

Studien
zu Staat, Recht und Verwaltung

33

Friederike Eggert

Verfassungsablösung

Zu Theorie und Praxis der verfassungsablösenden Gewalt
nach Artikel 146 Grundgesetz



Nomos

Studien zu Staat, Recht und Verwaltung

Herausgegeben von
Prof. Dr. Gabriele Britz
Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem
Prof. Dr. Jens-Peter Schneider

Band 33

Friederike Eggert

Verfassungsablösung

Zu Theorie und Praxis der verfassungsablösenden
Gewalt nach Artikel 146 Grundgesetz



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7796-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-2200-1 (ePDF)

D 30

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit entstand zwischen Oktober 2013 und November 2017, zunächst in Beirut und anschließend in Berlin. Sie nahm ihren Anfang während eines Forschungsaufenthaltes am Orient-Institut Beirut und am Center for Arab and Middle Eastern Studies der American University of Beirut zu den Verfassunggebungen infolge des Arabischen Frühlings von 2011/2012. Die Arbeit lag dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation vor. Die Disputation fand am 9. März 2020 statt.

Diese Doktorarbeit wurde von der Studienstiftung des deutschen Volkes mit einem Stipendium sowie im Rahmen von Doktoranden-Foren und Sommerakademien finanziell und fachlich gefördert. Claudia Mund und Kerstin Bläser standen mir dabei stets als zuvorkommende Ansprechpartnerinnen zur Verfügung, wofür ich Ihnen dankbar bin. Des Weiteren danke ich den Mitarbeitern der Staatsbibliothek zu Berlin und des Ibero-Amerikanischen Instituts für ihre Tatkraft bei der Beschaffung von Material. Darüber hinaus habe ich für meine Arbeit von vielen Seiten fachliche und persönliche Unterstützung erfahren.

Besonders danke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. Günter Frankenberg. Er hat mir stets die Freiheit zu forschen gewährt und mir die Freude an genuin wissenschaftlicher Erkenntnis vermittelt. Er stand der Entwicklung meines Projekts stets aufgeschlossen gegenüber und hat mir – insbesondere im Rahmen der Riezlern-Kolloquien – zugleich an entscheidenden Stellen Anregungen und Unterstützung zukommen lassen. Für das in mich gesetzte Vertrauen in Bezug auf Inhalt und Prozess der Arbeit bin ich sehr dankbar. Herrn Prof. Dr. Uwe Volkmann danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die Literaturhinweise.

Darüber hinaus danke ich allen Wissenschaftlern, die meine Arbeit in vielerlei Hinsicht befördert haben. An erster Stelle ist meine Mentorin Dr. Claudia Vogt zu nennen, die mich insbesondere in der letzten Phase der Arbeit begleitet hat und ohne deren Beharrlichkeit diese Arbeit wahrscheinlich nie fertig gestellt worden wäre. Großen Dank spreche ich zudem Prof. Dr. Jochen von Bernstorff für seine produktiven Anregungen insbesondere zum letzten Teil meiner Arbeit aus, die mich inhaltlich weit nach vorn gebracht haben. Für ihre wertvollen Hinweise und ihr engagiertes Interesse in verschiedenen Stadien meiner Arbeit danke ich des Weite-

Vorwort

ren Prof. Dr. Fabian Wittreck, Prof. Dr. Fawwaz Traboulsi, Prof. Dr. Christian Bumke und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm.

Viele Freunde haben mich während der Erstellung meiner Arbeit begleitet. Zahlreiche Anstöße in der Anfangsphase des Projekts gaben Sebastian Damm und Prof. Dr. Michaela Hailbronner. Mein besonderer Dank gilt Dr. Carmen Dege, von der ich für mein Projekt entscheidende Impulse aus dem Gebiet der politischen Theorie erhalten habe, und die mich durch alle Höhen und Tiefen der Doktorarbeit begleitet hat. Dr. Dana Schmalz danke ich für die Bereitstellung eines Diskussionsforums, in dessen Rahmen ich einzelne Gedanken aus meiner Arbeit einem ersten Test unterziehen konnte. Aus diesem Kreis gilt mein besonderer Dank Hannah Birkenkötter und Catharina Caspari für ihre Inspiration und ihre Ermutigung. Für ihr großzügiges Korrektorat und umfangreichen moralischen Beistand danke ich schließlich Dr. Anna Lesinska-Adamson und Ricarda Milstein.

