

ANMERKUNGEN ZUM AKTUELLEN VERFASSUNGSBEGRIFF

Arno Kahl/Thomas Müller

ABSTRACT

Das Verstehen geltenden Verfassungsrechts, das Erfassen seiner rechtlichen Problemstellungen und Lösungsansätze setzt ein Verständnis seines Gegenstandes, der Verfassung voraus. Damit ist eine Präzisierung des Verfassungsbegriffes und seiner Prämissen auch in rechtsdogmatischer Hinsicht unumgänglich. Der „Ideenmarkt“ des Verfassungsbegriffs ist aber groß.

Die Verfassung kann eine Norm, einen politischen Zustand, eine Urkunde oder eine Funktion bezeichnen. Schließlich befassen sich auch mehrere Disziplinen mit Ausgestaltung, Entstehung, Wirkung und Bewertung von Verfassungen. Neben der Verfassungs(rechts)lehre ist hier die in letzter Zeit erstarkende Konstitutionenökonomik hervorzuheben, die eine spezifische Annäherung der Wirtschaftswissenschaft an das Verfassungsrecht erlaubt, gleichwohl aber nicht nur Normen im Rechtssinne erfasst. Folgerichtig werden unterschiedliche Verfassungsbegriffe und Bedeutungsebenen vertreten, dies noch dazu aus unterschiedlicher historischer, institutioneller, theoretisch-wissenschaftlicher, geographischer oder ideologischer Perspektive. Die Diskussion um den Verfassungsbegriff hat sich in der Rechtswissenschaft in den letzten Jahren auf den Konstitutionalisierungsprozess der Europäischen Union und anderer internationaler Organisationen (insb UNO, WTO) verlegt. Besonders stechen dabei die Auseinandersetzungen um Wesen und Wirken des Verfassungsverbundes und des Verfassungscharakters des Unionsrechts hervor.

Die folgende Abhandlung möchte zu den aktuellen Grundfragen eines modernen, rechtsdogmatisch verwertbaren Verfassungsbegriffs Stellung beziehen. Im Zentrum steht dabei die Konstruktion eines formell-funktionellen Verfassungsbegriffs.

1. DESKRIPTIVER ODER NORMATIVER VERFASSUNGSBEGRIFF

Der rechtswissenschaftliche Verfassungsbegriff hat sich entlang der klassischen Gegensatzpaare **materiell-formell, deskriptiv-normativ** zu aktualisieren.¹ Soll die Verfassung „Grundstrukturen und Grundanliegen einer Rechtsordnung in der Form von Rechtsnormen in Geltung setz[en]“,² dann ist ein juristischer, rechtsdogmatisch verwertbarer Verfassungsbegriff zwangsläufig ein normativer Begriff. Ein **deskriptives Verfassungsverständnis**, wie er etwa in den Werken *Smends*³ und *Schmitts*⁴ stark zum Vorschein kommt, kann daher keinesfalls Vorzug gegenüber einem normativen gegeben werden. Insb *Schmitts* Gedanken hatten weitreichende Konsequenzen, die letztlich die Machtergreifung des Nationalsozialismus⁵ rechtswissenschaftlich legitimierten: „[Die Unterordnung der Verfassungsgesetze] hat zur Folge, daß auch im Konfliktfall die informelle politische Grundentscheidung sich gegen ihren formellen rechtlichen Ausdruck durchsetzt.“ Damit öffnet *Schmitt* aber nicht allein den Blick für die hinter der gesetzten Verfassung stehende Struktur. Er gibt zugleich auch die Vorzüge der rechtlichen

¹ Zu den rechtswissenschaftlichen Begriffen im Überblick ua mwN *Gamper*, Staat, 32 ff; *Giegerich*, Verfassung, 304 f; *Henrich*, Verfassung, in FS Kelsen, 174 ff; *Koja*, Verfassung, in FS Walter, 349 ff; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht, 33 f.

² *Haack*, EuR 2004, 787.

³ *Smend* löst die Verfassung aus einer rein normativen Begrifflichkeit heraus und stellt so eine Dialektik her, indem er einen doppelten Verfassungsbegriff verwendet: Verfassung als positives Recht ist für ihn zugleich Norm und Wirklichkeit (*Smend*, Verfassung, 80).

⁴ Vgl *Schmitt*, Verfassungslehre, 25: „Richtig betrachtet sind jene grundlegenden politischen Entscheidungen auch für eine positive Jurisprudenz das Ausschlaggebende und das eigentlich Positive. Die weiteren Normierungen, die Aufzählungen und Abgrenzungen der Kompetenzen im einzelnen, die Gesetze, für welche aus irgendwelchen Gründen die Form des Verfassungsgesetzes gewählt wird, sind jenen Entscheidungen gegenüber relativ und sekundär[.]“

⁵ So konnte *Huber* 1937 schreiben: „Der Kern der Verfassung ist die ungeschriebene lebendige Ordnung, in der die politische Gemeinschaft des deutschen Volkes ihre Einheit und Ganzheit findet.“ (*Huber*, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches² [1937/1939], 55).

Machtkontrolle preis. Das Verfassungsgesetz bindet die Politik nur nach „Maßgabe der Grundentscheidung.“⁶ Und wer kann schon ohne freie Volksabstimmungen sagen, welche Grundentscheidung das „Volk“ nun getroffen hat, welche Entscheidung der „Volksseele“ oder ihrem „subjektivem Rechtsempfinden“ entspricht.

Die konsequente Loslösung der Rechtswissenschaft vom Seinsbegriff geschieht freilich um den Preis, dass die Rechtsgeltung der Verfassung nicht immer mit ihrer Wirksamkeit zusammenfällt.⁷ Einen rechtsdogmatischen, politisch neutralen Zugang zur Verfassung kann daher nur ein Begriff leisten, der **formelle Voraussetzungen** in sich aufnimmt.

2. DER AKTUALISIERTE FORMELL-FUNKTIONELLE VERFASSUNGSBEGRIFF

Formelles Verfassungsrecht kann folgende Elemente umfassen:⁸ Erschwerte Änderbarkeit und erhöhte formelle Gesetzeskraft, Aufnahme in eine Verfassungsurkunde sowie normenhierarchische Höchststrangigkeit oder doch Höherrangigkeit gegenüber einfachem Gesetzesrecht. Die Meinungen sind aber auch hier divergent.

Das Streben nach einer Verfassungsurkunde ist Ausdruck der alten Idee des Verfassungsvertrages. Der Verfassungstext dient der „normativen Stabilisierung“, Systematisierung und Rationalisierung des Verfassungsinhaltes und nicht zuletzt der Transparenz und Rechtssicherheit. Gleichwohl erscheint eine Kodifikation für eine Verfassung aber nicht begriffsnotwendig, was schon die Existenz ungeschriebenen Verfassungsrechts beweist, aber nach europäisch-kontinentaler und nordamerikanischer Tradition typisch.

