

## Die verfassungswandelnde Gewalt

Lothar Michael\*

A. Einleitung .....	427
B. Bestandsaufnahme eines Rätsels .....	430
I. Die überkommenen Zweifel an der verfassungsrechtlichen Legitimation des Verfassungswandels .....	430
II. Verfassungswandel als kontextuelles Problem .....	432
III. Verfassungswandel als begriffliches Problem .....	433
C. Verfassungswandel als Bauelement eines Verfassungsrevisionsrechts .....	435
I. Der Dreiklang des Verfassungsrevisionsrechts: Verfassungsänderung – Verfassungswandel – Verfassungsablösung .....	435
II. Drei Prämisse eines Verfassungsrevisionsrechts .....	436
1. Die Option der Verfassungsrevision als Konsequenz der Volkssovereinheit und Verfassungsoffenheit .....	436
2. Die Eigenständigkeit der drei verfassungsrevidierenden Gewalten .....	437
3. Ambivalenz der Verfassungsbeständigkeit und Notwendigkeit von Erschwerissen der Verfassungsrevision .....	440
III. Verfassungsänderung nach Art. 79 GG als verfassungstheoretischer Sonderfall .....	443
1. Art. 79 GG als positivrechtlicher Ausgangspunkt einer Sonderermächtigung des Gesetzgebers zur Ausübung einer verfassungsändernden Gewalt .....	443
2. Art. 79 Abs. 1 GG als spezieller Formvorbehalt innerhalb der Gesetzgebung .....	443
3. Art. 79 Abs. 2 GG als Beschränkung einer Ausnahme .....	444
IV. Verfassungsablösung nach Art. 146 GG als verfassungstheoretischer Grundfall .....	445
1. Verfassungsablösung als Grundmodell der Institutionalisierung der Verfassungsrevision .....	445
2. Praktische Konsequenzen und Grenzen .....	446
V. Verfassungswandel als verfassungstheoretischer Normalfall .....	448
1. Das BVerfG als originärer Träger der verfassungswandelnden Gewalt .....	448
2. Verfassungsrecht als wandlungsfähiges und wandlungsbedürftiges Recht .....	450
D. Bereichs- und funktionenspezifische Zuordnung der verfassungswandelnden Gewalt .....	453
I. Der institutionelle Vorzeichenwechsel des Verfassungsrevisionsrechts im Ergänzungsverhältnis zwischen Parlamentarismus und Justizstaatlichkeit .....	453
II. Balance zwischen den drei verfassungsrevidierenden Gewalten .....	454
III. Verhältnis von Verfassungswandel und Verfassungsänderung .....	456
1. Spezifische Funktion des Verfassungswandels gegenüber der Verfassungsänderung .....	456
2. Spezifische Funktion der Verfassungsänderung gegenüber dem Verfassungswandel .....	457
a) Änderungen der Verfassung, die einem Verfassungswandel entzogen wären .....	457
b) Option der Korrektur eines Verfassungswandels durch Verfassungsänderung .....	458
c) Option der Bestätigung eines Verfassungswandels durch Verfassungsänderung .....	459
d) Option der Ersetzung/Vorwegnahme eines Verfassungswandels durch Verfassungsänderung .....	459
IV. Verhältnis von Verfassungswandel und Verfassungsablösung .....	460
1. Spezifische Funktion des Verfassungswandels gegenüber der Verfassungsablösung .....	460
2. Spezifische Funktion der Verfassungsablösung gegenüber dem Verfassungswandel .....	461

\* Prof. Dr. Lothar Michael lehrt Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

E. Maßstäbe und Grenzen des Verfassungswandels .....	462	5. Modellbeispiel eines Verfassungswandels in drei Stufen .....	467
I. Bisherige Vernachlässigung der zentralen rechtsdogmatischen Frage .....	462	IV. Legitimation verfassungsgerichtlicher Verfahren .....	473
II. Anlässe und Argumente für einen Verfassungswandel .....	462	V. Rationalität der Begründung eines Verfassungswandels .....	474
1. Technischer Wandel als Anlass ..	462	1. Begründung als Legitimation .....	474
2. Gesellschaftlicher Wertewandel als Anlass .....	462	2. Plausibilität der Interpretation des Verfassungstextes .....	475
3. Völkerrechts- und unionsrechtsfreundliche Auslegung als Anlass .....	463	3. Berücksichtigung historischer Ursprünge .....	476
III. Normative Grundlagen und Instrumente des Verfassungswandels .....	463	4. Berücksichtigung der eigenen Rechtsprechung .....	476
1. Rückgriff auf allgemeine Prinzipien als Phänomen des Verfassungswandels .....	463	5. Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR und des EuGH .....	477
2. Einschränkungen und Erweiterungen verfassungsrechtlicher Spielräume als Instrumente eines gestuften Verfassungswandels ...	464	VI. Akzeptanz als Basis der Verfassungsgeltung und jeglicher Verfassungsrevision einschließlich des Verfassungswandels .....	478
3. Wandel von der Inhalts- zur Verfahrenskontrolle .....	465	F. Ergebnis: Entkräftigte Bedenken und bleibende Herausforderungen .....	478
4. Wandel von der Freiheits- zur Gleichheitskontrolle .....	466		

## A. Einleitung

Das Phänomen des Verfassungswandels ist ein bis heute ungelöstes Rätsel des Verfassungsrechts. Auf dem Spiel steht viel: die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit und (vermeintlich auch) die Normativität und Geltungskraft des Verfassungsrechts. Wer sich darauf einlässt, muss zugleich die verschiedenen Ebenen der Methodik der Verfassungsinterpretation, der Verfassungstheorie und der Verfassungsrechtsdogmatik im Blick haben. An deren Schnittstelle werden wir mit Grundfragen des Verfassungsrechts und des Rechts überhaupt konfrontiert: Wir begegnen Konzeptionen einer vorgegebenen oder einer aufgegebenen Verfassung sowie den klassischen Spannungsverhältnissen zwischen Norm und Wirklichkeit, zwischen Beständigkeit und Offenheit, zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, zwischen normgeprägtem Recht und Fallrecht und zwischen subjektiver Auslegung und objektiver Auslegung.

Die Antworten auf diese Grundfragen sind ihrerseits in Bewegung. Vieles spricht dafür, dass auch der Verfassungswandel seinerseits einem Wandel unterworfen ist. So hängt die Wandlungsbedürftigkeit einer Verfassung nicht nur von ihrer formalen Änderungsfähigkeit, sondern auch von ihrem Alter ab sowie von ihren Inhalten, die mehr oder weniger abstrakt, mehr oder weniger materiell sein können. Die Aufladung einer Verfassung mit spezifischen materiellen Inhalten (z. B. dem Grundrecht

auf informationelle Selbstbestimmung) kann ihrerseits auf einem Verfassungswandel beruhen und kann eine spätere Wandlungsbedürftigkeit begründen. Die Wandlungsfähigkeit einer Verfassung hängt von der Existenz, Ausgestaltung und Ausübung der Verfassungsgerichtsbarkeit ab. Letztere beruht nicht zuletzt auf dem Selbstverständnis der Richterschaft, das sich – ebenso wie die Vorverständnisse inhaltlicher Art – von Generation zu Generation unterscheiden mag. Dies alles zu behandeln kann nicht Thema eines einzelnen Aufsatzes sein, sondern ist das Tableau eines ganzen Forschungsprogramms.

Dass der Verfassungswandel in der Rechtswissenschaft ein vergleichsweise schattenhaf tes Dasein fristet, liegt nicht nur daran, dass die Vielfalt der hier ineinander wirkenden Probleme fürchten macht. Vielmehr schreckt ab, dass die profiliertesten Vertreter unseres Fachs sich seit Anfang des 20. Jahrhunderts mit signifikanter Abneigung zum Verfassungswandel geäußert haben. So unterschiedlich die Ansätze sind, lautet die gemeinsame Schlussfolgerung, das Thema inskünftig am besten nicht weiter zu verfolgen, wenn nicht gar zu tabuisieren. Wer wollte sich in die Erschließung eines Phänomens vertiefen, das entweder als Kapitulation der Verfassung vor der Wirklichkeit wahrgenommen (so *Georg Jellinek*<sup>1</sup> und *Ernst-Wolfgang Böckenförde*<sup>2</sup>) oder aber als gar nicht existent geleugnet (so *Peter Häberle*<sup>3</sup>) wird? Fast schon resignierend klingen Äußerungen des 21. Jahrhunderts: So sah *Matthias Jestaedt*<sup>4</sup> zu diesen beiden Positionen keine Alternative. *Christian Walter*<sup>5</sup> kritisierte zwar die Skeptiker dafür, „daß es nichts nützt, den theoretischen Anspruch reiner Rechtsanwendung aufrechtzuerhalten, wenn er sich offensichtlich in der Praxis nicht durchsetzen kann“, und forderte, die sich „aufdrängende Wahrheit auszusprechen, daß Rechtsprechung auch Rechtsgestaltung ist“, bleibt aber mit seiner primär deskriptiven Analyse eine Antwort auf die Kompetenzfrage schuldig. Kurz darauf stellte *Andreas Voßkuhle*<sup>6</sup> die Frage nach dem Nutzen einer eigenständigen „Lehre vom Verfassungswandel“ und kam zu einem geradezu vernichtenden Ergebnis: Der – nach seiner Auffassung rein heuristische – Begriff „verdeckt (...) mehr als dass er aufklärt und sollte deshalb sparsam verwendet werden“. Daran hält sich aber die Staatsrechtslehre nicht: Im jüngst erschienenen Band XII des Handbuchs des Staatsrechts füllt der Verfassungswandel mit über 60 Verweisen eine ganze Seite des Sachregisters,

1 *G. Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906.

2 *E.-W. Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, Frankfurt a. M. 1999, S. 141 ff.

3 *P. Häberle*, ZfP 1974, 111, 130: „Es gibt keinen Verfassungswandel“.

4 *M. Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus, in: Depenheuer u. a., Nomos und Ethos, Berlin 2002, S. 183, 196; zustimmend *A. Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), 450, 454.

5 *C. Walter*, AöR 125 (2000), 517, 539.

6 *Voßkuhle* (Fn. 4), S. 459.

er wird von 15 der 25 Autoren<sup>7</sup> begrifflich verwendet, in dem Beitrag, der ihn zum Thema hat, lediglich deskriptiv behandelt<sup>8</sup> und von dem einzigen Autor,<sup>9</sup> der die Frage der Legitimation des Verfassungswandels explizit aufwirft, für illegitim erklärt. Der Befund ist ebenso ernüchternd wie repräsentativ. Auch die Reaktion auf das Staatsrechtslehrerreferat von *Christian Hillgruber*, nach dem für einen Verfassungswandel „unter dem Grundgesetz kein Raum“<sup>10</sup> sei, blieb verhalten, ja ratlos.

Als einsamer Bekenner durfte lange *Rudolf Smend*<sup>11</sup> gelten. Er beschrieb den Verfassungswandel 1928 als die „fließende Geltungs(sic!)fortbildung des gesetzten Verfassungsrechts“ und erklärte ihn zur „Eigentümlichkeit“ und Sinnerfüllung der Verfassung als „Integrationssystem“. Die wirksame Einlösung dieser Konzeption ermöglichte sodann die Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Frage, worauf der Verfassungswandel und die Kompetenz des BVerfG normativ zu stützen sind, hat *Smend* aber nicht beantwortet und was er unter dem schillernden Begriff der Integration verstand, gilt seinerseits als Rätsel. Bei *Brun-Otto Bryde* geht Verfassungswandel nach einem Konzept der offenen Verfassung als Teilphänomen in der „Verfassungsentwicklung“<sup>12</sup> auf. Erklärungsansätze des Verfassungswandels als Verfassungsinterpretation, -integration und -entwicklung haben dessen Kritiker stets als ausweichende, unscharfe Antworten auf die Legitimationsfrage empfunden.

So geriet der Verfassungswandel zur „Chiffre“<sup>13</sup> und schließlich zur „Chimäre“. Danach können wir uns nur mit der Hoffnung zu beruhigen versuchen, *Häberle* möge Recht haben, dass es den Verfassungswandel gar nicht gibt. Doch wie dies mit Fabelwesen so ist: Der Verfassungswandel geistert weiter in unseren Köpfen und verschwindet nicht aus unserem Sprachgebrauch. Es bleibt eine dunkle Ahnung in uns, dass doch etwas daran sein könnte. Wenn die Theorien zum „Verfassungswandel“ weder erhellt noch legitimierend wirken, dann bleibt im Zentrum des Verfassungsstaates eine verdunkelte Stelle, die uns nicht nur wissenschaftlich beun-

7 HStR XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014: *H.-P. Schneider*, § 255 Rn. 50 mit der euphemistischen Einschätzung, dass dieser „heute von niemandem mehr ernsthaft bestritten“ werde; *U. Volkmann*, § 256 Rn. 8 f. (freilich nur die Diskussion referierend); *M. Kotzur*, § 260 Rn. 5 f.; *K.-H. Ladeur*, § 261 Rn. 5; *M. Jestaedt*, § 264 Rn. 70; *H. Lang*, § 266 Rn. 21; *O. Depenheuer*, § 269 Rn. 28; *P. Badura*, § 270 Rn. 14 ff.; *C. Starck*, § 271 Rn. 29; *C. Kreuter-Kirchhof*, § 272 Rn. 58 ff.; *P. Kirchhof*, § 273 Rn. 15; *U. Battis*, § 275 Rn. 70; *C. Enders*, § 276 Rn. 29; z. T. mit kritischem Unterton: *J. Rozek*, § 257 Rn. 4 („schillernd“); *J. Isensee*, § 258 Rn. 42 („lässt sich (...) nur annäherungsweise erfassen“).

8 *P. Badura*, HStR XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 270 Rn. 14 ff.

9 *M. Jestaedt*, HStR XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 264 Rn. 70.

10 *C. Hillgruber*, VVDStRL 67 (2007), S. 7 (45 f.); zust. *J. Isensee*, ebd. S. 94; anders die Wahrnehmung bei *U. Volkmann*, ebd., S. 57 (64), vornehm kritisch *Walter*, S. 113 f.: „vielleicht doch etwas arg rigoros“; ambivalent *M. Febling*, S. 115 f.

11 *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 119, 241 f.; s. dazu auch *Möllers* unten Fn. 26.

12 *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982, S. 254 ff.; kritisch zu dessen Dogmatisierungsversuch, der nach *U. Volkmann* (Fn. 10), S. 64 auf der „Anerkennung des Faktums beruht“, *Jestaedt* (Fn. 4), S. 203.

13 *Voßkuhle* (Fn. 4), S. 459.

ruhigen sollte, weil wir sie nicht analysiert haben, sondern die uns vor allem rechtsstaatlich aufrütteln muss, weil sie gar nicht sein dürfte. Die Delegitimation von Meilensteinen prägender Grundsatzentscheidungen des BVerfG droht. Und so nimmt es nicht wunder, dass vom Verfassungswandel vor allem dann die Rede ist, wenn Rechtsprechungsentwicklungen inhaltlich besonders umstritten sind. Aber es gibt vermehrt auch fundamentale Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG insgesamt („Das entgrenzte Gericht“)<sup>14</sup> und an einer allzu unkritischen Haltung der Staatsrechtslehre ihr gegenüber („Verfassungsgerichtspositivismus“).<sup>15</sup> Beugt sich die Staatsrechtslehre der schon 1953<sup>16</sup> vom BVerfG reklamierten Deutungshoheit über einen etwaigen „Bedeutungswandel“ der Verfassung? Ist Verfassungswandel ein der Wissenschaft entglittener „böser Zauber“? Belegt er deren Versagen oder deren praktische Irrelevanz?

Einem Fabelwesen und dem vorliegenden Rätsel des Verfassungsrechts ist allenfalls mit der Verfassungstheorie beizukommen. Die zentrale These lautet, dass Verfassungswandel existiert und als Kategorie des Verfassungsrevisionsrechts legitim ist. Das BVerfG ist Träger einer *eigenständigen verfassungswandelnden Gewalt*, die von der Judikative verschieden ist (so wie auch die Verfassungsänderung von der Legislative). Der Verfassungswandel lässt sich verfassungstheoretisch legitimieren und in die Methodik sowie in die Verfassungsrechtsdogmatik einbinden.<sup>17</sup> Die Erschließung des Verfassungswandels ist eine zentrale Aufgabe der Verfassungsrechtswissenschaft, aber kein unlösbares Rätsel.

## B. Bestandsaufnahme eines Rätsels

### I. Die überkommenen Zweifel an der verfassungsrechtlichen Legitimation des Verfassungswandels

Dazu seien zunächst die Bedenken zusammengefasst, die „das eigentliche verfassungsdogmatische Problem (...) schon in der Zulässigkeit, nicht erst der Begrenzung“<sup>18</sup> des Verfassungswandels sehen. Solche Zweifel sind verbreitet: Ein Verfassungswandel widerspreche dem auf Beständigkeit beruhenden Wesen des Verfassungsrechts und überschreite die Kompetenz des BVerfG. Dieses solle die Verfassung

14 So der Titel einer gemeinsamen Publikation von *M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger*, Berlin 2011.

15 So der Titel des Beitrags von *Jestaedt* (Fn. 4); grundlegend *B. Schlink*, *Der Staat* 28 (1989), 161 (163); dazu *S. Korioth*, *Der Befund „eines die Staatsrechtswissenschaft bestimmenden Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ – 1989 und 2014*, in: *FGf. B. Schlink*, Heidelberg u. a. 2014, S. 31 ff.; *Schönberger*, *Bundesverfassungsgerichtspositivismus – Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks*, in: *ebd.* S. 41 ff.

16 Es ging um eine konkrete Normenkontrolle: BVerfGE 2, 380, 401 – Haftentschädigung.

17 Verfassungstheorie im hier verstandenen Sinne ist Teil einer auch nach der Relevanz fragenden Verfassungsrechtswissenschaft; so *U. Volkmann*, *Der Staat* 51 (2012), 602, 603; anders: *M. Jestaedt*, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Paderborn u. a. 2009, S. 79 f.

18 *Böckenförde* (Fn. 2), S. 152.

zwar interpretieren, dürfe aber über die Verfassung nicht verfügen, indem es sie – sei es unter dem Deckmantel der Interpretation – im Ergebnis inhaltlich ändere. Es setze damit die Geltung der Verfassung aufs Spiel, statt zu garantieren, dass sich nicht eine normative Kraft des Faktischen gegen die Normativität der Verfassung durchsetze, was bereits *Georg Jellinek* als Problem des Verfassungswandels erkannt habe. Mit seiner Rolle als Hüter der Verfassung sei die Institution des BVerfG diejenige Instanz, die für die Beständigkeit der Verfassung eintreten müsse. Deshalb könnten auch die Grundsätze richterlicher Rechtsfortbildung nicht ohne weiteres auf die Verfassungsgerichtsbarkeit übertragen werden. Vor allem sei es nach Art. 79 Abs. 1 GG grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten, die Verfassung zu ändern. Wenn in der parlamentarischen Demokratie der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen müsse, gelte dies erst recht für die Verfassungspolitik. Der Beständigkeitsanspruch der Verfassung sei im Grundgesetz sogar gegenüber dem Gesetzgeber verbürgt, inhaltlich durch die „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG, verfahrensrechtlich durch den Vorbehalt einer expliziten Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG und durch das Erfordernis von 2/3-Mehrheiten nach Art. 79 Abs. 2 GG. Vor allem Art. 79 Abs. 2 GG wolle eine politisch wirksame Hürde sein und bezwecke, Verfassungsänderungen eine gesteigerte demokratische Legitimation durch 2/3-Mehrheiten zu verleihen – beides dürfe nicht durch das BVerfG unterlaufen werden.

Wer auch nur einer dieser Aussagen zustimmt, wird mindestens skeptisch gegenüber dem Verfassungswandel sein. Ziel dieses Beitrages ist es, sämtliche dieser Aussagen zu entkräften durch den Entwurf eines Verfassungsrevisionsrechts, das die Bedeutung des Art. 79 GG relativiert und eine originäre Kompetenz des BVerfG zum Verfassungswandel begründet. Eine der zentralen Thesen lautet: Eine Verfassungsordnung, die die Änderung der Verfassung durch den Gesetzgeber ausdrücklich zulässt, versperrt nicht, sondern begründet im Gegenteil erst recht eine ungeschriebene Kompetenz des BVerfG zum Verfassungswandel.

Eine Wahrnehmung des BVerfG als „entgrenztes Gericht“ legt normative Grenzen zu Grunde, die ihrerseits fundamental zu hinterfragen sind. Freilich weist *Jestaedt*<sup>19</sup> zu Recht darauf hin, es fehle immer noch der Nachweis, dass es ein „tertium zwischen Verfassungsauslegung und Verfassungsänderung“ gebe, und er kritisiert, das Schrifttum drücke sich vor der Notwendigkeit, „eine positivrechtliche Rechtsetzungskompetenz (...) zu benennen“. Es handelt sich beim Verfassungswandel um die Schnittmenge von Verfassungsinterpretation und Verfassungsrevision. Das macht es in der Tat notwendig, hierfür eine Kompetenzgrundlage des BVerfG benennen zu können. *Oliver Lepsius*<sup>20</sup> ist darin zuzustimmen, dass er das BVerfG eine „maßst-

19 *Jestaedt* (Fn. 4), Zitate S. 196 bzw. S. 194.

20 *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: ders. u. a. (Fn. 14), S. 159, 180 f.: „Selbstermächtigung“, „die sowohl die institutionellen als auch die materiellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit überschreitet“.

absetzende Gewalt“ nennt, und ihm ist darin zu widersprechen, dass jenem hierfür die Legitimationsgrundlage fehle. Letztere verfassungstheoretisch und verfassungsdogmatisch nachweisen zu können, soll das Ergebnis des Beitrags sein.

## II. Verfassungswandel als kontextuales Problem

Verfassungswandel ist nur kontextual zu erfassen. Jeder einzelne Verfassungswandel steht im Kontext seiner Zeit und des konkreten Falles, auf den ein gewandelter Verfassungsmaßstab angewendet ist. Verfassungswandel ist aber auch normativ und systematisch zu kontextualisieren. Vor allem ist der Verfassungswandel im Zusammenhang des *Verfassungsrevisionsrechts* insgesamt zu sehen. Seine tatsächliche Bedeutung, aber auch seine systematische Einordnung hängen davon ab, welche Alternativen es zum Verfassungswandel gibt. Dies soll in Teil B. des Beitrages im Mittelpunkt stehen.

