

Konrad-Adenauer-Stiftung – Rechtspolitischer Kongress

29. November 2018 – Berlin

*„Verfassungsstaat im Wandel. Die Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes nach
70 Jahren“*

Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel.

Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts

Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Voßkuhle

Präsident des Bundesverfassungsgerichts

I. Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel

Das Grundgesetz umweht ein Hauch von Ewigkeit. Es ist, wie alle Verfassungen, dazu berufen, „altes Recht“ zu werden.¹ Das Grundgesetz ist der ruhende Pol des Ganzen, es vermittelt ein Stück zeitgeistlose Kontinuität, Beständigkeit und Stabilität² - ein vertraut-beruhigender Haltepunkt in der von Kontingenz und Unübersichtlichkeit geprägten Welt. Gleichwohl steht es nicht monolithisch und ungerührt als Fels in der Brandung der Zeit. Will es seine einheits- und identitätsstiftende Wirkkraft entfalten, muss es in gewissem Maße zu der sich wandelnden Wirklichkeit offen und in der Lage sein, diese Wirklichkeit normativ zu verarbeiten.

Dieses dynamische Moment ist im apodiktischen Stil und in der Normstruktur des Grundgesetzes bereits angelegt. Und diese fragmentarische Offenheit mit dem gewissen „Schuss Pathos“³ ist es auch, die den Verfassungsinterpreten herausfordert. Denn das Grundgesetz muss mehr noch als jedes andere Gesetz in seinem Inhalt entwickelt und konkretisiert werden.⁴ Diesem Konkretisierungsvorgang wohnt dabei zwangsläufig etwas Schöpferisches inne. Das Grundgesetz ist nichts Gegebenes, sondern etwas Aufgegebenes⁵ und Verfassungsanwendung damit immer auch ein „Akt des wertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen“⁶. Wenn wir demnächst den 70. Geburtstag des Grundgesetzes begehen, feiern wir deshalb keinen Text, sondern eine verfassungsrechtliche Praxis.

Nun ist nicht jede Form der Verfassungskonkretisierung auch immer schon ein Verfassungswandel. Vielmehr erschöpft sich ein Großteil der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der Aktualisierung des Bestehenden. Ein Wandel liegt jedoch dann vor, wenn der ursprüngliche Sinn einer Verfassungsnorm oder Teile der Verfassung ohne Änderung des Verfassungstextes geändert werden⁷ – kurz: bei einer „Sinnänderung ohne Textänderung“⁸. Spricht man von Verfassungswandel, wird also das dynamische, das zukunfts offene Moment des Grundgesetzes besonders betont und aktiviert – und gleichzei-

tig dessen Grenzen abgeschritten. In diesem Sinne ist Verfassungswandel auch nicht das Gegenteil von Verfassungsinterpretation, sondern eine ihrer besonderen Spielarten.⁹ Eine Spielart jedoch, bei welcher die Grenzprobleme einer jeden Rechtsanwendung besonders virulent werden.

Dies erklärt auch den ambivalenten Status, den der Begriff bzw. eine Lehre des Verfassungswandels in der rechtswissenschaftlichen Diskussion besitzt.¹⁰ Verfassungswandel wird mitunter als unzulässig¹¹, teilweise auch als „dubios“¹² bezeichnet. Diese Irritations- und Abstoßungsreflexe sind dabei weniger dem Phänomen einer reflektierten Entwicklung der Verfassungsnormen geschuldet, als vielmehr der Sorge vor einer dezisionistischen Anbiederung der Verfassung an den Zeitgeist. Institutionell gewendet artikulieren sich diese kompetenz- und legitimationsbezogenen Bedenken in der Rede vom „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“, dem „Richterkönig“ oder dem „entgrenzten Gericht“. Tatsächlich schadet Verfassungswandel jedoch nicht der Verfassung, sondern er nützt ihr, denn er hält sie in der Zeit. Verfassungswandel ist in diesem Sinne Verfassungspflege!¹³

Dies gilt allerdings nur, solange er nicht grenzvergessen erfolgt. Insofern treffen die Kritiker in der Tat einen zentralen Punkt. Wenngleich der Begriff des Verfassungswandels bei der Rationalisierung wenig hilft, ist er jedoch eine Eingangssentenz¹⁴, ein Beobachtungsbegriff, um Entwicklungslinien der Rechtspre-

chung zu thematisieren und die Risiken und Grenzpunkte der Verfassungsanwendung zu erkennen. Dass sich das Bundesverfassungsgericht dieser Risiken nicht nur theoretisch bewusst ist, sondern seine Rolle problemsensibel wahrnimmt, will ich an einigen Entscheidungen der letzten Jahre schlaglichtartig aufzeigen.

II. Das BVerfG zwischen „Text und Kontext“¹⁵

1. Das dynamische Moment in der Rechtsprechung des BVerfG

a. *Gleichheit – Eingetragene Lebenspartnerschaft und drittes Geschlecht*

aa. Kaum ein gesellschaftlicher Bereich hat sich seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes so stark verändert wie der Bereich von Partnerschaft, Ehe und Familie. Herrschten in den 50er Jahren noch traditionelle Rollenbilder vor, traten über die Jahre andere Lebens- und Partnerschaftsmodelle hinzu. Vor allem die Einstellung zu Homosexualität hat sich radikal gewandelt. Ausgehend von der Verpönteit und Strafbarkeit von Homosexualität in den Anfangszeiten der Bundesrepublik hat der Gesetzgeber angesichts der veränderten gesellschaftlichen Haltung nach und nach die Rechtstellung Homosexueller gestärkt und derjenigen von Heterosexuellen weitgehend angeglichen.

chen. Hiervon konnte das Bundesverfassungsgericht nicht unbeeinflusst bleiben.¹⁶ So bestätigte es in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2002 die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlich eingeführten eingetragenen Lebenspartnerschaft¹⁷ und rügte sodann in mehreren Entscheidungen zu sozial-, steuer-, beamtenrechtlichen Fragestellungen¹⁸ die unterschiedliche Behandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft als verfassungswidrigen Gleichheitsverstoß. Während Kritiker, auch aus den eigenen verfassungsgerichtlichen Reihen, in dieser Auslegung gegen die Entstehungsgeschichte die Kompetenzen des Gerichts überschritten und den besonderen Schutz von Ehe und Familie ausgehöhlt sahen¹⁹, hob das Bundesverfassungsgericht auf die gewandelten gesellschaftlichen und einfachrechtlichen Verhältnisse ab und erteilte in expliziter Auseinandersetzung mit dem Willen des Verfassungsgebers einer rein entstehungsgeschichtlichen Verfassungsauslegung eine Absage.²⁰ Damit näherte es den Schutz der eingetragenen Lebenspartnerschaft über Art. 3 GG faktisch dem aus Art. 6 GG folgenden besonderen Ehe- und Familienschutz an.²¹

bb. Art. 3 GG und sexuelle Identität spielten zudem in der jüngst ergangenen Entscheidung zum dritten Geschlecht²² oder besser zur dritten Option eine zentrale Rolle. Das Bundesverfassungsgericht sah eine Verletzung der vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützten geschlechtlichen Identität darin, dass das Personenstandsgesetz keine positive Eintragungs-

