

CHRISTIAN WINTERHOFF

Verfassung –
Verfassunggebung –
Verfassungsänderung

Jus Publicum

155

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 155



Christian Winterhoff

Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung

Zur Theorie der Verfassung und der
Verfassungsrechtserzeugung

Mohr Siebeck

Christian Winterhoff, geboren 1971; Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen; seit 2003 Rechtsanwalt mit dem Schwerpunkt öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht; 2004 Promotion; 2005 Habilitation; Privatdozent an der Universität Göttingen.

e-ISBN PDF 978-3-16-151236-0

ISBN 978-3-16-149141-2

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meinem Vater

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung, die im Sommersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Habilitationsschrift angenommen wurde, ist in ihrem Kern auf ein Promotionsvorhaben zurückzuführen. Bei der Suche nach einem geeigneten Dissertationsthema wurde ich im Jahre 1996 auf die interessante Verfassungsentwicklung in der Republik Südafrika aufmerksam. Dort entstand zu diesem Zeitpunkt gerade die schließlich 1997 in Kraft getretene Verfassung, deren Inhalt durch die Übergangsverfassung von 1994 in Gestalt von 34 »constitutional principles« zum Teil vorgegeben war. Zudem sollte die Verfassung erst Geltung erlangen, nachdem das von der Übergangsverfassung installierte Verfassungsgericht ihre Vereinbarkeit mit jenen constitutional principles bestätigt hatte. Diesen zumindest ungewöhnlich anmutenden Prozeß der Verfassungschöpfung wollte ich in meiner Doktorarbeit verfassungstheoretisch einordnen.

Das Promotionsvorhaben scheiterte. Mein Doktorvater und akademischer Lehrer, Herr Professor Dr. Christian Starck, befand, die von mir nach einigen Jahren vorgelegte Ausarbeitung sprengte den Rahmen einer Dissertationsschrift. Er stellte mir anheim, das Thema liegenzulassen, eine neue Doktorarbeit zu schreiben und meine Überlegungen zur Verfassungsrechtserzeugung, die sich zwischenzeitlich weit von dem Vorgang der südafrikanischen Verfassungsentstehung entfernt hatten, zu einem späteren Zeitpunkt im Rahmen eines Habilitationsverfahrens wiederaufzugreifen. Und so geschah es. Die Arbeit ist nun auf dem Stand von Januar 2005. Später Erschienenes konnte noch vereinzelt nachgetragen werden.

Herzlich danken möchte ich an dieser Stelle Herrn Professor Starck. Er war es, der meine Vorliebe für das Öffentliche Recht und hier speziell für das Verfassungsrecht geweckt und meinen wissenschaftlichen Werdegang nach Kräften gefördert hat. Ohne ihn gäbe es die nun publizierte Habilitationsschrift nicht. Für die überaus zügige Erstellung der Habilitationsgutachten danke ich außerdem Herrn Professor Dr. Werner Heun und Herrn Professor Dr. Peter-Tobias Stoll. Dank ihrer Hilfe konnte das Habilitationsverfahren noch im Sommersemester 2005 abgeschlossen werden. Dankbar bin ich ferner meinen ehemaligen Kollegen vom Lehrstuhl Starck, mit denen ich besonders vor meinem Umzug nach Hamburg im Jahr 2000 so manches Mal über meine Arbeit diskutiert habe. Namentlich erwähnen will ich vor allem Herrn Professor Dr. Karl-Eberhard Hain und Herrn Professor Dr. Thomas Schmitz.

Besonderer Dank gebührt zudem meiner lieben Frau Gundel Winterhoff. Sie hat das nun vorliegende Werk nicht nur mehrfach korrekturlesend durchlitten, sondern mir auch immer den nötigen seelischen Beistand geleistet. Letzteres gilt auch für meine liebe Mutter, Frau Christa Winterhoff, die mich auf jede erdenkliche Art und Weise unterstützt hat.

Gewidmet ist diese Arbeit meinem Vater Albert Winterhoff. Von ihm stammt das juristische Blut in meinen Adern, und von ihm habe ich so vieles gelernt, das nicht nur zu meinen juristischen Erfolgen beigetragen hat. Leider konnte er die Fertigstellung der vorliegenden Abhandlung nicht mehr miterleben, weil er im Jahre 2000 verstorben ist.

Hamburg, im September 2006

Christian Winterhoff

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXVII
Einleitung	1
Hauptteil	7
A. Verfassung	8
I. Wichtige Stationen der geschichtlichen Entwicklung der »Verfassung«	9
1. Der Begriff der Politeia im antiken Griechenland	9
2. Erste Verwendungen von »Verfassung« im deutschsprachigen Raum	11
3. Die Herausbildung ranghöheren Rechts in Frankreich und England	12
a) Frankreich: lois fondamentales	13
b) England: fundamental laws und constitution	13
4. Die Anerkennung von leges fundamentales in Deutschland	15
5. Die amerikanische Verfassungsentstehung	16
a) Die Verabschiedung von Menschenrechtserklärungen und Organisationsregeln und ihre Kodifizierung in einer einheitlichen Urkunde	16
b) Die Höherrangigkeit des Verfassungsrechts	17
aa) Die Begründung der Höherrangigkeit des Verfassungsrechts	17
bb) Die Konsequenzen der Höherrangigkeit des Verfassungsrechts	20
c) Die Gewährleistung besonderer Verfassungsinhalte: Menschenrechte und Gewaltenteilung	22
d) Resümee	23
6. Das Verfassungsverständnis im Zeitalter der Französischen Revolution	24
a) Die Grundlegung eines neuen Verfassungsverständnisses durch Vattel	24

b)	Die Umwälzung der Staatsordnung im Zuge der Französischen Revolution	25
c)	Die theoretische Fundierung der Französischen Revolution durch die Lehren des Abbé Sieyès	26
d)	Weitere Eigenheiten des französischen Verfassungs- verständnisses im Gefolge der Revolution	29
e)	Resümee	31
7.	Die weitere Entwicklung des Verfassungsverständnisses im Zeitalter nach amerikanischer Unabhängigkeit und Französischer Revolution	31
a)	Die französische Chartre Constitutionnelle von 1814	31
b)	Das deutsche Verfassungsverständnis im beginnenden 19. Jahrhundert	32
c)	Die Eigenschaften deutscher Verfassungen im beginnenden 19. Jahrhundert	34
8.	Wichtige Stationen der deutschen Verfassungsentwicklung seit 1848	36
a)	Die Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849	37
b)	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871	39
c)	Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919	42
9.	Zusammenfassung	48
II.	Die Schwächen einer begrifflichen Verfassungsdefinition und die Alternative eines typologischen Verfassungsverständnisses	50
1.	Die zeitliche und räumliche Kontextabhängigkeit und damit Relativität der »Verfassung«	50
2.	Die Möglichkeit einer positiv-rechtlichen Verfassungsdefinition?	53
a)	Die Selbstkennzeichnung einzelner Normensysteme als »Verfassung«	53
b)	Die Möglichkeit einer völkerrechtlichen Verfassungsdefinition	55
3.	Verfassungsbegriff oder Verfassungstypus? – die Bestimmung des Verfassungswesens auf empirischer Grundlage sowie die Konsequenzen für das Verfassungsverständnis	55
a)	Die methodologische Differenzierung zwischen »Begriff« und »Typus«	56
aa)	Wesen und Handhabung des »Begriffs«	56
bb)	Wesen und Handhabung des »Typus«	58
(1)	Das Wesen des »Typus« und seine Unterschiede gegenüber dem »Begriff«	58
(2)	Insbesondere: die Bildung von Typen	59

(3) Insbesondere: die Zuordnung konkreter Sachverhalte zum Typus	60
(4) Der Einfluß von Wertungen bei der Bildung und Handhabung von Typen	60
cc) Die Bedeutung von Typen im Bereich der allgemeinen Staatslehre	61
b) Die empirische Ermittlung des Verfassungswesens	62
aa) Die prinzipielle Möglichkeit der Begriffsbildung auf empirischer Grundlage	64
bb) Die Bedeutung der Vergleichsbasis	65
cc) Die fehlende Nachweisbarkeit obligatorischer Verfassungsmerkmale	65
dd) Die Relativität der »Verfassung« und damit eines jeden Verfassungsbegriffs	66
c) Verfassungstypus versus Verfassungsbegriff: die Vorzüge eines typologischen Verfassungsverständnisses	69
aa) Die offensichtliche Relativität eines Verfassungstypus	70
(1) Welche Merkmale kennzeichnen eine »Verfassung«?	71
(2) Gibt es obligatorische Verfassungsmerkmale?	74
(3) Hat ein konkreter Staat eine »Verfassung«?	77
bb) Verfassungstypus und Verfassungsbegriff im Lichte des Postulats methodischer Ehrlichkeit	79
cc) Die Möglichkeit einer Differenzierung zwischen Verfassungsnormaltypus und Verfassungsidealtypus als weiterer Vorzug eines typologischen Verfassungsverständnisses	82
(1) Die verschiedenen Arten von Typen	83
(a) Der deskriptive Verfassungsnormaltypus	83
(b) Der deskriptive Verfassungsidealtypus	83
(c) Der normative Verfassungsidealtypus	85
(2) Die Unterscheidbarkeit von deskriptiven und normativen Typen als weiteres Argument für ein typologisches Verfassungsverständnis	88
(a) Die Möglichkeit einer theoretischen Kategorisierung von Aussagen zum Wesen der »Verfassung« als Vorzug typologischen Denkens	88
(b) Das Fehlen kategorialer Differenzierungsmöglichkeiten und die kryptische Wirkung eines »Idealverfassungsbegriffs« als Nachteile begrifflichen Denkens	90
4. Zusammenfassung	92
III. Der Verfassungstypus des demokratischen Verfassungsstaates:	
Überblick über die verfassungstypischen Eigenschaften	95
1. Einführung	95
2. Typische formelle Verfassungseigenschaften	99
a) Schriftlichkeit, Gesetzesqualität, einheitliche Verfassungsurkunde, Selbstkennzeichnung	99

b)	Erhöhte formelle Gesetzeskraft: Besonderheiten der Änderung und Aufhebung von Verfassungsbestimmungen . . .	100
aa)	Ausschluß der Geltung der Lex-posterior-Regel	101
bb)	Verbot von Verfassungsdurchbrechungen	102
cc)	Formell erschwerte Abänderbarkeit	103
dd)	Typische Kombination der vorgenannten Merkmale	109
c)	Vorrang der Verfassung	110
d)	Resümee	112
3.	Typische materielle Verfassungseigenschaften	113
a)	Überblick: die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates und ihre typischen Inhalte	113
b)	Herrschaftsbegründende Funktion der Verfassung	115
c)	Herrschaftsbeschränkende Funktion der Verfassung	115
aa)	Verfassungsgebundenheit der staatlichen Gewalten	116
bb)	Gewaltenteilung, Limitierung staatlicher Kompetenzen	117
d)	Regelung der Rechtsstellung des Individuums durch die Gewährleistung von Grundrechten	117
e)	Volkssouveränität als Konsequenz der Grundrechtsidee	119
f)	Dignität des Verfassungsrechts und sein Anspruch auf Dauerhaftigkeit	120
g)	Resümee	121
B.	Verfassungsgebung	123
I.	Gegenstand und Geschichte der Lehre von der Verfassungsgebung	123
1.	Einführung und Gegenstand der Lehre von der Verfassungsgebung	123
2.	Die Geschichte der Lehre von der Verfassungsgebung	125
a)	Emmanuel Joseph Sieyes und die Unterscheidung zwischen <i>pouvoir constituant</i> und <i>pouvoir constitué</i>	126
b)	Carl Schmitt und die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt	127
II.	Moderne Ansichten zur Lehre von der Verfassungsgebung	129
1.	Der Bezugspunkt der Verfassungsgebung	129
2.	Das Wesen der Verfassungsgebung	131
a)	Die Sondersituation der Verfassungsgenese: das Nichtbestehen eines rechtsordnungsimmanenten Ableitungszusammenhanges	131
b)	Die Positionen Sieyes' und Schmitts	132
c)	Verfassungsgebung als rechtliches Phänomen in Ausübung einer rechtlichen Kompetenz	133

aa)	Die Reine Rechtslehre	133
bb)	Naturrechtlich orientierte Auffassungen	134
cc)	Völkerrechtlich orientierte Auffassungen	136
d)	Verfassunggebung als außerrechtliches, nicht auf eine rechtliche Kompetenz zurückführbares Phänomen	138
aa)	Die Auffassung der Rechtspositivisten	138
bb)	Die Auffassung Henkes	138
cc)	Verfassunggebung als (auch) politischer Vorgang	139
3.	Der Geltungsgrund der vom <i>pouvoir constituant</i> geschaffenen Verfassung	142
a)	Die rechtliche Begründung der Verfassungsgeltung	142
b)	Die Dezision der verfassunggebenden Gewalt bzw. soziale Machtfaktoren als Geltungsgrund der Verfassung	143
c)	Die Verfassungslegitimität als Geltungsgrund der Verfassung	143
4.	Das Subjekt der Verfassunggebung	146
a)	Die rechtliche Begründung der Subjektqualität	146
b)	Die außerrechtliche Begründung der Subjektqualität	147
aa)	Die Bestimmung des Trägers der verfassunggebenden Gewalt nach der Machtlage	147
bb)	Das Volk als Träger der verfassunggebenden Gewalt	147
c)	Die Differenzierung zwischen Innehabung und Ausübung der verfassunggebenden Gewalt	149
5.	Die Grenzen der Verfassunggebung	150
a)	Formelle Determinanten der Verfassunggebung	150
aa)	Das Bestehen verfahrensrechtlicher oder quasiverfahrens- rechtlicher Bindungen der verfassunggebenden Gewalt	151
bb)	Das Nichtbestehen verfahrensrechtlicher Bindungen der verfassunggebenden Gewalt	153
cc)	Legitimitätsgesichtspunkte als Determinanten für das Verfahren der Verfassunggebung	155
b)	Materielle Determinanten der Verfassunggebung	156
aa)	Die inhaltliche Bindung der verfassunggebenden Gewalt an natürliches bzw. übergesetzliches Recht	156
bb)	Die inhaltliche Bindung der verfassunggebenden Gewalt an das Völkerrecht	158
cc)	Die begrenzende Wirkung des Rechtsbegriffs und des Begriffs der Verfassung bzw. der Verfassunggebung	159
dd)	Das Nichtbestehen materiell-rechtlicher Bindungen der verfassunggebenden Gewalt	160
ee)	Die begrenzende Wirkung des Typus »demokratischer Verfassungsstaat«	161
ff)	Die inhaltliche Bindung der verfassunggebenden Gewalt an Legitimitätskriterien	161

gg) Sonstige inhaltliche Bindungen der verfassungsgebenden Gewalt	164
III. Resümee	164
C. Verfassungsänderung	166
I. Gegenstand und Geschichte der Lehre von der Verfassungsänderung	166
1. Die Verfassungsänderung als neuerliche Betätigung des pouvoir constituant	166
2. Die Verfassungsänderung als verfassungsgebundene Maßnahme von pouvoirs constitués	167
3. Der heutige Stellenwert und die fortwährende Bedeutung der verschiedenen theoretischen Grundstandpunkte zum Wesen der Verfassungsänderung	169
II. Moderne Ansichten zur Lehre von der Verfassungsänderung	170
1. Der Bezugspunkt der Verfassungsänderung	170
2. Das Wesen der Verfassungsänderung	172
3. Der Geltungsgrund des im Wege der Verfassungsänderung erzeugten Verfassungsrechts	173
4. Der Träger der verfassungsändernden Gewalt	173
5. Die Grenzen der Verfassungsänderung	174
a) Geschriebene Schranken der Verfassungsänderung	174
b) Ungeschriebene materielle Schranken der Verfassungsänderung	175
aa) Der Begrenzungsansatz Schmitts: Unantastbarkeit der Verfassung, Änderbarkeit nur des Verfassungsgesetzes	176
bb) Der Begrenzungsansatz Kelsens: rechtliche Unantastbarkeit nur der vorausgesetzten Grundnorm	176
cc) Der Begrenzungsansatz Haugs: objektive Werte bzw. Gerechtigkeit als Schranken der Verfassungsrevision	177
dd) Der Begrenzungsansatz Ehmkes: Grenzen der Verfassungsänderung aus dem materialen Zusammenhang der Verfassung	177
ee) Allgemeines zu Herleitung und Bedeutung ungeschriebener Revisionschranken	179
(1) Das Grundprinzip für die Herleitung ungeschriebener Schranken der Verfassungsrevision	179
(2) Die Bedeutung ungeschriebener Revisionschranken für die Abgrenzung von Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	180