Verfassungswandel steht weiter im Kontext der Existenz und Stellung einer *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Bis heute leidet die Diskussion zuweilen darunter, sich nicht aus dem historischen Kontext der Schrift von *Georg Jellinek* aus dem Jahre 1906 gelöst zu haben. „Verfassungswandlung“ steht danach letztlich für die Kapitulation der Verfassung gegenüber einer „normativen Kraft des Faktischen“.<sup>21</sup> Ähnlich fürchtet *Böckenförde*, die Verfassung könne durch Verfassungswandel „ihren normativen Geltungsanspruch und ihre positive Geltungskraft verlieren.“<sup>22</sup> Dabei geht es heute – anders als im Kaiserreich – nicht um eine Schwäche der Verfassungsgeltung und nicht um eine Einschränkung ihrer Normativität, sondern im Gegenteil um eine besonders durchsetzungskräftige und dabei sogar dynamische Verwirklichung des unangefochtenen vorrangigen Verfassungsrechts. Die Normativität und Durchsetzung von Recht wird nicht in Frage gestellt, wenn sich seine Inhalte oder Bedeutung ändern.<sup>23</sup> Der Konflikt besteht nicht zwischen Verfassungsrecht und Faktizität, sondern zwischen der Historizität einer geschriebenen Verfassung und deren offener Interpretation sowie zwischen der Macht des BVerfG und den politischen Akteuren.

Aus dem Phänomen der Schwäche der Verfassung ist unter dem Vorzeichenwechsel der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit ein Phänomen ihrer Stärke geworden. In den Worten von *Smend*: „Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne.“<sup>24</sup> Problematisch daran erscheinen heute die Grenzen der Kompetenz und der

21 Unter diesem Begriff in: *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914, S. 337 ff.

22 *Böckenförde* (Fn. 2), S. 144.

23 Zutreffend *H. Krüger*, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: FGf. R. Smend, Tübingen 1962, S. 151, 153; anders *Walter* (Fn. 5), S. 531.

24 *R. Smend*, Das Bundesverfassungsgericht (1962), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 581, 582.

Funktionen<sup>25</sup> der Verfassungsgerichtsbarkeit. Das Phänomen tritt freilich nicht nur in Verfassungsstaaten mit gesonderter Verfassungsgerichtsbarkeit auf. Von Richter *Charles Evan Hughes* am US Supreme Court ist der Satz überliefert: „The constitution is what the judges say it is“. Das gilt für das BVerfG erst recht. Aber die Frage, worauf der Verfassungswandel und die Kompetenz des BVerfG zu stützen sind, hat *Smend* nicht beantwortet<sup>26</sup> und sie stellt sich *Häberle* nicht, da er den Begriff leugnet.

Verfassungswandel ist ein Problem der *Gewaltenteilung*. Das Problem ist jenem des viel diskutierten Verhältnisses „Verfassungsgerichtsbarkeit/Gesetzgeber“ verwandt, indes aber nicht damit identisch. Vielmehr gilt es, das Verhältnis „Verfassungsgerichtsbarkeit/verfassungsändernder Gesetzgeber“ spezifisch zu bestimmen.<sup>27</sup>

Der Umgang mit dem Verfassungswandel ist auch davon geprägt, welche Stellung und Funktion der Rechtsprechung allgemein in der Rechtsordnung zuerkannt wird, inwieweit *Richterrecht* ein integrierter Bestandteil der Methodik ist. Indes sei auch hier davor gewarnt, voreilig Parallelen zu ziehen.<sup>28</sup> Auch hier gilt, dass die Funktion des Richterrechts für die Verfassungsgerichtsbarkeit spezifisch zu ermitteln ist.

Die Bedeutung des Verfassungswandels „hängt entscheidend von der Eigenart der Verfassungsrechtsordnung ab“.<sup>29</sup> Je größer der Umfang und die Intensität und je höher der Konkretisierungsgrad der Inhalte *materiellen Verfassungsrechts*<sup>30</sup> sind, desto höher ist das Bedürfnis nach Wandel einzelner dieser Inhalte. Verfassungswandel kann dabei ebenso Korrektiv wie Auslöser eines materiellen Verfassungsverständnisses sein.

### III. Verfassungswandel als begriffliches Problem

Verfassungswandel liegt vor, wenn sich der *Norminhalt* als Ergebnis der *Norminterpretation* ändert, ohne dass der Wortlaut der Norm geändert wurde. Die im Verfassungsrecht geregelten Kompetenzen, Verfahren und inhaltlichen Maßgaben lassen sich interpretieren als Gebote, Verbote und Erlaubnisse. Verfassungswandel materieller Verfassungsnormen hat eine Vergrößerung oder Verkleinerung der von der Verfassung mehr oder weniger belassenen Spielräume zur Folge. Naheliegend stellt sich die Frage der Notwendigkeit einer Verfassungsänderung. Verfassungswandel ist vom Ergebnis her also ein *Phänomen der Verfassungsrevision* – jenseits der in Art. 79 GG geregelten und dem Gesetzgeber in einem besonderen Verfahren vorbe-

25 *K. Hesse*, JZ 1995, 265, 267.

26 *Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: ders. u. a. (Fn. 14), S. 300 f., bezeichnet *Smends* Ansatz als ebenso „erfolgreich“ wie „ungeklärt“.

27 Zutreffend *Jestaedt* (Fn. 4), S. 184; ohne weitere Differenzierung *Walter* (Fn. 5), S. 542.

28 So aber *Walter* (Fn. 5), S. 535: „gilt nichts grundsätzlich anderes“ sowie *K. Stern*, Staatsrecht I, München 1984, S. 163.

29 *Böckendorf* (Fn. 2), S. 143.

30 *Hesse* (Fn. 25), S. 266.

haltenen textlichen Verfassungsänderung. Das sollten wir beim Namen nennen. Dies wird auch nur graduell dann abgemildert, wenn wir die verfassungsgerichtliche „Maßstabsetzung“ eine Abstraktionsebene unter derjenigen verorten, die (jedenfalls idealtypisch) Verfassungsnormen im formalen Sinne charakterisiert.<sup>31</sup>

Verfassungswandel ist gegebenenfalls ablesbar an expliziten oder evidenten Änderungen der Rechtsprechung des BVerfG,<sup>32</sup> genauer an der Änderung der verfassungsgerichtlich entwickelten Maßstäbe („C. I.“). Ob Verfassungswandel auch „still“<sup>33</sup> erfolgen darf, ist eine Frage der rechtlichen Anforderungen an seine Begründung. Anders als die Verfassungsänderung handelt es sich freilich nicht um einen formalen Vorgang. In der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (Häberle) beginnt Verfassungsinterpretation nicht beim BVerfG, sondern gipfelt gegebenenfalls in verfassungsgerichtlichen Judikaten. Aber auch wenn das BVerfG sich mit einer bestimmten Interpretation einer Norm erstmalig auseinandersetzt und ihr einen überraschenden Inhalt gibt, der von anderen Verfassungsinterpreten nicht gesehen oder überwiegend bestritten wurde, handelt es sich um Verfassungswandel.

Vor dem Hintergrund, dass der Verfassungswandel in der Tradition seit *Georg Jelinek* ein negativ besetzter Begriff ist, wurde seither versucht, ihn begrifflich einzuschränken. Die bisherige Diskussion drehte sich um die Grenzziehung zwischen zulässiger Interpretation und unzulässigem Verfassungswandel. Nicht Verfassungswandel, sondern zulässige Interpretation soll nach *Böckenförde* das Subsumieren neuartiger Sachverhalte unter eine Norm darstellen, wenn sich nur die tatsächliche Bedeutung der Norm ändere.<sup>34</sup> Nie konnte indes geklärt werden, wie sich die Grenze zwischen rechtlichem Inhalt und tatsächlicher Bedeutung ziehen lässt.<sup>35</sup> Wie offen eine Norm für neuartige Sachverhalte ist, kann nur durch Interpretation ihres Inhaltes gewonnen werden. Noch unschärfer ist *Böckenfördes*<sup>36</sup> Anerkennung so genannter „unbestimmter Verfassungsbegriffe“ und „Schleusenbegriffe“, deren Ausfüllung ebenfalls keinen Verfassungswandel darstellen soll, da diese von vornherein offen seien. Hier scheiden sich die Geister, ob nämlich die Verfassung punktuelle oder aber ganz überwiegend aus offen zu interpretierenden Begriffen besteht. Folgen wir dem Konzept eines per se offenen Verständnisses von Verfassungsnormen, gelangen wir gleichsam nahtlos zu Häberles These, es gebe den Verfassungswandel gar nicht.<sup>37</sup>

31 *Lepsius* (Fn. 20), S. 177: „Normen eines Zwischenreichs“.

32 Erwa BVerfGE 85, 264 Ls. 2 – Parteienfinanzierung II.

33 P. Lerche, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Problem, in: FGf. T. Maunz, München 1971, S. 280 ff.

34 *Voßkuhle* (Fn. 4), S. 452.

35 Vgl. die unterschiedlichen Ergebnisse bei H. A. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, Tübingen 2000, S. 101 f.; Bryde, (Fn. 12), S. 164; *Böckenförde* (Fn. 2), S. 145 f.; P. Badura, in: HStR VII, Heidelberg, § 160 Rn. 13 Fn. 24; ders., HStR XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 270 Rn. 14 ff.

36 *Böckenförde* (Fn. 2), S. 147 f., 149.

37 Zur Nähe beider Positionen *Walter* (Fn. 5), S. 529.

Die bisherige Diskussion, die sich an diesen beiden Positionen abarbeitet, dreht sich im Kreis. Sie versucht entweder zwei Kategorien gegeneinander auszuspielen, die sich nicht ausschließen, oder aber sie beantwortet die Frage nach dem „Ob“ der Revision mit Aussagen zum „Wie“ der Interpretation. Und sie verfängt sich in der Prämisse, welcher der unterschiedlichen Verfassungskonzeptionen (vorgegebene Rahmenverfassung/aufgegebene materielle Verfassung) wir folgen. Davon hängt dann ab, ob bzw. inwieweit es den verpönten Verfassungswandel gibt. Der „böse Zauber“ des Verfassungswandels wird so eingegrenzt oder gar wegdefiniert, aber nicht entzautert. Die Kompetenzfrage bleibt offen und der Anschein einer Kapitulation vor der Verfassungswirklichkeit wurde auch *Böckenförde* vorgeworfen: „Wo Veränderungen unvermeidlich sind, werden sie unter den Teppich der Methodenlehre gekehrt“.<sup>38</sup>

Es soll eine Theorie vorgelegt werden, die eine Legitimation des Verfassungswandels begründet und unabhängig davon ist, ob Verfassungswandel „nur“ Verfassungsinterpretation oder „auch“ Verfassungsrevision ist. Hier sei die These zu Grunde gelegt, dass Verfassungswandel beides ist, nämlich die Schnittmenge aus Verfassungsinterpretation und Verfassungsrevision. Weil Verfassungswandel ein spezifisches Phänomen der Verfassungsinterpretation ist, sollte der Begriff nicht verabschiedet werden.<sup>39</sup> Weil Verfassungswandel auch Verfassungsrevision ist, bedarf er einer Legitimation und Kompetenz (C. und D.). Die Maßstäbe und Grenzen des Verfassungswandels sind dann auf der Grundlage des zu entwickelnden Verfassungsrechts einerseits und der Methoden der Verfassungsinterpretation andererseits zu erschließen (E.).

### **C. Verfassungswandel als Bauelement eines Verfassungsrechts**

#### **I. Der Dreiklang des Verfassungsrechts: Verfassungsänderung – Verfassungswandel – Verfassungsbolösung**

Wenn wir Verfassungswandel als Phänomen der Verfassungsrevision verstehen, wird greifbar, dass zwischen ihm und den anderen Verfahren der Verfassungsrevision (Verfassungsänderung und Verfassungsbolösung) eine „wechselseitige Abhängigkeit“<sup>40</sup> besteht. Inwieweit das Spannungsverhältnis zwischen Zeit und Verfassung,<sup>41</sup> zwischen Beständigkeit und Wandel durch eine mehr oder weniger dynamische Interpretation aufzulösen ist, hängt davon ab, welche alternativen Möglichkeiten es gibt und wie sie genutzt werden, um den Verfassungstext selbst zu ändern. Das soll hier am Beispiel des Grundgesetzes analysiert werden.

38 Walter (Fn. 5), S. 530, der die Kompetenzfrage stellt (S. 539), aber nicht beantwortet.

39 Zutreffend Walter (Fn. 5), S. 524.

40 R. Wahl, Verfassungsgebung – Verfassungsänderung – Verfassungswandel I, in: ders., Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, Berlin 2008, S. 29, 47.

41 Häberle (Fn. 3), S. 111 ff.

Verfassungsrevision im hier verstandenen Sinne meint verschiedene Wege. Lediglich „einer von ihnen ist die Verfassungsänderung“.<sup>42</sup> Verfassungsänderung – Verfassungswandel – Verfassungsablösung sind die drei Kategorien, aus denen ein stimmiger Dreiklang zu bilden ist. Bislang wird Verfassungswandel entweder als gleichsam natürlich mitschwingender, kaum hörbarer Oberton oder aber als Missklang wahrgenommen. Indes kommt dem Verfassungswandel nicht selten die Funktion der „Terz“ zu, die „Modulationen“ ermöglicht und nicht weniger als über Dur oder Moll entscheidet.

## II. Drei Prämissen eines Verfassungsrevisionsrechts

### 1. Die Option der Verfassungsrevision als Konsequenz der Volkssouveränität und Verfassungsoffenheit

Volkssouveränität ist die Grundlage des Verfassungsstaates und auch bereits der Verfassunggebung.<sup>43</sup> Erst mit Revolutionen und mit der Erlangung der Volkssouveränität wurden Verfassungen im hier verstandenen Sinne konstituiert. Die Volksouveränität ist aber nicht nur der historische (positiv verfassungsrechtlich noch gar nicht greifbare) Ausgangspunkt für Verfassunggebung, sondern sie gilt jederzeit. Nicht nur das historische bzw. mythische Volk der Generation der Verfassunggebung war souverän. Ein Volk, das sich eine Verfassung gegeben hat, bleibt es fortwährend und jederzeit. Volkssouveränität gilt nicht nur „im Rahmen“ des durch die Verfassung geschaffenen demokratischen Systems, sondern das souveräne Volk kann auch „über diesen Rahmen“ verfügen. Legitime, auf der Volksouveränität beruhende Verfassunggebung darf nicht so verstanden werden, dass sie eine starre „Herrschaft der Toten über die Lebenden“ begründen würde. Darin waren sich *Marquis de Condorcet*, *Emmanuel Joseph Sieyès* und *Thomas Jefferson* als Protagonisten der revolutionären Verfassunggeber-Generation in parallelen Äußerungen im Jahr 1789 einig.<sup>44</sup> Verfassungen müssen revidierbar sein, ohne dass es erneut einer Revolution bedarf. Das sollte in einer stark rechtsstaatlich geprägten Verfassungsordnung noch mehr gelten. Ein starres Modell der Verfassung, das allein darauf verweisen würde, eine neue Revolution sei jederzeit möglich, ruhte auf einem Fundament mit „tickinger Zeitbombe“.<sup>45</sup>

42 Häberle (Fn. 3), S. 137.

43 Hierzu L. Michael, Bonner Kommentar, Art. 146 GG (Zweitbearbeitung, Heidelberg 2013) Rn. 28 ff. (zur Schweizer Tradition) und Rn. 364-373 (zur Verfassungstheorie).

44 *Condorcet*, Sur la nécessité de faire ratifier la constitution par les citoyens, et sur la formation des communautés de campagne, Paris 1789, S. 3, III; *E. J. Sieyès*, Einleitung zur Verfassung, in: ders., Politische Schriften (hrsgg. v. Schmitt), Neuwied 1975, S. 250, 257; *T. Jefferson*, Letter to James Madison (6th Sept 1789), in: The Papers of Thomas Jefferson, Julian P. Boyd et al., 1950, online verfügbar unter <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html> (abgerufen am 11.3.2014).

45 *J. Isensee*, FAZ, Nr. 199, 28.8.1990, 10, nennt Art. 146 GG „Zeitbombe“, obwohl dieser die Entschärfung ist.

Die Volkssouveränität spiegelt sich in der Verfassungskzeptanz, auf der Verfassungsgeltung letztlich beruht. Die geltungsbegründende Verfassungskzeptanz beginnt mit der Akzeptanz der Verfassunggebung. Die geltungserhaltende Verfassungskzeptanz muss sich auf die Akzeptanz der gegebenen Verfassung erstrecken. Hierfür hat *Ernest Renan*<sup>46</sup> die Metapher vom „täglichen Plebisitz“ geprägt. Eine Verfassung wird nur dann über lange Dauer hinweg akzeptiert werden, wenn sie offen genug ist, um Entwicklungen und Bedürfnisse künftiger Generationen aufnehmen zu können. Zwar sind Traditionen, der Mythos der Verfassunggebung, die Stabilität einer Ordnung starke und unverzichtbare, ja identitätsstiftende Elemente eines Verfassungsstaates. Aber zur Erfüllung des Integrationsanspruchs einer Verfassung müssen Beständigkeit und Offenheit in einen Ausgleich gebracht werden. Daraus folgt für das Verfassungsrevisionsrecht, dass es diesen beiden Prämissen des Verfassungsrechts Rechnung tragen muss: Sowohl eine allzu starre als auch eine allzu leicht veränderliche Verfassung würde dem nicht gerecht werden. Dies ist bei der Interpretation der Instrumente und Bauelemente eines Verfassungsrevisionsrechts zugrunde zu legen, d. h. bei der Verfassungsänderung nach Art. 79 GG, beim Verfassungswandel und auch bei einer Verfassungsablösung nach Art. 146 GG.

Weil dies gerade für den Verfassungswandel von Bedeutung ist, seien an dieser Stelle auch Relativierungen der (Volks-)Souveränität erwähnt: Der Verfassungsstaat basiert nicht allein auf der Volkssouveränität, sondern ist auch vom Individuum her zu denken. Das gilt für das Grundgesetz, das die Menschenwürde an den Beginn stellt, ganz besonders und wurde von *Häberle*<sup>47</sup> auf die Formel gebracht, die Demokratie sei die „organisatorische Konsequenz“ der Menschenwürde. Der nicht nur nach innen, sondern auch nach außen „offene Verfassungsstaat“<sup>48</sup> ist zudem eingebunden in internationale Verpflichtungen und insbesondere in die Entwicklung der Menschenrechte. Diese Entwicklungen sind selbst – insbesondere hinsichtlich der EMRK und ihrer Interpretation durch den EGMR – dynamischer Natur. Auch sie gilt es beim Verfassungsrevisionsrecht zu berücksichtigen, d. h. funktionsadäquat und unter Wahrung der Integrationsgrenzen der nationalen Verfassungsordnung einzubinden.

## 2. Die Eigenständigkeit der drei verfassungsrevidierenden Gewalten

Verfassungstheoretisch sollte die Verfassungsänderung in der Form des Gesetzes (Art. 79 GG) nicht der Gesetzgebung i. S. d. der klassischen Gewalt der Legislative zugeordnet werden. Dies wird in der deutschen Theorie mit dem Begriff der „ver-

46 E. Renan, Was ist eine Nation? (1882), in: ders., Was ist eine Nation (hrsg. v. Euchner), Wien u. a. 1995, S. 41, 57.

47 P. Häberle, in: HStR II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 22 Rn. 67.

48 K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, Tübingen 1964, S. 42; U. Di Fabio, Das Recht offener Staaten, Tübingen 1998; P. Häberle, Der kooperative Verfassungsstaat, Berlin 2013.

fassungsändernden Gesetzgebung“ verschleiert und fußt auf einer fragwürdigen Lesart der Verfassungslehre von *Carl Schmitt*.

*Sieyès* verstand die Trennung zwischen verfassungsgebender und verfasster Gewalt so streng, dass er eine Verfassungsänderung durch den Gesetzgeber kategorisch ausschloss. Zwar forderte er eine Option der Verfassungsrevision, wollte diese aber aus naheliegenden Gründen zwingend Institutionen vorbehalten, die vom Gesetzgeber verschieden sind.<sup>49</sup> Damit lässt sich die deutsche Tradition, dem Gesetzgeber die Verfassungsänderung anzuvertrauen, nicht vereinbaren – jedenfalls nicht, wenn das Produkt „verfassungsändernder Gesetzgebung“ eine geänderte „Verfassung“ ist.

Dieses Problem zu lösen ist *Carl Schmitt*<sup>50</sup> angetreten und verfiel auf den genialischen Kunstgriff, zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz zu trennen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber ändert danach gar nicht die Verfassung i. e. S., sondern eben nur das Verfassungsgesetz.<sup>51</sup> Damit versucht *Schmitt*, ein verfassungstheoretisches Problem auf begrifflicher Ebene vergessen zu machen. Verständlicherweise beruft sich die deutsche Verfassungslehre gerne auf diese Theorie. Das ist aber – ungeachtet denkbarer Kritik an dieser Lehre – unstatthaft, soweit die Prämisse dieser Theorie nicht geteilt wird: Die Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz hat sich nämlich (zu Recht) nicht durchgesetzt.<sup>52</sup> Gemeinhin wird das Grundgesetz als unsere „Verfassung“ und nicht bloß als ein „Verfassungsgesetz“ bezeichnet und verstanden. Wer deshalb Art. 79 GG als „Verfassungsänderung“ und nicht als eine bloße „Änderung des Verfassungsgesetzes“ begreift, argumentiert einäugig, wenn er sich auf die geschmeidigen Konsequenzen der Verfassungslehre von 1928 beruft.<sup>53</sup> So wird aus einem verfassungstheoretischen Modell eine „Rosinentheorie“. Verdrängt wird, was von *Schmitt* im Ausgangspunkt seiner Theorie zu lernen wäre: nämlich die unbequeme Erkenntnis, dass es einer Legitimation bedarf, dass ausge rechnet der Gesetzgeber die Verfassung soll ändern können.

Dabei geht es keinesfalls nur um einen theoretischen Streit um Begriffe. *Sieyès* und im Ausgangspunkt auch *Schmitt* haben erkannt, dass ein kardinales Problem entsteht, wenn wir dem Gesetzgeber die Verfassungsänderung anvertrauen. Das hat zwei sehr handfeste Gründe: Erstens ist eine Art „dritte Dimension“ der *Gewalten teilung*<sup>54</sup> zwischen den Institutionen, die Verfassungsrecht gestalten, und jenen, die

49 *Sieyès* (Fn. 44), S. 257.

50 *C. Schmitt*, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 20.

51 *Schmitt* macht allerdings nicht deutlich, dass der Verfassunggeber auch Urheber des Verfassungsgesetzes in seiner ursprünglichen Form ist.

52 G. Roellecke, Benötigen Verfassungen einen Mythos?, in: Depenheuer, Mythos als Schicksal, Wiesbaden 2009, S. 173.

53 In Verkennung der Gegensätze herrscht die Vorstellung, die Lehre von *Sieyès* sei „in Deutschland (...) durch *Carl Schmitt* eingeführt worden“ (U. Scheuner, DÖV 1953, 584); kritisch dazu K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, Baden-Baden 1996, S. 206.

54 Michael (Fn. 43), Rn. 402 ff.

durch dieses Verfassungsrecht gebunden werden sollen, zu postulieren. Zweitens sollte bei einer funktionsadäquaten *Gewaltenzuordnung* der Verfassungsrevisionsgewalt die Langzeitwirkung von Verfassungen berücksichtigt werden. Dann liegt es eher fern, auf ein periodisch neu zu wählendes Parlament zurückzugreifen.