möglichkeit für ein drittes Geschlecht bot. Zwar dürften, so das Gericht, dem Verfassungsgeber im Jahr 1949 kaum Menschen weiteren Geschlechts vor Augen gestanden haben. Dies hindere jedoch nicht, diese Menschen angesichts des heutigen Wissens um weitere geschlechtliche Identitäten in den Diskriminierungsschutz einzubeziehen.²³

cc. An den vorstehenden Entscheidungen wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht den Wandel von gesellschaftlichen Wertvorstellungen und wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht einfach plump nachvollzieht, sondern eruiert, ob und an welchen Stellen dieser Wandel aus der Perspektive des Rechts relevant, also in die Sprache des Rechts übersetzungsfähig ist. Das Gericht agiert folglich nicht aus liberalem Gutdünken, sondern aus Verpflichtung auf die Verfassung. Denn diese ist mit Art. 3 und der notwendigen Bildung von Vergleichsgruppen in besonderer Weise zur Wirklichkeit, auch der sich wandelnden, offen.²⁴ Art. 3 GG erweist sich so als verfassungsrechtlicher Dynamo und beeinflusst mittelbar auch die Auslegung anderer Verfassungsnormen. Indem das Gericht diese gewollte Wirklichkeitsoffenheit artikuliert, verhilft es der Verfassung zur Geltung.

b. Europa – „Integration durch Recht“²⁵

Auch in einem weiteren Feld wird die Zukunftsoffenheit des Grundgesetzes besonders augenscheinlich: dem der europäischen Integration. Diese ist per se auf Dynamik angelegt. Ge-gründet als Montanunion verdichtete sich der zunächst rein wirtschaftliche Zusammenschluss europäischer Staaten zu einer immer enger werdenden europäischen Rechtsgemeinschaft. Angesichts dessen überrascht es nicht, dass auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen dynamischen Zug aufweist.²⁶ In jüngerer Zeit erzeugte die intensivierte Integration bei gleichzeitig neu auftretenden Fragen in der Finanz- und Wirtschaftskrise ab Mitte der 2000er Jahre eine Verfahrensdichte vor dem Gericht, welche es veranlasste, seine Europarechtsprechung unter gewandelten Integrationsbedingungen erneut zu aktualisieren.

Den Grundstein hierzu legte das Urteil zum Lissabonvertrag. Dieses begann mit einem klaren europäischen Bekenntnis: Das Grundgesetz sagt „Ja“ zu Lissabon²⁷ – allerdings nicht uneingeschränkt. Vielmehr zog das Gericht dem Anwendungsvorrang von Unionsrecht generell dort eine Grenze, wo die veränderungsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes berührt ist (Identitätskontrolle) oder ein europäischer

Rechtsakt aus dem Kompetenzgefüge ausbricht (ultra vires Kontrolle). Den Ausnahmecharakter dieser beiden Kontrollvorbehalte unterstrich das Gericht im Geiste der Europarechtsfreundlichkeit in der Folgerechtsprechung, indem es deren Voraussetzungen einschränkend präzisierte und ihre Aktivierung von der Vorlage an den EuGH abhängig machte.²⁸ Dieser Vorlagepflicht kam es sodann auch erstmals im OMT-Verfahren sowie jüngst im PSPP-Verfahren²⁹ nach – ein Ausdruck des nicht nur propagierten, sondern praktizierten Europäischen Verfassungsgerichtsverbundes!³⁰ Daneben forderte es unter dem Konzept der sog. Integrationsverantwortung³¹ von den an der Integration beteiligten staatlichen Akteuren – auch aktiv – dafür Sorge zu tragen, dass die aufgezeigten Integrationsgrenzen gewahrt werden. Schließlich wies das Gericht dem Einzelnen mit dem subjektiven Recht auf Demokratie³² einen durchsetzbaren Anspruch auf Wahrnehmung dieser Integrationsverantwortung zu.

Wir können also festhalten: Die besondere faktische Abhängigkeit von dem sich stetig verändernden Integrationsniveau der europäischen Entwicklung³³ fordert das Bundesverfassungsgericht immer wieder auf, das Balanceverhältnis zwischen Vertrauen und Kontrolle, zwischen Europarechtsfreundlichkeit und Schutz des Verfassungskerns neu auszutarieren und in der Sprache des Rechts Antworten auf dieses Spannungsverhältnis zu finden. In der skizzierten Rechtsprechung setzt das Gericht

in diesem Sinne seine europarechtsfreundliche Linie fort, schärft aber gleichzeitig angesichts der fortschreitenden Integration und der in der Krise deutlich gewordenen Friktionen die verfassungsrechtlichen Grenzen. Indem es die staatlichen Akteure in die Integrationsverantwortung nimmt und in der Anerkennung des Rechts auf Demokratie dem einzelnen Bürger ein Mittel zur Effektivierung der verfassungsrechtlichen Kontrolle in die Hand gibt, schafft das Gericht einen Verantwortungsverband von staatlichen und zivilen Akteuren, die – neben dem Gericht selbst – die Verfassungskonformität der europäischen Integration absichern. Durch dieses komplexe dogmatische Konzept verrechtlicht das Gericht die europäische Integration und ermöglicht sie zugleich.

c. Leistungsrechte – Existenzminimum und Beamtenbesoldung

Ein weiteres Feld, welches das Gericht ab dem Jahr 2010 in mehreren Verfahren zu bestellen hatte, ist die Konkretisierung von Leistungsrechten. Im Zentrum stand hier die Frage nach der Höhe eines menschenwürdigen Existenzminimums³⁴ bzw. der Angemessenheit der Beamtenbesoldung. Blickt man in die Verfassung, so sagt diese hierzu: nichts. Jedenfalls nichts Bezifferbares. Hieraus leitete das Gericht ursprünglich einen weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ab. Da sich die zurückgenommene Kontrolle mit Blick auf die effektive Durchset-

zung der Leistungsrechte als zunehmend unbefriedigend erwies, justierte das Gericht mit einem Ansatz nach, der sich in zwei Worten zusammenfassen lässt: Evidenzkontrolle und Prozeduralisierung³⁵.

Vor allem in der Besoldungsrechtsprechung, in welcher das Gericht sich angesichts eines strukturellen Abwärtstrends des Besoldungsniveaus ab dem Jahr 2012 mit verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Besoldungsgesetzgeber beschäftigen musste³⁶, entfaltete es diesen Ansatz weiter. Hatte es früher noch den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum betont, nannte es nun im Rahmen der Evidenzkontrolle erstmals fünf volkswirtschaftliche Vergleichsparameter, die eine nachvollziehbare materielle Annäherung an eine evidente Unteralimentierung ermöglichen sollten. Neben dieser in der Literatur als „Zeitenwende“³⁷ bezeichneten Konkretisierung forderte es in prozeduraler Hinsicht, die Alimentationsbestimmung nachvollziehbar zu begründen; bloße Begründbarkeit ließ es mit Blick auf die angestrebten Rationalitätsgewinne und unter Rechtsschutzgesichtspunkten nicht genügen.³⁸ Das Gericht verlieh hierdurch dem Alimentationsprinzip Zähne³⁹ und unterstrich damit seine Bedeutung. Denn Besoldungsfragen sind immer auch Fragen der Sicherung amtsbezogener Qualität und letztlich der Funktionsbedingungen von Staatlichkeit – und gerade in diesen Zeiten, in

denen der Ruf nach einem handlungsfähigen Staat besonders laut ist, aktueller denn je.