Meinen Eltern und allen anderen Familienmitgliedern danke ich für ihren geduldigen Rückhalt über all die Jahre, die dieses Projekt in Anspruch genommen hat. Nicht genug danken kann ich schließlich Jörg Karenfort für seine unermüdliche und pragmatische Hilfe in allen Lebenslagen.

Berlin, im Oktober 2020

Friederike Eggert

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	17
I. Gegenstand und Ziel der Arbeit	17
II. Methodik und Gang der Untersuchung	23
Hauptteil	29
A. Verfassungstheoretische und -rechtliche Grundlagen der Verfassungsablösung	29
I. Die verfassunggebende Gewalt als Grundlage der Verfassungsablösung	29
1. Verfassunggebende Gewalt als Ausdruck der Volkssouveränität	29
2. Die Lehre der verfassunggebenden Gewalt: Theorie der Geltung und Entstehung von Verfassungen	31
3. Verfassunggebende Gewalt des Volkes als Grundlage der Verfassunggebung	32
a) Die Rechtsnatur der verfassunggebenden Gewalt des Volkes	32
b) Verfassunggebung, Verfassungsänderung und Verfassungsablösung	33
c) Der Status verfassunggebender Gewalt nach ihrer Ausübung	35
4. Das Verfahren der Ausübung der verfassunggebenden Gewalt	36
5. Keine Rechtsbindung des <i>pouvoir constituant</i> : bislang herrschende Meinung und Kritik	37
6. Fazit: Merkmale verfassunggebender Gewalt im klassischen Sinne	42
a) Aktivierung durch Revolution	42
b) Außerstaatlichkeit	43
c) Extrakonstitutionalität und Extralegalität	43
d) Identitätswandel und Neuverortung von Souveränität	44

Inhaltsverzeichnis

II. Die Verfassungsablösung als Figur des Verfassungsrechts	44
1. Der Meinungsstand zum Regelungsgehalt des Art. 146 GG	45
a) Gegenstand: Ermächtigung der Verfassungsorgane zur Verfassungsablösung	48
b) Formelle Voraussetzungen des Art. 146 GG	50
c) Materielle Voraussetzungen: Die Anwendbarkeit von Art. 79 Abs. 3 GG	51
2. Stellungnahme	52
a) Zum Regelungsgegenstand des Art. 146 GG	53
b) Zum Verfahren der Verfassungsablösung nach Art. 146 GG	55
c) Zu inhaltlichen Bindungen der verfassungsablösenden Gewalt nach Art. 146 GG	56
B. Die verfassungsablösende Gewalt in der Verfassungsrechtspraxis	57
I. Die lange Geschichte der Verfassungsablösung in den US-Bundesstaaten	59
1. Die konstitutionalistische Sicht auf Verfassungsablösung in den US-Bundesstaaten	59
2. Die Rechtsprechung bundesstaatlicher Supreme Courts zur Verfassungsablösung	65
a) Der Verfassungskonvent als konstitutionell abgeleiteter Spezialgesetzgeber: die Nullifikationskrise und der Supreme Court von Carolina (1834)	66
b) Der Gesetzesvorbehalt für die Einberufung von Verfassungskonventen: der Dorr-Aufstand, der Supreme Court von Rhode Island und der US Supreme Court (1849)	68
c) Die Bindung des Konvents an Verfahrensnormen: die Verfassungsreform und der Supreme Court von Pennsylvania (1874)	71
d) Inhaltliche Beschränkungen des Mandats des Verfassungskonvents: die Entscheidung des Supreme Courts von Virginia (1945)	74
e) Kein Anspruch auf die Durchführung eines Initiativreferendums zur Einberufung eines Verfassungskonvents: Der Court of Appeals of Maryland (1966)	78
3. Zusammenfassung	81

