

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1545

Verfassungswandel und Grundrechte

Eine Untersuchung aus institutioneller Perspektive

Von

Sarah Dersarkissian



Duncker & Humblot · Berlin

SARAH DERSARKISSIAN

Verfassungswandel und Grundrechte

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1545

Verfassungswandel und Grundrechte

Eine Untersuchung aus institutioneller Perspektive

Von

Sarah Dersarkissian



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 61

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-19181-9 (Print)

ISBN 978-3-428-59181-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der dortigen Professur für Öffentliches Recht. Die mündliche Prüfung fand am 11. Januar 2024 statt. Für die Veröffentlichung wurde Literatur, die erst nach der Einreichung der Arbeit im Juli 2023 erschienen ist, vereinzelt berücksichtigt.

Mein größter Dank gilt meinem hochgeschätzten Doktorvater und Lehrer Prof. Dr. Lothar Michael. Er hat meinen juristischen Werdegang seit meinem Studium mit Zutrauen und Zuspruch begleitet und mich als (Rechts-)Wissenschaftler und als Mensch tief geprägt. Von ihm lernen und mit ihm arbeiten zu dürfen, war und ist eine große Bereicherung.

Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Prof. Dr. Jorge Luis León Vásquez gebührt mein Dank für die Einblicke in das südamerikanische Verfassungsrecht, die er mir gewährt hat und die mir neue Perspektiven eröffnet haben.

Die Veröffentlichung der Arbeit wurde finanziell durch den Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e. V. unterstützt, dem ich für die Förderung und die Zuerkennung eines Promotionspreises danke.

Mein Dank gilt außerdem all denjenigen, die mir während der Promotionszeit mit ihrer Freundschaft zur Seite gestanden haben. Stellvertretend möchte ich Daniel Dunz und Annika Pander nennen, die mir ebenso bereitwillig wie tatkräftig bei der abschließenden Durchsicht des Manuskripts vor der Drucklegung behilflich waren.

Zeit meines Lebens konnte ich mir des bedingungslosen Rückhalts meiner Eltern gewiss sein. Ihnen ist diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Leverkusen, im Mai 2024

Sarah Dersarkissian

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
I. Alte Verfassung, neue Grundrechte – zur sachlichen Begrenzung des Untersuchungsgegenstands auf die Grundrechte des Grundgesetzes	28
II. Verfassungswandel als institutionelles Problem – zur perspektivischen Begrenzung des Untersuchungsgegenstands	30
III. Zu den konzeptionellen Möglichkeiten und Grenzen der Untersuchung	32
1. Zur Zirkelschlussgefahr der Verfassungstheorie	32
2. Zur praktischen (Ir-)Relevanz einer theoretischen Fragestellung	33
3. Zur Kontextverhaftung einer jeden (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	35
IV. Zum Gang der Untersuchung	35

Erster Teil

Grundrechtswandel vom Anfang her denken – eine Bestandsaufnahme des rechtswissenschaftlichen Diskurses über Verfassungsänderung und Verfassungswandel

	37
A. Verfassungstheoretische Implikationen für das Verfassungsrevisionsrecht	37
I. Vorbemerkungen: Verfassung, Verfassungsrecht und Grundrechte	38
II. Kompetenzzuweisung als (formell-rechtliche) Voraussetzung der Verfassungsrechtserzeugung	40
III. Verfassungs(revisions)recht zwischen Stabilität und Dynamik	42
1. Stabilität	45
2. Dynamik	47
IV. Schlussfolgerungen	49
B. Verfassungsänderung	50
I. Verfassungsänderung als Akt der gesetzgebenden Gewalt	51
II. Verfassungsänderung als Akt der (vorkonstitutionellen) verfassungsgebenden Gewalt	52
III. Verfassungsänderung als Akt einer eigenständigen verfassungsändernden Gewalt	54
C. Verfassungswandel	56
I. Verfassungswandel als Definitions- und Methodenproblem	59
II. Verfassungswandel als Verfassungsinterpretation	61

III. Verfassungswandel als Verfassungsrevision	65
1. Verfassungswandel als zulässige Verfassungsrechtsfortbildung	66
2. Verfassungswandel als unzulässiger Verfassungsbruch	68
IV. Verfassungswandel als Verfassungsinterpretation und Verfassungsrevision	70
V. Verfassungswandel als Phänomen	73
VI. Konvergenzen und Divergenzen der Theorienbildung	76
D. Schlussfolgerungen aus dem ersten Teil	77

Zweiter Teil

Grundrechtswandel vom Ende her denken – eine von den Folgen ausgehende Annäherung an die (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	79
A. Der normexogene Anlass einer (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	80
I. Zur tatsächlichen Ausgangslage – qualifizierte Schutzbedürftigkeit	82
1. Grundrechte als Reaktion auf (aktuelle) Gefährdungen	84
2. Grundrechte als Prävention gegen potenzielle Gefährdungen	84
II. Zur normativen Ausgangslage – qualifizierte Schutzwürdigkeit	85
1. Außerrechtliche Wertungen	85
2. Rechtliche Wertungen	87
a) Wertungen des Verfassungsrechts als Fluchtpunkte	87
b) Wertungen des untergeordneten innerstaatlichen Rechts	88
aa) Grundrechte der Landesverfassungen	89
bb) Einfachrechtliche Wertungen	89
c) Wertungen des nicht-innerstaatlichen Rechts	90
B. Der normendogene Anlass einer (Fort-)Entwicklung der Grundrechte oder ihre dog- matischen Konsequenzen	92
I. Vorbemerkungen zur Ergebnisrelevanz einer (Fort-)Entwicklung des sachlichen Anwendungsbereichs der Grundrechte	94
II. Verschiedene (Re-)Konstruktionsmöglichkeiten einer (Fort-)Entwicklung der Grundrechte als Konsequenz der Prinzipientheorie	95
III. Die Menschenwürdegarantie als ausnahmsweise ergebnisrelevanter normativer Anknüpfungspunkt	96
IV. Freiheitsrechtliche Schutzbereiche	99
1. Zur Entwicklung „neuer“ Freiheitsrechte – Grundrechtsschutz als (zumeist) graduelle statt kategorische Frage	101
a) Zur Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG auf Tatbestandsebene	102
aa) Art. 2 Abs. 1 GG als unbenannte Grundrechteklausele?	103
bb) Art. 2 Abs. 1 GG als materiell umfassende Gewährleistung	105
b) „Neue“ Grundrechte auf Rechtsfolgenebene	106

