur der Resilienz bei Barczak VVDStRL 84 (2025), 55 (67 ff.) u. a. mit Fn. 87 und 94. Siehe auch zur Entschließung des Bundesrats „Resilienz des BVerfG stärken“ v. 27.9.2024 – Drs. 457/24 (B).

² Isensee in v. Lewinski, Resilienz des Rechts, 2016, 23 ff.; s. a. Schaefer AöR 146 (2021), 401 (417).

³ Dazu Walter/Grünewald/Walter BVerfGG § 1 Rn. 12; Meinel AöR 138 (2013), 584 (593).

⁴ BVerfGE 142, 123 (199 Rn. 145); 168, 372 (411 Rn. 88).

⁵ Dazu Stern/Sodan/Möstl/Schäfer StaatsR III § 74 Rn. 31; einschlägig vor allem Pracht, Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, 2022; dazu Bethge FS Streinz, 2023, 455 ff. – Der führende gebräuchliche Anwendungsfall der Kategorie von den Residualkompetenzen eines staatlichen Funktionsträgers betrifft die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen

söhnlich scheint das vorerwähnte Residualkonzept mit der Resilienzkonstruktion freilich nicht zu sein. Bezeichnenderweise lassen sich die unionsrechtlich relevanten Residualvorbehalte des Bundesverfassungsgerichts und hier namentlich der Verfassungsidentitätsvorbehalt doch (exemplarisch) zugleich als resilientes Instrument zur Stärkung und Sicherung der Verfassung (und damit auch des Bundesverfassungsgerichts) begreifen.⁶ Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, welche rechtliche Qualität und Dimension der Resilienzbegriff für das Verfassungsrecht überhaupt hat und was seine Voraussetzungen und Konsequenzen gerade für das Bundesverfassungsgericht sein können. Ist die bundesrepublikanische Verfassungsordnung hinreichend „resilient“ ausgestaltet oder steht ein auf „Resilienz getrimmtes Recht“ in Rede, das seine eigenen Bedingungen hat?⁷ Da muss für Klarheit gesorgt werden. Eine von Missverständnissen freie und Verwechslungen vermeidende klare Terminologie ist zwingende Voraussetzung für die korrekte Handhabung des Verfassungsrechts wie auch des Verfassungsprozessrechts, um das sich Steffen Detterbeck sein akademisches Leben lang verdient gemacht hat.⁸

Gelten diese professionellen Tugenden auch bei der von seinen Bewunderern zu leistenden Bewältigung des Themas über die Resilienz des Bundesverfassungsgerichts? Sie gelten ohne Zweifel. Seriös ist die Sache auch allemal. Es gibt das Gemeinsame Erläuterungspapier der Fraktionen des Bundestags „Resilienz des Bundesverfassungsgerichts“, aus dem die spätere Änderung des Grundgesetzes resultiert.⁹ Außerdem geht die Begrifflichkeit auf eine amtliche Formulierung des Bundesrats vom 27.9.2024 – Drs. 457/24 (B) zurück.

2. Der Fokus der Widerstandsfähigkeit eines bestimmten Zustandes

Wer in einem festschriftlichen Kurzbeitrag den Topos der Resilienz des Bundesverfassungsgerichts anspricht, tut gut daran, auf eine isolierte sprachwissenschaftliche Entschlüsselung¹⁰ des Worts Resilienz zu verzichten und gleich zur Sache zu kommen. Das Wort hat Karriere gemacht. Es ist mittlerweile in vieler Herren und Medien Munde. Es erweist sich aber – allein gesehen – als reichlich beliebiger undeutlicher Sammelbegriff, dem zunächst einmal – vor allem juristische – Konturen abgehen. Der abstrakt unvollständige Topos ist auf einen konkreten Referenzbegriff (oder Komplementärbegriff) angewiesen, der ihm erst die notwendige (ggf. auch juristische) Relevanz oder Substanz verschafft. Ohne eine Ergänzung durch Bezugnahme auf bestimmte Situationen, Ereignisse, Personen Gruppen, Institutionen,

Bund und Ländern; siehe BVerfGE 157, 223 (259 Rn. 97); Jarass/Pieroth/Kment GG Art. 30 Rn. 1 und Art. 70 Rn. 1; siehe auch Depenheuer/Grabenwarter/Cornils Verfassungstheorie, 2010, 691.