⁶ Grimm, Zukunft, 149.

⁷ Die Spannung wird in der Wissenschaft zunächst im Wesentlichen einseitig, entweder nach der Wirklichkeitsseite oder nach der Normseite aufgelöst. Letzteres war im Rechtspositivismus *Kelsens* der Fall, der von einem unüberbrückbaren Dualismus Wirklichkeit – Norm ausgeht, wobei Erstere für Geltung und Sinn des Rechts unwesentlich ist. *Schmitt*, der die Weimarer Zeit juristisch dominiert, kritisierte *Kelsen* heftig und wandte sich der Wirklichkeitsseite zu. S. *Schmitt*, Verfassungslehre, 8 f. „Das politische Sein oder Werden der staatlichen Einheit und Ordnung wird [bei *Kelsen*] in ein Funktionieren verwandelt, der Gegensatz von Sein und Sollen wird mit dem Gegensatz von substanziellem Sein und gesetzmäßigem Funktionieren beständig vermengt.“ Der mangelnden Moralität bei *Kelsen* hält er das „wirkliche System“ des individualistischen Vernunft- und Naturrechts des 17. und 18. Jhdts und dessen konsequente Normativität entgegen. „Bei *Kelsen* dagegen gelten nur positive Normen, d.h. solche, welche wirklich gelten; sie gelten nicht, weil sie richtigerweise gelten sollen, sondern ohne Rücksicht auf Qualitäten wie Vernünftigkeit, Gerechtigkeit usw. nur deshalb, weil sie positiv sind. [...] [E]twas gilt, wenn es gilt und weil es gilt. Das ist ‚Positivismus‘.“

⁸ MwN *Peters*, Elemente, 51; *Schambeck*, Wirtschaftsverfassung, in: FS Korinek, 39 („Garantien des Zustandekommens und der Dauerhaftigkeit“); *Wolff*, Verfassungsrecht, 268.

Zentrales Element des formellen Verfassungsbegriffs ist freilich der **Verfassungsvorrang**.⁹ Der Vorrang ist in rechtsdogmatischer Hinsicht **begriffsnotwendig**.¹⁰ Die Verfassung ist danach **Geltungsmaßstab** der Rechtsordnung. Verfassungswidriges Recht ist kraft des Vorrangs der Verfassung entweder nichtig, vernichtbar oder unanwendbar. Dies hat insofern materielle Implikationen, als auf die Bindung und Begrenzung der öffentlichen Gewalt durch das Recht verwiesen wird.

Die Vorrangfrage bekommt besondere „Würze“, wenn sie auf überstaatliche Konstitutionalisierungsprozesse übertragen wird. Das Problem konfligierender Normen muss dann auf internationaler und supranationaler Ebene gelöst werden. Der europäische **Verfassungsverbund** (insb *Pernice*)¹¹ bringt es mit sich, dass neben das nationale Verfassungsrecht nichtstaatliche Verfassungsordnungen treten, die begriffsnotwendig bevorrangt sein müssen. Die Vorrangfrage spaltet sich dabei in zwei Aspekte, **den inneren und den äußeren Vorrang** auf. Betrifft Ersterer die Frage des Ranges einer Norm innerhalb einer Rechtsebene, stellt Zweiterer auf die Höherrangigkeit im Verhältnis von Normen der verbundenen Rechtsebenen ab. Bezüglich des Verhältnisses überstaatlicher Normensysteme zu innerstaatlichem Recht wird zumindest darauf abzustellen sein, dass Ersteres jenen Rang bekleidet, dem das originäre staatliche Verfassungsrecht zukommt.

Dabei ist auf Folgendes hinzuweisen:

Das hier vertretene Vorrangskonzept beinhaltet **keine Forderung nach Höchststrangigkeit** in der Rechtsordnung, sondern nach **Höherrangigkeit** gegenüber abgeleitetem Recht. Entscheidend ist, ob die betrachtete Rechtsnorm Vorrang gegenüber einfachem staatlichen Gesetzesrecht oder gemeinschaftsrechtlichem Sekundärrecht entfaltet. Es soll nicht verhehlt werden, dass nur auf der Basis dieser Annahme etwa dem WTO-Recht, das innerhalb der Unionsrechtsordnung Mezzaninrang einnimmt, in formeller Hinsicht Verfassungscharakter zugesprochen werden kann. Die Notwendigkeit der Höchststrangigkeit der Verfassung ist aber auch angesichts der Situation österreichischen Verfassung zweifelhaft: Zum einen teilt sich das österreichische Verfassungsrecht in Grundprinzipien und in nachrangiges sonstiges Verfassungsrecht mit der damit

⁹ *Wolff*, Verfassungsrecht, 272: „Formelles Verfassungsrecht ist bei einer dem heutigen Verfassungsverständnis angepassten Begrifflichkeit das Recht, das am Vorrang der Verfassung teilnimmt.“

¹⁰ S. *Winterhoff*, Verfassung, 112. *Peters* kommt aus einer mehr verfassungstheoretischen Perspektive und mit Hinweis auf den fehlenden Verfassungsvorrang in England oder die deutsche Reichsverfassung von 1871 auf das gegenteilige Ergebnis: *Peters*, Elemente, 63: Der „Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht [ist] rein definitivisch kein notwendiges Merkmal einer Verfassung“, dennoch sieht sie in der Hierarchisierung des (Primär)Rechts ein entscheidendes Element weiterer Konstitutionalisierung.

¹¹ S. dazu rezent: *Müller*, Verfassungsverbund, in Gimesi/Hanselitsch (Hrsg.), Geben [in Druck].

verbundenen Möglichkeit „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“, zum anderen ist es selbst, zumindest was das sonstige Verfassungsrecht in stufenbautheoretischer Hinsicht betrifft, vom Unionsrecht überlagert. Es ist damit nicht immer höchstrangig, wengleich ihm der Verfassungscharakter nicht abgesprochen werden kann.

Ein offener und entwicklungsfähiger Verfassungsbegriff muss auf einer tragfähigen Grundlage stehen, die neben formellen Voraussetzungen inhaltliche Mindestkriterien erfüllt. Folgerichtig wird auf einen gleichzeitig formellen und materiellen bzw funktionalistischen Begriff abgestellt.¹² Formelle und materiell-funktionalistische Elemente ergeben also zusammen den Verfassungsbegriff; dies ist Ausdruck der zweckhaften Verbundenheit beider Aspekte: Die Form ist Konsequenz der materiellen Verfassungseigenschaften, sie soll deren Wichtigkeit für das Gemeinwesen hervorheben und bringt ihrerseits inhaltlichen Gewinn (Transparenz, Rechtssicherheit, Ermöglichung einer Verfassungskontrolle durch den Verfassungsvorrang, Minderheitenschutz durch erschwerte Abänderbarkeit).¹³ Sie ist idS gleichzeitig Mittel zur Verwirklichung normativer Ziele und materielle Ergänzung der Verfassung.

