

STEFAN HAACK

Theorie des
öffentlichen Rechts
III

Mohr Siebeck

Stefan Haack

Theorie des öffentlichen Rechts
III



Stefan Haack

Theorie des
öffentlichen Rechts
III

Grundfragen einer juristischen
Verfassungslehre

Mohr Siebeck

Stefan Haack, geboren 1975; Studium an der Universität Leipzig; 2001 Promotion; 2007 Habilitation; von 2009–2014 Universitätsprofessor für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; seit 2015 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Staatsrecht an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder).

ISBN 978-3-16-161073-8/ eISBN 978-3-16-161081-3
DOI 10.1628/978-3-16-161081-3

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhalt

Erstes Kapitel:

Verfassungsrecht, Verfassungsordnung, Verfassungsstatut

I.	Die Verfassung als Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Arbeit	1
II.	Die Unterscheidung von Verfassungsrecht, Verfassungsordnung und Verfassungsstatut	2
	1. Bedeutung und Notwendigkeit der Unterscheidung	2
	2. Keine Unterscheidung von Verfassungsbegriffen, sondern von Phänomenen	3
	3. Die Unzulänglichkeit der Unterscheidung von formeller und materieller Verfassung	4
III.	Die nähere Bestimmung der Begriffe ‚Verfassungsordnung‘, ‚Verfassungsstatut‘ und ‚Verfassungsrecht‘ und deren Beziehungen zueinander	5
	1. Der Begriff ‚Verfassungsordnung‘	5
	a. Verfassungsordnung als Bezeichnung der grundlegenden normativen Strukturen in der politisch geeinten Gemeinschaft und als Emanation der Ordnungsvorstellung	5
	b. Die Verfassungsordnung als Werk des pouvoir constituant	6
	2. Der Begriff ‚Verfassungsstatut‘	7
	3. Der Begriff ‚Verfassungsrecht‘	10
	a. Die Abhängigkeit des Begriffs ‚Verfassungsrecht‘ vom Begriff ‚Recht‘	10
	b. Die Unterscheidung und das Zusammenspiel von primären und sekundären verfassungsrechtlichen Sätzen	12
	c. Die Kodifikation der verfassungsrechtlichen Normen im Verfassungsstatut	13

d. Die Verwurzelung des Verfassungsrechts in der Verfassungsordnung	14
e. ‚Verfassungsstatut‘ und ‚Verfassungsordnung‘ als Rechtsbegriffe	14
IV. Das Verhältnis von Verfassungsrecht und staatlicher Herrschaftsgewalt	15
1. Kritisches zu der Behauptung, dass es nur so viel Staat geben könne, wie die Verfassung konstituiert	15
2. Staatlichkeit als Rechtsbegriff	17

Zweites Kapitel:

Dreierlei Verfassungsgeschichten

I. Die Notwendigkeit, zwischen dreierlei Verfassungsgeschichten zu differenzieren	19
II. Die Geschichte der Verfassungsordnungen	20
1. Die Geschichte der Verfassungsordnungen als eine Geschichte der normativen Grundprinzipien von staatlicher Ordnung	20
2. Der vermeintliche Zusammenprall der theoretischen Konzeptionen zur Zeit der Französischen Revolution	21
III. Die Geschichte der Verfassungsstatuten	24
1. Verfassungsstatuten – eine Erfindung der Neuzeit	24
2. Verfassungsstatuten im 19. Jahrhundert	25
3. Verfassungsstatuten im 20. Jahrhundert und heutzutage	29
IV. Die Geschichte des Verfassungsrechts	30
1. Die frühesten Erscheinungsformen des Verfassungsrechts in der Gestalt von Herrschaftsverträgen und Reichsgesetzen	30
2. Verfassungsrecht in den oktroyierten oder vereinbarten Verfassungsstatuten des 19. Jahrhunderts	33
3. Verfassungsrecht in den totalitären Systemen des 20. Jahrhunderts	34
4. Verfassungsrecht im demokratischen Rechtsstaat	38

Drittes Kapitel:

Methoden der juristischen Verfassungsinterpretation

I.	Juristische und nichtjuristische Arten der Verfassungsinterpretation	41
1.	Die Notwendigkeit, juristische und nichtjuristische Arten der Verfassungsinterpretation streng zu unterscheiden	41
2.	Der nichtjuristische Diskurs über die Grundlagen des Staatswesens, der die Verfassungsordnung fundiert	43
3.	Die Grenzen einer juristischen Beschäftigung mit der Verfassung	44
II.	Die Methoden der Verfassungsauslegung: in der rechtlichen Ordnung fundiert und vom Richter zu finden	45
1.	Die richterliche Aufgabe der Methodengewinnung	45
2.	Methodische Folgeprobleme und Konsequenzen von kodifizierten Verfassungsrechtsnormen	47
III.	Der defizitäre Charakter eines radikalen Positivismus aus originär juristischer Perspektive	49
IV.	Die Interpretation der Verfassungsordnung anhand des Verfassungsstatuts	51
V.	Ordnungstranszendierende Verfassungsdogmatik	52
1.	Die Bedeutung einer ordnungstranszendierenden Verfassungsdogmatik	52
2.	Drei Beispiele einer ordnungstranszendierenden Verfassungsdogmatik	54
a.	Der Anspruch der Verfassungsordnung, als unverbrüchlich zu gelten	54
b.	Der ideelle Horizont der Verfassung	56
c.	Das Problem des Ausnahmezustands	57

Viertes Kapitel:

Begriff, Bedeutung und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit

I.	Das Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit aus einer originär juristischen Perspektive	61
1.	Der Ausgangspunkt zu einer juristischen Definition und Analyse der Verfassungsgerichtsbarkeit	61
2.	Kontrolle am Maßstab von Verfassungsnormen – kein Charakteristikum der Verfassungsgerichtsbarkeit	62

3. Der Hüter der Verfassung – aus juristischer Sicht eine irreführende Kategorie	63
4. Die juristische Wesensverschiedenheit von verfassungs- ändernder Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit . . .	64
II. Modelle der Verrechtlichung von Verfassungskonflikten – Konzepte der Verfassungsgerichtsbarkeit	67
1. Das Verfassungsrat-Modell: die präventive Normenkontrolle als Komponente des Gesetzgebungsverfahrens	67
2. Das Staatsgerichtshof-Modell: die gerichtliche Entscheidung von Organstreitigkeiten und föderalen Konflikten	69
3. Das Grundmodell der heutigen Verfassungsgerichtsbarkeit: eine Kombination von Gerichts- und Aufsichtsfunktionen . . .	70
a. Die Gerichtsfunktionen der gegenwärtigen Verfassungs- gerichtsbarkeit	70
b. Die kategorische Unterscheidung von Rechtsprechungs- tätigkeit und Gesetzgebungsfunktionen	72
c. Nichtjuristische Aufsichtsfunktionen	74
4. Das Supreme-Court-Modell: Verfassungsrecht ohne Verfassungsgerichte	74
III. Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Gestaltungs- spielräume	75
IV. Normierungen des politischen Betriebs ohne die Möglichkeit von richterlichen Entscheidungssituationen	76
Literatur	79
Register	85

Erstes Kapitel

Verfassungsrecht, Verfassungsordnung, Verfassungsstatut

„Der Begriff ‚Verfassung‘ hat im staatsrechtlichen Schrifttum so viele verschiedene Bedeutungsgehalte angenommen, dass man ernstliche Bedenken haben muss, ihn in einer wissenschaftlichen Abhandlung weiterhin zu gebrauchen.“
(Aus einer Heidelberger Dissertation, 1957)

I. Die Verfassung als Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Arbeit

Die Verfassung ist ein Gegenstand, mit dem sich viele Wissenschaftszweige befassen. Historiker, Politikwissenschaftler und Soziologen untersuchen ihr Zustandekommen, ihre Funktionsweise und ihre Wirkung. Der vorliegende Essay handelt davon, wie man sich als Jurist und Rechtswissenschaftler mit der Verfassung beschäftigen soll. Sein Augenmerk gilt nicht dem Konstitutionalismus als solchem, sondern dem juristischen Umgang mit der Verfassung.¹ Es geht – mit anderen Worten – nicht um eine (verbesserte oder neu zu entwickelnde) Theorie der Verfassung, sondern um die Theorie des Verfassungsrechts – dies ist zwar kein Gegensatz,² aber ein Unterschied,³ wie im weiteren Verlauf dieser Studie gezeigt werden soll. Die Arbeit an einem universellen Verfassungsverständnis überlassen wir damit all jenen, die sich davon Erkenntnisgewinne versprechen. Erst recht haben wir nicht vor, Ratschläge zu formulieren, wie Politiker, Journalisten, Bürger oder wer auch immer mit der Verfassung umgehen sollen. Es steht ihnen frei, ihr eigenes Verfassungsverständnis zu entwickeln und zur Debatte zu stellen.⁴

¹ Siehe zu dieser Differenzierung u. a. *Olivier Beaud*, *Trivium* 30/2019, S. 1 ff.

² Vgl. *Konrad Hesse*, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, S. 18: „Das Verfassungsrecht steht mit dem Wesen der Verfassung nicht im Widerspruch“.

³ Demgegenüber meint *Josef Isensee*, dass „Verfassung“ und „Verfassungsrecht“ unter dem Grundgesetz deckungsgleich seien (in: *Kimmel* [Hrsg.], *Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik*, 1995, S. 25).

⁴ Mit der Verfassungsinterpretation als einem öffentlichen Prozess beschäftigt sich *Peter Häberle*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1998, S. 122 ff., 155 ff.; siehe dazu auch

Uns interessiert, wann, wie und wodurch die Verfassung für den Juristen (in seiner Eigenschaft als Jurist) relevant ist.⁵ Nichtjuristische Verfassungskonzepte und Verfassungsfunktionen wollen wir weder kleinreden noch leugnen. Es ist jedoch unerlässlich, zum Schutz einer juristischen Verfassungstheorie – und somit auch zum Schutz des Verfassungsrechts selbst – klare Unterscheidungen zu entwerfen.⁶ Mit der Entscheidung für ein bestimmtes Verfassungsverständnis bekundet man die eigene Profession.

II. Die Unterscheidung von Verfassungsrecht, Verfassungsordnung und Verfassungsstatut

1. Bedeutung und Notwendigkeit der Unterscheidung

Die wesentlichen Schwierigkeiten einer solchen originär juristischen Verfassungstheorie rühren daher, dass man seit langem dreierlei Dinge miteinander vermengt hat – gemeint sind die Verfassungsordnung, das Verfassungsrecht und das Verfassungsstatut.⁷ Unter dem Begriff der Verfassungs-

Martin Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 183 ff., der von einer „offenen Gesellschaft der Verfassungstheoretiker“ spricht.

⁵ Speziell zur juristischen Beschaffenheit und Bedeutung von Verfassungen siehe *Dieter Grimm*, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, S. 98, 105 ff.; *William W. Van Alstyne*, *Journal of Legal Education* 37 (1987), 174; zum Verständnis der Verfassung als Rechtsnorm auch *Uwe Volkmann*, *Der Staat* 54 (2015), 35, 45 ff.