⁶ So Kotzur DÖV 2024, 432 (440).

⁷ So die fragenden Hinweise von Berwanger NVwZ 2025, 226 f.

⁸ Siehe seine nach mehr als 30 Jahren immer noch aktuelle und mittlerweile klassisch gewordene Habilitationsschrift „Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht“, 1995; siehe ferner seine Kommentierungen der Art. 92 bis 100 GG in Sachs, GG, z. Zt. 10. Aufl. 2024. Respekt für seine Lebensleistung gebührt ebenso dem immer noch aktiven langjährigen Richter am Hessischen Staatsgerichtshof.

⁹ Schröder DÖV 2025, 96 (Fn. 7).

¹⁰ Instruktive Angaben dazu bei Schaefer AöR 146 (2021), 401 (417 m. w. N.).

Krisen, Katastrophen) würde er zu einem leeren Modewort oder – kritischer noch – zum Hype geraten.¹¹ Das muss nicht sein. Das ist es auch nicht. Lexikalische Anerkennung gewann er bereits.¹² Inzwischen hat der Begriff Resilienz schon seit längerem belegbaren multidisziplinäre wissenschaftliche Relevanz¹³ und damit unter dem Etikett Resilienz des Rechts¹⁴ zentrale staats- und verwaltungsrechtliche Aufmerksamkeit erlangt.¹⁵ Das Bedürfnis für eine aktuelle, auf einen konkreten und prominenten Gegenstand bezogene juristische Operationalisierung des Begriffs Resilienz stellte sich in letzter Zeit durch die öffentlichkeitswirksame Bezugnahme auf mögliche störende Beeinträchtigungen der Funktion des Bundesverfassungsgerichts ein. Als dabei weiterführend erwies sich das im Zusammenhang mit Resilienz meistgebrauchte Signalwort „Widerstandsfähigkeit“¹⁶.

An das häufige Verständnis von Resilienz im Bedeutungsgehalt von „Widerstandsfähigkeit“ schließt sich oft die folgende Definition an: Resilienz beschreibt die Fähigkeit von Personen und Gemeinschaften, in schwierigen Lebenssituationen wie Krisen oder Katastrophen ohne dauerhafte Beeinträchtigungen zu überleben. Dieser nützliche richtungweisende Ausgangsbefund wurde präzisiert durch eine Erklärung ausgewiesener Juristen, der zufolge sich in der Fähigkeit zur Resilienz die Eigenschaft sowohl einer Gesellschaft als auch staatlicher Strukturen ausdrückt, auf veränderte Umstände widerstandsfähig (sic!) zu reagieren und sich gegebenenfalls anzupassen, um die vollständige Handlungsfähigkeit wieder herzustellen.¹⁷ Josef Isensee steuerte die elegante Formulierung bei, die mehr auf Bestandsschutz, zielt: Resilienz des Rechts steht für die normative Kraft des Rechts in sperriger Realität.¹⁸ Zu den potentiell störungsanfälligen, aber dann auf Widerstandsfähigkeit treffenden oder auf Erneuerungs- und Anpassungsfähigkeit angewiesenen staatlichen Strukturen zählt zweifellos das Bundesverfassungsgericht. Also heiße das Thema dieses Beitrags wohl besser in Frageform „Die Widerstandsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts?“. Das wäre nicht schädlich.¹⁹ Denn wenn die gegenwärtigen normativen Vorkehrungen nicht mehr ausreichen, um einen resilienten Funktionsschutz des Bundesverfassungsgerichts sicherzustellen, sind normbezogene Änderungen bis zum Perfektionsgrad einer Verfassungsänderung notwendig. Änderungen des Rechts und Resilienz schließen einander nicht kategorisch aus.²⁰ Verfassungsänderungen sind nicht per se exkludiert.²¹ Der Verfassung kommt zwar eine resi-

¹¹ Sahm in FAZ vom 7.5.2025 S. N 2.

¹² Oliver Jungen spricht in einer Rezension in der FAZ vom 21.3.2025, S. 12, zum Glossar der Gegenwart, 2. Aufl. (hrsg. von Brückling u. a.) von einem Leitbegriff und Schlüsselwort.