2. Zur Fortentwicklung vorhandener spezieller Freiheitsrechte	107
a) Divergierende Eingriffsdogmatik	108
b) Divergierende Schrankendogmatik	109
aa) Materielle Qualifizierungen	109
bb) Formelle Qualifizierungen	110
c) Divergierende Schranken-Schranken und ihre fehlende graduelle (Re-)Konstruierbarkeit	110
aa) Divergierende materielle Schranken-Schranken	111
bb) Divergierende formelle Schranken-Schranken	111
V. Gleichheitsrechtliche Diskriminierungsverbote	112
1. Zur Entwicklung „neuer“ Gleichheitssätze – Grundrechtsschutz als (zumeist) graduelle statt kategorische Frage	113
2. Zur Fortentwicklung vorhandener spezieller Gleichheitssätze	115
a) Divergierende Dogmatik der Beeinträchtigung der Gleichheit	115
aa) Die maßgebliche gleichheitsrechtliche Relation	115
bb) Gleichbehandlungs- und Ungleichbehandlungsgebot	116
b) Divergierende Rechtfertigungsdogmatik	117
aa) Der Vorbehalt des Gesetzes	117
bb) Der Maßstab der Rechtfertigung	118
VI. Rück- und Wechselwirkungen einer (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	119
1. Rück- und Wechselwirkungen aufgrund relationaler Maßstäbe	119
2. Wechselwirkungen zwischen Freiheit und Gleichheit	120
3. Wechselwirkungen im Mehrebenensystem der Grundrechte	121
VII. Schlussfolgerungen	121
C. Deskriptive Annäherung an den Verfassungswandel – zu den Wirkungen verfassungsgerichtlicher Judikate	122
I. Verfassungswandel von der Verfassung her beschreiben	123
1. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen als abstrakt-generelles Verfassungsrichterrecht?	123
2. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen als Präjudizien	125
II. Verfassungswandel von der Verfassungsgerichtsbarkeit her beschreiben	127
III. Geltungsbedingungen eines als Prozess verstandenen Verfassungswandels	128
IV. Nachbemerkungen zu den zeitlichen (Rück-)Wirkungen einer (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	130
D. Schlussfolgerungen aus dem zweiten Teil	131

*Dritter Teil***Grundrechtswandel von den Grenzen her denken – ein normativer Ansatz zum
Verfassungswandel aus institutioneller Perspektive**

134

A. Vorbemerkungen zu Potenzialen und Grenzen der Methodenlehre als Instrument der normativen Bewertung eines Grundrechtswandels	134
I. Beschreibung des Diskurses von den Grenzen her	134
1. Verfassungswandel als Verfassungsinterpretation	135
2. Verfassungswandel als Verfassungsrevision	135
3. Verfassungswandel als Verfassungsinterpretation und Verfassungsrevision	136
II. Konzeption eines normativen Ansatzes von den Grenzen her	136
III. Zum Verhältnis zwischen rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen	137
IV. Zu den zeitlichen Dimensionen einer institutionellen Perspektive	138
B. Perspektive der Vergangenheit – zum Schutz (der Vorgaben) des historischen Verfassungsgebers	138
I. Grenzwirkungen für (Fort-)Entwicklungen der Grundrechte anstelle einer modifizierenden Verfassungsänderung	138
1. (Re-)Konstruktion der modifizierenden Verfassungsänderung	139
2. Konkretisierung der Grenzen für das BVerfG	139
3. Gang der Überlegungen	140
II. Zur Grenze der Grundrechtstextbindung	141
1. Zur Notwendigkeit der Interpretation des Grundrechtsnormtextes	141
2. Grundrechtstext als archimedischer Punkt der Interpretation	143
3. Zur Kontextinvarianz der Wortlautgrenze	145
III. Zur Grenze der Grundrechtsnormbindung	146
1. Verfassungsinterpretation als (erneuter) Ansatzpunkt	146
2. Zur Methodenkontroverse um divergierende Interpretationsansätze	147
3. Zur Zentralstellung des „Willens“ des historischen Verfassungsgebers	150
4. Zum Ausmaß der Verbindlichkeit des Gewollten	150
a) Abstraktions- bzw. Konkretisierungsgrad von Norminhalten	151
aa) Theoretische Grundlagen im bisherigen Diskurs	151
bb) Konturierung einer Kategorie der abstrakten Bedeutungsvorstellung ...	153
(1) Abstrakte Bedeutungsvorstellung als Element eines funktionalen Grundrechtsverständnisses	153
(2) Kontextvarianz der abstrakten Bedeutungsvorstellung	153
cc) Zum Zusammenhang zwischen der abstrakten Bedeutungsvorstellung und den konkreten Anwendungsvorstellungen	154
(1) Konkrete Anwendungsvorstellungen als Ausgangspunkt	154
(2) Abstrakte Bedeutungsvorstellung als Endpunkt	155

b)	Fixierungswille als Determinante des vorgegebenen Abstraktions- bzw. Konkretisierungsgrades	156
aa)	Konturierung des (Fixierungs-)Willens des historischen Verfassungsgebers	156
(1)	Konzeptionelle Grenzen des „Willens“ des historischen Verfassungsgebers	156
(2)	Vermutungswirkung als Ausweg aus konzeptionellen Schwierigkeiten	157
bb)	Hilfstatsachen zur Ermittlung des (Fixierungs-)Willens des historischen Verfassungsgebers	158
c)	Der maßgebliche Abstraktions- bzw. Konkretisierungsgrad der Grundrechte	159
aa)	Zum Fixierungswillen hinsichtlich der konkreten Anwendungsvorstellungen	160
bb)	Zum Fixierungswillen hinsichtlich der abstrakten Bedeutungsvorstellung	160
(1)	Entwicklungsgeschichtliche Implikationen	160
(a)	Grundrechtsschutz in traditionellen Pfaden	161
(b)	Gegenwartsspezifische und zukunftsorientierte Aktualisierung des Grundrechtsschutzes	162
(2)	Grundrechtsstrukturelle Implikationen	163
(a)	Grundlegungen einer (widerleglichen) Vermutungswirkung der Formulierung von Grundrechtsnormtexten	163
(b)	Entwicklungsgeschichtliche Plausibilisierung einer (widerleglichen) Vermutungswirkung der Formulierung von Grundrechtsnormtexten	164
cc)	Zum Verhältnis zwischen abstraktem und konkretem Fixierungswillen	166
IV.	Schlussfolgerungen für die Grenzen eines Grundrechtswandels	167
1.	Zusammenfassung der Grenzen aus der Perspektive der Vergangenheit	168
2.	Reflexionsprogramm im Überblick	168
C.	Perspektive der Gegenwart – zum Schutz des gegenwärtigen (verfassungsändernden) Gesetzgebers	169
I.	Grenzwirkungen für (Fort-)Entwicklungen der Grundrechte anstelle einer ergänzenden Verfassungsänderung	170
1.	(Re-)Konstruktion der ergänzenden Verfassungsänderung	170
2.	Konkretisierung der Grenzen für das BVerfG	171
3.	Gang der Überlegungen	171
II.	Zur problematischen Einordnung der (Fort-)Entwicklung der Grundrechte in das Gewaltenteilungsschema	171
1.	Unterscheidung zwischen Funktionen und Organen	172
2.	Strukturierung von Funktionen nach Vorbehalts- und Zugriffsbereich	173
3.	Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen Legislative und Judikative	173
a)	Spezifische Rechtserzeugungsfähigkeit als Anknüpfungspunkt	174
b)	Graduelle Determiniertheit der Rechtserzeugung als Gemeinsamkeit	175

