

MAXIMILIAN SCHNEIDER

Delegierte Verfassungsentwicklung

Rechtstheorie · Legal Theory

Mohr Siebeck

Rechtstheorie · Legal Theory

herausgegeben von

Thomas Gutmann, Tatjana Hörnle und Matthias Jestaedt

12



Maximilian Schneider

Delegierte Verfassungsentwicklung

Eine Studie über das Verhältnis von Entstehungs- und
Geltungszeit in der Verfassungsanwendung
unter besonderer Berücksichtigung der jüngeren
US-amerikanischen Methodendebatte

Mohr Siebeck

Maximilian Schneider, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln; 2018 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin; Visiting Researcher an der Yale Law School; Rechtsreferendariat am Kammergericht Berlin mit Stationen u.a. beim Bundesministerium der Justiz und am Bundesverfassungsgericht; 2023 Promotion (HU Berlin); 2024 Zweite Juristische Prüfung.
orcid.org/0009-0002-4468-0768

Gefördert durch die Konrad-Redeker-Stiftung.

ISBN 978-3-16-163775-9 / eISBN 978-3-16-163776-6

DOI 10.1628/978-3-16-163776-6

ISSN 2629-723X / eISSN 2629-7248 (Rechtstheorie · Legal Theory)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen in Ort auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2023 an der Humboldt-Universität zu Berlin verteidigt. Das Manuskript berücksichtigt den Stand der Rechtsprechung und Literatur bis Anfang 2023.

Am Ende des intensiven Promotionsprozesses stellt es für mich nicht nur einen runden Abschluss, sondern auch eine besondere Herausforderung dar, all jenen Menschen in adäquater Weise zu danken, die mich in den letzten Jahren wissenschaftlich beziehungsweise freundschaftlich begleitet haben und ohne deren Zutun dieses Buch nicht entstanden wäre. Ihre so heterogenen Beiträge in ihren jeweiligen Facetten abzubilden, kann ich in den folgenden Zeilen nur versuchen.

Mein erster und besonderer Dank gebührt meiner Betreuerin, Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser, LL.M. (Cambridge), die nicht nur meine Dissertation von ersten thematischen Ideen über strukturelle Fragen bis hin zu ihrem erfolgreichen Abschluss produktiv und gewissenhaft begleitet, sondern die mich auch in organisatorischen Angelegenheiten von Stipendien bis hin zu meinem Auslandsaufenthalt unterstützt hat und mir stets eine geschätzte Ansprechpartnerin war und bleibt. Meinem Zweitgutachter, Prof. Dr. Christoph Möllers, LL.M. (Chicago) danke ich nicht nur für die zügige Erstellung seines Gutachtens, sondern auch für Anregungen bei der inhaltlichen Überarbeitung der Dissertation und seine Unterstützung beim Veröffentlichungsprozess. Da rechtsvergleichende Forschung nicht ohne grenzüberschreitenden Austausch auskommt, wäre die Arbeit in dieser Form nicht ohne meinen mich wissenschaftlich wie persönlich nachhaltig prägenden Forschungsaufenthalt an der Yale Law School entstanden, für dessen großzügige Förderung ich dem Fulbright-Programm zum Dank verpflichtet bin. Neben Impulsen meiner Kolleg*innen am Information Society Project war es vor allem Jack M. Balkin, der meine Arbeit nicht nur von Beginn an durch seine Forschung inspirierte. Im Zuge meines Auslandsaufenthalts steuerte er im regelmäßigen persönlichen Austausch zahlreiche Ideen bei und wusste stets, meine (deutsche) Perspektive kritisch zu hinterfragen. Schließlich danke ich Herrn Prof. Dr. Matthias Jestaedt, der mir während und nach der Promotion mit Rat zur Seite stand. Es ist ein Privileg, meine Arbeit in seiner gemeinsamen Schriftenreihe mit Prof. Dr. Tatjana Hörnle, M.A. (Rutgers) und Prof. Dr. Thomas Gutmann veröffentlichen zu dürfen.

Unter den zahlreichen weiteren Personen, die zu Form und Inhalt dieser Arbeit beitrugen, gilt mein besonderer Dank Dr. Karl Mauer, mit dem mich weit mehr als der wissenschaftliche Austausch verbindet und der die Arbeit von den

ersten gedanklichen Gehversuchen bis zur Drucklegung (stets kritisch) begleitet hat. Für den regelmäßigen Austausch danke ich außerdem Dr. Jasper Siems sowie Isabel Kienzle, für Unterstützung beim redaktionellen Abschluss der Arbeit Dr. Maik Bäumerich. Von unschätzbarem Wert war außerdem der Austausch mit meinen Kolleg*innen und Freund*innen am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Grundlagen des Rechts der Humboldt-Universität zu Berlin. Unter ihnen gilt mein besonderer Dank Dr. Vera Schürmann für zahlreiche Anmerkungen zur gesamten Arbeit sowie Jan-Henrik Herchenröder und Roman Hensel für ihre Geduld und Unterstützung.

Die Friedrich-Ebert-Stiftung hat, im Anschluss an das Elsa-Neumann-Stipendium des Landes Berlin, den Promotionsprozess nicht nur finanziell gefördert, sondern mir auch den Zugang zu ihrem vielseitigen stipendiatischen Netzwerk eröffnet, dem ich weiterhin verbunden bleibe. Der Konrad-Redeker-Stiftung danke ich für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Zum Schluss und ganz besonders danke ich meinen Eltern, Petra und Udo Schneider, deren Beitrag zum Entstehen und Gelingen dieser Arbeit kaum zu bemessen ist. Ihnen danke ich für ihre unerschöpfliche Geduld, ihr stetes Verständnis sowie ihre bedingungslose und liebevolle Förderung nicht nur dieses Projekts, sondern meiner gesamten (juristischen) Ausbildung und weit darüber hinaus.

Berlin, 22.08.2024

Maximilian Schneider

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Einführung	1
§ 1 Verfassungsrecht im Wandel der Zeit – Ein rechtsgewinnungstheoretisches Problem	3
<i>A. Verfassungswirklichkeit im Fluss</i>	4
<i>B. Verfassungsrecht im Fluss? – Das Problemfeld der Verfassungsentwicklung</i>	5
<i>C. Gang und Methode der Studie – Besondere Berücksichtigung der jüngeren US-amerikanischen Methodendebatte</i>	22
§ 2 Juristische Argumentationskriterien und die Auslegungzieldebatte in Deutschland und den USA	41
<i>A. Juristische Argumentationskriterien als Rahmen der Rechtsgewinnungstheorie</i>	41
<i>B. Auslegungsziel als Fluchtpunkt der Rechtsgewinnungstheorie</i>	55
<i>C. Fazit: Strukturen eines gemeinsamen rechtsgewinnungstheoretischen Rahmens</i>	75
Erster Teil: Entstehungszeitliche Bindung	77
§ 3 Konzeptionen entstehungszeitlicher Verfassungsauslegung	79
<i>A. Ziel entstehungszeitlicher Verfassungsauslegung</i>	80
<i>B. Methode entstehungszeitlicher Verfassungsauslegung</i>	112
<i>C. Fazit: Entstehungszeitliche Auslegung als Rekonstruktion der kommunikativen Intentionen des Normsetzers</i>	126