II. Die Verfassungsablösung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	82
1. Verfassungsgebung in den Bundesländern zwischen Revolution und Legalismus: das Südweststaatsurteil des Bundesverfassungsgerichts (1951)	84
a) Verfahrensgegenstand: Beschränkungen des ‚ <i>pouvoir constituant</i> ‘ durch Verfahrensnormen?	84
b) Analyse der Entscheidung	87
c) Fazit: Ansätze eines <i>pouvoir constituant institué</i> in der Südweststaatsentscheidung	94
2. Ein Recht auf Verfassungsablösung unter dem Grundgesetz? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon (2009)	95
a) Verfahrensgegenstand: Usurpation der verfassungsgebenden Gewalt durch Verfassungsorgane?	95
b) Analyse der Entscheidung	97
c) Fazit: konstitutionalisierte Verfassungsablösung und ein Recht auf Verfassungsablösung	100
3. Anspruch auf Durchführung eines Volksentscheids über die Sezession? Die Verfassungsbeschwerde der Bayern-Partei (2016)	100
III. Zulässigkeit und materielle Beschränkungen der verfassungsablösenden Gewalt: die Urteile des kolumbianischen Corte Suprema de Justicia zur Verfassungsablösung (1990/91)	102
1. Verfahrensgegenstand: Verfassungsablösung neben der Verfassung und ihre Schranken	102
2. Analyse der Entscheidungen	109
3. Fazit: Allein das Volk beschränkt die verfassungsablösende Gewalt	114
IV. Die verfassungsgerichtliche Prüfung von Wahlen zur verfassungsablösenden Versammlung in Island (2013)	115
1. Verfahrensgegenstand: Wahlfehler bei der Wahl zur verfassungsablösenden Versammlung	115
2. Analyse der Entscheidung	118
3. Fazit: Die Bestimmung der Repräsentanten des <i>pouvoir constituant institué</i> erfolgt in einer rechtmäßigen Wahl	122

Inhaltsverzeichnis

V. Die Erkenntnisse aus den Fallstudien	123
1. USA und Deutschland: (faktisch) konstitutionalisierter „ <i>pouvoir constituant</i> “	123
2. Island und Kolumbien: Verfassungsablösung auf der Grundlage der Volkssouveränität	127
VI. Ergebnis	129
C. Eine Theorie der Verfassungsablösung auf der Grundlage von dynamischer Volkssouveränität und Konstitutionalismus	132
I. Lösungsansätze: Verfassungsrevision oder materielle Konstitutionalisierung der verfassungsgebenden Gewalt?	132
1. Stellungnahme zum Konzept verfassungsablösender Gewalt auf der Grundlage einer Theorie der Verfassungsrevision	134
2. Die Vorzüge einer materiellen Konstitutionalisierung der verfassungsgebenden Gewalt	139
a) Universalität und Flexibilität als Vorteil gegenüber der Revisionstheorie	139
b) Konstitutionalistische Bindung als Naturrechtsersatz	140
II. Dynamische Volkssouveränität und Konstitutionalismus als Grundlagen der verfassungsablösenden Gewalt	141
1. Dynamische Konzepte von Volkssouveränität	142
a) Ein prozedurales Verständnis verfassungsablösender Volkssouveränität nach <i>Habermas</i>	142
b) Das Konzept der iterativen Volkssouveränität nach <i>Benhabib</i> für die Verfassungsablösung	144
2. Die materielle Konstitutionalisierung der „verfassungsgebenden Gewalt“	145
a) Konstitutionalismus als politische Idee	145
b) Zum Begriff der Konstitutionalisierung	147
3. Vereinbarkeit mit dem verfassungstheoretischen Verständnis von <i>Sieyès</i>	151
III. Die Rechtfertigung der Verfassungsablösung: Bedingungen einer Auflösung des Grundkonflikts zwischen Volks- und Verfassungssouveränität	155
1. Der Konflikt zwischen der Verfassung und der Volkssouveränität	156

2. Objektive und subjektive Bedingungen für die Verwirklichung der verfassungsablösenden Volkssouveränität	157
a) Grundbedingungen der Vereinbarkeit von Volks- und Verfassungssouveränität	157
b) Das objektive Bedürfnis für eine Verfassungsablösung	162
c) Demokratisch-rechtsstaatliche Finalität der verfassungsablösenden Gewalt	165
IV. Elemente einer materiell konstitutionalisierten verfassungsablösenden Gewalt	169
1. Die Legalisierung der „verfassungsgebenden Gewalt“ durch Ablösungsklauseln	170
2. Gesetzesvorbehalt: Keine Verfassungsablösung ohne Zustimmung des Gesetzgebers	172
3. Die Bindung der verfassungsablösenden Gewalt an verfassungsablösende Normen des Gesetzgebers	173
a) Verfassungsablösende Normen als Bindungen der verfassungsablösenden Gewalt	175
b) Die Legitimität verfassungsablösender Normen	178
c) Die Verbindlichkeit verfassungsablösender Normen für die verfassungsablösende Gewalt	183
4. Die materielle Bindung der verfassungsablösenden Gewalt	186
a) Autonomie verfassungsablösender Versammlungen als Konzept	187
b) Grenzen der Autonomie: sachliche Unabhängigkeit und materielle Bindungen verfassungsablösender Versammlungen	189
aa. Bedürfnis einer materiellen Bindung verfassungsablösender Versammlungen	189
bb. Die materielle Bindung der verfassungsablösenden Gewalt im Initiativreferendum	191
c) Zusammenfassung	194
5. Gewaltenteilung: verfassungsablösende Gewalt als vierte Gewalt	195
6. Das Verfahren der Verfassungsablösung	201
a) Die Legitimationswirkung des Verfahrens der Verfassungsablösung	201

