

## 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: <i>lois fondamentales</i> . . . . .	13
b) England: <i>fundamental laws</i> und <i>constitution</i> . . . . .	13
4. Die Anerkennung von <i>leges fundamentales</i> 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 Sieyes . . . . .	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 Charte 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 Verfassungnormaltypus und Verfassungsidealotypus als weiterer Vorzug eines typologischen Verfassungsverständnisses . . . . .	82
(1) Die verschiedenen Arten von Typen . . . . .	83
(a) Der deskriptive Verfassungnormaltypus . . . . .	83
(b) Der deskriptive Verfassungsidealotypus . . . . .	83
(c) Der normative Verfassungsidealotypus . . . . .	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
<b>III. Der Verfassungstypus des demokratischen Verfassungstaates:</b>	
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. Verfassunggebung . . . . .	123
I. Gegenstand und Geschichte der Lehre von der Verfassunggebung . . . . .	123
1. Einführung und Gegenstand der Lehre von der Verfassunggebung . . . . .	123
2. Die Geschichte der Lehre von der Verfassunggebung . . . . .	125
a) Emmanuel Joseph Sieyes und die Unterscheidung zwischen pouvoir constituant und pouvoir constitué . . . . .	126
b) Carl Schmitt und die Lehre von der verfassunggebenden Gewalt . . . . .	127
II. Moderne Ansichten zur Lehre von der Verfassunggebung . . . . .	129
1. Der Bezugspunkt der Verfassunggebung . . . . .	129
2. Das Wesen der Verfassunggebung . . . . .	131
a) Die Sondersituation der Verfassungsgenese: das Nicht-bestehen eines rechtsordnungsimmanenten Ableitungszusammenhangs . . . . .	131
b) Die Positionen Sieyes' und Schmitts . . . . .	132
c) Verfassunggebung 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 quasiverfahrensrechtlicher 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 verfassunggebenden 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 <i>pouvoir constituant</i> . . . . .	166
2. Die Verfassungsänderung als verfassungsgebundene Maßnahme von <i>pouvoirs constitués</i> . . . . .	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 Revisionsschranken . . . . .	179
(1) Das Grundprinzip für die Herleitung ungeschriebener Schranken der Verfassungsrevision . . . . .	179
(2) Die Bedeutung ungeschriebener Revisionsschranken für die Abgrenzung von Verfassunggebung 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 kontinuitätswahrender und Diskontinuität begründender Verfassungsrechts-erzeugung . . . . .	186
c) Die Differenzierung zwischen legaler und illegaler Verfassungsrechtserzeugung . . . . .	188
d) Die »Illegalität« revolutionärer verfassunggeberischer 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 Problemkreis der Zuordnung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung . . . . .	194
a) Die Verfassunggebung im verfassunglosen 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 constitutionnel institué« .	213
cc) Die umfassende Verrechtlichung der Verfassungsrechtserzeugung . . . . .	214
(1) Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit verfassunggeberischer Akte . . . . .	215
(2) Die politisch-faktisch fortbestehende Möglichkeit verfassunggeberischer 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 Verfassungskrafttreten . . . . .	218
aa) Konsens hinsichtlich der faktischen Möglichkeit neuerlicher Verfassunggebung . . . . .	218
bb) Dissens hinsichtlich Existenz und Inhalt rechtsverbindlicher Vorgaben für den pouvoir constitutionnel . . . . .	219
(1) Fehlen bzw. Irrelevanz rechtlicher Festlegungen für künftige verfassunggeberische Akte . . . . .	220
(2) Existenz und Relevanz rechtlicher Festlegungen für künftige verfassunggeberische 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 <i>pouvoir constituant</i> und rechtliche Verbotenheit oder Erlaubtheit neuerlicher Verfassunggebung? . . . . .	224
a) Verfassungsbinding des <i>pouvoir constituant</i> und daraus resultierende rechtliche Verbotenheit neuerlicher Verfassunggebung? . . . . .	225
aa) Rechtsverbindliches verfassungsrechtliches Verbot neuerlicher verfassunggeberischer Akte kraft Selbstbindung des <i>pouvoir constituant</i> ? . . . . .	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 Selbstbindungslehre mit dem regelmäßig vorausgesetzten überstaatlichen Recht . . . . .	239
(c) Resümee . . . . .	240
bb) Exkurs: rechtsverbindliches Verbot neuerlicher verfassunggeberischer Akte aufgrund Untergangs eines überstaatlichen Rechts auf Verfassunggebung? . . . . .	242
b) Bindung des <i>pouvoir constituant</i> an überstaatliches Recht und daraus resultierende rechtliche Erlaubtheit neuerlicher Verfassunggebung? . . . . .	243
aa) Rechtsverbindliche verfassungsrechtliche Erlaubnis für künftige verfassunggeberische Akte? . . . . .	244
bb) Naturrechtsbindung des <i>pouvoir constituant</i> und daraus resultierende rechtliche Erlaubtheit neuerlicher Verfassunggebung? . . . . .	246
cc) Völkerrechtsbindung des <i>pouvoir constituant</i> 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 <i>pouvoir constituant</i> . . . . .	252

