

Teil 3: Verfassungsrechtliche Grundlagen des Systems der Sozialen Sicherheit

A. Vorüberlegungen zur Verfassung als Grundlage des Systems der Sozialen Sicherheit

I. Begriff der Verfassung

Anders als der Begriff der Sozialen Sicherheit ist der Begriff der Verfassung zwar im vorliegenden Zusammenhang alternativlos. Ebenso wenig wie für jenen hat sich jedoch für den Begriff der Verfassung bisher ein einheitliches Verständnis gebildet,¹ weshalb auch er einer einleitenden inhaltlichen Klarstellung bedarf. Ausgangspunkt dieser Klarstellung muss dabei erneut die historische Entwicklung sein, da diese den maßgeblichen Grund für das heutige Verfassungsverständnis bildet. Im Anschluss daran sollen die einzelnen Merkmale des Begriffs herausgearbeitet werden, bevor am Ende der für die Untersuchung relevante Begriff bestimmt wird.²

1. Historische Entwicklung

Da das Vorhandensein einer gewissen Ordnung als konstitutiv für die Existenz eines Gemeinwesens anzusehen ist, weist die Verfassung im Sinne einer wie auch immer gearteten und woraus auch immer abgeleiteten Machtverteilung innerhalb des Gemeinwesens eine eben so lange Geschichte auf wie das Gemeinwesen selbst.³ Der heutige juristische Verfassungsbegriff⁴ weicht von diesem Begriffsverständnis zwar, wie später zu zeigen sein wird, insbesondere dadurch ab, dass nunmehr die zielbewusste Gestaltung dieser rechtlichen Ordnung gemeint ist.⁵ Dieses heutige Verständnis steht jedoch

1 Vgl. dazu etwa *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdnr. 2 und *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 28 sowie *Stern*, Staatsrecht I, S. 69f. m.w.N.

2 Nach *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 28, ist diese Vorgehensweise von der empirisch-historischen Vorgehensweise zu unterscheiden und als normativ-rechtsphilosophisch zu bezeichnen. Erneut wird dadurch ein weites Verständnis der Bezeichnung „Begriff“ impliziert. Vgl. dazu oben Teil 2 A., Fn. 3f.

3 In diesem Sinne auch *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 505, und *Stern*, Staatsrecht I, S. 61, der diese ursprüngliche Verfassung als *institutio* bezeichnet.

4 Der medizinische Verfassungsbegriff beschreibt nach wie vor lediglich einen Zustand. Vgl. dazu und zu anderen in diesem Zusammenhang aufschlussreichen Parallelen zwischen juristischen und medizinischen Begriffen *Mohnhaupt/Grimm*, Verfassung, S. 1.

5 Nach *Stern*, Staatsrecht I, S. 61f., kann nur die zielbewusst gestaltete Verfassung auch als *constitutio* bezeichnet werden. Die Unterscheidung zwischen einem deskriptiven und einem normativen Verständnis bzw. zwischen einem Seins- und einem Sollensbegriff ist allgemein anerkannt, vgl. etwa *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, S. 11, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 11. Begreift man den Übergang von der *institutio* zur *constitutio* jedoch als Evolution, so ist meiner Überzeugung nach

mit dem ursprünglichen Verständnis in engem Zusammenhang, baut darauf auf und erklärt sich nicht aus sich selbst. Für die Analyse des heutigen Inhalts des Begriffs ist es daher erforderlich die Geschichte des Begriffs Verfassung bzw. seiner deutschen und fremdsprachlichen Entsprechungen kurz darzustellen.

Die Geschichte des Verfassungsbegriffs reicht bis in die Antike zurück. Als Ausgangspunkt wird vielfach der griechische Begriff *πολιτεία* (*Politeia*) angesehen, den Aristoteles mit der „Ordnung des Staates hinsichtlich der Fragen, wie die Regierung aufgeteilt ist“, bzw. „Ordnung des Staates hinsichtlich der verschiedenen Ämter“ umschreibt, und der eine enge Verbindung mit dessen Staatsformenlehre aufweist.⁶ Ob damit die tatsächlich bestehende Ordnung im Sinne eines Zustandes umschrieben werden soll oder aber eine rechtliche Vorgabe für diese Ordnung gemeint ist, lässt sich nicht eindeutig klären.⁷ Für den vorliegenden Zusammenhang genügt jedoch die Erkenntnis, dass sich mit *πολιτεία* (*Politeia*) bereits im antiken Griechenland erstmals ein Begriff zur Bezeichnung der Ordnung des Staates, sei es als Zustandsbeschreibung oder sei es als normative Vorgabe, herausgebildet hatte, der daher auch durchaus mit Verfassung übersetzt werden kann. Die Normen, nach denen sich die Ordnung des Staates im alten Rom richtete, wurden gemeinhin als *mos maiorum*, also als „Sitten der Vorfahren“ bezeichnet.⁸ Es finden sich in der lateinischen Sprache aber auch andere Wörter bzw. Wortkombinationen, die eine Verbindung zur Staatsordnung aufweisen. Dazu gehören insbesondere die auf Cicero zurückgehende Wendung *rem publica constituere* als Beschreibung eines Vorgangs und die daraus folgende Bezeichnung *constitutio*.⁹ Zwar lässt sich auch insoweit der konkrete Inhalt nicht eindeutig bestimmen, insbesondere die synonyme Verwendung der Kombinationen *status rei publicae* und *constitutio rei publicae* bei Cicero deutet jedoch auf eine Verwendung im Sinne der Zustandsbeschreibung hin.¹⁰ Später in der Kaiserzeit wird der Begriff *constitutiones* zwar nicht mehr nur in Bezug auf die Staatsordnung, sondern als Bezeichnung aller vom Kaiser stammenden Normen verwendet. Durch die Unterscheidung nach dem Normgeber rückt jedoch zugleich erstmals eine mögliche Differenzierung zwischen *constitutio* und *lex* in den

die Erkenntnis des Bestehens einer Ordnung als Zwischenstufe zu begreifen, da diese mit der Verbalisierung des Begriffs einhergehende Stufe der zielbewussten Schaffung der Ordnung notwendigerweise vorausgeht.

6 Aristoteles, Politik, S. 137, 112. Nach Aristoteles existieren in Gestalt von Königtum, Aristokratie und Politie drei richtige Staatsformen, von denen Tyrannis, Oligarchie und Demokratie dadurch negativ abweichen, dass sie nur das Interesse der Herrschenden verfolgen.

7 Ebenfalls offen gelassen wird diese Frage von Mohnhaupt/Grimm, Verfassung, S. 5 – 10, und von Winterhoff, Verfassung, S. 9f. Vgl. darüber hinaus zur Bedeutung der *πολιτεία* bei Aristoteles Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 505f., und Isensee, in: ders./Kirchhof: HStR, Bd. 2, Rdnr. 177.

8 Vgl. zu Entstehung und Bedeutung der *mos maiorum* Meier, Res Publica amissa, S. 54f., Mohnhaupt/Grimm, Verfassung, S. 10.

9 Cicero, De re publica, S. 170f. 204f.

10 Vgl. zur Verwendung des Begriffs *status rei publicae* bei Cicero insbesondere Suerbaum, Vom antiken zum frühmittelalterlichen Staatsbegriff, S. 62 – 66. Insoweit erscheint *constitutio rei publicae* zugleich als Übersetzung der *πολιτεία* (*Politeia*). Vgl. Mohnhaupt/Grimm, Verfassung, S. 13.

Blickpunkt, freilich ohne dass diese Unterscheidung bereits eine konkrete rechtliche Abstufung mit sich gebracht hätte.¹¹

Ein höherer rechtlicher Rang und damit zugleich ein eindeutig normatives Verständnis des Begriffs war sowohl in Deutschland und Portugal als auch in Frankreich und England erstmals mit den sog. *leges fundamentales*, *leis fondamentais*, *lois fondamentales* oder *fundamental laws* verbunden.¹² In diesen Grund-Gesetzen waren diejenigen Regeln festgehalten, die einer Änderung durch den Herrscher entzogen sein sollten, an die also auch der Herrscher selbst gebunden war. Ausgangspunkt der Entwicklung war Frankreich, wo bereits zu Beginn des 15. Jahrhunderts die Thronfolgeregeln als auch den König bindend und damit über ihm stehend bezeichnet wurden.¹³ In der Folge wurde diese Trennung der beiden Sphären weiter ausdifferenziert, der Bereich der für den König unveränderbaren Normen erweitert und die Bezeichnung *lois fondamentales* eingeführt.¹⁴ Auch in England bildeten sich ab Ende des 16. Jahrhunderts solche *fundamental laws* heraus,¹⁵ die ebenfalls den Herrscher bindende Normen enthielten und für die als Überbegriff bald auch die Bezeichnung *constitution* verwendet wurde.¹⁶ Den vorläufigen Endpunkt dieser Entwicklung bildete die auf *Cromwell* zurückgehende Entstehung des *Agreement of the People* im Jahre 1647 und des *Instrument of Government* im Jahre 1653, die mitunter als erste Verfassungen im modernen Sinn und zugleich als

