

§ 15 Staat und Verfassung

Josef Isensee

Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Staat als Thema der Staatsrechtslehre	1–20	II. Die Außenstaatlichkeit	139–144
I. Verfassungsstaat – wechselseitige Bedingtheit von Staat und Verfassung	1– 5	III. Die rechtsstaatliche Perspektive	145–150
II. Verdrängung von „Staat“ durch „Verfassung“?	6–18	IV. Die republikanische Sicht	151–153
III. Auf der Suche nach dem verfassungskompatiblen Bild des Staates	19–20	V. Die demokratische Sicht	154–158
B. Das Verhältnis von Staat und Verfassung im Spiegel des Grundgesetzes	21–45	VI. Die bundesstaatliche Sicht	159–162
I. Begrenzte Thematik des Verfassungsgesetzes	21–23	VII. Der Staat als juristische Person	163–165
II. Das fragmentarische Bild des Staates im Grundgesetz	24–29	E. Verfassung als Grundordnung und als Grundgesetz des Staates	166–201
III. Selbstbild des Verfassungsgebers in der Präambel	30–42	I. Das Verfassungsleitbild des Verfassungsstaates	166–176
IV. Anknüpfung der Verfassung an Staatsstrukturen	43– 45	1. Der Verfassungstypus	166–167
C. Staat als Voraussetzung und Gegenstand von Verfassung	46–136	2. Der Staatstypus	168–170
I. Dilemma der Staatsbegriffe	46	3. Die Legitimation	171–173
II. Das verfassungsneutrale Staatsmodell des Völkerrechts	47– 60	4. Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip	174–176
III. Der moderne Staat als präkonstitutioneller Typus	61–118	II. Die reale und die normative Verfassung	177–183
IV. Das Volk – staatsrechtlicher Verband und vorrechtliche Solidargemeinschaft	119–127	III. Form, Sinn und Inhalt der normativen Verfassung	184–192
V. Republikanische Tradition	128–132	1. Formelle Verfassung: Staatsgrundgesetz	184–186
VI. Besonderheiten deutscher Staatlichkeit und Verfassungstradition	133–136	2. Materielle Verfassung: rechtliche Grundordnung des Staates	187
D. Der verfassungsgeprägte Staat – Staatsbegriffe des Grundgesetzes	137–165	3. Unterscheidung „formelle Verfassung“ und „materielle“ Verfassung	188–190
I. Differenziertheit der Sache Staat – Pluralität der Begriffe	137–138	4. Was ist Verfassung?	191–192
		IV. Integrale Einheit von Staat und Verfassung	193–195
		1. Traditionelle Antinomien	193–194
		2. Die Strukturen des modernen Staates als Bestandteile der materiellen Verfassung	195
		V. Schutz des Staates durch die Verfassung	196–201
		F. Bibliographie	