c) Ergebnis . . . . .	254
<b>III. Die Zuordnung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung – Entwicklung einer Lösung . . . . .</b>	<b>255</b>
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« des 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 Verfassungsrechtszeugung . . . . .	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 <i>pouvoir</i> <i>constituant</i> -bezogene Ablösungsvorbehalt . . . . .	303
(a) Art. 146 GG a.F. als Beispiel für einen <i>pouvoir</i> <i>constituant</i> -bezogenen Ablösungsvorbehalt . . . . .	303
(b) Vergleich der Verfassungsablösung nach Art. 146 GG a.F. mit den Kategorien Verfassunggebung und Verfassungsänderung . . . . .	304
(2) Der <i>pouvoirs</i> <i>constitués</i> -bezogene Ablösungsvorbehalt . . . . .	309
(a) Die Totalrevision nach Art. 118ff der Schweizer Bundesverfassung von 1874 als Beispiel für einen <i>pouvoirs</i> <i>constitués</i> -bezogenen Ablösungsvorbehalt . . . . .	309
(b) Vergleich der formellen Totalrevision nach Art. 118ff BV 1874 mit den Kategorien Verfassunggebung und Verfassungsänderung . . . . .	313
(3) Vergleichende Betrachtung der beiden Arten von Ablösungsvorbehalten . . . . .	315
dd) Die Kriterien für eine Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung sowie ihr jeweiliges Gewicht . . . . .	317
(1) Einführung: die Analyse von Revisions- und Ablösungstatbeständen im Hinblick auf das Fehlen eines oder mehrerer verfassungsänderungsspezifischer Merkmale . . . . .	320
(a) Formelle Bindungen und/oder materielle Begrenzungen . . . . .	320
(b) Das Ziel der Verfassungsfertigung . . . . .	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 Verfassungsfertigung . . . . .	322
(c) Das Merkmal des rechtlichen Ableitungszusammenhangs . . . . .	324
(3) Die Möglichkeit einer theoretischen Unterscheidung von Verfassunggebung 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 Verfassunggebung . . . . .	329
(2) Die konstitutive Verfassungsablösung als besonderer Fall der Verfassungsänderung . . . . .	330

ff) Die Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung anhand des Merkmals der Originarität bzw. Derivativität der Verfassungsrechtserzeugung . . . . .	332
c) Ergänzende Überlegungen . . . . .	334
aa) Einzahl oder Mehrzahl von Konstellationen, in denen eine theoretische Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung ausgeschlossen ist? . . . . .	335
bb) Die Übertragbarkeit der theoretischen Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung auf konkrete Verfassungsordnungen . . . . .	338
4. Der gemischt begrifflich-typologische Charakter von Verfassunggebung und Verfassungsänderung . . . . .	340
a) Die Begründung des gemischt begrifflich-typologischen Charakters der Differenzierung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung . . . . .	341
b) Die gliedstaatliche Verfassungschöpfung im Bundesstaat im Lichte eines gemischt begrifflich-typologischen Verständnisses der Verfassunggebung: Anwendung und Überprüfung der bisherigen Ergebnisse . . . . .	346
aa) Das Problem der Verfassunggebung im Bundesstaat . . . . .	347
bb) Die Originarität bzw. Derivativität 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 Verfassunggebung . . . . .	352
(3) Die Maßgeblichkeit der konkreten Bundesverfassung für die verfassungstheoretische Charakterisierung der Landesverfassungschöpfung . . . . .	352
c) Resümee . . . . .	355
E. Die Konsequenzen der Abgrenzung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung anhand des Kriteriums der Originarität bzw. Derivativität . . . . .	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 Verfassunggebung 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 Vorbehalt des Verfassunggebers . . . . .	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 Verfassunggebung 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 (Verfassungersetzung) . . . . .	392
a) Das Argument der rechtlichen Irrelevanz verfassungsrechtlicher Festlegungen für die verfassunggebende Gewalt . . . . .	393
b) Das Argument der Beteiligung des Volkes an der Verfassungschöpfung . . . . .	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 verfassunggebenden Gewalt . . . . .	398
IV. Die Zuordnung konkreter Normerzeugungsvorgänge zu den Kategorien Verfassunggebung und Verfassungsänderung . . . . .	402
1. Die Zuordnung verfassungsmäßiger Fälle der Verfassungsrechtserzeugung zu den Kategorien Verfassunggebung 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 Verfassunggebung 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 verfassunggebenden Gewalt kraft eines Auftrags des <i>pouvoir constituant</i> . . . . .	421
(2) Organhandeln ohne Auftrag der verfassunggebenden Gewalt . . . . .	423
cc) Handeln neu installierter Organe . . . . .	425
c) Die Schwierigkeit der Ermittlung des (Auftrags-)Willens der verfassunggebenden Gewalt . . . . .	426
aa) Die Maßgeblichkeit der Ex-post-Perspektive . . . . .	426
bb) Die Ermittlung des (Auftrags-)Willens der verfassunggebenden Gewalt . . . . .	427
(1) Die Praxis des Organhandelns ohne eindeutig feststellbaren Auftrag der verfassunggebenden Gewalt . . . . .	428
(2) Die nachträgliche Genehmigung oder Mißbilligung des eigenmächtigen Organhandelns durch die verfassunggebende 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 Verfassungähnlichkeit rechtsverbindlicher verfassungsvorbereitender Normen . . . . .	443
bb) Die Figur der durch rechtsverbindliche verfassungsvorbereitende Normen antizipierten Verfassunggebung . . . . .	445
cc) Die vorverfassungsrechtliche Verrechtlichung des Prozesses der Verfassungschöpfung und ihre Auswirkungen auf den Träger der verfassunggebenden 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