c)	Grad der rechtlichen Determiniertheit als Unterscheidungskriterium	175
4.	Zur Zwischenstellung einer (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	176
a)	Einordnung der Verfassungsänderung nach Art. 79 GG als Akt der verfassungsändernden Gewalt	176
b)	Einordnung der verfassungsgerichtlichen (Fort-)Entwicklung der Grundrechte als Akt der rechtsprechenden Gewalt	177
aa)	Einordnung von der Verfassung her	177
bb)	Einordnung von der Verfassungsgerichtsbarkeit her	178
5.	Maßstäblichkeit des Vorbehaltsbereichs der verfassungsändernden Gewalt	179
a)	Zur Unterscheidung originärer und derivativer Maßstäbe	179
aa)	Originäre verfassungsrechtliche Maßstäbe	179
bb)	Derivative verfassungsrechtliche Maßstäbe	180
b)	Konsequenzen der theoretischen Einheitlichkeit der Maßstabsbildung	181
aa)	Zur Irrelevanz der Unterscheidung aus der Perspektive der verfassungsändernden Gewalt	181
bb)	Zur Relevanz der Unterscheidung aus der Perspektive der anderen Gewalten	181
6.	Funktionelle Zuordnung im Zugriffsbereich	182
a)	Grundlegungen einer funktionell-rechtlichen Lesart der Gewaltenteilung	182
b)	Verschiebung des Fokus von den Funktionen zu den Organen	183
III.	Die komplementären Aufgaben des verfassungsändernden Gesetzgebers und des BVerfG	183
1.	Zur Gestaltungsaufgabe des verfassungsändernden Gesetzgebers – Repräsentation als demokratietheoretisches Schlüsselkonzept	184
a)	Repräsentation als formelles Prinzip	185
b)	Repräsentation als (auch) materielles Prinzip	185
2.	Zur Kompensationsaufgabe des BVerfG – Reserven defizitärer Repräsentation	187
a)	Ideen- und Entstehungsgeschichte der (spezialisierten) Verfassungsgerichtsbarkeit als historische Fluchtpunkte	188
b)	Theorie der Kompensationsfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit	189
aa)	Materielle Aufladung einer formellen Theorie im Kontext des deutschen Verfassungsrechts	190
bb)	Konturen der Kompensationsfunktion	192
c)	Kompensationsfunktion und Maßstabsbildung auf Verfassungsebene	192
aa)	Die Kontrollaufgabe des BVerfG als Verfassungsgericht	192
bb)	(Re-)Konstruktion der verfassungsgerichtlichen (Fort-)Entwicklung der Grundrechte als Ausübung der Kontrollaufgabe	193
(1)	Institutionelle Identität als Grund der Kontrollaufgabe	193
(2)	Verfassungsgerichtliche Kontrolldichte als Stellschraube und Grenze der Kontrollaufgabe	194
cc)	Potenzielles Spannungsverhältnis mit dem kontrollierten Träger der öffentlichen Gewalt (nur) bei der Entwicklung „neuer“ Grundrechte	195

dd) Potenzielles Spannungsverhältnis mit dem verfassungsändernden Gesetzgeber	195
IV. Die funktionellen Grenzen des verfassungsändernden Gesetzgebers	196
1. Statistische Einführung in die Problemstellung	196
2. Zur (fehlenden) Maßstabsqualität des Art. 79 GG	197
a) Keine unmittelbare Maßstabsqualität	197
b) Mittelbare Maßstabsqualität	198
aa) Funktion(en) der besonderen Verfahrens- und Formanforderungen des Art. 79 GG	199
bb) Bezugspunkt(e) der intendierten Stabilität der Grundrechte	199
cc) Besondere Verfahrens- und Formanforderungen als Indikatoren einer Verdrängung des verfassungsändernden Gesetzgebers	200
3. Unterschiede zwischen der Entwicklung „neuer“ und der Fortentwicklung vorhandener spezieller Grundrechte	201
a) Entwicklung „neuer“ Grundrechte	201
b) Fortentwicklung vorhandener spezieller Grundrechte	201
4. Grenzen des Verfassungstextes	202
a) Vorbemerkungen zum Inkorporationsgebot und seinem Bezugspunkt	202
aa) Verfassungswandel als Publizitätsproblem	203
bb) Potenziale und Grenzen der Publizität der Verfassungsänderung	203
b) Abstraktions- bzw. Konkretisierungsgrad des Verfassungstextes als Grenzfaktor	204
aa) Erfordernis einer materiell-rechtlichen Zäsur auf dem verfassungstextlich fixierten Abstraktions- bzw. Konkretisierungsgrad	205
bb) Verschiebung des verfassungstextlichen Abstraktions- bzw. Konkretisierungsgrades als nachhaltige Gefährdung der Stabilität	205
c) Sprache als Grenzfaktor	206
aa) Sprachwandel als Triebfeder	206
bb) Bezeichnungsgebundene Bedeutungen	207
d) Zusammenfassung	208
5. Grenzen des Verfahrens der (verfassungsändernden) Gesetzgebung	209
a) Statistische Einführung in die Problemstellung	209
b) Funktionelle Grenzen des politischen Prozesses	210
aa) Marktanalogen Verständnis des politischen Prozesses	210
(1) Mehrheitsfähigkeit als Vehikel der Macht	211
(a) Mehrheiten für eigene Interessen	211
(b) Mehrheiten für fremde Interessen	211
(2) Mehrheiten zur Erlangung der Macht	212
(3) Mehrheiten zur Erhaltung der Macht	212
bb) Relative Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit für strukturelle Minderheiten	213