⁶ Entsprechenden Herangehensweisen wirft *Peter Häberle* Phantasielosigkeit vor (*Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1998, S. 152). Wäre es auch phantasielos, wenn ein Verkehrspilot darauf beharrt, seiner Tätigkeit den gesicherten Wissensbestand der Physik zugrunde zu legen? Wenn die juristische Verfassungstheorie ein Geschäft der Phantasie ist, an dem sich jeder beteiligen mag, der eine solche Berufung verspürt, warum sind dann nicht auch die Baukunst, die Medizin oder die Archäologie solche Geschäfte? Sind die Gefahren, die sich aus einer Mitwirkung von Dilettanten ergeben, im Bereich der Verfassungsauslegung signifikant geringer als auf anderen Tätigkeitsfeldern? Gegen *Peter Häberles* Lehre von der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (a. a. O., S. 155 ff.) wäre so lange nichts einzuwenden, wie sie nicht juristisch gemeint ist – gerade dies ist jedoch der Fall. Siehe dazu auch unten: Drittes Kapitel, I.

⁷ Überblicke über die verschiedenen Verfassungsbegriffe, die in der Vergangenheit diskutiert worden sind, finden sich u. a. bei *Carl J. Friedrich*, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, S. 136 f.; *Görg Haverkate*, *Verfassungslehre*, 1992, S. 6 ff.; *Matthias Jestaedt*, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, 2009, S. 47 ff.; *Felix Renner*, *Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert*, 1968, S. 15 ff.; *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., 1957, S. 3 ff.; vgl. auch *Joseph Raz*, in: *Alexander* (Hrsg.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, 1998, S. 152, 153.

ordnung verstehen wir die grundlegenden normativen Strukturen der politischen Ordnung. Als Verfassungsstatut bezeichnen wir den Gesetzestext, in dem diese Prinzipien schriftlich niedergelegt und dadurch zugleich konkretisiert sind. Zum Verfassungsrecht gehören diejenigen Normen der Verfassungsordnung und des Verfassungsstatuts, die sich eignen und dazu bestimmt sind, im Falle einer bestrittenen Rechtsbehauptung als richterlicher Entscheidungsmaßstab zu dienen. Eine solche Unterscheidung von Verfassungsordnung, Verfassungsrecht und Verfassungsstatuten ist allgemein gültig und gerade nicht an einen bestimmten historischen Kontext gebunden. Wo man sich ihrer bedient, lässt sich die Beschaffenheit des jeweiligen Staates und seiner normativen Strukturen genauer analysieren, als dies eine undifferenzierte Betrachtungsweise gestattet. Es geht jedoch um weit mehr: die zentrale These des vorliegenden Essays besteht darin, dass die beschriebene Unterscheidung für die juristische Tätigkeit zwingend erscheint.

2. Keine Unterscheidung von Verfassungsbegriffen, sondern von Phänomenen

Die Unterscheidung der Begriffe Verfassungsordnung, Verfassungsrecht und Verfassungsstatut ist keine Ausdifferenzierung von verschiedenen Ansichten über ein und dieselbe Sache. Bei dem, was man im öffentlichen Diskurs und in der wissenschaftlichen Literatur als ‚Verfassung‘ bezeichnet, handelt es sich in Wirklichkeit um eine Mehrzahl von Gegenständen, die man in verhängnisvoller Weise mit ein und demselben Begriff bezeichnet und dadurch der Gefahr der Verwechslung ausgesetzt hat. Wo man sich in Missverständnisse verstrickt sieht, weil ein und derselbe Begriff mehrere wesensverschiedene Dinge bezeichnet, führt es zu nichts, nach dem richtigen Begriffsverständnis zu fragen. Gefordert sind vielmehr spezifizierte Begriffe, die es ermöglichen, zwischen den verschiedenen Phänomenen zu unterscheiden. Was sollte an eng gefassten, präzisen Termini falsch sein? Wem wäre damit geholfen, wenn bei den zentralen Problemen, mit denen sich die Wissenschaft vom öffentlichen Recht zu beschäftigen hat, alles in begrifflicher Konturenlosigkeit endet? Dies ist keine rhetorische Floskel, sondern zielt auf die alte Frage: cui bono? Wir werden im Folgenden sehen, dass die Unterscheidung der Begriffe Verfassungsrecht, Verfassungsordnung und Verfassungsstatut keineswegs nur zu Spaltungen (bei verfassungshistorischen Narrativen und verfassungsdogmatischen Argumentationsmustern) führt. Sie trägt ebensoviel dazu bei, dass vermeintlich unver-

einbare Positionen miteinander versöhnt werden können. So verhält es sich immer dann, wenn sich anhand der zu etablierenden Differenzierung herausstellt, dass man von unterschiedlichen Dingen gesprochen hatte und von Missverständnissen irreführt worden war.