Wenn die deutsche Verfassungstradition dennoch dem Gesetzgeber die Verfassungsänderung anvertraut, dann mag das gute Gründe haben, die vor allem auch pragmatischer Natur sind. Aber aus einer verfassungstheoretischen Perspektive handelt es sich bei der Verfassungsänderung nicht um die klassische Funktion einer demokratischen Legislative, nämlich Gesetze zu geben, die ihrerseits jederzeit änderbar sein sollen. Umso mehr muss es überraschen, dass in der Staatsrechtslehre die Skepsis gegenüber dem Verfassungswandel nicht zuletzt auch mit einem Vorrang des Art. 79 GG begründet wird. Der Verweis auf das Pramat eines verfassungsändernden Gesetzgebers müsste Konzepte der *Kontinuität der Verfassung* mit solchen der *Diskontinuität des Parlaments*<sup>55</sup> in Einklang bringen.

Wir halten fest: Wer den Verfassungswandel als rechtfertigungsbedürftigen Übergriff der Verfassungsgerichtsbarkeit auf den verfassungsändernden Gesetzgeber versteht, ist eine plausible Erklärung dafür schuldig, wodurch die Kompetenz des Gesetzgebers ihrerseits verfassungstheoretisch zu legitimieren ist. Auf der Grundlage des positiven Verfassungsrechts lässt sich zwar auf Art. 79 GG verweisen. Dass es verfassungsändernde Gesetzgebung gibt, kann und soll nicht bestritten werden, auch nicht, dass dies unter bestimmten einschränkenden Voraussetzungen legitim sein kann. Die Frage allerdings, ob sich aus Art. 79 GG Umkehr- oder Analogieschlüsse in Bezug auf den Verfassungswandel (als Phänomen der Verfassungsinterpretation) ziehen lassen, ist eine Frage der Interpretation des Art. 79 GG.

So wie die Verfassungsänderung nicht klassische Legislative ist, so ist auch der Verfassungswandel keine klassische Rechtsprechung.<sup>56</sup> Aus diesem Dilemma gibt es zwei Auswege: Der erste ist es, mit *Häberle* auf die Spezifika der Verfassungsinterpretation zu verweisen und Verfassungswandel als deren Phänomen zu begreifen. Ein zweiter (diesem Ansatz weder widersprechender, noch ihn voraussetzender) Weg soll hier beschritten werden, nämlich den Verfassungswandel als Phänomen (auch) der Verfassungsrevision mit den Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit zu erklären, d. h. das BVerfG als eines der Organe der Verfassungsrevision zu verstehen.

<sup>55</sup> Zur Ambivalenz von Diskontinuität und Kontinuität im Parlamentsrecht *L. Michael*, in: Morlok u. a., *Parlamentsrecht*, Baden-Baden 2015, § 49 Rn. 34 ff.

<sup>56</sup> *Lepsius* (Fn. 20), S. 174. Das Grundgesetz, das die Verfassungsänderung im Abschnitt über „die Gesetzgebung des Bundes“ und das BVerfG im Rahmen der „Rechtsprechung“ und die Verfassungslösung bei den „Übergangs- und Schlussbestimmungen“ verordnet, verzichtet insoweit auf eine klarstellende Differenzierung, die etwa in Schweizer Verfassungen durch einen eigenen Abschnitt über die „Verfassungsrevision“ systematisch erfolgt.

Die verfassungsrevidierenden Gewalten sind nicht nur von der Gesetzgebung und der Rechtsprechung zu unterscheiden, sondern auch von der Verfassunggebung. Letztere ist originär, während alle verfassungsrevidierenden Gewalten auf dem Boden des Grundgesetzes stehen. Das ist für Art. 79 GG und für das BVerfG unbestritten, gilt aber auch für die Verfassungsablösung nach Art. 146 GG, die von Verfassunggebung verschieden ist.<sup>57</sup> Alle Organe der verfassungsrevidierenden Gewalten, ihre Kompetenzen, ihre Verfahren, im Falle der Verfassungsänderung und des Verfassungswandels auch ihre materiellen Bindungen, sind am Maßstab des Grundgesetzes zu messen. Für Art. 146 GG bedeutet dies, dass grundsätzlich die Wahl einer verfassungsablösenden Versammlung und eine Volksabstimmung verfassungsgeboten wären.<sup>58</sup>

Neben der Verfassunggebung einerseits und der Gesetzgebung andererseits sollten wir begrifflich von verfassungsrevidierenden Gewalten sprechen, denen nicht nur die Verfassungsänderung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber zuzuordnen ist, sondern auch der Verfassungswandel und die Verfassungsablösung. Zusammenfassend ergibt sich aus der Selbstständigkeit der Kategorie der verfassungsrevidierenden Gewalten folgende begriffliche Zuordnung:

- Verfassungsänderung ist nicht Legislative, sondern dem Gesetzgeber anvertraute verfassungsändernde Gewalt.
- Verfassungswandel ist nicht Rechtsprechung, sondern der Verfassungsgerichtsbarkeit anvertraute verfassungswandelnde Gewalt.
- Verfassungsablösung ist nicht Verfassunggebung, sondern eigenen Organen der Verfassungsablösung und einem Plebisitz anvertraute verfassungsablösende Gewalt.

### 3. Ambivalenz der Verfassungsbeständigkeit und Notwendigkeit von Erschwernissen der Verfassungsrevision

Verfassungsrecht ist – bei allem Bedürfnis der Offenheit – besonders<sup>59</sup> auf Beständigkeit angelegt. Daraus ergibt sich das Postulat, Verfassungsrevision – im Vergleich zur Änderung von Gesetzen oder zur einfachrechtlichen richterlichen Rechtsfortbildung – zu erschweren.

Auf den ersten Blick scheint Verfassungswandel die Beständigkeit des Verfassungsrechts in Frage zu stellen. Bevor wir daraus jedoch den voreiligen Schluss ziehen, der Verfassungswandel sei dem Wesen des Verfassungsrechts nicht adäquat, ist zu bedenken: Beständigkeit darf nicht mit Starrheit verwechselt werden und ein auf der Volkssouveränität beruhendes Verfassungsrecht muss auch auf Offenheit hin ange-

<sup>57</sup> Michael (Fn. 43), Rn. 478 ff.; anders H. Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 3, 2. Aufl., Tübingen 2008, Art. 146 Rn. 52 f.; P.-M. Huber, in: Sachs, GG, 6. Aufl., München 2011, Art. 146 GG Rn. 11.

<sup>58</sup> Michael (Fn. 43), Rn. 720-753, zu einer Ausnahme Rn. 754 ff.

<sup>59</sup> Dem steht nicht entgegen, dass wir auch im einfachen Recht zahllose Rechtssätze vorfinden, die hohe Beständigkeit haben und darauf ihre Wirkung bauen.

legt sein. Ob Verfassungswandel diesem Gesichtspunkt allzu stark nachgibt oder aber die Mitte zwischen Beständigkeit und Offenheit trifft, hängt von Inhalten, vom Ausmaß, von der Schnelligkeit und von den Argumentationstopoi des Verfassungswandels ab. Diese Fragen betreffen das „Wie“ und nicht das „Ob“ der Legitimität des Verfassungswandels (dazu D.).

Zudem greift es zu kurz, die Frage der Beständigkeit isoliert nur mit Bezug auf den Verfassungswandel zu stellen. Vielmehr ist der Ausgleich zwischen Beständigkeit und Offenheit in einem Wechselspiel der verschiedenen Instrumente der Verfassungsrevision zu suchen. Die Alternative zum Verfassungswandel ist dann nicht allein eine weniger dynamische Auslegung, sondern auch ein Bedürfnis nach häufigerer Änderung des Verfassungstextes durch Verfassungsänderung oder gar durch Verfassungsablösung, wobei es freilich von den Umständen abhängt, ob bzw. wann es zu einer Verfassungsrevision auf diesen Wegen kommen würde. Das Argument der Beständigkeit ist doppelt ambivalent: gegenüber der Offenheit einerseits und zwischen den Instrumenten der Verfassungsrevision andererseits.

Wenn wir den Verfassungswandel in ein adäquates Verhältnis zur Verfassungsänderung rücken wollen, müssen wir bezüglich der Beständigkeit differenzieren: zwischen der *Beständigkeit des Textes* und der *Beständigkeit der Interpretation*. Vieles spricht dafür, dass der Eingriff in den Text der Verfassung deren Beständigkeit stärker in Frage stellt als ein Wandel der Interpretation. Gerade die dynamische Interpretation eines unveränderten Textes von großer Tradition kann – die Plausibilität der Interpretation vorausgesetzt – Kontinuität vermitteln.<sup>60</sup> Dieses Verhältnis schlägt erst dann ins Gegenteil um, wenn aus dynamischer Interpretation Beliebigkeit wird. Denn dann würde der Zusammenhang zwischen dem Verfassungstext und der Normativität der Verfassung gelöst. Das darf jedenfalls in einem Verfassungsstaat mit einer geschriebenen Verfassung nicht zur Disposition gestellt werden. Andersherum: Soweit die Rechtsprechung des BVerfG Judikate des Verfassungswandels rational nachvollziehbar als Interpretation auf der Grundlage des Verfassungstextes begründet, kann sie mit einer Konzeption der „Beständigkeit im Wandel“ erklärt werden.

Das Argument der Beständigkeit spricht – unter dem Gesichtspunkt einer adäquaten Funktionenverteilung (s. o.) – eher gegen eine Ermächtigung des Gesetzgebers zur Verfassungsänderung nach dem Modell des Art. 79 GG: Wenn es richtig ist, dass Verfassungen auf Beständigkeit angelegt sind, dann wirft die eklatante Häufigkeit von Änderungen des Grundgesetzes Fragen auf. An einer Instabilität der politischen Verhältnisse liegt dies (zum Glück) ebenso wenig wie daran, dass das ursprüngliche Grundgesetz als Provisorium nur durch Verfassungsänderungen die Integrationsfunktion einer Verfassung hätte erfüllen können.

60 Bryde, (Fn. 12), S. 292; ähnlich Walter (Fn. 5), S. 536 und 538.

Erklärlich ist dies vor allem damit, dass „in kaum einem anderen Staat (...) Verfassungsänderungen so leicht durchzuführen sind wie in der Bundesrepublik Deutschland.“<sup>61</sup> Das Grundgesetz verzichtet auf ein Erfordernis eines Plebiszits ebenso wie auf Abstimmungen in verschiedenen Legislaturperioden. Ob es der Integrationskraft einer Verfassung guttut, wenn sie allzu oft und mit der Tendenz zu immer detaillierteren Regelungen geändert wird, darf bezweifelt werden. Außerdem hat der Kompromisszwang im Modus der Gesetzgebung nach Art. 79 Abs. 2 GG auch zur Folge, dass wenig konzeptionelle Kompensationen ausgehandelt werden (insbesondere solche zwischen Bundesrat und Bundestag bei Fragen der Kompetenzverteilung im Bundesstaat). All das ändert offenbar nichts daran, dass die Hürden des Art. 79 Abs. 2 GG andere – vielleicht dringlichere – Änderungen des Grundgesetzes verhindern, so dass offenbar ein erheblicher Bedarf zurückbleibt für Verfassungswandel. Die beachtliche tatsächliche, und zwar sowohl qualitative als auch quantitative Bedeutung des Verfassungswandels spricht für sich. Es ist also keinesfalls so, dass mit dem Instrument der Verfassungsänderung nach Art. 79 GG jegliches Bedürfnis für Verfassungswandel entfiele.

Was folgt daraus für das Grundgesetz? Den Regelungsmechanismus des Art. 79 Abs. 2 GG zu beklagen, liegt zunächst einmal auf rein verfassungspolitischer Ebene der constitutione ferenda. Die constitutione lata stellen sich für den hier zu diskutierenden Verfassungswandel (und für die Bauelemente des Verfassungsrevisionsrechts insgesamt) folgende Fragen: Sollen wir – trotz einer skeptischen Bewertung des Art. 79 GG und seiner Folgen – jedenfalls die anderen Optionen der Verfassungsrevision äußerst restriktiv handhaben, um wenigstens die Beständigkeit der textlich (noch) unveränderten Bestimmungen des Grundgesetzes zu maximieren? Oder sollen wir dafür eintreten, den Verfassungswandel (ebenso wie den verschmähten Art. 146 GG) verfassungstheoretisch „gesellschaftsfähig“ (und im Falle des Art. 146 GG erst einmal praktikabel) zu machen, um umgekehrt die Bedeutung und die Wirkungen des Art. 79 GG relativieren zu können?

Damit sei nicht gesagt, dass Verfassungswandel, Verfassungsänderung und Verfassungsablösung beliebig austauschbar wären. Die drei Instrumente der Verfassungsrevision verhalten sich vielmehr wie verschiedene Druckventile<sup>62</sup> zueinander. Die Beständigkeit der Verfassung erzeugt einen durchaus gewollten Überdruck. Auf dessen Spannung beruht die Normativität beständiger Verfassungsinhalte. Dieser Druck kann allerdings so groß werden, dass eines der Ventile dosiert zu öffnen ist. Insgesamt stabilisierend wirkt eine Konzeption des Verfassungsrevisionsrechts, die den Druck-

61 H. Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 79 Abs. 2 Rn. 20; verfassungsvergleichend J. Masing, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität, in: Wahl (Fn. 40), S. 131, 134 ff.; Michael (Fn. 43), Rn. 183-200.

62 Michael (Fn. 43), Rn. 452.

ausgleich durch diese drei Ventile herstellt und eine Antwort auf die Frage bietet, welches Ventil bei welcher Art von Überdruck in welchem Maße zu öffnen ist.

### **III. Verfassungsänderung nach Art. 79 GG als verfassungstheoretischer Sonderfall**

#### **1. Art. 79 GG als positivrechtlicher Ausgangspunkt einer Sonderermächtigung des Gesetzgebers zur Ausübung einer verfassungsändernden Gewalt**

Die Ermächtigung des Gesetzgebers zur Verfassungsänderung ist vor dem Hintergrund der Verfassungstheorie (s. o. II. 2.) keine Regel, sondern stellt eine ihrerseits legitimationsbedürftige Ausnahmeermächtigung dar.<sup>63</sup> Die hierfür gar nicht genug zu bewundernden Väter und Mütter des Grundgesetzes haben den Verfassungstext gerade auch bezüglich des Verfassungsrevisionsrechts auf das beschränkt, was überhaupt einer expliziten verfassungsrechtlichen Regelung bedarf.<sup>64</sup>

Unbestreitbar ist: Das Grundgesetz ist eine „Verfassungsrechtsordnung, die ausdrücklich ein bestimmtes Verfahren für die (inhaltliche) Änderung der Verfassung vorsieht und anordnet“.<sup>65</sup> Aus dem positivrechtlichen Befund, dass die Option der Verfassungsänderung in Art. 79 GG explizit geregelt wurde, ist aber nicht zu schließen, dass eben dieses Verfahren der konzeptionelle Mittelpunkt des Verfassungsrevisionsrechts sein soll. Im Gegenteil: In Art. 79 GG wird das alles andere als Selbstverständliche geregelt, dass nämlich sogar der Gesetzgeber unter den dort geregelten Voraussetzungen die Verfassung inhaltlich soll ändern können. Dem Gesetzgeber wird die von der Legislativgewalt zu trennende verfassungsändernde Gewalt konstitutiv anvertraut. Verfassungstheoretische Gründe sprechen dagegen, Art. 79 GG extensiv als das Maß aller denkbaren Instrumente des Verfassungsrevisionsrechts insgesamt zu interpretieren.<sup>66</sup>

#### **2. Art. 79 Abs. 1 GG als spezieller Formvorbehalt innerhalb der Gesetzgebung**

Deshalb ist Art. 79 Abs. 1 GG so zu lesen: Wenn schon der Gesetzgeber das Grundgesetz ändert, dann kann er dies „nur durch ein Gesetz (...), das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt.“ Dass die Vorschrift spezifisch den Gesetzgeber bindet, wird auch durch das systematische Argument gestützt, dass die Vorschrift des Art. 79 GG nicht im Zusammenhang mit Art. 146 GG (wie etwa die Vorschriften zur Teil- und Totalrevision in Schweizer Verfassungen) in einem eigenen Abschnitt oder in den Schlussvorschriften des Grundgesetzes verortet wurde, sondern im VII. Abschnitt des Grundgesetzes über die Gesetzgebung. Schließlich reagiert

63 Häberle (Fn. 3), S. 136, hält hingegen Verfassungsänderungen neben dem Verfassungswandel für „normal“.

64 Das gilt auch für Art. 146 GG, der aus guten Gründen das Verfahren nicht regelt, Michael (Fn. 43), Rn. 672.

65 Böckenförde (Fn. 2), S. 144.

66 Anders Bryde, (Fn. 12), der zwar Art. 79 GG nicht als unüberwindliche Grenze des Verfassungswandels (S. 264 ff) aber doch als Ausgangsnorm für dessen Rechtfertigungsbedürftigkeit und Grenzen sieht (S. 267 f., 271).

die Vorschrift auch historisch jedenfalls primär auf die Ermächtigungsgesetze des Gesetzgebers.

Es handelt sich also um einen Formvorbehalt, der innerhalb der Gesetzgebung für den Spezialfall der Verfassungsänderung gilt, und nicht um einen Vorbehalt des Gesetzes für jegliche Verfassungsrevision, der den Verfassungswandel in eine Rechtfertigungslast brächte. Über die Interpretation des Grundgesetzes sagt Art. 79 Abs. 1 GG gar nichts<sup>67</sup> und auch nichts über die Kompetenzen des BVerfG, die Verfassung mehr oder wenig dynamisch auszulegen. Er gebietet die Geschlossenheit des Verfassungstextes, versperrt aber nicht die Offenheit der Interpretation dieses Textes. Im Gegenteil: Gerade weil sich das Grundgesetz nicht durch Nebenverfassungen konkretisiert,<sup>68</sup> bleibt der Weg für eine dynamische Auslegung umso offener.

### 3. Art. 79 Abs. 2 GG als Beschränkung einer Ausnahme

Auch Art. 79 Abs. 2 GG gilt aus den genannten systematischen Gründen nur für den Gesetzgeber<sup>69</sup> hinsichtlich seiner Ausnahmeverfassung zur Verfassungsänderung. Das bestätigt auch der Wortlaut: „Ein *solches Gesetz* bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates.“

Die Regelung wirft ihrerseits verfassungstheoretische Fragen auf: Sie ist eine legitimationsbedürftige Abweichung vom Mehrheitsprinzip. Das Erfordernis qualifizierter Mehrheiten bewirkt keine Steigerung demokratischer Legitimität,<sup>70</sup> sondern beschränkt im Gegenteil das Prinzip der Volksouveränität.<sup>71</sup> Denn Art. 79 Abs. 2 GG begünstigt Sperrminoritäten und auf Zeit gesehen eine Herrschaft der Toten über die Lebenden. Der Vorteil, dass beim Zustandekommen von 2/3-Mehrheiten ein breiterer Konsens die Verfassungsänderung begründet, wird umso teurer erkauft durch die Konsequenz, dass sogar gegenläufige Mehrheiten einen zur Fiktion werdenden Konsens nicht erschüttern können, wenn dem eine Sperrminorität auch nur in einem der beiden Gesetzgebungsorgane entgegensteht. Art. 79 Abs. 2 GG lässt sich mit seiner Privilegierung von Sperrminoritäten auch nicht als verfassungsimmanenter Minderheitenschutz legitimieren, ist doch die Entwicklungsgeschichte verfassungsrechtlicher Minderheitenrechte weniger eine der Gefahr ihrer Abschaffung, als vielmehr eine der Schwierigkeiten ihrer Einführung. Um ein aktuelles Beispiel zu nennen: Warum soll es legitim sein, einen verfassungsrechtlichen Schutz von gleichgeschlecht-

67 Insoweit wie hier: *Bryde*, (Fn. 12), S. 265 f.; *Wolff* (Fn. 35), S. 100.

68 *Jestaedt* (Fn. 4), S. 186; das Phänomen des so genannten materiellen Verfassungsrechts, insbesondere des Wahl-, Parteien- und Parlamentsrechts soll hier außen vor bleiben.

69 Zutreffend *Krüger* (Fn. 23), S. 155.

70 *Möllers* (Fn. 26), S. 332 f.; *J. H. Kaiser*, VVDStRL 23 (1966), 18; *C. Schmitt*, Legalität und Legitimität, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze 1924-1954, Berlin 1958, S. 263, 295; anders *W. Heun*, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, Berlin 1983, S. 126.

71 Ausführlich zum Mehrheitsprinzip im Verfassungsrechtsrecht *Michael* (Fn. 43), Rn. 381-399.

lichen Lebenspartnerschaften davon abhängig zu machen, dass nicht nur eine Mehrheit für solchen Schutz ist, sondern sogar entgegenstehende Sperrminoritäten überwunden werden?

Dennoch ist Art. 79 Abs. 2 GG aus einem noch wichtigeren Grund plausibel: Wenn schon – verfassungstheoretischen Bedenken zum Trotz – der Gesetzgeber die Verfassung aus eigener Kraft soll ändern können, dann muss ihm wenigstens diese Hürde gesetzt werden. Denn sonst könnte er sich der Bindungen an die vorrangige Verfassung zu leicht entledigen. Das stellte die Geltungskraft der Verfassungsinhalte als solche zur Disposition des Gesetzgebers. Die Hürde der qualifizierten Mehrheiten rechtfertigt also die Option der Verfassungsänderung per Gesetz und ist zugleich ihrerseits legitimationsbedürftig. Die Legitimität des Art. 79 Abs. 2 GG ist eine gleichsam „doppelt negative“. Art. 79 Abs. 2 GG ist also kein „positives“ Argument dafür, dass 2/3-Mehrheiten per se eine quantitativ gebotene Legitimitätssteigerung für die Begründung oder Revision verfassungsrechtlicher Vorschriften oder den Wandel ihrer Interpretation sind. 2/3-Mehrheiten gelten weder für die Verfassunggebung, noch für eine Verfassungablösung nach Art. 146 GG, noch für die Mehrheitsbildung in den Senaten des BVerfG. Im Gegenteil: Die alternativen Verfahren der Verfassungsrevision haben wesentlich die Funktion, die problematischen Konsequenzen des Art. 79 Abs. 2 GG aufzufangen, d. h. Sperrminoritäten durchbrechen zu können und die spezifische Organperspektive des Bundestages und Bundesrates durch andere Organe der Verfassungsrevision zu relativieren.