A. Staat als Thema der Staatsrechtslehre

I. Verfassungsstaat – wechselseitige Bedingtheit von Staat und Verfassung

- 1** Auch der Verfassungsstaat ist Staat. Gleichwohl neigt die Staatsrechtslehre heute dazu, diese Qualität auszublenzen. Sie blickt auf die Verfassung und das Verfassungsgesetz. In ihnen zeigt sich der Verfassungsstaat als rechtliche und juristisch faßbare Größe. Die Staatlichkeit aber weist über das Normative hinaus. So mag es denn einer rechtswissenschaftlichen Disziplin als entbehrlich, wenn nicht gar als verfänglich erscheinen, sich ihr zuzuwenden. Dennoch ist Verfassung nicht zu verstehen ohne Staat. Dieser ist ihr Gegenstand und ihre Voraussetzung. In ihm erreicht sie Geltung und Wirklichkeit. Sie griffe ins Leere, wenn die staatlichen Strukturen zerbrächen. Es gibt keine Verfassung im failed state.
- 2** Auf der anderen Seite besteht kein Staat ohne eine Verfassung. Der Staat als solcher, gelöst von seiner Verfassung, ist ein Idealtypus, eine Kunstschöpfung der Theorie, eine Abstraktion der Allgemeinen Staatslehre. Der individuelle, wirkliche Staat ist notwendig in bestimmter Weise verfaßt. So zeigt sich das Staatliche der Bundesrepublik Deutschland nicht als metakonstitutionelle Urform, sondern als verfassungsrechtliche Prägung: als parlamentarische Demokratie, als sozialer Rechtsstaat, als Bundesstaat, als Republik.
- 3** Darin liegt an sich keine Besonderheit des Staates. Jedwede Organisation, gleich ob öffentlicher oder privater Natur, ist angewiesen auf eine Verfassung. Verfassung in einem weiten, formalen Sinn („Statut“) ist der Inbegriff der (geschriebenen oder ungeschriebenen) Regeln, welche die Bedingungen des Handelns und der Willensbildung festlegen¹. Die Organisation ist ihrerseits vorgeprägt durch ihr Substrat. Dieses bestimmt die mögliche Thematik, die mögliche Geltung und Reichweite ihres Statuts. Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob sie sich auf eine Kapitalgesellschaft bezieht oder einen Idealverein, auf eine Gemeinde oder eine Universität, auf die Europäische Union oder die Vereinten Nationen, auf die Welthandelsorganisation oder auf die Katholische Weltkirche. In diesem Sinne hat auch jedweder Staat eine Verfassung, mag er demokratisch oder autokratisch, freiheitlich oder despotisch organisiert sein. Unverfaßt ist lediglich die Anarchie. Doch die Verfassung des Staates ist mehr als die Spezifikation eines allgemeinen Typus. Sie ist nicht bloß Schema formaler Organisation, sondern Grundlage von Sinngebung und Akzeptanz. Über ihre funktionale Bedeutung hinaus erlangt sie Eigenwert. In ihrer Verbindung mit dem Staat entwickelt sich die Verfassung katexochen. Das zeigt schon der Sprachgebrauch. Die Rede von *der* Verfassung meint die Verfassung des Staates. Verfassungsrecht ist Bestandteil des Staatsrechts, Verfassungsgeschichte ein Zweig der Staatengeschichte.

Die staatliche Seite
des Verfassungs-
staates

Verwiesenheit des
Staates auf eine
Verfassung

Verfassung:
Schema formaler
Organisation

Verbindung von
Verfassung und
Staat

¹ Zu den Begriffen von Verfassung s. u. Rn. 166 ff.

Die alte Frage nach der besten Staatsform ist seit dem 18. Jahrhundert eingemündet in die nach der richtigen Verfassung. „Richtig“ gemäß den politischen Bedürfnissen der Moderne ist die Verfassung, welche die Macht des Staates in den Dienst des Rechts stellt und diesen verpflichtet, die Rechte der Bürger zu wahren und zu schützen, Freiheit in Sicherheit zu gewährleisten. Das sind die Grundintentionen, die den Verfassungsstaat leiten². Seine Verfassung wird durch bestimmte inhaltliche Garantien (als materielle Verfassung) und bestimmte Formqualitäten (als formelle Verfassung) gekennzeichnet.

4

Die „richtige“
Verfassung

Verfassungsstaat

Ihrem Inhalt nach wird die Verfassung gekennzeichnet durch eine Trias der Grundstrukturen Demokratie, Grundrechte, Gewaltenteilung³. Diese beziehen sich auf die organisierte Staatsgewalt, die um der Freiheit der Bürger willen demokratisch legitimiert, grundrechtlich gebunden und gewaltenteilig strukturiert wird. Ohne das Medium der Staatsgewalt könnte die von Verfassungen wegen verheißene Freiheit nicht wirklich werden und das Recht nicht zur Herrschaft gelangen. Die Staatsgewalt ist Gegenstand der Verfassung und ihr Pflichtenadressat, der Garant der Grundrechte, freilich auch ihr virtueller Widersacher. Die Gefährdungen, die von ihr ausgehen, werden aufgefangen und verarbeitet im System der Gewaltenteilung.

