

Schriften zur Rechtslehre

Heft 81

Die Bindung des verfassungsändernden
Gesetzgebers an den Willen des historischen
Verfassungsgebers

Von

Dr. Erich Tosch



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

ERICH TOSCH

**Die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den
Willen des historischen Verfassungebers**

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 81

Die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Willen des historischen Verfassungsgebers

Von

Dr. Erich Tosch



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04403 7

Inhaltsverzeichnis

A. Überblick über den Gang der Darstellung	15
B. Vom Berufe der Zeit zur Verfassunggebung	17
I. Allgemeine Stellungnahmen	17
II. Typische Verfassunggebungen	18
1. Entstehung neuer Staaten	18
2. Verfassunggebungen nach der Beseitigung alter Verfassungen	18
III. Staaten ohne historischen Verfassungsgeber	19
IV. Ergebnis	19
C. Die Verfassungsbegriffe	21
I. Zur Begriffsbildung	21
II. Übersicht	21
III. Überpositive Verfassungsbegriffe	24
1. Rechtsprechung	24
2. Literatur	24
a) von Hippel	24
b) Bachof	25
c) Kägi	26
d) Haug	26
e) Allgemein: Legitimität einer Verfassung	27
3. Die überpositiven Menschenrechte und das Grundgesetz	27
4. Kritik	28
a) Immanente Kritik	28
b) Erkennbarkeit eines allgemeingültigen Wertsystems	29

c) Notwendigkeit einer entscheidenden Autorität	31
d) Stellungnahme zum Bekenntnis des GG	31
5. Ergebnis	33
IV. Idealbegriff der Verfassung	33
1. Schilderung	33
2. Kritik	34
V. Soziologische Verfassungsbegriffe	35
1. Denkbare Anknüpfungspunkte	35
2. Die tatsächlichen Machtverhältnisse als Verfassung in der Lehre Lasalles	35
a) Schilderung	35
b) Kritik	36
3. Somlós Verfassungsbegriffe	37
a) Schilderung	37
b) Kritik	38
4. C. Schmitts absoluter Verfassungsbegriff	39
a) Schilderung	39
b) Kritik	40
5. Die Verfassung nach der Integrationslehre Smends	42
a) Die Integrationslehre	42
b) Stellungnahme zur Integrationslehre	44
c) Die Verfassungsbegriffe Smends	45
d) Verfassungsrechtliche Folgerungen aus der Lehre Smends	46
e) Die Auswirkung der Lehre Smends auf die Normqualität der Verfassung	46
6. Gemeinsame Kritik an den soziologischen Verfassungsbegrif- fen: Die gebotene Trennung von Norm und Wirklichkeit	47
VI. Der materielle Verfassungsbegriff	48
1. Der Verfassungskern als Verfassung im materiellen Sinne ..	49
a) Die Bestimmung des Verfassungskerns aus dem Gesamt- zusammenhang der Verfassung	51
b) Das Verhältnis eines Verfassungsgrundsatzes zu konkreti- sierenden Einzelbestimmungen	52
aa) Die Lehre Bridel / Moors zur inhaltlichen Normenhier- archie	52
bb) Das Verhältnis des Art. 1 GG zu den nachfolgenden Grundrechten als Beispiel	53
cc) Die Untrennbarkeit des Verfassungskerns von konkre- tisierenden Vorschriften	54

2. Die Verfassung als Normenkomplex, der die Organe und das Verfahren der Gesetzgebung bestimmt	56
a) Die Entwicklung des Verfassungsbegriffs nach der reinen Rechtslehre	56
b) Gemeinsamkeiten der reinen Rechtslehre mit klassischen Lehren	59
c) Auseinandersetzung mit kritischen Stellungnahmen	59
aa) Identität der verfassungsändernden mit der gesetzgebenden Gewalt	59
bb) Zur Geltung verfassungswidriger Gesetze	61
α) Das konstitutive Element unrichtiger Entscheidungen	61
β) Die scheinbare Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze	61
γ) Die Zurechnung fehlerhafter Normsetzungsakte zur Rechtsordnung	62
δ) Die Unerläßlichkeit eines Fehlerkalküls	65
d) Der notwendige Inhalt der Verfassung in bezug auf die Gesetzgebung	66
aa) Inhalt	66
bb) Verfahren	67
cc) Organ	67
dd) Normen über die Gesetzgebung im Range unter der Verfassung	68
e) Die zu starke Verengung des Verfassungsbegriffs in der reinen Rechtslehre	70
3. Der hier vertretene materielle Verfassungsbegriff	70
VII. Der formelle Verfassungsbegriff	72
1. Zur Geistesgeschichte geschriebener Verfassungen	73
2. Der Begriff „Grundgesetz“	73
3. Auseinandersetzung mit der Kritik am formellen Verfassungsbegriff	73
VIII. Das Verhältnis des materiellen zum formellen Verfassungsrecht	74
1. Überschneidungen	74
2. Kodifikationsgebot in einer vorhandenen Verfassung	74
3. Das gesetzgebende Organ als notwendiger Inhalt der formellen Verfassung	75
4. Abweichungen des materiellen Verfassungsrechts vom Inhalt der Verfassungsurkunde	77
a) Obsoletwerden der formellen Verfassung	77
b) Allmähliche Verwirklichung der formellen Verfassung	78
c) Beabsichtigte Abweichungen	78
5. Ergebnis: Das maßgebliche Verfassungsrecht	78