Die gerichtliche Kontrolle erfolgt im Bereich der Leistungsrechte also über die „lange Leine“, die aber durch das materiell-prozedurale Geflecht straff gespannt werden kann. Das Gericht beziffert zwar nicht die angemessene oder menschenwürdige Leistungshöhe, durch Begründungsanforderungen und materielle Evidenzkontrolle gewährleistet es sie aber. Das Gericht passt damit nicht nur sein Kontrollinstrumentarium den strukturellen Besonderheiten des zu kontrollierenden Wirklichkeitsbereichs an. Indem es der Versuchung widersteht, die Angemessenheit von Leistungsansprüchen in konkreten Zahlen zu beantworten, sichert es die Abstraktionshöhe der Verfassung, welche essentielle Voraussetzung ihres „Recht-Seins“ ist. Denn erst die in der Abstraktionshöhe begründete Distanz „erlaubt es, von der Verschiedenheit der Menschen oder der Staaten zu abstrahieren. [Eben diese] Distanz zu persönlichen und politischen Konflikten ist eine spezifische Stärke des Rechts“.⁴⁰ Insofern hat die skizzierte Rechtsprechung auch einen bewahrenden Kern.

d. Sicherheit – Bundeswehr im Inneren

Wie sich Wandel schließlich institutionell manifestieren kann, zeigt die Plenumsentscheidung zum Luftsicherheitsgesetz aus dem Jahr 2012.⁴¹ Nachdem der Erste Senat im Jahr 2006 den Abschuss von als Waffe gegen das Leben anderer eingesetzter Flugzeuge durch Streitkräfte für verfassungswidrig erklärt hatte⁴², hatte der Zweite Senat im Jahr 2012 im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens erneut über die Verfassungsgemäßheit des Luftsicherheitsgesetzes zu entscheiden. Da er beabsichtigte, von seinerzeitigen Annahmen des Ersten Senats abzuweichen, wurde eine Plenumsentscheidung aller Richterinnen und Richter nötig. Strittig war unter anderem die Zulässigkeit des Einsatzes militärischer Mittel durch die Streitkräfte im Inland. Obgleich das Sondervotum hier die Grenzen der Auslegung überschritten sah und eine Verfassungsänderung für erforderlich hielt⁴³, gelangten die übrigen 15 Richterinnen und Richter zur Auffassung, dass sich der Verfassung eine Begrenzung auf Mittel des Gefahrenabwehrrechts nicht entnehmen lasse. Vielmehr spreche der Zweck der wirksamen Gefahrenabwehr dafür, dass in den absoluten Ausnahmefällen, in denen das Militär im Inneren zum Einsatz komme, die Qualität der Gefährdungslage auch den Einsatz spezifisch militärischer Mittel erlaube.

Die Entscheidung verdeutlicht, dass Wandel in der Rechtsprechung institutionell gewendet ein diskursiver Prozess ist, der durch die damit verbundene gesteigerte Begründungsnotwendigkeit rechtlich rationalisiert wird.

2. Grenzen des Verfassungswandels

Die von mir skizzierten Senatsentscheidungen illustrieren den verfassungsgerichtlichen Umgang mit Wandel und der Wirklichkeitsoffenheit des Grundgesetzes. Wenngleich diese dynamisierenden „Verfassungsblitze“⁴⁴ die öffentliche Wahrnehmung nicht selten dominieren, so stellt ein großer Teil der verfassungsgerichtlichen Judikatur lediglich die Aktualisierung des Bestehenden dar, wobei vor allem den die Rechtsprechungslinien größtenteils fortschreibenden Kammerverfahren in der Verfassungsgerichtspraxis ein nicht zu unterschätzender stabilisierender Effekt zukommt.

Aber auch auf noch unvermessenem Terrain ist sich das Bundesverfassungsgericht der interpretatorischen Grenzen wohl bewusst und entscheidet unter ernsthafter und selbstbescheidender Beachtung dieser Grenzen. Hierzu möchte ich Ihnen ebenfalls einige Beispiele präsentieren.

a. Berufsbeamtentum – Streikverbot

Als erstes Beispiel ist die im Juni dieses Jahres verkündete Entscheidung zum Streikrecht von Beamten zu nennen.⁴⁵

Beamte haben kein Streikrecht – so das Fazit des Gerichts. Das Streikverbot als ein bis auf die Weimarer Republik zurückgehender hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums weist eine enge inhaltliche Verbindung zum verfassungsrechtlichen Fundament des Berufsbeamtentums auf. Denn ein Streikrecht würde die funktionswesentlichen Prinzipien der Alimentation, der Treuepflicht, der lebenszeitigen Anstellung sowie deren einfachgesetzliche Ausgestaltung aushebeln oder jedenfalls unter grundlegenden Modifizierungsdruck bringen.

Anders als zuvor bei den Entscheidungen im Kontext des wandlungsaffinen Art. 3 GG enthält Art. 33 Abs. 5 GG mit den „hergebrachten Grundsätzen“ schon im Wortlaut einen Rückverweis auf Traditionen, also ein konservierendes Moment. Eben dieses legt das Bundesverfassungsgericht seiner Entscheidung als leitend zu Grunde und betont seine Gebundenheit an diese Grundsätze und die dahinterstehende Strukturentscheidung des Grundgesetzes für eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums.

b. Finanzverfassung – Kernbrennstoffsteuer

Auch in seinem Beschluss zur Verfassungsmäßigkeit der Kernbrennstoffsteuer⁴⁶ im Jahr 2017 konturierte das Gericht in Bezug auf die Finanzverfassung die verfassungsrechtlichen Grenzen.

Die Senatsmehrheit sah die Kompetenzen des einfachen Gesetzgebers in verfassungswidriger Weise überschritten, da die eingeführte Kernbrennstoffsteuer keinem der Steuertypen nach Art. 105, 106 GG zuzuordnen sei. Außerhalb der durch das Grundgesetz vorgegebenen Kompetenzordnung stehe weder dem Bund noch den Ländern ein Steuererfindungsrecht zu; dies sei allein dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten. Das Gericht hob dabei unter föderalen Gesichtspunkten die Befriedungsfunktion der Finanzverfassung sowie ihre Begrenzungs- und Schutzfunktion auch im Verhältnis zum Bürger hervor, welche einer extensiven Auslegung der finanzverfassungsrechtlichen Normen entgegenstünden. Trotz anderslautender Begründung teilten auch die beiden abweichenden Richter dieses Verfassungswidrigkeitsdictum.