Der **materielle Verfassungsbegriff** geht über die Festlegung von Kriterien der Erkennbarkeit hinaus und will die Frage beantworten, was eine Verfassung regeln soll. Er ist geprägt von unterschiedlichen Wertvorstellungen realer oder historischer, politischer und gesellschaftlicher Verhältnisse. Ein moderner, offener Verfassungsbegriff muss so formuliert sein, dass er nicht ein ganz bestimmtes historisch gewachsenes materielles Verfassungsverständnis, also einen Idealbegriff,¹⁴ perpetuiert und so die Entwicklungsfähigkeit von Rechtssystemen beeinträchtigt. Denn eine Anwendung des Verfassungsbegriffs auf andere Verbände als den jeweiligen Staat, in dem sich das Verfassungskonzept entwickelt hat, ist dann regelmäßig zum Scheitern verurteilt, eine Auseinandersetzung aus verfassungsrechtlicher Perspektive wird so erschwert. Diese Folgen sind subtil, aber im Ergebnis schwerwiegend. Auf ein Beispiel gebracht: Ein explizites „europäisches Verfassungsrechtsdenken“, das sich darüber Gedanken machen soll, wie die Versprechung des Verfassungsbegriffs, „*nämlich Recht und Politik miteinander zu verkoppeln, auf der europäischen Ebene normativ eingelöst werden kann*“¹⁵, kann nur dann greifen, wenn man vom überalteten Konzept einer rein funktionalen

Rechtsgemeinschaft endgültig Abschied nimmt und den Verfassungscharakter des Unionsrechts anerkennt. Nur so kann die dem Europa- und Verfassungsrechtswissenschaftler gestellte Aufgabe, die im Staat entworfene und teilweise verwirklichte Verfassungskultur auch in der Union herzustellen, zu wahren und fortzuentwickeln, erfüllt werden.

Es geht daher dem Verfassungsbegriff darum, zu bestimmen, ob eine Verfassung vorliegt oder nicht, aber nicht darum, ob sie „gut“ oder „schlecht“ ist. Damit wird das Entwicklungspotential der Verfassung nicht berührt. Die Frage, ob ein Regelwerk als Verfassung zu bezeichnen ist oder nicht, stellt nämlich – unter Zugrundelegung ausgewählter Kriterien – auf einen bestimmten Ist-Zustand ab, ihre Beantwortung hat noch keine weiteren tatsächlichen Konsequenzen. Der Verfassungsbegriff dient also der wissenschaftlichen Beschreibung nicht der Konstituierung eines faktischen Systems. Letzteres ist der Rechtswissenschaft unmöglich. Umgekehrt zeigt sich, dass ein etatistischer, politisierter Verfassungsbegriff erstens begrifflich nicht notwendig und zweitens insofern irreleitet, als er die Verfassungsrechtslehre aus der juristischen Begleitung überstaatlicher Konstitutionalisierungsprozesse führt. So würde insb das Feld des Demokratie- und Legitimitätsdefizits der Rechtspolitik bzw Verfassungstheorie überlassen, die aber maßgeblich auf verfassungsdogmatische Grundlagenforschung angewiesen sind. Die mit dem hier verwendeten offenen Begriff verbundene Nüchternheit bedeutet daher nicht, dass man sich mit einer verfassungspolitischen Ernüchterung abfinden muss: Die Verfolgung eines Idealbildes wird, insb mit Verweis auf den prozessualen Charakter des hier verwendeten Begriffs, gerade nicht verhindert. Der Begriff bedarf daher einer Balance zwischen den Polen Idealbegriff und nichtssagender (formeller) Flexibilität.

Tatsächlich liegt in der Konstitutionalisierung internationaler Politik die Gefahr des Verlustes der abstrakten und teilweise verwirklichten Idee des demokratischen Rechtsstaats begründet, die im und gegen den Staat erkämpft wurde. Gleichzeitig geht von einem materiellen Verfassungsbegriff die Gefahr aus, ein bestimmtes nationales Wirtschafts- bzw Sozialmodell zu zementieren. Es stellt sich daher die Frage danach, welche Merkmale der herkömmlichen Staatsverfassungen nun in einen allgemeinen Verfassungsbegriff übergeleitet werden müssen. Welchen Inhalt muss also eine Verfassung aufweisen um als solche zu gelten?

Nochmal: Maßgeblich ist, dass der Verfassungsbegriff gerade nicht die **Schwelle zur wertenden Qualifikation des Verfassungsinhaltes** überschreitet, dennoch auf bestimmte Mindestkriterien abstellt, die den Begriff nicht der formellen Beliebigkeit ausliefern.

¹² Gamper, Staat, 35. S im Ergebnis ähnlich: Korinek, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: FS Korinek, 27, der im Bezug auf den Begriff „Wirtschaftsverfassung“ auf ein materielles und ein formelles Kriterium sowie Schliesky, Souveränität, 490, der auf einen normativen Verfassungsbegriff sowie eine Betrachtung der Verfassungsfunktionen abstellt. S umfassend Peters, Elemente.

¹³ Peters, Elemente, 52 f.

¹⁴ Schmitt, Verfassungslehre, 36 ff.

¹⁵ Franzius, Verfassungsrechtsdenken, 129.

Peters umschreibt diese Schwelle mit der Unterscheidung von **inhaltsneutralem und inhaltlich festgelegtem, legitimistischem Verfassungsbegriff**.¹⁶ Während es bei Ersterem auf das Vorhandensein bestimmter Inhaltskategorien (zB Organisations- und Kompetenzregelungen, Regelungen zur Stellung von Individuen, Wert- und Zielbestimmungen) ankommt, präzisiert Zweiterer ganz bestimmte Inhalte als Verfassungsvoraussetzung (zB Menschenrechte, Gewaltenteilung, Demokratie). Geht es dem einen um eine politische Ordnung per se, geht es dem anderen um die *gute* politische Ordnung.