D. Die Freiheit der verfassunggebenden Gewalt	80
I. Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit	80
1. Keine Bindung durch die innerstaatliche Rechtsordnung	80
2. Keine Bindung durch das Völkerrecht	80
3. Keine rechtliche Bindung an Wertvorstellungen	81
4. Keine rechtliche Bindung an Vorgegebenheiten	81
II. Die Freiheit von Form- und Verfahrensvorschriften	82
E. Die Unbestimmtheit des zur Verfassunggebung berufenen Organs	83
I. Das souveräne Volk als Verfassungsgeber kraft Naturrechts	83
1. Literatur	83
2. Proklamationen	84
3. Die Berufung des Grundgesetzes auf das Volk als Verfassungs- geber	85
4. Zustimmung des Volkes zur Verfassung	85
5. Volkssouveränität politisches Postulat	86
II. Das Völkerrecht als Einsetzungsnorm für die verfassunggebende Gewalt	87
1. Besatzungsrecht	87
2. Vertragliche Gründung eines Bundesstaates	88
3. Ergebnis: Keine positivrechtliche Bestimmung des verfassung- gebenden Organs	89
F. Die Ausstattung der Verfassung mit Rechtsqualität	90
I. Kein Ersatz der Einsetzungsnorm durch eine Rechtsidee	90
II. Verfassunggebung kein nur tatsächlicher Vorgang	91
III. Die Grundnorm	92
G. Der Träger der verfassunggebenden Gewalt	94
I. Allgemein	94
II. Die nähere Umschreibung des Normsetzers	94

1. Zur Bedeutung der Redakteure der Verfassung	94
2. Der Normsetzer beim Zusammenwirken verschiedener Organe	94
III. Rechtsdurchsetzende Organe	95
IV. Die ex-post-Bestimmung des verfassunggebenden Organs	98
1. Diktatur	98
2. Gründung eines Bundesstaates	98
3. Verfassunggebende Nationalversammlung	99
a) Das Volk als Staatsorgan	99
b) Entscheidungen vor dem Zusammentreten der verfassunggebenden Nationalversammlung	100
c) Die Einwirkungsmöglichkeiten des Volkes auf die verfassunggebende Nationalversammlung	100
d) Die verfassunggebende Tätigkeit der Nationalversammlung	101
e) Der Kompromißcharakter der Verfassung	102
f) Die angebliche Einheitlichkeit der verfassunggebenden Gewalt	102
g) Die Zustimmung des Volkes zum Verfassungsentwurf der Nationalversammlung	103
h) Ergebnis	103
V. Die fortschreitende normative Bindung der verfassunggebenden Gewalt	103
VI. Zur Entstehung des Grundgesetzes	104
H. Das Rechtsschicksal des Verfassungebers nach dem Akt der Verfassunggebung	105
I. Zur Permanenz der verfassunggebenden Gewalt des Volkes	105
II. Rechtsdurchsetzende Organe	105
III. Kein dauernd zur Verfassunggebung berufenes Organ	106
IV. Verfassungstranszendente Organe	106
V. Zum Übergang der verfassunggebenden Gewalt auf den verfassungsändernden Gesetzgeber	107
1. Der Begriff der Verfassungsänderung	107
a) Der Kernbegriff	107
b) Authentische Interpretation	108
c) Gesetzesvorbehalt	108