Schließlich ist Art. 79 Abs. 2 GG auch kein zwingendes Postulat des Bundesstaates. Nicht die Länder sind – wie etwa in der Schweiz die Kantone – die Träger der Verfassunggebung und der Verfassungablösung, sondern nach der Präambel und nach Art. 146 GG ist dies allein das Volk.<sup>72</sup> Auch die qualifizierte Beteiligung der Länder an der Verfassungsänderung ist damit insofern eine Abweichung vom Prinzip der Volkssouveränität und keine innere Notwendigkeit eines verfassungsstaatlichen Verfassungsrechts insgesamt.<sup>73</sup>

#### **IV. Verfassungablösung nach Art. 146 GG als verfassungstheoretischer Grundfall**

##### **1. Verfassungablösung als Grundmodell der Institutionalisierung der Verfassungsrevision**

Die Kategorie der Verfassungablösung eröffnet eine verfassungstheoretisch gebotene (weil der Volkssouveränität geschuldete) Möglichkeit, die zentralen Probleme der Verfassungsänderung durch den Gesetzgeber zu lösen. Das sei hier in aller Kürze<sup>74</sup> skizziert: Im Modell der Verfassungablösung erfolgt eine Verfassungsrevision durch

72 Michael (Fn. 43), Rn. 88-102.

73 Abgesehen davon wirken die Länder auch bei der Wahl von Verfassungsrichtern und gegebenenfalls bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Art. 146 GG (dazu Michael (Fn. 43), Rn. 725) mit.

74 Ausführlich Michael (Fn. 43).

die Wahl einer verfassungs ablösenden Versammlung, deren Entwurf dann dem Volk zur Abstimmung vorgelegt wird. Das Volk stimmt in einer echten Alternativentscheidung (anders als bei Akklamationsplebisziten im Rahmen originärer Verfassunggebung) darüber ab, ob die neue Verfassung in Kraft treten oder die alte Verfassung fortgelten soll. Dieses keinesfalls nur theoretische Modell hat sich bewährt in den Schweizer Kantonen sowie den US-amerikanischen Gliedstaaten. Eine jeweils 200-jährige Praxis dort bietet reiches Anschauungsmaterial mit ca. 300 solchen Revisionsverfahren.

Dadurch wird dem Konzept einer Gewaltenteilung der „dritten Dimension“ (nämlich zwischen den Institutionen der Verfassungsrevision und jenen, die materiell an diese Verfassung gebunden sein sollen) Rechnung getragen. „Egoistische“ Organinteressen der Institutionen der Gesetzgebung (Bundestag und Bundesrat), wie sie sich in den Kompetenzregelungen von Bundesstaatsreformen im Verfahren des Art. 79 Abs. 2 GG niederschlagen („Kuhhandel“), können so ausgeblendet werden. Auch etwaige Ausweitungen von Abwehrrechten gegen den Gesetzgeber sind auf solchem Wege eher wahrscheinlich als durch eine Selbstbeschränkung des Gesetzgebers. Zudem bestehen Chancen, Blockaden von Sperrminoritäten – etwa gegenüber der Anerkennung von Minderheitenrechten – mit den einfachen Mehrheiten des Verfahrens der Verfassungsablösung zu durchbrechen. Auch sind diese Institutionen funktionsadäquat auf die Langzeitperspektive von Verfassungsrecht ausgerichtet, indem sie – vom Gesetzgeber verschieden – nicht auf Wiederwahl angelegt sind, sondern ihre demokratische Bestätigung durch ein Plebisitz suchen. Sie stellen die Alternative einer Institutionalisierung einer Langzeitperspektive dar.

Es handelt sich um ein konstitutionalisiertes Verfassungsrevisionsverfahren und also nicht um originäre Verfassunggebung.<sup>75</sup> Entgegen verbreiteter Widerstände in der Literatur eröffnet auch Art. 146 GG einen solchen Weg. Es handelt sich um verfasste Gewalt in einem auf dem Boden des Grundgesetzes zu regelnden Verfahren, die von den ausschließlich auf den Gesetzgeber bezogenen und nur ihm gegenüber legitimen Hürden des Art. 79 Abs. 2 GG und des Art. 79 Abs. 3 GG befreit ist.

## 2. Praktische Konsequenzen und Grenzen

Es sei zunächst klargestellt, dass das Modell der Verfassungsablösung nicht nur in den Schweizer Kantonen und in den US-amerikanischen Gliedstaaten praktikabel ist. Insbesondere hängt die Anwendung des Art. 146 GG keineswegs davon ab, auf dem Wege der Verfassungsänderung zunächst das Verfahren hierfür regeln zu müssen.

<sup>75</sup> Immerhin die Legalisierung der Eröffnung eines solchen Verfahrens sieht auch *T. Schilling*, Der Staat 53 (2014), S. 95 (102 ff.), der jedoch die Konstitutionalisierung der Verfassungsablösung nicht zu Ende denken mag (S. 101 f.).

Wie sich das Verfahren im Einzelnen gestaltet, ist weitgehend verfassungsdeterminiert.<sup>76</sup>

Praktisch handelt es sich um ein Verfahren, das einerseits zwar Hürden des Art. 79 Abs. 2 GG und des Art. 79 Abs. 3 GG überwinden kann und sich damit etwa für eine konzeptionelle und umfassende Bundesstaatsreform oder für eine Überwindung der Integrationsschranken des Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG eignen würde. Andererseits handelt es sich um ein Verfahren von viel größerem Aufwand<sup>77</sup> als jenes im Ablauf so denkbar schlanke Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 2 GG. Grundsätzlich<sup>78</sup> wären vier Phasen mit nicht unerheblichem Zeit- und Organisationsaufwand zu durchlaufen: Die Phase der Initiative einschließlich der noch ausstehenden (einfachrechtlichen) Regelung des Verfahrens, die Phase der Wahl der verfassungsablösenden Versammlung, die Phase der Ausarbeitung des Entwurfs einer neuen Verfassung und die Phase der Volksabstimmung über diesen Entwurf.

Daran zeigt sich, dass das Verfahren für diejenigen Verfassungsrevisionen besonders geeignet erscheint, die das Schweizer Recht als Totalrevision im Gegensatz zur Teilrevision bezeichnet. Eine Verfassungsablösung ist zwar inhaltlich „nach oben wie nach unten“ frei und könnte sich theoretisch auch auf wenige punktuelle oder sogar auf eine einzige Teiländerung beschränken. Aber konzeptioneller Ausgangspunkt einer Verfassungsablösung ist es, die Verfassung als Ganze zur Disposition zu stellen. Dass das nicht so oft geschehen sollte, wie das Bedürfnis nach der Revision eines Einzelaspektes der Verfassung entsteht, versteht sich von selbst. Als Größenordnung einer funktional angemessenen Frequenz für Verfassungsablösungen mag die jeweils 200-jährige Revisionspraxis in den Schweizer Kantonen und den US-amerikanischen Gliedstaaten dienen: Die ca. 300 Revisionsverfahren ergeben eine durchschnittliche Frequenz von ca. 50 Jahren. Konrad Hesse<sup>79</sup> hat einmal die kleinen und größeren Schritte des Verfassungswandels und der Verfassungsänderungen des Grundgesetzes mit dem kleinen und dem großen Zeiger einer Bahnhofsuhr verglichen. Die Verfassungsablösung wäre in diesem Bild der Datumswechsel.

76 Michael (Fn. 43), Rn. 681 ff., 700, 720 ff.; vgl. auch die Prozeduralisierung bei Huber (Fn. 57), Rn. 15 ff.; dem überkommenen Konzept einer nicht regelbaren Verfassunggebung folgt hingegen T. Schilling, Der Staat 53 (2014), S. 95 (107).

77 Ins Leere geht der Einwand gegen die hier vertretene Konzeption von J. Isensee, in: HStR XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 258 Rn. 89, der einfache Gesetzgeber bekäme einen Freibrief, sich des Grundgesetzes zu entledigen: Der einfache Gesetzgeber kann in diesem Verfahren nicht mehr und nicht weniger als den Anstoß geben.

78 Zu einem vereinfachten Verfahren zur Überwindung der Integrationsschranke Michael (Fn. 43), Rn. 754 ff.

79 Hesse (Fn. 25), S. 265 und 267.

## V. Verfassungswandel als verfassungstheoretischer Normalfall

### 1. Das BVerfG als originärer Träger der verfassungswandelnden Gewalt

Legen wir zugrunde, dass eine Verfassungsordnung offen sein muss, um Bestand zu haben, und dass dem das Verfahren der Verfassungsänderung nur mit großen Einschränkungen und das Verfahren der Verfassungsablösung nur mit großer Zeitverzögerung Rechnung tragen kann, dann bleibt für den Verfassungswandel ein „weites Feld“ – eben jenes, welches das BVerfG in seiner reichhaltigen Praxis des Verfassungswandels auch tatsächlich bestellt. Dabei handelt es sich nicht nur um große Revisionen in außergewöhnlichen „constitutional moments“ (*Bruce Ackerman*), sondern auch und vor allem um die kleineren, laufenden Veränderungen, die den „Normalfall“ der Verfassungsrevision darstellen.

Das BVerfG ist als Gericht, als Verfassungsorgan und – mit Blick auf den Verfassungswandel – auch als Verfassungsrevisionsorgan zu begreifen. Das hat mehrere Gründe:

Erstens: Viel näherliegend, als für diesen „Normalfall der Verfassungsrevision“ dem Gesetzgeber die Änderung des ihn bindenden Verfassungsrechts zu ermöglichen, ist es, ein Verfassungsgericht mit einer dynamischen Interpretation des Verfassungsrechts zu betrauen. Mehr noch: Der Verfassungswandel gehört zu den originären Kernaufgaben eines Verfassungsgerichts. Freilich führt auch das zu einer gewissen Gewaltenkonzentration, da ein und dieselbe Institution über die Anwendung und die Fortentwicklung verfassungsrechtlicher Maßstäbe entscheidet. Aber die einzige Alternative, die nicht zu einer (anderweitigen) Gewaltenkonzentration führt, wäre die Verfassungsrevision durch eine verfassungsablösende Versammlung, die sowohl von der Gesetzgebung als auch von der Verfassungsgerichtsbarkeit verschieden ist.

Zweitens: Im *Verfassungsvergleich* lohnt ein Seitenblick auf die USA. Dem amerikanischen Präsidenten *Woodrow Wilson* wird das Zitat zugeschrieben, der Supreme Court sei „a kind of Constitutional Convention in continuous session“.<sup>80</sup> Statt eine solche Konzeption für eine wesensverschiedene, nicht übertragbare Frucht des Case Law zu halten, sollten wir erkennen, dass dies umgekehrt für eine Verfassungsordnung mit ausgeprägter Verfassungsgerichtsbarkeit erst recht gelten muss. Aus dem Common Law können wir lernen, dass die Entwicklung richterrechtlicher Maßstäbe zu den originären Aufgaben von Gerichten gehören *kann*. Nunmehr gilt es zu erkennen, dass Verfassungsgerichte einem solchen Verständnis von richterlicher Gewalt per se eher entsprechen als jener kontinentaleuropäischen Konzeption einer

<sup>80</sup> Auch verfassungstheoretisch ist der Formulierung beizupflichten: Institutioneller Bezugspunkt ist ein (in der US-Bundesfassung nicht geregelter) „Verfassungskonvent“, der alternativ am ehesten berufen wäre, das Verfassungsrecht zu revidieren. Dessen Aufgabe nimmt der Supreme Court in gewisser Weise wahr bzw. vorweg.

Rechtspflege, nach der gesetzlich vorgegebene Regeln ausgelegt und angewendet werden.<sup>81</sup>

Drittens: Eine *Konzeption der Rechtsprechung* als Anwendung vorgegebener Normen auf Einzelfälle setzt ein Wechselspiel zwischen einem parlamentarischen Gesetzgeber und Gerichten voraus, bei dem es zu den originären Aufgaben des Parlamentes gehört, die Gesetze zu aktualisieren, wesentliche Fragen gesetzlich zu regeln und die politische Richtung vorzugeben. Eine – wenn überhaupt – vergleichbare Aufgabe kommt auf Verfassungsebene aber nicht dem Gesetzgeber zu bzw. kann vom verfassungsändernden Gesetzgeber nur begrenzt funktionsadäquat wahrgenommen werden, sondern wäre allenfalls einer verfassungsablösenden Versammlung zuzuordnen, die aber nur sehr selten (wenn überhaupt) in Erscheinung tritt. Die verfassungswandelnde Verfassungsgerichtsbarkeit hat im Gesetzgeber nicht ihr adäquates Gegenüber. Aus verfassungstheoretischen Gründen ist eine Parallelisierung zwischen dem Verhältnis „Gesetzgeber/Gerichte“ und dem Verhältnis „verfassungsändernder Gesetzgeber/Verfassungsgericht“ schief. Auf das wiederum davon zu trennende Verhältnis „einfacher Gesetzgeber/Verfassungsgericht“ wird noch einzugehen sein. Die Vermutung, welche Institution auf Veränderungen normativ reagieren kann, streitet auf Verfassungsebene zugunsten des BVerfG, während sie auf einfacher rechtlicher Ebene zugunsten des Parlaments ausfällt. Die Gewaltenbalance ist dadurch nicht gestört. Für Fehlentwicklungen des Verfassungswandels sowie der Verfassungsänderungspraxis bleibt Art. 146 GG als Korrektiv.

Viertens: Auch der EGMR und der EuGH bestätigen in eindrucksvoller Weise, dass Verfassungsrecht wesentlich von dynamischer Rechtsprechung und viel weniger von Texten geprägt wird. Durch Wechselwirkungen eines grundrechtlichen *Mehrebenensystems* nehmen die Bedeutung der Verfassungsgerichte und des Verfassungswandels<sup>82</sup> noch zu. Das BVerfG kann flexibel agieren und reagieren, wenn sich die Offenheit in zeitlicher Dimension (Wandel) und die Offenheit in räumlicher Dimension (offener Verfassungsstaat im Mehrebenensystem und Verfassungsvergleichung) wechselseitig beeinflussen. „Verfassungspolitik“ ist keine originär parlamentarische Aufgabe, sondern ist als Kernaufgabe des BVerfG zu begreifen, so wie die „Außenpolitik“ als Kernaufgabe der Regierung anerkannt ist. Vor allem die ihrerseits erklärtermaßen dynamische Rechtsprechung des EGMR ist nicht selten Anlass für Verfassungswandel. Das verfassungsrechtliche Gebot der völkerrechtsfreundlichen Verfassungsinterpretation<sup>83</sup> liefert die normative Basis für den so begründeten Ver-

81 Walter (Fn. 5), S. 532 f.; vgl. auch M. Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, Tübingen 1997, S. 3; A. v. Ungern-Sternberg, AÖR 138 (2013), 1 ff.

82 K.-P. Sommermann, Verfassungswandel im Prozess der europäischen Integration und Globalisierung, in: FS Steiner, Stuttgart u. a. 2009, S. 797 ff.

83 M. Payandeh, JÖR 57 (2009), 465 ff.

fassungswandel, wobei die Görgülü-Entscheidung des BVerfG<sup>84</sup> sowohl den Grund als auch die Grenzen dieser Offenheit in ihrer Ambivalenz deutlich macht. Der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR in einem Kooperationsverhältnis zum BVerfG korrespondiert ein Vorbehalt des BVerfG, die nationalen Konsequenzen für das Grundgesetz zu ziehen. Das BVerfG hat dabei nicht nur die Funktion, anderweitige Rechtsprechung zu rezipieren, sondern transportiert auch seinerseits Konzeptionen der eigenen Rechtsprechung nach außen. Zu Recht ist von einem „Kooperationsverhältnis“<sup>85</sup> und von einem „europäischen Verfassungsgerichtsverbund“ (Voßkühle) die Rede. All das wäre nicht möglich, wenn wir dem BVerfG die Kompetenz zum Verfassungswandel absprächen. Dagegen lässt sich die Souveränität des nationalen Volkes nicht in Stellung bringen, da diese ihrerseits durch eine menschenrechtliche Grundrechtskonzeption relativiert wird und Art. 146 GG als das gesamte Verfassungsrevisionsrecht letztlich legitimierende Korrektiv existiert.<sup>86</sup>

Demgegenüber leidet das im deutschen Schrifttum verbreitete Unbehagen gegenüber dem Verfassungswandel unter einem verengten Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit als einer klassischen rechtsprechenden Gewalt.

## 2. Verfassungsrecht als wandlungsfähiges und wandlungsbedürftiges Recht

Die verfassungswandelnde Gewalt ist nicht nur institutionell dem BVerfG zuzuordnen, sondern gründet auch im Verfassungsrecht als dem Gegenstand des Verfassungswandels.

Erstens: Die *Normstruktur von Verfassungsnormen* ist auf Beständigkeit ebenso wie auf Offenheit angelegt. Allgemeine Prinzipien prägen das Verfassungsrecht. Sie sind wandlungsfähig und bedürfen einer zeitangemessenen und sich gegebenenfalls wandelnden Interpretation. Wenn wir dies mit der fachgerichtlichen Rechtsprechung zum einfachen Recht vergleichen wollten, dann mit Generalklauseln und allgemeinen Prinzipien (§ 242 BGB, § 138 BGB): Dort erkennen wir, dass es sich einerseits um denkbar beständige Prinzipien handelt, die als solche eine längere Tradition als alles geschriebene Verfassungsrecht haben, und dass es sich andererseits um Enklaven rein richterrechtlicher Maßstäbe und deren ständiger Weiterentwicklung handelt, ohne dass der Gesetzgeber an diesen Normen je rühen würde. Es handelt sich bei solchen Generalklauseln um gesetzliche Ermächtigungen<sup>87</sup> der Gerichte zur Entwicklung richterrechtlicher Maßstäbe. Diesen einfachrechtlichen Ermächtigungen der Fach-

84 BVerfGE 111, 307 – EGMR-Entscheidungen.

85 BVerfGE 89, 155, 175 – Maastricht.

86 Der Geltungsgrund der Grundrechte folgt der Souveränität. In Deutschland erkennen wir drei Phasen: Erstens die Verleihung einzelner Grundrechte durch souveräne Monarchen, zweitens der Selbstvorbehalt der Grundrechte der Mitglieder eines souveränen Volkes und drittens die Relativierung nationaler Grundrechte durch überstaatlicher Gewährleistungen von Menschenrechten (dazu Michael/Morlok, Grundrechte, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, § 2).

87 Zu solcher Delegation A. Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004.

gerichte korrespondiert eine verfassungsrechtliche Ermächtigung des BVerfG zum Verfassungswandel bezogen auf alle allgemeinen Verfassungsprinzipien. Neben den Grundrechten (dazu sogleich) ist gerade das Demokratieprinzip offen für einen Wandel. Ob einem gewandelten Demokratieverständnis (zu denken wäre etwa an Transparenz, Nachhaltigkeit) Verfassungscharakter gegebenenfalls zuwächst, hängt davon ab, ob solcher Wandel zur Legitimation bzw. zur Beschränkung von Staatsgewalt essentiell wird. Verstehen wir Verfassungen als Legitimationsordnungen, kann ein Verfassungswandel überkommene Legitimationsgrundlagen durch weitere ergänzen und entstandene Legitimationsdefizite kompensieren. Durch Verfassungswandel soll das Legitimationsniveau hoheitlicher Gewalt insgesamt erhalten werden.

Zweitens: Verfassungswandel ist vor allem im grundrechtlichen Bereich zu beobachten. Insbesondere die klassische Dimension der Grundrechte als *Abwehrrechte* gegen den Staat richtet sich nach Art. 1 Abs. 3 GG auch gegen den Gesetzgeber. Abwehrrechte sind wandlungsbedürftig, wenn neue Schutzbedürfnisse gegenüber dem Staat entstehen, wie dies beim Datenschutz greifbar wird. Die „grundrechtssichernde Geltungsfortbildung“<sup>88</sup> (*Häberle*) ist Kompensation für grundrechtsbeschränkende Entwicklungen. Hinter der Verbürgung der Grundrechte insgesamt (abgesichert durch die Auffanggrundrechte in Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, durch Art. 1 Abs. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG und die Wesensgehaltsgarantie) verbirgt sich eine Garantie eines insgesamt – und eben nicht nur bezogen auf spezifische Freiheits- und Gleichheitsrechte – freiheitlichen Lebens. Deshalb muss die Grundrechtsinterpretation auf neuere Bedürfnisse, Freiheiten auszuleben (Nutzung des Internets, gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften mit Kindern), reagieren und ebenso auf neuere Gefährdungen der Grundrechte (Überwachungsstaat). Am Beispiel der Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung<sup>89</sup> und auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme<sup>90</sup> lässt sich zeigen, wieso es die originäre Aufgabe des BVerfG war, hier einen Gegenpart zum Gesetzgeber zu spielen. Die technische Entwicklung der Datenverarbeitung hat hier vereinfacht gesagt drei Folgen: Erstens steigen die Möglichkeiten (organisierter und terroristischer) Kriminalität. Zweitens reagiert der Gesetzgeber darauf mit Nutzung und Überwachung dieser technischen Möglichkeiten. Drittens steigt das Bedürfnis nach grundrechtlichem Schutz gegen die Entwicklung der Sicherheitsgesetzgebung. Wenn sich die ersten beiden Folgen als flexibel erweisen, aber der Grundrechtsschutz als starr, dann bleiben die Grundrechte wegen ihrer Starrheit auf der Strecke. Daran ändert nichts, dass die Frage des Schutzbedürfnisses der Privatheit eine „hochpolitische“ und ihrerseits dem Wandel unterworfene Frage ist. Über jedwede, mehr oder auch weniger strenge Rechtsprechung des BVerfG in diesem Bereich lässt sich deshalb gewiss inhaltlich

88 P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43, 69 ff.; ders. (Fn. 3), S. 113.

89 BVerfGE 65, 1 – Volkszählung.

90 BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchungen.

sehr streiten. Aber die Alternative kann nicht sein, die Beantwortung der Fragen dem Parlament vorzubehalten. Verfassungswandel mittels der Verfassungsbeschwerde führt hier nicht zu einer „Überrepräsentation der Prozessbeteiligten“,<sup>91</sup> sondern kompensiert insoweit die strukturelle Unterlegenheit von Individualrechten.