§ 4 Entstehungszeitlich autorisierte Verfassungsdynamik – Entkräftung des Versteinerungsarguments	127
A. <i>Historisch determinierte Verfassungsanwendung – Versteinerung als Rechtsgewinnungsideal</i>	128
B. <i>Entstehungszeitliche Auslegung als Autorisationsnachweis – Delegierte Verfassungsentwicklung</i>	135
C. <i>Fazit: Entstehungszeitliche Autorisation statt historisierende Versteinerung</i>	150
§ 5 Normative Bindung an die kommunikativen Intentionen des Verfassungsnormsetzers	153
A. <i>Vorüberlegungen zur Struktur auslegungstheoretischer Argumentation</i>	154
B. <i>Verfassungsauslegung als Mittel der Legitimation von Verfassung und Verfassungsrechtsprechung?</i>	163
C. <i>Verfassungsauslegungslehre als Korrelat des (Verfassungs-)Rechtsbegriffs</i>	192
D. <i>Gesamtergebnis: Verfassungs- und rechtstheoretische Begründung der Bindung an die kommunikativen Intentionen des Verfassungsnormsetzers</i>	220
Zweiter Teil: Geltungszeitliche Gestaltung	223
§ 6 Theorie des (Verfassungs-)Richterrechts	225
A. <i>Gehalt und Erklärungswert eines dualistischen Rechtsgewinnungsmodells</i>	225
B. <i>(Verfassungs-)Richterrecht</i>	256
C. <i>Fazit: Verfassungsentwicklung durch Verfassungsrichterrecht</i>	294
§ 7 Begründung judikativer Verfassungsentwicklung	297
A. <i>Formbindung judikativer Rechtserzeugung</i>	298
B. <i>Verfassungsentwicklung im geschichtlichen Begründungszusammenhang</i>	306
C. <i>Fazit: Judikative Verfassungsentwicklung zwischen juristischer Formgebundenheit und geschichtlicher Eingebundenheit</i>	322

§ 8 Die Rolle der Verfassungsrechtsprechung im Prozess der Verfassungsentwicklung	325
<i>A. Politische Dimension der Verfassungsrechtsprechung</i>	326
<i>B. Verfassungsentwicklung als multipolarer Prozess</i>	335
<i>C. Fazit: Verfassungsrechtsprechung im multipolaren Prozess der Verfassungsentwicklung</i>	366
Zusammenfassung in Thesen	369
Literaturverzeichnis	375
Personen- und Sachregister	427

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einführung	1
§ 1 Verfassungsrecht im Wandel der Zeit – Ein rechtsgewinnungstheoretisches Problem	3
<i>A. Verfassungswirklichkeit im Fluss</i>	4
<i>B. Verfassungsrecht im Fluss? – Das Problemfeld der Verfassungsentwicklung</i>	5
I. Verfassungsnormativität zwischen Rigidität und Flexibilität	6
II. Verfassungsentwicklung als rechtsgewinnungstheoretisches Problem	10
III. Die Lehre vom Verfassungswandel als Irrweg	13
1. Ein Begriff in unterschiedlichen (Verfassungs-)Kontexten	14
2. Dogmatische Verselbständigung unter dem Grundgesetz	16
3. Phänomenologische Begriffserweiterung	20
4. Fazit: Heuristik ohne rechtsgewinnungstheoretischen Nutzen ...	22
<i>C. Gang und Methode der Studie – Besondere Berücksichtigung der jüngeren US-amerikanischen Methodendebatte</i>	22
I. Ungenutzte Erkenntnispotenziale der jüngeren US- amerikanischen Methodendebatte	23
II. Politischer und kultureller Kontext als Rezeptionsbarrieren?	25
1. Methodenfragen als politische Machtfragen	26
2. Verfassungskultureller Hintergrund der Methodendebatte	33
3. Fazit: Politische Instrumentalisierung und kulturelle Relativität juristischer Methoden	37
III. Aufbau der Studie	38

§ 2 Juristische Argumentationskriterien und die Auslegungszieldebatte in Deutschland und den USA	41
<i>A. Juristische Argumentationskriterien als Rahmen der Rechtsgewinnungstheorie</i>	41
I. Juristische Argumentation als kulturelle Praxis	41
II. Argumentationskriterien in Deutschland	43
1. Allgemeine Kriterien der Gesetzesanwendung	43
2. Besonderheiten der Verfassungsrechtsgewinnung	44
III. Argumentationskriterien in den USA	50
1. Verfassungsspezifische Methodendebatte	50
2. Typologie nach Philip Bobbitt	51
IV. Zwischenergebnis: Strukturelle Vergleichbarkeit der Argumentationskriterien	54
<i>B. Auslegungsziel als Fluchtpunkt der Rechtsgewinnungstheorie</i>	55
I. Dichotome Struktur der Auslegungszieldebatten in Deutschland und den USA	57
1. Die deutsche Debatte zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ Auslegung	57
2. Die US-amerikanische Debatte zwischen „toter“ und „lebendiger“ Verfassung	62
a) Originalism	62
b) Living Constitutionalism	64
c) Konvergenzbewegungen – Der „New Originalism“	68
d) Methoden am US-Supreme Court	69
II. Zusammenführung und rechtsgewinnungstheoretische Kontextualisierung der Auslegungszieldebatten	71
<i>C. Fazit: Strukturen eines gemeinsamen rechtsgewinnungstheoretischen Rahmens</i>	75
Erster Teil: Entstehungszeitliche Bindung	77
§ 3 Konzeptionen entstehungszeitlicher Verfassungsauslegung	79
<i>A. Ziel entstehungszeitlicher Verfassungsauslegung</i>	80
I. Die konzeptionelle Grundfrage nach dem Willen des Normsetzers	80
II. Normative Antwort: Der Wille des Normsetzers als juristische Fiktion	82
III. Sozialphilosophische Antwort: Der Wille des Normsetzers als kollektive Intentionalität	86
1. Sozialontologische Intentionalität	87
2. Verantwortungstheoretische Intentionalität	90
IV. Sprachtheoretische Antwort: Die kommunikativen Intentionen des Normsetzers	92

1. Textualität statt Intentionalität? – Die Ursprünge des „Original Meaning Originalism“	93
a) Grundgedanken eines „Textualism“	94
b) Entstehungszeitliche Semantik	97
c) Einbeziehung des Kontextes – (Verfassungs-)Recht als Kommunikationsakt	102
2. Keine Textualität ohne Intentionalität	104
a) Grundgedanke der Sprechakttheorie	104
b) Satz-Bedeutung und Sprecher-Bedeutung	105
c) Die kommunikativen Intentionen des Normsetzers als Auslegungsziel	108
V. Zwischenergebnis: Zusammenführung der Antworten auf die konzeptionelle Grundfrage entstehungszeitlicher Verfassungsauslegung	111
<i>B. Methode entstehungszeitlicher Verfassungsauslegung</i>	112
I. Semantische Erkenntnismittel	113
II. Pragmatische Erkenntnismittel	116
1. System	116
2. Genese	119
3. Telos	122
III. Präzedenzentscheidungen als epistemische „shortcuts“	124
<i>C. Fazit: Entstehungszeitliche Auslegung als Rekonstruktion der kommunikativen Intentionen des Normsetzers</i>	126
 §4 Entstehungszeitlich autorisierte Verfassungsdynamik – Entkräftung des Versteinerungsarguments	127
<i>A. Historisch determinierte Verfassungsanwendung – Versteinerung als Rechtsgewinnungsideal</i>	128
I. Umfassende materielle Determination	130
II. Methodisch vermittelte Determination	134
<i>B. Entstehungszeitliche Auslegung als Autorisationsnachweis – Delegierte Verfassungsentwicklung</i>	135
I. Verfassungsnormsetzung als Delegationsentscheidung	135
1. Abstraktionsgrad der anzuwendenden Norm	136
2. Sprachtheoretische Erklärungsansätze	138
3. Positivierungswille als Maßstab des Verhältnisses von Determination und Delegation	142
II. Typologie der Normdichte: Regeln, Prinzipien und Standards	147
<i>C. Fazit: Entstehungszeitliche Autorisation statt historisierende Versteinerung</i>	150