¹³ Schaefer AöR 146 (2021), 401 (417 Fn 61).

¹⁴ v. Lewinski, Resilienz des Rechts, 2016; Gelinsky FAZ vom 21.3.2025, 23.

¹⁵ Ganz aktuell und ausführlich Barczak VVDStRL 84 (2025), 55 (67 ff.).

¹⁶ v. Lewinski/Kähler, Resilienz des Rechts 2016, 60; Korte in Forschung und Lehre Heft 5/25, S. 25. – Entsprechungsworte oder Ergänzungsworte (Synonyma?) für Widerstandsfähigkeit wären Funktionstüchtigkeit, Funktionsgerechtigkeit und/oder Belastbarkeit.

¹⁷ Gräber/Magaard im Anschluss an v. Lewinski/Isensee, Resilienz des Rechts, 2016, 33.

¹⁸ v. Lewinski/Isensee, Resilienz des Rechts, 2016, 34.

¹⁹ v. Lewinski/Kähler, Resilienz des Rechts, 2016, 60.

²⁰ v. Lewinski/Kähler, Resilienz des Rechts, 2016, 60.

²¹ Barczak VVDStRL 84 (2025), 55 (75 ff.).

lienzbezogene Speicher- und Bereitstellungsfunktion zu.²² Doch kann das Ergebnis einer Resilienzüberprüfung auch eine zusätzliche Konstitutionalisierung bislang einfachgesetzlicher Regelungen als Sicherungsmaßnahme für das Bundesverfassungsgericht sein.²³ Verfassungs- und Gesetzesänderungen kommen zur Absicherung des Bundesverfassungsgerichts durchaus in Betracht.²⁴ Der normativen Zukunftsfestigkeit kommt dies sehr wohl zu pass. Zukunftsfestigkeit steht in enger konzeptueller Verwandtschaft zum Begriff der Resilienz.²⁵

3. Zwischenergebnis

Beim Argumentationstopos „Resilienz des Bundesverfassungsgerichts“ geht es um die Sicherung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts, das im Falle krisenhafter Störungen seiner Tätigkeit über die Fähigkeit zum effektiven Widerstand gegen ungewöhnliche Belastungen verfügen muss, was notfalls die Wiederherstellung und Rückgewinnung der Funktionstüchtigkeit durch regelbasierte Schaffung von Zusatzvorkehrungen bedingt.

II. Die Verfassungsänderung zur Absicherung des BVerfG vom 20. 12. 2024

Ende des Jahres 2024 beschlossen Bundestag und Bundesrats eine Änderung des Grundgesetzes (Art. 93 und Art. 94 GG) sowie des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes.²⁶ Die Maßnahmen dienen durch die verfassungsrangige Festschreibung wesentlicher Strukturmerkmale und Entscheidungswirkungen der besseren Absicherung der Funktionsfähigkeit und Unabhängigkeit des Bundesverfassungsgerichts hauptsächlich im Grundgesetz.

1. Vorgeschichte und Hintergrund

a) Die Gefahr der Erosion der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit

Schon seit längerer Zeit war in der deutschen Öffentlichkeit die Frage virulent, ob das Bundesverfassungsgericht im Falle besonderer schädlicher politischer Entwicklungen noch in der Lage bleiben wird, seinen spezifischen Pflichtaufgaben gerecht zu werden, oder ob zusätzliche Schutzmaßnahmen getroffen werden müssten. Der in Erwägung gezogene gesteigerte Schutz des Bundesverfassungsgerichts zur Stärkung seiner iudikativen Leistungskraft sollte der Abwehr von Gefahren dienen, die sich aus populistischen Aktionen antidemokratischer oder rechtsstaatswidriger

²² Barczak VVDStRL 84 (2025), 55 (67) unter Bezugnahme auf Schuppert AöR 120 (1995), 32 (63).

²³ Schröder DÖV 2025, 96 ff. Siehe auch Britz/Eichenberger mit dem Befund, es sei Zeit, das Bundesverfassungsgericht in seinen wesentlichen Strukturen dem einfachen Gesetzgeber zu entziehen; zitiert bei Kotzur DÖV 2024, 432 (433 Fn. 11).

²⁴ Karpenstein NVwZ 2025, 131 ff.

²⁵ Barczak VVDStRL 84 (2025), 55 (68).