3. Die Unzulänglichkeit der Unterscheidung von formeller und materieller Verfassung

Wenn man unter dem Begriff der Verfassungsordnung die grundlegenden normativen Strukturen einer politischen Ordnung versteht und die Kodifikation dieser Strukturen in einem speziellen Gesetzestext als Verfassungsstatut definiert, kann dies den Eindruck erwecken, dass die Differenzierung von Verfassungsordnung und Verfassungsstatut – zumindest in groben Zügen – mit der Unterscheidung zwischen der Verfassung im formellen und im materiellen Sinn übereinstimmt, wie sie in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht gang und gäbe erscheint.⁸ Je nachdem, wie man den schwierigen Begriff der Verfassung im materiellen Sinne versteht, mag dieser Eindruck richtig sein oder nicht. Aus juristischer Sicht ist die geläufige Unterscheidung zwischen einem formellen und einem materiellen Verfassungsbegriff nichtsdestoweniger hochproblematisch, da sie keinerlei Möglichkeit bietet, die originär juristischen Gehalte von Verfassungsordnungen und Verfassungsstatuten auszdifferenzieren. Das Begriffspaar der formellen und der materiellen Verfassung lässt gerade das unberücksichtigt, was hier Verfassungsrecht heißen soll. Eben diese Kategorie hat uns als Juristen am meisten zu interessieren. Der geläufigen Unterscheidung ist vorzuhalten, dass sie die Bedeutung des Rechts als einer eigenständigen und axiomatischen Größe verfehlt.

Wie in einem Brennglas zeigt sich die Notwendigkeit der Differenzierung bei der tausendfach wiederholten und ebenso häufig bestrittenen These, Großbritannien besitze keine Verfassung. Je nachdem, wovon gesprochen wird, ist das eine oder das andere richtig.⁹ Großbritannien verfügt – wie jeder andere dauerhaft existierende Staat – über eine Verfassungsordnung

⁸ Näher dazu *Jean-François Aubert*, *La Constitution, son contenu, son usage*, 1991, S. 33 ff.; *Hasso Hofmann*, *Recht – Politik – Verfassung*, 1986, S. 261 ff.; *Herbert Schambeck*, in: *Festschrift für Hans Kelsen*, 1971, S. 211, 214 ff.

⁹ Dazu ausführlich aus der älteren Literatur *Georges Burdeau*, *Traité de science politique*, Bd. III, 1950, S. 27 ff.; *Charles Howard McIlwain*, *Constitutionalism*, 1947, S. 15; siehe ferner auch *Olivier Beaud*, *Trivium* 30/2019, S. 5 f.; *Hans Vorländer*, *Die Verfassung*, 3. Aufl., 2009, S. 34 ff.

im hiesigen Sinne.¹⁰ Die Normenkategorie, die wir hier ‚Verfassungsrecht‘ nennen, kannte es früher als viele andere Staaten.¹¹ Das, woran es seit jeher gefehlt hat, ist das Verfassungsstatut.

III. Die nähere Bestimmung der Begriffe ‚Verfassungsordnung‘, ‚Verfassungsstatut‘ und ‚Verfassungsrecht‘ und deren Beziehungen zueinander

1. Der Begriff ‚Verfassungsordnung‘

a. *Verfassungsordnung als Bezeichnung der grundlegenden normativen Strukturen in der politisch geeinten Gemeinschaft und als Emanation der Ordnungsvorstellung*

Der Begriff ‚Verfassungsordnung‘ bezieht sich auf die grundlegenden normativen¹² Strukturen in der politisch geeinten Gemeinschaft. Sofern es sich bei dieser politisch geeinten Gemeinschaft um den modernen Verfassungsstaat handelt,¹³ bildet er die Summe von jenen Verfassungsprinzipien, die diesen maßgeblich prägen: hierzu gehören die repräsentative Demokratie, die Gewaltenteilung, die Grundrechtsgeltung und die rechtliche Bindung der hoheitlichen Gewalt. Verfassungsordnung und staatliche Ordnung sind dabei unlöslich aufeinander bezogen¹⁴ (was nicht bedeuten soll, dass die politisch geeinten Gemeinschaften in der Zeit vor dem modernen Territorialstaat keine Verfassungsordnungen kannten). In der Verfassungsordnung manifestiert sich die – der staatlichen Einheit zugrunde liegende – Ordnungsvorstellung der politisch geeinten Gemeinschaft.¹⁵ Verfassungsordnung und Staat entstehen uno actu und können einander nicht

¹⁰ Giovanni Biaggini, ZSR 119 (2000), 445, 469.

¹¹ Vgl. Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism*, 1947, S. 12 (der England „probably the most constitutional of modern European nations“ genannt hat); Ulrich K. Preuß, in: Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung*, 1994, S. 7, 13 ff.

¹² Der Begriff ‚Verfassungsordnung‘, wie er in diesem Essay gebraucht wird, ist deshalb nicht mit einem Verfassungsbegriff gleichzusetzen, der „auf die in einem Lande bestehenden tatsächlichen Machtverhältnisse“ abstellt – eine Auffassung, die am klarsten von Ferdinand Lassalle formuliert worden ist (Über Verfassungswesen, 1862 [Sonderausgabe 1958], S. 34).

¹³ Siehe zur Historie unten: Zweites Kapitel, II.

¹⁴ Ota Weinberger, ARSP 76 (1990), 100, 105 (aus der Perspektive einer institutionalistischen Verfassungstheorie).

¹⁵ Näher dazu Stefan Haack, *Verlust der Staatlichkeit*, 2007, S. 40 ff.

überdauern.¹⁶ Dass die Völkerrechtslehre meint, ein Umbruch der Verfassungsordnung lasse die Existenz des Staates unangetastet,¹⁷ ist in diesem Zusammenhang irrelevant: es handelt sich dabei um eine auf die praktischen Bedürfnisse des Völkerrechts zugeschnittene Staatstheorie, die auf politischen Zwecken beruht und auf Fiktionen hinausläuft. Ob das Völkerrecht um der Stabilität in den internationalen Beziehungen willen auf eine solche Sichtweise festgelegt ist, ob nicht die auf ein bestimmtes Staatenmodell zugeschnittene Völkerrechtsordnung selbst hinterfragt werden sollte: diese Fragen und alle damit einhergehenden Grundprobleme der Völkerrechtstheorie müssen hier dahingestellt bleiben.¹⁸ Es gibt jedenfalls keinen Grund, derartige von der Völkerrechtspraxis verlangte Fiktionen auf das Gebiet der Verfassungslehre zu übertragen.