Inhaltlicher Kanon

Ihrem Rechtscharakter nach stellt sich die Verfassung als die höchste Norm der staatlichen Rechtsordnung dar, die einen Vorrang vor allen anderen Normen und Geltung gegenüber allen Organen des Staates beansprucht. Die Norm verkörpert sich zumeist in einem (Grund-)Gesetz, das, erschwert abänderbar, besonderen Bestandsschutz genießt⁴. Im Zusammenspiel der materiellen und der formellen Elemente gewinnt die Verfassung eigene Dignität. Der Typus ist geprägt durch die amerikanischen und französischen Verfassungsleitbilder des 18. Jahrhunderts. Die alten Muster wurden den raum-zeitlichen Gegebenheiten und Bedürfnissen des jeweiligen Staates angepaßt und substantiell angereichert. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland entspricht dem klassischen Typus.

Form der
Verfassung

2 Johann Caspar Bluntschli, der den Begriff vielleicht als erster literarisch verwendet, definiert ihn mit den Merkmalen: Säkularität des Staates und innerweltliche Legitimation, Absage an die absolute Staatsgewalt und an den Patrimonialstaat und „Behauptung, daß den Staatsbürgern ein Anteil gebühre an den öffentlichen Rechten“. Bluntschli sieht hier also charakteristische Merkmale des „modernen Staates“ gegeben; er unterscheidet den „Verfassungsstaat“ von einem unspezifisch verstandenen „Rechtsstaat“. Johann Caspar Bluntschli, Allgemeine Staatslehre, Bd. I, ³1875, S. 75, vgl. auch S. 68. – Zu Typus und Begriff des Verfassungsstaates im heutigen Verständnis: Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, S. 13 ff., 49 f.; Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, ²1966, S. 783 ff.; Martin Kriele, Die Herausforderung des Verfassungsstaates, 1970; ders., Einführung in die Staatslehre, ⁵1994, S. 93 ff., 312 ff.; Helmut Steinberger, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, 1974, S. 199 ff.; Peter Badura, Verfassung und Verfassungsgesetz, in: FS für Ulrich Scheuner, 1973, S. 19 (22, 24 ff.); Ernst-Wolfgang Böckenförde, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates (1997), in: ders., Staat – Nation – Europa, 1999, S. 127 (128 f.). – Zur Genese des Verfassungsstaates: Ernst Rudolf Huber, Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, besonders S. 188 ff.; Winfried Brugger, Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes, in: AöR 126 (2001), S. 338 ff. → Dieter Grimm, Ursprung und Wandel der Verfassung, Bd. I, § 1 Rn. 11 ff.; → Rainer Wahl, Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, Bd. I, § 2 Rn. 2 ff.

3 S. u. Rn. 166.

4 S. u. Rn. 184 ff.

5 Die Verfassung gründet im Staat. Die jüngere deutsche Geschichte bietet Lehrstücke für die Bedingtheit des Grundgesetzes durch sein staatliches Substrat. Das normative Ideal des deutschen Nationalstaates, dem es in seiner Verfassung von 1949 verpflichtet war, stieß sich an der Realität der deutschen Teilung. Es beanspruchte eine Garantenstellung für das ganze Deutschland und mußte sich doch damit abfinden, daß es nur im westlichen Teilstaat galt, innerhalb der Grenzen, die seiner Territorial- und Personalhoheit gesteckt waren. Die Grenze der DDR war auch für das Grundgesetz unüberwindlich⁵. Erst als diese der Bundesrepublik beitrug und so die gesamtdeutsche Staatseinheit wiederherstellte, konnte das Grundgesetz, seiner Intention gemäß, die Verfassung des ganzen Deutschland werden. Die Verfassungseinheit setzte die Staatseinheit voraus. Zwischen der Herstellung der ersteren und der letzteren lag notwendig eine logische Sekunde. Das entsprach der Vorgabe des Grundgesetzes, daß es in anderen Teilen Deutschlands „nach“ deren Beitritt in Kraft zu setzen sei (Art. 23 S. 2 GG a. F.)⁶.