-
- 11 Auf diesen Zusammenhang verweisend auch *Mohnhaupt/Grimm*, Verfassung, S. 12f., denen zufolge die Bezeichnung *constitutio* zugleich mit einem längeren Bestehen der Rechtsquelle verbunden war, was zwangsläufig auch ein höheres Maß an Autorität mit sich brachte.
 - 12 Bis zu diesem Zeitpunkt kam einzig dem Naturrecht, das jedoch weder einen per se herrschaftsordnenden Inhalt hatte noch schriftlich fixiert war, ein höherer Rang zu. Vgl. *Starck*, in *ders./Weber*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, S. 12 – 14.
 - 13 *Mohnhaupt/Grimm*, Verfassung, S. 16f., und *Winterhoff*, Verfassung, S. 13. Die erstmalige Verwendung in diesem Sinne wird dabei einem von *Jean de Terre-Rouge* verfassten Werk über die Thronfolge in Frankreich zugeschrieben.
 - 14 Neben der als *Lex Salica* bezeichneten Thronfolgeregelung gehörten zu den Bereichen, die gem. den *lois fondamentales* nicht durch den König geändert werden konnten, etwa auch dessen katholische Religionszugehörigkeit und das Erfordernis der Zustimmung der Stände zu Steuererhebungen, vgl. *Mohnhaupt/Grimm*, Verfassung, S. 38f. Besonders anschaulich wird die Unterscheidung der beiden Rechtssphären von *Bodin*, Sechs Bücher über den Staat, Buch I-III, S. 218, beschrieben: „Von den Gesetzen aber, die die Verfassung und den Aufbau des Königreichs angehen wie beispielsweise das Salische Gesetz, kann der Fürst nicht abweichen, weil sie unauflöslich mit der Krone verbunden sind“. *Bodin* selbst verwendet jedoch nicht den Begriff *lois fondamentales*, sondern *loix du Royaume* bzw. *leges imperii*.
 - 15 Bereits sehr viel früher, nämlich 1215, entstand die *Magna Charta Libertatum*, die jedoch keine herrschaftsordnenden Normen, sondern lediglich die Verbriefung von Rechten des englischen Adels zum Inhalt hatte und insoweit 1689 um die *Bill of Rights* und die darin fixierten Rechte des Parlaments ergänzt wurde. Vgl. hierzu im Einzelnen *Lyon*, Constitutional History of the United Kingdom, S. 39 – 51, 254f.
 - 16 Dass die erste gemeinsame schriftliche Fixierung der einzelnen *fundamental laws* als *Instrument of Government* bezeichnet wurde, steht dem nicht entgegen, da die damalige Bedeutung des Begriffs *government* der der *constitution* sehr ähnlich war und deshalb heute durchaus mit Verfassung zu übersetzen ist. Vgl. dazu und zur Verwendung des Begriffs *constitution* im England des 17. Jahrhunderts *Stourzh*, Wege zur Grundrechtsdemokratie, S. 8, 11 – 25.

einige schriftlich fixierte Verfassungen Englands angesehen werden.¹⁷ Die beiden zentralen Elemente dieser Entwicklung lassen sich auch bei den in Deutschland anzu treffenden *leges fundamentales*¹⁸ und bei den portugiesischen *leis fundamentais*¹⁹ nachweisen. Dabei handelt es sich zum einen um das Merkmal der Schriftlichkeit, das von Beginn an mit dem deutschen Begriff Verfassung²⁰ verbunden war und auch für den zweiten Entwicklungsstrang des Verfassungsrechts, die Gewährung von Freiheiten,²¹ von zentraler Bedeutung ist, sowie zum zweiten um die Tendenz, das Verhältnis zwischen Herrscher und Ständen in immer umfassenderem Maße zu regeln.²² Zunehmend in den Mittelpunkt rückte dabei auch die Frage, woher diese Grund-Gesetze ihren Geltungsgrund ableiteten. Ursprünglich wurde insoweit angenommen, der grundsätzlich souveräne Herrscher unterwarf sich durch eine tatsächliche oder fiktive vertragliche Bindung den in den Grund-Gesetzen festgelegten Normen.

Erst die Schwäche bzw. Abwesenheit eines (absoluten) Herrschers, wie sie in England zu Zeiten *Cromwells* und insbesondere in Nordamerika im Zuge der Unabhängigkeitstre bungen der englischen Kolonien²³ bestand, ermöglichte eine von der Souveränität des Herrschers unabhängige Begründung der herrschaftsordnenden Normen.²⁴

-
- 17 Mohnhaupt/Grimm, Verfassung, S. 44 – 48, Winterhoff, Verfassung, S. 13f., Starck, in: ders./Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, S. 15. Der Text der Dokumente findet sich in Gardiner, The Constitutional Documents, S. 359 – 371, 405 – 417. Das später entstandene, aber heute noch geltende Prinzip der Parlamentssouveränität steht im Widerspruch zum Verständnis einer höherrangigen Verfassung und verhinderte in der Folge die Entstehung einer förmlichen Verfassung in England. Vgl. dazu auch Grimm, Die Zukunft der Verfassung, S. 51f.
 - 18 Zu den deutschen *leges fundamentales* zählten neben der Goldenen Bulle von 1356 insbesondere die Reichsreformsatzungen von 1495, der Augsburger Religionsfrieden von 1555 und der Westfälische Frieden von 1648. Vgl. dazu Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 40 – 49, Lauf, NJW 2006, S. 3190, und Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 94f.
 - 19 Auch zu den portugiesischen *leis fundamentais* gehörten insbesondere Bestimmungen zu Thronfolge, Adelsprivilegien und Steuergesetze, vgl. Miranda, Manual, Bd. 2, S. 14f.
 - 20 Als früheste Verwendung des Begriffs Verfassung gilt eine als „virfaszunge“ bezeichnete und schriftlich fixierte Vereinbarung über die Einsetzung eines Schiedsgerichts im Jahr 1346. Vgl. zur Entwicklung des Begriffs und der Bedeutung der Schriftlichkeit im Einzelnen Mohnhaupt/Grimm, Verfassung, S. 22 – 25, 49 – 53. Zwischen dem Vertragscharakter der Verfassungen und dem Erfordernis der Schriftlichkeit besteht ein enger Zusammenhang, zudem bildet die Schriftlichkeit auch eine Voraussetzung für die Entstehung des formellen Verfassungsbegriffs, vgl. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 507.
 - 21 Zu den zentralen Dokumenten dieses Entwicklungsstranges gehört die *Magna Charta Libertatum* von 1215. Vgl. zu der darauf aufbauenden Entwicklung Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 29 – 32.
 - 22 Mohnhaupt/Grimm, Verfassung, S. 75 – 78, Winterhoff, Verfassung, S. 15f.
 - 23 Vgl. zum historischen Hintergrund der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776 Heideking, in: Jäger/Welz, Regierungssystem der USA, S. 58, und Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 60 – 62 m.w.N.
 - 24 So in Bezug auf die Situation in den englischen Kolonien in Nordamerika Adams, Republikanische Verfassung, S. 121 – 125, Starck, in: ders./Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, S. 18, Winterhoff, Verfassung, S. 18f., und Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 73 – 77, der darauf hinweist, dass die Volkssouveränität derart selbstverständlich war, dass sie keiner Begründung bedurfte. Auch das *Agreement of the People* und das *Instrument of Government* wurden

Auch aus diesem Grund stellt die Entstehung der amerikanischen Verfassung einen Einschnitt für die weitere Entwicklung dar. Ausgangspunkt der amerikanischen Verfassungsgeschichte waren dabei die *Virginia Bill of Rights* vom 12. Juni 1776 und die *Constitution of Virginia* vom 29. Juni 1776.²⁵ Obwohl die Grundrechte und der staatsorganisatorische Teil in zwei getrennten Dokumenten verabschiedet wurden, gelten beide zusammen heute als erste auf amerikanischem Boden entstandene, einheitliche verfassungsrechtliche Kodifikation. Schon die kurz darauf verabschiedete Verfassung von Pennsylvania verband die beiden Teile in einem gemeinsamen Verfassungsdokument.²⁶ Und auch dem Umstand, dass die amerikanische Bundesverfassung vom 17. September 1787 erneut keinen eigenen Grundrechtsteil aufwies,²⁷ wird im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Kodifikation keine besondere Bedeutung mehr zugemessen, zumal bereits die Zusammenfassung zu zwei grundlegenden Dokumenten einen großen Fortschritt gegenüber den oft nur einzelne Fragen regelnden *leges fundamentales* darstellte.²⁸ Im Rahmen dieses amerikanischen Verfassungsprozesses zeigen sich daher bereits alle wesentlichen Elemente eines modernen Verfassungsbegriffs. Dazu gehören insbesondere die Schriftlichkeit, das Vorhandensein eines einheitlichen Dokumentes²⁹, die umfassende Regelung der Ausübung staatlicher Gewalt inkl. der Gewährung grundle-

zu einem Zeitpunkt verabschiedet als in England bzw. Großbritannien infolge des Sturzes von Charles I. gerade kein (absoluter) Herrscher vorhanden war.