§ 5 Normative Bindung an die kommunikativen Intentionen des Verfassungsnormsetzers	153
<i>A. Vorüberlegungen zur Struktur auslegungstheoretischer Argumentation</i>	154
I. Rechtsauslegung als rechtswissenschaftliches Problem	154
II. Zwei Paradoxien auslegungstheoretischer Argumentation	158
III. Die Auslegungstheorie zwischen Gegenstand und Methode	160
<i>B. Verfassungsauslegung als Mittel der Legitimation von Verfassung und Verfassungsrechtsprechung?</i>	163
I. Methodologische Absicherung der Legitimation der Verfassung? ...	163
1. Legitimationsasymmetrie zwischen Entstehungs- und Geltungszeit	163
2. Entstehungszeitliche Auslegung als Legitimationsproblem?	165
3. Kein Schluss von der Legitimation auf die Auslegung der Verfassung	170
II. Methodologische Absicherung der Legitimation der Verfassungsrechtsprechung?	171
1. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsänderung	174
a) Verfassungsänderung als Grenze der Verfassungsauslegung	174
b) Funktionelles Verhältnis von Verfassungsänderung und Verfassungsanwendung	176
c) Zwischenergebnis – Auslegungstheoretische Implikationen des Verfassungsänderungsverfahrens	182
2. Verfassungsrechtsprechung und politische Mehrheitsentscheidungen	184
a) <i>Originalism</i> als Antwort auf die „counter-majoritarian difficulty“	184
b) Legitimation der Verfassungsrechtsprechung als Problem unter dem Grundgesetz?	187
c) Methodologische Unauflösbarkeit des Spannungsverhältnisses zwischen Verfassungsrechtsprechung und politischen Mehrheitsentscheidungen	189
III. Ergebnis – Verfassungstheoretische Begründung entstehungszeitlicher Auslegung	191
<i>C. Verfassungsauslegungslehre als Korrelat des (Verfassungs-) Rechtsbegriffs</i>	192
I. Verfassung als spezifischer Auslegungsgegenstand?	193
1. Verfassung und Verfassungsgesetz – Einbeziehung der „realen“ Verfassung in der frühen Bundesrepublik	194

2. Die US-Verfassung zwischen Naturrecht und Urkundlichkeit . . .	197
II. Verfassung als Rechtsschicht unter Rechtsschichten – Auslegungstheoretische Implikationen der allgemeinen Rechtslehre	200
1. Gegenständlicher oder prozesshafter Rechtsbegriff?	200
2. Auslegungstheoretische Folgen eines positivistischen Rechtsbegriffs	204
a) Der „Positive (U-)Turn“ in der US-amerikanischen Methodendebatte – <i>Originalism</i> als Auslegungsregel	204
aa) Grundzüge des <i>Hart</i> 'schen Rechtsbegriffs – Soziale Praxis als Grundlage der Rechtsgeltung	204
bb) <i>Originalism</i> als geltende Auslegungsregel?	207
b) Das Auslegungsproblem im normativistischen Positivismus	212
aa) Grundzüge des normativistischen Positivismus – Rechtsgeltung im normativen Ableitungszusammenhang	213
bb) Gegenstandsadäquanz entstehungszeitlicher Auslegung	214
III. Ergebnis: Rechtstheoretische Begründung entstehungszeitlicher Auslegung	219
<i>D. Gesamtergebnis: Verfassungs- und rechtstheoretische Begründung der Bindung an die kommunikativen Intentionen des Verfassungsnormsetzers</i>	220
Zweiter Teil: Geltungszeitliche Gestaltung	223
§ 6 Theorie des (Verfassungs-)Richterrechts	225
A. <i>Gehalt und Erklärungswert eines dualistischen Rechtsgewinnungsmodells</i>	225
I. Trennlinien innerhalb der (Verfassungs-)Rechtsgewinnung	226
1. Auslegung und Rechtsfortbildung in der deutschen Methodenlehre	226
2. Interpretation und Konstruktion in der US- amerikanischen Verfassungsrechtswissenschaft	230
II. Hermeneutische Kritik an dualistischen Rechtsgewinnungsmodellen	238
III. Überlastung des dualistischen Rechtsgewinnungsmodells	243
1. Rhetorik der verfassungsgerichtlichen Reflexion sozialen Wandels	244
2. Keine Verarbeitung sozialen Wandels ohne normative Setzung	249
3. Sensibilität für die unterschiedlichen rhetorischen Kontexte von Rechtsprechung und Rechtstheorie	252

B.	(Verfassungs-)Richterrecht	256
I.	Vom Verfassungswandel zum Verfassungsrichterrecht	259
II.	Richterliche Rechtsetzung statt Rechtsfindung	261
	1. Kritik an der überkommenen Idee richterlicher Rechtsfindung	262
	2. Richterliche Rechtsetzung	266
III.	Dynamischer statt statischer Rechtsbegriff	268
	1. Kompensationen eines statischen Rechtsbegriffs	268
	2. Richterrecht als Bestandteil eines dynamischen Rechtsbegriffs	270
	a) Die Rechtsordnung als Rechtserzeugungszusammenhang	271
	b) Eigendynamik des Rechts	274
	c) Der <i>New Originalism</i> als positivistischer Verweis auf die Eigendynamik der US-Verfassung	278
	3. Verfassungsentwicklung als Ausdruck der Eigendynamik der Verfassung	282
IV.	Verfassungsrichterrecht statt richterliches Verfassungsrecht	283
	1. Rang verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	284
	a) Authentisches Richterverfassungsrecht	284
	b) Autoritatives Verfassungsrichterrecht	286
	2. Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	289
	a) Bundesverfassungsgericht	289
	b) US-Supreme Court	293
C.	Fazit: Verfassungsentwicklung durch Verfassungsrichterrecht	294
§ 7 Begründung judikativer Verfassungsentwicklung		297
A.	Formbindung judikativer Rechtserzeugung	298
I.	Begründung in Ableitungszusammenhängen	299
II.	Rechtserzeugung in juristischer Argumentationsform	300
III.	Bloße Bindung der Form oder Fortsetzung der „hermeneutischen“ Arbeit?	303
B.	Verfassungsentwicklung im geschichtlichen Begründungszusammenhang	306
I.	Konsistenz und Kohärenz – Idealisierung der Verfassungsentwicklung als linearer Fortschrittsprozess	307
II.	Frakturen in der Verfassungsentwicklung – Dialektische Auseinandersetzung mit der Historie	309
	1. Fortwirken der Historie in der Gegenwart	311
	2. Vergegenwärtigung der Vergangenheit	312
	3. Historie als transversales Argument	318
	4. Gerichtsentscheidung als historische Argumentationsressource	319
C.	Fazit: Judikative Verfassungsentwicklung zwischen juristischer Formgebundenheit und geschichtlicher Eingebundenheit	322

§ 8 Die Rolle der Verfassungsrechtsprechung im Prozess der Verfassungsentwicklung	325
<i>A. Politische Dimension der Verfassungsrechtsprechung</i>	326
I. Politischer Gegenstand und politische Wirkung von Verfassungsrechtsprechung	329
II. Verfassungsrechtsprechung als (auch) politischer Vorgang	330
<i>B. Verfassungsentwicklung als multipolarer Prozess</i>	335
I. Dialektik der Verfassungsentwicklung – Wechselwirkungen mit staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren	335
II. Institutioneller Rahmen judikativer Verfassungsentwicklung	342
1. Grundmodell der Verfassungsgerichtsbarkeit	343
2. Prozessuale Mobilisierung	345
3. Besetzung des Gerichts und interne Entscheidungsfindung	349
a) Der US-Supreme Court als Spiegel sozialen Wandels? – Das lineare Modell der Verfassungsentwicklung	350
b) Emergenz der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als Durchbrechung der Linearität	355
4. Externe Entscheidungsrückbindung – Akzeptanz und Vertrauen	363
<i>C. Fazit: Verfassungsrechtsprechung im multipolaren Prozess der Verfassungsentwicklung</i>	366
Zusammenfassung in Thesen	369
Literaturverzeichnis	375
Personen- und Sachregister	427