Das auf der *Jellinekschen* Definition¹⁷ fußende inhaltsneutrale und universale Verständnis ist in Wissenschaft und politischer Praxis weitgehend akzeptiert¹⁸ und der legitimistischen Sichtweise vorzuziehen. Peters bringt dies folgendermaßen auf den Punkt: „[A]uch in der Verfassungstheorie [führt] die definitorische Verengung zur Konturlosigkeit und Beliebigkeit, weil ein gemeinsamer Oberbegriff, der sowohl legitime wie auch illegitime Statuten umfaßt, fehlt.“¹⁹ Nicht nur ein fehlender materieller Standard, sondern auch zu hohe materielle Anforderungen setzen den Verfassungsbegriff daher wissenschaftlicher wie politischer Willkür aus. Es ist daher zu vermeiden, bereits den Verfassungsbegriff zu politisieren. Die Frage der **Legitimität** der Verfassung ist von **ihrem Begriff zu trennen**. Dies gilt sowohl für die formelle Legitimität, die nach dem Zustandekommen in korrekten demokratischen Verfahren fragt, wie auch für die empirische Legitimität, die auf Inklusivität (Berücksichtigung relevanter gesellschaftlicher Interessengruppen) und Effizienz (Hervorbringen angemessener politischer Entscheidungen) abstellt.²⁰

Als fruchtbar hat sich die Betrachtung der **Verfassungsfunktionen** erwiesen, da sie eine unkomplizierte Annäherung an eine europäische Verfassungstheorie erlaubt.²¹ Die Funktion tritt insofern als

Ausprägung des materiellen Verfassungsrechts in Erscheinung. Das oben relevierte Problem des Spannungsverhältnisses Verlust der demokratisch-rechtstaatlichen Errungenschaften – Gefahr der Zementierung einer bestimmten Wirtschafts- und Sozialordnung aus einer weitgehenden Übertragung des Begriffs der Staatsverfassung soll hier durch einen Mittelweg gelöst werden: Es ist nicht Aufgabe des Begriffs, bestimmte politische Forderungen zu stellen, aber sehr wohl einen **Mindeststandard** zu setzen.²² Die **Funktionen** weisen auf einen rechtsstaatlich-demokratischen Mindestgehalt hin (zB Legitimations- und Schutzfunktion, die Bekräftigung von gemeinsamen Werten²³), sind aber im Übrigen inhaltsneutral. Eine (vollständige) De-Normativierung des Verfassungsbegriffs – wie von Möllers befürchtet²⁴ – ist mit einem solchen neutralen Begriff nicht verbunden. Ebensowenig ist damit eine De-Normativierung der konkreten Verfassung selbst verbunden: Von der Feststellung der Verfassungsqualität bleiben die konkret in einer Verfassung auffindbaren normativ-utopischen Gehalte unberührt.

Über bestimmte Funktionen der Verfassung besteht weitgehend Einigkeit in der Lehre, wenngleich sich kein abschließender und allgemein anerkannter Funktionskanon finden läßt.²⁵ Anerkannt sind die Funktionen **Organisation, Machtbegrenzung, Bekräftigung der Grundwerte, Stabilisierung und Evolution, Legitimität** sowie **Konstitution und Integration**.²⁶ Die Verfassung wird so als multifunktionales Gebilde verstanden, dem auch der Verfassungsbegriff entspricht, ohne jedoch einen bestimmten Verfassungstypus festzulegen. Noch abstrakter könnte man von einer „**Antwortfunktion**“ der Verfassung sprechen, die etwa Auskunft über die Organisation hoheitlicher Gewalt und Rechte des Einzelnen gibt.

Für den Rechtswissenschaftler zentral ist freilich die **Machtbegrenzungsfunktion**: Abstrakt betrachtet ist das **Objekt der Verfassung Macht**, gleich ob staatlicher,

¹⁶ Peters, Elemente, 63 ff. Alexy, Begriff, in: Paulson/Stolleis (Hrsg), Kelsen, 335, FN 8 spricht von einem „konkreten Verfassungsbegriff“ der von dem „abstrakten materiellen und formellen“ Begriff zu unterscheiden ist. Letzterer „legt nicht fest, wie die vier Dimensionen der Materialität auszufüllen sind, und ist daher gegenüber so unterschiedlichen Erscheinungen wie einem diktatorischen Einparteiensstaat und einem demokratischen Mehrparteiensstaat offen.“

¹⁷ Jellinek, Staatslehre, 505: „Die Verfassung des Staates umfaßt demnach in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des einzelnen zur Staatsgewalt.“

¹⁸ Peters, Elemente, 65.

¹⁹ Peters, Elemente, 67.

²⁰ Bos, Verfassungsgebung, 57. Einen anderen Legitimitätsbegriff vertritt etwa Hippel, Prüfungsrecht, in: Anschutz/Thoma (Hrsg), Handbuch, 547:

²¹ Thym, Ungleichzeitigkeit, 323. Funktionale Ansätze verfolgen etwa Di Fabio, Recht, 142; Huber, VVDStRL 60, 199 ff; Köppen, Verfassungsfunktionen; Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 13 ff; Pernice, VVDStRL 60, 158 ff; Peters, Elemente, 76 ff; Schroeder,

Gemeinschaftsrechtssystem, insb 487; Kritisch zur funktionellen Sichtweise: Möllers, Gewalt, in: von Bogdandy (Hrsg), Verfassungsrecht, 22: „Nicht jedes Rechtsgebilde, das Funktionen einer Verfassung erfüllt, ist deswegen eine Verfassung.“ Dem ist zuzustimmen. Aus diesem Grund wird zusätzlich auf einen formellen Verfassungsbegriff rekurriert.

²² IdS auch Thym, Ungleichzeitigkeit, 324.

²³ S Häberle, Verfassungslehre, 211.

²⁴ S Möllers, Gewalt, in: von Bogdandy (Hrsg), Verfassungsrecht, 24 f. Ihm ist auch nicht bezupflichten, wenn er gleich darauf meint: „Die Verfassung Europas ist der jeweilige Zustand der Europäischen Institutionen, nicht mehr.“ Tatsächlich gehen die Funktionen weit über einen organisatorischen status quo der Institutionen hinaus und verlangen einen rechtsstaatlich-demokratischen Mindeststandard.

²⁵ Schliesky, Souveränität, 492; Koriath, VVDStRL 62, 126. Kritisch zur Aussagekraft der Verfassungsfunktionen etwa Möllers, Gewalt, in: von Bogdandy (Hrsg), Verfassungsrecht, 22.

²⁶ Damit wird der Einteilung bei Peters, Elemente, 78 ff und Häberle, Verfassungslehre, 211 gefolgt. Eine etwas andere, aber dennoch vergleichbare Einteilung treffen etwa Köppen, Verfassungsfunktionen, 30 ff und Schliesky, Souveränität, 492 ff.

nichtstaatlicher oder insb privater „Herkunft“. Das **Objekt der Verfassung** ist zunächst die **öffentliche Gewalt**, die über allen Gewalten stehende „Herrschermacht“.²⁷ Erfasst wird damit nicht nur die staatliche, sondern grundsätzlich auch **nichtstaatliche Hoheitsgewalt**. Verfasst wird auch (staatliche) Souveränität als höchste Entscheidungsmacht und Letztverantwortlichkeit.²⁸ Verfasst wird schließlich **private Macht**; ein Aspekt, der oft übersehen wird. In der Tat ist die wirtschaftliche Macht eines der zentralen aktuellen Probleme der Rechts- und Verfassungsordnung (Stichwort: Drittwirkung, europäisches Wettbewerbsprimärrecht). Der Verfassungsgesetzgeber ist damit nicht nur für die Beschränkungen, die er auflegt, sondern auch für die Freiheit, die er gewährt, verantwortlich, soweit ihm Letztentscheidungsrecht über den Kompetenztatbestand und die Letztverantwortlichkeit für diese zukommt.