- 25 Die zuvor in einigen Kolonien verabschiedeten Verfassungen sollten lediglich für einen Übergangszeitraum Geltung beanspruchen und basierten zudem nicht auf der vom Kontinentalkongress im Mai 1796 verabschiedeten Empfehlung zur Verabschiedung neuer Verfassungen, vgl. zu den Entwicklungen vor der Verabschiedung der Verfassung in Virginia Adams, Republikanische Verfassung, S. 56 – 74.
- 26 Vgl. zum Prozess der Verfassungsgebung insbesondere in Virginia, Pennsylvania und Massachusetts Schmidt, in: *ders./Jacobi*, Zwei öffentlich-rechtliche Abhandlungen, S. 94f., Adams, Republikanische Verfassung, S. 74f., 77 – 79, 83 – 88, Stourzh, Wege zur Grundrechtsdemokratie, S. 33, Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 46 – 51, und Heideking, in: Jäger/Welz, Regierungssystem der USA, S. 59 – 61. Vorläufer dieser ersten amerikanischen Verfassungen waren die sog. *Colonial Charters*, die jedoch nur regionale Reichweite hatten und unterhalb der eigentlichen Staatsordnung standen. Vgl. dazu Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 515 – 517, Adams, Republikanische Verfassung, S. 30 – 33, Grimm, Die Zukunft der Verfassung, S. 54, Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 32 – 34, und Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 61. Die Texte der Verfassungen von Virginia und Pennsylvania sowie der Unabhängigkeitserklärung und der Bundesverfassung inkl. ihrer *Amendements* finden sich in Morison, Sources and Documents, S. 149 – 176, 292 – 304, 363 – 370.
- 27 Die sog. zehn Zusatzartikel, die 1789 ursprünglich gemeinsam mit zwei weiteren Artikeln als *Bill of Rights* beschlossen wurden, traten erst 1791 nach ihrer Ratifizierung durch eine ausreichende Zahl von Unionsstaaten in Kraft. Vgl. zur Entstehung der Bundesverfassung inkl. der *Bill of Rights* Heideking, in: Jäger/Welz, Regierungssystem der USA, S. 62 – 70, Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 113 – 118, Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 18 – 51, und Winterhoff, Verfassung, S. 17.
- 28 Ebenfalls den einheitlichen Charakter der teilweise getrennten Dokumente betonend Grimm, Die Zukunft der Verfassung, S. 106f., Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 90 – 92, und Winterhoff, Verfassung, S. 17, 23.
- 29 Schmidt, in: *ders./Jacobi*, Zwei öffentlich-rechtliche Abhandlungen, S. 98 – 101, sieht gerade in der Verknüpfung der beiden Entwicklungsstränge, also der Kodifizierung der Grundrechte und der staatsorganisatorischen Regeln, die besondere Bedeutung der amerikanischen Verfassungen.

gender Rechte und Freiheiten sowie die Ableitung der Höherrangigkeit aus der Volks-souveränität.³⁰

Parallel zu den Entwicklungen in den englischen Kolonien in Nordamerika bildete sich in Frankreich ein theoretisches Fundament des Verfassungsgedankens heraus,³¹ das gemeinsam mit den Erfahrungen in England und Nordamerika die Grundlage der französischen Verfassungsentwicklung bildete. Die zuvor in Nordamerika als selbstverständlich geltenden Verfassungsmerkmale bedurften in Frankreich zur Entfaltung ihrer Wirksamkeit einer positiven Formulierung, weil die (absolute) Herrschaft des Königs zunächst beseitigt werden musste.³² Den Kulminationspunkt dieser Beseitigung bildete die Französische Revolution,³³ durch die die königliche Herrschaft zunächst in Frage gestellt und schließlich infolge des Obsiegens der von *Abbé Emmanuel Joseph Sieyès* begründeten Theorie der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes³⁴ beseitigt wurde. Als die Verfassung schließlich am 3. September 1791 verabschiedet wurde, enthielt sie

-
- 30 Vergleiche zur Bedeutung der amerikanischen Verfassungsentstehung für die weitere Entwicklung insbesondere in Deutschland *Steinberger*, 200 Jahre amerikanische Bundesverfassung, *Boehl*, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 61f., und *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 60 – 128.
- 31 Als wesentlicher Verfechter der Verfassungsidee gilt insbesondere *Emer de Vattel*, der bereits 1758 in seiner Schrift, *Droit des Gens*, S. 40f., formuliert: „Das Grundgesetz, das die Art und Weise der Ausübung der öffentlichen Gewalt bestimmt, bildet die Verfassung des Staates. (...). Diese Verfassung ist im Grunde nichts anderes als die Aufstellung des Systems, nach welchen eine Nation gemeinschaftlich für die Erhaltung der Vorteile arbeiten will, zu deren Erreichung die politische Gemeinschaft errichtet worden ist.“ Vgl. dazu *Stern*, in: *Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber*, FS für Kurt Eichenberger, S. 199, *Boehl*, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 35, *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 134 – 136, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 24f.
- 32 Anders als in den englischen Kolonien existierten auch keine institutionellen Vorläufer wie die *Colonial Charters*. Vgl. zu den *Colonial Charters* oben Fn. 26 und zur Bedeutung ihres Fehlens sowie zu ihrer verfassungstheoretischen Begründung *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 134 – 136, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 24f.
- 33 Ausgangspunkt war ein Streit über die Abstimmungsmodalitäten bei einer Zusammenkunft der Generalstände. Infolge dieses Streits erklärte sich der Dritte Stand am 17. Juni 1789 zur Nationalversammlung und am 6. Juli 1789 zur verfassungsgebenden Nationalversammlung. Diese beschloss, nachdem am 14. Juli die Bastille gestürmt worden war, am 26. August 1789 ohne die Zustimmung des Königs die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, die inhaltlich deutliche Bezüge zur amerikanischen *Bill of Rights* aufwies. Vgl. zum Verlauf der französischen Revolution aus verfassungsgeschichtlicher Sicht *Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Rdnr. 191 – 206, und *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 52 – 90. Die Texte der französischen Revolutionsverfassungen finden sich in *Willowiet/Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte, S. 292 – 412.
- 34 *Sieyès*, Qu'est-ce que le Tiers état?, S. 180: „Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens, qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent point y toucher. (...) la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant.“ Eine Übersetzung findet sich in *Sieyès*, Politische Schriften, S. 167. Die Urheberschaft von *Sieyès* wurde angesichts der zeitlich vorausgehenden Ereignisse in Nordamerika in Frage gestellt. Ihm gebührt aber jedenfalls das Verdienst der erstmaligen expliziten Unterscheidung zwischen *pouvoir constitué* und *pouvoir constituant*. Vgl. zur Bedeutung von *Sieyès*, *Montesquieu* und *Rousseau* für die theoretische Grundlage der französischen Revolution *Zweig*, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 63 – 90, 115 – 141, *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 522f., und *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 136 – 147.

zwar die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, aufgrund des sich beschleunigen- den Revolutionsprozesses war jedoch keine endgültige Abschaffung der Monarchie mehr vorgesehen. Die Verfassung von 1791 bildet daher sowohl den vorläufigen Endpunkt der Herausbildung des modernen Verfassungsbegriffs als auch den Ausgangspunkt einer erneuten Entfernung von den Kernelementen dieses Begriffs.³⁵ Zu den inhaltlichen Merkmalen gehören insbesondere der ausdrücklich formulierte und theoretisch durchdrungene Gedanke der Volkssouveränität, die damit verbundene Unterscheidung von *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* sowie schließlich die obligatorische Verbindung eines auf der Gewaltenteilung basierenden Staatsorganisationsteils mit einem Grundrechtsteil in einem Dokument.³⁶

In der Folge der französischen Revolution kam es zwar sowohl in Frankreich als auch in anderen europäischen Ländern zur Verabschiedung zahlreicher Verfassungen und somit einer scheinbaren allgemeinen Verbreitung des Konstitutionalismus, inhaltlich bedeuteten die Verfassungen des 19. Jahrhunderts jedoch oft einen Rückschritt. Insbesondere die Idee der Volkssouveränität wurde wieder zurückgedrängt und die Verfassungen des 19. Jahrhunderts wurden entweder unmittelbar vom Herrscher ausgegeben (oktroyiert) oder zwischen Volk und Herrscher ausgehandelt (paktiert).³⁷ Ausgangspunkt dieser Entwicklung war erneut Frankreich, wo Louis XVIII. 1814 die *Charte Constitutionnelle* durchsetzte.³⁸ Einen ersten, wenn auch gescheiterten Versuch, eine deutsche Verfassung auf dem Gedanken der Volkssouveränität aufzubauen, bildete die Paulskirchenverfassung von 1848. Diese griff nicht nur auf die verfassungsgebende

35 Tatsächlich abgeschafft wurde die Monarchie erst durch die Dekrete vom September 1792. Vgl. dazu und zur Entwicklung der Verfassung im Rahmen der französischen Revolution im einzelnen *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 150 – 152, und *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 69, 74 – 90.

36 Ihren stärksten Ausdruck finden diese Grundelemente unmittelbar in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, deren Art. 3 und 16 besagen:

- Art 3: *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.*

- Art. 16: *Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*

Willowait/Seif, Europäische Verfassungsgeschichte, S. 251, 254. Vgl. zur synonymen Verwendung der Begriffe Volk und Nation bei *Sieyès* und der späteren Ersetzung des Begriffs Nation durch den des Volkes *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 148 – 152, sowie allgemein zur Bedeutung der zitierten Passagen *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 58 – 67, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 29 – 31.

37 Beispiele einer oktroyierten Verfassung sind die Verfassungen von Bayern und Baden von 1818. Um paktierte Verfassungen handelt es sich bei den Verfassungen von Württemberg (1819) und Sachsen (1831). Vgl. dazu *Stern*, Staatsrecht I, S. 66f., *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 206 – 208, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 32 – 34, sowie zum Verständnis der oktroyierten Verfassung als durch Akzeptanz im Volk letztlich doch paktierter Verfassung *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, S. 130f.

38 Die *Charte Constitutionnelle* ist abgedruckt bei *Willowait/Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte, S. 481 – 494. Vgl. dazu *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 86 – 89, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 31f.