2. Der Geltungsgrund eines neuen Verfassungsartikels	109
a) Der Satz von der lex posterior	109
b) Die Revisionsklausel als Einsetzungsnorm	110
aa) Die Notwendigkeit einer Einsetzungsnorm	110
bb) Die Zugehörigkeit der Revisionsklausel zur Rechts- ordnung	111
α) Die behauptete Identität von verfassunggebender und verfassungsändernder Gewalt	111
β) Angeblich keine Normen im Range über der Ver- fassung	112
c) Die Normstufe der Revisionsklausel	113
d) Das Fehlerkalkül der Verfassung	114
3. Die gebotene Unterscheidung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung	115
4. Die Geltung der Verfassung nach dem Untergang des Ver- fassunggebers	115
I. Folgerungen auf die Unabänderbarkeit der Revisionsnorm	117
I. Verschiedene Rangstufen innerhalb der Verfassung	117
II. Keine Einsetzungsnorm für eine Änderung der Revisionsklausel	118
III. Regelungsmöglichkeiten des positiven Rechts	119
IV. Ergebnis: Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Willen des historischen Verfassunggebers	119
V. Erfolgte Änderungen der Revisionsklausel	120
J. Die Erstreckung der Unabänderlichkeit der Revisionsklausel auf niederrangige Normen	121
I. Die notwendige Eingrenzung	121
II. Die Unantastbarkeit des Bundestages	122
III. Die Unantastbarkeit des Bundesrates	123
IV. Die Unantastbarkeit des Gesetzgebungsverfahrens	123
K. Die Erstreckung der materiellen Schranken auf die Form- und Ver- fahrensvorschriften der Revisionsklausel	124
I. Die Auslegungsweise des Art. 79 III GG	124
II. Die Bestandsgarantie des Art. 79 I 1 GG	125

1. Übersichtlichkeit der Verfassung	125
2. Die Vereinbarkeit des Art. 79 I 2 GG mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz	126
3. Verstoß gegen die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung	127
4. Die Bedeutung der Föderativklausel	128
III. Die Bestandsgarantie und das Verfahren der Organe der verfassungsändernden Gesetzgebung	128
1. Verfahren	128
2. Der Bundestag	129
3. Der Bundesrat	129
IV. Die Unantastbarkeit der qualifizierten Mehrheiten	130
1. Erstreckung von der Bindung des einfachen Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung	130
2. Die Unvereinbarkeit einer Verschärfung der erforderlichen Mehrheiten mit dem Demokratiegrundsatz	131
3. Die Erstreckung des Demokratiegrundsatzes auf die qualifizierte Mehrheit	132
a) Die größtmögliche Freiheit bei absoluter Mehrheit	132
b) Die Bedeutung der qualifizierten Mehrheit für die Minderheitenrechte	133
L. Die Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung der Demokratie	135
M. Die konservative Tendenz der Verfassung	137
Literaturverzeichnis	138

X. Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Orte
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AdG	Archiv der Gegenwart
BK	Bonner Kommentar
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Diss.	Dissertation
DJT	Verhandlungen des deutschen Juristentages
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
GG	Grundgesetz
HdBdStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
JahrböfR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KudW	Der Kampf um den Wehrbeitrag
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RITD	Revue international de la Théorie du Droit
VerhdBT	Verhandlungen des deutschen Bundestages
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZöfR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

A. Überblick über den Gang der Darstellung

Die Revisionsklausel des Bonner Grundgesetzes soll unter verfassungstheoretischen Gesichtspunkten beleuchtet werden. Die Änderungsverbote, Art. 79 III GG, die qualifizierten Mehrheiten, Art. 79 II GG und die Formvorschrift Art. 79 I 1 GG geben Anlaß zu der Frage, ob die in Art. 79 GG enthaltenen Schranken und Erschwerungen als Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Willen des historischen Verfassungsgebers aufgefaßt werden können. Problematisch erscheint insbesondere, ob diese Vorschriften, die die Änderung des Grundgesetzes zum Gegenstand haben, ihrerseits einer Änderung zugänglich sind. Der Inhalt des Art. 79 III GG wird nur insoweit ausgelegt, als sich bestimmte ausdrückliche Änderungsverbote auf einzelne Elemente der ersten beiden Absätze des Art. 79 GG erstrecken könnten. Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt auf Art. 79 I 1 und II GG. Sollte sich aus normlogischen Gründen die Unabänderlichkeit dieser Absätze ergeben, so hätte dies weitere Unabänderlichkeiten zur Folge, die sich nicht unmittelbar aus Art. 79 III GG ergeben.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist das positive Recht. Hinzu kommt die Analyse bestimmter Vorgänge, die sich einer Regelung durch gesetztes Recht entziehen. Verfassungspolitische Postulate werden in die Erörterung einbezogen, dabei aber möglichst vom geltenden Recht unterschieden.