Die Verfassung trifft eine Entscheidung darüber, welche Lebensbereiche einer öffentlichen Gewalt unterstellt und damit privatem Einfluss entzogen werden. IdR wird ein allgemeines Gewaltmonopol zugunsten des Staates oder sonstigen Verbandes statuiert. Die Verfassung trifft aber auch Regelungen für das Verhältnis der Privaten untereinander, so insb in Form von Grundrechten, die ihre Wirkung nicht nur gegenüber der öffentlichen Gewalt, sondern auch gegenüber anderen Privatpersonen entfalten. Letztlich ist die öffentliche Gewalt, insb in Form des Gesetzgebers, „Schiedsrichter“ bei der Kollision privater rechtlicher Sphären. Auch die Duldung privater Macht findet ihre Grundlage in der Verfassung (zB Vertragsfreiheit) und ist damit idS verfasst. Letztlich wird man – wenn man einen kontraktualistischen Ansatz verfolgt – zu dem Schluss kommen, dass die Verfassung gerade primär private Macht verrechtlichen will, wie es schon *Hobbes* in seiner Theorie des Gesellschaftsvertrages klargestellt hat: Die Beteiligten einigen sich zugunsten einer Friedens- und Freiheitsordnung auf die Einschränkung ihres präkonstitutionellen formell unbeschränkten Selbstbestimmungsrechts. Der Staat als wesentlicher Träger der öffentlichen Gewalt ist ein Instrument zur Gewährleistung der Ordnung, das seine Befugnisse aus der verfassten privaten Macht bezieht.

3. LÖSBARKEIT DER VERFASSUNG VOM STAAT

Die Verfassung im modernen Sinn ist ein Produkt bürgerlicher Revolutionen, die die sich selbst legitimierende

²⁷ S dazu schon *Vattel*, der Verfassung als „règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée“ versteht (*Vattel*, *Droit des gens*, 1758, Edition 1852, Kapitel III, § 27, 68 f). S dazu *Pernice*, *VVDStRL* 60, 160.

²⁸ *Schliesky*, *Souveränität*, 143 f.

monarchische Staatsgewalt gestürzt (Frankreich) oder Fremdherrschaft abgeschüttelt (Nordamerika) und eine Legitimation für die neue Staatsordnung gesucht haben.²⁹ Basis bildete insb die Vertragstheorie (*Hobbes*, *Locke*, *Pufendorf*, etc).³⁰ Der Neubegründung des Staatswesens lag ein **rational-voluntaristischer Verfassungsbegriff** zugrunde, wonach die Verfassung Ausdruck des Willens der am Verfassungsgebungsprozeß Beteiligten und mit Vernunft konstruierbar ist. Die staatliche Herrschaft wurde dementsprechend weder theologisch, noch durch ein vertragliches Verhältnis zwischen Herrscher und Volk oder Landständen, sondern mit dem Grundvertrag der Bürger untereinander, mit dem die Staatsgewalt erst entsteht, begründet. In Frankreich wurde auf dieser Grundlage die vorgefundene Konzentration der Gewalt in staatlicher Hand aufgelöst, neu legitimiert und begrenzt, um Freiheit, Sicherheit und Wohlstand des Einzelnen, insb der bürgerlichen Gesellschaft, zu gewährleisten. Die zu dieser Zeit vorherrschende Gleichsetzung der Verfassung mit einer geschlossenen Kodifikation ist ein Ausfluss des Vertrauens auf die „Weisheit“ des Gesetzgebers, „einen bewußten und vollständigen Plan des gesamten politischen und sozialen Lebens zu formulieren [...]“³¹

Der **Rechtsgrund der Herrschaft** findet sich nunmehr in der **Selbstbestimmung**. Das souveräne Volk ist die Quelle der Verfassung, es „begründet und begrenzt die Staatsgewalt, organisiert sie, verleiht Kompetenzen und bestimmt die Verfahren, in denen die Staatsgewalt ausgeübt wird.“³² Aus der damit getroffenen Unterscheidung zwischen dem **pouvoir constituant**, dem souveränen Volkswillen, der die Verfassung begründet, und den **pouvoirs constitués**,³³ zu der auch die Legislative und mit ihr die von ihr erlassenen Gesetze zählen,³⁴ folgt der

²⁹ *Grimm*, *Zukunft*, 12. S bezüglich Nordamerika *Luhmann*, *Recht*, 471: „In der nachrevolutionären Situation Nordamerikas war es nicht nur [...] um grundlegend neues Recht oder um juristische Innovationen gegangen [...] Vielmehr ging es darum, das Vakuum zu beseitigen, das durch die Unabhängigkeit von der englischen Krone entstanden war.“

³⁰ S zur Vertragstheorie *Jellinek*, *Staatslehre*, 201 ff.

³¹ *Schmitt*, *Verfassungslehre*, 10.

³² *Starck*, *Verfassungsstaat*, 40.

³³ Die Unterscheidung von *pouvoir constituant* (verfassungsgebende Gewalt) und *pouvoir constitué* (verfasste Gewalt) geht auf den französischen Staatsmann *Abbé Sieyès* (und nicht etwa erst auf *Schmitt*, s *Schroeder*, *Gemeinschaftsrechtssystem*, 335) zurück. Es handelt sich dabei sowohl um eine juristischen als auch um einen politikwissenschaftlichen Begriff

³⁴ Diese klaren Ableitungen konnten allerdings weder die französische Declaration von 1789 noch die erste Verfassung von 1791 leisten. Vielmehr wurde die Abhängigkeit der Staatsgewalt, insb der Legislative, vom Willen der *pouvoir constituant* und damit die Begrenzung ihres rechtlichen Handlungsspielraums zwar prinzipiell anerkannt, gleichzeitig ist aber auch von der *autorité supérieure* des Gesetzes und damit von Parlamentsabsolutismus die Rede. Letzteres beruht auf der *Rousseauschen* Vertragslehre des „*volonté générale*“, der die einfachen Gesetze entspringen, und der damit einhergehenden Gleichsetzung von bürgerlichen Gesetzen und Grundgesetzen (Lehre von der Gesetzesallmacht). Der Widerspruch zwischen Prärogative des Gesetzes und damit des Parlaments und Vorrang der Verfassung aufgrund der

Vorrang der Verfassung. Außerhalb der Verfassung existiert die Staatsgewalt nicht, innerhalb der Verfassung ist sie unbedingt an sie gebunden. Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes bleibt stets im Hintergrund als Legitimationsquelle der verfassten Gewalt bestehen. Sie geht nicht in der Verfassung auf, sondern „kann sich jederzeit im Wege einer neuen, originären Verfassungsgebung artikulieren.“³⁵ Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes bildet dergestalt – wenn man denn auf eine Rangordnung abstellen will – die höchste Stufe in einer Rechtsordnung.³⁶

Ihrem Charakter als Grundvertrag entsprechend wurde die Verfassung im Gegensatz zu den partikularen *leges fundamentales* als eine das **gesamte Gemeinwesen umfassende Ordnung** verstanden. Durch die „**angeborenen Rechte**“ wurde sie materiell aufgeladen: Die freien Individuen unterwerfen sich der Staatsgewalt als potentielle Bedrohung ihrer Freiheit nur unter Garantie bestimmter unantastbarer Rechte. So sichert Art 2 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789 die Rechte auf Freiheit, Eigentum, Sicherheit und Widerstand gegen die Unterdrückung.