Drittens: *Minderheitenrechte* und ihr Schutz sind – bei aller Schwierigkeit, diese „spezifischen Konstellationen“<sup>92</sup> zu erfassen – eine zentrale Funktion materiellen Verfassungsrechts. Minderheiten werden durch Art. 79 Abs. 2 GG davor geschützt, dass einfache Mehrheiten ihnen den verfassungsrechtlichen Schutz entziehen, und sie haben die Chance, dass das BVerfG ihre Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit anerkennt, ohne dass hierfür qualifizierte Mehrheiten zustande kommen, die die Verfassung explizit ändern. Der Schutz diskriminierter Gruppen ist einer dynamischen Entwicklung unterworfen. Die Geschichte zeigt, dass sich Gleichbehandlung auch in Verfassungsstaaten nur schrittweise durchsetzen lässt. Die Zeit muss reif sein, Diskriminierungen wahrzunehmen und mit verschiedenen Mitteln, wesentlich auch des Verfassungsrechts, zu überwinden. Beispiele aus der Geschichte betreffen die allmähliche Überwindung der Rassendiskriminierung in den USA und heute der Diskriminierung wegen der geschlechtlichen Identität und Orientierung. Auch hier sei davor gewarnt, dass es sich um einen abgeschlossenen Prozess handelt. Manche gruppenspezifische Diskriminierung wird erst allmählich überhaupt wahr- und ernstgenommen. Gerade in der Phase, in der Minderheiten um ihre Anerkennung und gegen Diskriminierungen noch besonders kämpfen müssen, kommt der Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. dem Verfassungswandel eine zentrale Rolle zu. Dafür sind die Rechtsprechung des US Supreme Court zur Rassendiskriminierung und des BVerfG zu gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften eindrucksvolle Beispiele. Minderheitenrechte hängen wesentlich von einer starken Ausprägung der Justizstaatlichkeit ab und sollten nicht auf einen an die Hürde des Art. 79 Abs. 2 GG gebundenen Verfassungsgesetzespositivismus verwiesen werden. Eine Maximierung richterlicher Zurückhaltung würde den Status quo begünstigen,<sup>93</sup> was mit der Beständigkeit des Verfassungsrechts nicht verwechselt werden darf. Die Maßstäbe und die Grenzen eines solchen Verfassungswandels und dessen inhaltliche Plausibilität sind Fragen, die sich im Anschluss an die Bejahung einer grundsätzlichen Kompetenz des BVerfG stellen.

Viertens: *Schutzwürdigkeit* sind deshalb ein Phänomen des Verfassungswandels, weil eine mit der Zeit wachsende Freiheitsausübung in einer grundrechtlich geprägten

91 Möllers (Fn. 26), S. 319.

92 Möllers (Fn. 26), S. 343 f., der zutreffend fordert, Minderheitenschutz sei von Minderheitenrechten abhängig, aber das Problem ausblendet, das sich gerade mit Blick auf die Anerkennung neuer Minderheitenrechte stellt.

93 K. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders., Ausgewählte Schriften, Heidelberg 1984, S. 311, 314.

Rechtsordnung zunehmend mit Rechten Dritter zu kollidieren droht. Das Schutzpflichtenbedürfnis ist sozusagen ein typisches Phänomen erst eines fortgeschrittenen Stadiums des Verfassungsstaates. Dass diese Entwicklung noch nicht erschöpft ist und vor Grenzen nicht halt macht, zeigen Beispiele wie „Google Street View“ und die „NSA“. Den Ausgleich zu finden, ist – zumal es typischerweise zu Grundrechtskollisionen kommt – eine Frage, die sich nur schwer abstrakt und deduktiv normieren lässt. Die Schutzpflichtendogmatik entwickelt sich deshalb induktiv „von den Konfliktfällen“ her. Das kann funktionsadäquat, weil fallorientiert durch Rechtsprechung geschehen.

Fünftens: Auch das Staatsorganisationsrecht kann einem Wandel unterliegen. Insbesondere *Parlamentsrechte* sind Gegenstände typischen Verfassungswandels. Das Parlament ist in Zeiten einer Sogwirkung der Entparlamentarisierung auch vor sich selbst zu schützen. Das BVerfG war es, das Parlamentsvorbehalte kreativ fortentwickelte gegenüber Auslandseinsätzen der Bundeswehr<sup>94</sup> und gegenüber Schritten der Europäischen Integration.<sup>95</sup> In solchen Situationen fehlte offenbar dem Parlament selbst die Kraft, sich zu schützen und Kompetenzen vorzubehalten. Das BVerfG muss also auch das Parlament selbst und nicht nur vor Hoheitsakten des Parlaments schützen und die Verfassung gegebenenfalls entsprechend dynamisch interpretieren.

## **D. Bereichs- und funktionenspezifische Zuordnung der verfassungswandelnden Gewalt**

### **I. Der institutionelle Vorzeichenwechsel des Verfassungsrevisionsrechts im Ergänzungsverhältnis zwischen Parlamentarismus und Justizstaatlichkeit**

Der Begriff „Justizstaat“ bzw. „Jurisdiktionsstaat“ ist seit *Carl Schmitt*<sup>96</sup> negativ besetzt. Skepsis gegen eine Politisierung der Justiz hat gewiss ihre Berechtigung. Aber es ist nicht nur naiv, die Trennbarkeit von Politik und Recht unreflektiert zu unterstellen und auf eine imaginäre Grenze zwischen beiden Bereichen zu verweisen. Vor allem der Begriff „Verfassungspolitik“ suggeriert in fataler Weise, dass es sich um eine originär parlamentarische, weil eben politische Aufgabe handele. Dabei den Justizstaat in einem Konkurrenzverhältnis zum Parlamentarismus zu sehen, droht die verfassungstheoretischen Vorzeichen zu erkennen. Soweit die Untrennbarbarkeit von Verfassungsrecht und Politik erkannt wird, gilt die kraftvolle Wahrnehmung

<sup>94</sup> BVerfGE 89, 38, 46 – Somalia; E 90, 286, 383 ff. – Out-of-area-Einsätze; E 100, 266, 269 – Kosovo; E 108, 34, 42 f. – Bewaffnete Bundeswehreinsätze; E 121, 135, 154 – Luftraumüberwachung Türkei.

<sup>95</sup> BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon; E 131, 152 ff. – Unterrichtungspflicht.

<sup>96</sup> C. Schmitt in: Anschütz/Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Tübingen 1932, § 101 S. 572, 580; anders W. Kahl, Der Staat 43 (2004), 167, 181, 189 m. w. N.

verfassungsgerichtlicher Aufgaben zu Unrecht als illegitime „Selbstermächtigung“.<sup>97</sup>

Zu dieser Sichtweise passt auch die Gegenüberstellung der *Prinzipien* Rechtsstaat und Demokratie: Demokratie als Herrschaft auf Zeit ist danach auf Wandel angelegt und der Rechtsstaat auf Beständigkeit. Das durch Wahlen demokratisch legitimierte Parlament ist der Ort, den Wandel zu diskutieren und über seine rechtlichen Konsequenzen zu entscheiden. Das BVerfG verkörpert hingegen als „Hüter der Verfassung“ tendenziell die rechtsstaatlichen, bewahrenden Aspekte der Beständigkeit der Verfassung und setzt dem Wandel der Demokratie Grenzen.

Mit Bezug auf das Verfassungsrevisionsrecht zeigen sich indes umgekehrte Tendenzen: Einerseits scheint das Parlament gerade als Verkörperung der Flexibilität nicht prädestiniert, um über die auf Beständigkeit angelegte Verfassung zu verfügen. Andererseits erweist sich das BVerfG bezogen auf den Verfassungswandel bisweilen als Institution auch der Dynamik. An der Schwelle von der Gesetzgebung zur Verfassungsänderung bzw. von der Verfassungsanwendung zum Verfassungswandel findet ein institutioneller Vorzeichenwechsel statt.

Nicht nur die Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaates stärken und ergänzen sich gegenseitig, sondern auch die *Institutionen*. Nicht zuletzt der dynamischen Verfassungsinterpretation durch das BVerfG ist es zu verdanken, dass Parlamentsrechte auch in Zeiten abnehmender Bedeutung des Parlaments gegenüber der Regierung, gegenüber privaten, internationalen und europäischen Akteuren in Form von Parlamentsvorbehalten (Bundeswehreinsätze, Rettungsschirm) betont werden.<sup>98</sup> Richtig ist, dass Justizstaatlichkeit und Parlamentarismus keine Gegensätze sind, sondern sich wechselseitig ergänzen können. Wichtig ist zu erkennen, dass auch und gerade die Fragen der Verfassungsentwicklung nicht allein, ja nicht einmal primär in die Hände des Parlaments gelegt werden sollten.

## II. Balance zwischen den drei verfassungsrevidierenden Gewalten

Beständigkeit der Verfassung ist auch eine Frage der Gewaltzuordnung innerhalb des Verfassungsrevisionsrechts. Die drei Gewalten der Verfassungsrevision, d. h. die verfassungs ablösende Gewalt, die verfassungsändernde Gewalt und die verfassungswandelnde Gewalt sind in ein ausbalanciertes Verhältnis zu bringen. Sie sind nicht den drei klassischen Gewalten der Legislative, Exekutive und Judikative zuzuordnen. Die Organe, die an den verschiedenen Verfahren der Verfassungsrevision beteiligt sind, stehen aber – insoweit der klassischen Gewaltenteilung ähnlich – in einem Ver-

97 Lepsius (Fn. 20), S. 180; C. Schönberger, ebd., S. 25: „Selbstautorisierung“ im Anschluss an D. Hermann, Akte der Selbstautorisierung als Grundstock institutioneller Macht von Verfassungsgerichten, in: Vorländer, Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2006, S. 141 ff.

98 Zu den Oppositionsrechten: Möllers (Fn. 26), S. 326: „Politisierung der Politik“, einschränkend: S. 333 ff.

hältnis wechselseitiger Beschränkung: Zuerst denken wir hierbei an die Überprüfbarkeit einer Verfassungsänderung durch das BVerfG am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG. Aber das BVerfG kann auch die Blockade von Sperrminoritäten nach Art. 79 Abs. 2 GG durchbrechen. Umgekehrt kann freilich auch der verfassungsändernde Gesetzgeber einem Verfassungswandel die normative Grundlage entziehen und den Inhalten der Verfassung eine neue Richtung geben. Und schließlich können die Institutionen des Verfassungsablösungsverfahrens (verfassungsablösende Versammlung und Verfassungsplebiszit) all dies zur Disposition stellen (oder auch bestätigen).

Eine funktionsgerechte Zuordnung zu den drei verfassungsrevidierenden Gewalten muss einerseits von der Verschiedenartigkeit der Bedürfnisse der Verfassungsrevision ausgehen: Es ist zu unterscheiden zwischen Lockerungen und Verschärfungen verfassungsrechtlicher Inhalte, zwischen organisatorischen und inhaltlichen Änderungen sowie zwischen punktuellen und das ganze Gefüge betreffenden Revisionen. Andererseits sind die funktionellen Eigengesetzmäßigkeiten der verschiedenen Organe und Verfahren der Verfassungsrevision zu berücksichtigen. So sind an der Verfassungsänderung der Bundestag als periodisch wiederzuwählendes Parlament und der Bundesrat als exekutiv geprägtes Organ beteiligt, während eine verfassungsablösende Versammlung direkt und einmalig zu wählen wäre und sich ihre Ausübung verfassungsrevidierender Gewalt nicht an einer Neuwahl, sondern in einem Verfassungsplebiszit messen lassen muss. Prägend für das BVerfG sind das Verfahren der Wahl der Richter einerseits und deren Unabhängigkeit andererseits. Für die Legitimität der verfassungswandelnden Gewalt des BVerfG spricht, dass richterliche Unabhängigkeit nicht allein ein Merkmal klassischer Judikative ist, sondern zugleich eine funktionsadäquate, dynamische Weiterentwicklung von Individualrechten zu optimieren vermag. Nicht nur die Entscheidung einzelner Fälle (nicht nur des subjektiven Rechtsschutzes), sondern auch die maßstabsetzende Gewalt bezogen auf Individual-, insbesondere Minderheitenrechte, wird im Verfassungsstaat einer unabhängigen Verfassungsrechtsprechung anvertraut. Auch die Verfahren der unterschiedlichen verfassungsrevidierenden Gewalten unterscheiden sich wesentlich. Parlamentarische Debatten unterscheiden sich von verfassunggerichtlichen Verhandlungen ebenso wie von einem Verfassungsplebiszit. Außerdem gelten unterschiedliche Mehrheitsfordernisse und Begründungsanforderungen.

Gesucht ist ein „Träger der Verfassungswandlung, der ihm (dem Charakter des Verfassungsrechts) kongenial ist“<sup>99</sup> und er ist in der Verfassungsgerichtsbarkeit zu finden. Es soll gar nicht geleugnet werden, dass die Anerkennung einer verfassungswandelnden Gewalt zu einer Machtkonzentration (Maßstabsetzung und Rechtsprechung) zugunsten des BVerfG führt. Aber diese ist nicht mehr als ein Gegengewicht

99 Krüger (Fn. 23), S. 160.

zur Konzentration der Macht beim Gesetzgeber, dem sowohl die Legislative als auch die verfassungsändernde Gewalt anvertraut werden. Bedenken dagegen, das BVerfG entscheide in eigener Sache, richten sich genauso gegen den verfassungsändernden Gesetzgeber und könnten nur durch eine eigene Institution (verfassung ablösende Versammlung) zerstreut werden. Die Dynamik des demokratischen Rechtsstaats mit einer materiellen Verfassungskonzeption wird von einer doppelten Spannung getragen: Einerseits schließt der Rechtsstaat nicht aus, dass der Gesetzgeber die ihn bindenden Verfassungsnormen ändern kann. Andererseits schließt die Demokratie nicht aus, dass es das BVerfG ist, das die verfassungsrechtlichen Maßstäbe durch dynamische Interpretation weiter entwickelt. Dem ließe sich schlüssig allenfalls ein starker Vorbehalt der Verfassungsrevision durch ein hierfür zu schaffendes Gremium entgegenstellen oder ein Konzept einer rein formalen Organisationsordnung, bei der sowohl die Verfassungsänderung als auch ein Verfassungswandel auszuschließen wären. Beides ist dem Grundgesetz fern.

### **III. Verhältnis von Verfassungswandel und Verfassungsänderung**

#### **1. Spezifische Funktion des Verfassungswandels gegenüber der Verfassungsänderung**

Soweit Verfassungsrecht seine Normativität gerade auch *gegenüber dem Gesetzgeber* entfalten soll, muss eine funktionsadäquate Verfassungsrevision jenseits der Institutionen und des Verfahrens der Gesetzgebung angesiedelt werden. Das hat praktische Bedeutung vor allem im grundrechtlichen Bereich. Zum Grundrechtswandel ist im Normalfall – d. h. vorbehaltlich der Verfassung ablösung – die Verfassungsgerichtsbarkeit originär berufen. Die Unabhängigkeit des Gerichts spricht nicht gegen, sondern für seine Legitimation zum Verfassungswandel. Verfassungswandel schwächt insoweit nicht die Normativität der Verfassung, sondern vermag sie erst zeitgemäß zu entfalten und wirksam durchzusetzen. Dabei bleibt die Verfassungsgerichtsbarkeit rechtsgebunden, indem Verfassungswandel normativ auf allgemeinen Verfassungsgrundsätzen und gegebenenfalls auf der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes gründet und das BVerfG auch die eigene Rechtsprechung berücksichtigen muss (dazu D.).

Der Verfassungswandel steht aber nicht nur in einem funktionellen Ausgleichsverhältnis gegenüber der Legislative, sondern auch spezifisch gegenüber verfassungsändernder Gesetzgebung. Auf die Möglichkeiten des verfassungsändernden Gesetzgebers, den Verfassungswandel in die Schranken zu weisen, ist noch einzugehen (s. u. IV. 2.). Das BVerfG hat keineswegs die Kompetenz, erfolgte Verfassungsänderungen (abgesehen von den Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG) inhaltlich zu korrigieren. Der Verfassungswandel füllt vielmehr gegebenenfalls die Lücke, die durch die Nichtänderung der Verfassung entstehen kann. An dieser Stelle geht es nicht um ein Tun, sondern um ein Unterlassen der verfassungsändernden Gewalt. Der Verfassungswandel betrifft nur die Konstellationen, in denen „der Gesetzgeber sich zu einer not-

wendigen Verfassungsänderung nicht entschließen kann“.<sup>100</sup> Begreifen wir die Hürde des Art. 79 Abs. 2 GG in solchen Fällen als Problem einer Herrschaft der Toten über die Lebenden, kann das BVerfG dem wirksam begegnen. Initiativen zu einer Ergänzung der speziellen Diskriminierungsverbote nach Art. 3 Abs. 3 GG um ein Merkmal „wegen sexueller Orientierung“ scheiterten politisch u. a. daran, dass eine solche Ergänzung wegen der strengen Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz entbehrlich sei, was wiederum das BVerfG als Bestätigung seiner Rechtsprechung deutete.<sup>101</sup> Wer von einem Vorbehalt der Verfassungsänderung Abstand nimmt, wird mit dem BVerfG auch eine nicht formal gesetzliche, geschweige denn den Hürden des Art. 79 Abs. 2 GG unterliegende Bestätigung eines Verfassungswandels in einer parlamentarischen Debatte für ein legitimitätsstiftendes Element halten können.

Bereits *Herbert Krüger* stellte die berechtigte Frage, ob man durch das Instrument der Verfassungsänderung nach Art. 79 GG „wahrhaft die Wirkung der Veränderlichkeit aller Verhältnisse einer Verfassung aufgefangen und ‚kanalisiert‘ hat“<sup>102</sup> oder „ob eine rigide Verfassung diejenige Starrheit, die sie sich durch die Formalisierung der Verfassungsänderung verliehen hat, dadurch in etwa auszugleichen versucht, daß sie der Verfassungsgerichtsbarkeit die Verfassungswandlung anvertraut hat“.<sup>103</sup>

*Jestaedt* bringt die Sichtweise einer sehr verbreiteten Auffassung auf die Formel: „Die Schwächung des Verfassungsgesetzgebers ist der Preis, der für die starke Verfassungsgerichtsbarkeit zu entrichten“<sup>104</sup> sei. Das keineswegs zu bestreitende Kompen-sationsverhältnis sei hier umgekehrt: Die Schwächen der Verfassungsgesetzgebung kompensieren zu können, ist der Gewinn, der mit einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit zu erzielen ist.

## 2. Spezifische Funktion der Verfassungsänderung gegenüber dem Verfassungswandel

### a) Änderungen der Verfassung, die einem Verfassungswandel entzogen wären

Dass die Verfassungsänderung aus verfassungstheoretischem Blickwinkel als legitimationsbedürftiger Sonderfall und der Verfassungswandel als der Normalfall erscheint, ändert nichts daran, dass die Verfassungsänderung eine wichtige praktische Bedeutung im Verfassungsrevisionsrecht des Grundgesetzes einnimmt – gegebenenfalls auch im Verhältnis zum Verfassungswandel.

Die Spielräume und die Reichweite eines Verfassungswandels sind auf die Interpretation des dem BVerfG vorgegebenen Verfassungstextes begrenzt, mögen auch die

100 Wolff (Fn. 35), S. 107.

101 BVerfGE 131, 239, 257 – Lebenspartnerschaft von Beamten.

102 Krüger (Fn. 23), S. 152.

103 Krüger (Fn. 23), S. 156.

104 Jestaedt (Fn. 4), S. 228.

dynamisch zu entwickelnden Inhalten dem BVerfG aufgegeben sein. Vor allem gibt es Änderungen, die sich nicht als Konsequenz eines allgemeinen Prinzips darstellen, sondern als Ausgestaltungsvarianten, zwischen denen zu entscheiden ist. Ein Instrument wie das der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 GG, das 2006 die Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG ersetzt hat, hätte sich nicht durch Verfassungswandel entwickeln können, sondern war einer gesetzlichen Verfassungsänderung vorbehalten. Das gilt auch für formale Regelungen wie jene, dass z. B. Länder mit mehr als sieben Millionen Einwohnern nach Art. 51 Abs. 2 GG i. d. F. seit 1990 sechs statt fünf Stimmen im Bundesrat haben oder dass das Wahlalter nach Art. 38 Abs. 2 GG von 21 bzw. 25 auf 18 Jahre abgesenkt wurde.

### b) Option der Korrektur eines Verfassungswandels durch Verfassungsänderung

Das BVerfG ist auch an geänderte Bestimmungen des Grundgesetzes ohne Einschränkung gebunden – unter dem Vorbehalt, dass die Änderung den formalen und inhaltlichen Anforderungen des Art. 79 GG genügt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber sitzt insofern am „längerem Hebel“, gegebenenfalls auch einen Verfassungswandel zu korrigieren, indem er ihm die textliche Grundlage entzieht und damit den „Vorrang seines Letztinterpreten“<sup>105</sup> durchbricht. Zwar ohne, aber nicht gegen eine 2/3-Mehrheit kann also ein Verfassungswandel stattfinden. Anders herum: Die Hürde des Art. 79 Abs. 2 GG gilt für den Gesetzgeber – aus guten Gründen – auch gegenüber einem verfassungsrichterlichen Verfassungswandel. Einen solchen kann und soll der Gesetzgeber eben nur „korrigieren“ dürfen, wenn entsprechende Mehrheiten zustande kommen. Es ist auch nicht illegitim, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber gegebenenfalls durch eine „nachträgliche Veränderung der Spielregeln“ partiell seinen „Kontrolleur ausschaltet“.<sup>106</sup> Der Behauptung von *Lepsius*,<sup>107</sup> „nicht einmal der verfassungsändernde Gesetzgeber“ könne die verfassungsgerichtliche Maßstabsetzung „modifizieren“, denn das BVerfG zeichne sich selbst „frei von der (...) Bindung an das verfassungsändernde Gesetz“, ist vehement zu widersprechen. Er bringt dafür keinerlei Beispiele und sollte es solche je geben, wäre *Lepsius* im Ergebnis zuzustimmen, dass das BVerfG seine Kompetenz überschreiten würde. Die inhaltliche Grenze der Verfassungsänderung und deren verfassungsgerichtlicher Kontrolle ist allein Art. 79 Abs. 3 GG.

Würde also z. B. das BVerfG gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften als „Ehe“ i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG interpretieren, könnte der verfassungsändernde Gesetzgeber die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe verfassungsgesetzlich definieren – so wie es in Art. 18 der Verfassung Polen explizit geregelt ist. Dieses potentielle Korrektiv sollte das BVerfG abschrecken, den Akzeptanzrahmen zu überdehnen mit einem

105 *Jestaedt* (Fn. 4), S. 185.

106 *Jestaedt* (Fn. 4), S. 207 f.

107 *Lepsius* (Fn. 20), S. 179 und 180; ähnlich *Möllers* (Fn. 26), S. 332.

übersteigerten Tempo eines Verfassungswandels. Ob der einfache Gesetzgeber der auf Art. 3 Abs. 1 GG basierenden Rechtsprechung des BVerfG zu den gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften durch eine Streichung des LPartG die Grundlage entziehen könnte, ist hingegen fraglich. Immerhin gibt es Beispiele für eine Interaktion zwischen Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsänderungen, so etwa die zweimalige Änderung des Art. 72 Abs. 2 GG.

**c) Option der Bestätigung eines Verfassungswandels durch Verfassungsänderung**

Der verfassungsändernde Gesetzgeber – und nicht nur eine Verfassungsablösung – hat auch die Option, einen bereits durch die Rechtsprechung vollzogenen Verfassungswandel zu bestätigen, d. h. den Text des Grundgesetzes „nachzuführen“. So hat der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG eine Formulierung aufgegriffen, die das BVerfG in seiner Solange-II-Formel geprägt hatte. Eine Änderung des Grundgesetzes nach Art. 79 GG bewirkt dadurch eine erhöhte Bestandskraft,<sup>108</sup> dass einerseits das BVerfG an den neuen Text gebunden wird und andererseits auch eine erneute Änderung den Hürden des Art. 79 Abs. 2 GG unterworfen wäre und also von einer Sperrminorität blockiert werden könnte.