D. Die Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	183
I. Verschiedene Aspekte der Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	183
1. Zusammenfassende Gegenüberstellung bereits behandelter Aspekte	183
a) Der Bezugspunkt von Verfassungsänderung und Verfassunggebung	183
b) Das Wesen von Verfassungsänderung und Verfassunggebung	184
c) Der Geltungsgrund des neu geschaffenen Verfassungsrechts	184
d) Die Zuständigkeit zur Verfassungsrechtserzeugung	184
e) Das Bestehen positiv-rechtlicher Bindungen bei der Verfassungsrechtserzeugung	185
2. Weitere Aspekte der Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	185
a) Die Differenzierung zwischen derivativer und originärer Verfassungsrechtserzeugung	185
b) Die Differenzierung zwischen kontinuierlichwahrender und Diskontinuität begründender Verfassungsrechtserzeugung	186
c) Die Differenzierung zwischen legaler und illegaler Verfassungsrechtserzeugung	188
d) Die »Illegalität« revolutionärer verfassungsgeberischer Akte	190
3. Vorläufige Charakterisierung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung	192
II. Die Zuordnung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung – Grundlagen	193
1. Grundkonstellationen der Verfassunggebung und Einführung in den Problembereich der Zuordnung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung	194
a) Die Verfassunggebung im verfassungslosen Zustand	194
b) Die Verfassunggebung bei noch intakter bisheriger Verfassung	194
aa) Die Ambivalenz der verfassungsgebenden Gewalt	195
bb) Der Antagonismus zwischen dem Geltungsanspruch der vorhandenen Verfassung und der Möglichkeit neuerlicher Verfassunggebung	196
cc) Die mögliche Sperrwirkung einer Revisionsklausel	197

2. Das Schicksal der verfassunggebenden Gewalt nach dem Akt der Verfassunggebung	197
a) Fortbestehen der verfassunggebenden Gewalt	200
aa) Die Auffassung des Abbé Sieyes	200
bb) Die Auffassung Carl Schmitts	200
(1) Die Permanenz der verfassunggebenden Gewalt	200
(2) Der politische Vorbehalt neuerlicher Verfassunggebung	201
cc) Neuere Stellungnahmen zugunsten eines Fortbestehens der verfassunggebenden Gewalt	203
(1) Politisch-faktische Permanenz der verfassunggebenden Gewalt	203
(2) Rechtliche Permanenz der verfassunggebenden Gewalt	206
(a) Die Rechtsgrundlage für erneute Betätigungen der verfassunggebenden Gewalt	206
(b) Der rechtliche Vorbehalt neuerlicher Verfassunggebung	209
b) Untergang der verfassunggebenden Gewalt	210
c) Aufgehen der verfassunggebenden in der verfassungsändernden Gewalt	211
aa) Die Konstitutionalisierung der verfassunggebenden Gewalt durch einen Akt der Selbstbindung	211
bb) Die »verfaßte verfassunggebende Gewalt« als »pouvoir constituant constitué« bzw. »pouvoir constituant institué«	213
cc) Die umfassende Verrechtlichung der Verfassungsrechtserzeugung	214
(1) Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit verfassungsgeberischer Akte	215
(2) Die politisch-faktisch fortbestehende Möglichkeit verfassungsgeberischer Akte	216
dd) Zusammenfassung der Auswirkungen einer Konstitutionalisierung der verfassunggebenden Gewalt	217
d) Vergleichende Gegenüberstellung der verschiedenen Ansichten zum Schicksal der verfassunggebenden Gewalt nach dem Verfassungsinkrafttreten	218
aa) Konsens hinsichtlich der faktischen Möglichkeit neuerlicher Verfassunggebung	218
bb) Dissens hinsichtlich Existenz und Inhalt rechtsverbindlicher Vorgaben für den pouvoir constituant	219
(1) Fehlen bzw. Irrelevanz rechtlicher Festlegungen für künftige verfassungsgeberische Akte	220
(2) Existenz und Relevanz rechtlicher Festlegungen für künftige verfassungsgeberische Akte	221
(a) Rechtliche Erlaubtheit neuerlicher Verfassunggebung kraft überstaatlichen Rechts	221
(b) Rechtliche Verbotenheit neuerlicher Verfassunggebung kraft verfassungsrechtlicher Anordnung	222

e) Die Auswirkungen der verschiedenen Ansichten auf das Verhältnis von Verfassunggebung und Verfassungsänderung	222
3. Rechtsbindung des pouvoir constituant und rechtliche Verbotenheit oder Erlaubtheit neuerlicher Verfassunggebung?	224
a) Verfassungsbindung des pouvoir constituant und daraus resultierende rechtliche Verbotenheit neuerlicher Verfassunggebung?	225
aa) Rechtsverbindliches verfassungsrechtliches Verbot neuerlicher verfassungsgeberischer Akte kraft Selbstbindung des pouvoir constituant?	225
(1) Die Funktion und der rechtliche Kontext der Selbstbindungslehre	226
(a) Die Funktion der Selbstbindungslehre	226
(b) Die Selbstbindungslehre im Kontext eines rechtlichen Verständnisses der Verfassunggebung	228
(2) Die logische Möglichkeit einer rechtlichen Selbstbindung	236
(a) Autonom und heteronom auferlegte Pflichten und ihre Rechtsverbindlichkeit	236
(b) Die Unvereinbarkeit der Selbstbindungsthese mit dem regelmäßig vorausgesetzten überstaatlichen Recht	239
(c) Resümee	240
bb) Exkurs: rechtsverbindliches Verbot neuerlicher verfassungsgeberischer Akte aufgrund Untergangs eines überstaatlichen Rechts auf Verfassunggebung?	242
b) Bindung des pouvoir constituant an überstaatliches Recht und daraus resultierende rechtliche Erlaubtheit neuerlicher Verfassunggebung?	243
aa) Rechtsverbindliche verfassungsrechtliche Erlaubnis für künftige verfassungsgeberische Akte?	244
bb) Naturrechtsbindung des pouvoir constituant und daraus resultierende rechtliche Erlaubtheit neuerlicher Verfassunggebung?	246
cc) Völkerrechtsbindung des pouvoir constituant und daraus resultierende rechtliche Erlaubtheit neuerlicher Verfassunggebung?	249
(1) Völkerrechtliches Recht auf Verfassunggebung?	249
(a) Zweifel an der völkerrechtlichen Erlaubtheit neuerlicher Verfassunggebung	249
(b) Das völkerrechtliche Recht auf Verfassunggebung im Lichte eines dualistischen Verständnisses von völkerrechtlicher und staatlicher Rechtsordnung	250
(2) Völkerrechtliche Bindungen des pouvoir constituant	252

(3) Resümee	254
c) Ergebnis	254
III. Die Zuordnung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung – Entwicklung einer Lösung	255
1. Die Funktion verfassungsrechtlicher Festlegungen im Hinblick auf künftige Betätigungen der verfassunggebenden Gewalt	256
a) Die verfassungsrechtliche Erschwerung künftiger verfassunggeberischer Akte	257
aa) Das Verbot der Mitwirkung von pouvoirs constitués an verfassunggeberischen Akten	257
bb) Die Verpflichtung der pouvoirs constitués zur Bekämpfung verfassunggeberischer Akte	257
cc) Die Erschwerung künftiger Verfassunggebung durch Abdrängung in den Bereich der konstitutionellen Illegalität	259
dd) Das Legitimitätsminus konstitutionell illegaler verfassunggeberischer Akte	260
b) Die Vermeidung und Verhinderung künftiger verfassunggeberischer Akte	261
aa) Der permanente Anerkennungsbedarf der Verfassung	261
bb) Die Vermeidung künftiger verfassunggeberischer Akte durch Verfassungslegitimität	263
cc) Die Verhinderung künftiger verfassunggeberischer Akte durch Verfassungsflexibilität	265
c) Der »Versuchscharakter« den pouvoir constituant betreffender verfassungsrechtlicher Normen	267
d) Exkurs: die Bedeutung verfassungsvorbereitender Normen für den Prozeß der Verfassunggebung	269
aa) Die rechtliche Unverbindlichkeit verfassungsvorbereitender Normen	270
bb) Die schrittweise unverbindliche Selbstbindung des pouvoir constituant im Prozeß der Verfassunggebung	272
2. Die Bedeutung der konkreten Verfassungsordnung für die Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	274
a) Die Unterscheidung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung anhand des Kriteriums der verfassungsrechtlichen Erlaubtheit der Verfassungsrechtserzeugung	275
b) Die praktische Unnötigkeit neuerlicher Verfassunggebung bei Zulässigkeit der Verfassungsrevision	276
c) Die Bedeutung des konkreten Revisionssystems für die praktische Relation von Verfassunggebung und Verfassungsänderung	276

aa)	Unterschiedliche Revisionsbestimmungen und ihr Einfluß auf das praktische Verhältnis von Verfassunggebung und Verfassungsänderung – drei Beispiele	277
bb)	Die Reichweite der Änderungsermächtigung und ihre Konsequenzen für das praktische Verhältnis von Verfassunggebung und Verfassungsrevision	278
d)	Die bedingte Verallgemeinerungsfähigkeit der Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	280
aa)	Der praktische und der theoretische Aspekt der Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	281
bb)	Die theoretische Möglichkeit und der praktische Sinn einer Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung sowie deren Abhängigkeit vom jeweiligen Revisionssystem	283
cc)	Die Unterscheidung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung als nicht allgemeingültige Differenzierung	287
3.	Die theoretische Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung im Lichte verschiedener Arten verfassungsrechtlicher Evolutionsklauseln	288
a)	Verschiedene Typen verfassungsrechtlicher Revisionsklauseln, ihr Einfluß auf die theoretische Unterscheidbarkeit von Verfassunggebung und Verfassungsänderung sowie Art und Anzahl der Unterscheidungskriterien	290
aa)	Formelle Erschwerung und materielle Begrenzung der Verfassungsänderung	291
bb)	Formelle Erschwerung der Verfassungsänderung ohne materielle Begrenzung	292
cc)	Materielle Begrenzung der Verfassungsänderung ohne formelle Erschwerung	292
dd)	Verfassungsänderung ohne formelle Erschwerung und ohne materielle Begrenzung	293
ee)	Das für Verfassungsänderungen zuständige Subjekt als zusätzliches Unterscheidungskriterium	294
ff)	Zwischenergebnis	296
b)	Verschiedene Arten verfassungsrechtlicher Ablösungsklauseln, der Versuch ihrer theoretischen Einordnung sowie Folgerungen für die theoretische Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	297
aa)	Die Unterscheidung zwischen Verfassungsänderung und Verfassungsablösung	298
bb)	Der Regelungsgehalt verfassungsrechtlicher Ablösungsvorbehalte	301

cc)	Die verschiedenen Arten verfassungsrechtlicher Ablösungsvorbehalte	302
	(1) Der pouvoir constituant-bezogene Ablösungsvorbehalt	303
	(a) Art. 146 GG a.F. als Beispiel für einen pouvoir constituant-bezogenen Ablösungsvorbehalt	303
	(b) Vergleich der Verfassungsablösung nach Art. 146 GG a.F. mit den Kategorien Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	304
	(2) Der pouvoirs constitués-bezogene Ablösungsvorbehalt	309
	(a) Die Totalrevision nach Art. 118ff der Schweizer Bundesverfassung von 1874 als Beispiel für einen pouvoirs constitués-bezogenen Ablösungsvorbehalt	309
	(b) Vergleich der formellen Totalrevision nach Art. 118ff BV 1874 mit den Kategorien Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	313
	(3) Vergleichende Betrachtung der beiden Arten von Ablösungsvorbehalten	315
dd)	Die Kriterien für eine Differenzierung zwischen Verfassungs- gebung und Verfassungsänderung sowie ihr jeweiliges Ge- wicht	317
	(1) Einführung: die Analyse von Revisions- und Ablösungs- tatbeständen im Hinblick auf das Fehlen eines oder mehr- erer verfassungsänderungsspezifischer Merkmale	320
	(a) Formelle Bindungen und/oder materielle Begrenzungen	320
	(b) Das Ziel der Verfassungsfortgeltung	321
	(c) Der rechtliche Ableitungszusammenhang	321
	(2) Die Bedeutung der verschiedenen Merkmale für die Unterscheidbarkeit zweier wesensverschiedener Arten der Verfassungsrechtserzeugung	321
	(a) Das Merkmal der formellen Bindung und/oder materiellen Begrenzung	322
	(b) Das Merkmal der Verfassungsfortgeltung	322
	(c) Das Merkmal des rechtlichen Ableitungszusammenhangs	324
	(3) Die Möglichkeit einer theoretischen Unterscheidung von Verfassungsgebung und Verfassungsänderung anhand des Kriteriums der Originarität bzw. Derivativität der Verfassungsrechtserzeugung	327
ee)	Die Kategorisierung der verschiedenen Arten der Verfassungsablösung im Rahmen der modifizierten Abgrenzungslehre	328
	(1) Die deklaratorische Verfassungsablösung als besonderer Fall der Verfassungsgebung	329
	(2) Die konstitutive Verfassungsablösung als besonderer Fall der Verfassungsänderung	330

ff) Die Differenzierung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung anhand des Merkmals der Originarität bzw. Derivatvität der Verfassungsrechtserzeugung	332
c) Ergänzende Überlegungen	334
aa) Einzahl oder Mehrzahl von Konstellationen, in denen eine theoretische Differenzierung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung ausgeschlossen ist?	335
bb) Die Übertragbarkeit der theoretischen Differenzierung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung auf konkrete Verfassungsordnungen	338
4. Der gemischt begrifflich-typologische Charakter von Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	340
a) Die Begründung des gemischt begrifflich-typologischen Charakters der Differenzierung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	341
b) Die gliedstaatliche Verfassungschöpfung im Bundesstaat im Lichte eines gemischt begrifflich-typologischen Verständnisses der Verfassungsgebung: Anwendung und Überprüfung der bisherigen Ergebnisse	346
aa) Das Problem der Verfassungsgebung im Bundesstaat	347
bb) Die Originarität bzw. Derivatvität der Verfassungsrechtserzeugung als Anknüpfungspunkt für die Charakterisierung der gliedstaatlichen Verfassungschöpfung	349
cc) Die Konsequenzen des hiesigen Ansatzes für das Problem der gliedstaatlichen Verfassungschöpfung im Bundesstaat	351
(1) Die Atypizität gliedstaatlicher Verfassungschöpfung	351
(2) Das (partiell) typologische Verständnis als Voraussetzung für die Charakterisierung der Landesverfassungschöpfung als Sonderfall der Verfassungsgebung	352
(3) Die Maßgeblichkeit der konkreten Bundesverfassung für die verfassungstheoretische Charakterisierung der Landesverfassungschöpfung	352
c) Resümee	355
 E. Die Konsequenzen der Abgrenzung von Verfassungsgebung und Verfassungsänderung anhand des Kriteriums der Originarität bzw. Derivatvität	 356
I. Die Problematik ungeschriebener materieller Schranken der Verfassungsrevision	358
1. Einführung: die Reichweite der Änderungsbefugnis und die Bedeutung von Revisionsschranken für das Verhältnis von Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	358