²⁶ Gesetz v. 20. 12. 2024 zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 93 und 94) und des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, BGBl. 2024 I Nr. 439 v. 27. 12. 2024.

politischer Parteien ergeben könnten, deren verfassungsfeindliches Ziel gerade die Unterminierung der verfassungsstaatlichen Kontrollfunktion des Bundesverfassungsgerichts ist. Anlässe für solche und ähnliche Befürchtungen waren und sind seit längerem vorhanden. Verfassungsfeindliche Unternehmungen extremistischer Randgruppen oder gar größerer politischer Strömungen zu Lasten existierender Verfassungsgerichte haben nicht nur im europäischen Ausland, EU-Mitgliedstaaten mit autokratischen Tendenzen eingeschlossen, stattgefunden und dort zu konkreten Kompetenzeinbußen der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit geführt.²⁷ Auch in Deutschland wäre die Gefahr einer beabsichtigten Schwächung des Bundesverfassungsgerichts durch destruktive populistische Gruppierungen nicht mehr auszuschließen, der rechtzeitig durch den Widerstand der demokratischen Mitte zu begegnen sei. Im Vordergrund der Bewegung stand die Furcht vor einer Erosion der Verfassungsgerichtsbarkeit als des Mantra der Verfassungsstaatlichkeit. Die engagierte Kampagne zur Stärkung des Bundesverfassungsgerichts war die Sache von Akteuren der Zivilgesellschaft,²⁸ von politischen Parteien, Juristenvereinigungen und namentlich von staatlichen Funktionsträgern. Das ideologische Unterfutter für den Kampf zur Gewährleistung einer verfassungsstaatlichen Kernsubstanz der Rechtsordnung lieferte Karl Löwensterns berühmte Devise von der dem Grundgesetz immanenten wehrhaften Demokratie,²⁹ die auch die Konsolidierung der unentbehrlichen Funktion des Bundesverfassungsgerichts einschließt.³⁰

Das Engagement der politischen Klasse oder der demokratischen Mitte führte zum interfraktionellen Vorschlag einer Verfassungsänderung, der mit einem klaren Bekenntnis zur unentbehrlichen Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit verbunden war, die zu den Dimensionen eines Zukunftsverfassungsrecht gehört.³¹

b) Der Mehrwert des Funktionsschutzes des BVerfG schon auf Grund der Initiative noch des vorigen Bundestages

Das Handeln der aktionsbereiten Parlamentarier war eine legitime Vorgehensweise des seinerzeitigen noch voll funktionsfähigen und handlungsbereiten alten Bundestages, den im Zeitpunkt seiner Entscheidung keinerlei Rücksichtnahmepflichten gegenüber künftigen Mitgliedern und Mehrheiten eines erst noch zu wählenden neuen Parlaments trafen. Die zum Zeitpunkt der parlamentarischen

²⁷ Haratsch DÖV 2025, 365 ff.; Kotzur DÖV 2024, 432 (433); Schröder DÖV 2025, 96 (98 mwN); Karpenstein NVwZ 2025, 131 ff.

²⁸ Zum jüngeren Begriff Zivilgesellschaft Hufeld VVDStRL 82 (2023), 323 ff.; zu Solidargemeinschaften und ähnlichen Personengruppierungen von Ungern-Sternberg VVDStRL 82 (2023), 197 (198 f.). Zur Befriedung von Konfliktlagen leisten zivilgesellschaftliche Akteure und Zufallsbürgerräte einen wichtigen Beitrag, der in den Medien als dialogische Ergänzungen der repräsentativen Demokratie gesehen wird; dazu Soldt in FAZ vom 24.3.2025, S. 8. Zu Partizipations- und Demokratisierungsdebatten der Siebziger-Jahre siehe Bethge Zur Problematik von Grundrechtskollisionen 1977, S. 137 ff.

²⁹ Stern/Sodan/Möstl/Wolff StaatsR I § 15 Rn. 27; Harbarth AöR 148 (2023), 1 (20). Zur streitbaren oder wehrhaften Demokratie BVerfGE 144, 20 (164, 222 ff.); ferner Huber FAZ v. 20.2.2025, 8; Wehrhafte Demokratie als probates Resilienzkonzept.