Mit seiner Entscheidung betont das Bundesverfassungsgericht folglich nicht nur seine eigene interpretatorische Beschränkung durch die Verfassung, sondern – auch gestützt auf individualschutzrechtliche Gesichtspunkte – das restriktive Moment der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisungen und da-

mit inzident die prinzipielle Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlichen Handelns überhaupt.

c. Politischer Wettbewerb – Oppositionsfraktionsrechte und NPD

Auch in zwei Entscheidungen zum politischen Wettbewerb markierte das Bundesverfassungsgericht die stabilisierenden Grenzen der Verfassungsauslegung.

aa. So hatte es im Jahr 2016 angesichts der politischen Mehrheitsverhältnisse im Deutschen Bundestag und der weniger als ein Viertel der Sitze umfassenden Opposition über den Bestand verfassungsrechtlicher Oppositionsfraktionsrechte zu befinden. Das Gericht konstatierte, dass das Grundgesetz weder explizit spezifische Oppositionsfraktionsrechte begründe, noch die Schaffung solcher Rechte gebiete.⁴⁷ Das Grundgesetz habe sich vielmehr für einen an Quoren anknüpfenden qualifizierten Minderheitenschutz entschieden. Eine Zuerkennung darüber hinausgehender Oppositionsfraktionsrechte würde nicht nur dieser Grundentscheidung zuwiderlaufen, sondern überdies die Gleichheit der Abgeordneten verletzen.⁴⁸ Eine Absenkung der Quoren schloss das Gericht angesichts des klaren Wortlauts aus. Selbst unter dem Aspekt des Verfassungswandels lasse sich eine derart extensive Auslegung nicht rechtfertigen, weil

ein solcher Wandel gar nicht stattgefunden habe. Denn die mehrheitspolitischen Besonderheiten seien vom Verfassungsgeber antizipiert und damit auch gebilligt worden.

Indem das Gericht der Opposition keinen faktischen Institutionenschutz zuerkennt, sondern den einzelnen Abgeordneten in den Mittelpunkt stellt, stärkt es die verfassungsrechtlich gewollte Flexibilität des parlamentarischen Diskurses und damit das dynamische Grundmoment des Demokratieprinzips.

bb. Auch im NPD-Urteil⁴⁹ betonte das Bundesverfassungsgericht die Grenzen der Verfassungsinterpretation. In dieser Entscheidung, in welcher es die NPD zwar als verfassungsfeindlich, jedoch zu unbedeutend einordnete, um sie zu verbieten, machte das Gericht deutlich, dass das Grundgesetz andere Instrumente als das Parteiverbot nicht vorsehe. Indem das Gericht in Abkehr zum KPD-Urteil die Voraussetzungen enger fasste, betonte es den Ausnahmecharakter des Parteiverbots als schärfstes Schwert der streitbaren Demokratie.⁵⁰ Das Parteiverbot stellte sich hiernach aber nicht nur als letztes Mittel, sondern auch als einziges Mittel dar, dass die Verfassung im Kampf gegen Verfassungsfeinde in Art. 21 GG vorsieht. Mag ein Ausschluss von der Parteienfinanzierung noch so opportun sein – die Verfassung gibt dem Gericht dieses Mittel nicht, auch

nicht im Wege der Auslegung, an die Hand.⁵¹ Die Schaffung ist vielmehr dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten, der nunmehr auch tatsächlich in dieser Hinsicht aktiv geworden ist.

Ganz im Sinne *Konrad Zweigerts*, demzufolge es manchmal nicht nur eleganter, sondern auch politischer Weiser sei, einer verfassungsfeindliche Partei den leisen Tod der Erfolglosen sterben zu lassen, statt sie mit der blanken Waffe des Art. 21 GG zu erschlagen⁵², unterstreicht das Bundesverfassungsgericht somit inzident die Bedeutung des politischen Diskurses, in welchem zuvorderst die Wurzeln verfassungsfeindlicher Bestrebungen bekämpft und in die Bedeutungslosigkeit verdrängt werden müssen.

cc. Beide Entscheidungen sind von bewusster Zurückhaltung gegenüber der politischen Eigenrationalität geprägt. In der Betonung der Auslegungsgrenzen gewährleistet das Gericht die Funktionsbedingungen eines freien Wettbewerbs, widersteht aber der Versuchung, sich selbst in diesen zu begeben. Dies stärkt nicht nur den politischen Diskurs, sondern institutionell gewendet auch die Legitimation des Gerichts.

III. Fazit

Damit bin ich am Ende meines kurzen kursorischen Ritts durch die Entscheidungslandschaft des letzten Jahrzehnts angekommen. Die skizzierten Entscheidungen thematisieren Verfassungswandel und seine Grenzen in ganz unterschiedlichen Facetten. Deutlich bei dieser Entscheidungscollage wurde: Die Frage nach dem Umgang mit der Verfassung und ihrer Veränderlichkeit stellt sich für das Bundesverfassungsgericht unverändert und aktuell. Sie ist gewissermaßen sein judikativer Lackmustest, die Gretchenfrage. Wie hält's das Bundesverfassungsgericht also mit dem Wandel?

1. „Die Zukunft lässt immer mehr zu als offen“⁵³

Als erstes ist festzuhalten: Das Bundesverfassungsgericht hat gute Gründe, wenn es die Verfassung in dynamischer Weise auslegt. An das Gericht werden mitunter Fragen herangetragen, die den Verfassungsmüttern und -vätern nicht vor Augen standen, weil es bestimmte Voraussetzungen dieser Fragestellungen schlicht noch nicht oder nicht in dieser Form gab: EU, Digitalisierung, Globalisierung, Pluralisierung der Gesellschaft. Die Verfassung kann jedoch zu derart fundamentalen Fragen des gesellschaftlichen Zusammenlebens nicht stumm bleiben, will sie ihre Orientierungs- und Identifikationsfunktion⁵⁴ nicht aufgeben. Die Einklagbarkeit der Verfassung verbietet ihr eine

Enthaltung, sie muss sich *verhalten*. Sie wird unweigerlich in die Zeit gezogen – und mit ihr das Bundesverfassungsgericht. Denn dieses ist als verfassungsrechtlich bestimmter Letztinterpret dazu berufen, die Verfassung zum Sprechen zu bringen, sie in der Zeit zu halten. Und – wie gesehen – schweigt das Bundesverfassungsgericht auch nicht. Es reagiert vielmehr auf virulent gewordene Bruchstellen, auf Rechtsschutzlücken, auf den Wandel in der nationalen oder europäischen Verfassungspraxis und Regelungswirklichkeit.

2. Zurück in die Zukunft – Originalismus als „geringeres Übel“⁵⁵?

Dieses Vorgehen ist weder risiko-, noch alternativlos. Die Alternative, nämlich das Abstellen auf den Willen des Verfassungsgebers – den sogenannten *original intent* – ist vor allem in den USA en vogue.⁵⁶ Aber auch hierzulande ist die Frage der Maßgeblichkeit der Entstehungsgeschichte bzw. des Willens des Verfassungsgebers, wie aus den genannten Sondervoten deutlich wird, nicht selten der neuralgische Kristallisationspunkt kontroverser Entscheidungen.⁵⁷ So sehr mit diesem Originalismus in Abkehr zu einer vermeintlich wertungsbestimmten und zeitgeistgefärbten Entscheidungsfindung ein neutraler Auslegungsbezugspunkt präsentiert werden soll, so wenig trägt jedoch bei genauerer Betrachtung dieses Versprechen.⁵⁸

Denn zu allererst stellen sich ganz pragmatische Probleme: Wie ist der Wille zu bestimmen? Schon die Festlegung, auf wessen Willen bzw. auf welche an der Verfassungsgebung Beteiligte es ankommt, erweist sich sowohl in definitorischer als auch Quellenexegetischer Hinsicht als schwierig. Gleichwohl wird durch die mit der Bezugnahme auf den Willen des Verfassungsgebers verbundene Personalisierung suggeriert, der Wille ließe sich – in fast schon psychologisierender Weise – klar ermitteln. Jedoch: Der Verfassungsgeber sitzt nicht im Karlsruher Schlossbezirk mit am Beratungstisch und kann zu seinem Innenleben befragt werden. Der Wille des Verfassungsgebers ist in diesem Sinne zwar legitimierungsspendende Metapher und Fiktion⁵⁹ – aber letztlich nur eine scheinbare Lösung für das Interpretationsproblem.