2. Das Problem der Herleitung ungeschriebener materiell-rechtlicher Schranken der Verfassungsrevision	361
a) Die Begründung ungeschriebener Schranken der Verfassungsrevision	362
aa) Die Begründung mit dem Wesen der Verfassung	363
bb) Die Begründung mit der Figur eines Vorbehalts des Verfassungsgebers	365
cc) Die Begründung mit dem Gegensatz zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	366
b) Die Bestimmung des Inhalts ungeschriebener Schranken der Verfassungsrevision	367
aa) Der Inhalt der Revisionsschranken bei Schmitt und Ehmke	367
bb) Der Stellenwert persönlicher Wertungen bei der Bestimmung des Schrankeninhalts	368
c) Die Herleitung und inhaltliche Konkretisierung ungeschriebener Revisionsschranken durch Auslegung der konkreten Verfassung	371
3. Die Bedeutung außerrechtlicher materieller Schranken der Verfassungsrevision	372
II. Das Kriterium der formellen und der materiellen Verfassungsfortgeltung und seine Relevanz	376
1. Die Notwendigkeit formeller und materieller Betrachtung der Verfassungsfortgeltung	376
2. Die Auswirkungen formeller und materieller Betrachtung der Verfassungsfortgeltung	378
a) Überblick über mögliche verfassungsrechtliche Gestaltungen	378
b) Der Stellenwert der formellen und der materiellen Sichtweise für die Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	379
aa) Die mittelbare Zuordnungsrelevanz allein des formellen Aspekts	380
(1) Die mittelbare Bedeutung des formellen Aspekts für die Annahme von Verfassungsänderung	381
(2) Die mittelbare Bedeutung des formellen Aspekts für die Annahme von Verfassunggebung	383
(3) Die Konsequenzen für die Zuordnung konkreter verfassungsrechtserzeugender Vorgänge zu den Kategorien Verfassunggebung und Verfassungsänderung	384
bb) Die mittelbare und die typologische Bedeutung des formellen Aspekts	385
cc) Die typologische Bedeutung des materiellen Aspekts	386

c) Die Differenzierung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung im formellen sowie im materiellen Sinne	387
3. Resümee	389
III. Überprüfung der Ergebnisse und Abgrenzung der hiesigen Auffassung zur Konstitutionalisierungsthese	391
1. Die Möglichkeit einer formellen Neukonstituierung im Wege der Verfassungsänderung (Verfassungsersetzung)	392
a) Das Argument der rechtlichen Irrelevanz verfassungsrechtlicher Festlegungen für die verfassungsgebende Gewalt	393
b) Das Argument der Beteiligung des Volkes an der Verfassungsschöpfung	394
c) Das Argument der Unmöglichkeit der derivativen Schaffung einer formell neuen Verfassung	396
2. Die Abgrenzung der hier vertretenen Auffassung von der These einer Konstitutionalisierung der verfassungsgebenden Gewalt	398
IV. Die Zuordnung konkreter Normerzeugungsvorgänge zu den Kategorien Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	402
1. Die Zuordnung verfassungsmäßiger Fälle der Verfassungsrechtserzeugung zu den Kategorien Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	403
a) Das Kriterium der Verbindlichkeit verfassungsrechtlicher Vorgaben und seine Bedeutung für die Kategorisierung verfassungsmäßiger Neukonstituierungsprozesse	404
b) Die Methode der Zuordnung konkreter Normerzeugungsvorgänge zu den Kategorien Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	407
c) Die Differenzierung zwischen verschiedenen Fällen verfassungsmäßiger Neukonstituierung anhand des Kriteriums der rechtlichen Verbindlichkeit verfassungsrechtlicher Vorgaben	408
aa) Die Vereinbarkeit der Neukonstituierung mit verbindlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben	408
bb) Die Vereinbarkeit der Neukonstituierung mit unverbindlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben	409
cc) Die Unzulässigkeit einer Neukonstituierung im Verfahren der Verfassungsrevision	409
d) Anwendungsbeispiel: die Entstehung der Niedersächsischen Verfassung von 1993	411

2. Die Mitwirkung besonderer Organe an der Verfassungsrechtserzeugung und ihre Bedeutung für die Kategorisierung von Normerzeugungsvorgängen	413
a) Einführung und Problemaufriß	413
aa) Die Konstellation der »verfassungswidrigen Verfassungsänderung«	414
bb) Das Handeln von Verfassungsorganen bei formeller Verfassungsdiskontinuität	418
b) Verschiedene Konstellationen der Beteiligung besonderer Organe an formellen Neukonstituierungsvorgängen	419
aa) Verfassungsmäßiges Handeln von der bisherigen Verfassung konstituierter Organe	419
bb) Verfassungswidriges Handeln von der bisherigen Verfassung konstituierter Organe	420
(1) Organhandeln in Ausübung der verfassungsgebenden Gewalt kraft eines Auftrags des pouvoir constituant	421
(2) Organhandeln ohne Auftrag der verfassungsgebenden Gewalt	423
cc) Handeln neu installierter Organe	425
c) Die Schwierigkeit der Ermittlung des (Auftrags-)Willens der verfassungsgebenden Gewalt	426
aa) Die Maßgeblichkeit der Ex-post-Perspektive	426
bb) Die Ermittlung des (Auftrags-)Willens der verfassungsgebenden Gewalt	427
(1) Die Praxis des Organhandelns ohne eindeutig feststellbaren Auftrag der verfassungsgebenden Gewalt	428
(2) Die nachträgliche Genehmigung oder Mißbilligung des eigenmächtigen Organhandelns durch die verfassungsgebende Gewalt	430
d) Anwendungsbeispiel: die Änderungen der DDR-Verfassung in den Jahren 1989/90	433
3. Das Organhandeln auf der Grundlage verfassungsvorbereitender Normen	434
a) Die Arten verfassungsvorbereitender Normen	436
aa) Einfache vorverfassungsrechtliche Bestimmungen	436
bb) Übergangsweise geltende Normen der bisherigen Verfassung	436
cc) Eigens erlassene Normen übergangsverfassungsrechtlicher Art	440
b) Die Verbindlichkeit verfassungsvorbereitender Normen für die handelnden Organe	441
c) Die Rechtsverbindlichkeit verfassungsvorbereitender Normen sowie ihr Einfluß auf die Charakterisierung des Organhandelns und die Kategorisierung verfassungsrechtserzeugender Vorgänge	442

aa)	Die strukturelle Verfassungsähnlichkeit rechtsverbindlicher verfassungsvorbereitender Normen	443
bb)	Die Figur der durch rechtsverbindliche verfassungsvorbereitende Normen antizipierten Verfassungsgebung	445
cc)	Die vorverfassungsrechtliche Verrechtlichung des Prozesses der Verfassungschöpfung und ihre Auswirkungen auf den Träger der verfassungsgebenden Gewalt	448
d)	Die Ermittlung der rechtlichen Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit verfassungsvorbereitender Normen	450
aa)	Indizierung der Rechtsverbindlichkeit bei verfassungsvorbereitenden Normen mit Verfassungsqualität	451
	(1) Übergangsverfassungsrechtliche Normen	452
	(2) »Altverfassungsrechtliche« Normen	453
bb)	Die rechtliche Unverbindlichkeit verfassungsvorbereitender Normen ohne Verfassungsqualität	454
	(1) Rechtlich unverbindliche Vorbereitungsnormen ohne Verfassungsqualität	455
	(2) Rechtlich verbindliche Vorbereitungsnormen ohne Verfassungsqualität?	455
cc)	Die Ermittlung der Verfassungsqualität verfassungsvorbereitender Normen	457
	(1) Die Gegenüberstellung von verfassungsvorbereitenden Normen und Verfassungstypus	457
	(2) Die Ungeeignetheit des Verfassungsnormaltypus zur Überprüfung der Verfassungsqualität verfassungsvorbereitender Normen	458
	(3) Die regelmäßige Minimalverfassungsqualität rechtsverbindlicher verfassungsvorbereitender Normen	461
dd)	Fazit	463
e)	Anwendungsbeispiel: die Entstehung der Südafrikanischen Verfassung von 1997	463
4.	Ergebnis	466

Zusammenfassung	469
---------------------------	-----

Literaturverzeichnis	483
Sachregister	497

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abg.	Abgeordneter
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AStL	Allgemeine Staatslehre
Aufl.	Auflage
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bd.	Band
Ber.	Bericht
bes.	besonders
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
B-VG	Bundesverfassungs-Gesetz der Republik Österreich
BWG	Bundewahlgesetz
bzw.	beziehungsweise
d.	der/des
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
dt.	deutsch
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

ErgLexR	Ergänzbare Lexikon des Rechts
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
evtl.	eventuell
f, ff	folgende
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
form.	formell
fr.	französisch
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
HbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hervorh.	Hervorhebung
hg./hrsg.	herausgegeben (von)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est (das heißt)
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
ital.	italienisch
i.V.m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
jur.	juristisch
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KSZE	Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (heute: OSZE)
lit.	littera (Buchstabe(n))
mat.	materiell

M/D	Maunz/Dürig, Grundgesetzkommentar
M/K/S	v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetzkommentar
MüKo	Münchener Kommentar zum BGB
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
nBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NV	Niedersächsische Verfassung vom 19. Mai 1993
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.ä.	oder ähnliches
Rdnr.	Randnummer
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
ROW	Recht in Ost und West
RV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871
S.	Seite; Satz
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SBZ	Sowjetische Besatzungszone
sc.	scilicet (nämlich)
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
Sp.	Spalte
sten.	stenographisch
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StuW	Steuer und Wirtschaft
s.u.	siehe unten
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
u.	und
u.a.	unter anderem; und andere
UN/UNO	United Nations Organisation (Vereinte Nationen)
u.ö.	und öfter
Urt.	Urteil
US/USA	Vereinigte Staaten von Amerika
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen

v.	vom/von
Verf.	Verfasser
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
vM/K	von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar
VNV	Vorläufige Niedersächsische Verfassung vom 13. April 1951
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
w.N.	weitere Nachweise
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil

Hinsichtlich weiterer Abkürzungen wird auf Hildebert Kirchner/Cornelie Butz, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage, Berlin 2003, verwiesen.

Einleitung

Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung: Auf den ersten Blick scheint es, als bestünde in bezug auf diese für das Verfassungsrecht wie für die Verfassungstheorie fundamentalen Begriffe weitgehend Klarheit. Insbesondere dann, wenn das Augenmerk auf das Grundgesetz und das seiner Auslegung gewidmete Schrifttum gerichtet wird, entsteht schnell der Eindruck, diesbezüglich gebe es keinen weiteren Erörterungsbedarf: Das Grundgesetz ist fraglos Verfassung, und auch hinsichtlich der Konturen der verfassungsstaatlichen Verfassung im allgemeinen herrscht in den meisten Punkten Einvernehmen. Weiter ist das Grundgesetz ausweislich seiner Präambel zwar durch eine Betätigung der verfassungsgebenden Gewalt des Deutschen Volkes entstanden. Ansonsten besteht aber insofern wenig Anlaß, sich mit dem Thema Verfassungsgebung zu beschäftigen, als das Grundgesetz sich während der nunmehr über fünfzigjährigen Dauer seiner Geltung praktisch bewährt hat und selbst der Untergang der DDR sowie die Wiedervereinigung der beiden Teile Deutschlands nicht als Triebfedern für einen neuerlichen verfassungsgeberischen Akt zu wirken vermochten. Näher als eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Phänomen Verfassungsgebung liegt angesichts dieses Befundes gewiß eine Beschäftigung mit dem Institut der Verfassungsänderung und speziell den der Revisionsgewalt durch Art. 79 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen. Entsprechende Untersuchungen gibt es bereits in nicht eben geringer Zahl¹, so daß die Erforderlichkeit weiterer Studien nicht ohne weiteres einsichtig ist.

Doch wie so oft trägt der erste Eindruck: Obwohl der verfassungsgeberische Akt im Falle des *Grundgesetzes* über fünfzig Jahre zurückliegt, sind die daran anknüpfenden verfassungstheoretischen Fragen bis heute keineswegs abschließend geklärt. So wurden dem Grundgesetz bis in die neunziger Jahre hinein Defizite hinsichtlich der Modalitäten seiner Entstehung bescheinigt (sog. Geburtsmangel-

¹ Eine eingehende Analyse des Art. 79 Abs. 3 GG und der durch diese Verfassungsbestimmung für unabänderlich erklärten Grundsätze hat in jüngerer Vergangenheit *Hain*, Die Grundsätze des Grundgesetzes, Baden-Baden 1999, vorgenommen. Weitere monographische Abhandlungen zum Thema Verfassungsänderung stammen u.a. von *Haug*, *Ehmke*, *Siegenthaler*, *Bryde*, *Tosch* und *Hufeld* (genauere Angaben im Literaturverzeichnis). Verwiesen sei auch auf die Kommentierungen des Art. 79 GG, die mittlerweile teils schon den Charakter »kleiner Monographien« angenommen haben, so z.B. die Kommentierungen von *Dreier* (in: ders., GG, Band 2), *Hoffmann* und *Evers* (jeweils in: Bonner Kommentar), *Bryde* (in: v. Münch/Kunig, GG, Band 3) sowie von *Hain* (in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2).

theorie)², was schon für sich genommen die Frage aufwirft, ob bei der Verfassungschöpfung ein bestimmtes Verfahren eingehalten werden muß. Hinzu kommt, daß eine Betätigung der (gesamtdeutschen) verfassungsgebenden Gewalt vom Parlamentarischen Rat in Gestalt des Art. 146 GG a.F. zum Regelungsgegenstand des Grundgesetzes gemacht worden ist. Damit war und – nicht zuletzt in Anbetracht des seit 1990 geltenden Art. 146 GG n.F. – ist unter der Geltung des Grundgesetzes auch die Verfassungsgebung wenngleich nicht Gegenstand der politischen Tagesordnung, so doch gängiges und notwendiges Thema der wissenschaftlichen Betrachtung.³

In gleicher Weise gilt dies für die Ebene des *Landesverfassungsrechts*: Wer die Entstehung der Verfassungen in den deutschen Ländern in den Blick nimmt⁴, wird sich schon bald mit der schwierigen Aufgabe einer theoretischen Einordnung der gliedstaatlichen Verfassungschöpfung konfrontiert sehen: Kann angesichts der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG sowie der Verbindlichkeit des Grundgesetzes für die Länder im Zusammenhang mit der Entstehung von Landesverfassungen überhaupt von »Verfassungsgebung« die Rede sein? Und wie verhält es sich, wenn die Verfassungsordnung eines Landes einer grundlegenden Neugestaltung unterzogen wird, indem die vorhandenen Verfassungsorgane eine neue Verfassung verabschieden – so geschehen etwa in Niedersachsen, wo die Verfassung von 1993 im Verfahren der Verfassungsrevision, wie es in der Vorläufigen Niedersächsischen Verfassung von 1951 geregelt war, ins Werk gesetzt worden ist⁵: Liegt hier Verfassungsänderung vor, obwohl eine formell neue Verfassung mit anderer Bezeichnung und neuem Geltungsdatum die bisherige Verfassung abgelöst hat? Eingedenk dieser Unsicherheiten erscheint auch im Kontext des Landesverfassungsrechts eine dogmatische Auseinandersetzung mit dem Phänomen Verfassungsgebung und insbesondere seiner Abgrenzung zur Verfassungsänderung unabdingbar.