Von der Verfassungsordnung als Emanation der Ordnungsvorstellung lässt sich behaupten, dass sie die staatliche Hoheitsgewalt nicht beschränkt, sondern konstituiert. Vom Verfassungsrecht und von den Verfassungsstatuten lässt sich dies nicht ohne weiteres sagen.¹⁹ Legitime staatliche Herrschaft ist ohne eine Verfassungsordnung nicht denkbar.²⁰ Staatliche Herrschaft ohne Verfassungsrecht und ohne Verfassungsstatuten ist historisch in einer Vielzahl von Fällen belegt.

b. Die Verfassungsordnung als Werk des pouvoir constituant

Wer möchte, mag in der Verfassungsordnung das Werk eines göttlichen Wirkens erkennen,²¹ was im Hinblick auf das Zustandekommen von Verfassungsstatuten schwer zu begründen sein dürfte. Weiter verbreitet ist heutzutage die Ansicht, wonach es sich um das Produkt des pouvoir constituant handeln soll, dessen Träger das Volk ist.²² Die Kategorie des pouvoir

¹⁶ In dieselbe Richtung *Herbert Schambeck*, in: Festschrift für Hans Kelsen, 1971, S. 211.

¹⁷ Siehe dazu statt vieler *Burkhard Schöbener/Matthias Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl., 2019, § 3 Rn. 107; vgl. dazu auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Staat Nation Europa, 2. Aufl., 2000, S. 139; *Herbert Schambeck*, in: Festschrift für Hans Kelsen, 1971, S. 211 f.; *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 3. Aufl., 1957, S. 93 ff.

¹⁸ Weiterführend dazu *Stefan Haack*, JÖR 63 (2015), 167.

¹⁹ Siehe dazu nachstehend: IV.1.

²⁰ *Klaus Stern*, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, 1982, S. 197, 198; *Ota Weinberger*, ARSP 76 (1990), 100, 105.

²¹ Vgl. *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 3. Aufl., 1957, zur mittelalterlichen Lehre von der potestas constituens Gottes, die bis in die Literatur der Reformationszeit und bis zur Theorie der calvinistischen Monarchomachen fortgewirkt habe.

²² *Giovanni Biaggini*, ZSR 119 (2000), 445, 458; *Dieter Grimm*, in: Festschrift für Paul Kirchhof, Bd. I, 2013, S. 129, 133; *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 3. Aufl., 1957, S. 78 ff.

constituant, der verfassunggebenden Gewalt,²³ muss sich auf die Verfassungsordnung beziehen.²⁴ Es ergibt von vornherein keinen Sinn, diesen Terminus für die Ausarbeitung und den Beschluss des Verfassungsstatuts zu gebrauchen, wenn derartige Vorgänge von historischen Zufällen und Akzidenzien geprägt sind. Pouvoir constituant der gegenwärtigen Verfassungsordnung waren nicht der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee und der Parlamentarische Rat, die das Grundgesetz entworfen und in Kraft gesetzt haben. Träger der verfassunggebenden Gewalt ist das Volk, das diese Verfassungsordnung als die für sich passende Form der politischen Vereinigung akzeptiert hat und tagein, tagaus praktiziert. Wenn man das Volk in diesem Sinne als Schöpfer und Träger der Verfassungsordnung begreift, schließt man damit nicht aus, dass einzelne Bevölkerungsteile in unterschiedlichem Umfang und mit unterschiedlicher Intensität an der permanenten Betätigung und Bestätigung der Verfassungsordnung partizipieren. In diesem Sinne ließe sich zum Beispiel sagen, das besitzende Bürgertum sei Träger der liberalen Verfassungsordnung des 19. Jahrhunderts gewesen.²⁵ Nichtsdestoweniger lädt eine solche Aussage zu Missverständnissen ein: pouvoir constituant ist das Volk in seiner Gesamtheit – wenn man von denjenigen absieht, die sich als aktive Revolutionäre durch ihre Taten außerhalb der Verfassungsordnung positionieren.

2. Der Begriff ‚Verfassungsstatut‘

Der Begriff ‚Verfassungsstatut‘ meint in seiner einfachsten Bedeutung ein Dokument, das eine Reihe von grundlegenden Regelungen enthält. Sobald man den Begriff ‚Verfassung‘ in einer solchen unspezifischen Weise gebraucht, lässt sich ohne Weiteres sagen, dass auch andere Verbände als der Staat Verfassungen haben können. Dementsprechend wurde die UN-Charta schon vor vielen Jahrzehnten als Verfassung der Vereinten Nationen be-

²³ Grundlegend zur Lehre von der verfassunggebenden Gewalt: *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 3. Aufl., 1957, S. 75 ff.

²⁴ Vgl. dazu auch *Josef Isensee* (in: Kimmel [Hrsg.], Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik, 1995, S. 25, 43): die verfassunggebende Gewalt des Volkes habe „keinen Platz innerhalb des Verfassungsrechts. Sie ist keine rechtspraktisch relevante, keine juristische Kategorie.“ Der Sache nach ähnlich *Matthias Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 82 f.