Einführung

§ 1 Verfassungsrecht im Wandel der Zeit – Ein rechtsgewinnungstheoretisches Problem

(Verfassungs-)Recht wird in einem spezifischen historischen Kontext gesetzt, reicht in seinem normativen Steuerungsanspruch aber in eine ungewisse Zukunft hinein.¹ Daraus resultiert bei der Anwendung abstrakt-genereller (Verfassungs-)Rechtsnormen auf konkret-individuelle Lebenssachverhalte ein intertemporales Spannungsverhältnis, das es durch einen Vermittlungsakt aufzulösen gilt.² Seine einseitige Auflösung bringt in beide Richtungen Probleme mit sich: Werden heutige Lebenssachverhalte aus der entstehungszeitlichen Perspektive beurteilt, droht eine „Herrschaft der Toten über die Lebenden“, wie sie schon *Thomas Paine*³ und *Thomas Jefferson*⁴ umtrieb – die Rechtsnorm verliert den Kontakt zur Lebenswirklichkeit, die sie zu steuern beansprucht. Wird eine vollständig geltungszeitliche Perspektive eingenommen, gerät der normative Steuerungsanspruch aus dem Blick – die Rechtsnorm verliert ihren Selbststand gegenüber der Lebenswirklichkeit. Hiermit ist das Problem der intertemporalen Vermittlungsleistung, der Zuordnung von entstehungszeitlichen und geltungszeitlichen Momenten bei der Rechtsanwendung umrissen, um das es in dieser Studie mit Blick auf das Verfassungsrecht gehen wird.⁵

¹ Zur „zeitüberbrückenden Normativität“ und dem Charakter des Rechts als „Erwartungsstruktur“ *N. Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 343.

² *A. Martins*, Flüchtige Grenzen, 2013, S. 27.

³ *T. Paine*, Rights of Man (1791), 1996, S. 9 f. [Hervorhebungen im Original]: „Every age and generation must be as free to act for itself *in all cases* as the ages and generations which preceded it. The vanity and presumption of governing beyond the grave, is the most ridiculous and insolent of all tyrannies. Man has no property in man; neither has any generation a property in the generations which are to follow. [...] Every generation is, and must be, competent to all the purposes which its occasions require. It is the living, and not the dead, that are to be accommodated“.

⁴ *T. Jefferson*, Brief v. 06.09.1789, abrufbar unter: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248> [zuletzt abgerufen am 26.03.2024]: „[N]o society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law. The earth belongs always to the living generation.“ Umfassend zum sog. „dead hand argument“ in der US-amerikanischen Debatte *A. M. Samaha*, Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation, Col. L. Rev. 108 (2008), S. 606 ff.

⁵ Das Problem steht im Gesamtkontext des Verhältnisses von „Zeit und Verfassung“, das aus ganz unterschiedlichen Perspektiven beleuchtet werden kann, siehe etwa *P. Häberle*, Zeit und Verfassung, ZfP 1974, S. 111 ff.; *ders.*, Zeit und Verfassungskultur, in: *ders.*, Rechtsver-

A. Verfassungswirklichkeit im Fluss

Das beschriebene Spannungsverhältnis zwischen entstehungszeitlicher Setzung und geltungszeitlicher Anwendung ergibt sich für Verfassungen, jedenfalls für solche mit einem normativen Anspruch,⁶ in besonderer Intensität. Das liegt bereits in der Dynamik der *Verfassungswirklichkeit*, also desjenigen Ausschnitts der Lebenswirklichkeit, auf den sich der normative Steuerungsanspruch der Verfassung richtet,⁷ begründet.⁸ Sie befindet sich in einem steten Fluss, ihre technologischen, ökologischen, ökonomischen, kulturellen und politischen Parameter verschieben sich ständig.⁹ Um einige Schlaglichter zu werfen: Wissenschaftlicher und technologischer Fortschritt schafft neue Formen von Produktion, Kommunikation und Interaktion.¹⁰ Diese bergen in ihrer politischen und kommerziellen Nutzung stets auch neue Risiken.¹¹ Verschiebungen in der Zusammensetzung der Bevölkerung, etwa durch Zuwanderung oder durch demographischen Wandel, können soziale und kulturelle Spannungen hervorrufen.¹² Ebenso be-

gleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, S. 627 ff.; *M. Kloepfer*, Verfassung und Zeit, Der Staat 13 (1974), S. 457 ff.; *G. Dürig*, Zeit und Rechtsgleichheit, in: J. Gernhuber (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, 1977, S. 21 ff.; *W.-R. Schenke*, Verfassung und Zeit, AöR 103 (1978), S. 566 ff.; *G. F. Schuppert*, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, AöR 120 (1995), S. 3 ff.; *S. Kirste*, Die Zeit der Verfassung, JöR N. F. 56 (2008), S. 35 ff.; ferner die Beiträge in: P. B. Donath et al. (Hrsg.), Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit, 2019.

⁶ Zur Unterscheidung von „normativen“ und rein „symbolischen“ Verfassungen, bemessen an ihrer Effektivität bzw. Direktionskraft *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 27 ff., dort auch zur Einstufung des Grundgesetzes als „anspruchsvolle, relevante und normative Verfassung“ (ebd., S. 37 ff.).

⁷ Zum Begriffspaar „Verfassung“ und „Verfassungswirklichkeit“ siehe an dieser Stelle nur *D. Grimm*, Verfassung, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 4. Aufl. 2020, S. 11 (17 ff.).

⁸ Zur besonderen Dynamik der Verfassungswirklichkeit *U. Scheuner*, Der Bereich der Regierung, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Göttingen (Hrsg.), FS R. Smend, 1952, S. 253 (279): „Das Gebiet der Vorgänge des Verfassungslebens weist infolge der dynamischen und irrationalen Struktur der politischen Geschehnisse, die es zu regeln unternimmt, gegenüber anderen Rechtsmaterien eine stark ausgeprägte Eigenart als politisches Recht auf. In diesem Bereich ringen starke und bewegliche soziale Kräfte und Meinungen miteinander und werden in ihrer Auseinandersetzung schöpferische Entscheidungen getroffen.“ Ferner *D. Grimm*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 4. Aufl. 2020, S. 315 (329).

⁹ *M. Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus, in: O. Depenheuer et al. (Hrsg.), Nomos und Ethos, 2002, S. 183 (220): „Morgen schon ist die mise à jour von heute nur mehr jene von gestern. Die ‚Verfassungswirklichkeit‘ aber ist jeden Tag wieder eine neue, eine gegenwärtige“.

¹⁰ *G. Hornung*, Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 77.

¹¹ *D. Grimm*, Verfassungsrecht und sozialer Wandel, Seoul L.J. 42 (2001), S. 182 (183 f.).