Staatliche Bedingtheit der Verfassung

Teilung Deutschlands

Wiedervereinigung

Die Verfassung teilt also das Schicksal der Staatsgewalt, die sie rechtlich binden will. In dem Maße, in dem die Bundesrepublik sich in ihren Anfängen aus der Kuratel der Besatzungsmächte emanzipiert und zu Souveränität gefunden hatte, war die normative Bedeutung des Grundgesetzes gewachsen⁷. Sie nimmt ab in dem Maße, in dem sich der deutsche Staat in die Europäische Union eingliedert, ihr Hoheitsbefugnisse überträgt und sich ihren Ingerenzen öffnet. Mit der Verlagerung der Aufgaben und Befugnisse auf supranationale Einrichtungen schrumpft das Potential parlamentarischer Entscheidung im Verfassungsraum des Grundgesetzes, entleert sich grundgesetzliche Demokratie⁸. Die Kompetenzen von Bund und Ländern werden ausgezehrt, die von der Verfassung angestrebte Balance verschiebt sich; es treten Verwerfungen ein im föderalen Verfassungsgefüge⁹.

Europäische Integration

5 Vgl. BVerfGE 36, 1 (26 ff.); 77, 137 (147 ff.); *Georg Ress*, Grundlagen und Entwicklung der innerdeutschen Beziehungen, in: HStR I, ²1995 (¹1987), § 11 Rn. 55 ff., 65 ff.; → *Otto Luchterhand*, Die staatliche Teilung Deutschlands, Bd. I, § 10 Rn. 74 ff.

6 Näher *Josef Isensee*, Deutschlands aktuelle Verfassungslage – Staatseinheit und Verfassungskontinuität, in: VVDStRL 49 (1990), S. 39 (45 ff.); *Peter Lerche*, Der Beitritt der DDR – Voraussetzungen, Realisierung, Wirkungen, in: HStR VIII, 1995, § 194 Rn. 47 ff., 55 ff.

7 → *Hasso Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, Bd. I, § 9 Rn. 37 ff.

8 Dazu BVerfGE 89, 155 (172 ff.).

9 Näher mit Nachw. *Josef Isensee*, Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 719 (751 ff.).

§ 21

Die Identität der Verfassung

Paul Kirchhof

Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Bestand und Entwicklung einer Verfassung	1–37	2. Vorkehrung für verfassungsrechtliche Errungenschaften	46–48
I. Der Geltungsanspruch des Verfassungsgesetzes	1–27	III. Homogenitätsstandard für andere Rechtsordnungen	49–60
1. Entstehensquellen für Verfassungsrecht	1– 5	1. Länder	49–51
2. Der Textbefund	6– 8	2. Europäische Union	52–55
3. Der Geltungsanspruch	9–12	3. Die Ablösung des Grundgesetzes durch eine Folgeverfassung	56–60
4. Das Entstehen von Verfassungen	13–16	IV. Verfassungsbestand, Verfassungsänderung, Verfassungswandel	61–63
5. Die originäre Geltung der Verfassung	17–21	C. Der Inhalt der Identitätsgarantie	64–99
6. Die verfassungsgebende Gewalt	22–24	I. Die Verfassungsvoraussetzungen	67–78
7. Verfaßbarer und verfaßter Staat	25–27	1. Die Verbindlichkeit des Rechts	67–68
II. Die inhaltliche Gebundenheit jedes Verfassungsgesetzes	28–37	2. Staatlichkeit	69–71
1. Die Allgemeinheit des Verfassungsgesetzes	28–30	3. Vorgefundene Bedingungen der Staatlichkeit	72–75
2. Der Vorbehalt des Möglichen	31–34	4. Verfassungswirkung in der Zeit	76–78
3. Die in demokratischer Verfaßtheit angelegten Bindungen	35–37	II. Die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze des Grundgesetzes	79–99
B. Die Funktionen der Inhaltsgarantie	38–63	1. Der in den Grundsätzen angelegte Staatstypus	79–82
I. Fortgeltung als Regel, Änderbarkeit als Ausnahme	38–41	2. Die einzelnen Grundsätze	83–92
II. Stabilisierung der Verfassungsgeltung	42–48	3. Das Zusammenwirken der Grundsätze im Grundsätzlichen	93–99
1. Demaskierung des Verfassungsbruchs	42–45	D. Bibliographie	