²⁵ Zur Frage nach dem Träger der verfassunggebenden Gewalt zur Zeit der absoluten Monarchie und im 19. Jahrhundert siehe unten: Zweites Kapitel, III.2.

zeichnet.²⁶ Ebenso ist von EUV, AEUV und Grundrechte-Charta als Unionsverfassung die Rede.²⁷ Es ist zu guter Letzt möglich, die Satzung jedes beliebigen Vereins ‚Verfassung‘ zu nennen. Juristisch hat all das nichts zu bedeuten. Vor allem ergibt sich aus einer solchen Betitelung als ‚Verfassung‘ kein rechtlich stichhaltiges Argument für einen Vorrang vor anderen Normen.²⁸ Sofern ein solcher Vorrang besteht, ist er aus der Stellung eines entsprechenden Regelungswerks in der Rechtsordnung herzuleiten. Für EUV, AEUV und Grundrechte-Charta ergibt er sich aus dem Charakter dieser Rechtsquellen als völkervertragsrechtlich vereinbartes Primärrecht, das die Unionsorgane kreiert und deren Maßnahmen legitimiert (wozu vor allem der Erlass von sekundärem Unionsrecht gehört). Auch die Verbindlichkeit und der Vorrang des sog. Kommunalverfassungsrechts folgen nicht aus dem Ausdruck ‚Verfassung‘, sondern aus der Qualität von Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungen als formelle (sprich: vom Landesparlament zustande gebrachte) Gesetze und damit aus der Normenhierarchie, die im Grundgesetz und in den Landesverfassungen festgelegt ist.

Bezogen auf Staaten meint der Begriff ‚Verfassungsstatut‘ jenen grundlegenden Gesetzestext,²⁹ in dem die Strukturen und Elemente der Verfassungsordnung in normativer Form kodifiziert und damit zugleich konkretisiert sind.³⁰ Ein Blick in die Geschichte und auf die heutige Praxis der Staatenwelt lehrt, dass ein staatliches Gemeinwesen auch ohne ein solches Grundstatut auskommen kann – Beispiele hierfür sind Großbritannien, Israel und Neuseeland. Schöpfer des Verfassungsstatuts ist – nach einer Formulierung von *Carl J. Friedrich*³¹ – die verfassungschaffende Gruppe,

²⁶ Siehe dazu *Tobias Winkler*, Die Vereinten Nationen im Gefüge der internationalen Organisationen, 2018, S. 117 (m. w. N.); dazu ferner *Giovanni Biaggini*, ZSR 119 (2000), 445, 450.

²⁷ Siehe statt vieler *Carsten Nowak*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. 1, 2017, Rn. 53 zu Art. 1 EUV; weiterführend dazu (mit ausführlichen Nachweisen) *Giovanni Biaggini*, ZSR 119 (2000), 445, 448 ff. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Jahr 1967 den EWG-Vertrag als „Verfassung“ bezeichnet (E 22, 293, 296).

²⁸ *Giovanni Biaggini*, ZSR 119 (2000), 445, 464; tendenziell anders jedoch *Görg Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 16.

²⁹ Wobei es sich lohnt, auch die geläufigen Vorstellungen von Gesetzestexten näher auszudifferenzieren und zu hinterfragen; siehe dazu (im Hinblick auf die US-amerikanische Verfassung) *Michael S. Moore*, Constitutional Commentary 6 (1989), 51, 56 ff.

³⁰ Zur Nähe zwischen dem hiesigen Begriff des Verfassungsstatuts und dem, was man im Anschluss an *Carl Schmitt* häufig ‚Verfassungsgesetz‘ nennt, siehe unten: Zweites Kapitel, III.2. (dort insbesondere Fn. 49).

³¹ Der Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953, S. 148.

die beispielsweise in der Gestalt eines Verfassungskomitees, eines Konvents oder eines Runden Tisches auftreten kann.³² Wenn es ihr gelingen soll, ein Verfassungsstatut zu entwerfen und dessen Vorschriften als geltende Normen zu etablieren, muss sie sich darum bemühen, den Vorstellungen und Erwartungen des *pouvoir constituant* zu entsprechen. Die Herausforderung besteht darin, die vom *pouvoir constituant* für richtig befundenen Grundstrukturen der Verfassungsordnung zu identifizieren und korrekt zum Ausdruck zu bringen.³³ Grundsätze wie die parlamentarische Demokratie, die Gewaltenteilung und der Föderalismus bedürfen einer solchen Ausgestaltung und Konkretisierung, um praktikabel und wirksam zu sein. Hierbei verbinden sie sich unweigerlich mit Akzidenzien.³⁴

Wo ein Verfassungsstatut existiert, verdankt es dem Bezug auf die Verfassungsordnung seine Rechtfertigung und seinen Sinn.³⁵ Dabei kann die Idee, dass der politische Betrieb und die staatliche Herrschaft durch ein Verfassungsstatut berechenbar gemacht und stabilisiert werden sollen, in der Verfassungsordnung selbst angelegt sein. Im modernen Verfassungsstaat sind die Geltung und die Maßgeblichkeit des Verfassungsstatuts als Elemente der Verfassungsordnung zu verstehen³⁶ – Ausnahmen wie Großbritannien bestätigen diese Regel. In ihrem Verhältnis zur jeweiligen Verfassungsordnung spielen Verfassungsstatuten nichtsdestoweniger eine dienende Rolle: ihr Zweck besteht darin, jene zu realisieren.³⁷ Eben dieser Zusammenhang wird sich für das Problem des Ausnahmezustands als entscheidend erweisen, auf das wir an späterer Stelle zurückkommen werden.³⁸

³² Der Sache nach ähnlich *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., 1957, S. 91.