cc)	Absolute Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit bei (chancen-)ungleicher politischer Partizipation	215
(1)	Ressourcenbasiertes Modell (chancen-)gleicher politischer Partizipation als Grundlage	215
(2)	Strukturelle Grenzen substanzieller Repräsentation	216
(a)	Artikulation von Interessen in die Institutionen	216
(b)	Rezeption von Interessen durch die Institutionen	217
(aa)	Chancen und Grenzen von Wahlen für die (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	217
(bb)	Grenzen des aktiven Wahlrechts	218
(3)	Strukturelle Grenzen deskriptiver Repräsentation	220
(4)	Punktuelle Grenzen substanzieller Repräsentation als Sonderkonstellation	220
c)	Zusammenfassung	221
6.	Grenzen der qualifizierten Mehrheitserfordernisse	222
a)	Statistische Einführung in die Problemstellung	222
b)	Qualifizierte Mehrheitserfordernisse als rechtfertigungsbedürftige Abweichung von einem verfassungstheoretischen Grundtypus	223
aa)	Absolute Mehrheit als Grundtypus	224
bb)	Qualifizierte Mehrheit als Abweichung	224
c)	Partielle verfassungstheoretische Rechtfertigung qualifizierter Mehrheitserfordernisse	225
aa)	Minderheitenschutz als bestimmungsgemäße Funktion	226
bb)	Potenziale und Grenzen des Minderheitenschutzes	226
(1)	Passiver Schutz struktureller Minderheiten	227
(2)	Kein aktiver Schutz struktureller Minderheiten	227
d)	Zusammenfassung	227
7.	Zur praktischen Bedeutsamkeit der Grenzen des Verfassungstextes und des Verfahrens der (verfassungsändernden) Gesetzgebung	228
V.	Postulat der Prozeduralisierung einer verfassungsgerichtlichen (Fort-)Entwicklung der Grundrechte als Konsequenz	229
1.	Verfahren der verfassungsändernden Gesetzgebung als Referenzpunkt	229
a)	Gebotene Unähnlichkeit der Verfahren des verfassungsändernden Gesetzgebers und des BVerfG	229
b)	Divergierende Geltungsbedingungen als Anknüpfungspunkt der Unähnlichkeit	230
aa)	Konzentration der (verfassungsändernden) Gesetzgebung auf das Verfahren	230
bb)	Konzentration der verfassungsgerichtlichen Tätigkeit auf das Ergebnis	231

2. Materielle Legitimität einer verfassungsgerichtlichen (Fort-)Entwicklung der Grundrechte durch Begründung	231
a) Öffentlichkeit als Schlüsselprinzip der Nachvollziehbarkeit	231
aa) Gebotene Öffentlichkeit des Verfahrens der (verfassungsändernden) Gesetzgebung	232
bb) Gebotene Öffentlichkeit der Begründung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	233
b) Anforderungen an die (multiperspektivische) Informationseinholung und -verarbeitung	234
aa) Informationseinholung und -verarbeitung im Verfahren der (verfassungsändernden) Gesetzgebung	234
bb) Informationsverarbeitung in der Begründung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	235
3. Anforderungen an den Spruchkörper und das Entscheidungsquorum	235
a) (Fort-)Entwicklung der Grundrechte nur durch die Senate	235
b) (Fort-)Entwicklung der Grundrechte mit möglichst hoher Zustimmungquote	236
4. Mitwirkung der Länder	237
VI. Schlussfolgerungen für die Grenzen eines Grundrechtswandels	237
1. Zusammenfassung der Grenzen aus der Perspektive der Gegenwart	238
2. Reflexionsprogramm im Überblick	238
D. Perspektive der Zukunft – zum Schutz des künftigen verfassungsändernden Gesetzgebers	239
I. Grenzwirkungen für umkehrende Verfassungsänderungen	240
1. (Re-)Konstruktion der irreversiblen (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	240
2. Konkretisierung der Grenzen für das BVerfG	240
3. Gang der Überlegungen	241
II. Zur materiellen Grenze der Reversibilität aus Art. 79 Abs. 3 GG	241
1. (Re-)Konstruktion einer „Verewigung“ durch Art. 79 Abs. 3 GG	241
2. Keine Änderung der „Grundsätze“ durch konstituierte Gewalten	242
III. Zur formellen Grenze der Reversibilität aufgrund funktioneller Grenzen des verfassungsändernden Gesetzgebers	243
1. Keine Grenzen des Verfahrens der (verfassungsändernden) Gesetzgebung	243
2. Grenzen des Verfassungstextes	244
a) Entwicklung „neuer“ Grundrechte	244
aa) Möglichkeit einer doppelten Verfassungstextänderung	245
bb) Möglichkeit einer Negativregelung	245
b) Fortentwicklung vorhandener spezieller Grundrechte	245
IV. Schlussfolgerungen für die Grenzen eines Grundrechtswandels	246
1. Zusammenfassung der Grenzen aus der Perspektive der Zukunft	246
2. Reflexionsprogramm im Überblick	247
E. Schlussfolgerungen aus dem dritten Teil	247