Auch eine stärkere Fokussierung auf den ursprünglichen Text der Verfassung⁶⁰ bringt die erhoffte Klarheit nicht. Denn ein Verständnis, das die Verfassung als grammatikalisch eindeutig und die in jedem Text liegende Kommunikation als bloße Übermittlung begreift, verkennt das Fluide und Konstruktive der Sprache sowie die Kontextgebundenheit einer jeden „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (Häberle).

Vor allem aber ist die ausschließliche Fokussierung auf die Entstehungsgeschichte oder den Willen des Verfassungsgebers eine Gefahr für die Verfassung selbst. Denn Bewahrung ohne Veränderung führt zum Niedergang. Die kulturelle Trägheit des Rechts hat zwar mitunter ihren Eigenwert.⁶¹ Entfernt sie das Recht jedoch so weit von der gesellschaftlichen Realität, dass es die Verbindung zu ihr verliert, ist ein Rückzug auf den Willen des Verfassungsgebers geradezu eine Selbstaufgabe der Normativität der Verfassung. „Keine Herrschaft der Toten über die Lebenden“⁶², sondern eine vergangenheitssensible und zukunftsorientierte Herrschaft der Lebenden über die Gegenwart ist die Devise!

Schließlich ist die Berufung auf den ursprünglichen Willen des Verfassungsgebers nicht selten Chiffre für eine konservativ-traditionalistische Auslegung und damit selbst Wertung. Das dunkle, mysteriöse Moment der Entscheidung⁶³ bleibt dabei jedoch unbewältigt. Intellektuell redlicher ist es daher, dieses dunkle Moment zu benennen und zu versuchen, es auszu-leuchten, als es durch Blendlichter an anderer Stelle zu verdecken oder zu leugnen.

3. Reflektierte Demut statt aktionistischer Dezipionismus

Dieses Ans-Licht-bringen erfolgt hierbei durch das Bundesverfassungsgericht nicht auf gut Glück, sondern ist methodisch, dogmatisch und institutionell abgesichert. Das Gericht hat „ein offenes System von unterschiedlichen Entscheidungsregeln, Argumentationsmustern, Rechtsfiguren und Prozeduren, das es flexibel und einzelfallbezogen handhabt“, entwickelt und sich damit spezifisch juristischen Rationalitätsanforderungen unterworfen.⁶⁴ Es nimmt dabei die freilich nicht immer leicht zu bestimmenden Grenzen der Verfassungsinterpretation ernst – sei es, wie in der NPD-Entscheidung, indem es die begrenzende Funktion des Wortlauts⁶⁵ respektiert, sei es, wie in den Entscheidungen zu Besoldung und Existenzminimum, indem es die Abstraktionshöhe der Verfassung wahrt. Selbst durch die Kreation dogmatischer Figuren bindet das Gericht sich prospektiv selbst, indem es neue Begründungszwänge schafft. Die Einhaltung der Interpretationsgrenzen wird zudem institutionell abgesichert, wie an dem Erfordernis einer Plenumsentscheidung oder aber der Binnenstruktur der achtköpfigen Senate deutlich wird, die angesichts der geraden Mitgliederzahl eine verstärkte Überzeugungsarbeit erfordert. Durch Sondervoten wird zudem die Entscheidungsfindung teilweise transparent und einem gesteigerten Rechtfertigungsdruck unterworfen. Diese institutionelle Ausgestaltung erhöht also die Rechtfertigungsbedürftigkeit und erschwert politisierende oder individuell gefärbte

Meinungsentscheidungen. Wir können daher festhalten: Trotz der „einzigartigen Interpretationsmacht“⁶⁶ des Bundesverfassungsgerichts spricht es nicht freischwebend Recht. Zwar ist es nicht vor grenzwertigen Entscheidungen gefeit – Verfassungsinterpretation ist immer ein Wagnis! Aber das Gericht judiziert unter Bindung an die juristische Rationalität und damit nicht in aktionistischem Dezisionismus, sondern in reflektierter Demut. Es ist ein etwas unfaires Argument: Aber das Ausmaß dieser reflektierten Demut erschließt sich erst wirklich, wenn man einmal selbst ein großes Votum im Senat zur Beratung gestellt hat.

4. Wandeln und Wahren: Verfassungspflege als Schlüssel zu Freiräumen

Dabei wird deutlich: Das Bundesverfassungsgericht ist weder ausschließlich Hüter oder Motor, Wahrer oder Wandler. Es ist vielmehr beiden Momenten der Verfassung gleichermaßen verpflichtet. Das ist keine institutionelle Schizophrenie, sondern gelebte Verfassungspflege. Denn nur ein Gericht, das diese latente Spannung der Verfassung produktiv artikuliert, verhilft ihr zur Geltung und schützt letztlich ihre normative Kraft vor der sich verflüchtigenden Faktizität einerseits und der versteinernen Historisierung andererseits.

Indem es die Zukunftsoffenheit des Grundgesetzes ausbuchstabiert, gleichzeitig aber auch das stabilisierende Moment der Verfassung achtet, entfaltet und erhält das Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtlich vorgesehenen Freiräume. Und eben darum geht es letztlich. Es geht um das Öffnen und Offenhalten von rechtlichen Räumen, in denen sich gerade andere Rationalitäten als die rechtlichen positiv entfalten können. Nur so kann in einer sich immer stärker ausdifferenzierenden Gesellschaft die Offenheit und Lernfähigkeit eines Systems erhalten werden, die langfristig Grundlage des gesamtgesellschaftlichen Konsenses ist.⁶⁷

5. Keine *one man show*, sondern ein *joint venture*

Schließlich: Trotz des blauen Himmels der Rechtskraft über Karlsruhe muss eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht immer den Schlusspunkt einer Debatte bilden. Eine grenzbetonte Rechtsprechung kann – wie im NPD-Verfahren gesehen – gesetzgeberisches Handeln und damit Wandel stimulieren. Kontroverse Entscheidungen können aber auch Reibungen und Abgrenzungskonflikte hervorrufen. In diesem Sinne ist Verfassungswandel weniger Wahrheits-, sondern zu allererst Kompetenzfrage.⁶⁸ Dies ist keine Zufälligkeit, die Interpretationsmacht der Verfassungsgerichte ist vielmehr eine zwingende

und gewollte Folge ihrer Einrichtung.⁶⁹ Umgekehrt wird an diesem latenten Konflikt aber auch deutlich: Die Frage der Veränderlichkeit der Verfassung betrifft mehrere Akteure und die Verfassung gibt ihnen unterschiedliche Instrumente an die Hand. Formelle Verfassungsänderung⁷⁰ und interpretatorischer Verfassungswandel erscheinen so in der Langzeitperspektive auch nicht als strenge Gegensätze, sondern im Sinne eines pragmatischen Nebeneinanders als Formen der Verfassungsbelebung, der Verfassungsentwicklung aus je eigenem Recht.⁷¹ Verfassungspflege ist also keine *one man show*, sondern eine gemeinsame Aufgabe, ein *joint venture*. Und die aus diesem gemeinsamen Wagnis erwachsende „produktive Spannung“⁷² – die Norbert Lammert gerne betont – ist institutionell angelegt, sie ist verfassungsrechtlich gewollt. Solange sie besteht und sich nicht zu der ein oder anderen Seite systematisch auflöst, ist unser Verfassungsstaat in guter Verfassung.