³³ Ähnlich *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., 1957, S. 76.

³⁴ Vgl. *Carl J. Friedrich*, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, S. 163 f. (der einige aufschlussreiche historische Beispiele anführt) sowie *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., 1957, S. 76.

³⁵ Siehe dazu auch *Ota Weinberger*, ARSP 76 (1990), 100, 107.

³⁶ Zu diesem Zusammenhang *Giovanni Biaggini*, ZSR 119 (2000), 445, 468.

³⁷ Ein solches Eingeständnis läuft keineswegs auf eine Abwertung von Verfassungsstatuten hinaus – im Gegenteil: wo der Bestand des Verfassungsstatuts ein Element der Verfassungsordnung markiert (wie in den meisten freiheitlich-demokratischen Staaten), ist Letztere darauf angewiesen, dass ein entsprechendes Verfassungsstatut in Kraft gesetzt und respektiert wird. Es wäre ein grobes Missverständnis der hier vorgetragenen Lehren, wenn man darin eine Fortsetzung der früheren Entgegensetzung von „geschriebener“ und „wirklicher“ Verfassung sehen wollte, wie sie beispielsweise von *Ferdinand Lassalle* zur Diskussion gestellt worden war (Über Verfassungswesen, 1862 [Sonderausgabe 1958], S. 39, 55).

³⁸ Siehe dazu unten: Drittes Kapitel, V.2.c.

3. Der Begriff ‚Verfassungsrecht‘

a. Die Abhängigkeit des Begriffs ‚Verfassungsrecht‘ vom Begriff ‚Recht‘

Wenn man in der Vergangenheit über den Begriff ‚Verfassungsrecht‘ nachgedacht hat, tendierten die meisten Autoren dazu, vorrangig das Bestimmungswort (Verfassung) zu thematisieren und das Grundwort (Recht) als Selbstverständlichkeit hinzunehmen. Für den juristischen Umgang mit der Verfassung hat sich dies als Verhängnis erwiesen. Das Vorliegen von Verfassungsrecht hat – in allgemeinste Form ausgedrückt – mit der Verrechtlichung der Verfassungspraxis zu tun: Verfassungsrecht existiert, soweit man mit einer Verrechtlichung des politischen Betriebs und der Regierungsgewalt (einschließlich des Staat-Bürger-Verhältnisses) durch jene Bestimmungen konfrontiert ist,³⁹ die sich aus dem Verfassungsstatut und aus der Verfassungsordnung ergeben. Wo es an einer solchen Verrechtlichung fehlt, kann keine Rede vom Verfassungsrecht sein.⁴⁰ Zwischen Recht und Verrechtlichung zu unterscheiden, ist dasselbe, als wollte man die Existenz von menschlichem Leben außerhalb von lebendigen Menschen behaupten.

Hier gilt, was bereits in den ersten beiden Teilen der „Theorie des öffentlichen Rechts“ dargelegt worden ist: Verrechtlichung ist danach gleichbedeutend mit der Justitiabilität von Konflikten.⁴¹ Zum Verfassungsrecht zählen somit jene Bestimmungen des Verfassungsstatuts und solche prinzipiellen Festlegungen der Verfassungsordnung, die sich eignen, im Falle einer bestrittenen Rechtsbehauptung bei einer gerichtlichen Entscheidung als normativer Entscheidungsmaßstab zu dienen.⁴² Wie sämtliches andere Recht ist auch das Verfassungsrecht – sofern es sich um Recht in einem anspruchsvollen Sinne dieses Begriffs handeln soll – nicht von der Norm, sondern vom Konflikt her zu konzipieren:⁴³ für die Rechtsqualität von Verfassungsvorschriften ist die Möglichkeit einer Behauptung im Rechtskon-

³⁹ Auf die mangelnde Übersetzbarkeit des Ausdrucks ‚Verrechtlichung‘ weist *Jean-François Aubert* hin (La Constitution, son contenu, son usage, 1991, S. 134 [dort in Fn. 253]).

⁴⁰ Von einer „Rechtswissenschaft ohne Recht“ sprach im Hinblick auf eine Leugnung der rechtlichen Qualität von Verfassungen *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 5.

⁴¹ Theorie des öffentlichen Rechts, 2017, S. 5 ff.; Theorie des öffentlichen Rechts II, 2019, S. 3 ff.

⁴² In dieselbe Richtung: *William W. Van Alstyne*, Journal of Legal Education 37 (1987), 174, 180 f. (der diese Frage mit dem Problem einer richterlichen Kontrolle gegenüber der Legislative vermengt).

⁴³ Demgegenüber fordert *Peter Häberle*, die „Fixierung auf die Rechtsprechung“ zu überwinden (Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1998, S. 179). Der Sache nach verlangt