Vierter Teil

Grundrechtswandel reflektieren – Phänomenologie und normative Bewertung der verfassungsgerichtlichen (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	250
A. Reflexionsprogramm im Überblick	250
I. Grundrechtswandel vom Ende her reflektieren – eine von den Folgen ausgehende Deskription der (Fort-)Entwicklung der Grundrechte	251
II. Grundrechtswandel von den Grenzen her reflektieren – Anwendung des normativen Ansatzes zum Verfassungswandel aus institutioneller Perspektive	251
B. Reflexion anhand einer Phänomenologie der Entwicklung „neuer“ Grundrechte	253
I. Versubjektivierung objektiven Verfassungsrechts	254
1. Typisierung des Phänomens der Versubjektivierung	254
a) Konstellation	254
b) Konstruktion	255
2. Reflexion der Versubjektivierung über Art. 1 Abs. 1 GG am Beispiel der Entwicklung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums	255
a) Deskription der Entwicklung des Grundrechts	256
aa) Gang des Verfahrens	256
bb) Der normexogene Anlass der Entwicklung des Grundrechts	257
cc) Der normendogene Anlass der Entwicklung des Grundrechts	258
b) Perspektive der Vergangenheit – zum Schutz (der Vorgaben) des historischen Verfassungsgebers	258
aa) Grenze der Grundrechtstextbindung	259
bb) Grenze der Grundrechtsnormbindung	259
(1) Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	261
(2) Grenzziehung im sachlichen Kongruenzbereich	262
(a) Normativer Gehalt der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG)	263
(b) Kongruenter normativer Gehalt des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG)	265
(3) Grenzziehung für Art. 20 Abs. 1 GG im Inkongruenzbereich	265
(a) Dimensionale Inkongruenz	265
(b) Normative Bewertung	266
c) Perspektive der Gegenwart – zum Schutz des gegenwärtigen (verfassungsändernden) Gesetzgebers	267
aa) Verfassungsänderungsbestrebungen	267
bb) Grenzen des Verfassungstextes	268
cc) Grenzen des Verfahrens der (verfassungsändernden) Gesetzgebung und der qualifizierten Mehrheitserfordernisse	268
(1) Relative Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit wegen struktureller Minderheitenposition	268

(2) Absolute Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit wegen (chancen-)ungleicher politischer Partizipation	269
(a) Ressourcenbezogene Homogenität	269
(b) Strukturelle Grenzen substanzieller Repräsentation	270
(c) Strukturelle Grenzen deskriptiver Repräsentation	271
dd) Prozeduralisierung	271
d) Perspektive der Zukunft – zum Schutz des künftigen verfassungsändernden Gesetzgebers	272
aa) Materielle Grenze der Reversibilität aus Art. 79 Abs. 3 GG	273
bb) Formelle Grenze der Reversibilität aufgrund funktioneller Grenzen des verfassungsändernden Gesetzgebers	273
e) Fazit für die normative Bewertung	273
3. Reflexion der Versubjektivierung über Art. 2 Abs. 1 GG am Beispiel der Entwicklung des Rechts auf schulische Bildung (Bundesnotbremse II)	274
a) Deskription der Entwicklung des Grundrechts	274
aa) Gang des Verfahrens	275
bb) Der normexogene Anlass der Entwicklung des Grundrechts	275
cc) Der normendogene Anlass der Entwicklung des Grundrechts	276
b) Perspektive der Vergangenheit – zum Schutz (der Vorgaben) des historischen Verfassungsgebers	277
aa) Grenze der Grundrechtstextbindung	277
bb) Grenze der Grundrechtsnormbindung	277
(1) Grenzziehung im sachlichen Kongruenzbereich	278
(a) Normativer Gehalt des Auffangrechts (Art. 2 Abs. 1 GG)	278
(b) Kongruenter normativer Gehalt des staatlichen Bildungsauftrags (Art. 7 Abs. 1 GG)	279
(aa) Originäres Leistungsrecht	280
(bb) Derivatives Teilhaberecht	281
(cc) Abwehrrecht	282
(2) Grenzziehung für Art. 7 Abs. 1 GG im Inkongruenzbereich	283
(a) Dimensionale Inkongruenz	283
(b) Normative Bewertung	283
c) Perspektive der Gegenwart – zum Schutz des gegenwärtigen (verfassungsändernden) Gesetzgebers	284
aa) Verfassungsänderungsbestrebungen	284
bb) Grenzen des Verfassungstextes	285
cc) Grenzen des Verfahrens der (verfassungsändernden) Gesetzgebung und der qualifizierten Mehrheitserfordernisse	285
(1) Relative Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit wegen struktureller Minderheitenposition	285

(2) Absolute Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit wegen (chancen-)ungleicher politischer Partizipation	286
(a) Ressourcenbezogene Homogenität	286
(b) Strukturelle Grenzen substanzieller Repräsentation	286
(c) Strukturelle Grenzen deskriptiver Repräsentation	287
dd) Prozeduralisierung	288
d) Perspektive der Zukunft – zum Schutz des künftigen verfassungsändernden Gesetzgebers	289
e) Fazit für die normative Bewertung	289
II. Verdogmatisierung der Auffangrechte	290
1. Typisierung des Phänomens der Verdogmatisierung	290
a) Konstellation	290
b) Konstruktion	290
2. Reflexion der Verdogmatisierung des allgemeinen Freiheitsrechts am Beispiel der Entwicklung des IT-Grundrechts	291
a) Deskription der Entwicklung des Grundrechts	292
aa) Gang des Verfahrens	292
bb) Der normexogene Anlass der Entwicklung des Grundrechts	293
b) Perspektive der Vergangenheit – zum Schutz (der Vorgaben) des historischen Verfassungsgebers	295
aa) Keine Zuordnung zu einem vorhandenen speziellen Grundrecht	295
(1) Anwendbarkeit des Art. 10 GG	296
(2) Anwendbarkeit des Art. 13 GG	297
bb) Grenze der Grundrechtstextbindung	298
cc) Grenze der Grundrechtsnormbindung	298
(1) Anforderungen an die verfolgten Zwecke	298
(2) Verfahrensrechtliche Vorkehrungen in Gestalt eines Richtervorbehalts	299
(3) Verfahrensrechtliche Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs persönlicher Lebensgestaltung	300
c) Perspektive der Gegenwart – zum Schutz des gegenwärtigen (verfassungsändernden) Gesetzgebers	301
aa) Verfassungsänderungsbestrebungen	301
bb) Grenzen des Verfassungstextes	301
cc) Grenzen des Verfahrens der (verfassungsändernden) Gesetzgebung und der qualifizierten Mehrheitserfordernisse	301
dd) Prozeduralisierung	302
d) Perspektive der Zukunft – zum Schutz des künftigen verfassungsändernden Gesetzgebers	303
e) Fazit für die normative Bewertung	303