Darüber hinaus ist mit den Begriffen Verfassung, Verfassungsgebung und Verfassungsänderung ein auch unter *internationalem Blickwinkel* interessantes und relevantes Thema angesprochen. Als Beispiel für einen zu zahlreichen Fragen Anlaß gebenden Akt nationalstaatlicher Verfassungschöpfung mag Südafrika dienen, dessen gegenwärtige Verfassung auf eine ungewöhnliche Entstehungsgeschichte zurückblicken kann: Die Verfassung ist erst in Kraft getreten, nachdem das Johannesburger Verfassungsgericht ihre Konformität mit 34 unabänderlichen

² So z.B. von *Schneider*, HStR VII, § 158 Rdnr. 37. Zur Geburtsmakeltheorie vgl. auch *Isensee*, HStR VII, § 166 Rdnr. 32ff, sowie *M/K/S/v. Campenhausen*, Art. 146 Rdnr. 11f, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

³ Davon zeugen u.a. die Monographien von *Murswiek*, *Steiner*, *Böckenförde*, *Isensee*, *v. Wedel*, *Stückrath*, *Alvarez* und *Boehl* sowie die diversen Abhandlungen von *Henke* (genauere Angaben im Literaturverzeichnis).

⁴ Dies tun beispielsweise *Boehl* und *Storr* in ihren Dissertationen (genauere Angaben im Literaturverzeichnis).

⁵ Zu diesem Fall unten E. IV. 1. d).

Verfassungsprinzipien («constitutional principles») bestätigt hatte. In Gestalt dieser Verfassungsprinzipien hatte die Übergangsverfassung aus dem Jahre 1994 den Inhalt der endgültigen Verfassung bereits in seinen Grundzügen vorgegeben. Ebenso war in ihr das Verfahren geregelt, in dem die Verfassung von 1997 geschaffen worden ist.⁶ Das in Südafrika praktizierte mehraktige Verfahren der Verfassungsschöpfung wirft unter verfassungstheoretischen Aspekten eine Vielzahl von Fragen auf. Schon die Mitwirkung des Verfassungsgerichts als solche ist erklärungsbedürftig: Bei Verfassungsgerichten handelt es sich gewöhnlich um Institutionen, die nach Art eines Gerichts über die Einhaltung einer bestehenden, bereits geltenden Verfassung wachen. Nicht unüblich ist auch, daß verfassungsändernde Gesetze gerichtlich auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin untersucht werden können. In Südafrika hat das Verfassungsgericht jedoch kein bloß verfassungsänderndes Gesetz überprüft. Vielmehr hat es eine formell *neue*, an die Stelle der bisherigen Konstitution tretende Verfassung an verfassungsrechtlichen Maßstäben gemessen, die Bestandteil gerade der zu ersetzenden Verfassung waren. Zudem war das Verfassungsgericht insofern in den Prozeß der Verfassungsrechtserzeugung eingebunden, als das Inkrafttreten der neuen Verfassung unter der (aufschiebenden) Bedingung ihrer verfassungsgerichtlichen Billigung stand. Üblich ist bei Rechtsnormen hingegen – nicht zuletzt aus Gründen der Gewaltenteilung – eine Kontrolle erst nach Abschluß des Rechtsetzungsprozesses.

Vor dem Hintergrund dieser wohl auffälligsten Besonderheiten der südafrikanischen Verfassungsentstehung stellen sich weitere Fragen: Hat es in Südafrika Fortschritte bei der »Konstitutionalisierung der verfassungsgebenden Gewalt«⁷ gegeben, die so weit reichen, daß nicht nur das Verfahren der Verfassungsschöpfung sowie der Verfassungsinhalt (partiell) vorgegeben sind, sondern sogar ein Verfassungsgericht über die Einhaltung dieser Vorgaben wacht? Ist nunmehr (endlich?) die vollständige Integrierung der verfassungsgebenden Gewalt in den Verfassungsstaat gelungen, so daß Südafrika sogar die Schweiz in den Schatten stellt, der bescheinigt wird, einen bahnbrechenden Beitrag zur Abschaffung der ungebundenen verfassungsgebenden Gewalt geleistet zu haben?⁸ Oder hat im Jahre 1997 in Südafrika gar keine Verfassungsgebung stattgefunden? Ist die dortige Verfassung statt dessen durch einen – freilich besonders weitgehenden – Akt der verfassungsändernden Gewalt hervorgebracht worden? Dies wäre jedenfalls eine plausible Erklärung für die Mitwirkung des Verfassungsgerichtes. Indes – kann durch Verfassungsänderung eine neue, die bisherige Verfassung ablösende Verfassung geschaffen werden? Möglicherweise führt die überkommene und in Deutschland geläufige Differenzierung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung im Falle Südafrikas aber auch in die Irre, weil sie gar nicht univer-

⁶ Zur südafrikanischen Verfassungsentstehung näher unten E. IV. 3. e).

⁷ Eine solche halten z.B. *Häberle*, AöR 112 (1987), 54 (57, 67, 89f u.ö.), sowie *Schneider*, HStR VII, § 158 Rdnr. 29 u.ö., für möglich.

⁸ In diesem Sinne *Häberle*, AöR 112 (1987), 54 (80f).

sell anwendbar ist. Das Beispiel Südafrika könnte belegen, daß sich nicht jeder konkrete Akt der Verfassungschöpfung mit der dualistischen Schablone von Verfassunggebung oder Verfassungsänderung erfassen läßt. Erweist sich die nämliche Differenzierung damit als nur bedingt brauchbar oder gar als überholt?

Teils ähnliche Fragen, teils aber auch solche gänzlich anderer Art tauchen auf, wenn die internationale Betrachtung um den Aspekt *supranationaler* Organisationen erweitert wird. Namentlich die Diskussion über die einstweilen gescheiterte Europäische Verfassung⁹ läßt es angezeigt erscheinen, die Lehre von der Verfassunggebung erneut aufzugreifen sowie Überlegungen zum Wesen einer »Verfassung« anzustellen. Neue, im Rahmen nationalstaatlicher Rechtsordnungen nicht virulente Fragen verlangen nach einer Antwort: Kann ein Staatenverbund bzw. eine supranationale Union¹⁰, die nicht selbst Staat ist, überhaupt eine Verfassung haben, oder ist die Staatsqualität der sich konstituierenden Einheit unabdingbares Kennzeichen einer Verfassung?¹¹ Gibt es daneben weitere Merkmale, die für eine Verfassung zwingend sind? Und wer ist ggf. für die Schaffung einer Europäischen Verfassung zuständig? Muß die Verfassungschöpfung in einem bestimmten Verfahren erfolgen, und ist dabei der Inhalt einer künftigen Verfassung der Europäischen Union in irgendeiner Form ganz oder teilweise vorgegeben? Oder vermag ein möglicher europäischer Verfassungsgeber frei von formellen wie von materiellen Determinanten zu agieren?

Die vorstehend im nationalen wie im internationalen Kontext aufgeworfenen Fragen sollen und können im folgenden nicht sämtlich und in extenso beantwortet werden; dies gilt insbesondere im Hinblick auf die mit der Europäischen Verfassung im Zusammenhang stehenden Fragen. Allein die Anzahl und auch die Zielrichtung jener Fragen deuten jedoch offenkundig darauf hin, daß das verfassungstheoretische Fundament, von dem jede Stellungnahme zu einem der angeschnittenen Themen ausgehen muß, einer genaueren Betrachtung bedarf. Ohne stabilen theoretischen Unterbau werden konsistente und befriedigende Lösungen kaum zu finden sein. Die demnach notwendigen verfassungstheoretisch-abstrakten Überlegungen anzustellen und damit den Boden für eine wissenschaftlich fundierte Behandlung nicht nur der hier aufgegriffenen konkreten Problemstellungen zu bereiten, ist das Ziel der vorliegenden Arbeit.

Hauptanliegen des Verfassers ist es, im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung theoretische Klarheit zu schaffen. Geklärt werden soll insbesondere, ob die nämliche Differenzierung *allgemeingültig* in dem Sinne ist, daß sie in jeder beliebigen Verfassungsordnung Anwendung finden kann, worin die *Unterschiede* zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung bestehen und anhand welcher *Kriterien* sich beide Ar-

⁹ Zu deren Ausarbeitung und dem Verfahren der Verfassungschöpfung vgl. *Oppermann*, DVBl. 2003, 1165ff; *ders.*, DVBl. 2004, 1264ff.

¹⁰ So die Kategorisierung der Europäischen Union durch *Schmitz*, *Integration*, S. 113ff.

¹¹ Zu dieser Fragestellung ausführlich *Herbst*, S. 19ff, 168ff, 209ff.

ten der Verfassungsrechtserzeugung gerade in atypischen Fällen, wie etwa dem der südafrikanischen Verfassungsentstehung, voneinander abgrenzen lassen. Mit Hilfe dieser Untersuchungen werden zugleich die Voraussetzungen dafür geschaffen, daß konkrete Vorgänge der Verfassungsrechtserzeugung bzw. die darauf bezogenen verfassungsrechtlichen Normerzeugungstatbestände richtig eingeordnet und gewürdigt werden können.

Da die Beurteilung einiger Aspekte der Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung davon abhängt, welche Eigenschaften einer »Verfassung« zugeschrieben werden und welchen Stellenwert diese Eigenschaften haben, kann auch auf dahingehende Überlegungen im Rahmen dieser Arbeit nicht verzichtet werden. Sie bilden einen eigenständigen Abschnitt, der den Ausführungen zur Verfassunggebung und Verfassungsänderung vorangestellt ist.

Hauptteil

Hauptgegenstand dieser Arbeit ist die Unterscheidung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung, also die Differenzierung zwischen zwei verschiedenen Kategorien der Erzeugung neuen Verfassungsrechts. Beiden Kategorien eignet ein gemeinsamer Bezugspunkt: die »Verfassung«. Es ist die »Verfassung«, die durch den Prozeß der Verfassunggebung erzeugt wird. Und es ist ebenso die »Verfassung«, die im Verfahren der Verfassungsänderung alteriert werden darf. Verfassunggebung kann mithin nur dann vorliegen, wenn tatsächlich eine »Verfassung« (oder zumindest »Verfassungsrecht«) geschaffen worden ist. Und von Verfassungsänderung kann nur dann die Rede sein, wenn schon zuvor eine »Verfassung« existent war.

Ob dieser Bezogenheit beider Kategorien der Verfassungsrechtserzeugung auf die »Verfassung«, d.h. aufgrund der engen logischen Verknüpfung von Verfassung, Verfassunggebung¹ und Verfassungsänderung², welche »Verfassung« einerseits als Produkt der Verfassunggebung bzw. Gegenstand der Verfassungsänderung erscheinen läßt, sich andererseits aber auch dahin auswirkt, daß die wesensmäßigen Konturen von Verfassunggebung und Verfassungsänderung überhaupt nur vor der Folie ihres gemeinsamen Objektes »Verfassung« offenbar werden³, ist es angezeigt, das Augenmerk zunächst auf die Eigenheiten der »Verfassung« zu richten (A).⁴ Erst danach kann näher auf die beiden verschiedenen Arten der Verfassungsrechtserzeugung, auf Verfassunggebung (B) und Verfassungsänderung (C), eingegangen und der Versuch einer Zuordnung unternommen werden (D, E).

¹ Besonders betont wird die Konnexität von Verfassung und Verfassunggebung bei *Stern I*, S. 146, wo es heißt: »Verfassung und verfassunggebende Gewalt stehen mithin im engsten Zusammenhang; sie sind einander zugeordnet.« Vgl. ferner *v. Wedel*, S. 18.

² Die »notwendige enge(n) Verbindung« von Verfassung und Verfassungsänderung wird etwa von *Ehmke*, S. 11, hervorgehoben.

³ So auch *Tosch*, S. 21, der darauf hinweist, daß »bei verschiedenen Verfassungsbegriffen mit verschiedenen Verfassungsgebern zu rechnen ist«. Pointiert ebenfalls *Isensee*, *Mythos*, S. 67: »Mit dem Begriff der Verfassung ändert sich der Gegenstand der Verfassunggebung.« Vgl. ferner *Steiner*, S. 230, m. w. N.

⁴ Ebenso *v. Wedel*, S. 18, sowie *Alvarez*, S. 29: »Eine Untersuchung der Lehre der verfassunggebenden Gewalt setzt eine Beschäftigung mit dem Begriff der Verfassung voraus. (...) Beide Begriffe sind einander zugeordnet.«

A. Verfassung

Die Analyse und Beschreibung des Charakters von Verfassungsnormen wird zu den »härtesten Nüsse(n) der Rechtswissenschaft« gezählt.¹ Von dem Bemühen einer wissenschaftlichen Durchdringung des Verfassungsbegriffs legen zahllose Abhandlungen Zeugnis ab. In Anbetracht der Zielsetzung dieser Arbeit kann es hier nur darum gehen, die Wesensmerkmale der »Verfassung« insoweit offenzulegen, als sie für die konzeptionelle Unterscheidung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung von Belang sind und ihre Kenntnis für ein korrektes Verständnis beider Arten der Verfassungsrechtserzeugung notwendig ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß sich die Differenzierung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung vor dem Hintergrund einer langen geschichtlichen Entwicklung jenes tatsächlich-rechtlichen Phänomens herausgebildet hat, das bald als »πολιτεία«, bald als »lex fundamentalis«, »Constitution« oder eben als »Verfassung« in die staatswissenschaftliche Ideenwelt Eingang gefunden hat. Im Zuge dieser Entwicklung war auch das Verfassungsverständnis Wandlungen unterworfen, wie z.B. *Böckenförde* hervorhebt:

Der Begriff der Verfassung »hat (...) zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene politische und rechtliche Bedeutung gehabt. Diese Bedeutungen haben sich entwickelt und verändert je nach der politisch-sozialen Gesamtsituation, in der die Verfassung Geltung erlangte und ihre Wirksamkeit entfaltete. Hinzu getreten sind die von der jeweiligen Situation nicht unbeeinflussten, ebenfalls sich verändernden Verfassungstheorien und -ideologien, d.h. die Vorstellungen *über* die Verfassung.«²

Der Begriff der »Verfassung« erscheint angesichts dieser Feststellung als kontextabhängig in zeitlicher und überdies wohl auch räumlicher Hinsicht.³ Je nach temporalem und lokalem Kontext können mit einer »Verfassung« unterschiedliche Eigenschaften assoziiert werden, was dazu führt, daß jeder begrifflich-definitorischen Aussage zum Wesen der »Verfassung« eine gewisse Relativität anhaftet. Zur Fundierung und näheren Entfaltung dieser Auffassung ist im folgenden zuerst die geschichtliche Entwicklung der »Verfassung« und ihrer Vorläufer in Umrissen nachzuzeichnen, wobei das antike Griechenland, England, Nordamerika, Frank-

¹ So *Kastari*, Normativität, S.49.

² *Böckenförde*, Verfassung, S.29; Hervorhebung dort.

³ Vgl. etwa *Hesse*, Grundzüge, Rdnr. 1, der auf die Existenz »zeitlicher und räumlicher Besonderheiten« einzelner Verfassungen aufmerksam macht.

reich und Deutschland exemplarisch herausgegriffen werden sollen (I). Sodann gilt es, näher auf die Kontextabhängigkeit des Phänomens »Verfassung« einzugehen und zu versuchen, der Unmöglichkeit der Bildung einer allgemeingültigen Verfassungsdefinition auch rechtstheoretisch hinreichend Rechnung zu tragen (II). Abschließend werden dann die nach modernem Verständnis für eine »Verfassung« typischen Merkmale zu behandeln sein (III).