¹² *D. Grimm*, Verfassungsrecht und sozialer Wandel, Seoul L.J. 42 (2001), S. 182 (184). Zu einem „Verfassungswandel“ durch Migration *S. Haack*, Verfassungswandel durch Migration, JZ 2017, S. 213 ff. Zu einem „Verfassungswandel“ durch demographische Verschiebungen *U. Becker/J. Kersten*, Phänomenologie des Verfassungswandels, AöR 141 (2016), S. 1 ff.

dingen Machtverschiebungen im Verhältnis zwischen den verfassungsrechtlichen Institutionen schon seit dem Inkrafttreten der Verfassung dynamische Spannungslagen;¹³ und auch die politischen Handlungsformen selbst wandeln sich¹⁴. Schließlich verschieben sich gesellschaftliche Moral- und Gerechtigkeitsvorstellungen.¹⁵ Diese vielfältigen und hier keinesfalls abschließend beschriebenen Entwicklungsprozesse lassen sich unter dem Begriff des *sozialen Wandels* bündeln.¹⁶

B. Verfassungsrecht im Fluss? – Das Problemfeld der Verfassungsentwicklung

Der umrissene soziale Wandel fordert das Verfassungsrecht in seinem normativen Steuerungsanspruch heraus. In voller Schärfe wird das mit Blick auf die über 200 Jahre alte US-Verfassung sichtbar: Im 18. Jahrhundert in einer Gesellschaft entstanden, in der Sklaverei etabliert war, wird unter ihr heute diskutiert, inwiefern „affirmative actions“ verfassungsgemäß sind.¹⁷ Zu einer Zeit in Kraft ge-

¹³ Ein Beispiel bildet die Rolle des Bundesrats, der sich, entworfen als Vertretung von Länderinteressen, zu einem Instrument der Opposition zur Verhinderung von Gesetzgebungsvorhaben der Regierung entwickelt hat, dazu A. *Vobkuhle*, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, *Der Staat* 43 (2004), S. 450 (452); grundlegend F. W. *Scharpf*, Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, *PVS* 26 (1985), S. 323 (327 ff.). Aber auch das BVerfG musste sich als Akteur zunächst definieren und etablieren. Hierbei kam der sog. „Status-Denkschrift“ eine zentrale Rolle zu, dazu etwa W. *Pauly*, Der unaufhaltsame Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts, in: C. Fischer/W. Pauly (Hrsg.), *Höchststrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*, 2015, S. 1 (3 ff.); K. *Chatziathanasiou*, Die Status-Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts als informaler Beitrag zur Entstehung der Verfassungsordnung, *RW* 11 (2020), S. 145 ff.

¹⁴ D. *Grimm*, Verfassungsrecht und sozialer Wandel, *Seoul L.J.* 42 (2001), S. 182 (184), nennt als Beispiel die Praxis der Regierung, politische Maßnahmen mit privaten Regelungsadressat*innen auszuhandeln („gesetzesvertretende Absprache“).

¹⁵ Dazu unter dem Begriff des „Zeitgeistes“ an dieser Stelle nur T. *Würtenberger*, *Zeitgeist und Recht*, 2. Aufl. 1991.

¹⁶ Siehe aus dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum etwa W. *Friedmann*, *Recht und sozialer Wandel*, 1969; W. *Fiedler*, *Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung*, 1972; J. *Wege*, *Positives Recht und sozialer Wandel*, 1977, dort zum Begriff auf S. 57 ff.; D. *Grimm*, *Verfassungsrecht und sozialer Wandel*, *Seoul L.J.* 42 (2001), S. 182 ff.; M. *Wrase*, *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit*, 2016. Aus der sozialwissenschaftlichen Forschung siehe zum vielschichtigen Begriff exemplarisch die Beiträge in: W. *Zapf* (Hrsg.), *Theorien des sozialen Wandels*, 1971, sowie die Beiträge in: H.-P. *Müller/M. Schmid* (Hrsg.), *Sozialer Wandel*, 1995.

¹⁷ Siehe aus der Rechtsprechung des US-Supreme Court mit Blick auf die Zulassung von Student*innen die Entscheidungen *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. 365 (2016). Zuletzt nun, in Abkehr von *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) und *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), mit Blick auf „race-based“ Zulassungen als

treten, als weder das Telefon noch das Radio erfunden waren, werden von ihr heute Antworten auf Phänomene des Internetzeitalters erwartet. Zunächst formuliert, um die Staatsstrukturen grob zu umreißen und grundlegende Rechte festzuschreiben, muss sie seit der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts auch sozialstaatliche Strukturen regeln.¹⁸ Aber auch für das erst vor 75 Jahren in Kraft getretene Grundgesetz ergeben sich Divergenzen zwischen den damaligen und den heutigen Anschauungen und Verhältnissen, mögen diese auch nicht so weit reichen wie unter der US-Verfassung.¹⁹ Während das Grundgesetz zu einer Zeit in Kraft trat, als männliche Homosexualität unter Strafe stand,²⁰ ist es heute nicht nur mit einem Gesetz konfrontiert, das die Eheschließung homosexueller Menschen ermöglicht,²¹ sondern auch mit einer (Verfassungs-)Rechtsprechung, die die (weitgehende) Gleichstellung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Partnerschaften einfordert²². Verfasst unter der Besatzungsmacht der westlichen Siegermächte, strukturiert es heute eine wiedervereinigte Bundesrepublik Deutschland, die in ungeahntem Maße in die Europäische Union integriert ist. Damit sind nur einige Beispiele genannt, die Liste ließe sich erweitern.²³

I. Verfassungsnormativität zwischen Rigidität und Flexibilität²⁴

Die eintretenden Divergenzen zwischen dem entstehungszeitlichen Setzungshorizont und der gegenwärtigen Verfassungswirklichkeit werfen die Frage auf, in-

Verstoß gegen den 14. Zusatzartikel qualifiziert in *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. 181 (2023).

¹⁸ J. Vile, *Constitutional Revision in the United States of America*, in: X. Contiades (Hrsg.), *Engineering Constitutional Change*, 2013, S. 389 (394).

¹⁹ N. Dorsen et al., *Comparative Constitutionalism*, 3. Aufl. 2016, Kap. 3, S. 237; C. Möllers, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in: M. Jestaedt et al., *Das entgrenzte Gericht*, 3. Aufl. 2019, S. 281 (331).

²⁰ Siehe § 175 StGB (weggefallen). Für verfassungsgemäß befunden in: BVerfGE 6, 389 ff. – Homosexuelle [1957].

²¹ § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB n. F. (BGBl. I 2017, S. 2787).

²² Siehe etwa BVerfGE 105, 313 (342 ff.) – Lebenspartnerschaftsgesetz [2002]; 124, 199 (220 ff.) – Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften [2009]; 126, 400 (419 ff.) – Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften [2010]; 128, 109 (125) – Lebenspartnerschaft von Transsexuellen [2011]; 131, 239 (259 ff.) – Lebenspartnerschaft von Beamten [2012]; 133, 59 (86 ff. Rn. 71 ff.) – Sukzessivadoption [2013]; 133, 377 (409 ff. Rn. 80 ff.) – Ehegattensplitting [2013]. Zu dieser Entwicklung mit (dünnen) empirischen Nachweisen S. Pschorr/F. Spanner, *Verfassungswandel messbar machen*, DÖV 2020, S. 91 (94 ff.).

²³ Studien zu konkreten Wandlungsprozessen finden sich etwa in: B. Pieroth (Hrsg.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung*, 2000. Siehe außerdem aus der Perspektive der deutschen Staatsrechtslehre mit Blick auf die Grundrechtsentwicklung C. Bumke, *Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz*, AöR 144 (2019), S. 1 ff.

²⁴ G. F. Schuppert, *Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht*, AöR 120 (1995), S. 32 ff.

wiefern die „faktische“ und die „normative“ Verfassung²⁵ in Wechselwirkung zueinander treten, inwiefern sich also nicht nur die Verfassungswirklichkeit, sondern auch das in einem bestimmten Kontext gesetzte Verfassungsrecht wandelt.²⁶ Denn ist es nicht nur die hohe Dynamik der Verfassungswirklichkeit, sondern es sind gerade auch die strukturellen Besonderheiten der Verfassung als höchstrangige Rechtsschicht, die das allgemeine rechtstheoretische Problem der Spannung zwischen entstehungszeitlicher Setzung und geltungszeitlicher Anwendung von Rechtsnormen zu einem spezifisch *verfassungstheoretischen* Problem werden lassen. Über die jedem Sollens-Satz innewohnende Kontrafaktizität²⁷ hinaus verkörpern Verfassungen ein besonderes Maß an Stabilität.²⁸ Das ist schon durch ihren Gegenstand bedingt: Verfassungen zielen nicht nur darauf, die staatlichen Institutionen einzurichten und sie zu einer Handlungseinheit zu integrieren.²⁹ Sie beanspruchen zugleich, die politische Dynamik zu begrenzen,³⁰ indem sie ihr einen institutionellen, prozeduralen und (eingeschränkt) auch materiellen Rah-

²⁵ M. Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 46.