- 3. Reflexion der Verdogmatisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes am Beispiel der Entwicklung des Differenzierungs- und Diskriminierungsverbots wegen der sexuellen Orientierung 303
 - a) Deskription der Entwicklung des Grundrechts 304
 - aa) Gang des Verfahrens 304
 - bb) Der normexogene Anlass der Entwicklung des Grundrechts 304
 - b) Perspektive der Vergangenheit – zum Schutz (der Vorgaben) des historischen Verfassungsgebers 306
 - aa) Keine Zuordnung zu einem vorhandenen speziellen Grundrecht 306
 - bb) Grenze der Grundrechtstextbindung 306
 - cc) Grenze der Grundrechtsnormbindung 306
 - c) Perspektive der Gegenwart – zum Schutz des gegenwärtigen (verfassungsändernden) Gesetzgebers 307
 - aa) Verfassungsänderungsbestrebungen 307
 - bb) Grenzen des Verfassungstextes 308
 - cc) Grenzen des Verfahrens der (verfassungsändernden) Gesetzgebung und der qualifizierten Mehrheitsanfordernisse 308
 - (1) Relative Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit wegen struktureller Minderheitenposition 309
 - (2) Absolute Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit wegen (chancen-)ungleicher politischer Partizipation 309
 - dd) Prozeduralisierung 309
 - d) Perspektive der Zukunft – zum Schutz des künftigen verfassungsändernden Gesetzgebers 310
 - e) Fazit für die normative Bewertung 310
- C. Reflexion anhand einer Phänomenologie der Fortentwicklung spezieller Grundrechte 311
 - I. Verautonomisierung 311
 - 1. Typisierung des Phänomens der Verautonomisierung 311
 - a) Konstellation 311
 - b) Konstruktion 312
 - 2. Reflexion der Verautonomisierung der Freiheit der Person (Bundesnotbremse I) 312
 - a) Deskription der Fortentwicklung des Grundrechts 313
 - aa) Gang des Verfahrens 313
 - bb) Gang der verfassungsgerichtlichen Argumentation 314
 - cc) Der normexogene Anlass der Fortentwicklung des Grundrechts 315
 - dd) Der normendogene Anlass der Fortentwicklung des Grundrechts 317
 - b) Perspektive der Vergangenheit – zum Schutz (der Vorgaben) des historischen Verfassungsgebers 318
 - aa) Grenze der Grundrechtstextbindung 318

bb) Grenze der Grundrechtsnormbindung	319
(1) Die konkreten Anwendungsvorstellungen des historischen Verfassunggebers	319
(2) Die verfassungsgerichtliche Ausgangsdefinition	320
(3) Die abstrakte Bedeutungsvorstellung des historischen Verfassunggebers	322
(4) Vereinbarkeit der Fortentwicklung mit den normativen Vorgaben ..	323
c) Fazit für die normative Bewertung	323
II. Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs	323
1. Typisierung des Phänomens der Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs	324
a) Konstellation	324
b) Konstruktion	324
2. Reflexion der Fortentwicklung des Differenzierungs- und Diskriminierungsverbots wegen des Geschlechts (Dritte Option)	325
a) Deskription der Fortentwicklung des Grundrechts	325
aa) Gang der verfassungsgerichtlichen Argumentation	325
bb) Der normexogene Anlass der Fortentwicklung des Grundrechts	326
cc) Der normendogene Anlass der Fortentwicklung des Grundrechts	328
b) Perspektive der Vergangenheit – zum Schutz (der Vorgaben) des historischen Verfassunggebers	329
aa) Grenze der Grundrechtstextbindung	329
bb) Grenze der Grundrechtsnormbindung	330
(1) Die konkreten Anwendungsvorstellungen des historischen Verfassunggebers	330
(2) Die verfassungsgerichtliche Ausgangsdefinition	332
(3) Die abstrakte Bedeutungsvorstellung des historischen Verfassunggebers	332
(4) Vereinbarkeit der Fortentwicklung mit den normativen Vorgaben ..	333
c) Perspektive der Gegenwart – zum Schutz des gegenwärtigen verfassungsändernden Gesetzgebers	333
aa) Verfassungsänderungsbestrebungen	333
bb) Grenzen des Verfassungstextes	334
(1) Abstraktions- bzw. Konkretisierungsgrad des Verfassungstextes als Grenzfaktor	334
(2) Sprache als Grenzfaktor	334
cc) Grenzen des Verfahrens der (verfassungsändernden) Gesetzgebung und der qualifizierten Mehrheitserfordernisse	334
(1) Relative Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit wegen struktureller Minderheitenposition	335
(2) Absolute Hindernisse der Mehrheitsfähigkeit wegen (chancen-)ungleicher politischer Partizipation	335

dd) Prozeduralisierung	335
d) Perspektive der Zukunft – zum Schutz des künftigen verfassungsändernden Gesetzgebers	337
e) Fazit für die normative Bewertung	337
III. Verengung des sachlichen Anwendungsbereichs	337
1. Typisierung des Phänomens der Verengung des sachlichen Anwendungsbereichs	338
a) Konstellation	338
b) Konstruktion	338
2. Reflexion der Verengung des sachlichen Anwendungsbereichs der Versammlungsfreiheit (Fuckparade und Sitzblockade III)	338
a) Deskription der Fortentwicklung des Grundrechts	339
aa) Gang des Verfahrens	339
bb) Gang der verfassungsgerichtlichen Argumentation	340
cc) Der normexogene Anlass der Fortentwicklung des Grundrechts	340
dd) Der normendogene Anlass der Fortentwicklung des Grundrechts	341
b) Perspektive der Vergangenheit – zum Schutz (der Vorgaben) des historischen Verfassungsgebers	341
aa) Grenze der Grundrechtstextbindung	341
bb) Grenze der Grundrechtsnormbindung	342
(1) Die konkreten Anwendungsvorstellungen des historischen Verfassungsgebers	342
(2) Die verfassungsgerichtliche Ausgangsdefinition	343
(3) Die abstrakte Bedeutungsvorstellung des historischen Verfassungsgebers	343
(4) Vereinbarkeit der Fortentwicklung mit den normativen Vorgaben ..	345
c) Fazit für die normative Bewertung	346
D. Schlussfolgerungen aus dem vierten Teil	346
I. Zum Verhältnis der verschiedenen Phänomene	346
II. Zu den Spezifika der normativen Bewertung der verschiedenen Phänomene	348
Schlussbemerkungen	350
I. (De-)Kontextualisierung der Erkenntnisse in sachlicher Hinsicht?	350
II. (De-)Kontextualisierung der Erkenntnisse in perspektivischer Hinsicht?	351
III. Verfassungswandel und Vorannahmen	352
IV. Zukunftsperspektive der Grundrechtsdogmatik – was bleibt?	353
 Literaturverzeichnis	 354
Stichwortverzeichnis	389