I. Wichtige Stationen der geschichtlichen Entwicklung der »Verfassung«

1. Der Begriff der Politeia im antiken Griechenland

Die ideengeschichtlichen Wurzeln der Verfassung reichen zurück bis in die Antike.⁴ Im griechischen Staats- und Verfassungsdenken findet sich in Gestalt der »πολιτεία« (Politeia) ein historischer Urahn der modernen Verfassung. Politeia – ein Terminus, der verwandt ist mit »πολίτης« (Bürger) und mit dem in seiner Bedeutung umstrittenen »πόλις« (Stadt/Staat) – ist dabei ein mehrdeutiger Ausdruck und steht einerseits für die Teilhabe des einzelnen an der Polis im Sinne des Bürgerrechts, meint andererseits aber auch die Gesamtheit und Gemeinschaft der Bürger, sprich die Bürgerschaft als solche. Darüber hinaus bezeichnet Politeia auch die Ordnung, unter der die Bürger im Staat leben, sowie die Form der Herrschaftsausübung. In diesem letztgenannten Kontext läßt sich Politeia mit »Verfassung« übersetzen.⁵

Aus der aufgezeigten Vieldeutigkeit des Begriffs der Politeia resultiert eine gewisse terminologische Verwirrung, was verschiedenartige Bewertungen des antiken griechischen und speziell des aristotelischen Verfassungsbegriffs erklärt. So wird *Aristoteles* zum Zwecke der Charakterisierung seines Verfassungsverständnisses teilweise mit folgender Passage zitiert:

»Eine Verfassung ist eine Ordnung des Staates hinsichtlich der verschiedenen Ämter und vor allem des wichtigsten von allen. Das wichtigste ist überall die Regierung des Staates, und diese Regierung repräsentiert eben die Verfassung.«⁶

⁴ Zu den hier nicht näher behandelten Begriffen der römischen Rechtslehre (»mos maiorum«, »rem publicam constituere« und daraus abgeleitet »constitutio«, »status rei publicae«) vgl. *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (10ff); *Schambeck*, Verfassungsbegriff, S. 211 (213f); *Zweig*, S. 11ff; *Kyriazis-Gouwelis*, JöR 39 (1990), 55 (58).

⁵ Zur Bedeutung der Politeia und den verwandten Begriffen vgl. ausführlich *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (6ff), m. w. N.

⁶ *Aristoteles*, Politik, Drittes Buch, 1278 b 8; zitiert nach *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (8, Fn. 40), der wiederum die Übersetzung von *Olof Gigon* zugrunde legt. Angeführt wird diese Passage außer von *Mohnhaupt*, a. a. O., auch von *Isensee*, HStR I, § 13 Rdnr. 129 mit Fn. 190.

Aus dieser Aussage ergebe sich, daß Politeia die konkrete Daseinsweise eines Staates und die Form seiner Herrschaft bezeichne⁷, also den Staat in seiner konkreten politischen Existenz.⁸ Damit erweise sich der aristotelische Verfassungsbegriff als *realitätsbezogen* und *deskriptiv*, als etwas Seinsmäßiges, als einen Status beschreibend. Er umfasse demgegenüber nicht etwas Rechtssatzmäßiges oder normativ Gesolltes, d.h. »Verfassung« werde nicht als die Verfassung aufgefaßt, die das Gemeinwesen »hat«, sondern als die Verfassung, in der es »ist«.⁹

Andererseits wird aber auch auf deutliche Anhaltspunkte für ein Verständnis der Verfassung als juristisches Organisationsprinzip hingewiesen¹⁰, etwa unter Bezugnahme auf eine andere (vollständigere) Definition des *Aristoteles* zur Politeia:

»Denn Verfassung ist die Ordnung des Staates (...) hinsichtlich der Fragen, wie die Regierung aufgeteilt ist, welche Instanz über die Verfassung entscheidet und was das Ziel jeder einzelnen Gemeinschaft bildet. Die Gesetze sind aber getrennt von den Vorschriften, die die Verfassung charakterisieren, und geben die Richtlinien, nach denen die Regierenden zu regieren und Übertretungen abzuwehren haben.«¹¹

In dieser Textstelle werde scharf zwischen der die Grundlage des Staates bildenden Politeia und den einfachen Gesetzen unterschieden und damit die Verfassung in einen rechtlichen Zusammenhang gestellt.¹² Die Politeia werde überdies auch an anderer Stelle als *normative Grundordnung* gekennzeichnet, als Sollenssatz, mit dem die einfachen Gesetze in Einklang stehen müßten.¹³ Damit werde die

⁷ So *Isensee*, HStR I, §13 Rdnr. 129.

⁸ *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 4. Im Hinblick auf die erwähnte Vieldeutigkeit von Politeia sei angemerkt, daß *Schmitt* diesen Begriff in dem auf *Aristoteles* bezogenen und dessen Auffassung wiedergebenden Abschnitt mit »Staat« übersetzt: Der Staat (Politeia) sei eine Ordnung des natürlich gegebenen Zusammenlebens von Menschen einer Stadt oder eines Gebietes (S. 4). Auf diese Weise kennzeichnet *Schmitt* die aristotelische Politeia als einen seinsmäßig vorhandenen, also vorgefundenen Zustand. Wenn er dann aber äußert: »Der Staat *hat* nicht eine Verfassung, »der gemäß« ein staatlicher Wille sich bildet und funktioniert, sondern der Staat *ist* Verfassung, d.h. ein seinsmäßig vorhandener Zustand (...)«, sich diesbezüglich auf *Aristoteles* beruft und diesen dadurch als Vertreter eines deskriptiven Verfassungsbegriffs identifiziert, beruht dies freilich darauf, daß *Schmitt* »Staat« und »Verfassung« als mögliche Übersetzungen von Politeia kontextunabhängig einander gleichsetzt und dadurch deskriptiv zu verstehende Aussagen des *Aristoteles* zur Politeia in ihrer Bedeutung als »Staat« pauschal auch auf die Politeia als »Verfassung« bezieht, obwohl sich in den Schriften des griechischen Gelehrten durchaus Passagen finden, die auf ein (auch) normatives Verständnis der Politeia hindeuten, wie sogleich auszuführen sein wird.

⁹ Vgl. *Isensee*, Mythos, S. 59f; *ders.*, HStR I, §13 Rdnr. 129f; *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 4f.

¹⁰ Vgl. ausführlich *Zweig*, S. 8. *Zweig* weist vor allem nach, daß *Aristoteles* die Politeia in Anlehnung an die schon bei Platon auftretende Differenzierung zwischen Verfassung und Gesetz (vgl. S. 6f) als »rechtliche Herrschaftsordnung«, als »Ordnung des Staatsvolkes und namentlich eine Zuständigkeitsnorm« für die staatlichen Gewalten auffaßt (S. 7f).

¹¹ *Aristoteles*, Politik, Viertes Buch, 1289 a 15; zitiert hier und im folgenden nach *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (7).

¹² In diesem Sinne *Jellinek*, ASL, S. 506.

¹³ Vgl. *Aristoteles*, Politik, Viertes Buch, 1289 a 13. Siehe auch *Zweig*, S. 9, mit weiteren Hinweisen auf entsprechende Äußerungen des *Aristoteles*, sowie *Kyriazis-Gouvelis*, JöR 39 (1990),

Überordnung der Verfassung über die einfachen Gesetze von *Aristoteles* eindeutig klargestellt und die Rechtsordnung überhaupt auf die Unterscheidung von fundamentalen und nicht fundamentalen Gesetzen aufgebaut.¹⁴

Wie diese unterschiedlichen Interpretationen seiner Ausführungen deutlich machen, ist im Werk des *Aristoteles*¹⁵ bereits eine Ambivalenz des Verfassungsbegriffs vorgezeichnet, die sich noch lange Zeit fortsetzen sollte: Es herrscht ein Dualismus von deskriptivem und normativem Verständnis, nach dem »Verfassung« einerseits – so wie noch heute vor allem im gesundheitlich-medizinischen Bereich üblich¹⁶ – als Zustand und Beschaffenheit, andererseits hingegen als ein System zumeist höherrangiger Rechtsnormen besonderer Qualität aufgefaßt wird.

2. Erste Verwendungen von »Verfassung« im deutschsprachigen Raum

Im deutschsprachigen Raum fanden die Ausdrücke »Verfassung« und »verfassen« seit dem 13. Jahrhundert zunehmend Verbreitung, und zwar zunächst dort, wo Vereinbarungen über die gütliche Beilegung eines Streits rechtlicher Natur mit rechtlichen Mitteln in Rede standen.¹⁷ Später, seit Ende des 15. Jahrhunderts, wurde mit »Verfassung« und »verfassen« das Merkmal der Textabfassung und Textzusammenfassung in Verbindung gebracht und damit das der Sicherheit und Klarheit des geltenden Rechts dienende Element der *Schriftlichkeit* hervorgehoben.¹⁸ Daneben wurde das »Verfassen« auch als eine Tätigkeit des neuen Ordens und Gestaltens, sprich: des Systematisierens des überkommenen Rechtsstoffs aufgefaßt.¹⁹ »Verfassung« erscheint in diesem Zusammenhang einmal als schriftliche Abfassung und gleichzeitig als Ergebnis dieser Tätigkeit, als Inbegriff des schriftlich zusammengefaßten Regelungsgehaltes.²⁰

Die Bezeichnung »Verfassung« war dabei zunächst primär für schriftliche Niederlegungen kleinerer Organisationseinheiten gebräuchlich, etwa bei der Bildung von »Bünden« und »Reichskreisen« durch Stände, Städte und kleine Herrschaf-

55 (58). Zur *Politeia* als höherer Ordnung des Staates und den von ihr zu unterscheidenden »nomoi« ferner *Schambeck*, Verfassungsbegriff, S. 211 (212f).

¹⁴ *Kyriazis-Gouvelis*, JÖR 39 (1990), 55 (58).

¹⁵ Weitere Äußerungen des *Aristoteles* zur *Politeia* sind zitiert bei *Winkler*, S. 1ff.

¹⁶ Vgl. *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (1f); *Walz*, S. 35.

¹⁷ Vgl. *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (22), im Hinblick auf eine Urkunde vom 21. Dezember 1346, in der sich die Herren von Falkenstein, Hanau und Eppstein mit den Reichsstädten Frankfurt, Friedberg und Gelnhausen über die Kompetenzen eines von ihnen eingesetzten Schiedsgerichtes einigten.

¹⁸ So betont die Wormser Stadtrechtsreformation von 1498 die Notwendigkeit, »... gesetze und ordnung zu machen, auch die unser voraltern ... in schriften zuvervassen«; zitiert nach *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (23); vgl. auch S. 49ff daselbst.

¹⁹ Vgl. die bei *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (24f), erwähnten Beispiele.

²⁰ *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (51, 61).

ten.²¹ Seit Beginn des 17. Jahrhunderts hielt der Ausdruck »Verfassung« auch auf höherer staatlicher Ebene Einzug und kennzeichnete seither einzelne, bestimmte Herrschaftsbeziehungen in den Blick nehmende Verträge, Vereinbarungen oder Gesetze der Fürstenhäuser bzw. Dynastien.²² Die als »Verfassung« bezeichneten Regelungen betrafen indes lediglich *Teilbereiche der Ausübung staatlicher Gewalt*.²³ Denn staatliche Herrschaft wurde seinerzeit als kraft natürlichen bzw. göttlichen Rechts vorgegeben erachtet und bedurfte daher keiner positiven rechtlichen Begründung bzw. ganzheitlichen Ausgestaltung.²⁴ Parallel zu dem zuvor beschriebenen rechtlichen Gehalt von »Verfassung« fand dieser Terminus allerdings auch im 17. Jahrhundert weiterhin in der überkommenen Bedeutung »Beschaffenheit« oder »Zustand« Anwendung.²⁵

3. Die Herausbildung ranghöheren Rechts in Frankreich und England

Eine deutliche Tendenz in Richtung eines ausschließlich normativen Verständnisses von »Verfassung«²⁶ setzte im Mittelalter und in der frühen Neuzeit vor dem Hintergrund naturrechtlicher Vorstellungen ein. Das Naturrecht als *norma superior* wurde als Grundlage allen menschlichen (Rechts-)Handelns und mithin als für die Menschen verbindlich und unverfügbar angesehen.²⁷ Damit erschienen zum einen bestimmte, kraft natürlichen Rechts vorgegebene Inhalte als der menschlichen Disposition entzogen, während zum anderen die Vorstellung von einer Hierarchie der Gesetze, von der Höherrangigkeit bestimmter Normen hier ihren Ausgang nahm.²⁸

²¹ Ausführlich *Mohnhaupt*, *Verfassung*, S. 1 (53ff).

²² In der Hauptsache beinhalteten sie Regeln über die Erbfolgeordnung; vgl. dazu *Mohnhaupt*, *Verfassung*, S. 1 (59ff); *Hofmann*, S. 270.

²³ Eine einheitliche, umfassende, alle hoheitlichen Entscheidungsbefugnisse in sich vereinigende und mit dem Anspruch der Souveränität auftretende Staatsgewalt war zu dieser Zeit noch nicht bekannt, und infolgedessen ebensowenig eine Charakterisierung der »Verfassung« als Gesamtregelung über die Organisation und Ausübung politischer Entscheidungs- und Herrschaftsgewalt; vgl. dazu *Böckenförde*, *Verfassung*, S. 29 (29ff); *Grimm*, *Zukunft*, S. 34. Deutlich auch *Jellinek*, *ASTL*, S. 521: »Die Vorstellung, daß von einem Zentrum aus der einheitliche Staat seine grundlegende Gestaltung und seine grundsätzliche Abgrenzung gegen das Individuum empfangen sollte, ist in ihnen nicht vorhanden.«

²⁴ Siehe nur *Böckenförde*, *Verfassung*, S. 29 (32); *Hartung*, S. 62f; *Grimm*, *Zukunft*, S. 14, 34, 37f.

²⁵ *Mohnhaupt*, *Verfassung*, S. 1 (66ff, 71ff).

²⁶ In den Worten *Grimms*, *Zukunft*, S. 35f, ist diese Tendenz gekennzeichnet durch einen Übergang vom Seins-Begriff der Verfassung zu einem normativen Verständnis: »Verfassung« nicht mehr als rechtlich geprägter Zustand, sondern als den Zustand prägende Norm.

²⁷ Vgl. *Starck*, *Vorrang*, S. 33 (34f).