Die Rezeption der Konstitutionalisierungsbewegung³⁷ war im deutschen Sprachraum bekanntlich verzögert. Der Konstitutionalisierungsprozess war hier im 19. Jhd insb nicht von einer radikalen Abkoppelung von einem als Vergangenheit empfundenen monarchischen System geprägt. So wurde der Verfassungsbegriff von manchen Autoren, ausgehend von der These, jene entstände bereits mit dem Staat, nicht über die Elemente Vorrang, Menschen- und Grundrechte sowie Schriftlichkeit definiert. Waren diese somit nicht – wie etwa in Art 16 der französischen Erklärung der Menschenrechte – begriffsnotwendig, konnte der Standpunkt vertreten werden, es existiere bereits eine Verfassung. Damit erhob sich die Frage der Legitimität einer Revolution im besonderen Maße. Eine solche musste man ablehnen, wenn man wie *Kant* (1724-1804) in Gleichsetzung von Staat und Verfassung von einem Widerstandsverbot ausging, da der Widerstand gegen den Souverän die bürgerliche Verfassungsordnung selbst auflöse. Der vernünftige Weg war danach nur eine Verfassungsreform, der der Souverän zustimmen musste.³⁸

Ableitung von der *pouvoir constituant* blieb in der ersten Verfassung ungeklärt. Der Vorrang der Verfassung sollte sich erst Mitte des 20. Jhdts in der französischen Verfassungstheorie vollends durchsetzen. S dazu mwN *Jellinek*, Staatslehre, 514; *Unruh*, Verfassungsbegriff, 155 ff.

³⁵ *Unruh*, Verfassungsbegriff, 387. Die Meinungen zum „Schicksal der Verfassungen nach dem Akt der der Verfassungsgebung“ fasst *Winterhoff*, Verfassung, 197 ff zusammen.

³⁶ *Schroeder*, Gemeinschaftsrechtssystem, 335 bezeichnet sie unter Hinweis auf *Bryde* dann auch als Art „Meta-Verfassung“.

³⁷ Zum Unterscheid zwischen „Konstitutionalisierung“ und „Verfassung“ s *Möllers*, Gewalt, in: von Bogdandy (Hrsg), Verfassungsrecht, 47.

³⁸ *Grimm*, Zukunft, 117.

Erst im 19. Jhd sollte in Deutschland und Österreich eine ernsthafte Verfassungsentwicklung einsetzen, die zudem nicht ausschließlich das Werk der bürgerlichen Gesellschaft, sondern vielmehr unter „Mit- und Vorwirkung“ der staatlichen Verwaltung geschah. Die Staatsumbildung war nicht Folge von Revolution, sondern idR von „Oktroi“ oder von Verträgen zwischen Monarch und Volk bzw Volksvertretung (paktierte Verfassung). Bei diesen ging es daher nicht um Herrschaftsneubegründung, sondern – ähnlich wie in England – um Herrschaftslimitierung.³⁹ Damit kann die für die bürgerliche Revolution in Frankreich und den Konstitutionalismus in Nordamerika grundlegende Vertragstheorie nicht mehr als Grundlage dienen: Insb eine von oben diktierte Verfassung ist nur mit erheblich größeren intellektuellen Anstrengungen mit dem Konzept des Grundvertrages (Verfassungsvertrages) zu vereinbaren als die Revolutionsverfassungen. Eine Lösung wurde schließlich darin gefunden, den **Inhalt von der Genese der Verfassung** zu scheiden: Nicht der Prozess des Abschlusses eines Verfassungsvertrages, sondern der Inhalt der Verfassung und die (stillschweigende) Akzeptanz legitimieren diese. Diese Ansätze gehören auch heute noch zum Repertoire der Verfassungstheorie: in der Form des materiellen Verfassungsbegriffs oder im „exit and voice“-Konzept *Hirschmans*.

Die Grunddifferenz zur Vertragstheorie bleibt freilich bestehen: Die Auffassung, wonach der Staat das Erste, die Verfassung daher automatisch aus seinem Bestehen folge, dreht die Konzeption der Vertragstheorie um und leitet die Verfassung letztlich aus dem Staat ab. Die Vertragstheorie spielte schließlich endgültig keine praktische Rolle mehr, als sich der „Verfassungsstaat“ durchgesetzt hatte und in „Europa eine alte Welt in Trümmer geschlagen“⁴⁰ war.⁴¹ Va die herrschende Lehre nach der deutschen Reichsgründung wies dem **Staat Vorrang vor der Verfassung** zu.⁴² Letztere hatte damit lediglich die Funktion die staatliche Ordnung zu befestigen und zu entwickeln, nicht aber sie zu begründen.⁴³ Die Staatsgewalt wurde nicht mehr von der Verfassung her, sondern umgekehrt die Verfassung von der Staatsgewalt her gedeutet.⁴⁴

Dem entspricht es, die Rechtsform der Verfassung nicht mehr im Vertrag, sondern im Gesetz zu erblicken.⁴⁵ Die Gesetzesqualität der Verfassung folgte insb aus der Beteiligung der Parlamente an Verfassungsänderungen –

³⁹ *Möllers*, Gewalt, in: von Bogdandy (Hrsg), Verfassungsrecht, 9.

⁴⁰ *Jellinek*, Staatslehre, 217.

⁴¹ *Grimm*, Zukunft, 137.

⁴² Vgl insb *Zorn*, Staatsrecht, 34: „[D]er Staat und die Staatsgewalt sind immer das Primäre, die Verfassung [...] und folglich insbesondere auch die konstitutionelle Beschränkung bei Ausübung der Staatsgewalt kann begrifflich erst das Sekundäre sein.“

⁴³ *Grimm*, Zukunft, 134.

⁴⁴ *Grimm*, Zukunft, 144.