Das Balanceverhältnis der Verfassungsorgane ist jedoch fragil. Die ursprünglich als vergleichsweise stabilen Antipoden gedachten Institutionen geraten angesichts politischer Verschiebungen in jüngerer Zeit in Bewegung. Umso mehr muss es daher unser aller Anliegen sein, die produktive Spannung auch unter veränderten Bedingungen zu bewahren, was die Pflege der einzelnen Institutionen in ihren Funktionsbedingungen erfordert. Denn „[w]ichtige Institutionen verschwinden zwar nicht

einfach. Die Geschichte gewährt ihnen aber auch keinen Bestandsschutz.“⁷³ Daher ist es an uns, diese Garanten der Verfassung zu schützen – nicht um ihrer selbst willen, sondern der Verfassung wegen. Denn die Verfassung ist das materiale Grundgerüst des sozialen Zusammenlebens⁷⁴, mehr noch: sie ist das normative Rückgrat unserer Gesellschaft. Die *Zukunftsfähigkeit* liegt dem Grundgesetz im Blut – dass es aber auch eine Zukunft *hat*, dafür müssen wir alle hier im Raum jeden Tag aufs Neue sorgen.

¹ *Voßkuhle*, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltsicherung, JZ 2009, S. 917 ff. (918, Fn. 18 m. w. N.).

² *Voßkuhle*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion – Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, AöR 119 (1994), S. 35 ff. (52).

³ *Volkman*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel, JZ 2018, S. 265 ff. (269).

⁴ Zur Verfassungskonkretisierung grundlegend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., Neudruck, 1999, Rn. 60 f.; ferner *Müller / Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 2002, S. 144 ff., 212 ff.

⁵ *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 171. Zum „Suchbild Verfassung“, *Volkman*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 57 ff. (88 f.).

⁶ BVerfGE 34, 269 (287).

⁷ *Voßkuhle*, Gibt es eine Lehre vom Verfassungswandel?, in: Der Staat, 42. Band, 2004, S. 450 ff. (451 f.).

⁸ *Dreier*, Bestandssicherung kodifizierten Verfassungsrechts am Beispiel des Grundgesetzes, in: Behrends u. a. (Hrsg.), Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2000, S. 119 ff. (138).

⁹ Zum Verständnis des Verfassungswandels als Interpretationsproblem *Häberle*, Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), S. 111 ff. (129 f.); demgegenüber zum Verfassungswandel als Definitionsproblem *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders. Staat, Nation, Europa, 1999, S. 141 ff. Überblicksartig hierzu *Walter*, Hüter oder Wandler der Verfassung – Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels, AöR 125 (2000), S. 517 ff. (538 ff.); *Voßkuhle*, Gibt es eine Lehre vom Verfassungswandel?, in: Der Staat, 42. Band, 2004, S. 450 ff. (455, 457) sowie *Wahl*, Verfassungsgebung, Verfassungsänderung, Verfassungswandel I, in: ders. (Hrsg.) Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, 2008, S. 29 ff. (43 ff.).

¹⁰ Begriffsprägend schon *Laband*, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, 1895. Zum Diskurs unter dem Grundgesetz *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 254 ff.; *Badura*, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, §160, Rn. 13 ff.; *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S. 141 ff.; *Walter*, Hüter oder Wandler der Verfassung – Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels, AöR 125 (2000), S. 517 ff.; *Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus – Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: Depenheuer u. a. (Hrsg.), Nomos und Ethos, 2002, S. 183 ff. (192 ff.); *Würtenberger*, Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: Neuhaus (Hrsg.), Verfassungsänderungen, Der Staat – Beiheft 20, 2012, S. 287 ff.; *Michael*, Die verfassungswandelnde Gewalt, RW 5 (2014), S. 426 ff.

¹¹ Anklingend bei *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders. Staat, Nation, Europa, 1999, S. 141 ff. (152).

¹² Vgl. *Volkman*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel, JZ 2018, S. 265 ff. (266 m. w. N.).

¹³ *Voßkuhle*, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltsicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG, JZ 2009, S. 917 ff. (918). Zudem *Chiariello*, Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte, 2009, S. 355; ferner *Volkman*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel, JZ 2018, S. 265 ff. (271): „Offenheit und Beweglichkeit erweisen sich so nicht notwendig als Gegenbegriffe, sondern paradoxerweise auch als Voraussetzung von Normativität.“

¹⁴ *Voßkuhle*, Gibt es eine Lehre vom Verfassungswandel?, in: Der Staat, 42. Band, 2004, S. 450 ff. (459).

¹⁵ Begriffliche Anleihe bei *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung: Entwicklung von Verfassungsrecht in Text und Kontext, 2017.

¹⁶ Überblicksartig *Gärditz*, Verfassungsgebot Gleichstellung? Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft im Spiegel der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Uhle (Hrsg.), Zur Disposition ge-

stellt? Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit, Berlin 2014, S. 85 ff.

¹⁷ BVerfGE 105, 313.

¹⁸ BVerfGE 124, 199 – Hinterbliebenenversorgung; BVerfGE 126, 400 – Erbschaftssteuer; BVerfGE 131, 239 – ehebezogener Familienzuschlag; BVerfGE 132, 179 – Sukzessivadoption; BVerfGE 133, 377 – Ehegattensplitting.

¹⁹ Sondervotum der Richter *Landau* und Richterin *Kessal-Wulf* in BVerfGE 133, 377 (437, Rn. 137): „Gesellschaftlichen Wandel aufzunehmen, zu bewerten und gegebenenfalls rechtliche Formen hierfür bereitzustellen, kann nur Sache des Gesetzgebers, nicht aber des Verfassungsgerichts sein.“ Kritisch auch *Krings*, Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot, NVwZ 2011, 26 ff. (27), demzufolge der besondere Schutz von Ehe und Familie entwertet und auf den des Art. 3 Abs. 3 GG zurückfallen würde. Anders *Gärditz*, Verfassungsgebot Gleichstellung? Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft im Spiegel der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Uhle (Hrsg.), Zur Disposition gestellt? Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit, 2014, S. 85 ff. (98), der betont, dass es sich nicht um eine Entwertung des Schutzniveaus, sondern dessen personelle Ausweisung handle.