²⁸ Vgl. *Starck*, *Vorrang*, S. 33 (35).

a) Frankreich: lois fondamentales

Einen ersten Schritt unternahm diesbezüglich *Jean de Terre-Rouge* um 1418 in einer Schrift über die Thronfolge in Frankreich. Er betonte erstmals »das Element der Unveränderlichkeit der festgelegten Thronfolgebestimmungen für das Königreich. Diese den »öffentlichen Zustand« ordnende Rechtsregel ist der Dispositionsbefugnis des Königs entzogen und steht somit über ihm.«²⁹ In der Folgezeit wurde dementsprechend im Hinblick auf die Veränderbarkeit von Gesetzen zunehmend zwischen zwei Rechtssphären unterschieden, nämlich zwischen Gesetzen betreffend die monarchische Regierungsform einerseits und solchen, die sich auf die Privatrechtsordnung beziehen, andererseits. Nur in letztere sei der Monarch einzugreifen befugt, während ihm Änderungen der ersteren verwehrt seien: »Quantum vero ad imperii leges attinet, cum sint cum ipsa maiestate coniunctae, Principes nec eas abrogare, nec iis derogare possunt: cuiusmodi est lex Salica, regni huius firmissimum fundamentum.«³⁰ In Frankreich bürgerte sich für derartige, auch gegenüber dem König unverbrüchliche Gesetze seit dem ausgehenden 16. Jahrhundert die Bezeichnung »lois fondamentales« ein.³¹

b) England: fundamental laws und constitution

Eine vergleichbare Art von Gesetzen besonderen Ranges fand derweil in England unter dem Begriff »fundamental laws« Eingang in die staatsrechtliche Wissenschaft.³² Den fundamental laws wurde eine den Herrscher an rechtliche Grundsätze oder Regeln bindende Wirkung zugesprochen, ja die Herrschaft wurde als auf diesen Fundamentalnormen beruhend angesehen.³³ Neben den fundamental laws trat seit dem Beginn des 17. Jahrhunderts immer öfter der Begriff »constitution« in Erscheinung, zunächst als Synonym sowohl für die Fundamentalgesetze als auch für den zustandsbeschreibenden Terminus »form of government«, später – im Singular – als Oberbegriff für die aus der Summe der fundamental laws bestehende Gesamtordnung.³⁴ In Verbindung mit der Vertragstheorie³⁵ entstand dar-

²⁹ So *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (16f), bezogen auf die Ausführungen von *Terre-Rouge*. Das bei *Mohnhaupt*, a.a.O., zu findende Originalzitat lautet: »Regi non licet immutare ea quae ad statum publicum regni sunt ordinata.« Vgl. auch *Zweig*, S. 26.

³⁰ *Bodin*, Republica (1622), S. 139 (I 8); zitiert nach *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (38).

³¹ Verwendet wurde diese Bezeichnung erstmals 1576 von *Gentillet*; *Bodin* selbst gebraucht den Begriff »leges imperii«; vgl. dazu *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (38); *Hofmann*, S. 275.

³² Zu England ausführlich *Stourzh*, Verfassungsbegriff, S. 1 (3ff, 19ff). Siehe ferner *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (44ff); *Grimm*, Verfassung, S. 100 (102f); *Zweig*, S. 29ff; *Starck*, Vorrang, S. 33 (35ff); *Jellinek*, AStL, S. 508ff, letzterer auch zu Frankreich.

³³ Vgl. *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (44). Den fundamental laws wurde also bereits eine die staatliche Herrschaft begründende und nicht nur beschränkende Kraft beigemessen; auch vom Bestehen einer einheitlichen Staatsgewalt wurde ausgegangen.

³⁴ *Stourzh*, Verfassungsbegriff, S. 1 (18ff); *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (44ff); *Grimm*, Verfassung, S. 100 (102f); *Boehl*, Verfassungsgebung, S. 28. In diesem begrifflichen Sinne ist der 1688 im Parlament erhobene Vorwurf zu verstehen, »that king James the second, having endeavoured to

aus die Idee einer *vertraglich begründeten*, das Verhältnis zwischen Herrscher und Untertanen regelnden *höheren Ordnung*, welche die Rechtsbasis für die Akte speziell der gesetzgebenden Gewalt bilde und deshalb deren *Zugriff entzogen* sei.³⁶ Auf der Basis dieser Vorstellungen entstanden im Jahre 1647 das »Agreement of the People«³⁷ sowie das »Instrument of Government« von 1653.³⁸ Das auf *Cromwell* zurückgehende »Instrument of Government« sollte allerdings, nicht zuletzt wegen des schon bald einsetzenden Siegeszuges der Parlamentssoveränität³⁹, die erste und bis heute einzige geschriebene Verfassung Englands bleiben.⁴⁰

subvert the constitution of the kingdom, by breaking the original contract between the king and people, ... having violated the fundamental laws ...«; zitiert nach *Mohnhaupt*, a.a.O., S. 47.

³⁵ Zur Vertragstheorie ausführlich *Jellinek*, AStL, S. 201ff; *Krüger*, S. 154f; *Zippelius*, AStL, § 15 II (S. 119f) sowie § 17 I 1 und III 1 (S. 128ff, 136ff). Die Wurzeln dieser Lehre reichen ebenfalls zurück bis in die Antike. Sie dient einerseits der Begründung der staatlichen Existenz überhaupt, andererseits – weniger weitgehend – der Begründung der Herrschaft im (bereits bestehenden) Staate. Im letzteren, herrschaftsbegründenden Sinne wurde die Vertragstheorie im England des 17. Jahrhunderts herangezogen. Die Vertragstheorie wurde später u.a. von *Hobbes*, *Locke*, *Rousseau* und *Pufendorf* weiterentwickelt. *Pufendorfs* Modell zur Rechtfertigung des Staates und staatlicher Herrschaft basiert etwa auf einem Dreischritt: In einem ersten Schritt schließen sich die Individuen durch einen Gesellschafts- bzw. Staatsvertrag zu einer Nation, zu einem Volk zusammen (*pactum unionis*), begründen dann eine Herrschaftsordnung und setzen die Staatsform fest (*decretum* oder *constitutum*) und unterwerfen sich endlich in einem dritten Schritt dieser staatlichen Herrschaft (*pactum subiectionis*). Vgl. dazu *Isensee*, *Mythos*, S. 87f; *Grimm*, *Verfassung*, S. 100 (101); *Jellinek*, AStL, S. 211; vgl. auch *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 62; *Badura*, HStR I, § 23, Rdnr. 48ff; *Herbst*, S. 43ff, 61ff; *Schmidt-Aßmann*, *Verfassungsbegriff*, S. 36f, 40 (bezogen auf *Pütter*); zur Vertragsidee auch *Schambeck*, *Verfassungsbegriff*, S. 211 (214f); *Frottscher/Pieroth*, Rdnr. 121f.

³⁶ Siehe *Zweig*, S. 30f, 39ff, 45ff; *Jellinek*, AStL, S. 510f; *Mohnhaupt*, *Verfassung*, S. 1 (45f); *Badura*, HStR VII, § 163 Rdnr. 2; *Boehl*, *Verfassungsgebung*, S. 29ff.

³⁷ Vgl. dazu *Jellinek*, AStL, S. 510f; *Zweig*, S. 38ff; *Starck*, *Vorrang*, S. 33 (36f); *Badura*, HStR VII, § 163 Rdnr. 2. Das Agreement of the People sollte auf vertraglicher Basis durch Beitritt der Bürger zustande kommen, als oberstes, auf der Macht des Volkes beruhendes Gesetz Vorrang vor den Acts of Parliament genießen und der Nation gewisse, auch für die Volksvertretung unverfügbare Rechte reservieren, also generell jenseits der Jurisdiktion des Parlamentes angesiedelt sein. Es sollte dem Zugriff der Gesetzgebung auch insofern vollständig entrückt sein, als Möglichkeiten zu seiner Änderung nicht vorgesehen waren. Nach Ansicht von *Zweig*, S. 41 mit Fn. 7, wären Änderungen deshalb nur bei Zustimmung aller vertragschließenden Teile, sprich: des gesamten Volkes, möglich gewesen.

³⁸ Dazu *Jellinek*, AStL, S. 512; *Zweig*, S. 43ff; *Badura*, Artikel »Verfassung«, EvStL II, Sp. 3739; *Grimm*, *Verfassung*, S. 100 (103); *Schambeck*, *Verfassungsbegriff*, S. 211 (215); *Boehl*, *Verfassungsgebung*, S. 31f. Zur Änderbarkeit des Instrument of Government siehe *Zweig*, S. 46f.

³⁹ Zu historischer Entwicklung und Inhalt des Grundsatzes der Parlamentssoveränität vgl. *Hood Phillips/Jackson*, S. 41ff, 49ff; *Wade*, S. 28ff; *Wade/Phillips*, S. 55ff; *de Smith*, S. 73ff; *Yardley*, S. 31ff.

⁴⁰ Vgl. *Jellinek*, AStL, S. 512; *Hofmann*, S. 271; *Preuß*, *Verfassung*, S. 7 (12); *Badura*, Artikel »Verfassung«, EvStL II, Sp. 3739. Der Grund dafür besteht darin, daß die Idee einer höherrangigen geschriebenen Verfassung mit der Annahme rechtlicher Souveränität des Parlamentes unvereinbar ist. Auch der im England des 17. Jahrhunderts seit dem Urteil des Richters Sir *Edward Coke* aus dem Jahr 1610 durchaus geläufige Gedanke einer richterlichen Normenkontrolle am Maß-

4. Die Anerkennung von *leges fundamentales* in Deutschland

In Anlehnung an Frankreich und England kam um die Wende zum 17. Jahrhundert in Deutschland der Begriff »*lex fundamentalis*« bzw. »Grundgesetz« als Bezeichnung für rechtliche Regelungen auf, die das Verhältnis zwischen Herrscher und Ständen zum Gegenstand hatten und einerseits auf die Begrenzung der Herrschermacht, andererseits auf die Sicherung der Ständerechte abzielten.⁴¹ Bestimmungen dieser Art wurde ein *höherer Rang* hinsichtlich Dauerhaftigkeit und Unverbrüchlichkeit zugebilligt; namentlich auch der Herrscher wurde als ihnen untergeordnet betrachtet.⁴² Diese besondere, mit dem bisher anerkannten Grundsatz »*princeps legibus solutus*«⁴³ unvereinbare Bindungswirkung fand ihren Grund in dem tatsächlichen oder fiktiven *Vertragscharakter* der *leges fundamentales*⁴⁴, mithin in dem auch für den Monarchen verbindlichen Rechtssatz »*pacta sunt servanda*«.⁴⁵

Die der einseitigen Disposition des jeweiligen Herrschers entzogenen⁴⁶, meist schriftlich fixierten⁴⁷ *leges fundamentales* bzw. Grundgesetze wurden hinsichtlich ihres Regelungsgegenstandes insofern immer umfassender, als sie schon nach einiger Zeit nicht mehr nur die Gewährung einzelner Ständprivilegien zum Inhalt hatten, sondern das *gesamte* Rechtsverhältnis zwischen Herrscher und Landständen betrafen.⁴⁸ Auch auf der Ebene des Reiches setzte sich die Kategorie der *leges fundamentales* durch. Fortan wurde bestimmten sog. Reichsgrundgesetzen ein im Vergleich zum einfachen Gesetzesrecht höherer Rang zugesprochen⁴⁹, etwa den Wahlkapitulationen⁵⁰ Kaiser Karls V. von 1519, dem Augsburger Religionsfrieden (1555) und dem Westfälischen Frieden (1648).⁵¹

stab höherrangigen Rechts wurde mit dem Siegeszug der Parlamentssoveränität obsolet; vgl. dazu *Starck*, Vorrang, S. 33 (35f); *Stourzb*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 37 (49f).

⁴¹ *Starck*, Vorrang, S. 33 (37f); *Scheuner*, Verfassung, S. 171; *Grimm*, Zukunft, S. 33; *Hartung*, S. 91.

⁴² *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (62ff); *Starck*, Vorrang, S. 33 (37f).

⁴³ In diesem Sinne die Souveränitätslehre *Bodins*; vgl. dazu *Grimm*, Zukunft, S. 33.

⁴⁴ Vgl. dazu *Jellinek*, AStL, S. 507f, 511f; *Zweig*, S. 25f; *Starck*, Vorrang, S. 33 (38); *Grimm*, Zukunft, S. 34; *Schmidt-Aßmann*, Verfassungsbegriff, S. 38f (bezogen auf *Pütter*), und S. 42f (bezogen auf *Häberlin*); *Hofmann*, S. 271f, 277.

⁴⁵ *Starck*, Vorrang, S. 33 (38); *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (64); *Grimm*, Verfassung, S. 100 (101); *Jellinek*, AStL, S. 512. *Hofmann*, S. 277, ruft in Erinnerung, daß die Gültigkeit dieser Regel und damit die Verbindlichkeit der rechtsetzenden Vertragsschlüsse letztlich nur mit göttlichen und natürlichen Geboten begründet werden konnte.

⁴⁶ *Hofmann*, S. 277; *Starck*, Vorrang, S. 33 (43); *Grimm*, Zukunft, S. 33; *Zweig*, S. 26.

⁴⁷ Begründen läßt sich die Tendenz zur schriftlichen Fixierung derartiger Übereinkünfte mit ihrem Vertragscharakter; vgl. *Jellinek*, AStL, S. 511.

⁴⁸ Mitunter waren die das Verhältnis zwischen Herrscher und Ständen betreffenden Regeln zusammen mit Bestimmungen über die Territorialregierung in einem einzigen Schriftstück niedergelegt; vgl. *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (75ff).

⁴⁹ *Mohnhaupt*, Verfassung, S. 1 (78f); *Böckenförde*, Verfassung, S. 29 (31f).

⁵⁰ Wahlkapitulationen legten für jeden Kaiser und die Reichsstände die jeweils ausgehandelten Rechte und Pflichten neu fest; vgl. *Forsthoff*, S. 17f; *Hartung*, S. 35.

⁵¹ Zu weiteren Reichsgrundgesetzen vgl. *Hofmann*, S. 276; *Hartung*, S. 27.

Die der Regulierung und Begrenzung der nach wie vor vorausgesetzten Herrschaftsgewalt⁵² dienenden einzelnen Grundgesetze wurden schon bald nicht mehr nur isoliert, sondern als in einem Regelungszusammenhang stehende Gesamtheit betrachtet. Der Begriff »Verfassung« avancierte in der Folgezeit zum Oberbegriff für dieses als komplexe Einheit begriffene Gefüge einzelner positiver Grundgesetze⁵³ und gewann damit eine neue Bedeutung.

5. Die amerikanische Verfassungsentstehung

Hatte sich mit dem in England und Deutschland seit dem 17. Jahrhundert etablierten Gebrauch von »Verfassung« als Oberbegriff für die Vielzahl der nebeneinander geltenden positiven Grundgesetze bereits die Entwicklung eines neuen Verfassungsverständnisses angekündigt⁵⁴, das »Verfassung« als einheitliche Gesamtregelung der Organisation, Ausübung und Begrenzung staatlicher Herrschaftsgewalt begreift⁵⁵, so wurde der in dieser Hinsicht entscheidende Schritt erstmals in den nach Unabhängigkeit strebenden englischen Kolonien in Nordamerika getan: die Verwirklichung der Idee eines einheitlichen geschriebenen Fundamentalgesetzes, der Verfassungsurkunde.⁵⁶

a) Die Verabschiedung von Menschenrechtserklärungen und Organisationsregeln und ihre Kodifizierung in einer einheitlichen Urkunde

Im Zuge ihrer Loslösung vom englischen Mutterland wurden in den Kolonien Menschenrechtserklärungen verabschiedet und ebenso wie die grundlegenden Regeln über die Organisation der neu entstehenden Staaten in Gestalt von Gesetzen schriftlich niedergelegt.⁵⁷ Die erste und für die anderen auf ihre Unabhängigkeit bedachten Kolonien vorbildhafte Erklärung der Rechte war die »Virginia Bill of Rights« vom 12. Juni 1776. Neben sie trat in einer gesonderten Urkunde die

⁵² Vgl. Böckenförde, *Verfassung*, S. 29 (32); *Hartung*, S. 62f; *Grimm*, *Zukunft*, S. 34, 38: Der Fürst wurde seinerzeit als originär legitimerter, vom gesellschaftlichen Konsens unabhängiger Herrscher begriffen. Herrschaft wurde als ein von Gott übertragenes Amt angesehen.