Gewalt des Volkes zurück,³⁹ sondern orientierte sich auch inhaltlich deutlich an ihren französischen und amerikanischen Vorbildern. Sie trat jedoch aufgrund des Scheiterns der Revolution nie in Kraft.⁴⁰ Die Reichsverfassung von 1871⁴¹ stellte hingegen lediglich eine vertragliche Übereinkunft der Gliedstaaten untereinander dar, gründete also nicht auf einer souveränen Entscheidung des Volkes und wies darüber hinaus auch inhaltlich deutliche Defizite auf. Insbesondere ein Grundrechtsteils war darin nicht vorgesehen.⁴² Erste, dem amerikanischen und ursprünglichen französischen Verfassungsverständnis entsprechende Verfassung in Deutschland war daher die Weimarer Reichsverfassung von 1919⁴³ und erst dem als Provisorium gedachten Grundgesetz gelang es, den modernen Verfassungsbegriff in Deutschland endgültig zu etablieren.⁴⁴

Auch in Portugal konnte sich der moderne Verfassungsbegriff nicht unmittelbar durchsetzen. Zwar wurde bereits 1822 eine erste als solche bezeichnete Verfassung verabschiedet, welche auf dem französischen Verfassungsbegriff von 1791 basierte⁴⁵ und die *leis fundamentais* verdrängte. Dieser Verfassung war jedoch keine lange Wirksamkeit beschieden und bereits 1823 trat sie wieder außer Kraft.⁴⁶ Nach einer Übergangsphase gelang es dem König schließlich 1826 dem Volk die sog. *Carta Constitucional* zu oktroyieren, die erst durch die erste portugiesische Republik 1910 endgültig beseitigt

39 Vgl. die Präambel der Paulskirchenverfassung: „Die deutsche verfassungsgebende Versammlung hat beschlossen, und verkündet als Reichsverfassung.“ *Willowelt/Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte, S. 562.

40 Vgl. zum Inhalt der Paulskircheverfassung bzw. zu ihrem Scheitern *Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Rdnr. 258 – 277, *Frotscher/Pierothe*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 309 – 323, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 37 – 39, sowie zur Bedeutung des Prinzips der Volkssouveränität darin *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 226 – 230.

41 Die Bezeichnung Reichsverfassung von 1871 erklärt sich aus der Neuverkündung der ursprünglich schon am 15. November 1870 beschlossenen Verfassung am 16. April 1871 im Anschluss an die durch die Einbeziehung Bayerns und Württembergs erforderlich gewordene Überarbeitung, vgl. dazu *Stern*, Staatsrecht I, S. 67f. Vgl. zum Text der Reichsverfassung *Willowelt/Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte, S. 589 – 609.

42 Vgl. zu Entstehung und Inhalt der Reichsverfassung *Frotscher/Pierothe*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 383 – 416, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 39 – 41.

43 Der Gedanke der Volkssouveränität fand Eingang in Art. 1 der Weimarer Verfassung: „*Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.*“ *Willowelt/Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte, S. 637 – 662. Vgl. dazu *Boehl*, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 73, *Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Rdnr. 343, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 42 – 47.

44 Vgl. zu der Frage der Volkssouveränität im Grundgesetz *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 380 – 397.

45 Unmittelbares Vorbild der portugiesischen Verfassung von 1822 war die erste spanische Verfassung von Cadiz, die ihrerseits die französischen Verfassungen von 1791 und 1795 zum Vorbild hatte, vgl. *Miranda*, Manual, Bd. 1, S. 265. Der Text der Verfassung von Cadiz findet sich bei *Willowelt/Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte, S. 429 – 479, der der portugiesischen Verfassungen bis hin zur Verfassung des *Estado Novo* bei *Miranda*, As Constituições Portuguesas.

46 Allerdings war die Verfassung von 1822 zwischen 1836 und 1838 erneut in Kraft. Die 1838 verabschiedete paktierte Verfassung galt ihrerseits bis 1842. Vgl. zur Inhalt und Bedeutung der Verfassungen von 1822 und 1838 im Einzelnen *Miranda*, Manual, Bd. 1, S. 245 – 274, 286 – 291 und *Canotilho*, Direito Constitucional, S. 128 – 134, 147 – 161.

wurde.⁴⁷ Bei deren 1911 verabschiedeter Verfassung, die durch die Militärdiktatur der Jahre 1926 bis 1933 aufgehoben wurde, handelte es sich erneut um eine dem modernen Verfassungsbegriff entsprechende und sogar eine gerichtliche Überprüfung der Gesetze vorsehende Verfassung.⁴⁸ Die 1933 als einzige der portugiesischen Grundgesetze durch Plebisit angenommene Verfassung⁴⁹ des *Estado Novo* hingegen knüpfte ihrerseits zwar formal ebenfalls an den modernen Verfassungsbegriff an, wich jedoch inhaltlich deutlich davon ab.⁵⁰ So wurden die Grundrechte unter einen generellen Gesetzesvorbehalt gestellt und die demokratisch legitimierten Gesetzgebungskörperschaften waren weitgehend bedeutungslos. Es blieb daher der Verfassung von 1976 vorbehalten, auch in Portugal dem modernen Verfassungsverständnis zum Sieg zu verhelfen.

2. Elemente des Verfassungsbegriffs

Die zentralen Elemente des Verfassungsbegriffs ergeben sich aus der soeben beschriebenen historischen Entwicklung. Diese Entwicklung zeigt jedoch auch, dass im jeweiligen Zusammenhang gänzlich verschiedene Phänomene unter den Verfassungsbegriff gefasst wurden und auch weiterhin gefasst werden.⁵¹ Dazu werden einzelne Elemente, also die Eigenschaften bzw. die Funktionen einer Verfassung, hervorgehoben und miteinander kombiniert, so dass sich aus ihnen etwa ein formeller, ein materieller, ein idealer, ein positiver, ein absoluter, ein relativer oder eben ein funktionaler Verfassungsbegriff ergibt.⁵² Manche dieser Begriffe dienen der Beantwortung der Frage nach der Qualität eines bestimmten Dokuments bzw. einer Mehrheit von Dokumenten, andere versuchen, Vorgaben für eine Vielzahl der zuvor beschriebenen und heute existierenden Phänomene zu liefern. Dabei werden die einzelnen, grundsätzlich neutralen Elemente einer Wertung unterzogen und auf ihre Bedeutung für den konkreten Zusammen-

47 Die *Carta Constitucional* folgte dem Beispiel der französischen *Charte Constitutionnelle*. Vgl. zu ihr im Einzelnen *Miranda*, Manual, Bd. 1, S. 274 – 285, und *Canotilho*, Direito Constitucional, S. 134 – 147.

48 Vgl. zur Verfassung der ersten portugiesischen Republik *Miranda*, Manual, Bd. 1, S. 289 – 298, und *Canotilho*, Direito Constitucional, S. 162 – 177.

49 Die Verfassung wurde bereits vor der Abstimmung bekannt gemacht, vgl. DG I Série N° 43, 1933-02-22, S. 227 – 236, trat aber erst infolge der Abstimmung am 19. März 1933, an der nur ein geringer Teil der Bevölkerung teilnehmen durfte, in Kraft. Vgl. dazu auch oben Teil 2 A., Fn. 204.

50 Vgl. zu Bedeutung und Inhalt der Verfassung des *Estado Novo Miranda*, Manual, Bd. 1, S. 298 – 329, und *Canotilho*, Direito Constitucional, S. 178 – 185.

51 Vgl. etwa zum Verfassungsbegriff auf europäischer Ebene *Huber*, in: VVDStRL 60, S. 196 – 199, und *Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 304 – 328.

52 Vgl. zum formellen und materiellen Verfassungsbegriff *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 506, 508, *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*. HStR, Bd. 2, Rdnr. 184 – 192, zum absoluten, relativen, positiven und idealen Verfassungsbegriff *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 3 – 41, und zum funktionalen Verfassungsbegriff *Pernice*, in: VVDStRL 60, S. 158 – 160, sowie *Sichert*, Grenzen der Revision des Primärrechts, S. 384f.

hang hin überprüft.⁵³ Im Folgenden sollen zunächst die einzelnen Elemente, aufgeteilt in inhaltliche⁵⁴ und funktionale Gesichtspunkte, analysiert werden. Erst im Anschluss daran wird aus den einzelnen Elementen der für die Untersuchung relevante Verfassungsbegriff erarbeitet. Maßgebliches Kriterium für die Bewertung der einzelnen Elemente wird dabei das Ziel der Untersuchung sein.

a. Inhaltliche Begriffselemente

aa. Formelle Elemente

Ein erstes inhaltliches Merkmal des Verfassungsbegriffs bildet die Kodifikation. Unter Kodifikation ist gemeinhin die schriftliche Fixierung und Systematisierung eines Rechtsgebietes durch die insoweit zuständige Gewalt zu verstehen.⁵⁵ Für das Element der Kodifikation ist dabei grundsätzlich unerheblich, welche Gewalt zuständig ist und welche Bereiche tatsächlich dem fraglichen Rechtgebiet zuzuordnen sind. Ob die Kodifikation mittels eines einheitlichen Dokuments oder mittels mehrerer zusammenhängender Dokumente erfolgt,⁵⁶ ist ebenso von untergeordneter Bedeutung wie die Selbstkennzeichnung der Urkunde als Verfassung.⁵⁷ Schließlich dürfen auch an den abschließenden Charakter der Kodifikation keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden. Von einer Kodifikation wäre vielmehr auch dann zu sprechen, wenn einzelne Teile des Rechtsgebietes auf andere Art und Weise geregelt würden.⁵⁸ Um dem Systematisierungsanspruch gerecht zu werden, müssen jedoch die wesentlichen Aspekte des Rechtsgebietes bzw. im Falle einer Teilkodifikation die wesentlichen Aspekte eines

53 Vgl. zu dem dadurch zum Ausdruck kommenden weiten Verständnis der Bezeichnung Begriff oben Teil 2 A., Fn. 3f., und *Winterhoff*, Verfassung, S. 92 – 95.