⁴⁵ *Grimm*, Zukunft, 130 ff.

oder im Falle der paktierten Verfassung – an ihrer Entstehung, da diese Qualität idR auch den Parlamentsakten zukam.⁴⁶

Der enge Zusammenhang von Staat und Verfassung wurde insb von *Schmitt*⁴⁷ in die Weimarer Zeit übergeleitet und ist bis vor kurzer Zeit noch Wesensmerkmal des herrschenden deutschen Verfassungsbegriffs gewesen. So stellt etwa *Isensee* – jedoch unter Hinweis auf die begriffliche Verschiedenheit⁴⁸ – prägnant fest: „Dennoch ist Verfassung nicht zu verstehen ohne Staat. Dieser ist ihr Gegenstand und ihre Voraussetzung. In ihm erreicht sie Geltung und Wirklichkeit.“⁴⁹

Demgegenüber knüpfen etwa *Hesse*, *Kägi* und *Smend*⁵⁰ den Verfassungsbegriff nicht unbedingt an den Staat. Gerade im „staatsfixierten“ Deutschland vor der Reichsgründung ist im Zusammenhang mit dem Deutschen Bund (1815-1866), nach der Wiener Schlussakte vom 15.5.1820 ein „völkerrechtlicher Verein“, aus heutiger Sicht ein „Staatenbund“, von Verfassung die Rede.⁵¹ Noch weiter ging bekanntlich *Verdross*, als er 1926 über eine auf der Grundnorm des *pacta sunt servanda* gründende „Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft“ publizierte.⁵² In Österreich vertritt der lang dominierende *Kelsen* im Wesentlichen einen anti-etatistischen Verfassungsbegriff, indem er die staatliche Souveränität als eigenständigen, machtbewehrten Geltungsfaktor in der Rechtsordnung auflöst. Auch *Jellinek* denkt die Verfassung mitunter ohne Staat und umgekehrt: „Jeder dauernde Verband bedarf einer Ordnung [...] Eine derartige Ordnung heißt eine Verfassung.“ Die Bedeutung der Verfassung wird daran deutlich, dass für den Verband „ein verfassungsloser Staat [...] Anarchie“ wäre.⁵³ Die Verfassung ist damit notwendiges Element – vielleicht sogar das „fehlende vierte Element“⁵⁴ – des Staates, aber ohne ihn denkbar.⁵⁵ Die enge Bezogenheit der Verfassung auf den Staat wird auch in anderen Ländern nicht geteilt. Der französische Verfassungsbegriff ist nicht staats-

sondern nationsbezogen^{56,57}. Jener der USA ist gesellschaftlich während er in Großbritannien genuin politisch aufgefasst wird.⁵⁸

Die wohl überwiegende Mehrheit in der Rechtswissenschaft hat sich mittlerweile vom etatistisch-verengten Verfassungsbegriff und damit vom konstitutionellen Monopol des Staates gelöst.⁵⁹ Verlangt wird weder das Vorhandensein sämtlicher Staatselemente (Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt)⁶⁰ oder eine vorstaatliche Homogenität ethnischer, kultureller oder religiöser Gemeinsamkeit. Die klassischen drei Elemente Volk, Gebiet und Staatsgewalt iS *Jellineks*⁶¹ bleiben so auf den Staat begrenzt und können nicht – wie es dem „überkommenen staatsrechtlichen Verständnis“⁶² entspricht – auf den Verfassungsbegriff übertragen werden.⁶³ Die Einordnung einer Organisation in die traditionellen staats- und völkerrechtlichen Kategorien ist nicht unmittelbar mit der Verfassungsfrage verbunden. Damit ist die grundsätzliche „Verfassungsfähigkeit“ und – im Maße der Übertragung von Hoheitsgewalt – auch eine „Verfassungsbedürftigkeit“ von nichtstaatlichen Organisationen anerkannt. In der Tat erfüllen die Staatsverfassungen der EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf die zunehmende europäische Integration, die von einem zwar schwächer ausgeprägten, aber zweifellos vorhandenen internationalen Konstitutionalisierungsprozess begleitet wird⁶⁴ nicht mehr sämtliche Funktionen allein. *Schliesky* bringt dies auf den Punkt, wenn er ausführt, daß der „souveränitätstheoretische Geltungsanspruch der Verfassung, mit umfassender Geltung und Primat der

⁴⁶ *Winterhoff*, Verfassung, 35.

⁴⁷ S etwa *Schmitt*, Verfassungslehre, 3: „Das Wort ‚Verfassung‘ muß auf die Verfassung des Staates, d.h. der politischen Einheit eines Volkes beschränkt werden [...]“

⁴⁸ *Isensee*, Staat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch, 593.

⁴⁹ *Isensee*, Staat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch, 592.

⁵⁰ S dazu mwN *Schroeder*, Gemeinschaftsrechtssystem, 333 f.

⁵¹ Vgl insb *Möllers*, Gewalt, in: von *Bogdandy* (Hrsg), Verfassungsrecht, 19: „Die deutsche Verfassungsgeschichte kennt einen Konstitutionalismus ohne Nationalstaat und ohne verfassunggebende Gewalt, ist also mit dem vermeintlich neuen Modell der postnationalen Verfassung pränational vertraut. Trotz dieser historischen Erfahrung verläuft die Diskussion um die Beziehung von Staat und Verfassung hier auf beiden Seiten der Fronten bemerkenswert unhistorisch, ist doch der Nationalstaat gerade kein für die deutsche Geschichte typisches Modell.“ Zum „postnationalen Verfassungsbegriff“ s insb *Pernice*, VVDStRL 60, 155 ff.

⁵² Diesen Ansatz kritisierte insb *Schmitt*, Verfassungslehre, 69 ff und 363 f.

⁵³ *Jellinek*, Staatslehre, 505.

⁵⁴ *Schliesky*, Souveränität, 41.

⁵⁵ *Schroeder*, Gemeinschaftsrechtssystem, 333 f.

⁵⁶ S dazu *Schmitt*, Verfassungslehre, 50: „[D]as Wort ‚Nation‘ bezeichnet im prägnanten Sinne ein zu politischen Bewußtsein erwachtes, aktionsfähiges Volk.“

⁵⁷ Dass der französische Verfassungsbegriff nicht-etatistisch ist, hindert Befürworter eines staatsbezogenen Begriffs allerdings nicht auf den französischen Nationalstaat zur Begründung zu verweisen: Kritisch dazu *Möllers*, Gewalt, in: von *Bogdandy* (Hrsg), Verfassungsrecht, 20: „Von einer Verfassung könne nur da die Rede sein, wo in einem revolutionären Akt der demokratischen Selbstbestimmung die verfassunggebende Gewalt des Volkes eine neue Ordnung zum Entstehen bringe [...] Der demokratischen Tradition der französischen Revolution wird hier ein Begriff von demokratischer Homogenität entnommen, den diese gar nicht kennt [...]“

⁵⁸ *Peters*, Grundlage, 2. Vgl aber *Pernice*, VVDStRL 60, 157, nach dem der Verfassungsbegriff in Großbritannien die „society“ in den Mittelpunkt stellt.