**d) Option der Ersetzung/Vorwegnahme eines Verfassungswandels durch Verfassungsänderung**

Die verfassungstheoretische Überlegung, dass der Verfassungswandel durch das BVerfG der Normalfall und die Verfassungsänderung durch den Gesetzgeber der Sonderfall einer Verfassungsrevision ist, begründet zwar eine Kompetenz des BVerfG zum Verfassungswandel auch ohne eine dem Art. 79 GG vergleichbare ausdrückliche Regelung im Grundgesetz. Weitere rechtliche Konsequenzen etwa in der Weise, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber gegenüber dem Verfassungswandel beschränkt wäre oder Zurückhaltung üben müsste, hat dies aber nicht. Wenn eine Verfassung den Gesetzgeber ausdrücklich zur Verfassungsänderung ermächtigt, steht diese Option vollwertig „neben“ jener des Verfassungswandels. Art. 3 Abs. 2 S. 2 und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sind Beispiele dafür, dass auch der verfassungsändernde Gesetzgeber eine Diskriminierung von Gruppen als Thema aufgreifen und verfassungstextlich regeln kann. Auch gegen verfassungspolitisch kritikwürdige<sup>109</sup> Änderungen des Verfassungstextes zugunsten von Detailregelungen (Art. 13, 16a, 23 GG) gibt es verfassungsrechtlich keine Handhabe, sondern nur die Option, derartige Textauswüchse in einem Verfahren nach Art. 146 GG zu bereinigen. Das führt uns zum nächsten Thema.

108 A. Roßnagel, *Der Staat* 22 (1983), 551, 572; zustimmend Wolff (Fn. 35), S. 108.

109 M. Brenner, *AöR* 120 (1995), 248 ff.; *Jestaedt* (Fn. 4), S. 186.

## IV. Verhältnis von Verfassungswandel und Verfassungsablösung

### 1. Spezifische Funktion des Verfassungswandels gegenüber der Verfassungsablösung

Die Frage der Verfassungsrevision stellt sich zunehmend, je älter eine Verfassung ist. Genauer: Das Bedürfnis für einen Verfassungswandel steigt, je länger die Verfassunggebung *oder* eine Verfassungsablösung zurückliegt. Bereits *Georg Jellinek* hat gesehen, dass Verfassungsablösung neben der Verfassungsänderung und dem Verfassungswandel für eine Verfassungsrevision in Betracht kommt, und verweist verfassungsvergleichend auf die „interessante Einrichtung der Konventionen“<sup>110</sup> in den US-amerikanischen Gliedstaaten. Verfassungstheoretisch stellt die Verfassungsablösung den Grundfall der Verfassungsrevision dar. Denn durch eine verfassungsablösende Versammlung wird ein Organ geschaffen, das durch Wahl unmittelbar demokratisch legitimiert ist und das mangels periodischer Wiederwahl die Langzeitperspektive institutionalisiert. Die so zu erreichende Trennung sowohl von der Gesetzgebung als auch von der Verfassungsgerichtsbarkeit ist unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung der modellhafte Grundfall. Aber selbst wenn wir Art. 146 GG – trotz aller gegen diese Norm verbreiteter Bedenken und Theorien – für eine Modellnorm der Verfassungsablösung und für praktikabel halten, handelt es sich um ein (gewollt) schwerfälliges Verfahren, das nicht auf die Revision einer einzelnen Norm angelegt ist. Es wäre irrig zu glauben, dass sich die Bedürfnisse der Verfassungsrevision durch ein Wechselspiel von Verfassungsänderung und Verfassungsablösung umfassend befriedigen ließen.

Um die zeitliche Spannung seit der Verfassunggebung bzw. der letzten Verfassungsablösung bis zur nächsten Verfassungsablösung ausgleichen zu können, kommt dem Verfassungswandel – neben der Verfassungsänderung – eine eigenständige Funktion zu. Für dieses Phänomen einer Interaktion<sup>111</sup> zwischen Verfassungswandel und Verfassungsablösung gibt es sogar ein viel beachtetes historisches Vorbild im Verfassungsvergleich. Die letzte Totalrevision der Schweizer Bundesverfassung wurde als „Nachführung“ (*Kurt Eichenberger*) konzipiert. So wurde u. a. auf den Text gebracht, was zuvor bereits einem Verfassungswandel unterlag. Sogar in der Schweiz, die einerseits keine separierte Verfassungsgerichtsbarkeit hat und in der andererseits die Totalrevision als gemeinschweizerisches Verfassungsrecht verinnerlicht und explizit geregelt ist, wird also eine solche Vorreiterfunktion des Verfassungswandels und eine Nachführungsfunktion der Verfassungsablösung anerkannt. Das sollte für das Grundgesetz mit seiner starken Verfassungsgerichtsbarkeit erst recht gelten. Auch der Gedanke von *Woodrow Wilson*, der Supreme Court sei „a kind of Constitutional Convention in continuous session“ verweist auf die Verfassungsablösung

110 *Jellinek* (Fn. 1), S. 77.

111 *Jestaedt* (Fn. 4), S. 187, erkennt, dass es keine Interaktion zwischen dem historischen Verfassunggeber und dem BVerfG geben kann, verkennt aber die Kategorie der verfassungsablösenden Gewalt.

– und nicht auch die Verfassungsänderung – als Bezugsgröße des Verfassungswandels.

## 2. Spezifische Funktion der Verfassungsablösung gegenüber dem Verfassungswandel

Es versteht sich von selbst, dass nicht nur die Verfassungsänderung, sondern erst recht die Verfassungsablösung einem Verfassungswandel die textliche Grundlage entziehen und eine dynamische Verfassungsrechtsprechung somit korrigieren kann. Viel wahrscheinlicher ist indes, dass auf dem Wege einer Verfassungsablösung der Verfassungstext vor allem i. S. einer „Nachführung“ angepasst würde. Die Verfassungsablösung kann gerade auch die Funktion haben, die dynamische Interpretation des abzulösenden Verfassungstextes aufzugreifen und auf den Text zu bringen. Sollte es je zu einer Verfassungsablösung kommen, stellt sich vor allem die Frage, ob Rechtsprechung auch dann Bestand hat, wenn eine überkommene Formulierung des Verfassungstextes schlicht übernommen wird. Stellen wir uns etwa eine Verfassungsablösung vor, die den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes unberührt ließe. Wäre das als Absage an den Verfassungswandel zu begreifen? Wäre der Fortbestand eines Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung davon abhängig, dass dieses Grundrecht in einer neuen Verfassung ausdrückliche Erwähnung fände? Würde ein weiter bestehender besonderer Schutz von „Ehe und Familie“ eine Absage an die jüngere Rechtsprechung des BVerfG (s. u. Fn. 126) bedeuten? Die Antwort lautet: Im Zweifel würde eine Nichtveränderung des Textes dessen dynamische Auslegung unangetastet lassen. Wenn jedoch Anhaltspunkte dafür bestehen, die Nichtveränderung des Textes habe dessen ursprüngliche Bedeutung bestätigen wollen, müsste sich das BVerfG damit auseinandersetzen und gegebenenfalls auch seine Rechtsprechung korrigieren. Der historischen Auslegung käme dann eine verstärkte Bedeutung zu, denn insofern eine textliche Klarstellung zu verlangen, würde weder dem Verfahren gerecht noch dem Verfassungstext, der sonst durch negative Formulierungen verunstaltet würde, was nicht gemeint sei.

Vor allem aber hat die Verfassungsablösung die Funktion, die Lücke füllen zu können, die gegebenenfalls weder die Verfassungsänderung noch der Verfassungswandel füllen kann. Diese Lücke wird greifbar im Lissabon-Urteil des BVerfG. Wenn wir – eine inhaltliche Bewertung soll auch hier außer Betracht bleiben – dem Urteil folgen, dass die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG erreicht und durch eine dynamische Interpretation des Art. 79 Abs. 3 GG auch nicht vom BVerfG „angepasst“ werden können, dann bleibt Art. 146 GG als Ausweg einer Verfassungsrevision – worauf das BVerfG völlig zutreffend auch hingewiesen hat. Ähnliches würde für eine Bundesstaatsreform gelten, die diesen Namen verdiente.

## E. Maßstäbe und Grenzen des Verfassungswandels

### I. Bisherige Vernachlässigung der zentralen rechtsdogmatischen Frage

Die Suche nach „angebbaren und sinnvollen Regeln“<sup>112</sup> des Verfassungswandels ist nach *Jestaedt*<sup>113</sup> bisher vergeblich geblieben. Das liegt daran, dass sich diese Frage auch gar nicht stellte – jedenfalls nicht den Hauptprotagonisten der Diskussion, die nämlich Verfassungswandel entweder als Faktum hingenommen (*Georg Jellinek*) oder als nicht existent geleugnet (*Häberle*) oder aber als per se für unzulässig gehalten (*Böckenförde*) haben. Der hiesige Beitrag, der den Verfassungswandel als legitime Verfassungsrevision begreift, ist auf die Frage nach Maßstäben und Grenzen eine Antwort schuldig.

### II. Anlässe und Argumente für einen Verfassungswandel

#### 1. Technischer Wandel als Anlass

Einer der Anlässe für einen Verfassungswandel kann in der Veränderung technischer Möglichkeiten bestehen. Die Entwicklungen des Computers und des Internets sind hierfür ein anschauliches Beispiel. Der Umstand allein, dass eine solche technische Entwicklung zur Zeit der Entstehung der Verfassung noch nicht vorhersehbar war, reicht freilich allein nicht aus, einen Verfassungswandel notwendig und möglich zu machen. Vielmehr stellt sich die Frage eines Verfassungswandels erst, wenn das Bedürfnis besteht, auf neuartige Fragen mit neuartigen verfassungsrechtlichen Antworten zu reagieren, wenn es also nicht nur allgemeine Grundsätze des Verfassungsrechts anzuwenden, sondern verfassungsrechtliche Maßstäbe fortzuentwickeln gilt. Die Grenze zwischen einer neuartigen Anwendung alter Maßstäbe und der Fortentwicklung neuer Maßstäbe selbst ist dabei fließend.

#### 2. Gesellschaftlicher Wertewandel als Anlass

Wie beim technischen Wandel geht es auch beim gesellschaftlichen Wandel regelmäßig um einen auch tatsächlichen Wandel, da veränderte Anschauungen und veränderte Verhaltensweisen in einem Wechselwirkungsverhältnis stehen. Die Entwicklungen der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften geben hierzu ein Beispiel. Der Verfassungswandel reagiert gegebenenfalls sowohl auf Tatsachen als auch auf Anschauungen. Allein die Veränderung von Tatsachen (etwa der Anstieg der Armut, der Kriminalität, der Umweltverschmutzung) führt weder zu einem Werte- noch gar zu einem Verfassungswandel. Allerdings ist es für einen Verfassungswandel sehr wohl von Bedeutung, ob sich veränderte Anschauungen auch in tatsächlichen Konsequenzen niederschlagen und belegen lassen.

112 Bryde, (Fn. 12), S. 20.

113 Jestaedt (Fn. 4), S. 203.

### 3. Völkerrechts- und unionsrechtsfreundliche Auslegung als Anlass

Dass sich Werte, Präferenzen und Bedürfnisse wandeln, kann sich aus dem „Inneren“ einer Gesellschaft ergeben, aber auch von „außen“ nach Deutschland einstrahlen. Eine rechtlich eigene Qualität als Anlass zum Verfassungswandel hat die dynamische Entwicklung des Völkerrechts und des Unionsrechts.<sup>114</sup> Das gilt insbesondere für die EMRK. Aber auch institutionelle Verschiebungen im Gefüge der Gewalten – die gerade auch aus der Europäisierung und Internationalisierung resultieren, freilich auch ein Phänomenen der Formalisierung und Privatisierung darstellen – können Anlass eines Verfassungswandels sein.

## III. Normative Grundlagen und Instrumente des Verfassungswandels

### 1. Rückgriff auf allgemeine Prinzipien als Phänomen des Verfassungswandels

Wenn Verfassungswandel auch Verfassungsinterpretation ist, dann sind seine normativen Grundlagen in der Verfassung selbst zu suchen. Verfassungswandel überschreitet dann nicht die Grenze zum Verfassungsbruch, wenn er innerhalb des Spannungsfeldes zwischen dynamischer Offenheit einerseits und kontinuierlicher Beständigkeit andererseits bleibt. Die normative Kontinuität auch im Verfassungswandel lässt sich vor allem durch den Rückgriff auf allgemeine Normen und Prinzipien herstellen.<sup>115</sup> So hat das BVerfG das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auf die allgemeinen Gewährleistungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG gestützt und an diese normativen Grundlagen auch beim Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme angeknüpft. Die dynamisierende Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften begründet das BVerfG mit dem Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Im Staatsorganisationsrecht ist es vor allem das allgemeine Prinzip der repräsentativen Demokratie, aus dem das BVerfG Parlamentsvorbehalte abgeleitet und weiterentwickelt hat. Aber auch innerhalb der Interpretation speziellerer Normen kann es zu Verallgemeinerungen kommen, wenn etwa das Eigentum i. S. d. Art. 14 Abs. 1 GG funktionell generalisierend als materielle Lebensgrundlage verstanden wird, um dann auch den Mietbesitz begrifflich erfassen zu können. Allgemeine Prinzipien in diesem Sinne werden auch durch solche des Völker- und Unionsrechts beeinflusst.

Die Beständigkeit des Verfassungsrechts ist auch seinem hohen Abstraktionsgrad zu verdanken, der seinerseits offen für dynamische Entwicklungen bleibt. Je allgemeiner die Prinzipien innerhalb des Verfassungsrechts sind, desto konsensfähiger und beständiger sind sie. Die Anerkennung der Prinzipien politischer und individueller Freiheit und Gleichheit als solche kann in einem demokratischen Verfassungsstaat

114 Dazu der Band C. Hönnige, S. Kneip, A. Lorenz (Hrsg.), *Verfassungswandel im Mehrebenensystem*, Wiesbaden 2011.

115 Das führt freilich zu einer überschießenden Wahrnehmung: Wolff (Fn. 35), S. 99: „Der Verfassungswandel (...) erhebt oft den Anspruch, das zeitlos Richtige zu sein“.

als stabil gelten. Was hingegen der Schutz der Privatheit, des Eigentums oder der Familie bedeutet, wer hiervon inwieweit geschützt ist, das sind Fragen, auf die in einem offenen Verfassungsstaat immer neue Antworten denkbar sind. Je konkreter die Antworten des Verfassungstextes und der Verfassungsrechtsprechung auf solche Fragen sind, desto eher sind sie wandlungsbedürftig. Je mehr das BVerfG maßstabsetzende Gewalt ist, umso mehr muss es auch maßstabsändernde Gewalt sein können. Verfassungswandel bezieht sich indes nicht nur auf die eigene Maßstabsetzung.

Droht eine Herrschaft der Toten über die Lebenden, wird also der Konsens über speziellere Gewährleistungen und Inhalte einer Verfassung in Frage gestellt, dann geht im Zweifel der Rückgriff auf das allgemeinere Prinzip vor. Die „lex specialis-Regel“ ist nur dann legitim, wenn der demokratische Gesetzgeber die Möglichkeit hat, den Hebel der „lex posterior-Regel“ anzusetzen, indem er spezielle Regelungen nach dem Mehrheitsprinzip (50% plus 1) jederzeit ändern kann. Das ist ihm aber nach Art. 79 Abs. 2 GG im Bereich des Verfassungsrechts aus guten Gründen verwehrt. Innerhalb der „allgemeinen Prinzipien“ des Verfassungsrechts sollte indes höchste Zurückhaltung geübt werden, unmittelbar auf die Menschenwürde zurückzugreifen, deren absoluter Schutz sich umgekehrt nur auf sehr spezielle Konstellationen erstreckt. Eine Rechtsprechung, die Art. 1 Abs. 1 GG gerne als bekräftigenden Argumentationstopos einsetzt, verdient Kritik.<sup>116</sup>

## 2. Einschränkungen und Erweiterungen verfassungsrechtlicher Spielräume als Instrumente eines gestuften Verfassungswandels

Verfassungsrecht eröffnet und begrenzt Spielräume der verfassten Gewalten und insbesondere auch des Gesetzgebers.

Beim Verfassungswandel ist zu unterscheiden zwischen solchen Entwicklungen, durch die sich die verfassungsrechtlichen Spielräume erweitern (z. B. die Aufgabe des strengen Trennungsprinzips zwischen militärischer und polizeilicher Gewalt), und solchen, die diese verengen (z. B. die Anforderungen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung). Darin spiegeln sich die zentralen Funktionen einer Verfassung, nämlich Politik sowohl zu ermöglichen als auch zu begrenzen. Außerdem gilt es hier eine Balance zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung zu finden – auch wenn das Verhältnis beim Verfassungswandel grundsätzlich zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit verschoben ist (s. o.). Nicht in erster Linie bedenklich ist m. a. W. die Vorwegnahme einer verfassungsändernden Gesetzgebung durch den verfassungsrichterlichen Verfassungswandel, sondern gegebenenfalls eine Einschränkung des einfachen Gesetzgebers, die das Ergebnis eines Verfassungswandels sein kann – aber eben nicht sein muss. Entschärfungen der Verfassung (z. B. des Abstandsgebotes zugunsten der Ehe i. S. d. Art. 6 GG) sind gegebenenfalls ein Korrektiv

116 Michael/Morlok (Fn. 86), Rn. 147; am Beispiel *Lepsius*, (Fn. 20), S. 231.

gegenüber einer Herrschaft der Toten, müssen dafür aber vor dem Beständigkeitsanspruch der Verfassung gerechtfertigt werden.

Noch höher ist indes der Begründungsaufwand, wenn das BVerfG durch Verfassungswandel zusätzliche, verschärzte Maßstäbe schafft, die es dann selbst gegenüber dem (einfachen) Gesetzgeber durchsetzt. Selbst wenn wir annehmen, dass gegen einen Verfassungswandel keine grundsätzlichen Bedenken bestehen, darf dieser nicht dazu führen, dass sich das Verhältnis zwischen dem BVerfG und dem einfachen Gesetzgeber allmählich verschiebt. Das zu betonen ist umso wichtiger, als das BVerfG als Institution des Verfassungswandels versucht sein könnte, seine eigene Macht auszubauen. Diese Gefahr ist jener vergleichbar, dass im Verfahren des Art. 79 Abs. 2 GG Eigeninteressen des Bundestages und Bundesrates eine überproportionale Berücksichtigung finden. Um dem vorzubeugen, sind zwei Tendenzen als spezifische Instrumente eines Verfassungswandels erkennbar, die sich in der Rechtsprechung des BVerfG ablesen lassen und die als Grundtendenzen eines sich wandelnden Verfassungsrechts gelten können: die Tendenzen von der Inhalts- zur Verfahrens- und von der Freiheits- zur Gleichheitskontrolle.

### 3. Wandel von der Inhalts- zur Verfahrenskontrolle

Die verfahrensrechtliche Seite der Grundrechte ist ein viel beachtetes Phänomen, dessen wachsende Bedeutung einmal als spezifisches Phänomen auch<sup>117</sup> des Verfassungswandels betrachtet werden sollte. Denn verfahrensrechtliche Anforderungen können eine Inhaltskontrolle kompensieren.<sup>118</sup> Wenn das BVerfG ein neuartiges grundrechtliches Schutzbedürfnis ausmacht, stellt sich deshalb die Frage, inwieweit dieses vor allem durch eine strenge Verhältnismäßigkeitskontrolle oder aber stattdessen auch durch eine verfahrensrechtliche Kontrolle gesichert werden kann. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist auch und vor allem eine Verschärfung des Gesetzesvorbehaltes. Für die Frage der Grenzziehung zwischen Freiheit und Sicherheit im Einzelnen wird also gerade die parlamentarische Debatte und Entscheidung eingefordert. Beim Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme hat das BVerfG noch einen Richtervorbehalt entwickelt,<sup>119</sup> durch den ein Teil der Verhältnismäßigkeitskontrolle auf eine Einzelfallkontrolle durch die Fachgerichte verlagert wird.

Weitere Beispiele für einen Verfassungswandel durch Verlagerung einer Inhaltskontrolle auf die Verfahrenskontrolle wären die Rechtsprechung zu den Hartz-IV-Sätzen, die Solange-II-Rechtsprechung, (die die verminderte Grundrechtskontrolle durch das BVerfG durch die Anerkennung des EuGH als gesetzlichen Richter teil-

<sup>117</sup> Es handelt sich zudem um eine allgemeine Entwicklung des Verfassungsrechts, die sich auch in Verfassungsänderungen niederschlägt (exemplarisch: Art. 13 Abs. 3-6 und Art. 16a GG).

<sup>118</sup> P. Häberle, (Fn. 88), S. 52; BVerfGE 53, 30, 57 ff. – Mülheim-Kärlich.

<sup>119</sup> BVerfGE 120, 274, 331 f. – Online-Durchsuchungen.

weise kompensieren soll) sowie die Entscheidungen, nach denen schwerwiegende Entscheidungen wehr-, integrations- und finanzpolitischer Art zwar nicht verfassungswidrig sind, aber einem Vorbehalt parlamentarischer Zustimmung unterliegen.

Dieses Phänomen der Verlagerung von einer Inhalts- auf eine Verfahrenskontrolle korrespondiert auch mit einer verfassungstheoretischen Überlegung. Dass Art. 79 Abs. 2 GG wegen der Hürde von 2/3-Mehrheiten eine Herrschaft der Toten über die Lebenden auslösen kann, wird durch den Verfassungswandel aufgefangen und es werden gegebenenfalls andere verfahrensrechtliche Hürden begründet. Soweit es sich dabei um Parlamentsvorbehalte handelt, tritt an die Stelle der 2/3-Mehrheit die einfache Mehrheit, was eine offen demokratische Entwicklung ermöglicht und eine Machtverschiebung zugunsten des BVerfG verhindert.

#### 4. Wandel von der Freiheits- zur Gleichheitskontrolle

Es gibt Anzeichen dafür, dass sich in der Rechtsprechung eine Tendenz der Verlagerung von der Freiheits- auf die Gleichheitskontrolle abzeichnet. Auch dies sollte als Phänomen des Verfassungswandels wahrgenommen werden. Zu denken ist etwa an die Rechtsprechung zum Kopftuch,<sup>120</sup> in der – insoweit anders als noch im Kruzifix-Beschluss – nicht das BVerfG selbst die Grenze negativer religiöser Freiheit zieht, sondern dem Gesetzgeber Spielräume einräumt, die dieser jedoch ohne Privilegierung oder Benachteiligung bestimmter religiöser Symbole ausfüllen kann. Ein weiteres Beispiel stellt die Rechtsprechung zur Folgerichtigkeit<sup>121</sup> dar, bei der dem Gesetzgeber einerseits Spielräume eingeräumt werden, sich für mehr oder weniger strenge und grundrechtseingreifende Schutzkonzepte zu entscheiden, andererseits aber solche Konzepte einer strengen Konsistenzprüfung unterliegen sollen.

Solche Tendenzen sind dann zu begrüßen, wenn die Kontrollmaßstäbe nicht in der Weise zugunsten des BVerfG kumuliert werden, dass der Gesetzgeber zwischen Übermaß- und Untermaßverbot „eingeklemmt“<sup>122</sup> wird und dann auch noch eine immer strengere Gleichheitskontrolle hinzukommt. Soweit jedoch – wie vom BVerfG<sup>123</sup> immer wieder betont – insoweit die Freiheitskontrolle des Übermaß- und Untermaßverbotes zurückgenommen wird und die Gleichheitskontrolle dies allenfalls kompensiert, handelt es sich nicht um die Einengung, sondern um eine Verschiebung der Spielräume.

Eine solche Verschiebung fände ihre verfassungstheoretische Legitimation abermals in einer Kompensation der Hürde des Art. 79 Abs. 2 GG. Einerseits vermag der Ver-

120 Zur Kopftuchrechtsprechung als Beispiel für einen Verfassungswandel *H. Schulze-Fielitz*, Verfassungsänderungen ohne Verfassungstextänderungen, in: *Wahl* (Fn. 40), S. 219, 227.

121 Auch hinter der in BVerfGE 121, 317 – Rauchverbot in Gaststätten, bei Art. 12 GG verorteten Folgerichtigkeit verbergen sich Gleichheitsgesichtspunkte, vgl. *L. Michael*, JZ 2008, 875 ff.

122 Sondervotum *O. Bryde*, BVerfGE 121, 317, 380 – Rauchverbot in Gaststätten, mit Blick auch auf das Untermaßverbot, dessen Kontrolldichte hier freilich zurückgenommen wird.

123 BVerfGE 105, 73, 135 – Pensionsbesteuerung.

fassungswandel Blockaden einer Verfassungsrevision zu durchbrechen, die durch eine Sperrminorität ausgelöst werden kann (s. o.). Andererseits soll Verfassungswandel seine normative Grundlage im Rückgriff auf allgemeine Prinzipien haben (s. o.). Indem das BVerfG insoweit den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG instrumentalisiert, wird der demokratische Gesetzgeber selbst – und zwar mit der Flexibilität des einfachen Mehrheitsprinzips – in die Entwicklungsdynamik einbezogen: Der Gesetzgeber kann dann die Maßstäbe selbst gestalten, während das BVerfG über deren gegebenenfalls verfassungsgebotene Verallgemeinerbarkeit wacht.

Im Schrifttum herrscht die Ansicht, dass es sich bei der Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG zwar gegebenenfalls um einen dynamischen, nämlich der gesetzlichen Entwicklung als Vergleichsgrundlage folgenden Vorgang handele, nicht jedoch um einen Verfassungswandel.<sup>124</sup> Begründet wird dies damit, dass sich ja einerseits nur das einfache Recht ändere und andererseits der Anwendungsmechanismus des Art. 3 Abs. 1 GG als solcher unverändert bleibe. Das ist nicht von der Hand zu weisen. Aus mehreren Gründen sollte das Phänomen aber im Zusammenhang des Verfassungswandels nicht ausgeblendet werden. Erstens handelt es sich bei Art. 3 Abs. 1 GG als einem Hebel der Dynamik um den Rückgriff auf einen verfassungsrechtlichen und sehr allgemeinen Maßstab. Zweitens handelt es sich bei diesem Instrument gleichsam um den „Mittelweg“ zwischen einer rein gesetzlichen Verfassungsänderung und einem rein vom BVerfG definierten Wandel des Verfassungsrechts, den es im Spannungsfeld zwischen Art. 79 Abs. 2 GG und Verfassungswandel funktionell auszuloten gilt. Drittens geht der Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG gegebenenfalls ein Verfassungswandel voraus. So war nach überkommener Auffassung die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG auf einen Vergleich zwischen Ehe und gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft durch Art. 6 Abs. 1 GG versperrt. Erst eine mehrfach gewandelte, immer restriktivere Interpretation (dazu sogleich) des Art. 6 Abs. 1 GG hat den Weg frei gemacht, um Gleichbehandlungsansprüche gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften über Art. 3 Abs. 1 GG überhaupt begründen zu können. Deshalb spricht vieles dafür, die Dynamisierung von Antidiskriminierungsrecht über Art. 3 Abs. 1 GG als einen „Verfassungswandel i. w. S.“ zu bezeichnen.

## 5. Modellbeispiel eines Verfassungswandels in drei Stufen

Nicht nur der Verfassungswandel steht als solcher in Wechselwirkung mit den anderen beiden Kategorien der Verfassungsrevision. Auch die Instrumente des Verfassungswandels können untereinander in Wechselwirkungen treten. Am Beispiel der verfassungsrechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften lässt

124 Statt aller: Böckenförde (Fn. 2), S. 145 f.; Walter (Fn. 5), S. 524, nennt dies „unechten Verfassungswandel“.

sich modellhaft ein Verfassungswandel in drei Stufen beschreiben, bei dem verschiedene Instrumente des Verfassungswandels nacheinander zur Anwendung kommen.

Ausgangspunkt der Entwicklung war ein Verständnis des Art. 6 Abs. 1 GG als Abstandsgebot zugunsten der Ehe. Zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes standen homosexuelle Verhaltensweisen noch unter Strafe und niemand wäre auf die Idee gekommen, die Verschiedengeschlechtlichkeit als Merkmal der Ehe in Frage zu stellen. Der so verstandenen Ehe kam das Privileg eines verfassungsrechtlichen Besserbehandlungsgebotes zu.

Die erste Stufe des Verfassungswandels erfolgte mit der Entscheidung des BVerfG von 2002. Auf dem Prüfstand der Normenkontrolle stand die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften als vom Standesamt registrierte, „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ (LPartG). Jedenfalls die Mehrheit im 1. Senat des BVerfG rückte seinerzeit von einem Verständnis des Art. 6 Abs. 1 GG als Abstandsgebot ab.<sup>125</sup> Das BVerfG gestand dem Gesetzgeber einen erheblichen Ausgestaltungsspielraum zu, gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften anzuerkennen und zu entscheiden, inwieweit diese der Ehe rechtlich angenähert werden sollen. Das Urteil ist zugleich geprägt von einer Überwindung des Willens des historischen Verfassunggebers einerseits und von verfassungsrichterlicher Zurückhaltung gegenüber dem aktuellen einfachen Gesetzgeber andererseits. Nicht das BVerfG, sondern der Gesetzgeber des ausgestaltungsbedürftigen Familienrechts ist in dieser Phase alleiniger Motor der Antidiskriminierungsentwicklung. Dadurch öffnete das BVerfG das Grundgesetz zugunsten einer politischen Dynamik und zulasten der Beständigkeit der Verfassungsinhalte. Inhalte und Tempo der Gleichstellung wurden dem Gesetzgeber anvertraut. Seinerzeit hatte sich der Gesetzgeber für eine lediglich partielle Gleichstellung in Aspekten etwa des Trennungs- und Erbrechts entschieden, nicht jedoch für eine umfassende Gleichstellung.

Die zweite Stufe dieses Verfassungswandels ist die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG zugunsten gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften seit 2009,<sup>126</sup> die zu einem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot in weiteren Einzelaspekten, insbesondere des Rentenrechts, des Steuerrechts und des Adoptionsrechts führte. Dass es sich auch hier um einen weiteren Verfassungswandel handelt, zeigt die Rechtsprechung des BVerfG zwischen 2002 und 2009, die zunächst die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG ausschloss.<sup>127</sup> Denn Art. 6 Abs. 1 GG blieb zunächst – ohne weiter ein Ungleichbehandlungsgebot zu enthalten – doch immerhin eine verfassungsrecht-

125 BVerfGE 105, 313, 350 – Lebenspartnerschaftsgesetz.

126 BVerfGE 124, 199, 220 ff. – Betriebliche Hinterbliebenenversorgung; dazu *L. Michael*, NJW 2010, 3537; BVerfGE 126, 400 – Erbschafts- und Schenkungsteuer; BVerfGE 131, 239 – Familienzuschlag für Beamte; BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19.2.2013 – Stiefkind- und Sukzessivadoption; BVerfG, 2 BvR 909/06 vom 7.5.2013 – Ehegattensplitting.

127 So noch BVerfG-K, NJW 2008, 209, 210.

liche Ungleichbehandlungserlaubnis zugunsten der Ehe. Dogmatisch konnte Art. 6 Abs. 1 GG in jenen Jahren entweder als *lex specialis* zu Art. 3 Abs. 1 GG oder als verfassungsrechtliche Anordnung der „Unvergleichbarkeit“ und damit der Nichtanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG gedeutet werden oder aber als verfassungsrechtliche, pauschale Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.<sup>128</sup> Dabei sollte es aber nicht bleiben. Waren die Spielräume des Gesetzgebers 2002 zugunsten der Grundentscheidung der gesetzlichen Anerkennung der Lebenspartnerschaften erweitert worden, wurden diese Spielräume nach sieben weiteren Jahren der Entwicklung – ebenfalls zugunsten der Lebenspartnerschaften, nun sogar zugunsten ihrer Gleichstellung – wieder eingeschränkt. War der deutsche Gesetzgeber den ersten Schritt einer rechtlichen Anerkennung durch Eintragung der Lebenspartnerschaften gegangen, stellte nunmehr das BVerfG fest, dass eine rechtlich verbindliche Lebensgemeinschaft funktional vergleichbar mit der Ehe ist und deshalb das Eheprivileg des Art. 6 Abs. 1 GG kein pauschales Argument zur Ungleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften bzw. zur Nichtanwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes (mehr) sein soll. Das BVerfG stützte den abermals vollzogenen Verfassungswandel wesentlich auch auf die dynamische Parallelentwicklung der Rechtsprechung europäischer Gerichte.<sup>129</sup> Der EGMR hat die sexuelle Orientierung als sonstigen Status i. S. d. Art. 14 EMRK eingeordnet und damit konventionsrechtlich aus einer Gestaltungs- bzw. Gleichbehandlungsfrage ein echtes Diskriminierungsproblem gemacht. Eine konventionsrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes wird verstärkt durch das explizite Diskriminierungsmerkmal der „sexuellen Orientierung“ in Art. 21 GRC und durch die Rechtsprechung des EuGH.

Eine dritte Stufe des Verfassungswandels wäre es, wenn das BVerfG einst dazu käme, gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften als „Ehen“ i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG anzuerkennen. Dass die Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Begriffe durch den Gesetzgeber ebenso wenig zwingend wie deren historisches Verständnis ist, hat die Rechtsprechung zum Mietbesitz als Eigentum i. S. d. Art. 14 Abs. 1 GG gezeigt. Der Verfassungstext stünde auch einer Erweiterung des Ehebegriffs nicht entgegen, gibt es doch keine verfassungsrechtliche Legaldefinition der Ehe (anders als etwa in Polen) und sind doch Anzeichen eines Sprachwandels greifbar (Lebenspartner „heiraten“, feiern „Hochzeit“, führen eine „Homoehe“ und stellen ihren Lebenspartner als „(Ehe-)Mann/Frau“ vor). Allein die unterschiedliche Bezeichnung durch das Recht ließe sich als sprachliche Diskriminierung wahrnehmen. Vieles spricht dafür, den Wandel der Sprache als Ausdruck des Selbstverständnisses der Grundrechtsträger zu deuten. Die Erweiterung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs würde Differenzierungen zwischen verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Ehen nicht

128 So noch BVerwGE 125, 79, 82.

129 BVerfGE 124, 199, 220 – Betriebliche Hinterbliebenenversorgung m. w. N.

per se ausschließen (so wie auch innerhalb anderer Institutsgarantien – Eigentum – Differenzierungen aus sachlichem Grund möglich sind). Dass dies bislang nicht geschah, kann so gedeutet werden, dass es in der Rechtsprechung des BVerfG bisher im Ergebnis nicht darauf ankam, über den Hebel des Art. 3 Abs. 1 GG hinaus Art. 6 Abs. 1 GG zugunsten der Lebenspartnerschaften zum Ansatz zu bringen. Denkbar ist auch, dass das BVerfG dem Gesetzgeber weiterhin den Spielraum einräumen würde, das Institut der „eingetragenen Lebenspartnerschaft“ wieder zu streichen – was durch extensive Auslegung des Art. 6 Abs. 1 GG versperrt wäre. Neben einer „Statuswirkung“<sup>130</sup> einfache gesetzlicher Institute kommt nach dem BVerfG auch Art. 2 Abs. 1 GG als Institutsgarantie in Betracht: „Zu der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten freien Persönlichkeitsentfaltung gehört das Recht jedes Menschen, mit einer Person seiner Wahl eine dauerhafte Partnerschaft einzugehen und diese in einem der dafür gesetzlich vorgesehenen Institute rechtlich abzusichern“.<sup>131</sup> Das BVerfG hat sich im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG wesentlich auf die Funktionsadäquanz der rechtlich verbindlichen Lebenspartnerschaften gestützt. Schließlich ist auch denkbar, dass das BVerfG schlicht Zurückhaltung übt, spezielle Gewährleistungen des Grundgesetzes (Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 3 GG) inhaltlich „aufzuladen“, und es vorzieht, die Dynamik des Verfassungswandels (i. w. S.) auf allgemeine Grundsätze (Art. 3 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG) zu stützen.

An dieser Stelle soll es nicht darum gehen, den historischen Ausgangspunkt des Grundgesetzes, die zwei Stufen des erfolgten Verfassungswandels und die denkbare dritte Stufe eines solchen Wandels inhaltlich zu bewerten. Eine theoretische Diskussion über den Verfassungswandel sollte Beispiele behandeln, aber von deren Inhalten abstrahieren. Wir erkennen, dass es sich um höchst umstrittene Fragen handelt und sollten anerkennen, dass es auf jeder dieser Stufen gute, mindestens aber plausible Argumente gab bzw. gibt, zum einen oder anderen Ergebnis zu kommen. Um die ganze Bandbreite der Entwicklung einzubeziehen sei hier unterstellt, dass es auch heute noch vertretbar wäre, Art. 6 Abs. 1 GG als Abstandsgebot zu interpretieren und dass es andererseits heute schon vertretbar wäre, den Ehebegriff i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG zu erweitern. Ebenso vertretbar ist es selbstverständlich, den sozusagen „dazwischen“ liegenden Interpretationen des Grundgesetzes durch das BVerfG im Jahre 2002 einerseits und seit 2009 andererseits zu folgen.

Auf einer von den Inhalten abstrahierenden Ebene stellen sich dann folgende Fragen: Gibt es eine plausible Erklärung und Legitimation dafür, dass das BVerfG phasenweise nacheinander verschiedene Positionen einnimmt? Wie verhalten sich eine solche Dynamik der Verfassungsinhalte und deren von der Rechtsprechung steuerbares Tempo zur Statik des Verfassungstextes (also zur nicht erfolgten Verfassungsände-

130 Diese nennt *Walter* (Fn. 5), S. 527, eine eigene Fallgruppe eines „unechten Verfassungswandels“.

131 BVerfGE 128, 109, 125; s. auch ebd., S. 127.

rung und Verfassungsablösung), zur Entwicklung der einfachen Gesetzgebung, zur Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR und EuGH und nicht zuletzt zur Entwicklung in der Gesellschaft?

Dem BVerfG ist von *Christian Hillgruber*<sup>132</sup> vorgeworfen worden, „objektiv willkürlich“ beliebige Argumente zu benutzen, nur um im Ergebnis die Rechte von Lebenspartnerschaften zu stärken, was eine „eklatante verfassungsgerichtliche Missachtung“ des verfassungsrechtlichen Eheprivilegs sei. Ihm ist zuzugeben, dass Letzteres nicht nur dem historischen Willen der Verfassunggebung entsprach, sondern auch textlich *prima facie* naheliegt. Dass das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit des LPartG zunächst auf einen weiten Spielraum des Gesetzgebers stützte, um diesen dann Jahre später durch Art. 3 Abs. 1 GG wieder empfindlich einzuschränken, ist indes keinesfalls widersprüchlich. Die Rechtsprechung des BVerfG ist selbst Teil einer schrittweisen und gerade in ihrer Dynamik konsequenten Entwicklung. Erst als die Zeit dafür reif war, dass der Gesetzgeber mit einfacher Mehrheit die Lebenspartnerschaften anerkannte, hat das BVerfG ein Beharren auf den Prämissen des historischen Verfassunggebers als nicht mehr tragbare Spannung einer drohenden Herrschaft der Toten über die Lebenden wahrgenommen. Es war plausibel, insoweit nicht auf die Option der Verfassungsänderung und damit auf die Hürde des Art. 79 Abs. 2 GG zu verweisen. Wiederum plausibel war es, dass das BVerfG nicht im selben Verfahren der Normenkontrolle – was theoretisch ja denkbar gewesen wäre – bezweifelt hat, das LPartG sei verfassungswidrig, weil es unter dem Aspekt des Art. 3 Abs. 1 GG nicht weit genug gehe. 2002 war weder der Gesetzgeber noch die Gesellschaft noch das BVerfG so weit, z. B. eine Gleichbehandlung in Fragen des Adoptionsrechts zu fordern. Die Rechtsprechung von 2002 war also nicht die „halbe Wahrheit“ unter Verschweigung der ganzen Konsequenzen, sondern eine „vorläufige Wahrheit“. Es war keine „Falle“ des BVerfG, an die neue Rechtslage erst später mit Art. 3 Abs. 1 GG anzuknüpfen. Es war plausibel (und wäre es auch heute noch), dem Gesetzgeber nicht nur den ersten Schritt, sondern auch weiterhin das Tempo zu überlassen, eine Diskriminierung langsam schrittweise abzubauen. Aber es ist eben auch plausibel, wenn das BVerfG eine Entwicklung des Abbaus von Diskriminierungen seinerseits beschleunigt. Denn für die Verfassungsentwicklung von Individual- und insbesondere Minderheitenrechten hat die Verfassungsgerichtsbarkeit eine originäre, weil funktionsadäquate Kompetenz. Dass das BVerfG diese zurückhaltend wahrnimmt und den Gesetzgeber „mitnimmt“, soweit dieser selbst diese Entwicklung vorantreibt, ist jedoch ebenfalls plausibel.

Dreh- und Angelpunkt einer Entwicklung hin zur Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften ist die gesellschaftliche Entwicklung, der mal zu folgen und die mal zu steuern der rechtliche Anspruch ist. Vergleichen wir Rechtsordnungen

132 C. Hillgruber, JZ 2010, 41, 42.

miteinander, gibt es unterschiedliche Zeitpunkte, zu denen eine Gesellschaft ein Diskriminierungsproblem wahrnimmt, und unterschiedliche Geschwindigkeiten, mit denen sie es zu lösen bereit und fähig ist. Die tatsächlichen gesellschaftlichen Strukturen (Bedeutung der Ehe) sind ein Faktor, der ein Antidiskriminierungsrecht beschleunigen oder verlangsamen kann – ebenso wie die Verankerung der Ehe in Sittlichkeitssvorstellungen und in der Religion. Weiter kommt es gegebenenfalls auf die Bedeutung der Religion in der Gesellschaft an und auf deren Toleranzfähigkeit. Derzeit beobachten wir eine Bandbreite, die von der Todesstrafe für homosexuelle Handlungen bis zur gleichberechtigten Anerkennung der Homoehe reicht. Wird die Überzeugung, dass es sich um eine ungerechtfertigte Diskriminierung handelt, mehrheitsfähig, kann das Problem auf dem Wege demokratischer Gesetzgebung angegangen werden. Gegebenenfalls gibt es in unterschiedlichem Maße Hindernisse zu überwinden, was auch stufenweise erfolgen kann: 1. Stufe: Abschaffung von Verboten, 2. Stufe: Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften, 3. Stufe: Gleichstellung mit der Ehe. Die Inhalte des Verfassungsrechts wandeln sich hier in den Stufen „Verboten – Erlaubt – Geboten“ bzw. „Geboten – Erlaubt – Verboten“, ohne dass dies beliebig oder widersprüchlich sein muss.

Für die verfassungsrechtliche Entwicklung spielen folgende Faktoren eine Rolle: Eine – wenngleich nicht unüberwindliche – Hürde können gegebenenfalls besondere Eheschutzklauseln darstellen, deren Interpretation gegebenenfalls einem Verfassungswandel unterliegt. Von entscheidender Bedeutung sind besondere verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote und der allgemeine Gleichheitssatz sowie die Frage, inwieweit die EMRK auf das nationale Verfassungsrecht ausstrahlt. Die Existenz der Individualverfassungsbeschwerde ist in Deutschland für die Durchsetzung solcher Rechte entscheidend. Die letztlich entscheidenden Fragen sind, wie offensiv ein Verfassungsgericht dynamische Verfassungsinterpretation (Verfassungswandel) wagt und inwieweit es dabei Rückhalt und Akzeptanz erfährt.

Solange das gelingt, ist es plausibel, primär einem Verfassungsgericht – und nicht allein dem Gesetzgeber – die Weiterentwicklung des Diskriminierungsschutzes und das Tempo dieses Prozesses anzuvertrauen. Denn der Minderheitenschutz sollte nicht vom Erreichen parlamentarischer Mehrheiten notwendig abhängen, schon gar nicht vom Erreichen qualifizierter Mehrheiten nach Art. 79 Abs. 2 GG. Das heißt freilich nicht, dass das Verfassungsgericht nicht dem Gesetzgeber durch die Eröffnung gesetzgeberischer Spielräume das Tempo überlassen kann (Phase 1). In der Rechtsprechung zum Kopftuch gibt das BVerfG durch die Einräumung von Spielräumen der Landesgesetzgeber zudem den Weg frei, regionalen Unterschieden Rechnung zu tragen und verschiedene Regelungen auszuprobieren. Das Verfassungsgericht hat die Verantwortung, das Tempo mitzubestimmen und darf der gesellschaftlichen Ent-

wicklung nicht enteilen. Das BVerfG darf also den Bogen nicht überspannen, es darf seine starke Akzeptanz einsetzen, darf diese aber nicht aufs Spiel setzen.

Die Stufenfolge ist somit nicht zufällig, sie hat eine innere Logik gerade im Wechsel zwischen der Anknüpfung an spezielle Ausprägungen einer Verfassung bzw. an allgemeine Prinzipien des Verfassungsrechts sowie im Wechsel zwischen größeren und kleineren gesetzgeberischen Spielräumen. Es sei daran erinnert, dass sich *Marquis de Condorcet* als Mathematiker mit der Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit mehrheitlicher Entscheidungen auseinandersetzte (Condorcet-Jury-Theorem), das Recht jeder Generation, sich eine Verfassung zu geben, proklamierte und gegen Rassen- und Sklavendiskriminierung<sup>133</sup> eintrat. In einem evolutiven Verfassungsverständnis gehören Diskriminierungsschutz, Mehrheitsprinzip und Generationensouveränität zusammen.

#### **IV. Legitimation verfassungsgerichtlicher Verfahren**

Die Tatsache, dass ein Verfassungswandel nicht von einem direkt gewählten Organ (Parlament bzw. verfassungs ablösende Versammlung) in öffentlicher Debatte diskutiert und formal beschlossen wird, wirft die Frage nach der funktionellen Eignung und Legitimität einer verfassungsrichterlichen Verfassungsrevision auf.

Die fundamentalen Bedenken von *Krüger*<sup>134</sup> überzeugen indes nicht. Dass Verfassungsrecht politisches Recht ist, führt nicht zur Dysfunktionalität der Verfassungsgerichtsbarkeit, wenn wir jene anders als *Krüger* nicht auf Rechtsanwendung i. S. von Subsumtion eines vorgegebenen Rechts und auf Rechtspflege beschränken. Das „Angewiesensein auf den fremden Anstoß“ ist zwar eine zutreffende Beobachtung. Aber durch die Verfassungsbeschwerde besteht zumindest im grundrechtlichen Bereich die jederzeitige Möglichkeit, Fragen des Verfassungswandels vor das BVerfG zu bringen, sobald es darauf ankommt. Und in der Tat soll Verfassungswandel insoweit „reakтив“ sein. Es stimmt zwar, dass das BVerfG auf das Mittel der Kassation beschränkt ist. Seine „destruktive“ Funktion bezieht sich aber auf die an der Verfassung zu messenden Hoheitsakte und schließt eine „konstruktive“ Fortentwicklung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe nicht aus. Dass Rechtsprechung wesentlich bewahrend, konservativ, wenn nicht reaktionär sei, mag eine zutreffende Beobachtung der klassischen rechtsprechenden Gewalt (auf die sich *Krügers* Belege beschränken) sein. Sie trifft aber auf die Verfassungsgerichtsbarkeit – auch den EGMR und den EuGH – offensichtlich nicht zu. Das Selbstverständnis der Mehrheit von Verfassungsrichtern entspricht vielmehr der Rolle, die ihnen nach der hier vorgestellten Konzeption auch zugewiesen ist.

133 *Condorcet*, Réflexion sur l'esclavage des nègres, Neu(f)châtel 1781, unter dem Pseudonym “Mon-sieur Joachim Schwartz, pasteur du Saint-Évangile à Bienne et membre de la Société économique de B\*\*\*\*” veröffentlicht.

134 *Krüger* (Fn. 23), S. 160-165; ähnliche Argumentation bei *Möllers* (Fn. 26), S. 320.

Je größer die Bedeutung des BVerfG ist, desto gewichtiger sind die Fragen der Richterwahl. Hier gibt es sicherlich Diskussionsbedarf. Ein Versuch der Optimierung dieser Probleme würde jedoch den vorliegenden Rahmen sprengen. Verwiesen sei mit Walter<sup>135</sup> vielmehr auf Elemente der Verfahrenslegitimation, die außerdem zu berücksichtigen wären, insbesondere auf das Mehrheitsprinzip bei den Abstimmungen im Senat, aber auch auf die – nicht zuletzt mediale – Bedeutung öffentlicher Verhandlungen in Karlsruhe. Die Bedeutung des Verfassungswandels spiegelt sich auch in der Auslegung des § 16 Abs. 1 BVerfGG. Die Pflicht, gegebenenfalls Änderungen der Rechtsprechung auch offen zu legen (s. u. V. 4.), gilt umso mehr für Abweichungen von der Rechtsprechung des anderen Senats und führt gegebenenfalls zur Pflicht der Einberufung des Plenums. Die restriktive Praxis des BVerfG lässt insoweit Zweifel aufkommen, kann hier aber nicht – ohne auf einzelne Inhalte eingehen zu müssen – bewertet werden. Es wäre indes ein Missverständnis, die möglichst häufige Einberufung des Plenums für wünschenswert zu halten. Vielmehr sollte gerade auch umgekehrt die Hemmschwelle, in manchen Fällen gegebenenfalls das Plenum einberufen zu müssen, als begrüßenswerte verfahrensrechtliche Hürde eines Verfassungswandels gedeutet werden.

## V. Rationalität der Begründung eines Verfassungswandels

### 1. Begründung als Legitimation

Gleichsam umgekehrt zur parlamentarischen Verfassungsänderung ist das zentrale Element der Legitimation des Verfassungswandels nicht primär im Verfahren, sondern vor allem in der Begründung der Entscheidung zu suchen. Anders als die Verfassungsänderung ist der Verfassungswandel begründungspflichtig und erfährt erst aus der Begründung seine Legitimität. An die Stelle der formalen Anforderungen an die Verfassungsänderungen (explizite Textänderung und das Verfahren nach Art. 79 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GG) treten Begründungsanforderungen beim Verfassungswandel. Zentral ist die Frage, welche Anforderungen – über deren konkreten Inhalt hinaus – an solche Begründungen zu stellen sind.

Allgemein lässt sich postulieren: Die Argumentationslast streitet stets für die Beständigkeit der Inhalte des Verfassungsrechts. Je weiter sich eine dynamische Verfassungsinterpretation vom Verfassungstext, vom historischen Verständnis und von der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG entfernt, desto höher wird der Begründungsaufwand. Die Begründung eines Verfassungswandels sollte diskursiven Charakter haben. Auch die Option des Sondervotums wirkt insoweit legitimierend, als es gegebenenfalls Begründungen als Diskursdokumentation ermöglicht. Nicht nur Abweichungen in der Zeit, sondern auch innerhalb des Senats können offen gelegt werden.

135 Walter (Fn. 5), S. 549: „Wahlfaktor“ und „Senatsfaktor“.

Die Praxis der Rechtsprechung des BVerfG scheint dieser Tendenz *cum grano salis* zu entsprechen. Das BVerfG ist bekannt für ausführliche Begründungen seiner Entscheidungen. Das korrespondiert seiner Funktion als Organ des Verfassungswandels. Im Falle des Verfassungswandels sowie von Leit- und Grundsatzentscheidungen betreibt das Gericht besonders hohen Begründungsaufwand. Bei Ablehnungen eines Verfassungswandels hat es sich auffallend kurz gefasst.<sup>136</sup> Freilich ist *Lepsius* zuzustimmen, dass die Struktur der Argumentation der Maßstabsbildung einer kritischen Analyse zu unterziehen ist. Das ist aber ein Postulat, das an die Wissenschaft zu adressieren ist und nicht an das BVerfG.<sup>137</sup>

## 2. Plausibilität der Interpretation des Verfassungstextes

Die alte Diskussion, ob Verfassung etwas „Vorgegebenes“<sup>138</sup> oder etwas „Aufgegebenes“ ist, angemessen zu behandeln, geschweige denn weiterzuführen, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Indes beruht die Gegensätzlichkeit der Ansätze von *Böckenförde* und *Häberle* zum Thema Verfassungswandel nicht zuletzt auf der Zugrundelegung dieser diametral verschiedenen Verfassungsverständnisse. Da dieser Beitrag beansprucht, die Prämissen dieser *beiden* Ansätze weiterzuführen, indem Verfassungswandel als Interpretation *und* Verfassungsrevision verstanden wird, soll auch insoweit mit der Hypothese eines kumulativen Ansatzes weitergearbeitet werden. Nehmen wir also an, Verfassung sei sowohl etwas Vorgegebenes als auch etwas Aufgegebenes. Daraus sind für den Verfassungswandel und die Perspektive des BVerfG die Konsequenzen zu ziehen. Minimalkonsens dürfte sein: Vorgegeben ist jedenfalls der Verfassungstext und aufgegeben ist jedenfalls dessen Interpretation.

Wenn auch der Inhaltswandel zu den dem BVerfG aufgegebenen Kompetenzen und Funktionen gehört, stellt sich die Frage, wie sich dieser zum vorgegebenen Text verhält. Wenn die so genannte „Wortlautgrenze“<sup>139</sup> mehr als ein Zirkelschluss vom Gegenstand auf das Ergebnis der Interpretation sein soll, dann verweist sie auf den textlichen Ausgangspunkt der Interpretation einerseits und auf eine Evidenzgrenze andererseits. Interpretation geschriebener Verfassungen darf deren Text weder außer Betracht lassen noch willkürlicher und unbegrenzter Auslegung ausliefern. Immerhin ein Gebot rational nachvollziehbarer, mithin vertretbarer Begründung lässt sich aus

136 BVerfGE 2, 380, 401 – Haftentschädigung; E 3, 407, 422 – Baugutachten.

137 Damit sei nicht geleugnet, dass es auch Entscheidungen des BVerfG gibt, die eine Entwicklung der Rechtsprechung verschleiern und insofern kritikwürdig sind (etwa BVerfG, JZ 2014, 510, dazu O. *Lepsius*, ebd., S. 488 ff. und (im Ergebnis erwidernd) L. *Michael*, JZ i.E.); s. u. Fn. 148.

138 *Böckenförde* (Fn. 2), S. 153.

139 Für eine solche Begrenzung des Verfassungswandels K. *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: ders., Ausgewählte Schriften, Heidelberg 1984, S. 28, 42 f.; Walter (Fn. ), S. 540; nach *Häberle* (Fn. ), S. 130, handelt es sich sogar um die einzige Grenze; kritisch E.-W. *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 ff.

dem „Textfaktor“<sup>140</sup> ableiten. Wenn Krüger<sup>141</sup> beklagt, „daß an die Stelle der spezifischen (sic!) Verfassungswerte die eigentümlichen Gerichtswerte treten“ und die Gefahr beschwört, durch Verfassungswandel könne sich „eine Verfassung von ihrem eigentlichen (sic!) Telos entfernen“, dann lässt er die Frage offen, wer dem BVerfG solchen „spezifischen“ Inhalt und den „eigentlichen“ Sinn der Verfassung soll vorgeben können. Das wirft das Problem der subjektiven bzw. historischen Methode auf, das ebenfalls mit Begründungsanforderungen zu lösen ist.

### 3. Berücksichtigung historischer Ursprünge

Für den Verfassungswandel gilt ein Gebot der Auseinandersetzung mit der historischen Auslegung. Nur wenn sich die Überwindung historischer Motive und Auffassungen durch eine dynamische Auslegung an einem Wandel festmachen lässt, ist ein Verfassungswandel legitim. Denn bereits die Verfassunggebung und erst recht die Verfassungsrevision ist immer auch eine Frage der Fortschreibung von Traditionen und der Reaktion auf Erfahrungen. Das gilt in besonderem Maße für den Verfassungswandel und spiegelt sich dort in Begründungsanforderungen. Diese steigen graduell, je weiter sich eine dynamische Interpretation vom historischen Willen entfernt. Aber nicht nur Aspekte, die der historische Verfassunggeber gar nicht bedacht hat, nicht nur die Prämissen seiner Erwägungen, sondern auch sein greifbarer Wille können zur Disposition stehen. Die objektive Auslegung der Verfassung kann im Ergebnis die subjektive verdrängen, d. h. die historische Auslegung ist nur ein Element und Argument innerhalb einer letztlich objektiven und d. h. gegebenenfalls dynamischen Auslegung. Dass über jeden Verfassungswandel gestritten werden kann und gestritten werden soll, liegt in seinem diskursiven Wesen begründet.

### 4. Berücksichtigung der eigenen Rechtsprechung

Das Verständnis des Verfassungswandels als Verfassungsrevision legt zugrunde, dass die Rechtsprechung des BVerfG ihrerseits auch normativen, maßstabsetzenden Charakter hat. Das gilt für den als Verfassungsrevision zu verstehenden Verfassungswandel ebenso wie für die Judikate, von denen solche Rechtsprechung gegebenenfalls abweicht.

Die zentrale These lautet: Der normativen Kompetenz zum Verfassungswandel korrespondiert die Pflicht zur Berücksichtigung der normativen Wirkungen der eigenen Rechtsprechung. Das ist die Kehrseite der hier vorgestellten verfassungstheoretischen Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution der Verfassungsrevision. Eine solche Berücksichtigungspflicht der eigenen Rechtsprechung ist keinesfalls mit einer strikten Präjudizienbindung zu verwechseln. Eine solche wäre nicht nur unserer Rechtsordnung fremd, sondern würde gerade der Konzeption der Offenheit einer

140 Walter (Fn. 5), S. 549.

141 Krüger (Fn. 23), Zitate S. 160 f.

dynamischen Verfassungsinterpretation entgegenstehen. Die stattdessen zu fordern-de Berücksichtigungspflicht besteht vielmehr in einer *Pflicht zur Offenlegung* eines Verfassungswandels, also in Begründungspflichten. Das folgt auch aus Art. 3 Abs. 1 GG, der als Selbstbindungsmechanismus auch für die Maßstabsetzung von Gerichten gilt.<sup>142</sup> In der Demokratie sind nicht nur Gesetze, sondern ist auch solche Maßstab-setzung jederzeit änderbar. Allerdings verbietet Art. 3 Abs. 1 GG, dass die Gerichte willkürlich im Einzelfall von eigenen Maßstäben abweichen. Das zwingt zur Offen-legung, wo die Gründe der Abweichung liegen – im Einzelfall oder aber in einer für die Zukunft verallgemeinerbaren, also wiederum die Selbstbindung des Art. 3 Abs. 1 GG auslösenden Maßstabsveränderung. Dogmatisch handelt es sich bei dieser Begründungspflicht um eine Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit der Rechtsprechungsänderung, die an die Stelle des für Art. 3 Abs. 1 GG nicht geltenden Vor-behalts des Gesetzes und im Falle des Verfassungswandels an die Stelle des Vor-behalts der expliziten Verfassungsänderung tritt. Die Rechtsprechung wäre daraufhin im Einzelnen zu analysieren, wo die Grenze zwischen dem legitimen Argument der Kontinuität und einer Verschleierung der Diskontinuität liegt. Richtig ist wohl, dass sich zumindest bisweilen die Rechtsprechung des BVerfG „konsequenter und wider-spruchsfreier (gibt) als sie ist“.<sup>143</sup> Zu einer Gesamtbewertung gehörte auch die Analyse von Sondervoten, die nicht selten Diskontinuitäten offenlegen und einen histo-rischen Willen akzentuieren.<sup>144</sup> Andere Sondervoten nehmen umgekehrt einen spä-teren Verfassungswandel vorweg, sodass deren spätere Rezeption gegebenenfalls eine diskursive Kontinuität vermitteln kann.

## 5. Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR und des EuGH

Die Berücksichtigung von Entscheidungen des EGMR und des EuGH ist hier doppelt zu behandeln: Die Dynamik der Rechtsprechung dieser Gerichte kann einerseits An-lass eines Verfassungswandels sein. Da es sich insoweit – anders als beim technischen und gesellschaftlichen Wandel – um einen primär rechtlichen Anlass handelt, wirkt solche Rechtsprechung gegebenenfalls zugleich auch als normativer Bezugspunkt ei-nes Verfassungswandels. Wollten wir dies mit einer normativen Grundlage im na-tionalen Verfassungsrecht benennen, dann könnten wir auf die völkerrechtsfreund-liche bzw. unionsrechtsfreundliche Auslegung verweisen, die ihrerseits auf Verfas-sungsprinzipien beruhen. Die Einbindung des BVerfG in einen trans- und überna-tionalen Verfassungsgerichtsverbund wirkt dabei auch begrenzend. Sie stellt nicht nur Dynamik her, sondern kann diese auch begrenzen, Annäherungen<sup>145</sup> bewirken und Kontinuität begründen.

142 Michael/Morlok (Fn. 86), Rn. 781.

143 Bryde, (Fn. 12), S. 163.

144 Exemplarisch: Sondervotum *R. Gaier*, BVerfGE 132, 1, 24 – Einsatz der Streitkräfte im Innern (Ple-num).

145 Dazu F. C. Mayer, in Hönnige (Fn. 114), S. 272 ff.

## **VI. Akzeptanz als Basis der Verfassungsgeltung und jeglicher Verfassungsrevision einschließlich des Verfassungswandels**

Letztlich ist für die Geltung der Verfassung die Akzeptanz des Volkes entscheidend. Verfassungswandel kann die Akzeptanz einer alternden Verfassung erhalten. Das kann gelingen, wenn das BVerfG weiter als dynamisch agierendes Verfassungsgericht auf hohe Akzeptanz stößt. Das BVerfG hat sich zwar nicht selbst zum Verfassungswandel „ermächtigt“, sondern füllt insoweit eine ihm originär zukommende Funktion aus, muss sich aber bei der Ausübung der verfassungswandelnden Gewalt vor allem selbst „mäßigen“. Das gilt aber für alle verfassungsrevidierende Gewalt, deren Ausbalancierung sich auch darin erweisen kann, dass wechselseitige Korrekturen kaum praktisch relevant wurden. Für die Verfassungsgerichtsbarkeit und die verfassungswandelnde Gewalt gilt in besonderem Maße, dass sie weniger im Verhältnis zu den anderen staatlichen Gewalten balanciert, als vor allem durch den öffentlichen Diskurs begrenzt werden. Das Postulat, dass das BVerfG beim Verfassungswandel nicht forcieren, dem Volk also nicht enteilen darf, ist ernst zu nehmen. Dabei sind vor allem auch im Verfassungsvergleich unterschiedliche Geschwindigkeiten – greifbar derzeit bei den gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften – zu berücksichtigen.

### **F. Ergebnis: Entkräftete Bedenken und bleibende Herausforderungen**

Das Ergebnis dieses Beitrags soll beruhigen und zugleich herausfordern. Der Beitrag versteht sich als Grundlegung für die Legitimität des Verfassungswandels, aber nicht als inhaltliche Bestätigung einzelner Entscheidungen des BVerfG. Verfassungswandel sollte nicht als Chiffre für Entscheidungen herhalten, denen wir inhaltlich widersprechen<sup>146</sup> und ebenso wenig als kapitulierende Hinnahme<sup>147</sup> beliebiger Rechtsprechungsergebnisse, die wir *lege artis* nicht erklären zu können glauben. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Beispielen des Verfassungswandels, insbesondere die notwendige Kontextualisierung<sup>148</sup> der einschlägigen Judikate, steht mit der grundsätzlichen Anerkennung der Legitimität erst am Anfang. Auch auf der Grundlage des hier vorgestellten Konzeptes wäre die Rechtsprechung des BVerfG erst im Detail zu analysieren – empirisch, sprachlich, methodisch, biographisch, zeitgeschichtlich etc. Auch eine Dogmatik des Verfassungswandels wäre an Beispielen zu bewähren und weiter zu entfalten. Die Legitimität verfassungswandelnder Judikate hängt nach dem hier vertretenen Ansatz vor allem ab von folgenden Voraussetzungen:

146 Zutreffend Walter (Fn. 5), S. 544.

147 S. o. Fn. 115.

148 Lepsius (Fn. 20), S. 260: „Hier liegt eine wichtige Aufgabe für die Staatsrechtslehre“.

- Liegt eine Konstellation dysfunktionaler Untätigkeit der verfassungsändernden Gewalt vor (D. III. 1) und wird die Bindung an gegebenenfalls bindende Verfassungsänderungen beachtet (D. III. 1 und D. III. 2b)?
- Handelt es sich um wandlungsfähiges Recht (C. V. 2) und führt die Begründung das Ergebnis plausibel auf den Verfassungstext (E. V. 2) und auf allgemeine Prinzipien zurück (B. III. 2a und E. III. 1)?
- Legt die Begründung den Verfassungswandel und seinen Anlass (E. II.) offen und berücksichtigt sie hinreichend die historischen Ursprünge, die eigene Rechtsprechung des BVerfG und die Rechtsprechung Europäischer Verfassungsgerichte (E. V. 3.-5.)?
- Führt die Gesamtbilanz der gewandelten Verfassung zu einer übermäßigen Verengung gesetzgeberischer Spielräume (E. III. 2)?
- Wird das Verfahren dem Diskursbedürfnis für einen Verfassungswandel gerecht (E. IV.) und überdehnt das BVerfG nicht die Akzeptanzfähigkeit seiner dynamischen Rechtsprechung (E. VI.)?

Über die Grenzen zwischen legitimem und nicht legitimem Verfassungswandel wird von Fall zu Fall zu streiten sein. Wenn wir mit *Lepsius* wahrhaben, dass das BVerfG „maßstabsetzende Gewalt“ tatsächlich ausübt, und dabei anerkennen, dass dem BVerfG „verfassungswandelnde Gewalt“ auch zugewiesen ist, dann liegt auf der Hand, dass eine rechtswissenschaftliche Methodik, die auf dem Modell einer norm-anwendenden Rechtsprechung beruht, an der Sache vorbeigeht. Ebenso verfehlt wäre es, nun gleichsam eins zu eins die Methodik des Case Law<sup>149</sup> übertragen zu wollen, ohne die Besonderheiten der Verfassungsgerichtsbarkeit und deren auch verfassungsrevidierende Funktionen zu berücksichtigen. Die Methodik der Verfassungsinterpretation ist von der Verfassungsgerichtsbarkeit her zu entwickeln und das gilt für die Methodik des Verfassungswandels erst recht. Es ist verfehlt, die Ausübung verfassungswandelnder Gewalt an überkommenen „Auslegungs-Methoden“ zu messen. Fehladressiert ist der Vorwurf, das BVerfG selbst habe kein stimmiges Methodenkonzept. Die Wissenschaft ist am Zuge, das Phänomen des Verfassungswandels von den Judikaten her zu analysieren, zu kontextualisieren, zu reflektieren, gegebenenfalls auch zu kritisieren und ein Methodenkonzept zu entwickeln. An die Stelle bisheriger Ratlosigkeit und Verdrängung gegenüber dem Fabelwesen des Verfassungswandels und an die Stelle eines gleichgültigen „Verfassungsgerichtspositivismus“ sollte endlich die konstruktiv-kritische Aufarbeitung eines unsere Verfassungsordnung prägenden Elements der Verfassungsrevision treten. Die Bedeutung des Verfassungsrechts wächst mit dem Alter einer Verfassung. Auf den Über-

149 Für eine „Angleichung“ der Rechtssysteme hingegen *Walter* (Fn. 5), S. 532; s. auch oben Fn. 28.

gang von einem Zeitalter der Revolutionen<sup>150</sup> in ein Zeitalter der Revisionen<sup>151</sup> müssen die Verfassungstheorie, die Dogmatik und die Methodik reagieren. Der „verfassungswandelnden Gewalt“ gebührt größte Aufmerksamkeit einer ebenfalls in die Jahre gekommenen Verfassungsrechtslehre, die um ihren wissenschaftlichen Anspruch ringt.

- 150 H. Arendt, Revolution und Freiheit, in: Zwischen Vergangenheit und Zukunft, 1994, S. 235, nennt (auch) das 20. Jahrhundert ein Jahrhundert der Revolutionen.
- 151 L. Michael, Verfassungen vom Ende her denken, in: A. Blankenagel, Den Verfassungsstaat nachdenken, Geburtstagsgabe f. P. Häberle, 2014, S. 101 (123).