54 Die inhaltlichen Elemente lassen sich ihrerseits in verschiedene Gruppen unterteilen, etwa in formelle und materielle Begriffselemente, wie bei *Winterhoff*, Verfassung, S. 98f., oder in Strukturlemente und materiale Elemente, wie bei *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 6 – 18. Vgl. dazu auch *Schuppert*, Staatswissenschaft, S. 804 – 808.

55 *Starck*, in: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, Bd. 3, Sp. 563f., bezeichnet die Kodifikation als „nach systematischen Gesichtspunkten zusammenfassende Gesetzgebung für ein großes Sachgebiet“.

56 Das Vorhandensein mehrerer formeller Verfassungsdokumente darf nicht mit der Existenz materiellen Verfassungsrecht außerhalb der Verfassungskunde verwechselt werden. Etwas zweideutig insoweit *Winterhoff*, Verfassung, S. 100.

57 Die Selbstkennzeichnung der Urkunde als Verfassung mag in bestimmten Zusammenhängen als unabdingbare Voraussetzung angesehen werden, allgemein kommt diesem Merkmal jedoch keine entscheidende Bedeutung zu. Ob etwa dem europäischen Primärrecht trotz fehlender Selbstkennzeichnung Verfassungscharakter zukommen kann, kann vorliegend nicht entschieden werden. Ablehnend insoweit *Schmitz*, EuR 2003, S. 231f., zustimmend hingegen *Hertel*, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 45. Vgl. zum Verfassungscharakter des Primärrechts auch *Arnold*, in: *Geis/Lorenz*, FS für Hartmut Maurer, S. 856f., und *Sichert*, Grenzen der Revision des Primärrechts, S. 383 – 392.

58 *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 13, weist darauf hin, dass sich das außerhalb der Urkunde befindliche Verfassungsrecht auf diese zurückführen lassen muss, weshalb dem geschriebenen Verfassungsrecht ein Primat zukomme. Vgl. dazu auch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdnr. 34.

Teils des Rechtsgebietes festgehalten werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist somit von Kodifikation zu sprechen, wenn zumindest die wesentlichen Aspekte des Verfassungsrechts oder eines Teils des Verfassungsrechts von der zuständigen Gewalt in einem einheitlichen Dokument oder mehreren zusammenhängenden Dokumenten schriftlich fixiert und inhaltlich systematisiert werden. Schwierigkeiten bereiten dabei vor allem Länder, die nicht über eine einheitliche Verfassungskunde verfügen.⁵⁹ So fehlt etwa in England, wo in Gestalt des *Instrument of Government* aus dem Jahre 1653 eine der ersten verfassungsrechtlichen Kodifikationen erfolgte,⁶⁰ trotz vereinzelter rechtsetzender Maßnahmen auf diesem Gebiet heute nach wie vor eine Kodifikation des Verfassungsrechts.⁶¹ In Österreich hingegen weisen die verschiedenen das Verfassungsrecht regelnden Dokumente eine ausreichende Verbindung auf, um von einer einheitlichen Kodifikation sprechen zu können.⁶²

Ein zweites formelles Element des Verfassungsbegriffs bildet die erhöhte formelle Rechtskraft der Verfassung, die insbesondere in den besonderen Anforderungen an die Abänderung der Verfassung zum Ausdruck kommt.⁶³ Mitunter wird die gegenüber der normalen Gesetzesänderung erschwerende Abänderbarkeit der Verfassung als unabdingbare Voraussetzung für eine Verfassung angesehen.⁶⁴ Große Unterschiede bestehen insoweit bezüglich der Form und des Maßes der Erschwernis. Während manche Verfassungen ihre Abänderung gänzlich ausschließen, bleiben in anderen Fällen nur Kernelemente der Verfassung von einer Änderung ausgenommen. Zudem werden Änderungen, falls sie zulässig sind, auch von besonderen Voraussetzungen wie etwa der Annahme durch eine Volksabstimmung, besondere parlamentarische Mehrheiten oder der Wiederholung parlamentarischer Beschlüsse, unter Umständen in verschiedenen Legislaturperioden, abhängig gemacht. Man unterscheidet demnach zwischen starren und biegsamen bzw. flexiblen Verfassungen.⁶⁵

59 Die Frage, ob eine Kodifikation für das Vorhandensein einer Verfassung erforderlich ist, ist jedoch von der hier behandelten Frage, was eine Kodifikation begrifflich voraussetzt, zu trennen.

60 Vgl. dazu oben S. 205.

61 Vgl. zur Situation in England bzw. Großbritannien im Einzelnen *Loewenstein*, Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien, S. 43 – 61, und *Wiesner*, Vergleichendes Verfassungsrecht, S. 51f.

62 Sind mehrere das materielle Verfassungsrecht regelnde und von derselben Gewalt ausgehende Verfassungsdokumente vorhanden, so ist von einer Kodifikation nur dann zu sprechen, wenn in den relevanten Dokumenten der Wille zu einer zusammenhängenden und einheitlichen Regelung hinreichend zum Ausdruck kommt. Eine Verbindung der einzelnen Dokumente allein durch den gemeinsamen Gegenstand genügt hingegen nicht, da dadurch das Element der Kodifikation jeglicher Trennschärfe beraubt würde. Vgl. zum „Verfassungsrechtsquellenpluralismus“ in Österreich *Klecatsky*, in: *ders.*, Die Republik Österreich, S. 329 – 347, *Schambeck*, in FS Klecatsky, S. 248 – 250, und *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rdnr. 2 – 7.

63 Weitere Aspekte der erhöhten formellen Rechtskraft können im Ausschluss der Lex-posterior-Regel und im Verbot von Verfassungsdurchbrechungen gesehen werden, vgl. *Winterhoff*, Verfassung, S. 101 – 103.

64 In diesem Sinne etwa *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 534, *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 251f. und *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 13.

65 Vgl. grundlegend zu dieser Unterscheidung *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 534 – 536. Beispiele für die unterschiedlichen Änderungsvoraussetzungen finden sich bei *Miranda*, Manual, Bd. 2, S. 198 – 200, und bei *Winterhoff*, Verfassung, S. 103 – 110 m.w.N. Dabei wird aufgrund der ver-

Der Vorrang der Verfassung gegenüber dem einfachen Recht steht als Begriffselement der Verfassung zwischen den formellen und materiellen Merkmalen.⁶⁶ Er folgt unmittelbar aus der Bindung der staatlichen Gewalten an die Verfassung und damit letztlich auch aus der Unterscheidung zwischen verfassungsgebender Gewalt und verfasster Gewalt. Wenn die gesetzgebende Gewalt ihrerseits an die Verfassung gebunden ist, müssen auch die von ihr ausgehenden Rechtsakte der Verfassung untergeordnet sein. Somit besteht eine enge Verbindung zwischen dem Vorrang der Verfassung einerseits und der erschwerten Abänderbarkeit der Verfassung andererseits. Wäre die Abänderbarkeit der Verfassung dem einfachen Gesetzgeber überlassen, so hätte der Vorrang der Verfassung nur eine geringe Bedeutung, weil der Gesetzgeber selbst dann tatsächlich nicht an die Verfassung gebunden wäre.⁶⁷ Auch mit der herrschaftskonstituierenden Wirkung der Verfassung besteht ein Zusammenhang. Würde die Verfassung die staatlichen Gewalten nicht schaffen, sondern nur ausgestalten, so wäre die Existenz dieser Gewalten vorrangig gegenüber der Verfassung und würde daher dem Vorrang der Verfassung zuwiderlaufen. Die herrschaftskonstituierende Wirkung der Verfassung ist zudem eng mit dem ebenfalls formelle und materielle Aspekte umfassenden Prinzip der Volkssouveränität verbunden. Denn dieses Prinzip besagt zum einen, dass sich die Ausübung der verfassten Gewalt auf das Volk zurückführen lassen muss, es impliziert zum zweiten aber auch die Trägerschaft der verfassungsgebenden Gewalt durch das Volk.⁶⁸ Dieser verfassungsgebenden Gewalt des Volkes ist nichts entzogen, so dass sie sich auch auf die Herrschaftsbegründung erstreckt. Hintergrund für den Gedanken der Volkssouveränität ist dabei die Vorstellung von grundsätzlich freien und gleichen Individuen, wie er in der Aufklärung artikuliert wurde.⁶⁹

schiedenen Differenzierungsmöglichkeiten zu Recht eine starre Einteilung abgelehnt und stattdessen eine graduelle Abstufung vorgeschlagen.