Sach- und Personenregister

- Abwehranspruch 12
AEUV 8
Ancien Régime 22
Antike 24
Arbeitsgerichtsbarkeit 63
Aristoteles 20
Aufsichtsbehörden 62, 64
Augsburger Reichs- und Religions-
frieden 31
Auslegungsmethoden 42
Ausnahmезustand 9, 57 ff.
- Beaud, Olivier* 19
Befugnisordnung 11
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 19, 65
Bonaparte, Napoléon 26
Bundespräsident 16
Bundestreue 51
Bund-Länder-Streit 70
Burke, Edmund 23
- Chaillon de Jonville, Augustin-Jean-
François* 22
Conseil Constitutionnel 68
Corona-Pandemie 16, 52
Cromwell, Oliver 24
- Datenschutzbeauftragter 62
DDR 68
De-Facto-Regime 18
Demokratie 5, 9, 51 f., 60
Dicey, Albert Venn 56
Drei-Elemente-Lehre 18
- EUV 8
Ewiger Landfrieden 31
Ewigkeitsgarantie 55
Flüchtlingskrise 52
- Föderalismus 9, 20, 60
Frankreich 25, 31, 44, 68
Französische Revolution 21, 26
Friedrich, Carl J. 8
- Gebotsnorm 11
Gemeindeordnung 8
Geschäftsordnung 16
Gesetzesauslegung 46 f.
Gesetzgebungszuständigkeiten 51
Gewaltenteilung 5, 9
Gewohnheitsrecht 51
Goldene Bulle 31
Grimm, Dieter 19
Großbritannien 4, 8 f., 16, 29, 56
Grundrechte 5, 12, 25, 33, 37, 57, 60, 71
Grundrechte-Charta (EU) 8
- Häberle, Peter* 42 f.
Haverkate, Görg 37
Herrenchiessee 7
Herrschaftsverträge 31
Holocaust-Leugnung 57
Huber, Ernst Rudolf 35
Humboldt, Wilhelm von 23
Hüter der Verfassung 63, 64, 67
- Innerer Notstand 58
Iran 68
Israel 8, 16, 29
- Jellinek, Georg* 18
- Kelsen, Hans* 12, 47, 73
Kolonialismus 29
Kommunalverfassungsrecht 8
Kommunistische Rechtstheorie 36 f.
Kommunistische Staaten 35, 37
Konstitutionalismus 1

- Kultusministerkonferenz 16 f.
 Landesverfassung 8
Lassalle, Ferdinand 33
 Leges fundamentales s. Reichsgrund-
 gesetze
 Lehnsrecht 30
Leibholz, Gerhard 75
Lenin, Wladimir I. 26
 Lois fondamentales 31

 Menschenrechte 39 f., 50
 Ministeranklage 33
 Mittelalter 24, 30, 32
 Monarchie
 absolute 23, 28 f., 34
 konstitutionelle 25
Moreau, Jacob-Nicolas 22

 Nationalsozialismus 34 f., 37, 45, 56 f.
 Naturrecht 32, 50
 Neuseeland 8, 16, 29
 Normativität 37
 Normenkontrolle
 abstrakte 74
 konkrete 71 f.
 präventive 67, 69
 Norwegen 56

 Ombudsperson 62
 Organkompetenz 12
 Organstreit 69 f.
 Originalismus 48

 Parlamentarischer Rat 7
 Parlamentarisches Kontrollgremium
 62
 Parlamentsgesetze 13, 73
 Parlamentsvorbehalt 52
 Plebiszit 26
 Polen 25
 Polizei- und Ordnungsrecht 57
 Polizeiverordnung 73
 Popularklage 74
 Positivismus 49 ff.
 Pouvoir constituant 6 f., 9, 14, 26 ff., 47

Preuß, Ulrich K. 19
 Programmsatz 12, 38

 Rechnungshof 62
 Rechtsstaat 11 f., 52, 60, 64, 73
 Rechtsstaatsprinzip 51
 Rechtsverordnungen 13
 Regierung 16
 Reichsgrundgesetze 31
 Restauration 29
 Revolution 21 f., 55 f., 59
 Richterliche Unabhängigkeit 46, 62
 Runder Tisch 9

 Satzungen 13
Schmitt, Carl 27, 47, 64 f., 75
 Senat (Frankreich) 68
 Sezession 18
Sieyès, Emmanuel Joseph 22, 26, 68
 Souveränität 17 f., 28
 Spannungsfall 58
 Staatlichkeit 17 f., 31, 54
 Staatsbegriff 18
 Staatsform 20, 63
 Staatsgerichtshof 69 f.
 Staatsstrukturprinzipien 52
 Staatsutopien 24
 Staatszielbestimmungen 12, 38, 65
 Stadtverfassungen 24
Stalin, Josef W. 26
 Stare decisis 45
 Strafrecht 57
 Subjektive Rechte 12, 36 f., 39 f., 74
 Supreme Court 39, 74 f.

Triepel, Heinrich 70

 UN-Charta 7
 Unionsrecht 8
 Unionsverfassung 8
 USA 25, 38

Vattel, Emer de 34
 Verbandskompetenz 12
 Verbotsnorm 11
 Verfassunggebende Gewalt s. pouvoir
 constituant

- Verfassungsänderung 15, 54, 64 ff.
Verfassungsauslegung 41 ff., 44 ff., 53 ff.
Verfassungsausschuss (DDR) 68
Verfassungsbeschwerde 71 f.
Verfassungschaffende Gruppe 8
Verfassungsfunktionen 2
Verfassungsgerichtsbarkeit 61 ff., 64 ff.,
67 ff., 70 f., 73, 75
Verfassungsgesetz 27
Verfassungsinterpretation s. Verfas-
sungsauslegung
Verfassungsjury (Frankreich) 68
Verfassungskomitee 9
Verfassungskonvent 7, 9
Verfassungsprinzipien 5, 52
Verfassungsrat 67 ff.
Verfassungsstaat 13
Verhaltensordnung 11
Verhältnismäßigkeit 52
Verteidigungsfall 58
Vertrag 26
Verwaltungsakt 72
Verwaltungsgerichtsbarkeit 73
Völkerrecht 6
Vollstreckung 11
Vorabentscheidungsverfahren 72
Wächterratt (Iran) 68
Wahlkapitulation 31
Westfälischer Frieden 31
Zivilgerichtsbarkeit 63, 73
Zivilprozess 35
Zivilrecht 57