⁵⁹ Wie zum Folgenden *Müller*, Verfassungsverbund, in *Gimesi/Hanselitsch* (Hrsg), Geben [in Druck].

⁶⁰ Grundlegend *Jellinek* 1921, S 394 ff.

⁶¹ *Jellinek*, Staatslehre, 394 ff.

⁶² *Calliess*, EUV Art. 1, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg), Verfassungsrecht, Rn 24.

⁶³ *Peters*, Grundlage, 21.

⁶⁴ S etwa *Petersmann*, ZaöRV 2005, 582: „Das Europäische Integrationsrecht und auch das Welthandelsrecht der WTO widerlegen die ‚realistische‘ Annahme, dass eine rechtliche Konstitutionalisierung der Macht nur innerhalb von Verfassungsstaaten möglich ist.“

Verfassung gekennzeichnet, [...] von der staatlichen Verfassung nicht mehr eingelöst werden [kann].⁶⁵

Die Verfassung und damit der Verfassungsbegriff sind danach vom Staat abgekoppelt. Gleichwohl existieren Staatsverfassungen, allerdings als *ein* Verfassungstypus, weiter. Nicht anders ist es zu erklären, dass selbst nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages dem Unionsrecht von der überwiegenden Mehrheit der Lehre ohne Rücksicht auf die politische Ratsamkeit der Verfassungscharakter ausdrücklich zuerkannt⁶⁶ und so „reiner Wein eingeschenkt“ wird. Die juristische Begrifflichkeit braucht eben nicht den Segen der Politik,⁶⁷ sie ist allein der Autorität wissenschaftlicher Argumentation verpflichtet.

Die Entkoppelung von Staat und Verfassung ist damit auch im Lichte des aktuellen Wissenschaftsstands gerechtfertigt. Mit Blick auf die internationale und supranationale Konstitutionalisierung erweist sich ein über die Staatsverfassung hinausgehender Verfassungsbegriff sogar als notwendig: In dem Maße, in dem der Staat seine Sonderstellung als zentrale Problemlösungsinstanz verliert und seine herkömmlichen Funktionen zwischen ihm und nichtstaatlichen Hoheitsträgern aufgeteilt werden, wird die Staatsverfassung zur Partialordnung, der nur mehr begrenzt Antworten auf aktuelle (verfassungs)rechtliche Problemstellungen entnommen werden können.

REFERENZEN

Alexy, Hans Kelsens Begriff der Verfassung, in Paulson/Stolleis (Hrsg), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (2005), 333;

Bos, Verfassungsgebung und Systemwechsel. Die Institutionalisierung von Demokratie im postsozialistischen Osteuropa (2004);

Calliess, EUV Art. 1, in Calliess/Ruffert (Hrsg), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ (2007);

Di Fabio, Das Recht offener Staaten (1998);

Franzius, Europäisches Verfassungsrechtsdenken (2010);

Gamper, Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre (2007);

Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung (2003);

⁶⁵ *Schliesky*, Souveränität, 502.

⁶⁶ Für Viele: von *Bogdandy/Bast* 2009a passim; *Ranacher/Frischhut* 2009, S 34; *Grimm* 2004, S 6.

⁶⁷ von *Bogdandy/Bast* 2009b, S 1.

Grimm, Die Zukunft der Verfassung (1991)

Haack, Der Begriff der Verfassung, *EuR* 2004, 785;

Häberle, Europäische Verfassungslehre³ (2005);

Henrich, Die Verfassung als Rechtsinhaltsbegriff, in FS Kelsen (1967), 174;

Hippel, § 99. Das richterliche Prüfungsrecht, in Anschütz/Thoma (Hrsg), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd 2., unveränderter Nachdruck der ersten Auflage 1930/1932 (1998), 546;

Huber, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60, 194;

Isensee, Staat und Verfassung, in Isensee/Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Bd I, Grundlagen von Staat und Verfassung (1987), 591;

Jellinek, Allgemeine Staatslehre³ (1921);

Koja, Die Verfassung, in FS Walter (1991), 349;

Köppen, Verfassungsfunktionen – Vertragsfunktionen. Strukturelle Divergenz zwischen bundesstaatlichen Verfassungen und EG-Gründungsverträgen aus funktioneller Sicht (2002);

Korinek, Zum Begriff des Wirtschaftsverfassungsrechts, in FS Korinek. Wirtschaft und Verfassung in Österreich (1972), 23;

Korioth, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, *VVDStRL* 62 (2003), 117;

Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993);

Möllers, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa, in von Bogdandy (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge (2003), 1;

Müller, Der europäische Verfassungsverbund. Geben, Nehmen und Tauschen im europäischen Mehrebenenverfassungssystem, in Gimesi/Hanselitsch (Hrsg), Geben, Nehmen, Tauschen (2010) [in Druck]

Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60, 148;

Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004);

Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas (2001);

Peters, Grundlage europäischer Konstitutionalisierung: Die Entkopplung von Verfassung und Staat, 21 (abrufbar unter: http://www.monnet-centre.uni-bremen.de/pdf/VerfProz/2_Peters.pdf, 12.6.2010).

Petersmann, Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung, *ZaöRV* 2005, 543;

Ranacher/Frischhut, Handbuch Anwendung des EU-Rechts mit Judikatur (EuGH, VfGH, VwGH, OGH) (2009);

Schambeck, Der Verfassungsbegriff und seine Entwicklung, in FS Kelsen (1971), 211;

Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004);

Schmitt, Verfassungslehre⁴ (1965);

Schroeder, Das Gemeinschaftsrechtssystem. Eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2002);

Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928);

Starck, Der demokratische Verfassungsstaat. Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen (1995);

Thym, Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht. Die Einbettung der verstärkten Zusammenarbeit, des Schengener Rechts und anderer Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union (2004);

Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion (2002);

von *Bogdandy/Bast*, (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge² (2009);

von *Bogdandy/Bast*, Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht. Von einem Konstitutionalismus der Verrechtlichung zwischenstaatlicher Beziehungen zu einer liberaldemokratischen Politisierung der EU, in *von Bogdandy/Bast* (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge² (2009), 1;

Winterhoff, Verfassung - Verfassungsgebung - Verfassungsänderung. Zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung (2007);

Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz (2000);

Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I: Das Verfassungsrecht² (1895).

Über die Autoren:

Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl und Univ.-Ass. Dr. Thomas Müller sind am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck tätig.

Kontaktadresse:

Innrain 52 d, 6020 Innsbruck

E-Mail:

arno.kahl@uibk.ac.at

t.mueller@uibk.ac.at