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
a. F.	alte Fassung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Apr.	April
APSR	American Political Science Review
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BremWahlG	Bremisches Wahlgesetz
BSG	Bundessozialgericht
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BüWG	Bürgerschaftswahlgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWahlG	Bundewahlgesetz
bzw.	beziehungsweise
Chap.	chapitre
d.	der
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe/-n
Dig.	Digesten
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung

Drs.	Drucksache
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
E	Entscheidung
ebd.	ebenda
Ed.	Edition
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPR	European Journal of Political Research
EMRK	Europäische Konvention für Menschenrechte
Entsch.	Entscheidung
EPSR	European Political Science Review
Erg.	Ergänzung
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f.	folgend
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Feb.	Februar
FF	Forum Familienrecht (Zeitschrift)
ff.	fortfolgend
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GOBR	Geschäftsordnung des Bundesrates
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HDSrR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts [die römische Ziffer bezeichnet den Band]
Herv.	Hervorhebung
Hg.	Herausgeber
HGR	Handbuch der Grundrechte [die römische Ziffer bezeichnet den Band]
h. M.	herrschende Meinung
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland [die römische Ziffer bezeichnet den Band]
i. d. F.	in der Fassung
IfSG	Infektionsschutzgesetz
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
i. V. m.	in Verbindung mit
Jan.	Januar
JöR N. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (neue Folgen)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch

Lfg.	Lieferung
lit.	littera
Liv.	Livre
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
LKWG M-V	Landes- und Kommunalgesetz Mecklenburg-Vorpommern
LSG	Landessozialgericht
LV	Landesverfassung
LWahlG SH	Landeswahlgesetz Schleswig-Holstein
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nov.	November
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
o. g.	oben genannt
Orig.	Original
OVG	Oberverwaltungsgericht
PVS	Politische Vierteljahresschrift
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RT	Rechtstheorie (Zeitschrift)
RV	Verfassung für das Deutsche Reich (1871)
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Satz <i>oder</i> Seite
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u. a.	unter anderem
UN	United Nations
v.	von oder vom
v. a.	vor allem
Verf.	Verfasser/-in
VerfBlog	Verfassungsblog
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkungen
VSG NRW	Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WISTA	Wirtschaft und Statistik (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung (1919)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel

ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfVP	Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft
Ziff.	Ziffer
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Einleitung

Die Welt wandelt sich und die Verfassung tut es ihr gleich. Doch was ist Verfassungswandel? Diese Grundsatzfrage ist zwar weitaus älter als das Grundgesetz selbst und war schon Gegenstand zahlreicher durchaus kontroverser wissenschaftlicher Untersuchungen. Der sogenannte Verfassungswandel ist und bleibt aber trotzdem ein geradezu omnipräsenter Gegenstand des (verfassungs-)rechtswissenschaftlichen Diskurses und ein weiterhin „ungelöstes Rätsel“¹. Es ist das Kontinuum des (außer-)rechtlichen Wandels, das den Verfassungswandel als zugleich altes wie neues und damit zeitloses Rätsel erscheinen lässt. Das fortwährende Bemühen um eine Lösung dieses Rätsels ist im Verfassungsstaat geboten und rechtfertigt es, die Frage nach dem Verfassungswandel weiterhin aufzuwerfen und zu behandeln. Mit dem inzwischen tradierten Terminus des Verfassungswandels wird die Sinnänderung einer Verfassungsnorm ohne Änderung ihres Textes² und also ein deskriptives Phänomen bezeichnet. Damit verbleibt der changierende Begriff des Verfassungswandels aus *rechtswissenschaftlicher* Perspektive weitgehend im Dunkel, was sich darin spiegelt, dass er weiterhin Gegenstand nicht minder undurchsichtiger und komplexer Diskurse ist.³ Das hängt in Teilen damit zusammen, dass normative Aussagen und Schlussfolgerungen an einen nur deskriptiven Begriff des Verfassungswandels geknüpft werden. Hinzu kommt, dass die normativen Aussagen und Schlussfolgerungen aus methodischen Kategorien gewonnen werden, die allenfalls im Hinblick auf ihre Existenz konsentiert, ansonsten aber in hohem Maße umkämpft sind. Das Anknüpfen an Altbekanntes verspricht wünschenswerte Rationalisierungsgewinne, läuft aber immer auch Gefahr, fehlzugehen. Verschärft wird diese Gefahr durch Uneinigkeiten darüber, ob angesichts der zivilrechtlichen Wurzeln der allgemeinen Methodenlehre nicht sogar eine verfassungsrechtliche Sondermethodik

¹ *Michael*, RW 5 (2014), 426 (427).

² Früh schon *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. 3; zu diesem Begriff der Verfassungswandlung und seiner Genese in der deutschen Staatsrechtslehre *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, 123 (126 f.); *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 20 ff. mit dem abschließenden Vorschlag, stattdessen den Begriff „Verfassungsentwicklung“ zu verwenden; außerdem statt aller *Badura*, in: Isensee/Kirchhof, HStR XII, § 270 Rn. 15; *Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus, in: Depenheuer u. a., Nomos und Ethos, 183 (186); *Michael*, RW 5 (2014), 426 (433); *Rozeck*, in: Isensee/Kirchhof, HStR XII, § 257 Rn. 4; *Stern*, Staatsrecht I, S. 161; *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 165; *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), 450 (451 f.); *Wahl*, Verfassungsgebung – Verfassungsänderung – Verfassungswandel I, in: ders., Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, 29 (43).

³ Instruktiv *Michael*, RW 5 (2014), 426 ff.; siehe auch *Bumke*, Konzepte der Verfassungsentwicklung, in: Jestaedt/Suzuki, Verfassungsentwicklung I, 39 ff.

geboten ist.⁴ In der vorliegenden Untersuchung soll sich dem Verfassungswandel deshalb von einer Metaebene aus angenähert werden, sodass das Anknüpfen an tradierte Kategorien nicht an ihrem Anfang, sondern allenfalls an ihrem Ende steht. Dabei gilt es, die undurchsichtigen und komplexen Diskurse abzuschichten. Umgekehrt soll das herkömmliche deskriptive Verständnis des Verfassungswandels zwar am Anfang, aber nicht am Ende der Untersuchung stehen.

I. Alte Verfassung, neue Grundrechte – zur sachlichen Begrenzung des Untersuchungsgegenstands auf die Grundrechte des Grundgesetzes

Die Grundsatzfrage, was Verfassungswandel ist, bildet sowohl den Ausgangspunkt als auch die Grundlage der vorliegenden Untersuchung, ohne dass jene erschöpfend behandelt – geschweige denn abschließend beantwortet – werden könnte.