²⁶ Siehe aus dem Diskurs um das Spannungsfeld zwischen Verfassungswirklichkeit und Verfassungsrecht die frühen, sehr heterogenen, da auf ganz unterschiedlichen rechts- und verfassungstheoretischen Prämissen beruhenden Beiträge von: K. Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungsrealität, AöR 77 (1951/1952), S. 387 ff.; E.-H. Ritter, Die Verfassungswirklichkeit – eine Rechtsquelle?, Der Staat 7 (1968), S. 352 ff.; K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959; F. Müller, Normstruktur und Normativität, 1966; W. Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, 1968. D. Göldner, Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat, 1977, S. 46 ff., spricht mit Blick auf das Phänomen plastisch von „Transformationsspannungen“.

²⁷ N. Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 43: Rechtsnormen als „kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen“. Mit Blick auf das Grundgesetz ferner J. Masing, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, Der Staat 44 (2005), S. 1 (17); C. Gusy, Brauchen wir eine juristische Staatslehre?, JöR N. F. 55 (2007), S. 41 (57).

²⁸ So schon P. Laband, Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung, 1895, S. 1: „Verfassungen sind Gesetze, denen nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung eine besondere Festigkeit und Stetigkeit zukommt, die keinen Gegenstand der Gelegenheitsgesetzgebung bilden.“ Siehe außerdem H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (1929), in: R. Chr. van Ooyen (Hrsg.), Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 2008, S. 1 (7); C. Schmitt, Verfassungslehre (1928), 11. Aufl. 2017, S. 16, 18; W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, S. 52 ff.; B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 18; A. Voßkuhle, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 119 (1994), S. 35 (52 f.). N. Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 1990, S. 176 (183), führt den Anspruch der Verfassung, „altes Recht zu werden“, darauf zurück, dass sie sich selbst Vorrang gegenüber sonstigem Recht einräumt.

²⁹ D. Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 4. Aufl. 2020, S. 315 (322): „Staat als Handlungseinheit wird [...] durch Verfassungen erst hervorgebracht“.

³⁰ D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 4. Aufl. 2020, S. 399 (429 f.): „Form der Kontrolle sozialen Wandels“; S. Kirste, Die Zeit der Verfassung, JöR N. F. 56 (2008), S. 35 (38).

men ziehen.³¹ Das macht Verfassungen, in den Worten *Rudolf Smends*, zum „ruhende[n], beharrende[n] Moment im staatlichen Leben“.³² Um diese Funktion zu erfüllen, müssen sie aber zu einem gewissen Maße dem Zugriff derjenigen politischen Kräfte entzogen sein, die innerhalb dieses Rahmens operieren.³³ Heutige Verfassungen unterwerfen ihre Änderung daher ganz überwiegend im Vergleich zu einfachem Recht strenge(re)n Anforderungen,³⁴ was das Verfassungsrecht als in besonderem Maße *rigide* charakterisiert.³⁵

Nun gab und gibt es Versuche, dieses beharrende Moment von Verfassungen funktionell zu verabsolutieren. Was in Deutschland als überholte Erscheinung des Frühkonstitutionalismus erscheinen mag,³⁶ hat seit den 1970er-Jahren unter dem Begriff des *Originalism* in Gestalt einer wirkmächtigen Bewegung Eingang in das US-amerikanische Verfassungsdenken gefunden. Hier wird die Verfassung vielfach – auf der Grundlage eines tiefgreifenden Skeptizismus gegenüber gesellschaftlichen Entwicklungsprozessen – zum unabänderlichen Schutzschild gegen den Wandel und den damit vermeintlich drohenden moralischen Verfall der Gesellschaft stilisiert.³⁷ Der Preis, den die Verfassung für ihre vollständige Rigidität

³¹ Zur Verfassung als „Grundordnung“ *W. Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 17 f., 19 ff.

³² *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 4. Aufl. 2010, S. 119 (192).

³³ *H. Dreier*, Bestandssicherung kodifizierten Verfassungsrechts am Beispiel des Grundgesetzes, in: O. Behrends/W. Sellert (Hrsg.), Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), 2000, S. 119 (125).

³⁴ Zur erschwerten Änderbarkeit als formales Merkmal von Verfassungen bereits *G. Jelinek*, Allgemeine Staatslehre (1900), 3. Aufl. 1960, S. 534: „Das wesentliche rechtliche Merkmal von Verfassungsgesetzen liegt ausschließlich in ihrer erhöhten formellen Gesetzeskraft.“ Ferner *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 11. Aufl. 2017, S. 16 ff. Aus komparatistischer Perspektive *J. Masing*, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, Der Staat 44 (2005), S. 1 ff.; mit Blick auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union *R. Grawert*, Konstitutiven von Konstitutionen, Der Staat 52 (2013), S. 503 (511 ff.); unter Hinweis auf Ausnahmen in Großbritannien, Neuseeland und Israel *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 42. Auch in den Debatten des Parlamentarischen Rats stand die Möglichkeit der Verfassungsänderung nicht prinzipiell zur Diskussion; verhandelt wurden einzig die an sie zu stellenden Anforderungen, siehe dazu JÖR N. F. 1 (1951), S. 573 ff.

³⁵ Die Unterscheidung von „rigiden“ und „flexiblen“ Verfassungen führt auf *J. Bryce*, Studies in History and Jurisprudence, Bd. I, 1901, S. 124 ff., zurück. Ihm erschienen solche Verfassungen als rigide, die nur unter qualifizierten Anforderungen änderbar sind, als flexibel hingegen solche, die zur Disposition des (einfachen) Gesetzgebers stehen. Da qualifizierte Anforderungen an die Verfassungsänderung zu den Charakteristika der meisten modernen Verfassungen zählen, hat *Bryces* Einteilung freilich an Distinktionskraft eingebüßt; sie ist von einer prinzipiellen zu einer graduellen geworden.

³⁶ Dazu m.w.N. *W.-R. Schenke*, Verfassung und Zeit, AöR 103 (1978), S. 566 (570 ff.); umfassend *E. Schmidt-Aßmann*, Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatsrechtslehre der Aufklärung und des Historismus, 1967.

³⁷ Siehe an dieser Stelle mit Blick auf den achten Zusatzartikel zur US-Verfassung nur *A. Scalia*, Response, in: A. Gutmann (Hrsg.), A Matter of Interpretation, 1997, S. 129 (145):

zu zahlen hätte, wäre wohl eine erheblich verkürzte Halbwertszeit. Denn eine gänzlich unflexible Verfassung würde früher oder später gewandelte Bedürfnisse, Herausforderungen, Umstände und Wertvorstellungen verfehlen.³⁸ Sie wäre nicht mehr in der Lage, diejenigen Institutionen, Kompetenzen und Verfahren bereitzustellen, die erforderlich sind, um das gesellschaftliche Zusammenleben zu ordnen.³⁹ Die Verfassungswirklichkeit nähme dann ihren eigenen Lauf,⁴⁰ der normative Steuerungsanspruch der Verfassung liefe leer.

Will die Verfassung ihren weit in die Zukunft gerichteten normativen Steuerungsanspruch sichern, kann sie also nicht vollständig rigide sein. Sie muss ein gewisses Maß an Flexibilität bereithalten, das es ihr erlaubt, auf gewandelte Herausforderungen, Umstände und Anschauungen zu reagieren und entstehungszeitliche Wissensdefizite zu kompensieren;⁴¹ sie muss „selbstreflexiv“ und „lernfähig“ bleiben.⁴² Vor diesem Hintergrund kann der normative Anspruch der Verfassung nicht darauf zielen, Wandel zu verhindern, sondern nur darauf, ihn zu organisieren, zu kanalisieren und zu begrenzen.⁴³ Beides, Rigidität wie Flexibilität, trägt zur normativen Kraft von Verfassungen bei.⁴⁴ Damit ist die Aufgabe

„[O]therwise, it would be no protection against the moral perceptions of a future, more brutal, generation. It is, in other words, rooted in the moral perceptions of the time.“ Zu den korrespondierenden methodologischen Entwürfen unten unter § 4 A.

