

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 Verfassungsverständnisses 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 pouvoir constituant 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 verfassunggebenden 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