- 66 Vielfach wird dieser Aspekt als Teil des Rechtsstaatsprinzips dem materiellen Verfassungsrecht zugeordnet. Andere sehen darin zumindest auch ein formelles Merkmal des Verfassungsbegriffs. Vgl. zur materiellen Einordnung *Badura*, Staatsrecht, S. 317f. m.w.N., und zum Vorrang der Verfassung als formellem Aspekt *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 11f., sowie *Winterhoff*, Verfassung, S. 110 – 112.
- 67 Ob aus der erschwerten Abänderbarkeit ihrerseits unmittelbar auf einen Vorrang der Verfassung geschlossen werden kann, ist strittig. Aus der in der Weimarer Reichsverfassung vorgesehenen erschwerten Abänderung wurde beispielsweise ausdrücklich kein Vorrang der Verfassung abgeleitet. Vgl. *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 76, Anm. 1, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 44 – 46, 111 m.w.N.
- 68 Formellen Charakter hat das Prinzip der Volkssouveränität insoweit, als es die Zuständigkeit für die Verfassungsgebung festlegt. Einen materiellen Aspekt stellt hingegen die Übertragung der verfassten Gewalt auf das Volk dar. Vgl. dazu *Steiner*, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 66 – 92, *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 9f., und *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. 2, Rdnr. 2 – 8.
- 69 Da die Rechtsfigur der verfassungsgebenden Gewalt insoweit das Recht mit vorrechtlichen Gegebenheiten verknüpft, bildet sie einen „Grenzbegriff des Verfassungsrechts“, wie *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 90 – 94, zu Recht anmerkt. Ebenfalls den Zusammenhang zwischen Volkssouveränität einerseits und freien sowie gleichen Individuen betonend *Winterhoff*, Verfassung, S. 119.

bb. Materielle Elemente

In materieller Hinsicht gehören zur Verfassung diejenigen „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.“⁷⁰ Auch mit „System der obersten, unverbrüchlichen Rechtsnormen“⁷¹ oder mit „normative Aussage über die Grundprinzipien der Herrschafts- und Wertordnung“⁷² wird der materielle Gegenstand der Verfassung umschrieben. Damit bilden staatsorganisatorische bzw. herrschaftsbeschränkende Normen einerseits⁷³ und die Rechtstellung des Individuums regelnde Normen andererseits⁷⁴ die zwei Hauptbestandteile der Verfassung. Dass das materielle Begriffsverständnis dabei nicht identisch sein muss mit dem Inhalt der Verfassungskunde bzw. mit den, einer erschwerten Änderung überantworteten Normen ist allgemein anerkannt.⁷⁵

Bezüglich eines weiteren materiellen Aspekts des Verfassungsbegriffs bestehen hingegen weiterhin sehr unterschiedliche Auffassungen. Dabei handelt es sich um die Frage, welche Bedeutung die Dynamik der innerstaatlichen Machtverteilung für das Begriffsverständnis hat. Diesbezüglich wird einerseits eine vollkommene Öffnung des Verfassungsbegriffs gegenüber dem Faktor Zeit vorgeschlagen.⁷⁶ Andererseits sind jedoch auch die scharfe Trennung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz und die damit verbundene Beschränkung des materiellen Verfassungsrechts auf den Kern der staatlichen Grundordnung als Antwort auf die beschriebene Dynamik anzusehen.⁷⁷ Beiden aufgeführten Auffassungen kommt zwar im jeweiligen Zusammenhang durch-

70 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 505.

71 Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 41.

72 Stern, Staatsrecht I, S. 78.

73 Als staatsorganisatorische Normen werden die Normen bezeichnet, die die obersten Staatsorgane betreffen. Normen, die andere als oberste Staatsorgane betreffen, sind hingegen dem Verwaltungsrecht zuzuordnen. Vgl. zum Verhältnis des Verfassungsrechts im materiellen Sinne zum Staatsrecht Stern, Staatsrecht I, S. 10f., von Münch, Staatsrecht I, Rdnr. 13, 28, und Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdnr. 18.

74 Die, die Rechtstellung des Individuums regelnden, Normen, also die Gewährung von Grundrechten und eventuell die Auferlegung von Grundpflichten, stehen dabei in engem Zusammenhang mit dem Gedanken der Volkssouveränität, da auch sie letztlich auf der Vorstellung ursprünglich gleicher und freier Individuen aufbauen. In diesem Sinne auch Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 15f. und Winterhoff, Verfassung, S. 117 – 120.

75 Vgl. statt vieler Stern, Staatsrecht I, S. 73, und Isensee, in: ders./Kirchhof, HStR, Bd. 2, Rdnr. 188, jeweils m.w.N. In Deutschland werden demnach etwa auch die Geschäftsordnungen der obersten Staatsorgane der Verfassung im materiellen Sinne zugeordnet, während die Beamten- und Staatskirchenartikel zwar Aufnahme ins Grundgesetz gefunden haben, aber nicht der Verfassung im materiellen Sinn zugeordnet werden.

76 Vgl. zum totalen Verfassungsbegriff Häberle, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 59 – 92.

77 Vgl. zum positiven Verfassungsbegriff Schmitt, Verfassungslehre, S. 20 – 36. Während die Verfassung demnach unantastbar und nicht von der Dynamik betroffen ist, können Verfassungsgesetze durchaus einer Änderung unterworfen werden.

aus einer gewisse Bedeutung zu,⁷⁸ es ist jedoch zu beachten, dass die vollkommene Öffnung gegenüber dem Zeitfaktor zwangsläufig eine Entrechtlichung des Begriffs mit sich brächte.⁷⁹ Andererseits ist nicht zu verkennen, dass der Zeitfaktor schon allein deshalb Bedeutung für den materiellen Gehalt der Verfassung hat, weil die Verfassung auf immer neue Sachverhalte anzuwenden und immer wieder neu zu interpretieren ist. Allerdings darf sich dieser Prozess gerade nicht vollkommen vom geltenden Recht lösen, sondern muss diesen als maßgeblichen Ausgangspunkt betrachten.

Was Teil des materiellen Verfassungsrechts ist, lässt sich damit nicht allgemein klären und hängt in vielfältiger Art und Weise von den Umständen des konkreten Falles ab.⁸⁰ Auch aus funktionaler Perspektive muss Ausgangspunkt des Prozesses die Gesamtheit derjenigen Normen sein, die die Grundordnung des Staates oder die Rechtstellung des Individuums im Gemeinwesen betreffen. Zur Bestimmung allgemeiner Grenzen dieser Normengesamtheit trägt schließlich die Vorgabe bestimmter unabdingbarer Verfassungsinhalte, wie etwa Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit oder Verfassungsgerichtsbarkeit, nichts bei. Vielmehr werden dadurch nur verschiedene Formen eines idealen Verfassungsbegriffs gebildet.⁸¹

b. Funktionale Begriffselemente

Neben den inhaltlichen Merkmalen sind auch die grundlegenden, einer Verfassung zugeschriebenen Funktionen für den Verfassungsbegriff von Bedeutung. Zu diesen Funktionen einer Verfassung gehört dabei zunächst die Ordnungs- und Stabilisierungsfunktion. Eine Verfassung hat demnach die Aufgabe, die grundlegenden Fragen der staatlichen Ordnung dauerhaft zu regeln.⁸² In dieser Funktion kommt erneut der bereits im Zusammenhang mit der formellen Frage der Abänderbarkeit der Verfassung und der materiellen Frage der Einbeziehung der Entwicklungsdynamik angesprochene Konflikt zwischen dem Erfordernis, grundlegende Dinge dauerhaft zu regeln, und der Notwen-

78 Bedeutung erlangen kann der positive Verfassungsbegriff etwa im Zusammenhang mit der Frage nach der Reichweite möglicher Verfassungsänderungen, der totale Verfassungsbegriff bei der Untersuchung der Verfassungswirklichkeit. Vgl. dazu auch *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*: HStR, Bd. 2, Rdnr. 191.

79 Durch die völlige Öffnung des Begriffs gegenüber dem Faktor Zeit besteht die Gefahr eines Verwischens der Konturen zwischen Seins- und Sollensbegriff der Verfassung und einer Überbewertung der Überzeugung der jeweiligen Mehrheit. So auch *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 53.

80 Ausführlich zur Notwendigkeit eines materiellen Begriffsverständnisses und der Unmöglichkeit einer allgemeingültigen Inhaltsbeschreibung *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 59 – 69. Die Notwendigkeit der Offenheit betonen *Leisner*, in: *ders.*, Staat, S. 218 – 220 und *Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, S. 59.

81 Als Idealbegriff einer Verfassung ist nach *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 36, ein Begriff zu bezeichnen, der bestimmte, je nach politischer Motivation als ideal empfundene Elemente verallgemeinert.

82 Durch die Regelung grundlegender Fragen werden die Entscheidungen der verfassten Gewalt formell und materiell entlastet. Der Grad der Entlastung unterscheidet sich je nach Bereich der Entscheidung, vgl. *Grimm*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, S. 494 – 501.

digkeit, Änderungen der Umstände mit Offenheit zu begegnen, zum Ausdruck.⁸³ Für diesen Konflikt gibt es keine allgemeingültige Lösung. Vielmehr ist jede Verfassung aufgerufen, den für die konkreten Umstände richtigen Mittelweg zwischen der Regelung wesentlicher organisatorischer Aspekte und der Offenheit gegenüber der Dynamik zu finden, um die Ordnungs- und Stabilisierungsfunktion erfüllen zu können.⁸⁴ Gelingt es einer Verfassung nicht, diese Aufgabe zu erfüllen, so steht gleichzeitig die Erfüllung der ihr ebenfalls zukommenden Integrationsfunktion in Frage.⁸⁵ Denn wenn eine Verfassung die grundlegenden Fragen des Gemeinwesens nicht dauerhaft zu regeln und damit die Grundlage des Zusammenlebens zu sichern vermag, so kann sie auch nicht einheitsstiftend und friedensbewahrend wirken, da es an einem für diese Wirkung vorausgesetzten und auf einem Kompromiss basierenden Grundkonsens fehlt.⁸⁶

Eine weitere mit der Integrationsfunktion in Verbindung stehende Aufgabe der Verfassung ist die Legitimation der unter ihrer Geltung ausgeübten, also verfassten öffentlichen Gewalt.⁸⁷ Der Staat als Subjekt dieser öffentlichen Gewalt ist nicht vorgegeben, sondern bedarf seinerseits einer Legitimierung zur Ausübung der ihm übertragenen Gewalt.⁸⁸ Der Verfassung obliegt es daher auch, der vom Staat ausgeübten Herr-