³⁸ K. Hesse, Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JZ 1995, S. 265; D. Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 4. Aufl. 2020, S. 315 (333); G. Roellecke, Identität und Variabilität der Verfassung, in: O. Deppenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 13 Rn. 37; M. Kloepfer, Verfassung und Zeit, Der Staat 13 (1974), S. 457; A. Blankenagel, Tradition und Verfassung, 1987, S. 199: „Gefahr einer ‚funktionslos‘ gewordenen rituellen Ordnung“.

³⁹ G. F. Schuppert, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, AöR 120 (1995), S. 32 (63).

⁴⁰ J. Isensee, Staat und Verfassung, in: *ders./P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 183.

⁴¹ K. Chatziathanasiou, Verfassungsstabilität, 2019, S. 18 ff.

⁴² H. Dreier, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 47.

⁴³ C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl. 2011, S. XLV; D. Goldford, The American Constitution and the Debate over Originalism, 2005, S. 90: „A constitution [...] exists not to facilitate change, for change is the norm. Rather, a constitution, insofar as it binds the future to a fixed, fundamental norm, exists to manage change, that is, to impose a structure on change, to channel it in some prescribed manner in accordance with that fixed, fundamental norm“.

⁴⁴ P. Häberle, Zeit und Verfassung, ZfP 1974, S. 111 (113) [Hervorhebung im Original]: „Kontinuität der Verfassung ist nur möglich, wenn Vergangenheit und Zukunft in ihr verbunden werden.“ Ausführlich B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, dort etwa auf S. 19 f. Siehe schließlich J. Isensee, Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, S. 81; G. F. Schuppert, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, AöR 120 (1995), S. 32 (34); D. Grimm, Verfassung, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 4. Aufl. 2020, S. 11 (15); B. Pieroth, Geschichte des Grundgesetzes, in: *ders.* (Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, S. 11 (24); L. Michael, Die verfassungswandelnde Gewalt, RW 5 (2014), S. 426 (437); G. Hornung, Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 76 ff.

gestellt, Rigidität und Flexibilität angemessen zu gewichten, „dem ‚fließenden‘ Verfassungsstaat zu entkommen, ohne in den realitätsfernen, erstarrten Verfassungsstaat zu geraten“. ⁴⁵ In den Worten *Konrad Hesses*:

„Beide sind um der Aufgabe der Verfassung willen notwendig, die Offenheit und Weite, weil nur sie es ermöglichen, dem geschichtlichen Wandel und der Differenziertheit der Lebensverhältnisse gerecht zu werden, die verbindlichen Festlegungen, weil sie in ihrer stabilisierenden Wirkung jene relative Konstanz schaffen, die allein das Leben des Gemeinwesens von der Auflösung in ständigen, unübersehbaren und nicht mehr zu bewältigenden Wechsel zu bewahren vermag. Der Zuordnung dieser Momente bedarf es, damit beide ihre Aufgabe erfüllen können.“ ⁴⁶

II. Verfassungsentwicklung als rechtsgewinnungstheoretisches Problem

Mit der Frage, wie eine Verfassung zugleich in einem Maße wandlungsresistent wie wandlungsfähig sein kann, dass sie in der Lage ist, ihre normative Steuerungskraft im Laufe der Zeit zu sichern und zu entfalten, ist das Kernproblem der *Verfassungsentwicklung* angesprochen. ⁴⁷ Verfassungstheoretisch besehen ist, wie aufgezeigt, nicht eigentlich das „Ob“, sondern das „Wie“ der Verfassungsent-

⁴⁵ *J. Isensee*, Staat und Verfassung, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 183.

⁴⁶ *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 37.

⁴⁷ Zum Begriff *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, dort etwa S. 22: Der Begriff der Verfassungsentwicklung habe „den Vorteil, so allgemein zu sein, daß er auch mögliche weitere Formen der Fortbildung von Verfassungsrecht deckt, und damit auch etwaigen Bedenken gegen die weite Fassung des hier verwandten ‚Verfassungswandels‘-Begriffs gerecht würde: ‚Verfassungsentwicklung‘ liegt in jedem Fall auch bei inkrementalen ‚Akzentverschiebungen im Sinn von Verfassungsnormen vor.“ *Bryde* bezieht freilich auch die Entwicklung sog. „materiellen Verfassungsrechts“ in den Begriff mit ein (ebd., S. 32), die in der folgenden Studie nicht von Interesse ist. Zur Bündelung von Forschungsfragen und -perspektiven analytischer, heuristischer und normativer Provenienz unter dem Begriff *C. Bumke*, Konzepte der Verfassungsentwicklung, in: M. Jestaedt/H. Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I, 2017, S. 39 (40 f.): „Zur Verfassungsentwicklung zählt man die Gebung, Änderung und Aufhebung eines Verfassungstextes, zudem die Veränderung im Verständnis der Verfassung, die unter Stichworten wie Wandel, Um- und Fortbildung oder Interpretation des Verfassungsrechts diskutiert werden. Dazu gehören beispielsweise aber auch Verschiebungen im Gefüge der maßgeblichen Akteure oder das Scheitern einer Verfassungsordnung.“ Siehe schließlich *K. F. Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: M. Herdegen et al. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 4 Rn. 2. Zum englischen Begriff des „constitutional change“ und den damit verbundenen Diskussionen siehe etwa die Beiträge in: D. Oliver/C. Fusaro (Hrsg.), How Constitutions Change, 2011, sowie die Beiträge in: X. Contiades (Hrsg.), Engineering Constitutional Change, 2013.

Personen- und Sachregister

- Abstraktionsgrad von Rechtsnormen 136–138
- Abwägung 47, 50, 52, 55, 79, 148–150
- Ackerman, Bruce 67–68, 200
- Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen 363–366
- Analogie 302–303
- Argumentationskriterien, juristische 41–55
- Attitudinal model
- Bundesverfassungsgericht 360–363
 - US-Supreme Court 350–351, 354
- Auslegungskriterien, juristische 112–126
- Genese 119–122
 - System 116–119
 - Telos 122–124
- Auslegungsziel 55–74
- in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 59–61
 - subjektives und objektives 57–58, 71–73
 - Vereinigungstheorien 74
- Austin, John Langshaw 104–105
- Balkin, Jack M. 149–150, 353–355
- Baude, William 134, 208–212
- Bedeutungswandel von Verfassungsnormen 244, 246
- Bindungswirkung
- von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 289–292
 - von Entscheidungen des US-Supreme Court 293–294
- Bobbitt, Philip C. 51–54, 66
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 18–19, 159, 285–286
- Common Law 50–51, 218, **230–232**, 278–279
- Common Law Constitutionalism 66, 199
- Conseil constitutionnel 306
- Constraint Principle 63
- Construction 233–237
- Counter-majoritarian difficulty **184–187**, 189, 192
- Darstellung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen 297–323, 325, 356
- Delegationsentscheidung, Normsetzung als 135–146
- Deterministische Rechtsgewinnungsmodelle 35, **128–134**, 178, 180, 186–187, 262
- Dogmatik, juristische 321, 334, 340–341
- Dualistischer Verfassungsbegriff 194–197
- Dualistisches Rechtsgewinnungsmodell
- Hermeneutische Kritik 238–243
 - Trennlinien 226–237
 - Überlastung 252–256
- Dworkin, Ronald 67, 137–138, **264–266**, 308–309
- EGMR 178
- Eigendynamik des Rechts 217–218, 258, **274–283**, 288
- Einheit der Verfassung 46, 49, 118
- Entscheidungsfindung
- am Bundesverfassungsgericht 358–360
 - am US-Supreme Court 351
- Erkenntnisregel 206, 208–210, 212
- EuGH 178–179
- Federalist Papers 34
- Federalist Society 29
- Fish, Stanley 98, 155
- Fixation Thesis 63