²⁰ In der Entscheidung zum Familienzuschlag stellte das Gericht fest, dass Art. 3 Abs. 3 GG zwar entstehungsgeschichtlich nicht das Diskriminierungsmerkmal der sexuellen Identität enthalte, dem Grundgesetz jedoch auch kein entgegenstehender Wille zu entnehmen sei, zumal der Gesetzgeber jüngst in Kenntnis der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung von einer Verfassungsänderung mit dem Argument einer unnützen Symbolgesetzgebung Abstand genommen habe, BVerfGE 131, 239 (257). Ferner verwies das Gericht in der Entscheidung zur Sukzessivadoption bezogen auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG in einem obiter dictum darauf, dass – obgleich dies dem Verfassungsgeber nicht vor Augen gestanden habe – auch Gleichgeschlechtlichkeit vom verfassungsrechtlichen Elternbegriff umfasst sei, BVerfGE 133, 59 (79 f., Rn. 55).

²¹ Zum Problem des Verfassungswandels bezogen auf die einfachgesetzliche Einführung der „Ehe für alle“ siehe nur *Bäcker*, Begrenzter Wandel – Das Gewollte als Grenze des Verfassungswandels am Beispiel des Art. 6 I GG, AöR 143 (2018), S. 339 ff.; *Schaefer*, Die „Ehe für alle“ und die Grenzen

der Verfassungsfortbildung, AöR 143 (2018), S. 393 ff.; *Gärditz*, „Ehe für Alle“: Verfassungswandel oder zeitgebundene Rechtspolitik? FF 2018, 8 ff.

²² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16.

²³ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16, Rn. 61.

²⁴ *Voßkuhle*, Gibt es eine Lehre vom Verfassungswandel?, in: Der Staat, 42. Band, 2004, S. 450 ff. (453) zur bloßen Veränderung des tatsächlichen Bezugspunktes des Vergleichs im Rahmen von Art. 3 GG, die – sofern sie nicht auf die Interpretation durchschlage – keinen Verfassungswandel im eigentlichen Sinne darstelle.

²⁵ Überblicksartig zur Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Voßkuhle*, „Integration durch Recht“ – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2016, S. 161 ff.

²⁶ War in den 70er Jahren im Bereich des Grundrechtsschutzes die Rechtsprechung in der Betonung der verfassungsgerichtlichen Letztkontrolle noch von einem deutlichen Misstrauen in das Schutzniveau der Europäischen Gemeinschaft geprägt (BVerfGE 37, 271 (285) – Solange I), nahm das Gericht ab Mitte der 80er Jahre angesichts der verstärkten europäischen Grundrechtsschutzentwicklung seinen umfassenden Kontrollanspruch bezogen auf das Unionsrecht zurück (BVerfGE 73, 339 (387) – Solange II, im Anschluss hieran BVerfGE 89, 155 (174 f.) – Maastricht; BVerfGE 102, 147 (161 ff.) – Bananenmarktordnung; BVerfGE 123, 267 (335) – Lissabon-Vertrag.

²⁷ BVerfGE 123, 267; Eingangsstatement des Präsidenten und Vorsitzenden des Zweiten Senats *Voßkuhle*: „Wollte man dieses Ergebnis auf eine kurze Formel bringen, dann könnte man sagen: Das Grundgesetz sagt „Ja“ zu Lissabon, verlangt aber auf nationaler Ebene eine Stärkung der parlamentarischen Integrationsverantwortung.“

²⁸ So forderte das Gericht in der *Honeywell*-Entscheidung (BVerfGE 126, 286) mit Blick auf die *ultra vires* Kontrolle einen offensichtlichen Kompetenzverstoß sowie eine strukturelle Verschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang stellte es mit Blick auf die arbeitsrechtliche *Man-gold*-Entscheidung des EuGHs klar, dass nicht jedes schlichte Fehlurteil einen ausbrechenden Hoheitsakt darstelle.

²⁹ BVerfGE 134, 366 – OMT-Vorlagebeschluss und BVerfGE 146, 216 – PSPP-Vorlagebeschluss. Die Verfahren betreffen den Ankauf insbesondere von Staatsanleihen bzw. Wertpapieren des öffentlichen Sektors durch das Europäische System der Zentralbanken. Im Verfahren zum Europäischen Haftbefehl verneinte das Gericht unter Berufung auf einen *acte clair* die Vorlagenotwendigkeit, BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 - Rn. 125.

³⁰ Zum Europäischen Verfassungsgerichtsverbund *Voßkuhle*, der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVWZ 2010, S. 1 ff.; zudem *ders.*, Pyramide oder Mobile?, EuGRZ 2014, S. 165 ff. sowie *ders.*, Menschenrechtsschutz durch die Europäischen Verfassungsgerichte, RdA 2015, S. 336 ff.

³¹ BVerfGE 123, 267 – Leitsatz 2. Hierzu *Voßkuhle*, Die Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts, Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, Die Verwaltung, Beiheft 10, 2010, S. 229 ff.; *Callies*, in: Pechstein (Hrsg.), Integrationsverantwortung, 2012, S. 53 ff. (55 ff.); kritisch *von Bogdandy*, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, NJW 2010, S. 1 ff. (3). Vgl. hierzu im Kontext von Art. 24 GG in Bezug auf Europäische Schulen BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 24. Juli 2018 – 2 BvR 1961/09 - Rn. 31 f. Angesichts der postulierten Integrationsverantwortung stärkte das Gericht folgerichtig auch die parlamentarische Rückanbindung europapolitischer Entscheidungsprozesse, siehe BVerfGE 129, 124 (177) zum Budgetrecht, BVerfGE 130, 318 – Neuner-Gremium zur Entscheidungsfindung, BVerfGE 132, 195 ff. – ESM-Eilbeschluss und BVerfGE 135, 317 – ESM-Urteil zum „Parlamentsvorbehalt bei Haftungserhöhung“.

³² BVerfGE 123, 267 (340 ff.); 142, 123 (173, Rn. 81) m. w. N. Zum Recht auf Demokratie siehe nur *Müller*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck GG, 2018, Art. 38, Rn. 172 ff.

³³ Die Kontingenz wird bereits in der Benennung als „*Solange*“-Entscheidungen deutlich.

³⁴ BVerfGE 125, 175 – Hartz IV; nachfolgend: BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz; BVerfGE 137, 34 – Existenzminimum.

³⁵ Zum Prozeduralisierungsansatz in Zusammenhang mit Großverfahren im Bereich des Atom- und Immissionsschutzes vgl. *Böhm*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beamtenbesoldung“, ZBR 2018, S. 222 ff. (225) mit Verweis auf BVerfGE 53, 30 (57 ff.).

³⁶ BVerfGE 130, 263 (301 f.) – W-Besoldung; BVerfGE 139, 64 (126 f.) – R- Besoldung; BVerfGE 140, 240 (296, Rn. 112 f.) – A-Besoldung. Überblicksartig zur Besoldungsrechtsprechung *Jerxsen*, Besoldungsfragen vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Scheffczyk / Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2017), S. 343 ff. Ferner *Böhm*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beamtenbesoldung“, ZBR 2018, S. 222 ff.; zudem *Stuttman*, Zeitenwende – Die Bestimmung der Minimalbesoldung nach dem BVerfG, NJW 2015, 1007 ff.; *ders.*, BVerfG zur A-Besoldung: Die Besoldung aller Besoldungsgruppen muss angehoben werden, NJW 2016, S. 184 ff. Zu aktuellen Folgefragen *ders.*, BVerwG: Alle Besoldungsgruppen erheblich anheben, NJW 2018, S. 552 ff. Weiter *Hebeler*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Beamtenbesoldung, insbesondere im Hinblick auf die Orientierung der Beamtenbesoldung an der tariflichen Gehaltsentwicklung, ZTR 2016, 366 ff.