-
- 83 Ebenfalls den Zusammenhang zwischen dem formellen Merkmal der Abänderbarkeit und der Stabilisierungsfunktion betonend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdnr. 37. Vgl. außerdem zum Konflikt zwischen Offenheit und Starrheit aus funktionaler Perspektive sowie dem damit zusammenhängenden Erfordernis der Beschränkung auf das Wesentliche *Stern*, Staatsrecht I, S. 82 – 90, *Scheuner*, in *Hennis/Kielmansegg/Matz*, Regierbarkeit, S. 113 – 133, und vor allem *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 51, der in zutreffender Weise festhält, dass „Verfassung nicht Ausdruck der jeweiligen Mehrheit ist, sondern des gegründeten und dauernden Volkswillens, zu dem man nach umfassender Überlegung gelangt ist.“
- 84 Von entscheidender Bedeutung für den angesprochenen Konflikt ist auch die Frage des Verhältnisses zwischen Verfassung und Gesetz. Wäre Gesetzgebung bloßer Verfassungsvollzug und bestünde somit kein Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, so wäre die Offenheit der Verfassung gegenüber den sich stetig ändernden Umständen deutlich eingeschränkt. Vgl. in diesem Sinne *Stern*, Staatsrecht I, S. 84f., und *Schuppert*, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, S. 47f. Die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers sehr stark einschränkend etwa *Canotilho*, Constituição Dirigente, S. 223 – 225.
- 85 Vgl. zur Integrationsfunktion der Verfassung *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 136 – 186, 189 – 191, *Stern*, Staatsrecht I, S. 90 – 93, und *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 85 – 91.
- 86 Integrationsfunktion bedeutet demnach nicht, dass die Verfassung sich der jeweiligen Situation anpassen müsse. Vielmehr muss die Verfassung so ausgestaltet sein, dass sie einerseits die Entwicklung in grundlegenden Bahnen hält, dieser aber andererseits ausreichend Spielraum belässt, um als grundlegende Norm anerkannt zu bleiben.
- 87 Vgl. zur Legitimationsfunktion der Verfassung *Badura*, in: *Ehmke/Kaiser/Kewenig/Meesen/Rüfner*, FS für Ulrich Scheuner, S. 34f., und *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 45f.
- 88 Auf das dadurch angesprochene Verhältnis zwischen Staat und Verfassung kann im vorliegenden Zusammenhang nicht in der gebührenden Breite eingegangen werden. Vgl. dazu allgemein *Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, S. 10 – 12, *ders.* in: *ders./Kirchhof*: HStR, Bd. 2, Rdnr. 1 – 5, 46 – 136, *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 40 – 46, 483 – 485, sowie insbesondere *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 93 – 166, und bezogen

schaftsgewalt einen Geltungsgrund zu geben, diese also zu legitimieren. Mit der Frage der Legitimierung in Verbindung steht erneut das Prinzip der Volkssouveränität, dem zufolge auch die verfasste Gewalt auf das Volk zurückzuführen ist. Bei Geltung des Prinzips der Volkssouveränität muss daher die Ausübung der öffentlichen Gewalt hinreichend demokratisch legitimiert sein, damit die Verfassung ihre Legitimierungsfunktion erfüllen kann.⁸⁹

Eine weitere Verfassungsfunktion stellt schließlich die Freiheitssicherungsfunktion dar,⁹⁰ die sich ihrerseits in zwei Teilstufen aufteilen lässt. Dabei handelt es sich zum einen um den Schutz vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt, eine Aufgabe die als historisch primäre Verfassungsfunktion angesehen wird.⁹¹ Neben die Sicherung gegenüber den Eingriffen des Staates, also eine negative Freiheit, ist aber zunehmend auch die Sicherung der Teilhabe am Staat, also eine positive Freiheit, getreten. Beide Teilstufen der Freiheitssicherung erfüllt die Verfassung insbesondere durch die Beachtung des Gewaltenteilungs- und des Rechtsstaatsprinzips sowie durch die Geltung der Grundrechte.⁹²

3. Verfassungsbegriff der Untersuchung

Vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung und der soeben analysierten einzelnen Begriffsmerkmale ist der für die Untersuchung relevante Verfassungsbegriff zu bilden. Es handelt sich dabei zwar um einen von der konkreten Verfassung, hier also der portugiesischen Verfassung, unabhängigen Begriff. Dieser wird jedoch entscheidend durch den Gegenstand und durch die Zielsetzung der Untersuchung, also die Bestimmung des Einflusses der Verfassung auf das System der Sozialen Sicherheit, bestimmt. So scheidet ein Verständnis der Verfassung als reiner Seinsbegriff bzw. als Zustandsbeschreibung aus, da dies eine Untersuchung des rechtlichen Einflusses unmöglich machen würde. Verfassung muss vielmehr normativ, also als Sollensbegriff, verstanden werden,⁹³ um überhaupt einen Wirkungszusammenhang zwischen Verfassung einer-

auf mögliche Verschiebungen des Verhältnisses infolge der Herausbildung supranationaler Gemeinschaften *Arnold*, in: *Geis/Lorenz*, FS für Hartmut Maurer, S. 856 – 858 und *Pernice*, in: *Bruha/Hesse/Nowak*, Welche Verfassung für Europa?, S. 22 – 27.

89 Diesen Zusammenhang vor dem Hintergrund der Europäischen Union betonend *Huber*, in: VVDStRL 64, S. 206f.

90 Neben den hier genannten Verfassungsfunktionen werden im Schrifttum noch weitere Verfassungsfunktionen genannt, die sich teilweise mit den beschriebenen Funktionen überschneiden und im Übrigen für den vorliegenden Zusammenhang nicht von übergeordneter Bedeutung sind. Dazu gehören etwa die Bestandssicherungs- und die Leitbildfunktion der Verfassung sowie der sog. Entwurfscharakter. Vgl. dazu *Badura*, in: *Ehmke/Kaiser/Kewenig/Meessen/Rüfner*, FS für Ulrich Scheuner, S. 35 – 38, *Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 53f., und *Huber*, in: VVDStRL 64, S. 202 – 206.

91 *Huber*, in: VVDStRL 64, S. 202, der diese Verfassungsfunktion als Schutzfunktion bezeichnet.

92 Vgl. zur Freiheitssicherungsfunktion allgemein und zur Bedeutung von Gewaltenteilung, Rechtsstaatsprinzip und Grundrechten im Besonderen *Stern*, Staatsrecht I, S. 93 – 95, und *Augustin*, Das Volk der Europäischen Union, S. 256 – 265.

93 Vgl. zur Unterscheidung zwischen Seins- und Sollensbegriff der Verfassung *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, S. 11, und *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*. HStR, Bd. 2, Rdnr. 179 sowie oben Fn. 5.

seits und Recht der Sozialen Sicherheit andererseits untersuchen zu können. Denn nur bei einem normativen Verständnis sind der Verfassung überhaupt Vorgaben für andere Rechtsbereiche und somit auch für das System der Sozialen Sicherheit zu entnehmen.⁹⁴ Zwingende Folge des Untersuchungsgegenstandes und der Untersuchungsziele ist daher auch ein Verständnis der Verfassung als höherrangiger Norm. Befänden sich Verfassung und System der Sozialen Sicherheit nämlich auf einer Ebene, so wäre der Einfluss der Verfassung nur ein Teil einer wechselseitigen Beziehung, dessen Untersuchung durch den gegenläufigen Einfluss erheblich erschwert würde.

Die Untersuchung des Einflusses der Verfassung soll zudem gerade die Frage beantworten, ob höherrangige Normen eine bestimmende Wirkung auf einfaches Recht ausüben oder ob sich dieses weitgehend unabhängig davon entwickelt. Der Vorrang der Verfassung, der seinerseits auf einem normativen Verständnis der Verfassung gründet, bildet damit das zentrale Element des Verfassungsbegriffs der Untersuchung. Wie bereits zuvor erläutert bedingt dies zugleich die erschwerte Abänderbarkeit der Verfassung, da andernfalls *de facto* kein Unterschied zwischen der Verfassung und einem einfachen Gesetz und auch kein Rangverhältnis zwischen Verfassung und Gesetz bestünde. Beide Normen wären vielmehr der gleichen Gewalt überantwortet. Gleiches gilt für das Merkmal der Herrschaftskonstitution. Würde die Verfassung die Herrschaftsgewalt nicht konstituieren, so ergäbe sich diese Konstituierung notwendigerweise aus einer der Verfassung vorgelagerten Norm. Ebendiese Norm hätte daher Vorrang vor der Verfassung, so dass deren allgemeiner Vorrang in Frage gestellt wäre.⁹⁵

Kein obligatorisches Merkmal des Verfassungsbegriffs bildet im vorliegenden Zusammenhang hingegen das Merkmal der Kodifikation, da eine Gesamtheit von höherrangigen Normen auch dann eine bestimmende Wirkung auf das System der Sozialen Sicherheit ausüben kann, wenn sie nicht schriftlich fixiert und systematisiert wurde. Gerade auch das Merkmal der schriftlichen Fixierung ist entbehrlich, da auch ungeschriebenes Verfassungsrecht, wie etwa Verfassungsgewohnheitsrecht potentiell Bedeutung für die Soziale Sicherheit haben kann. Andererseits bildet eine einheitliche verfassungsrechtliche Kodifikation, falls eine solche im jeweiligen Gemeinwesen vorliegt, jedoch den Ausgangspunkt, von dem aus zu ergründen ist, welche Normen tatsächlich das materielle Verfassungsrecht bilden. Insbesondere weil eine Unterscheidung nach verfassungswürdigen und – unwürdigen Normen nicht mit hinreichender Klarheit getroffen werden kann, unterfällt der Inhalt einer möglicherweise vorhandenen geschriebenen Verfassung in jedem Fall dem Verfassungsbegriff der Untersuchung. Auch die

Normativ meint dabei nicht auch tatsächliche Wirkung, sondern zunächst nur bloße Geltung als Norm. Würde die Untersuchung ein Fehlen der tatsächlichen Wirkung ergeben, so würde dies nichts an der Einordnung des aktiven Faktors als Verfassung ändern. Ein anderes Begriffsverständnis bezüglich der normativen Verfassung findet sich bei *Loewenstein*, Verfassungslehre, S. 152f.