³⁰ Stern/Sodan/Möstl/Gärditz StaatsR III § 92 Rn. 2 f., 22; Kloepfer VerfR I § 28 Rn. 73.

³¹ Dazu Gärditz AöR 148 (2023), 79 ff.

Beschlussfassung schon festzustellende Regierungskrise änderte an der Validität der Vorgehensweise nichts. Ein parlamentarisches Interregnum oder eine parlamentslose Zeit³² kennt das Grundgesetz nicht.³³ Der vom Demokratiegrundsatz entscheidend mitgeprägte Verfassungsstaat gebietet eine ununterbrochene Repräsentation des Staatsvolkes in einem Parlament und baut auf dessen Handlungsbereitschaft und Aktionsfähigkeit auf. Das gilt auch im Kontext mit möglichen für erforderlich erachteten Verfassungsänderungen.³⁴ Zu spät oder auch nur stilllos war das nicht. In der Nachfolgezeit hat das Bundesverfassungsgericht in einem späteren Anschlussfall (Schuldenbremse) sogar klargestellt, dass selbst nach einer durch Auflösung des alten Bundestages bedingten Neuwahl des Bundestages vor dessen Zusammentritt (Art. 39 Abs. 1 Satz 4 GG) eine qualifizierte Zweidrittelmehrheit des alten Bundestages noch während dessen Amtszeit zu weiteren Änderungen des Grundgesetzes befugt war; und dies auch dann, wenn die überstimmte Minderheit im alten Bundestag im bevorstehenden neuen Bundestag eine solche Änderung des Grundgesetzes mit ihrer neuen Mehrheit verhindern könnte und dies auch beabsichtigte. Der harsche Beendigungseffekt des Grundsatzes der Diskontinuität des Parlaments³⁵ lässt sich bei solchen Konstellationen durch professionelle zeitgerechte Verfahrensgestaltung vermeiden.

All diese Fragen stellten sich allerdings nicht, als im Dezember des letzten Jahres vor einer Auflösung des alten Bundestages und erst recht vor einer Neuwahl eines neuen Parlaments die damals relevante Verfassungsänderung zur Stärkung der Position des Bundesverfassungsgerichts beschlossen wurde. Bei diesem Vorgehen der entscheidungswilligen parlamentarischen Körperschaften handelte es sich keinesfalls um eine Manipulation oder um eine sonstwie besonders rechtfertigungsbedürftige Last-Minute-Veranstaltung, der die Würde einer verfassungsstaatlichen Prozedur abging.

2. Die besondere Qualität der Realisierung der Verfassungsänderung

Die Bemühungen namentlich staatlicher Funktionsträger um eine Stärkung der verfassungsrechtlichen Position des Bundesverfassungsgerichts und um seinen Schutz vor verfassungsfeindlichen Aktivitäten hatten vollen Erfolg. Noch zum Abschluss des Jahres 2024 beschlossen Bundestag und Bundesrat eine Änderung hauptsächlich des Grundgesetzes, durch die der verfassungsstaatliche Status des Bundesverfassungsgerichts im Vergleich zu einigen zwar inhaltlich intakten, aber nur einfachgesetzlichen Kautelen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, die mit einfachen Mehrheiten obstruierender Verfassungsgegner änderbar waren, nunmehr verfassungsrangig konsolidiert werden soll. Das Unternehmen ist gelungen. Die Mahnung, dass bei der Debatte und ihrer Realisierung Augenmaß bewahrt werden sollte,³⁶ wurde eingehalten.

³² Sachs/Magiera GG Art. 39 Rn. 4.

³³ v. Mangoldt/Klein/Starck/Schliesky GG, Art. 39 Rn. 26; siehe auch Jarass/Pieroth/Jarass GG Art. 39 Rn. 4.

³⁴ BVerfGE 168,193 (264 ff., Rn. 206 ff.).

³⁵ Sachs/Magiera GG Art. 39 Rn. 15; Stern/Sodan/Möstl/Kau StaatsR II § 43 Rn. 91. Der Diskontinuitätsgrundsatz gilt nicht für den Bundesrat: Jarass/Pieroth/Jarass GG Art. 51 Rn. 2.

³⁶ Dazu v. Coelln/Gröpl/Windthorst/v. Coelln GG Art. 95 Rn. 6 mwN.