³⁷ So *Stuttman*, Zeitenwende – Die Bestimmung der Minimalbesoldung nach dem BVerfG, NJW 2015, 1007 ff.

³⁸ Siehe nur BVerfGE 140, 240 (296, Rn. 113 m. w. N.). Demgegenüber stellt der Erste Senat auf das Entscheidungsergebnis ab und lässt bereits Begründbarkeit genügen. Zur Entfaltung des Prozeduralisierungsansatzes und seiner senatsunterschiedlichen Entwicklung *Britz*, Verfassungsgerichtliche Verfahrens- und Rationalitätsanforderungen an die Gesetzgebung, Die Verwaltung 50 (2017), S. 421 ff.

³⁹ So *Schübel-Pfister*, Koordinatensystem für die Richter- und Beamtenbesoldung – BVerfG macht das Alimentationsprinzip bissfest, NJW 2015, 1920 ff.

⁴⁰ *Voßkuhle*, „Integration durch Recht“ – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2016, S. 161 ff. (168); zudem *ders.*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion – Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, AöR 119 (1994), S. 35 ff. (54).

⁴¹ BVerfGE 132, 1.

⁴² BVerfGE 115, 118.

⁴³ BVerfGE 132, 1 (24).

⁴⁴ *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 9 ff. (64).

-
- ⁴⁵ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 – 2 BvR 1738/12.
- ⁴⁶ BVerfGE 145, 171.
- ⁴⁷ BVerfGE 142, 25 (55 ff., Rn. 91 ff.).
- ⁴⁸ Zur der bei Zuerkennung von Oppositionsfraktionsrechten erschwerten intragubernativen oder sich situativ bildenden Opposition und den dadurch bewirkten Implikationen für die Freiheit der Abgeordneten *Rossi*, Anmerkung, JZ 2016, S. 1169 ff. (1170): „Die Freiheit der Abgeordneten impliziert insoweit die Freiheit zum Opponieren, eine Freiheit, die stets individueller Natur ist (...).“
- ⁴⁹ BVerfGE 144, 20.
- ⁵⁰ So ließ das Gericht eine bloß verfassungsfeindliche Zielsetzung nicht genügen; denn das Parteiverbot ist kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot. Vielmehr müssten zumindest konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die einen Erfolg des Handelns der Partei möglich erscheinen lassen (Potentialität). Erst wenn also eine Partei „darauf ausgeht“ die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu beseitigen, also eine spürbare Gefährdung vorliegt, erlaubt dies ihr Verbieten.
- ⁵¹ BVerfGE 144, 20 (202, Rn. 527).
- ⁵² *Zweigert*, Drei Jahre KPD-Verbot, JZ 1959, 677.
- ⁵³ *Peter Rudl* (*1966), deutscher Aphoristiker.
- ⁵⁴ Zu Verfassungsfunktionen *Voßkuhle*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion – Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, AöR 119 (1994), S. 35 ff. Kritisch zum Integrationspotential der Verfassung angesichts verstärkter Pluralisierungstendenzen *Halterm*, Integration als Mythos, JöR N. F. 45 (1997), S. 31 ff., zudem *ders.*, Mythos als Integration – Zur symbolischen Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts, in: van Ooyen u.a. (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2015, S. 47 ff.
- ⁵⁵ So *Saclia*, Originalism. The Lesser Evil, Uni. Cincinnati Law Review 57 (1989), S. 849 ff.
- ⁵⁶ Überblickartig *Heun*, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers als Interpretationsmaxime, in: *ders.*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 213 ff. (213 ff. m. w. N.).
- ⁵⁷ In Deutschland konzentriert sich die Debatte mit leicht unterschiedlicher Nuancierung auf die Antipoden der objektiven und subjektiven Auslegung. Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits in seinem ersten Entscheidungsband der objektiven Methode verschrieben, vgl. BVerfGE 1, 299 (312).
- ⁵⁸ Kritisch eingehend *Heun*, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers als Interpretationsmaxime, in: *ders.*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 213 ff. (v. a. 229 ff.).
- ⁵⁹ *Wischmeyer*, Der „Wille des Gesetzgebers“, JZ 2015, S. 957 ff. (959 m. w. N.).
- ⁶⁰ Zur amerikanischen Strömung des *original meaning* siehe *Wischmeyer*, Der „Wille des Gesetzgebers“, JZ 2015, S. 957 ff. (959 m. w. N.).
- ⁶¹ *Gärditz*, Verfassungsgebot Gleichstellung? Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft im Spiegel der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Uhle (Hrsg.), Zur Disposition gestellt? Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit, 2014, S. 85 ff. (105).
- ⁶² *Jefferson*, Letter to James Madison (6th Sept 1789), in: The Papers of Thomas Jefferson, Julian P. Boyd et al., 1958, S. 392 ff.
- ⁶³ *Vesting*, Rechtstheorie, 2015, § 6 III, Rn. 226.
- ⁶⁴ *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck GG, Art. 93, Rn. 42.
- ⁶⁵ Kritisch zum Begrenzungspotentials des Wortlauts siehe nur *Walter*, Hüter oder Wandler der Verfassung? AöR 125 (2000), S. 517 ff. (540).
- ⁶⁶ *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck GG, 2018, Art. 93, Rn. 33.
- ⁶⁷ *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck GG, 2018, Art. 93, Rn. 34; *ders.*, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltsicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG, JZ 2009, S. 917 ff. (923).
- ⁶⁸ *Gärditz*, Verfassungsgebot Gleichstellung? Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft im Spiegel der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Uhle (Hrsg.), Zur Disposition gestellt? Der besondere

re Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit, 2014, S. 85 ff. (113).

⁶⁹ *Heun*, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers als Interpretationsmaxime, in: ders., *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014, S. 213 ff. (237).

⁷⁰ Im internationalen Vergleich ist die im Grundgesetz vorgesehene Möglichkeit der förmlichen Verfassungsänderung relativ hürdenarm ausgestaltet, das Grundgesetz also eher flexibel konzipiert, so *Volkman*, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel*, JZ 2018, S. 265 ff. (266).

⁷¹ *Voßkuhle*, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, *Der Staat* 43 (2004), S. 450 ff. (456) verbunden mit dem Appell an die Rechtswissenschaft etwaigen Einebnungstendenzen zum Schutz der demokratischen Legitimation des verfassungsändernden Gesetzgebers entgegenzuwirken; siehe ferner *Volkman*, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel*, JZ 2018, S. 265 ff. (271). Zum Bundesverfassungsgericht als verfassungsentwickelnde Gewalt *Würtenberger*, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel des Grundgesetzes*, in: Neuhaus (Hrsg.), *Verfassungsänderungen*, *Der Staat – Beiheft* 20, 2012, S. 287 ff. (294).

⁷² *Lammert*, Produktive Spannung, FAZ, 11. Mai 2017 – <http://www.norbert-lammert.de/01-lammert/texte2.php?id=156>.

⁷³ *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt u. a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 9 ff. (57).

⁷⁴ Bei *Volkman*, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel*, JZ 2018, S. 265 ff. (271, Fn. 62, m. w. N.).