94 Bei einem Verständnis der Verfassung als Zustandsbeschreibung könnte auch das System der Sozialen Sicherheit als Teil dieses Zustandes begriffen werden, so dass Gegenstand der Untersuchung der Einfluss der Verfassung auf sich selbst wäre.

95 Vgl. zu den Merkmalen der erschwerten Abänderbarkeit und der Herrschaftskonstitution oben S. 213f.

Gründung der Verfassung auf dem Prinzip der Volkssouveränität stellt keine unabdingbare Eigenschaft des Verfassungsbegriffs dar, da sich auch in Gemeinwesen, die diesem Prinzip nicht verpflichtet sind, die Frage stellt, wie sich höherrangige Normen, so sie denn vorhanden sind, auf einfaches Recht auswirken.⁹⁶

In Bezug auf den materiellen Gegenstand der Verfassung ergeben sich aus dem Untersuchungsgegenstand keine generellen Einschränkungen, da sowohl die staatsorganisatorischen als auch die, die Rechtstellung des Individuums betreffenden, Normen für das System der Sozialen Sicherheit von Bedeutung sein können. Soweit eine verfassungsrechtliche Kodifikation fehlt oder soweit diese durch außerhalb ihres eigentlichen Textes stehende Normen ergänzt wird, müssen auch diese grundsätzlich die formellen Voraussetzungen erfüllen, also vor allem Vorrang gegenüber den anderen Rechtsnormen genießen. Dieser Vorrang muss jedoch insbesondere bezüglich der erschwerten Abänderbarkeit nicht deckungsgleich sein mit dem Vorrang einer Verfassungsurkunde.⁹⁷ Hinsichtlich der Einbeziehung des Faktors Zeit spricht vorliegend auch das Untersuchungsziel, das, wie bereits zuvor ausgeführt, ein normatives Verständnis erfordert, gegen eine Verwendung des totalen oder des positiven Verfassungsbegriffs.⁹⁸ Insoweit ist erneut zu beachten, dass der prozesshafte Charakter der Verfassungsanwendung und Interpretation zwar durchaus Bedeutung für den Verfassungsinhalt hat. Dieser Prozess findet seine Grundlage aber stets in den jeweils geltenden Verfassungsnormen. Gerade wegen des hier interessierenden normativen Zusammenhangs darf der Prozesscharakter nicht zum Inhalt des Begriffs gemacht werden. Auch bezüglich der einer Verfassung zukommenden Funktionen zwingt das Ziel der Untersuchung nicht zu einer Restriktion. Der Verfassung im Sinne der Untersuchung kommen daher alle beschriebenen Funktionen einer Verfassung zu. Dabei wird nicht verkannt, dass zwischen den einzelnen Funktionen mitunter Zielkonflikte entstehen können. Insbesondere für die Frage, was als wesentlicher Aspekt in der Verfassung geregelt werden muss und was als unwesentlicher Aspekt offen gelassen werden sollte, lässt sich aber auch aus dem Untersuchungsgegenstand keine eindeutige Vorgabe ableiten. Die von der jeweiligen Verfassungsordnung gefundenen Lösungen sind jedoch von zentraler Bedeutung für die weitere Unter-

96 Vgl. zu den Merkmalen der Kodifikation und der Volkssouveränität oben S. 212, 214. Beide Merkmale sind zwar in den meisten Gemeinwesen mit dem Verfassungsbegriff verbunden und insbesondere das Bestehen von Volkssouveränität wird für den Verfassungsstaat westlicher Prägung mitunter als unabdingbar angesehen. Für den Verfassungsbegriff der Untersuchung sind jedoch beide Merkmale nicht konstitutiv, da gerade auch die Gemeinwesen mit einbezogen sein sollen, bei denen es an einem der Merkmale fehlt. Vgl. zum Erfordernis der Volkssouveränität im modernen Verfassungsstaat statt vieler *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 48 – 50, und dazu *Stern*, Staatsrecht I, S. 75f. m.w.N.

97 Bezuglich der englischen Verfassung wird beispielsweise durchaus von einer erschwerten Abänderbarkeit ausgegangen, was auch die Geltung eines Vorrangs der Verfassung nahe legt. Vgl. dazu oben Fn. 67, *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 532, sowie *Miranda*, Manual, Bd. 2, S. 225 m. w. N. Zur Vereinbarkeit des Vorrangs der Verfassung mit der Existenz von Gewohnheitsrecht *idem*, S. 137 – 144.

98 Vgl. zum totalen und zum positiven Verfassungsbegriff oben Fn. 76 und 77.

suchung, weil in ihnen auch das Verhältnis zwischen Verfassung und Gesetz bzw. zwischen verfassungsgebender und verfasster Gewalt zum Ausdruck kommt.⁹⁹

Verfassung im Sinne der Untersuchung ist damit die Gesamtheit derjenigen, die Organisation des Staates und die Rechtstellung des Individuums betreffenden Normen, die Vorrang vor den einfachen Gesetzen beanspruchen, einer erschwerten Abänderbarkeit unterliegen und konstitutiv für die Ausübung der Herrschaftsgewalt sind. Diese Normengesamtheit muss sowohl der Ordnung und Stabilisierung des Gemeinwesens und dessen Integration, als auch der Legitimation der Herrschaftsgewalt und der Sicherung der Freiheit des Individuums dienen.

II. Struktur der Verfassung

Der staatorganisatorische Teil und der die Rechtstellung des Individuums regelnde Teil bilden die beiden Hauptbestandteile der Verfassung.¹⁰⁰ Im Sinne der Übersichtlichkeit und insbesondere zur Hervorhebung bestimmter Normeneigenschaften ist der Inhalt der Verfassung für die folgende Untersuchung jedoch genauer zu differenzieren. Speziell der Grundrechtsteil lässt sich auf sehr verschiedene Arten klassifizieren. Als Unterscheidungskriterium kommen unter anderem der Kreis der Begünstigten,¹⁰¹ der historische Kontext ihrer Formulierung,¹⁰² der materielle Inhalt der Grundrechte bzw. der darin zum Ausdruck kommende Status der Begünstigten¹⁰³ oder die ihnen jeweils zukommenden Funktionen in Betracht.¹⁰⁴ Eine aussagekräftige und allgemeingültige,

99 Vgl. zu den materiellen Merkmalen der Verfassung und ihren Funktionen sowie zur Bedeutung des Verhältnisses zwischen Verfassung und Gesetz für die Ordnungs- und Stabilisierungsfunktion oben S. 215, 216 und Fn. 84.

100 Diese Einteilung ist allgemein anerkannt, wenngleich die Bezeichnungen mitunter variieren. Vgl. etwa die Unterscheidung organisationsrechtlicher und materiellrechtlicher Verfassungsrechtsätze bei Stern, Staatsrecht I, S. 117 m.w.N.

101 Insoweit könnte etwa zwischen Bürger- und Menschenrechten unterschieden werden. Auch die besonderen Gewaltverhältnisse könnten in einer solchen Unterscheidung zum Ausdruck kommen, vgl. Stern/Sachs, Staatsrecht III/1, S. 407 – 414 m.w.N.

102 Riedel, EuGRZ 1989, S. 11 – 17, unterscheidet drei Dimensionen von Menschenrechten und betont durch die Verwendung des Begriffs Dimension, dass die späteren Generationen die früheren nicht ablösen, sondern ergänzen. Im Einzelnen unterscheidet er zwischen den beiden auch in den UN-Pakten zum Ausdruck kommenden Kategorien der liberalen Abwehrrechte und der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. Als dritte Dimension seien die neueren und umfassenderen Rechte beispielsweise auf Frieden, Entwicklung und Schutz des Menschheitserbes zu erfassen.

103 Die Statuslehre wurde begründet durch Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 94 – 193. Den einzelnen Kategorien, die lediglich die subjektiven Rechte betreffen, entspricht demnach ein bestimmter Status des Betroffenen. Es ist zu differenzieren zwischen dem negativen Status, dem positiven Status und dem aktiven Status. Diese Statuslehre hat vielfache Ausdifferenzierungen erfahren, vgl. dazu Stern/Sachs, Staatsrecht III/1, S. 426 – 431, m.w.N.

104 Vgl. zu den Aufteilungsmöglichkeiten im Einzelnen Stern/Sachs, Staatsrecht III/1, S. 396 – 451, und Canotilho, Direito Constitucional, S. 393 - 411. Eine weitere inhaltliche Systematisierung findet sich bei Öhlinger, EuGRZ 1982, S. 234 – 238, der zwischen Freiheitsrechten, Sicherheitsrech-