A. Bestand und Entwicklung einer Verfassung

I. Der Geltungsanspruch des Verfassungsgesetzes

1. Entstehensquellen für Verfassungsrecht

1
Erste Quelle für
Verfassungsrecht:
Wissen

Eine Verfassung erwächst aus Wissen, Wille und Wirklichkeit. Sie dokumentiert den Stand von Rechtfertigung und Verfassungspraxis, spiegelt den Willen des Verfassungsgebers und beantwortet aktuelle Anfragen an Staat und Verfassung. Das Verfassungsgesetz ist Ausdruck eines gefestigten Rechtswissens, das aus bewährter Rechtskultur schöpft¹, historische Erfahrungen mit Institutionen, Werten, politischen Entwicklungen aufnimmt, heute auch Erkenntnisse der Wissenschaft berücksichtigt. Das Grundgesetz gewinnt Hauptinhalte aus den universalen Menschenrechten², dem die deutsche Rechtsentwicklung prägenden Bundesstaatsprinzip³, dem geschichtlich gewachsenen Gedanken der parlamentarischen Demokratie⁴ sowie dem rechtsstaatlichen Erfordernis einer Bindung an Gesetz und Recht⁵, der prinzipiellen Rücknahme staatlicher Gewalt auf sprachlich vermittelte Macht und einer Funktionenordnung⁶. Das Grundgesetz ist das Gedächtnis der Demokratie. In einem Kulturstaat wird der Akt der Verfassungsgebung eher zu einem Akt der Verfassungsweitergebung⁷.

2
Zweite Quelle für
Verfassungsrecht:
Wirklichkeit

Verfassungsrecht beantwortet zugleich die tatsächlichen Anfragen an die Grundordnung des Staates und nimmt Lebensverhältnisse auf, die ihr Maß und ihre Ordnung in sich tragen⁸. Das Grundgesetz baut auf die tatsächlichen Verfassungsvoraussetzungen von Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatshoheit⁹, weist die 1949 jüngst erlebte Bedrohung von Krieg und Diktatur entschieden zurück, sucht die verlorene staatliche Souveränität nach Innen und Außen zurückzugewinnen, baut in seinen Freiheitsrechten auf eine vorgefundene Lebenskultur, auf Bildung und Urteilskraft der Berechtigten im Demokratieprinzip, auf Zusammenhalt und Zugehörigkeit eines Staatsvolkes. Bestimmte Regelungen – wie das Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG, die Garantie der Privatschulen (Art. 7 Abs. 4 GG), der Ersatzdienst (Art. 12a GG), die

1 Zur Ablösung der in der „Natur“ angelegten Rechtsordnung durch die in der Quelle der Kultur vorgegebene Ordnung vgl. *Rüdiger Bubner*, Welche Rationalität bekommt der Gesellschaft?, 1966, S. 168 f.

2 Vgl. *Klaus Stern*, Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: *HSfR V*, 2000 (1992), § 108 Rn. 45 f.; *Josef Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, ebd., § 115, Rn. 43, 79; → unten *Häberle*, § 22.

3 → Unten *Jestaedt*, § 29.

4 → Unten *Badura*, § 25 Rn. 7 ff., 15, 20 ff.; → unten *Böckenförde*, § 24 Rn. 3 ff.

5 → Unten *Schmidt-Aßmann*, § 26 Rn. 33 ff.

6 → Unten *Schmidt-Aßmann*, § 26 Rn. 46 ff.

7 Vgl. schon *Thomas Hobbes*, *Leviathan*, 1651, chap. 26.

8 Vgl. zu dieser Bedingung des Rechts *Heinrich Dernburg*, *Pandekten*, Bd. I, 1892, S. 87; *Friedrich Carl von Savigny*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1892, S. 18; *Gustav Radbruch*, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: *FS für Rudolf Laun*, 1948, S. 165 f.; *Friedrich Müller*, *Normstruktur und Normativität*, 1966, S. 185 ff.

9 *Georg Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 31913, S. 174 ff., 394 ff.; *Martin Kriele*, *Einführung in die Staatslehre*, 51994, S. 73 ff.

Sozialisierung (Art. 15 GG), das erneuerte Asylrecht (Art. 16a GG), der Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG, die erweiterten Eingriffsmöglichkeiten der Art. 10 und 13 GG oder die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG – enthalten Antworten des Verfassungsgesetzgebers, deren Thema und Antwortstruktur durch aktuelle Bedürfnisse und Erwartungen an das Verfassungsrecht bestimmt sind. Das Grundgesetz formt Lebensverhältnisse in Rechtsverhältnisse um¹⁰ und gewinnt in dem Respekt vor der vorgegebenen und autonom entwickelten Wirklichkeit seine Freiheit. Deshalb garantiert Art. 12 GG die Berufsfreiheit nach den sich in einer arbeitsteiligen Wirtschaft entwickelnden „Berufsbildern“¹¹. Art. 14 GG knüpft an das zivilrechtlich gewachsene Privateigentum an¹², Art. 6 GG nimmt das erprobte Rechtsinstitut von Ehe und Familie auf¹³. Das Grundgesetz anerkennt ausdrücklich vorgefundene Institutionen wie Kirchen, Gemeinden, juristische Personen oder weist frühere, überwundene Rechtsgepflogenheiten wie den Zweikampf und die Todesstrafe zurück. Der Gleichheitssatz gibt diese Offenheit für das Sachgerechte im Erfordernis eines sachbereichsbezogenen einleuchtenden Grundes¹⁴ und eines Auftrags zur „realitätsgerechten“ Erfassung der Wirklichkeit¹⁵ an den Gesetzgeber als Erstinterpreten des Verfassungsrechts weiter.

Tradition, Wirklichkeit und Entwicklung bringen allerdings nicht Verfassungstexte in der Rationalität des Sprachlichen hervor, müssen vielmehr durch einen Verfassungsgesetzgeber sprachlich gefaßt und damit verdeutlicht und weiterentwickelt werden. Vor allem aber sind viele Verfassungssätze – insbesondere der Kompetenzordnung und der Einzelinhalte der Grundrechte – Ausdruck eines politischen Willens, Ergebnis der Beratungen und Abstimmungen in der verfassunggebenden Versammlung¹⁶. Die „Verfassunggebende Gewalt“¹⁷ ist damit – als verfassungweitergebende und realitätsverpflichtete Gewalt – der Entscheidungsträger, der das Verfassungsgesetz legitimiert, seinen Text und seinen Inhalt verantwortet und das Grundgesetz gegenwartsrecht fortbildet.

Eine Verfassung sucht unveränderbare Kerninhalte (Identität¹⁸ der Verfassung) auf Dauer an die Zukunft weiterzugeben (Kontinuität der Verfassung), die entwicklungsformenden Staatsorgane (Verfassung als Gedächtnis der Demokratie) zur verstetigenden Gestaltung zu drängen. Die Verfassung des

3

Dritte Quelle für
Verfassungsrecht:
Wille

Identität und
Kontinuität der
Verfassung

10 Vgl. Radbruch (N 8), S. 169ff.

11 Vgl. Rüdiger Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, ²2001 (¹1989), § 147 Rn. 35ff.

12 BVerfGE 70, 191 (199); 89, 1 (5f.).

13 BVerfGE 103, 89 (101); 105, 313 (345).

14 BVerfGE 75, 108 (157); 76, 256 (329); 82, 159 (180); 84, 239 (268).

15 BVerfGE 87, 153 (172); 93, 121 (136); 99, 216 (233); 99, 246 (260f.).

16 Zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes vgl. insbes. die Materialien des Parlamentarischen Rates, JöR N. F. 1 (1951), S. 380ff.

17 Udo Steiner, Verfassunggebung und Verfassunggebende Gewalt des Volkes, 1966; Dietrich Murswiek, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978; Ernst Wolfgang Böckenförde, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes, ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, 1986; Hans-Peter Schneider, Die verfassunggebende Gewalt, in: HStR VII, 1992, § 158.

18 Zum Begriff s. u. Rn. 64.

Deutschen Reiches vom 16. April 1871¹⁹ begründete „einen ewigen Bund zum Schutze des Bundesgebietes und des innerhalb desselben gültigen Rechts, sowie zur Pflege der Wohlfahrt des Deutschen Volkes“ (Präambel). Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919²⁰ hat sich das Volk in dem Willen gegeben, „sein Reich in Freiheit und Gerechtigkeit zu erneuern und zu festigen“. Das Grundgesetz ist nach seiner Präambel in der ursprünglichen Fassung vom 8. Mai 1949²¹ vom Deutschen Volk beschlossen worden, „um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben“. Durch den Einigungsvertrag vom 23. November 1990²² ist dieser Vorbehalt nach Erfüllung des Wiedervereinigungsauftrages entfallen. Auch 1990 hat jedoch die Verfassungsänderung ein staatliches Leben vorgefunden, das rechtlich legitimiert, geformt, ermächtigt und in seiner Mächtigkeit gemäßigt werden soll. Das Grundgesetz ist von Anfang an nicht dazu bestimmt, einen neuen Staat zu gründen²³, sondern sucht in dem vorgefundenen demokratischen Ausgangsbefund – dem „Deutschen Volk“ – eine neue demokratische und rechtsstaatliche Ordnung zu begründen und dadurch die vorausgehende Herrschaft zurückzuweisen und unwiederholbar zu machen. Auch die bewußte Zäsur des Jahres 1949 nimmt frühere Verfassungsprinzipien auf: den „Bundestag“ und „Bundesrat“, damit Demokratie und die Bundesstaatlichkeit, das historisch gewachsene Staatskirchenrecht (Art. 140 GG), die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG), die in der Tradition der deutschen Sozialversicherung fundierte Sozialstaatlichkeit – unverfügbare Vorgaben²⁴ oder zumindest gewollte Anknüpfungen des deutschen Verfassungsstaates.

4

Wiedervereinigung
des Verfassungs-
staates oder Ver-
fassungsablösung?

Die Frage nach Legitimation und Entstehungsgrund der Verfassung, nach Identität und Kontinuität des Verfassungsrechts wurde zu einem zentralen Streitpunkt im Rahmen der Wiedervereinigung Deutschlands²⁵. Als die Deutschen in der ehemaligen DDR sich durchgerungen hatten, das Grundgesetz nach eingehender Überprüfung²⁶ als Verfassung des wiedervereinigten Deutschland anzuerkennen²⁷, aber auch eine gewisse Unsicherheit der Westdeutschen gegenüber ihrer Verfassung als „Provisorium und Transitorium“²⁸

19 RGBI, S. 63 ff.

20 RGBI, S. 1383 ff.

21 BGBI 1949/1950, S. 1 ff.

22 BGBI II, S. 885 (890).

23 BVerfGE 36, 1 (16).

24 *Odo Marquard*, Ende des Schicksals? (1976), in: ders., Abschied vom Prinzipiellen, 1981, S. 76f.; → oben *Isensee*, § 15 Rn. 43.

25 Vgl. bereits die Sondertagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1990 in Berlin mit Referaten von *Josef Isensee*, Staatseinheit und Verfassungskontinuität, in: *VVDStRL* 49 (1990), S. 39; *Christian Tomuschat*, Wege zur deutschen Einheit, ebd., S. 70, *Albrecht Randelzhofer*, Deutsche Einheit und europäische Integration, ebd., S. 101 sowie die Aussprache, ebd., S. 125 ff.

26 Vgl. Art. 4 und 5 Evtr sowie den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat, in: BT-Drs 12/6000 und BR-Drs 800/93; *Rupert Scholz*, Die Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat, in: *ZG* 1994, S. 1 ff.

27 Vgl. *Hans Joachim Meyer*, Geistige Voraussetzungen und Konsequenzen des Beitritts der DDR zur Ordnung des Grundgesetzes, in: *Essener Gespräche* 26 (1992), S. 112 ff.

28 Vgl. *Theodor Heuss*, Abschiedsansprache am 12. 9. 1959, abgedr. in: *BullBReg* Nr. 169, 1959, S. 693 (694).