⁵³ *Mohnhaupt*, *Verfassung*, S. 1 (79f); *Schmidt-Aßmann*, *Verfassungsbegriff*, S. 41 (bezogen auf *Häberlin*).

⁵⁴ *Grimm*, *Zukunft*, S. 39, macht zu Recht auf die noch immer großen Unterschiede zwischen den damaligen Selbstbeschränkungen staatlicher Herrschaft und dem heutigen Verfassungsverständnis aufmerksam: »Weder hatten sie herrschaftsbegründenden Charakter noch bezogen sie sich überhaupt auf das sogenannte innere Staatsrecht, d.h. die Hoheitsrechte und das Verhältnis von Staat und Nation, sondern nur auf das Verhältnis von Staatsgewalt und Individualrechten, und auch insoweit banden sie den Herrscher nicht aus der Position höherrangigen Rechts.«

⁵⁵ Vgl. Böckenförde, *Verfassung*, S. 29 (32f).

⁵⁶ *Wahl*, *HStR I*, § 1 Rdnr. 2, hebt hervor, daß gerade die geschlossene systematische Zusammenfassung der politischen Grundnormen in einer einheitlichen Verfassungsurkunde bis dato kein Vorbild kannte. Zur Bedeutung der amerikanischen Unabhängigkeitsbewegung für das moderne Verfassungsverständnis umfassend *Boehl*, *Verfassungsgebung*, S. 28ff; ferner *Unruh*, S. 60ff.

⁵⁷ *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 14; *Jellinek*, *AStL*, S. 518f.

»Constitution of Virginia« vom 29. Juni 1776, welche Regelungen über die obersten Organe des Staates und die Ausübung der Staatsfunktionen enthielt.⁵⁸ Schon die zeitlich nächste Rechteerklärung wurde mit dem »frame of government« genannten Organisationsteil in einer einheitlichen Urkunde zusammengefaßt.⁵⁹

Eine Betrachtung dieser Gegebenheiten läßt bereits einige Wesensmerkmale der amerikanischen Verfassungen⁶⁰ erkennen: Es handelt sich um *schriftlich* niedergelegte, in *Gesetzesform*⁶¹ gegossene und in einem *einheitlichen* Dokument⁶², der Verfassungsurkunde, zusammengefaßte Rechtsnormen, die nicht nur Teilbereichen des öffentlichen Lebens gelten⁶³, sondern eine den gesamten Staat umfassende Ordnung bilden und damit eine *Gesamtordnung* und *Gesamtentscheidung* im Hinblick auf das staatliche Leben verkörpern.⁶⁴

b) Die Höherrangigkeit des Verfassungsrechts

Ähnlich wie den in Europa bekannten Fundamentalgesetzen⁶⁵ eignet einer Verfassung nach amerikanischer Anschauung ein rechtshierarchisch höherer Rang. Allerdings liegt der Annahme einer Höherrangigkeit des Verfassungsrechts eine andere rechtliche Konstruktion zugrunde. Überdies differieren die rechtlichen Folgerungen, die aus der exponierten Stellung der Verfassung im Gefüge der Rechtsnormen gezogen werden.

aa) Die Begründung der Höherrangigkeit des Verfassungsrechts

Der besondere Rang der Verfassung resultiert anders als nach der bisherigen europäischen Lehre⁶⁶ nicht aus der Annahme eines zwischen Herrscher und Volk ge-

⁵⁸ Vgl. Menger, Rdnr. 187; Frotscher/Pieroth, Rdnr. 25ff; Stern I, S. 64; Jellinek, AStL, S. 518.

⁵⁹ Es handelt sich dabei um die Verfassung von Pennsylvania vom 28. September 1776; dazu Frotscher/Pieroth, Rdnr. 28; Grimm, Verfassung, S. 100 (105); vgl. auch Schambeck, Verfassungsbegriff, S. 211 (215f); Jellinek, AStL, S. 518.

⁶⁰ Auch die amerikanische Bundesverfassung vom 17. September 1787 mit der Grundrechts-ergänzung von 1791 (vgl. Stern I, S. 64) weist entsprechende Eigenschaften auf.

⁶¹ Schmitt, Verfassungslehre, S. 14; Jellinek, AStL, S. 518f; Preuß, Verfassung, S. 7 (15).

⁶² In Europa existierte hingegen bislang eine Vielzahl von gesondert niedergelegten leges fundamentales bzw. lois fondamentales, die formell keine rechtstechnische Einheit bildeten; s. o. A. I. 3. b) und 4.

⁶³ In Europa enthielten die Grundgesetze demgegenüber lange Zeit nur partielle Regelungen; s. o. A. I. 2. und 4.

⁶⁴ Schambeck, Verfassungsbegriff, S. 211 (216); Starck, Vorrang, S. 33 (41); Grimm, Zukunft, S. 38. Voraussetzung für diesen Gesamtordnungscharakter war freilich die Zusammenfassung der bis dato in Europa noch nicht als Einheit betrachteten, sondern verstreuten Hoheitsrechte und ihre Verdichtung zu einer umfassenden und einheitlichen Staatsgewalt.

⁶⁵ S. o. A. I. 3. a) und b) sowie 4.

⁶⁶ Hinzuweisen ist allerdings auf die englische Verfassungsgeschichte, in der es in Gestalt des »Agreement of the People« und des »Instrument of Government« ebenfalls schon zu Versuchen einer Verfassung des Gemeinwesens auf der Grundlage der Volkssouveränität gekommen war; vgl. dazu oben A. I. 3. b) sowie Boehl, Verfassungsgebung, S. 31f.

schlossenen Vertrages, sondern liegt in den speziellen amerikanischen Vorstellungen vom Ursprung des Verfassungsrechts begründet: Während ihrer Zugehörigkeit zu England existierten in den Kolonien sog. Charten, Freibriefe, Privilegien etc., in welchen die Grundzüge der Regierung und Verwaltungsorganisation der in Nordamerika gegründeten Siedlergemeinschaften niedergelegt waren.⁶⁷ Zum einen beruhten diese Charten⁶⁸ auf einer Gewährung durch die englische Krone und galten deshalb als für die Kolonisten verbindliches Recht im Rahmen der englischen Rechtsordnung.⁶⁹ Zum anderen kam in ihnen der Gedanke eines Grundvertrages der Staatsglieder zum Ausdruck, d. h. eines vertragsförmigen Zusammenschlusses der Individuen zu einem Gemeinwesen, wobei dieser Vertrag auch die Festsetzung der in dem entsprechenden Gemeinwesen geltenden Rechtsordnung zum Inhalt hatte.⁷⁰

Mit dem Nachlassen der Bindungen zu England gewann unter den Siedlern das Bewußtsein vom Vertragscharakter der Charten langsam die Oberhand und obsiegte endgültig zu dem Zeitpunkt, als die 13 Kolonien die Unabhängigkeit von England betrieben und schließlich auch erklärten (4. Juli 1776).⁷¹ Im Moment des revolutionären Bruchs mit England kam es zu einem Wegfall der bis dahin bestehenden Herrschaftsgewalt. In dieser Vakuum-Situation war *keine vorgegebene Herrschaftsgewalt* mehr zu erkennen.⁷² Staatliche Herrschaft mußte vielmehr

⁶⁷ Jellinek, AStL, S. 515; Schambeck, Verfassungsbegriff, S. 211 (215); Menger, Rdnr. 180ff; Boehl, Verfassunggebung, S. 32ff; Herbst, S. 39ff; Bryde, S. 46.

⁶⁸ Zu den verschiedenen Kolonietypen und sich daraus ergebenden Differenzierungen siehe Frotscher/Pieroth, Rdnr. 19f.

⁶⁹ Zweig, S. 54f; Starck, Vorrang, S. 33 (40); Grimm, Zukunft, S. 54; Boehl, Verfassunggebung, S. 32f.

⁷⁰ Zu diesem Aspekt Jellinek, AStL, S. 516; Schambeck, Verfassungsbegriff, S. 211 (215); Zweig, S. 53; Preuß, Verfassung, S. 7 (15f); Boehl, Verfassunggebung, S. 34. Menger, Rdnr. 181, verweist diesbezüglich beispielhaft auf die im November 1620 mit der »Mayflower« nach Amerika gelangten englischen Protestanten, die »einen der ganz seltenen ›echten‹ Gesellschaftsverträge« (Hervorhebung dort) geschlossen hätten: »Unter Anrufung Gottes vereinbarten sie darin den Zusammenschluß zu einem ›civil body political‹, ›for our better ordering and preservation and furtherance‹ (um unser Zusammenleben besser zu ordnen, uns zu schützen und unsere Ziele zu fördern), beschlossen sie, für dieses Gemeinwesen von Zeit zu Zeit gerechte und gleiche Gesetze, Verordnungen, Verfügungen und Satzungen zu erlassen und Ämter einzusetzen, so wie es für das gemeine Wohl der Kolonie am dienlichsten erscheine und versprachen, den von ihnen geschaffenen Rechtssätzen und Behörden allen schuldigen Gehorsam zu leisten.«

⁷¹ Vgl. Boehl, Verfassunggebung, S. 33f.

⁷² Dies deshalb, weil sich die Ausgangslage in Amerika von derjenigen in Europa unterschied, wo die Herrschaft des Monarchen bisher als *kraft göttlichen oder natürlichen Rechts vorgegeben* betrachtet worden war und ihm in Gestalt der *leges* fundamentales lediglich gewisse Beschränkungen seiner a priori vorhandenen Machtposition vertraglich hatten abgerungen werden können. Zur Zeit der amerikanischen Verfassungschöpfungen war der Glaube an die Unverfügbarkeit der staatlichen Herrschaftsordnung hingegen bereits verblaßt. Die Bedeutung dieses Umstandes für die Entwicklung der modernen Verfassung hebt Grimm, Zukunft, S. 37, hervor: »Die moderne Verfassung zeichnet sich durch den Anspruch aus, politische Herrschaft nach Zustandekommen und Ausübungsweisen in einem allen anderen Rechtsnormen übergeordneten Gesetz umfassend und einheitlich zu regeln. Wenn das darin zum Ausdruck kommende Bedürfnis

gleichsam aus dem Nichts neu geschaffen werden.⁷³ Unter Anlehnung an die bestehenden Charten und damit an die Vertragsidee wurden deshalb Verfassungen ausgearbeitet, deren Aufgabe es war, staatliche Herrschaft – verstanden als im Auftrag des Volkes auszuübende Angelegenheit⁷⁴ – rechtlich *neu zu begründen*. Diese Verfassungen wurden in Anwendung der Vertragstheorie jeweils als Grundvertrag aller mit allen interpretiert⁷⁵, der den verfassungsinhärenten Herrschaftsauftrag begründe und die Konditionen seiner Wahrnehmung festsetze.⁷⁶ Erschienen somit das souveräne Volk als Quelle der Verfassung⁷⁷ und jegliche Staatsgewalt als durch die Verfassung konstituiert, so mußte sich daraus zwangsläufig⁷⁸ auch eine *Höherrangigkeit* der Verfassung⁷⁹ in dem Sinne ergeben, daß sie

nach gebändigter politischer Herrschaft auch keineswegs neu ist, so konnte es doch erst unter bestimmten neuzeitlichen Voraussetzungen in Gestalt der Verfassung befriedigt werden. Als planmäßige Festsetzung der Legitimationsbedingungen von Herrschaft hing die Verfassung zum einen davon ab, daß die politische Ordnung ein *möglicher Gegenstand menschlicher Entscheidung* geworden war. Dieser Fall trat in der jüngeren Geschichte erst mit der Erschütterung des Glaubens an die göttliche Einsetzung und Ausformung weltlicher Herrschaft ein, wie die Glaubensspaltung sie bewirkte«; Hervorh. v. Verf.

⁷³ *Wahl*, HStR I, § 1 Rdnr. 2, identifiziert die völlige Neubegründung einer politischen Ordnung als vorrangige Aufgabe der amerikanischen Verfassungen. Auch *Grimm*, *Zukunft*, S. 12, 44f, 54, weist darauf hin, daß in Amerika eine Herrschaft kraft (menschlichen) Auftrages an die Stelle der Herrschaft aus originärem oder göttlichem Recht treten mußte. Eine solche Herrschaft kraft Auftrages setze einen Konstitutionsakt voraus; denn beauftragte Staatsgewalt verlange stets einen legitimierenden Rechtssatz, durch den der Auftrag erteilt werde und der daher im Range notwendig über der beauftragten Gewalt und den von ihr ausgehenden Rechtssätzen stehe. Allerdings sei allein auf dieser Basis die Entwicklung zur modernen Verfassung noch nicht präjudiziert gewesen, da der Herrschaftsauftrag auch unbedingt und unwiderruflich erteilt werden könne, wodurch eine absolute Herrschaft wenn auch nicht originären, so doch derivativen Charakters begründet würde. Vgl. in dem hiesigen Zusammenhang auch *Boehl*, *Verfassungsgebung*, S. 33f, 39f; *Stourzh*, *Individualrechte*, S. 155 (156f).

⁷⁴ Zur amerikanischen Verfassungsgebung unter den Bedingungen der Volkssouveränität vgl. *Boehl*, *Verfassungsgebung*, S. 39ff; *Unruh*, S. 73ff.

⁷⁵ Ebenso *Unruh*, S. 87f, der die allgemeine Bindungswirkung der Verfassung darauf zurückführt, daß »das Volk insgesamt als mit sich selbst einen Vertrag schließende Partei begriffen wurde«. *Unruh* verweist in diesem Zusammenhang auf die Fed. Pap. Nr. 44 (Madison), S. 283, wo sich ein eher versteckter Rekurs auf die Lehre vom Gesellschaftsvertrag finde. Weiterführende Nachweise bezüglich der für die amerikanische Verfassungstheorie bedeutsamen und maßgeblich von *Locke* beeinflussten Variante der Theorie vom Gesellschaftsvertrag sowie zur Situation in Frankreich bei *Unruh*, S. 87f Fn. 147 sowie S. 163. Siehe ferner *Stourzh*, *Individualrechte*, S. 155 (158f), wo ebenfalls auf die der amerikanischen Verfassungsentscheidung zugrunde liegende »Konstruktion des Gesellschaftsvertrages« Bezug genommen wird.

⁷⁶ *Grimm*, *Zukunft*, S. 55; *Preuß*, *Verfassung*, S. 7 (16f). Vgl. auch *Menger*, Rdnr. 187, der einen Teil der Präambel der Verfassung von Massachusetts (1780) zitiert: »Die politische Körperschaft wird gebildet durch die freiwillige Vergesellschaftung der Individuen. Sie erfolgt durch einen Gesellschaftsvertrag, durch den das ganze Volk mit jedem Bürger und jeder Bürger mit dem ganzen Volke übereinkommen, daß alles durch gewisse Gesetze zum gemeinen Besten regiert werden soll. Es ist daher Pflicht des Volkes, sich eine Verfassung zu geben.«

⁷⁷ Deutlich in diesem Sinne *Wahl*, HStR I, § 1 Rdnr. 2: »Das neue Legitimitätsprinzip der Volkssouveränität bildete eine einheitliche Grundlage für die Verfassung.«

⁷⁸ Vgl. *Starck*, *Vorrang*, S. 33 (43): »Der Vorrang der Verfassung hat sich als die logische Kon-

für die Staatsgewalt unverfügbar ist und die staatlichen Organe nur auf der Grundlage der Verfassung und nur in dem von ihr gezogenen Rahmen agieren dürfen.⁸⁰

Die amerikanischen Verfassungen nahmen demnach den seit Etablierung der *leges fundamentales* bekannten Vorranggedanken auf, begründeten die Vorrangigkeit der Verfassung allerdings nicht mit der Figur eines Vertrages zwischen Herrscher und Volk, sondern mit der Annahme eines Vertrages der Individuen untereinander, der die staatliche Herrschaft überhaupt erst begründet. Außerdem erstreckten sie den Vorranggedanken auf die gesamte rechtliche Grundordnung des Staates, nicht nur auf gewisse Teilbereiche.⁸¹

bb) Die Konsequenzen der Höherrangigkeit des Verfassungsrechts

Die den amerikanischen Verfassungen zugrunde liegenden und soeben referierten Vorstellungen vom Charakter staatlicher Herrschaft und vom Verfassungsurprung spiegeln sich im Modus der historischen Verfassungschöpfung, im Verfahren der Verfassungsänderung sowie in den Rechtsfolgen von Verfassungsverstößen wider.