Da die Frage (auch) als *normative* verstanden und aufgeworfen wird, kann ihre Beantwortung nur im Hinblick und in Bezug auf eine konkrete Verfassung erfolgen: Aus dieser Verfassung selbst ergeben sich schließlich die Grenzen eines Verfassungswandels. Vor diesem Hintergrund überrascht es kaum, dass der Begriff des Verfassungswandels anlässlich des Übergangs von der einen in die andere Verfassungsordnung seinerseits einen Bedeutungswandel erfahren hat. Das Inkrafttreten des Grundgesetzes bildet insoweit eine Zäsur. P. Laband, dessen Vortrag über die „Wandlungen der deutschen Reichsverfassung“⁵ aus dem Jahr 1895 den begriffsgeschichtlichen Ausgangspunkt des Diskurses bildet, stellte noch – aus phänomenologischer Perspektive – auf die Wandlungen im Wege der (einfachen) Reichsgesetzgebung ab. Nunmehr findet sich der Terminus in einem gänzlich gewandelten Kontext wieder und wird zuvörderst mit Wandlungen durch die durch das Grundgesetz etablierte Verfassungsgerichtsbarkeit assoziiert. Auf tiefgehende historische Ausführungen zur vorkonstitutionellen (verfassungs-)rechtswissenschaftlichen Diskussion wird aus diesem Grund ebenso verzichtet wie auf Parallelisierungen mit Verfassungen anderer Staaten oder Grundrechtskatalogen im europäischen Mehrebenensystem. Mit Verfassungswandel ist hier der Verfassungswandel *des Grundgesetzes* gemeint.

Der Untersuchungsgegenstand ist ausgehend davon auf die (Fort-)Entwicklung der Grundrechte unter dem Gesichtspunkt des *sachlichen Anwendungsbereichs* der Freiheits- und Gleichheitsrechte – konkret: der Entwicklung und der ausweitenden oder verengenden Fortentwicklung freiheitsrechtlicher *Schutzbereiche* sowie

⁴ Zu den kontroversen Diskussionen und den daraus erwachsenden Methodenkonzeptionen der Verfassungsinterpretation schon in den 1970er Jahren im Überblick Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 53 ff.

⁵ Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, 1895.

gleichheitsrechtlicher *Differenzierungskriterien* – konzentriert und beschränkt.⁶ Das hat mehrere Gründe: Erstens liegt angesichts der Vielgestaltigkeit verfassungsrechtlicher Normen eine zwischen Normtypen differenzierende Herangehensweise an den Verfassungswandel nahe.⁷ Wo die Grenzen zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung verlaufen, wird maßgeblich durch den Umfang und die Dichte des Regelungsanspruchs der jeweiligen Rechtsnorm bestimmt. Von dieser Erkenntnis dürften in der allgemeinen Methodenlehre vorgenommene Differenzierungen nach Normtypen getragen sein, wie sie in der Savigny’schen Unterscheidung zwischen dem „gesunden Zustand des Gesetzes“ und unbestimmt oder unrichtig ausgedrückten, d. h. „mangelhafte[n] Gesetze[n]“ wurzeln⁸. Zweitens ist die (Fort-)Entwicklung der Grundrechte – auch und insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Verfassungswandels – von hervorgehobener praktischer Relevanz,⁹ wobei herkömmlicherweise insbesondere die sachlichen Schutzbereiche bzw. Differenzierungskriterien betreffende (Fort-)Entwicklungen unter dem Stichwort des Verfassungswandels behandelt werden. Wenn über eine (Fort-)Entwicklung der Grundrechte debattiert wird, dann stehen auch losgelöst davon oftmals freiheitsrechtliche Schutzbereiche und gleichheitsrechtliche Differenzierungskriterien im Fokus. Forderungen nach der Ergänzung bzw. Erweiterung des Grundrechtskatalogs der Art. 1 – 19 GG befeuern immer wieder den verfassungspolitischen Diskurs. Davon legen beispielsweise nachhaltige zivilgesellschaftliche und verfassungspolitische Bestrebungen zur Verankerung von Kinderrechten¹⁰ im Verfassungstext Zeugnis ab. Zuweilen weisen derartige Bestrebungen – wie auch der Grundrechtsschutz selbst – über das innerstaatliche (Verfassungs-)Recht hinaus. Rufe nach neuen (europäischen) Grundrechten wurden in der jüngeren Vergangenheit etwa im Zusammenhang mit einer „Charta der digitalen Grundrechte der Europäischen Union“¹¹ oder der von F. v. Schirach initiierten Aktion „Jeder Mensch“¹² laut. Während mit derartigen Initiativen primär die Verfassungspolitik adressiert wird, bestehen auch Debatten über vermeintlich gebotene bzw. unzulässige verfassungsgerichtliche (Fort-)Ent-

⁶ Zu dieser Kategorie des Grundrechtswandels *Hoffmann-Riem*, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: ders., *Offene Rechtswissenschaft*, 407 (422). Eine Konzentration auf grundrechtliche Dynamik liegt bereits der Untersuchung von *Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse, 2016 zugrunde.

⁷ Sogar innerhalb der Grundrechte differenzierend *Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse, S. 85 ff. unter Verweis auf *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 283 ff.

⁸ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, S. 222. Zu den Unterschieden in der Interpretationsmethodik siehe S. 212 ff. einerseits und S. 222 ff. andererseits.

⁹ Hierzu *Volkman*, JZ 2018, 265 (266 ff.). Formelle Verfassungsänderungen im Bereich grundrechtlicher Schutzbereiche sind unter dem Grundgesetz nur vereinzelt erfolgt, etwa bei Art. 13 und Art. 16 GG.

¹⁰ Siehe nur die Gesetzentwürfe BT-Drs. 13/7104 sowie BT-Drs. 17/10118, BT-Drs. 17/11650 und BT-Drs. 17/13223 sowie BT-Drs. 19/10552, BT-Drs. 19/10622, BT-Drs. 19/28138 und BT-Drs. 19/28440.

¹¹ <https://digitalcharta.eu/> (abgerufen am 9. 3. 2024).

¹² Vgl. *Ferdinand v. Schirach*, Jeder Mensch, München 2021 sowie die Webseite der Stiftung Jeder Mensch e. V. unter <https://jeder-mensch.eu/de> (abgerufen am 9. 3. 2024).