- Founding Fathers 35
 Framers 35, 63–64, **81–82**, 93
 Frege, Gottlob 138–140
 Funktionelle Richtigkeit 47, 49, 68

 Gadamer, Hans-Georg **239–240**, 311–312
 Gegenstandsadäquanz der Auslegungslernlehre 214–218
 Genetische Auslegung 119–122
 Gesetzesmaterialien 61, 95, **119–122**
 Grice, Herbert Paul 105–110, 155
 Grundmodell der Verfassungsgerichtsbarkeit 343–344
 Grundnorm 214

 Hart, H.L.A. 204–206, 279–281
 Heritage Foundation 29
 Herstellung gerichtlicher Entscheidungen 325–326, 333–334, 342–366
 Historie
 – als transversales Argument 318–319
 – applikativer Zugriff 313–314
 – dialektischer Zugriff 309–322
 – Gerichtsentscheidungen als 319–322

 Integrationsfunktion der Verfassung 15, 48
 Interpretivism 198–199
 Intratextualism 116–119

 Jefferson, Thomas 3, 35
 Judicial activism 31–32
 Judicial constraint 187
 Judicial restraint 31–32, 185, 187
 Judicial review 185, 189

 Kelsen, Hans 84–85, 212–218, 297
 Kettenroman des Rechts 308–309
 Kohärenz der Rechtsprechung 307–309
 Kollektive Intentionalität 86–91, 120
 Konkretisierung
 – Begriff 229–230
 – delegierte 142–146, 187, 190
 – Konkretisierungsbedürftigkeit der Verfassung 45–46, 193
 – Konkretisierungsbedürftigkeit von Prinzipien 147–150
 – und Individualisierung des Rechts 270, 272, 274–276, 280–281
 Konsistenz der Rechtsprechung, *siehe* Kohärenz der Rechtsprechung
 Konstruktion 225, 233–237, 280–281
 Kontextualisierung von Präzedenzentscheidungen 319–322
 Kontrafaktizität 7, 202
 Korpuslinguistik 115

 Larenz, Karl 229, 262–263
 Law as integrity 264–266, 308–309
 Law office history 314
 Legitimation
 – der Verfassung 163–171
 – der Verfassungsrechtsprechung 171–191
 – Legitimationsasymmetrie, temporale 163–165
 Leitbilder 21–22
 Lineares Modell der Verfassungsentwicklung 350–355
 Linguistic drift 98–99
 Literal meaning 102
 Living Constitutionalism **64–68**, 235
 Living instrument 178
 Living Originalism 68–69
 Lückendogma 227–228, 237

 Madison, James 35, 121
 Meese, Edwin 29
 Merkl, Adolf Julius 159, 193, **271–274**

 Naturrecht 69, **197–199**, 277
 Neue Rechte 26–30
 Neutralität der Rechtsprechung 130, 326–327
 New Originalism **68–69**, 233, **278–281**, 288, 298
 Normativistischer Positivismus 212–214

 Objective meaning 240
 Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten 338
 Originalism
 – Grundbegriff 23, 62–63
 – Original Intention 63–64, 131–132
 – Original Law 64, 207–211
 – Original Methods 64, 134

- Original (Public) Meaning 64, 93–110
- Original Understanding 64, 99
- Philadelphia Convention 63, 81, 121
- Plain meaning 96
- Politik
 - als Gegensatz zum Recht 326–328
 - als Gegenstand der Verfassungsrechtsprechung 329–330
 - im Vorgang der Verfassungsrechtsprechung 330–334
- Popular Constitutionalism 67–68
- Positive Turn 204–212
- Positivierungswille des Normsetzers 142–146
- Pragmatik, linguistische 102–104, 116–124
- Präzedenzentscheidungen
 - als juristisches Argumentationskriterium 44
 - als epistemische shortcuts 124–126
 - historische Kontextualisierung von 319–322
 - stare decisis 124–125, 293–294
- Prinzipien der Verfassungsinterpretation 46–50
- Prinzipientheorie des Rechts 148–149
- Rangfolge der Auslegungskriterien 56, 112–113
- Ratifiers 64, 81–82, 99
- Reale Verfassung, *siehe* dualistischer Verfassungsbegriff
- Rechtsbegriff
 - dynamischer 270–283
 - positivistischer 200–203
 - prozesshafter 200–203
 - statischer 268–270
- Rechtsetzung, richterliche 266–267
- Rechtsfindung, richterliche 262–266, 270
- Rechtsfortbildung 226–230, 244–245
- Rechtsgeltung
 - als soziales Faktum 205–206
 - im normativen Ableitungszusammenhang 213–214
- Rechtsgewinnung, Begriff der 12–13
- Regeln 147–150
- Revidierbarkeit demokratischer Entscheidungen 164–165
- Richterrecht, *siehe* Verfassungsrichterrecht
- Rigidität und Flexibilität der Verfassung 6–10
- Rule of Recognition, *siehe* Erkenntnisregel
- Sachs, Stephen E. 134, 208–212
- Savigny, Friedrich Carl von 42
- Scalia, Antonin 53, 69, **96–97, 132–133**
- Schmitt, Carl 85, 194–195, 285–286
- Semantik, *siehe* Sprachkonventionen, entstehungszeitliche
- Sozialer Wandel
 - Begriff 5
 - in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 244–249
- Sprachkonventionen, entstehungszeitliche **98–102**, 106–107, 109–110, 113–116
- Sprechakttheorie 104–105
- Standards 149–150
- Stare decisis 124–125, 293–294
- State Conventions 64, 81, 121
- Statutory Law 50, 218, **231–232**, 279
- Strukturierende Rechtslehre 203
- Stufenbau der Rechtsordnung 271–274
- Syllogismus 195, 257
- Systematische Auslegung 116–119
- Teleologische Auslegung 122–124, 302
- Textualism 94–97, 102
- Topische Methode 54, 66, 201
- Vereinigungstheorien 74
- Verfassungsgebung 34–36, 81, 88, 91, 164, 167–170
- Verfassungsänderung
 - als Legitimationsmoment 168–169
 - der US-Verfassung 23, 81, 132, 169–170, 176–178
 - und Verfassungsrechtsprechung 174–182, 283
 - und Verfassungswandel 19–20
 - Verarbeitung sozialen Wandels durch 11–12, 131

- Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat 189
- Verfassungsgesetz 194–197
- Verfassungsrevision 183, 282
- Verfassungsrichterrecht 256–296
- authentisches 284–286
 - autoritatives 286–288
- Verfassungswandel
- Begriff 17–19
 - historische Ursprünge 14–16
 - phänomenologischer Zugriff 20–22
- Verfassungswirklichkeit
- Dynamik der 4–5, 181
 - und Verfassungsrecht 6–10, 14–15, 18, 21, 197
- Versteinerung
- als Ideal 128–134, 186–187
 - als Kritik 127, 135, 150–152, 322
- Vertrauen in die Verfassungsgerichtsbarkeit 363–366
- Vorverständnis 21–22, **160–162**, **238–243**, 311–312, 331–332
- Wahl der Richter*innen
- des Bundesverfassungsgerichts 356–358
 - des US-Supreme Court 350–351
- We the People 167–168
- Wille des Normsetzers
- als auslegungstheoretische Grundfrage 80–82
 - als juristische Fiktion 82–86
 - als kollektive Intentionalität 86–91
 - mutmaßlicher 304–306
 - sprachtheoretischer Zugriff 92–110
- Wörterbuch 101–102, 114
- Wortlaut
- als Grenze 97, 175, 228
 - und Intentionen 59, 92–93, 109–110