Die Verfassungstexte wurden entsprechend dem Grundsatz der Volkssouveränität von Verfassungskonventen entworfen, denen vom Volk ein besonderes Mandat zur Verfassungschöpfung übertragen worden war.⁸² Teilweise wurden die Verfassungsentwürfe auch den Bürgern der einzelnen Staaten in Volksabstimmungen zur Annahme vorgelegt.⁸³

Verfassungsänderungen waren und sind in den amerikanischen Gliedstaaten nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig, etwa der Erzielung einer qualifizierten Mehrheit im zuständigen Legislativorgan oder der doppelten Beschlußfassung in zwei aufeinanderfolgenden Legislaturperioden. Teils ist auch im Ver-

sequenz aus dem Umstand erwiesen, daß die Verfassung die Staatsgewalt einrichtet, gliedert und begrenzt sowie deren Aufgaben, Verfahren und Befugnisse regelt. Alle Tätigkeit der Staatsgewalt findet auf Grund oder im Rahmen der Verfassung statt (...).«

⁷⁹ *Boehl*, Verfassungsgebung, S. 33, weist darauf hin, daß bereits die von der englischen Krone erlassenen Charten aus Sicht der Kolonisten »höheres Recht« waren, den Siedlern der Gedanke der Höherrangigkeit bestimmten Rechts also schon vertraut war.

⁸⁰ *Zweig*, S. 56f; *Starck*, Vorrang, S. 33 (40, 43); *Henkin*, Verfassung, S. 213 (221); *Stourzh*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 37 (55ff); *Herbst*, S. 42f; *Möllers*, S. 1 (6f); *Unruh*, S. 80f, 88; *Grimm*, Verfassung, S. 100 (104). Bei *Grimm*, a.a.O., findet sich auch ein in dem hiesigen Kontext interessantes Zitat von *Thomas Paine*, *The Rights of Man*, 1791: »A constitution is a thing antecedent to a government, and a government is only the creature of a constitution. The constitution of a country is not the act of its government, but of the people constituting a government.«

⁸¹ Der letztgenannte Aspekt wird deutlich herausgestellt von *Starck*, Vorrang, S. 33 (41).

⁸² Zur Praxis der amerikanischen Verfassungserzeugung durch Konvente ausführlich *Boehl*, Verfassungsgebung, S. 36ff.

⁸³ Die erste ihre Geltung auf eine Volksabstimmung zurückführende Verfassung ist die von Massachusetts (1780); vgl. *Jellinek*, AStL, S. 517; *Frotscher/Pieroth*, Rdnr. 28; *Menger*, Rdnr. 187; *Boehl*, Verfassungsgebung, S. 48f.

fahren der Verfassungsänderung eine unmittelbare Beteiligung des Volkes vorgesehen.⁸⁴ Ebenso wie die gliedstaatlichen Verfassungen kennt die noch heute geltende amerikanische Bundesverfassung von 1787⁸⁵ ein spezielles Verfahren der Verfassungsänderung, das nur von einer Zweidrittelmehrheit im Kongreß oder von den gesetzgebenden Körperschaften einer Mehrheit von zwei Dritteln der Einzelstaaten initiiert werden kann und nur dann erfolgreich ist, wenn die Zustimmung von drei Vierteln der Einzelstaaten erzielt wird.⁸⁶

In den USA wurde die Erzeugung von Verfassungsrecht auf diese Weise zum Gegenstand eines speziellen, besondere Anforderungen stellenden Legislativverfahrens gemacht und ließ sich infolgedessen verfahrenstechnisch von der einfachen Gesetzgebung scheiden.⁸⁷ Besonders durch die *Erschwerung der verfassungsändernden Gesetzgebung* wurde der rechtshierarchisch höhere Rang des Verfassungsrechts gesichert; denn die Legislative könnte sonst, obwohl konstituierte und damit per definitionem unter der Verfassung stehende Gewalt, im Rahmen der einfachen Gesetzgebung über die Verfassung disponieren, sich also zum Herren über die Verfassung aufschwingen, und vermöchte insbesondere die ihr verfassungsrechtlich auferlegten Beschränkungen abzuschütteln.⁸⁸

Der besondere Rang des Verfassungsrechts diente darüber hinaus als Anknüpfungspunkt für die Begründung neuartiger⁸⁹ Beschränkungen der gesetzgebenden Gewalt: Überschreitet die Legislative die ihr von der Verfassung eingeräumten Kompetenzen, handelt sie mithin ohne ausreichende verfassungsrechtliche Ermächtigung, so sind die entsprechenden Gesetze nach amerikanischer Auffas-

⁸⁴ Vgl. *Jellinek*, AStL, S. 519ff, mit entsprechenden Nachweisen.

⁸⁵ Zu ihrer Bedeutung für die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt *Boehl*, Verfassungsgebung, S. 52ff.

⁸⁶ Vgl. Art. V der US-Verfassung 1787 (*Franz*, S. 35); dazu auch *Starck*, Vorrang, S. 33 (44); *Bryde*, S. 46.

⁸⁷ *Jellinek*, AStL, S. 520; *Wahl*, Staat 20 (1981), 485 (489); *Menger*, Rdnr. 187, unter Hinweis darauf, daß der durch besondere formelle Qualitäten gekennzeichnete Begriff der Verfassungsgesetzgebung auf *John Locke* zurückzuführen sei. Zum Einfluß weiterer europäischer Gelehrter auf die amerikanische Verfassungsentwicklung vgl. *Boehl*, Verfassungsgebung, S. 34f.

⁸⁸ Zur Sicherung des Verfassungsvorrangs durch Erschwerungen der verfassungsändernden Gesetzgebung besonders prägnant *Starck*, Vorrang, S. 33 (43); *Kirchhof*, HStR I, § 19 Rdnr. 31f; *Haug*, S. 149. Allgemein läßt sich die Regel formulieren: Wenn eine im obigen Sinne rechtshierarchisch höherrangige Verfassung die verfaßten Gewalten zur Verfassungsrevision ermächtigt, dann muß deren Befugnis zur Verfassungsänderung von der Erfüllung besonderer Voraussetzungen abhängig sein, damit sich die verfaßten Gewalten nicht ohne weiteres »ihrer« Verfassung bemächtigen und dadurch deren Vorrang zum Einsturz bringen können. Überdies ist die Erschwerung von Verfassungsänderungen auch wegen der Konsensfunktion der Verfassung geboten; denn die Verfassung dient als Grundlage für die Austragung politischer Gegensätze und bedarf deswegen möglichst weiter Zustimmung der politischen Konkurrenten; so *Grimm*, Zukunft, S. 22.

⁸⁹ Zu der im England des 17. Jahrhunderts für möglich gehaltenen, nach dem Siegeszug der Parlementsouveränität jedoch nicht praktizierten richterlichen Normenkontrolle oben A. I. 3. b) Fn. 40.

sung als *verfassungswidrig* und deshalb *nichtig* anzusehen⁹⁰, wobei die Feststellung der Nichtigkeit dem obersten Gericht obliegen soll.⁹¹

c) *Die Gewährleistung besonderer Verfassungsinhalte:
Menschenrechte und Gewaltenteilung*

Auf der Grundlage der Vorstellung, die Staatsgewalt gehe vom Volke aus und werde den staatlichen Organen lediglich zur Ausübung übertragen, und in Anbetracht der schlechten Erfahrungen der amerikanischen Siedler mit dem englischen Parlament⁹² wird ferner verständlich, warum in Gestalt der *Menschenrechte* inhaltliche Vorgaben für das Staatshandeln geschaffen wurden, warum also die *Statuierung materieller Bindungen* zum gängigen Bestandteil amerikanischer Verfassungen werden konnte: Die als ursprünglich frei gedachten Individuen unterwerfen sich der von ihr begründeten und ihre Freiheit potentiell bedrohenden Staatsgewalt nur um den Preis der Gewährleistung gewisser unantastbarer Rechte, die in den Menschenrechtsteil der jeweiligen Verfassung aufgenommen werden⁹³ und die

⁹⁰ *Wahl*, Staat 20 (1981), 485 (485, 489f). Vgl. auch *Boehl*, Verfassungsgebung, S. 29, 35. *Starck*, Vorrang, S. 33 (48), verweist in diesem Zusammenhang auf *Alexander Hamilton*, der sich im Jahre 1788 in *The Federalist* Nr. 78 wie folgt geäußert hat: »Es gibt keinen Grundsatz, der auf einleuchtenderen Argumenten beruht als der, daß jeder Beschluß einer bevollmächtigten Behörde, der dem Sinn der Vollmacht, unter der sie handelt, widerspricht, ungültig ist. Daher kann ein Gesetzesbeschluß, welcher der Verfassung widerspricht, nicht gültig sein. Dies leugnen, hieße behaupten, daß der Beauftragte höher stehe als der Auftraggeber.«

⁹¹ Die richterliche Normenkontrolle wurde vom Supreme Court der Vereinigten Staaten endgültig im Fall *Marbury vs. Madison* (1 Cranch 137, 177 = 2 Law Ed. U.S. 60, 73) aus dem Jahre 1803 anerkannt. Abgedruckt ist die zentrale Aussage des Vorsitzenden Richters *John Marshall* bei *Wahl*, Staat 20 (1981), 485 (488). Näher dazu sowie zur Entwicklung der richterlichen Normenkontrolle ausführlich *Stourzh*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 37 (37ff, 66ff).

⁹² Sie empfanden dessen Gesetze oftmals als Bedrohung ihrer Freiheit und hatten erleben müssen, daß auch ein Parlament Unrecht tun kann; vgl. *Grimm*, Zukunft, S. 55f; *Henkin*, Verfassung, S. 213 (219); *Wahl*, Staat 20 (1981), 485 (490); *Boehl*, Verfassungsgebung, S. 30f.

⁹³ So erklärt das »Concord Town Meeting« (Massachusetts 1776), »that a constitution in its proper idea intends a system of principles established to secure the subject in the possession and enjoyment of their rights and privileges, against any encroachments of the governing part«; zitiert nach *Grimm*, Verfassung, S. 100 (105). Daneben steht auch der Gedanke, daß derartige Menschenrechte unveräußerlicher Natur seien und deshalb gar nicht zur (vertraglichen) Disposition des einzelnen stünden. *Frotscher/Pieroth*, Rdnr. 25, zitieren diesbezüglich Artikel 1 der Virginia Bill of Rights, in dem es heißt, alle Menschen seien »von Natur aus gleichermaßen frei und unabhängig und besitzen gewisse ihnen innewohnende Rechte, deren sie, wenn sie in eine staatliche Gemeinschaft (state of society) eintreten, ihre Nachkommenschaft durch keinen Vertrag berauben oder entkleiden können, nämlich den Genuß von Leben und Freiheit, mit den Mitteln zum Erwerb von Besitz und Eigentum und zum Streben und der Erlangung von Glück und Sicherheit«. Nach Auffassung von *Grimm*, Zukunft, S. 42f, liegt dieser Entwicklung ein inhaltlicher Wandel der Vertragstheorie zugrunde: Ursprünglich auf die Begründung einer unbeschränkten Staatsmacht und die Abtretung sämtlicher natürlicher Rechte der Individuen an den Staat gerichtet, sei nun die Idee in den Vordergrund getreten, die natürlichen, als vorstaatlich aufgefaßten Rechte der Individuen in den staatlichen Zustand zu übernehmen und dem Staat zum Schutz anzuvertrauen. Vgl. ferner *Henkin*, Verfassung, S. 213 (219f).

von der Verfassung konstituierte Staatsgewalt von Anfang an rechtlich begrenzen.⁹⁴

Um einen effektiven Schutz der Freiheit des einzelnen sicherzustellen, die Staatsmacht zu begrenzen und insbesondere deren Mißbrauch zu verhindern, sehen die amerikanischen Verfassungen darüber hinaus in Anlehnung an die im wesentlichen auf *John Locke* und *Charles de Montesquieu* zurückzuführende *Gewaltenteilungslehre*⁹⁵ die Aufteilung der Staatsgewalt auf voneinander getrennte Gesetzgebungs-, Vollziehungs- und Rechtsprechungsorgane vor.⁹⁶

d) Resümee

Für die Verfassungsidee sind von der amerikanischen Unabhängigkeitsbewegung zahlreiche neue Impulse ausgegangen: Die Verfassung wird nicht mehr als Gesamtheit unverbunden nebeneinander stehender und nur Teilbereiche der Ausübung staatlicher Herrschaft erfassender Fundamentalgesetze betrachtet, sondern bildet in Gestalt einer einheitlichen Verfassungsurkunde ein rechtstechnisches Ganzes, das eine den gesamten Staat umfassende Ordnung darstellt. Sie entsteht nicht durch den Vertrag eines apriorischen Herrschers mit dem Volk, den Ständen o.ä., sondern beruht auf einem Vertrag der Individuen untereinander, welcher die staatliche Herrschaft rechtlich überhaupt erst begründet. Gegenüber den staatlichen Gewalten kommt der Verfassung deshalb ein höherer Rang zu, der sich vor allem in der fehlenden oder beschränkten Befugnis der Staatsorgane zur Disposition über die Verfassung sowie – anders als bis dahin in Europa – in der Nichtigkeit verfassungswidriger Rechtsakte äußert. Schließlich rückt mit der Gewährleistung von Menschenrechten und ihrer Effektuierung durch einen gewaltenteiligen Staatsaufbau der Aspekt einer besonderen inhaltlichen Ausgestaltung der Verfassung in den Blickpunkt.⁹⁷

⁹⁴ *Starck*, Vorrang, S. 33 (41); *Grimm*, Zukunft, S. 12f, 47f, jeweils auch zum folgenden. Ferner *Herbst*, S. 52.

⁹⁵ Vgl. zur Historie der Gewaltenteilungslehre umfassend das Werk von *Kägi*, Gewaltenteilung, sowie *Lange*, Staat 19 (1980), 213ff. Ferner *Menger*, Rdnr. 152ff; *Kyriazis-Gowvelis*, JöR 39 (1990), 55 (59ff).

⁹⁶ Vgl. z.B. Art. 5 der Virginia Bill of Rights: »Gesetzgebende, ausführende und richterliche Gewalt müssen getrennt sein ...«; zitiert nach *Menger*, Rdnr. 187.

⁹⁷ *Schambeck*, Verfassungsbegriff, S. 211 (216), resümiert im Hinblick auf Amerika treffend: »In gleicher Weise fanden dabei die Idee einer höheren Ordnung des Staates, (...) die Notwendigkeit einer den gesamten Staat umfassenden Ordnung an Stelle der Regelung von Teilrechtsbereichen des öffentlichen Lebens des Staates, die Lehre vom Gesellschaftsvertrag, die Forderung nach Demokratie, (...) und das Jahrhunderte alte Verlangen nach Anerkennung und Schutz der Grundrechte des einzelnen ihren positiv-rechtlichen Ausdruck.«