Zur Beantwortung der Frage, ob in der Revisionsklausel des Grundgesetzes eine Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Willen des Verfassungsgebers von 1949 gesehen werden kann, muß man sich darüber klar werden, wer Träger der verfassungsgebenden Gewalt ist, ob sie vom verfassungsändernden Gesetzgeber unterschieden werden kann und welches Rechtsschicksal sie nach Erlaß der Verfassung erleidet.

Wenn der Satz der Präambel des Grundgesetzes, „das deutsche Volk in den Ländern Baden, Bayern ...“ habe „kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beschlossen“, als Beschreibung eines historischen Vorganges aufzufassen ist, kann diese Beschreibung auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden. Aussagen des Grundgesetzes über ein tatsächliches Geschehen sind für die Wissenschaft nicht verbindlich. Ebensowenig kann das Grundgesetz selbst darüber entscheiden, wie es Rechtsqualität erlangt, wie

also sein Urheber, das „deutsche Volk“, die Befugnis zur Verfassunggebung erworben habe.

Anhand einiger typischer Verfassunggebungen soll entwickelt werden, wer allgemein allgemein als Träger der verfassunggebenden Gewalt in Frage kommt. An die Probleme heranzuführen wird die Schilderung der politischen Voraussetzungen der Verfassunggebung.

B. Vom Berufe der Zeit zur Verfassunggebung

I. Allgemeine Stellungnahmen

Die Frage, was unter einer Verfassung zu verstehen ist, wie sie Geltung erlangt und welchen Inhalt sie hat, ist mit juristischen Methoden zu beantworten. Gegenstand der Rechtswissenschaft ist das positive Recht. Der Politiker hat darüber zu entscheiden, wie seinen Zielsetzungen entsprechend eine Rechtsordnung inhaltlich auszugestalten ist, welche Rechtsordnung als richtig, welche als die beste anzusehen ist¹. Demnach ist es auch Aufgabe der Politik, den Zeitpunkt zu erkennen, der der richtige und geeignete zur Neuschaffung einer Verfassung ist. Auf die besondere Bedeutung dieses Zeitpunktes kommt es an, wenn es politisch seine Berechtigung haben soll, von einem historischen Verfassunggeber zu sprechen.

Für das Schicksal eines Volkes ist eine Verfassunggebung ein außergewöhnlicher Vorgang². Regelmäßig ist mit der Verfassunggebung eine ruckartige Verschiebung der Machtverhältnisse verbunden³. Die verfassunggebende Gewalt erscheint in ihrer Fülle in Krisenzeiten, wenn sie auf revolutionäre Weise die politischen und sozialen Verhältnisse durch neue ersetzt⁴. Auch das unorganisierte Volk kann in solchen wenigen entscheidenden Augenblicken durch Akklamation erkennbar einen Willen äußern⁵. Nur selten ergeben sich die Voraussetzungen für eine Verfassunggebung in einer Gesellschaft, die sich kontinuierlich weiterentwickelt⁶.

Besonders C. Schmitt⁷ hat die Bedeutung der Ausnahmesituation für die Verfassunggebung hervorgehoben. Grundtenor seiner Werke ist die Behauptung, die Geltung einer Norm setze eine normale Situation voraus. Im Ausnahmезustand sei die Zeit für eine politische Deziehung

¹ Kelsen, AllgStL S. 44 f.

² Ehmke, DöV 56, 455; Herzog, AllgStL S. 316.

³ Gutmann S. 56; Heller, StL S. 270; Lasalle S. 27 f.

⁴ Battelli S. 24; Burdeau III S. 172; Hauriou S. 281.

⁵ C. Schmitt, Verfl S. 83; diesen Sonderfall erkennt auch Schmitts Kritiker Haug, S. 160 an.

⁶ Burdeau III S. 178; Herzog, AllgStL S. 316; Preuß, DJZ 24, 651; C. Schmitt, Verfl S. 84.

⁷ PolTh S. 11, 20; Der Begriff des Politischen S. 34; Drei Arten S. 10, 22 f., VVDStRL 1, 91 f.