Inhaltsverzeichnis

b) Ein Verfahrensmodell der Verfassungsablösung	205
aa. Die Aktivierung der verfassungsablösenden Gewalt	205
bb. Die Entscheidung über das Verfahren der Verfassungsablösung und die Einberufung einer verfassungsablösenden Versammlung	208
cc. Die Bildung einer verfassungsablösenden Versammlung	210
dd. Die Annahme des Verfassungsentwurfes	212
7. Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit	214
8. Die Wertbindung der verfassungsablösenden Gewalt	218
V. Die verfassungsablösende Gewalt im Verfassungsstaat	220
1. Das Zusammenwirken von Staat und Volk in der Verfassungsablösung	220
2. Verfassungsablösung als teilkonstitutionalisierte „Verfassungsgebung“	224
3. Der Träger der verfassungsablösenden Gewalt	226
VI. Grenzen des konstitutionalistischen Modells der Verfassungsgebung	227
1. Überlegenheit konkordanzdemokratischer Verfahren der Verfassungsablösung?	227
2. Grenzen der Übertragung von Konstitutionalismus auf die Verfassungsgebung	228
VII. Folgen einer Konstitutionalisierung von „verfassungsgebender Gewalt“ im Rahmen der Verfassungsablösung für die Volkssouveränität	229
1. Systemintegration der Volkssouveränität	229
2. Relativierung und Entmystifizierung der Volkssouveränität	230
VIII. Ergebnis: Verfassungsablösung als eigenständiges theoretisches Konzept	231
D Ein Recht auf Verfassungsablösung unter dem Grundgesetz?	232
I. Verfassungsablösung Volkssouveränität als Recht auf Verfassungsablösung	232
1. Ideengeschichtlicher Hintergrund und positivrechtliche Vorbilder	232
2. Begründung eines Rechts auf Verfassungsablösung	236

3. Einwände gegen ein Recht auf Verfassungsablösung und deren Widerlegung	243
a) Die Konstitutionalisierung eines Paradoxons	243
b) Verfassunggebung verkommt zur „kleinen Münze“	244
c) Vergerichtlichung von politischer Entscheidungsmacht	246
d) Die Eröffnung einer Möglichkeit zur Popularklage	248
II. Ein Recht auf Verfassungsablösung im Grundgesetz?	249
1. Quelle eines Rechts auf Verfassungsablösung	249
a) Ein überpositives Recht auf Verfassungsablösung?	249
b) Ungeschriebenes Verfassungsrecht als Grundlage für ein Recht auf Verfassungsablösung	251
2. Inhalt und Gegenstand eines Rechts auf Verfassungsablösung	253
a) Voraussetzungen eines Rechts auf Verfassungsablösung	253
b) Rechtlicher Gehalt eines Rechts auf Verfassungsablösung	255
c) Folgerungen aus dem Kollektivrechtscharakter für die rechtliche Ausgestaltung	258
3. Geltendmachung und Ausübung eines Rechts auf Verfassungsablösung	259
4. Positivierung oder Verfassungsinterpretation?	261
III. Ergebnis	263
Schluss: Gesamtergebnis und Thesenliste	266
Einzelthesen	271
Literaturverzeichnis	277

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ÄöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaWüVerf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Ed.	Edition
et al.	und andere
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
f., ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz

Abkürzungsverzeichnis

HStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
i.V.m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RegBl.	Regierungsblatt
Rn.	Randnummer
RW	Rechtswissenschaft
s.	siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
S.	Satz; Seite
SaarlVerf	Verfassung des Saarlandes
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
u.a.	unter anderem; und andere
US, USA	United States, United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
v.	von
v.a.	vor allem
VfGBbg	Entscheidungen des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg
vgl.	vergleiche
VRÜ	Zeitschrift Verfassung und Recht in Übersee
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Vol.	Volume (Band)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil