

# Verfassung

Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler

I. Verfassungen vom Grundtypus her verstehen .....	1
1. Zusammenspiel von Essentialia, Akzidentia und politischer Kultur .....	3
2. Umgestaltungs- und Stabilitätsanspruch .....	3
3. Stetes Ringen um den zeitgemässen Verfassungsbegriff .....	3
II. Begriffsschichten und Ideologiefragen .....	8
1. Koexistenz einer normativen und deskriptiven Bedeutungsebene .....	11
2. Verfassung und liberale Programmatik .....	14
3. <i>Pouvoir constituant</i> als monolithisches Kollektiv? .....	14
III. Hauptursachen des Erfolgs der modernen Verfassung .....	15
1. Umfassende »Konstituierung« säkularer öffentlicher Gewalt .....	17
2. Konkrete Rückbindung von Herrschaft an den Herrschaftsträger Volk .....	19
3. Ausrichtung auf die Gewährleistung individueller Freiheit .....	19
IV. Herausforderungen für den Konstitutionalismus .....	22
1. Gesellschaftliche Machtakkumulationen .....	23
2. Zwischen- und überstaatliche öffentliche Gewalt .....	24
3. Künftige Generationen .....	24

## I. Verfassungen vom Grundtypus her verstehen

### 1. Zusammenspiel von Essentialia, Akzidentia und politischer Kultur

Die schweizerischen Verfassungen der Gegenwart sind Varianten des im späten 18. Jahrhundert in Nordamerika und Frankreich entstandenen Grundtypus der modernen Verfassung.<sup>1</sup> Die Besonderheit und auch das Neue dieser ersten modernen Verfassungen bestand darin, dass sie Herrschaft erstmals in umfassender Weise zu »verfassen« beanspruchten. Sie »konstituierten« die Macht des Gemeinwesens, indem sie sie begründeten und legitimierten, gleichzeitig aber auch begrenzten. In der Alten Eidgenossenschaft hatte es zwar schon seit der Frühen Neuzeit Bemühungen gegeben, staatliche Macht in Teilbereichen zu »konstitutionalisieren«.<sup>2</sup> Sie waren von ihrer Grundambition her und auf der institutionellen Ebene

1 Grundlegend zur Entstehung der modernen Verfassung: *Dieter Grimm*, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: ders. (Hrsg.), *Die Zukunft der Verfassung II*, Auswirkungen von Globalisierung und Europäisierung, Berlin 2012, S. 11 ff.  
2 Übersicht bei *Auer*, Staatsrecht der Kantone, N. 518 ff.; zum Einfluss von Naturrecht und Frühkonstitutionalismus in der Schweiz: *Thomas Maissen*, Die Geburt der Republic: Staatsverständnis und Repräsentation in der frühneuzeitlichen Eidgenossenschaft, Göttingen 2006, S. 400 ff.; *Andreas Würigler*, Unru-

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

jedoch weit beschränktere Projekte als die moderne Verfassung, mit der institutionell stets *drei Grundelemente* des Gemeinwesens verknüpft sind: demokratische Entscheidungsprozesse, eine gewaltenteilige Herrschaftsorganisation sowie eine Begrenzung der politischen Macht gegenüber dem Individuum durch Grund- und Freiheitsrechte.<sup>3</sup> Diese drei Elemente sind, bei aller Differenz im Einzelnen, in jeder Verfassung liberal-demokratischer Gemeinwesen zu finden. Die erste gesamtschweizerische Verfassung von 1798 kannte sie ebenso wie die jüngste kantonale, die 2013 in Kraft getretene Verfassung des Kantons Genf. Sie sind die Essentialia der modernen Verfassung und in den allermeisten Fällen in einer Verfassungs-urkunde fixiert. Zwingend ist die schriftliche Fixierung allerdings nicht. Wo die Herausbildung der Essentialia Ergebnis eines jahrhundertlangen, evolutionär verlaufenden Prozesses war, paradigmatisch im Vereinigten Königreich, wird die Verfassung nicht mit einem einzelnen Rechtsdokument identifiziert.<sup>4</sup> Die herausragende Stellung der geschriebenen Verfassung im heutigen politischen Denken ist primär ein Erbe ihrer zentralen Rolle bei den epochalen politischen Umbrüchen des späten 18. und 19. Jahrhunderts (N. 19 ff.). Mit ihr verbunden ist auch eine Tendenz, die Verfassung auf den Verfassungstext zu reduzieren.

- 2 Trotz gemeinsamer Essentialia unterscheiden sich die einzelnen Verfassungen oft stark. Die Demokratietypen etwa differieren markant; unterschieden werden unter anderem parlamentarische, präsidiale und direkte Demokratie. Die Gewaltenteilungsmodelle orientieren sich teilweise an der amerikanischen Leitvorstellung von *checks and balances* und teilweise an der französischen einer *séparation des pouvoirs*. In manchen Verfassungen ist staatliche Macht stark gebündelt, während andere sie föderal auf mehrere Gemeinwesen verteilen. Die Eigenarten sind für den Wiedererkennungswert und Affektionswert der jeweiligen Verfassung entscheidend. Wer eine Verfassungsbestimmung liest, wonach der Bundesrat aus sieben Mitgliedern bestehe, erkennt gleich die schweizerische Bundesverfassung. Solche Besonderheiten oder Akzidentalia, wie sie hier genannt werden, machen die einzelnen Verfassungen aber immer nur zum Teil aus. Tragendes Gerüst sind die Essentialia. Informiertes Nachdenken über eine bestimmte Verfassung und das Verfassungsrecht eines Landes setzt daher zunächst ein vertieftes Verständnis der Entstehung, Entstehungsvoraussetzungen und Leistungen der modernen Verfassung als Grundtypus voraus.<sup>5</sup> Auch die schweizerischen Verfassungen sind daher nicht aus sich selbst heraus erklär- und deutbar,

---

hen und Öffentlichkeit: Städtische und ländliche Protestbewegungen, Tübingen 1995, S. 318 ff. Zum gegen Ende des 18. Jahrhunderts weit fortgeschrittenen Konstitutionalismus in Genf (Kanton seit 1815) vgl. Rainer J. Schweizer/Ulrich Zelger, *Constitutional Documents of Switzerland from the Late 18th Century to the Second Half of the 19th Century*, Part V. Geneva, Berlin/Boston 2017, S. 20 ff.

3 Aubert, *Notion et fonctions de la Constitution*, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht*, § 1, N. 17 ff.

4 Siehe Mark D. Walters, *The Unwritten Constitution as a Legal Concept*, in: David Dyzenhaus/Malcolm Thorburn (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford/New York 2016, S. 33 ff., 39.

5 Dazu bereits Werner Näf, *Der Durchbruch des Verfassungsgedankens im 18. Jahrhundert*, in: ders. (Hrsg.), *Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte*, Band 11, Bern 1953, S. 108 ff.

## I. Teil Grundlagen

sondern trotz aller Besonderheiten vor dem Hintergrund des europäisch-transatlantischen Konstitutionalismus seit Ende der Frühen Neuzeit und seiner Weiterentwicklungen zu greifen. Vertieftes Wissen um das notwendig Gemeinsame und das verzichtbare Besondere verschiedener Verfassungen ist Voraussetzung eines nuancierten Zugangs zum eigenen Verfassungsrecht, der immer auch die Interdependenz der Entwicklungen in den verschiedenen Ländern mit im Blick haben muss.

In ihrer Essenz kann die moderne Verfassung als anspruchsvolles normativ-institutionelles Arrangement zur Rationalisierung der Politik mit dem Mittel des Rechts charakterisiert werden. Sie ist ein komplexes Gefüge und funktioniert, trotz Ableitung von einem Grundtypus, in jedem Staat auf singuläre Weise. Die amerikanische Soziologin Kim Lane Scheppele hat mit Blick auf die sich daraus ergebende Notwendigkeit, den Details Aufmerksamkeit zu schenken, den Begriff der »Verfassungsethnographie« vorgeschlagen.<sup>6</sup> Er enthält die Forderung, rechtlich, historisch, kulturell und soziologisch informiert an die einzelne Verfassung heranzugehen. Sie erschöpft sich nicht im erwähnten Zusammenspiel von Essentialia (Gewaltenteilung, Demokratie, Grundrechtsschutz) und Akzidentalia (in der Schweiz z.B. die kollegialen Regierungsstrukturen), sondern wird stets von einer spezifischen politischen Kultur getragen. Diese muss ebenfalls im Auge haben, wer die einzelne Verfassung verstehen will. Zur politischen Kultur gehört in der Schweiz beispielsweise die Usanz, Wiederwahlen von Mitgliedern des Bundesrats im Regelfall nicht vom persönlichen Leistungsausweis der Amtsinhaberin oder des Amtsinhabers abhängig zu machen. Zur Verfassung im so verstandenen Sinn gehört damit als Folge dieser Praxis, dass das Wettbewerbselement bei der Besetzung der höchsten Regierungämter stark relativiert ist.

Erfolg oder Scheitern einer Verfassung hängen vom Zusammenspiel von Essentialia, Akzidentalia und politischer Kultur ab. Die Funktionalität des Gesamtsystems ist entscheidend, was die Beurteilung oder Messung der einzelnen Elemente schwierig macht. Von aussen irritierend oder gar undemokratisch wirkende Aspekte, beispielsweise die erwähnte Praxis der routinemässigen Wiederwahl von Bundesräten, können mit Blick auf das Gesamtsystem vor dem Hintergrund der herrschenden politischen Kultur Sinn ergeben oder gar eine Notwendigkeit darstellen. Um beim Beispiel zu bleiben: Bundesratswahlen werden in der Schweiz immer auch im Licht allfälliger Folgen für den Binnenkonsens beurteilt, was in einem kulturell und sprachlich heterogenen Land staatspolitisch wichtiger ist als möglichst intensiver Personenwettbewerb. Den Verhältnissen ungenügend angepasste Verfassungen können scheitern. Die erwähnte Helvetische Verfassung von 1798 orientierte sich an der französischen Idee einer zentralistischen Staatsorganisation und berücksichtigte die schweizerischen Verhältnisse zu wenig. Ihr Art. 1 legte fest, die Helvetische Republik sei wie die französische »une et indivisible«. Die bisherigen Grenzen zwischen den Kantonen wurden abgeschafft, die Bevölkerung aber identifizierte sich in vielen Landesgegenden weiterhin

---

6 Kim Lane Scheppele, *Constitutional Ethnography: An Introduction*, *Law & Society Review* 2004, S. 389 ff. Für ein soziologisches Herangehen an die Verfassung, siehe auch Paul Blokker/Chris Thornhill (Hrsg.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge 2017.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

mit den historisch gewachsenen Gemeinwesen. Gesamtschweizerische Strukturen waren für viele nur im Rahmen des absolut Notwendigen akzeptabel. Was in Frankreich bereits zur Zeit der Monarchie verankert war und Sinn ergab – eine zentralistische Staatsstruktur mit den Vorteilen konzentrierter öffentlicher Gewalt –, wurde in der Schweiz sowohl von der Bevölkerung wie auch den alten Eliten abgelehnt.<sup>7</sup> Die zentrale Bedeutung der politischen Kultur für das Funktionieren der Verfassung zeigte sich auch verschiedentlich bei erfolglosen Versuchen, das US-amerikanische oder französische Modell in andere Staaten zu »exportieren«. Zugeschnitten auf die amerikanischen und französischen Verhältnisse, wurden ihre Institutionen in den »Importländern« oft nicht genügend getragen oder missbraucht. Resultat waren »constitutions without constitutionalism«<sup>8</sup>.

- 5 Ein gutes Beispiel einer langfristig erfolgreichen Verfassung ist die Schweizer Bundesverfassung von 1848. Sie zählt zu den weltweit am längsten ununterbrochen geltenden föderalistisch-demokratischen Verfassungsordnungen, wenn man die von ihr abgeleiteten totalrevidierten Verfassungen von 1874 und 1999 mitzählt, und hat die gedeihliche Entwicklung der Schweiz mit dem ihr zugrundeliegenden Entscheid, die »Souveränität« der Kantone nur im Rahmen des für die Handlungsfähigkeit des Bundesstaates absolut Notwendigen zu beschränken, massgeblich mitermöglicht.<sup>9</sup> Die staatspolitische Bedeutung dieser Weichenstellung, in der sich die negativen Erfahrungen mit Zentralisierungen während der helvetischen Periode spiegeln, kann kaum überschätzt werden. Die Bundesverfassung passte in ihrer Gesamtheit gut zur politischen Kultur und schuf den Rahmen für ein allmähliches Zusammenwachsen, später auch für die Ausbildung einer stärkeren nationalen Identität, als sich die Konfliktlinien zwischen konservativen und liberalen Kantonen und Bevölkerungsteilen allmählich relativierten. Ähnlich wie die weitgehende Eigenständigkeit der Kantone erwies sich auch die schrittweise Verankerung direkt-demokratischer Instrumente in der Bundesverfassung als glückliche strategische Weichenstellung. Sie konnten in verschiedenen Kantonen auf dem Boden besonders günstiger Rezeptionsvoraussetzungen gedeihen,<sup>10</sup> wurden im 20. Jahrhundert gar zu einem zentralen Element der politischen Identität. Ein gewisser Preis für die Erhebung der direkten Demokratie zum Identitätsmerkmal war allerdings eine Tendenz zu einem dezisionistischen Verständnis von Volksentscheiden. Dieses ist für die Bedeutung diskursiver Entscheidungsfindung und die Unantastbarkeit grundrechtlich abgesicherter Freiheiten nur bedingt sensibel. Eine Nebenfolge des ansonsten geschickten Einbaus direktdemokratischer Institutionen auf Bundesebene ist, dass sich ein

7 Thomas Maissen, *Geschichte der Schweiz*, 5. Aufl., Baden 2015, S. 160 ff.

8 Siehe H. W. O. Okoth-Ogendo, *Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in: Issa G. Shivji (Hrsg.), *State and Constitutionalism. An African Debate on Democracy*, Harare 1991, S. 3 ff.

9 Art. 2 und Art. 3 BV 1848, »vorgespurt« durch Art. 2 und Art. 3 der Bundesurkunde vom 15.12.1832 (Rossi-Plan); dazu Kölz, *Verfassungsgeschichte I*, S. 378 f. (zur Bundesurkunde von 1832) und 575 ff. (zur BV 1848).

10 Vgl. Benjamin Adler, *Die Entstehung der direkten Demokratie: Das Beispiel der Landsgemeinde Schwyz 1789–1866*, Zürich 2006; Kölz, *Verfassungsgeschichte I*, S. 9–19, 303–320, 624.

## I. Teil Grundlagen

unterkomplexes Verständnis des Verhältnisses von Demokratie und Rechtsstaat herauszubilden – als einer grundsätzlich antagonistischen Beziehung der beiden Prinzipien.<sup>11</sup> Auf der Strecke blieb der Sinn für ihre Konvergenz. Dabei spielt auch ein nur wenig entwickelter Sinn für die Bedeutung der persönlichen Freiheit als Fundament der liberal-demokratischen Ordnung eine Rolle.<sup>12</sup> Die geringe Bedeutung des Rechtsstaats im nationalen Narrativ – trotz an sich starker Wurzeln in Institutionenordnung und Kultur –<sup>13</sup> ist vor allem eine Folge davon, dass die direkte Demokratie als Abgrenzungsmerkmal gegenüber anderen Verfassungsordnungen besser taugt.

Aufgrund eines disziplinär verengten Blickwinkels neigt die Verfassungsrechtswissenschaft dazu, für Erfolg und Scheitern von Verfassungen diese selbst im Sinne des Normtexts verantwortlich zu machen. Die Bedeutung der die Verfassung tragenden politischen Kultur, der »Ambiance«<sup>14</sup>, die naturgemäss schwer greifbar ist, wird regelmässig unterschätzt.<sup>15</sup> Wo Recht und politische Kultur auf komplexe Weise zusammenspielen und dieses spezifische Zusammenwirken für Erfolg oder Scheitern entscheidend ist, wird oft eilig von »Leistungen« oder »Versagen« einer Verfassung gesprochen, womit die konkreten Regeln im Verfassungsdokument gemeint sind. Dies ist auch deshalb zu einfach, weil die Grenzen zwischen Verfassungsrecht und politischer Kultur oft nicht klar oder gar fließend sind. Die Institution der »Verfassungskonventionen« in angelsächsischen Verfassungsordnungen, der *constitutional conventions*,<sup>16</sup> zeigt dies deutlich. Sie bezeichnen Regeln und Grundsätze, die von den politischen Akteuren wegen ihrer Verwurzelung in der Geschichte und Kultur des Landes als verbindlich und für die Stabilität wichtig anerkannt werden. Fixierungen auf den Normtext verleiten zu vereinfachenden oder gar falschen Schlüssen. Manche Verfassungsdokumente werden aufgrund des Erfolgs der Verfassung in ihrer Gesamtheit mit der Zeit selbst zum identitätsstiftenden Faktor eines Landes. Bekannte Beispiele sind die Verfassungen der Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland.<sup>17</sup> Die US-Verfassung entwickelte sich, um Worte von Thomas Paine zu verwenden, rasch zur »politi-

11 Vgl. hierzu *Johannes Reich*, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in diesem Werk, Bd. 1, II.3, N. 8.

12 S. z.B. *Jörg Paul Müller*, Diskurstheoretische Begründung des Rechtsstaates? Fussnoten zu Philippe Mastronardis Verfassungslehre, in: Rainer J. Schweizer/Florian Windisch (Hrsg.), Integratives Rechtsdenken. Im Diskurs mit Philippe Mastronardi, FS Mastronardi, Zürich 2011, S. 65 ff.

13 Vgl. hierzu *Benjamin Schindler*, Entstehung und Entwicklung der Rechtsstaatsidee in der Schweiz, in diesem Werk, Bd. 2, IV.1, N. 2 ff.

14 *Dietrich Schindler sen.*, Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1931, S. 92 ff.

15 Zur problematischen Übertragung westlicher Vorstellungen von Verfassungsstaatlichkeit auf nicht-westliche Gesellschaften: *Philipp Dann*, Verfassungsberatung in Afrika als Grenzgang zwischen Entwicklungszusammenarbeit und rechtswissenschaftlicher Forschung, in: Gabriele Britz (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, Tübingen 2012, S. 95 ff., 105.

16 Für eine vergleichende Darstellung der *constitutional conventions*, siehe Brian Galligan/Scott Brenton (Hrsg.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge 2015.

17 Zu Deutschland, siehe *Dolf Sternberger*, Verfassungspatriotismus, in: ders. (Hrsg.), *Schriften*, Bd. X:

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

schen Bibel«<sup>18</sup> des Landes, das Wort *constitution* hat einen fast sakralen Klang.<sup>19</sup> Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland von 1949 stieg als Textdokument ebenfalls rasch zu einem Gemeinschaftssinn stiftenden Symbol auf, das zu einem Synonym für die erste gesamtdeutsche stabile und freiheitliche Demokratie wurde. Man kann aus der vorliegend gewählten Perspektive allerdings auch hier fragen: Ist die politische Stabilität wirklich so sehr eine »Leistung« des Grundgesetzes, seiner Essentialia und Akzidentia, oder war nicht, nach zwei Weltkriegen und einer Diktatur, der Wille zur Etablierung einer funktionierenden Demokratie und eines verlässlichen Rechtsstaates gerade so bedeutend, oder gar wichtiger? Die politische Stabilisierung wäre zudem ohne den wirtschaftlichen Aufschwung (»Wirtschaftswunder«) und die sich daraus ergebende Möglichkeit zur Entschärfung sozialer Gegensätze wesentlich schwieriger gewesen.<sup>20</sup> Oder mit Blick auf die Schweiz gefragt: Ist die Konsensorientierung des politischen Systems und die Machtteilung im Bundesrat wirklich so sehr Folge der »Referendumsdemokratie«, wie regelmässig behauptet oder gar als Selbstverständlichkeit unterstellt wird?<sup>21</sup> War nicht die auf Vermeidung konfessioneller, sprachlicher, kultureller und politischer Konflikte abzielende politische Kultur und die Scheu, dauerhaft Verlierer zu erzeugen, ebenfalls sehr wichtig oder am Ende gar entscheidend?<sup>22</sup> Die Frage nach dem Zusammenspiel von Essentialia, Akzidentia und politischer Kultur ist bei jeder Verfassung eine komplexe, und bei Aussagen über Ursachen und Wirkungen ist Vorsicht geboten.

### 2. Umgestaltungs- und Stabilitätsanspruch

- 7 Das Projekt der modernen Verfassung ist mit zwei gegenläufigen Ambitionen verbunden: grundlegende Neugestaltung und stabilisierende Bewahrung. Sie werden zeitlich gestaffelt eingelöst, wobei die stabilisierende Bewahrung im Dienste der Ambition der Neugestaltung steht, dieser in gewissem Sinne nachgeordnet ist. Konstitutionalistisches Denken bewegt sich immer zwischen den beiden Polen der inhaltlich und verfahrensmässig richtigen Neu-

---

Verfassungspatriotismus, Frankfurt a.M. 1990, S. 3 ff. (zuerst abgedruckt in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.5.1979).

18 Thomas Paine, Rights of Man [1791], The Complete Writings of Thomas Paine, Collected and Edited by Philip S. Foner, Volume II, New York 1945, S. 378.

19 Zur zivilreligiösen Sakralität der US-Verfassung vgl. Johannes Reich, »Originalismus« als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2017, S. 713 ff.

20 Vgl. Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Vierter Band 1945–1990, München 2012, S. 214, 283.

21 Klassischer Text zu dieser These ist die breit rezipierte politikwissenschaftliche Analyse Leonhard Neidhart, Plebiszit und pluralitäre Demokratie, Eine Analyse der Funktionen des schweizerischen Gesetzesreferendums, Bern 1970, S. 266 ff., insb. 287 ff.

22 Zur Rolle der Tagsatzung der Alten Eidgenossenschaft als Ort der Koordination, Vernetzung und Mediation Andreas Würigler, Die Tagsatzung der Eidgenossen: Politik, Kommunikation und Symbolik einer repräsentativen Institution im europäischen Kontext (1470–1798), Epfendorf/Neckar 2013.

## I. Teil Grundlagen

gestaltung und der Etablierung der ebenfalls inhaltlich und verfahrensmässig richtigen Modalitäten der stabilisierenden Bewahrung. Vereinfachend lässt sich sagen, dass Verfassungen seit dem späten 18. Jahrhundert *das* zentrale Instrument waren, um alternative Formen von Herrschaft zunächst zu etablieren und die neue Ordnung anschliessend durch rechtliche Sicherungsmassnahmen auf Dauer zu stellen. Monarchien und Aristokratien wurden gestürzt oder grundlegend reformiert, die Annahme der neuen Verfassung bedeutete eine Zäsur oder gar Epochenschwelle; mittels erschwelter Abänderbarkeit wurden ihre Essentialia und manche Akzidentia zeitlich verstetigt. Eine frühe und berühmte Charakterisierung der (US-)Verfassung durch den Supreme Court als »superior, paramount law, unchangeable by ordinary means«<sup>23</sup> (im für den modernen Konstitutionalismus wegweisenden Urteil *Marbury v. Madison* von 1803) hat diese Stabilisierungsambition vor Augen, die durch die erschwerte Abänderbarkeit eingelöst wird. Diese geht unvermeidlich mit einer gewissen Gefahr der Inflexibilität oder gar Verknöcherung des Gesamtsystems einher. Die Erfolgsgeschichte der Verfassung begleitet daher ein ständiger Diskurs über das notwendige und sinnvolle Mass an Flexibilität, nicht zuletzt die Bindung an den unmittelbaren Normtext. In den USA mit ihrer sehr alten und schwer abänderbaren Verfassung wird diese Auseinandersetzung mit besonderer Schärfe ausgetragen. »Originalisten« wollen den Normtext in seiner ursprünglichen Bedeutung gewissermassen sakralisieren, während Anhänger flexiblerer Interpretation das Bild eines *living tree* pflegen, das die Notwendigkeit des Miteinbezugs gegenwärtiger sozialer und kultureller Kontexte unterstreicht.<sup>24</sup> Letztere sind offener für die Annahme ungeschriebenen Verfassungsrechts,<sup>25</sup> in Form von Richter- oder Verfassungsgewohnheitsrecht,<sup>26</sup> und auch für neue Fragen nach der richtigen Ordnung.

Schweizerische Verfassungen sind bei der erschwerten Abänderbarkeit ein auffälliger Sonderfall. Sie sind weder starr noch schwer abänderbar, weder auf Bundes- noch auf kantonalen Ebene, und in einzelnen Kantonen wie Uri, Glarus und Appenzell Innerrhoden sind die Verfahren der Verfassungs- und der einfachen Gesetzgebung gar identisch. Das formale Merkmal der erschwerten Abänderbarkeit fehlt in diesen Fällen gänzlich. Dies bedeutet, ins Allgemeine gewendet, dass die Hürden für den Zugriff auf die rechtliche Grundordnung tief sind. Der Bundesverfassung wurde ausserdem 1891 mit der Schaffung der Initia-

23 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137.

24 Zur Metapher der Verfassung als »living constitution« oder »living tree« und ihrer Bedeutung für die Verfassungsinterpretation, siehe z.B. *Aileen Kavanagh*, *The Idea of a Living Constitution*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2003, S. 55 ff.; *David A. Strauss*, *The Living Constitution*, Oxford 2010.

25 Für die US-Verfassung vgl. *Akhil Reed Amar*, *America's Unwritten Constitution, The Precedents and Principles We Live By*, New York 2012.

26 Siehe z.B. die sogenannten »coutumes constitutionnelles« in Frankreich (hierzu und allgemeiner zum Verfassungsgewohnheitsrecht siehe *Anne Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001, S. 462 ff. m.w.H.).

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

tive auf Teilrevision der Verfassung ein »Motor«<sup>27</sup> eingebaut, der die Verfassung zu einem »Fechtboden«<sup>28</sup> der Politik werden liess, was das Bewusstsein dafür, mit Verfassungsänderungen die Grundordnung zu modifizieren, schwächte. »Verfassungsmacherei« ist in der Schweiz, wie der Berner Staatsrechtler Gustav Vogt bemerkenswerterweise schon vor Einführung der Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung formulierte, »ein fast so regelmässiges Geschäft wie andernorts die Gesetzgeberei«; der Verfassung fehlt hier der »Heiligenschein«.<sup>29</sup> Weshalb aber dieser Verzicht auf Nutzung andernorts so wichtigen Stabilisierungspotentials? Die Antwort dürfte in der institutionellen Kontinuität der Schweiz zu finden sein. Das Gefühl verlässlicher Dauerhaftigkeit wird in der Schweiz primär durch Verfassungsorgane wie den siebenköpfigen Bundesrat, die beiden Kammern der Bundesversammlung sowie das 1874 als dauerhafte Institution geschaffene Bundesgericht gestiftet. Schweizerischem Verständnis nach ist die Bundesverfassung eher ein höchstes Gesetz als etwas von einfachen Gesetzen fundamental Verschiedenes, die Differenz wird hier stark eingeebnet. Folge davon ist, dass Staatsaufgaben in der Bundesverfassung vergleichsweise intensiv normiert sind, teilweise gar eine kleinteilige Programmatik vorsehen, die bis zur Anweisung zur Schaffung eines neuen Straftatbestandes reichen kann.<sup>30</sup> Bei den Kantonsverfassungen ist das Bild ähnlich.<sup>31</sup> Die Bundes- und Kantonsverfassungen sind in der Schweiz nicht bloss *instruments of government*, welche die Staatsgewalt schaffen, strukturieren und begrenzen; das Akzidentielle und gar Alltägliche nimmt auffallend viel Raum ein.<sup>32</sup> Vorzug eines solchen Verfassungsverständnisses ist eine gewisse Bürger- und Alltagsnähe, Preis eine Entdifferenzierung von Fundamentalem, etwas weniger Wichtigem und bloss punktuell Relevantem. Zudem werden bei häufigem Zugriff Inkohärenzen auf Ebene der Verfassung selber wahrscheinlicher. Verschiedene grund- und menschenrechtlich umstrittene Volksinitiativen der vergangenen Jahre haben dieses bisher eher latente Problem virulent werden lassen.<sup>33</sup>

27 Theodor Curti in der Zürcher Post vom 27.4.1894, zitiert nach Stefan G. Schmid, Direkte Demokratie und dynamische Verfassung – Zum Wandel des Verfassungsverständnisses in der Schweiz im 19. Jahrhundert, in: René Roca/Andreas Auer (Hrsg.), Wege zur direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen, Zürich u.a. 2011, S. 23 ff., 49.

28 Georg Müller, Neue Zürcher Zeitung vom 10./11.1.1998, S. 7.

29 Gustav Vogt, Referendum, Veto und Initiative in den neueren schweizerischen Kantonsverfassungen, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1873, S. 350 ff.

30 Art. 121 Abs. 3 BV, eingefügt durch die Volksinitiative »für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)« (angenommen am 28.11.2010).

31 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 630.

32 Hinweise zur Diskussion in der Schweiz bei Giovanni Biaggini, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, Heidelberg 2007, § 10, S. 594, N. 53.

33 Insbesondere: Volksinitiative »Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter«, zur Abstimmung gebracht am 8.2.2004 (angenommen); Volksinitiative »gegen den Bau von Minaretten«, zur Abstimmung gebracht am 29.11.2009 (angenommen); Volksinitiative »für die Ausschaffung krimineller Ausländer«, zur Abstimmung gebracht am 28.11.2010 (angenommen); Volksinitiative »Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen«, zur Ab-



## I. Teil Grundlagen

### 3. Stetes Ringen um den zeitgemässen Verfassungsbegriff

Trotz Existenz eines Grundtypus der modernen Verfassung unterliegt die Verwendung des konstitutionalistischen Vokabulars einem Wandel. Konstitutionalistische Semantik ist mit hohen Problemlösungserwartungen verbunden, so dass sich bei sich veränderndem politischem und sozialem Kontext die Frage nach ihrer »zeitgemässen Anwendung« stellt. Um die Anwendbarkeit muss immer wieder neu gerungen werden. Es gibt nicht *die* Bedeutung des Verfassungsbegriffs. Er ist vielmehr schillernd und nicht endgültig fixierbar, was sich nur schon daran ablesen lässt, dass die Anfänge seiner Geschichte und der seiner engen Verwandten – Politeia, *constitutio*, *constitution* – weit hinter die Entstehung des modernen Verfassungsstaates zurückreichen.<sup>34</sup> »Ausdehnungen« auf neue Phänomene sind möglich, erforderlich ist allerdings ein Bewusstsein für die mit dem Vokabular mitgeführten Bedeutungen und Begriffsschichten. Nicht alles, was als unter dem Begriff der Verfassung diskutierbar erscheint, weist die Merkmale der modernen Verfassung im Sinne des Grundtypus auf. Dies muss veränderter Verwendung nicht entgegenstehen. Es braucht lediglich ein Bewusstsein für diese Differenzen, die es zu deklarieren gilt. Wir werden daher in diesem Werk mit Blick auf einzelne Staatsaufgaben von »Bereichsverfassungen« sprechen. Einzelne Aufgabenfelder des Gemeinwesens haben sich zu Gebieten mit eigenen Grundsätzen und vielen Besonderheiten entwickelt, so dass uns die Übertragung des Verfassungsbegriffs auf ein beschränktes Feld richtig und attraktiv erscheint. Sie unterstreicht die Idee des Denkens von einem rechtlichen (Bereichs-)Rahmen her. Die Rede von der heute so wichtigen »Sozialverfassung« kann helfen, Ordnung und Dynamik in diesem Feld besser zu verstehen. Auch die Beleuchtung inter- und supranationaler Strukturen, die öffentliche Gewalt ausüben, aus »konstitutionalistischer Perspektive« kann helfen, die Rolle der rechtlichen Grundprinzipien für die Stabilität herauszuarbeiten oder die fundamentale Rolle der Menschenrechte herauszustreichen (N. 28 f.).<sup>35</sup>

Im Kern sind Debatten über ausdehnende Verwendungen des konstitutionalistischen Vokabulars sehr oft Auseinandersetzungen über das Verhältnis der Verfassung zum Staat. Ein Teil der Wissenschaft hält das Phänomen der Verfassung als nicht vom modernen Staat abtrennbar, da die moderne Verfassung ihre Karriere als Staatsverfassung angetreten und als solche die grösste Bedeutung erlangt hat. Gegen ein solches staatszentriertes Verfassungsverständnis – das allerdings nicht, wie zuweilen unterstellt wird, mit einer konservativen

---

stimmung gebracht am 18.5.2014 (angenommen); Volksinitiative »zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)«, zur Abstimmung gebracht am 28.2.2016 (abgelehnt).

34 Gute Übersicht bei *Heinz Mohnhaupt*, *Verfassung (I.): Konstitution, Status, Leges fundamentales von der Antike bis zur Aufklärung*, in: *Heinz Mohnhaupt/Dieter Grimm (Hrsg.), Verfassung: zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart: zwei Studien*, 2. Aufl., Berlin 2002, S. 1 ff.

35 Siehe hierzu *Giovanni Biaggini*, *Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?*, ZSR 2000 I, S. 445 ff., 454, der von einem »partiellen ›outsourcing‹ von Verfassungsfunktionen« spricht.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

Agenda einherzugehen braucht – gibt es allerdings starke Argumente. Aus rechtsvergleichender Perspektive wird rasch deutlich, dass das Verhältnis nicht zu eng gedacht werden sollte. Verfassung und Staat werden in den verschiedenen Verfassungstraditionen als unterschiedlich stark verbunden begriffen. Besonders eng wird das Verhältnis traditionell in Deutschland konzipiert, wo der Begriff des Staatsrechts der zentrale Begriff des öffentlichen Rechts ist und Verfassungsrecht tendenziell als bloße Teilmaterie des Staatsrechts verstanden wird, wenn auch teilweise darüber hinausreichend. Der Terminus »Staatsrecht« ist in der rechtswissenschaftlichen Tradition Deutschlands der etabliertere Begriff.<sup>36</sup> Ein von der Ambition her mit dem vorliegenden Werk vergleichbares deutsches Werk trägt nicht zufällig den Titel »Handbuch des Staatsrechts«. Interessanterweise existiert im angelsächsischen und romanischen Sprachraum keine Entsprechung zum Begriff des Staatsrechts; die Wissenschaft vom öffentlichen Recht befasst sich hier mit *constitutional law*, *droit constitutionnel* oder *diritto costituzionale*. Auch der Begriff des Verfassungsstaates, der die beiden Termini zusammenbringt, ist ausserhalb des deutschen Sprachraums kaum etabliert.<sup>37</sup> Mit Blick auf die angelsächsische Tradition verdient zudem Erwähnung, dass der Staat – was der deutschen Intuition stark zuwiderläuft – schlicht nicht als das Kernphänomen des Konstitutionalismus begriffen wird. Das Vereinigte Königreich ist schon, wenn auch überzeichnend, als »stateless society par excellence«<sup>38</sup> beschrieben worden. Für die USA stellte Samuel Huntington eine interessante »virtual absence of the concept of ›the state« in American thought« fest.<sup>39</sup> In der französischen Tradition bezog sich der Verfassungsbegriff historisch zunächst auf die freiheitliche Gesellschaft und die Republik. Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte aus dem Jahr 1789 fasste dies in die berühmten Worte: »Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution (Hervorhebung durch die Verfasser).« Im 19. Jahrhundert wurden freiheitliche Gesellschaft und Staat unter den Vorzeichen der Ideologie des Nationalismus dann enger zusammengedacht, die Republik wurde als eine aus der freiheitlichen nationalen Gesellschaft herauswachsende Institutionenordnung imaginiert. Eine Distanz zum Staat blieb im französischen Verfassungsbegriff aber immer lebendig. Ein auf die Gesellschaft bezogener Verfassungsbegriff markiert nach dem Völkerrechtler Georges Scelle stets die Entkoppelung von Staat und Verfassung.<sup>40</sup>

36 Das von *Johann Caspar Bluntschli* und *Karl Brater* zwischen 1857 und 1870 herausgegebene elfbändige *Deutsche Staats-Wörterbuch* behandelt den »Staat« und abgeleitete »Staats«-Begriffe auf 310 Seiten, während der Begriff der »Verfassung« mit einem knappen Verweis (»s. Repräsentativverfassung, Staatsgewalten«) auskommen muss.

37 Zu unterschiedlichen Traditionen bzgl. des Verhältnisses von Verfassung und Staat und des Konzepts des Staates: *Peters* (Anm. 26), S. 95 ff.; *Olivier Baud*, *Conceptions of the State*, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, S. 268 ff.

38 *J.P. Nettl*, *The State as a Conceptual Variable*, *World Politics* 1968, S. 559 ff., 562.

39 *Samuel Huntington*, *American Politics: the Promise of Disharmony*, Cambridge Mass. 1981, S. 34.

40 *Georges Scelle*, *Le droit constitutionnel international*, in: Joseph Duquesne (Hrsg.), *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris 1933, S. 503 ff., 505.

## I. Teil Grundlagen

Reflektierte Verwendung des Verfassungsbegriffs im nicht unmittelbar staatlichen Kontext kann neue Analyse- und Erkenntnisperspektiven eröffnen. »Verfassungsfragen« in einem weit verstandenen Sinn stellen sich überall, wo sich Gemeinschaften ausbilden und Fragen der Ordnung und des friedlichen und gedeihlichen Zusammenlebens aufgeworfen werden. Das Phänomen des *ius constitutionale commune* in Lateinamerika ist ein interessantes Beispiel einer Verwendung in einem nichtstaatlichen Kontext. Er steht für eine Programmatik regionaler Förderung und Konsolidierung insbesondere von Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechten und Demokratie.<sup>41</sup> Bezugspunkt ist primär das Gesellschaftliche. Auch bei nicht auf Dauer gestellten Gemeinschaften können sich »Verfassungsfragen« stellen. Wenn in einem Flüchtlingslager wie in Kakuma in Kenia verschiedene Volksgruppen ihr Zusammenleben durch Verabschiedung von »Verfassungen« regeln, die sich wie in einer föderalen Ordnung in die »Verfassungsordnung« für das gesamte Lager mit seinen 180 000 Bewohnern einfügen sollen, so ist die Verwendung konstitutionalistischer Semantik in einem solchen Kontext durchaus kein Etikettenschwindel. Verfahren und Festlegung des Kreises der Beteiligten stehen im Dienst der Legitimations- sowie Loyalitätsbeschaffung und der Stabilisierung. Es gilt jedoch, Transparenz darüber zu schaffen, was mit solchen Begriffsübertragungen gewonnen und allenfalls an fragwürdigen Bedeutungen mitgeführt wird. Ein wichtiges Argument für ein nicht auf den Nationalstaat fixiertes Verständnis der Verfassung sind auch die Besonderheiten multiethnischer und föderaler Gemeinwesen. So ging es in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten nicht darum, für eine unteilbare Nation oder ein vergleichsweise homogenes Volk die Staatsmacht zu »verfassen«. Vielmehr mussten unterschiedliche Gemeinwesen in einer mehrfach geschichteten Struktur zusammengeführt werden.<sup>42</sup> Wenn man als Verfassung den *zentralen Rechtsbestand eines Gemeinwesens begreift, der Herrschaftsausübung begründet, legitimiert und begrenzt*, spricht auch nichts gegen Verwendung der Verfassungsterminologie auf Ebene der Kantone und Gemeinden. Die Kantone Graubünden, Schaffhausen und Bern kennen denn auch den Begriff der Verfassung auf der kommunalen Ebene.<sup>43</sup> Ausgehend von einem solch weiten Verfassungsverständnis will dieses Werk die Verfassungen der verschiedenen Gemeinwesen der mehrstufigen Eidgenossenschaft, auch die Verflechtungen zwischen ihnen und das Zusammenspiel mit dem internationalen Recht beleuchten.

41 Armin von Bogdandy, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*, Una aclaración conceptual, in: Armin von Bogdandy/Héctor Fix-Fierro/Mariela Morales Antoniazzi (Hrsg.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Mexiko 2014, S. 3 ff., 9.

42 Zu den Schwierigkeiten des staatszentrierten Verfassungsbegriffs mit föderalistischen Gemeinwesen: Baud (Anm. 37), S. 276 f.

43 Auer, *Staatsrecht der Kantone*, N. 758.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

### II. Begriffsschichten und Ideologiefragen

#### 1. Koexistenz einer normativen und deskriptiven Bedeutungsebene

- 12 Den Verfassungsbegriff kennzeichnet ein Nebeneinander einer normativen und einer empirischen Bedeutungsebene. Dieses Nebeneinander lässt sich bis in die Antike zu den Vorläufern des modernen Verfassungsbegriffs zurückverfolgen und ist elementar für das Verständnis der verschiedenen Verwendungen. Gewissermassen »am Anfang« stehen der griechische Begriff der *Politeia* und der lateinische der *constitutio*, die für den Zweck des vorliegenden Beitrages als Synonyme für Verfassung gelten können.<sup>44</sup> Bereits bei Diskussionen um die *Politeia* im antiken Athen und bei Verwendungen des Begriffs der *constitutio* ist eine Koexistenz von normativer und empirischer Verwendung feststellbar. *Politeia* meint bei Platon und Aristoteles in erster Linie, in Analogie zur (faktischen) »Konstitution« des menschlichen Körpers, Zustand und Beschaffenheit eines Gemeinwesens. Platon zieht Parallelen zwischen einer Unordnung in der Verfassung eines Gemeinwesens, etwa wegen fauler und verschwenderischer Menschen, und einer Unordnung im menschlichen Körper infolge Schleim und Galle (*Politeia* 564b–c).<sup>45</sup> Der Begriff der *Politeia* erhielt neben der beschreibend-kategorisierenden Bedeutung früh zusätzlich einen normativen Sinn. Er verwies auch auf den »richtigen« Zustand. Seit Mitte des 4. Jahrhunderts v. Chr. konnotierte *Politeia* auch die »gute« Demokratie. Fortan koexistierten die beiden Bedeutungsebenen, wobei tendenziell die normative Bedeutung im Vordergrund stand. Bei Cicero meint *constitutio* primär den anzustrebenden Zustand des Gemeinwesens, die kraft Alters bewährte und ausbalancierte Ordnung. Er hat ein bestimmtes funktionierendes Ensemble normativer Festlegungen vor Augen, eine kluge und durchdachte Institutionenordnung. In deutscher Sprache geht die erste nachweisbare Verwendung von »Verfassung« in einem politischen Kontext auf das Jahr 1346 zurück.<sup>46</sup> Der Begriff bezeichnete Kompetenzen eines Schiedsgerichts, die rechtlich fixiert worden waren, das Grundsätzliche einer rechtlich-politischen Institution. Die Verwendungen von *constitutio* und »Verfassung« blieben schillernd. In der beginnenden Frühen Neuzeit standen sie vor allem für alte und bewährte sowie grundlegende Rechtsetzungsakte; teilweise erhielten sie auch die Konnotation der Schriftlichkeit, so der Begriff der *constitution* in England zur Zeit des Langen Parlaments Mitte des 17. Jahrhunderts.<sup>47</sup> Auch in der Schweiz wurde der Begriff sehr unterschiedlich verwendet. Seit dem frühen 18. Jahrhundert bezeichnete er »Fundamental-Satzungen« der etablierten Herrschaft, konnotierte aber auch Reformanliegen, etwa wenn die »nachführende« Kodifikation

44 Zum Verfassungsbegriff in der griechischen Polis und in der römischen Staatslehre: *Charles Howard McIlwain*, *Constitutionalism: Ancient and Modern* [1940], 2. Aufl., Ithaca, N.Y. 1947, S. 22 ff.

45 Zur langen Tradition der »politischen Anatomie«, welche den Staat oder die Konstitution metaphorisch mit dem menschlichen Körper beschreibt *Dietmar Peil*, *Untersuchungen zur Staats- und Herrschaftsmetaphorik in literarischen Zeugnissen von der Antike bis zur Gegenwart*, München 1993, S. 302 ff.

46 *Mohnhaupt* (Anm. 34), S. 22.

47 *Karl Loewenstein*, *Political Power and Governmental Process*, 2. Aufl., Chicago 1965, S. 126.

## I. Teil Grundlagen

und Verabschiedung einer geschriebenen Verfassung gefordert oder die Verfassung mit einer rechtlich-politischen Neuordnung im Sinne des Naturrechts gleichgesetzt wurde.<sup>48</sup>

Das Neben- und partielle Ineinander von normativer und deskriptiver Bedeutungsebene überdauerte die Verengung des normativen Begriffs im späten 18. Jahrhundert zum modernen Grundtypus. Fortan dominierte zwar diese normative Bedeutungsebene, als Grundkonstellation blieb die Koexistenz beider Ebenen bis in die Gegenwart aber erhalten. Auch der deskriptiven Bedeutung begegnet man immer noch in verschiedenen Zusammenhängen. Wenn der britische Verfassungsrechtler John A. Griffith schreibt, die Verfassung des Vereinigten Königreichs sei nichts mehr und nichts weniger als das, was geschehe, so wird der Begriff in einem empirisch-beschreibenden Sinn verwendet.<sup>49</sup> Auch wenn von einer »Verfassungswirklichkeit« die Rede ist, wenn eine vom Gebotenen verschiedene Realität bezeichnet werden soll, steht die deskriptive Bedeutung im Vordergrund. Die Koexistenz ermöglicht zudem ein nicht immer sofort eindeutiges Changieren zwischen den Bedeutungsebenen und eröffnet Räume für Begriffserweiterungen. Zweideutigkeit bedeutet aber auch, dass die jeweils andere Ebene mitgedacht werden muss. Beschränkung auf eine Bedeutungsebene kann den Eindruck unangemessener Verwendung des Vokabulars erzeugen. Wird ein blosses Abbild des politischen Istzustandes als Verfassung bezeichnet und der dem Begriff innewohnende (Um-)Gestaltungsanspruch ignoriert, so klingt dies nach Versuch der Adellung des bloss Faktischen. Umgekehrt mangelt es der Begriffsverwendung an Plausibilität, wenn der normativen Verfassung eine ganz andere Wirklichkeit gegenübersteht. Die Rede von Scheinverfassungen,<sup>50</sup> die totalitären oder autoritären Machthabern als Feigenblätter dienen, verweisen auf diese Notwendigkeit, die Ebenen zusammenzudenken. Der Verfassungsbegriff konnotiert den Anspruch, kritische Messlatte für die Wirklichkeit und zugleich mit dieser verbunden zu sein.

### 2. Verfassung und liberale Programmatik

Die konstitutionalistische Semantik ist nicht »neutral«. Sie ist mit einer benennbaren Programmatik verbunden, insbesondere mit Vorstellungen der besonderen Wichtigkeit bestimmter Themen und der geringeren Bedeutung anderer. Dadurch beeinflusst sie die Wahrnehmung des »bloss Beschriebenen« und des Politischen im Allgemeinen. Verfassungsdenken ist durch liberal-demokratische Anliegen geprägt, ja imprägniert: Legitimation von Herrschaft, Schutz gegen Machtmissbrauch, Verwirklichung persönlicher und politischer Freiheit. Nicht zu diesen »konstitutionalistischen Themen« zählende Problemkomplexe wie der Schutz von Gemeinschaftsgütern wie einer intakten Umwelt treten – zumindest in der Perspektive des traditionellen Konstitutionalismus – tendenziell in den Hin-

48 Vgl. Würgler (Anm. 22), S. 113, 119, 314 ff.

49 John A. Griffith, *The Political Constitution*, *Modern Law Review* 1979, S. 1 ff., 19.

50 Hierzu Dieter Grimm, *Types of Constitutions*, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, S. 98 ff., 107 – Grimm verwendet den Begriff der »symbolic constitutions«.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

tergrund. Vom Fortschrittsversprechen der Verfassungssemantik können sie nicht oder nur in geringerem Mass profitieren. Qualifikationen von Phänomenen als verfassungsmässig oder nicht führen stets ex- oder implizite Handlungsaufforderungen mit sich. Nur das Verfassungsmässige hat die Vermutung der Richtig- und Schutzbedürftigkeit auf seiner Seite, das Verfassungswidrige dagegen gerät unweigerlich unter Rechtfertigungsdruck. Man kann den Verfassungsbegriff als Ideologiebegriff bezeichnen; wie alle Ideologiebegriffe liefert er ein Deutungsschema für die Wirklichkeit und tritt mit dem Anspruch auf Dauerhaftigkeit, logischer Konsistenz und der Aktivierung ungenutzter gesellschaftlicher Potentiale auf.<sup>51</sup>

- 15 Die Allianz von moderner Verfassung und liberaler Agenda wird heute unterschätzt.<sup>52</sup> Dazu hat nicht nur ein ahistorischer Zugang zur Verfassung beigetragen, der die genealogischen Zusammenhänge zwischen moderner Verfassung und Themen des Liberalismus übersieht. Eine gewisse Rolle spielt auch ein Denken, dessen besonderes Augenmerk den Manipulationsmöglichkeiten politischer Ideen gilt. Die Kritik etwa, die Existenz einer verfassungsgebenden Gewalt sei blosser Erfindung – Ideologie, Mythos oder Fiktion –,<sup>53</sup> desensibilisiert tendenziell für die enge geschichtliche Verschränkung von konstitutionalistischen Themen – Gewaltenteilung, Absicherung von Freiheit, Legitimationsfragen – und liberaler Problemwahrnehmung (N. 24 f.). Zu betonen ist, dass der Konstitutionalismus bei liberalen Themen besondere Stärke entfaltet. Seit ihren Anfängen im 18. Jahrhundert wurde die Verfassung in erster Linie gegen überkommene Formen der Machtakkumulation in Stellung gebracht, und die Theorie des *pouvoir constituant*, wie sie der Abbé de Sieyès in der epochalen Schrift *Qu'est-ce que le tiers état?* vom Januar 1789 formulierte, zielte auf Delegitimierung existierender Herrschaft und Begründung eines modern-liberalen Gemeinwesens.<sup>54</sup> Wenige Monate später kam es zur »Selbstenthronisation«<sup>55</sup> der Nation als verfassungsgebender Gewalt, die den König als Träger der Souveränität absetzte und den Umbau der Gesellschaft in Angriff nahm. Die Vorstellung der einheitlichen und unteilbaren Nation hatte in dieser historischen Konstellation den Sinn eines modern-liberalen Alternativmodells zur überkommenen Idee der in der Person des Königs verkörperten Herrschaft. Die Verfassung war in dieser Situation Instrument zum Abbau der intermediären Strukturen des *Ancien Régime* und zur Zentralisierung der staatlichen Institutionen. Das Verfassungsvokabular blieb nicht

---

51 Zur Struktur von Ideologie und Ideologiebegriff: Ulrich Dierse, *Ideologie*, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 4, Basel/Stuttgart 1976, S. 158 ff., 179.

52 Siehe Luigi Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, *European Constitutional Law Review* 2016, S. 6 ff.

53 Hinweise bei Peters (Anm. 26), S. 372.

54 Vgl. Emmanuel-Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?* [1789], *Œuvres de Sieyès notes liminaires* par Marcel Dorigny, Band I, Paris 1989, S. 76.

55 Formulierung von Horst Dreier, *Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung*, RW 2010, S. 11 ff., 15.

## I. Teil Grundlagen

für liberale Themen reserviert, geblieben aber ist eine besondere Leistungsfähigkeit des Konstitutionalismus bei diesen Themen.

### 3. *Pouvoir constituant* als monolithisches Kollektiv?

Das Konzept der Nation als *pouvoir constituant* verdient unter »Ideologiesichtspunkten« 16 besondere Betrachtung. Es steht für das Postulat der Rückkoppelung der öffentlichen Gewalt an die Gesellschaft, die diese im Moment der Verfassungsgebung als verfassunggebende Gewalt – im Singular – schafft. Das Bild ist anschaulich und stark, kann aber zu überschüssenden Interpretationen verleiten. Insbesondere fördert es die Vorstellung, die Nation sei gewissermassen ein monolithisches Kollektiv und Verfassungsgebung entsprechend als *ein* einseitiger und punktueller Willensakt dieses Kollektivs – des Volkes oder der Nation, des *pouvoir constituant* – zu verstehen. Da das vorgestellte Kollektiv real immer nur beschränkt handlungs- und artikulationsfähig ist (manche Verfassungen werden deshalb »im Namen des Volkes« erlassen)<sup>56</sup>, schafft die Figur Raum für »Sprecher« des Volkes. Es gehört zu den Grundthemen der Demokratie, dass einzelne Gruppen oder charismatische Persönlichkeiten diese Rolle für sich in Anspruch zu nehmen und die politische Macht zu usurpieren versuchen. Die angemassete Sprecherrolle kann im Extremfall die Grundlage für einen Umbau des Gemeinwesens in autoritäre Herrschaft darstellen. Ein derartiges dezisionistisches bis autoritäres Verständnis von Verfassungsgebung und Verfassung steht jedoch im Widerspruch zum deliberativen Politikverständnis der offenen Gesellschaft und ist Folge einer Überinterpretation eines blossen Bildes.

Der Kollektivsingular des *pouvoir constituant* ist richtigerweise vom Einzelnen her und pluralistisch zu denken – im Sinne von »We the People«, den berühmten drei Anfangsworten der US-Verfassung. Dies gilt auch für die Konzepte Volk und Nation. Die eine politische Gemeinschaft bildenden Einzelnen errichten das politische Gemeinwesen wie im Modell des Gesellschaftsvertrags durch konkrete Interaktion, nicht als mythisches Kollektivwesen, sie konstituieren es – von Lateinisch *con* bzw. *cum*: zusammen, und *statuere*: aufstellen – als eine Vielzahl von auf komplexe Weise Zusammenhandelnden.<sup>57</sup> So verstandene Verfassungsgebung ist nie punktueller Akt, sondern stets ein Prozess, in dem die Verfassungsordnung kontinuierlich und deliberativ geschaffen, gestaltet und weiterentwickelt wird. Das Prozedurale orientiert sich dabei grundsätzlich am Problem der Beschaffung der Loyalität der in der Gemeinschaft verbundenen und sehr unterschiedlichen Einzelmenschen und Gruppen. Ernest Renan hat dafür die Formel von der Nation als einem »plébiscite de tous

56 Dazu Hans Lindahl, *Constituent Power and the Constitution*, in: David Dyzenhaus/Malcolm Thorburn (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford/New York 2016, S. 141 ff., 151, der unterstreicht, dass die Verabschiedung der Verfassung immer dem Kollektiv Volk zugeschrieben werden muss.

57 Siehe Andreas Kalyvas, *Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power*, *Constellations* 2005, S. 223 ff., 235 f.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

les jours« geprägt.<sup>58</sup> Verfassungsgebung ist nicht *eine* Entscheidung eines als höheres Wesen vorgestellten Souveräns, der die politische Macht »verkörpert«, sondern ein in der zeitlichen und personellen Dimension aufgefächertes Phänomen. Claude Lefort hat den Ort der Macht in der Demokratie deshalb, vielleicht etwas überzeichnend, einen »leeren Ort« genannt.<sup>59</sup> Wichtig ist der Gedanke der Ablösung der Macht vom konkreten Einzelkörper; das Deliberative hat seinen Ort *zwischen* den Menschen. Deshalb ist auch bei Verfassungsgebung in historischen Umbruchsituationen die Verabschiedung der neuen Verfassung als pluralistischer, teilweise rechtlich kanalisierter Prozess mit verschiedenen Akteuren und Etappen zu begreifen.<sup>60</sup> Verfassungsgebung findet mit der Verabschiedung einer Verfassungsurkunde auch nicht ihren Abschluss. Die Unterscheidung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung verliert in dieser Perspektive an Schärfe.<sup>61</sup>

- 18 Ein pluralistisches Verständnis von *pouvoir constituant* und Verfassungsgebung ist zudem auf die Besonderheiten multiethnischer und föderaler Gemeinwesen besser zugeschnitten als eine monolithische Konzeption. Bundesstaaten wie die Schweiz leben davon, dass sie mehrfache Identitäten und Loyalitäten der Staatsbürgerinnen und Staatsbürger in einem mehrschichtigen Gemeinwesen anerkennen und bis zu einem gewissen Grad fördern.<sup>62</sup> Die Bundesverfassung von 1999 ist gemäss ihrer Präambel vom *Schweizervolk und den Kantonen* erlassen worden, und in der Bundesverfassung von 1848 wurde ebenfalls in der Präambel sowie in Art. 1 auf die schweizerische Eidgenossenschaft, die schweizerische Nation und die »durch gegenwärtigen Bund vereinigten Völkerschaften« Bezug genommen. Die Identität des *pouvoir constituant* wird bewusst nicht klar festgelegt, sie blieb und bleibt offen für unterschiedliche Deutungen. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang der Hinweis, dass es bei der Bundesstaatsgründung 1848 nicht nur darum ging, »die schweizerische Nation zu erhalten und zu fördern«, wie die Präambel formulierte, vielmehr musste die in Ansätzen zwar schon im Mittelalter sich langsam ausbildende, insgesamt aber noch schwache Vorstellung einer schweizerischen Nation (weiter-)entwickelt und konsolidiert werden.

58 Vgl. *Ernest Renan*, *Qu'est-ce qu'une nation?* [1887], in: ders. (Hrsg.), *Discours et conférences*, 3. Aufl., Paris 1887, S. 27.

59 *Serge Lellouche/Claude Lefort*, *L'invention du politique: Entretien avec Claude Lefort*, in: Jean-François Dortier (Hrsg.), *Philosophies de notre temps*, Auxerre 2000, S. 171; mit ähnlichem Ergebnis Mehrheitsentscheide als Notbehelf betrachtend, um trotz fehlender Übereinkunft überhaupt Entscheide treffen zu können: *Jörg Paul Müller*, *Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung*, München 1993, S. 149, 152.

60 Siehe hierzu ausführlich *Andrew Arato*, *Post Sovereign Constitution Making*, Oxford u.a. 2016, S. 10; *ders.*, *The Adventures of the Constituent Power, Beyond Revolutions?*, Cambridge 2017, insbesondere Kapitel 5 (S. 365 ff.).

61 Vgl. *Peters* (Anm. 26), S. 388 f., 390 ff., die für das Kontinuum zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung den Begriff der »verfassungsentwickelnden Gewalt« verwendet.

62 Zur Nutzung von Loyalitätsressourcen durch die weltweit singuläre Konzeption der dreigliedrigen, mehrere Staatsebenen berücksichtigenden Konzeption der Staatsbürgerschaft: *Oliver Diggelmann/Annina Vogler*, »... geeignet und würdig...«. Der Zugriff des Bundes auf Staatsbürgerschaft und Einbürgerung, ZSR 2013 I, S. 355 ff.



## I. Teil Grundlagen

Dies setzte voraus, diese Aufgabe nicht als Aufgabe »gegen« die Kantone zu begreifen. Ein Blick auf die Vereinigten Staaten zeigt auch in dieser Hinsicht interessante Parallelen. So wurde die sogenannte *compact theory*, welche die Union als bloss vertraglichen Zusammenschluss souveräner Staaten begreifen wollte, erst mit dem Sezessionskrieg endgültig überwunden. Die Loyalität gegenüber der Union war anfänglich fragil, insbesondere in den alten Kolonien mit ihrer je eigenen Geschichte, die kulturell stark differierten. Der neue Staat musste sich die Loyalität zuerst erarbeiten und bis zu einem gewissen Grad, im wörtlichen Sinn, auch erkämpfen. Das Prozesshafte der Herausbildung neuer Identitäten kann mit der klassischen Dichotomie Bundesstaat/Staatenbund – und der mit ihr korrespondierenden Unterscheidung zwischen Verfassung und Vertrag – nur ungenügend erfasst werden.<sup>63</sup> Die mit Blick auf die EU geschaffenen Neologismen des Verfassungsvertrags und des Staatenverbunds bestätigen diesen Befund. Sie weisen auf fließende Übergänge hin.

### III. Hauptursachen des Erfolgs der modernen Verfassung

#### 1. Umfassende »Konstituierung« säkularer öffentlicher Gewalt

Die Leistungen der modernen Verfassung des 18. Jahrhunderts sind uns heute nur noch zum Teil bewusst. Sie sind zu einem so selbstverständlichen Fundament moderner Staaten geworden, dass das Bewusstsein für diese Leistungen einer unbestimmten Grundintuition gewichen ist, wonach eine Verfassung an sich etwas Sinnvolles und Anzustrebendes sei und in dem Begriff ein gewisses Fortschrittsversprechen anklinge.<sup>64</sup> Theoretiker des Politischen des 17. Jahrhunderts – z.B. John Milton (Pressefreiheit) oder Pierre Bayle (Gewissensfreiheit) – wären von der Bedeutung des Verfassungsbegriffs in der Gegenwart allerdings wohl überrascht. Der Begriff war zu ihrer Zeit zwar etabliert, spielte aber bei Weitem nicht die Rolle von heute. Unterschiedliche Bedeutungen aus unterschiedlichen Epochen klangen an. Am meisten stand er für die Grundprinzipien eines politischen Systems. Von Charles I. Stuart, König von 1625 bis 1649, ist überliefert, dass er sich 1642 auf die »Constitution of this Kingdom« berief, um seinen absolutistischen Vorstellungen Autorität zu verschaffen.<sup>65</sup> Der Verfassungsbegriff war allerdings nur ein Begriff unter mehreren, um politisch Wichtiges und in der Regel Normatives zu bezeichnen. Ein Alternativbegriff war z.B. jener der *lex fundamentalis*. Der Aufstieg der Verfassung zum Schlüsselbegriff begann mit der

63 Zur schrittweisen Entwicklung der Schweiz hin zum Bundesstaat, welche bereits mit dem Bundesvertrag von 1815 einsetzte: *Andreas Kley*, Bundesstaat, Historisches Lexikon der Schweiz, Bd. 3, Basel 2003, S. 19 ff., 20 f.

64 Vgl. mit Blick auf die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts *Benjamin Schindler*, Verwaltungswissenschaft und Geschichtsschreibung. Narrative über Vergangenes – Versuch einer Typologie, *Administory* 2016, S. 54 ff., 58 f.

65 *Charles I*, Answer to the 19 Propositions of Both Houses of Parliament [London 1642], abgedruckt in: Corinne Comstock Weston, *English Constitutional Theory and the House of Lords*, London 1965, S. 263 f.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

Amerikanischen und der Französischen Revolution. Fortan stand der Verfassungsbegriff in erster Linie und mit fortschreitender Zeit immer mehr für den Grundtypus der modernen Verfassung mit den Essentialia Gewaltenteilung, Demokratie und Grundrechte.

- 20 Weshalb wurde die moderne Verfassung ab dem späten 18. Jahrhundert zum historischen Erfolgsprojekt? Sie war, als sie »erfunden« wurde, eine echte Innovation, denn sie löste gewissermassen auf einen Schlag eine Reihe grundlegender politischer Probleme der Frühen Neuzeit. Man kann sie zum grossen Teil als »Antwort auf die Antwort« oder als »Reaktion auf die Reaktion« auf die konfessionellen Auseinandersetzungen des 16. und 17. Jahrhunderts begreifen.<sup>66</sup> Damals rivalisierten die Ausbildung von Territorialstaatlichkeit und der Anspruch, auf diesem Territorium oberste, »souveräne« Gewalt auszuüben, mit älteren Herrschaftsstrukturen des Heiligen Römischen Reichs sowie der römisch-katholischen Kirche. Ein »Staat im Staate«<sup>67</sup> durfte nicht sein, man suchte nach überzeugenden neuen und säkularen Legitimationsquellen von Herrschaft.<sup>68</sup> Die Reformation hatte die einheitsstiftende Rolle der Religion relativiert, und nach den konfessionellen Spannungen des 16. und frühen 17. Jahrhunderts und insbesondere dem Dreissigjährigen Krieg war eine Rückkehr zu einem primär religiösen oder gar konfessionell geprägten Verständnis des Politischen dauerhaft verstellt. In konfessionell homogenen Territorien bestand zwar weiterhin eine starke Verbindung zwischen politischer Herrschaft und Religion; es waren aber die *weltlichen* Herrscher, welche die Religion vorgaben. Der Greifswalder Rechtsgelehrte Joachim Stephani prägte für dieses Prinzip, das dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 zugrunde lag, im Jahr 1612 die Formel *cuius regio eius religio*. Jean Bodin hatte zudem mit seiner Souveränitätslehre 1576 einen kapitalen Beitrag zum modernen säkularen Politikverständnis geliefert. Konzentrierte öffentliche Gewalt sollte über den konfessionellen Konfliktparteien stehen, »souverän« sein, da ihr so Autorität und Pazifizierungsmöglichkeiten zuwachsen.<sup>69</sup> In konfessionell gemischten Gebilden wie der Eidgenossenschaft, in der die konfessionellen Spannungen bis zum Sonderbundskrieg im 19. Jahrhundert teilweise gewaltsam ausgetragen wurden, war die Suche nach einer säkularen Grundlage von Herrschaft ohnehin unvermeidlich, auch wenn das komplexe Bündnissystem selber keinen Anspruch auf Souveränität erhob.<sup>70</sup> Rationalismus und Aufklärung boten mit dem Konstitutionalismus ein alternatives Legitimationsmodell für Herrschaft, das ohne Rekurs auf religiöse Quellen auskam. Kernelement der modernen Verfassung und zentraler Grund für ihren Durch-

66 Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre, Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 5. Aufl., Opladen 1994, S. 46 ff.

67 Friedrich II von Preussen, Denkwürdigkeiten zur Geschichte des Hauses Brandenburg (1748), zitiert nach Albrecht Beutel, Konsequente Historisierung: Die Revision und Transformation reformatorischer Basisimpulse im Zeitalter der Aufklärung, in: Ingolf U. Dalferth (Hrsg.), Reformation und Säkularisierung, Tübingen 2017, S. 91 ff., 95.

68 Vgl. Beutel (Anm. 67), S. 94 ff.

69 Jean Bodin, Six livres de la République [1576], in: ders. (Hrsg.), Les six livres de la République avec l'apologie de René Herpin, 2<sup>e</sup> réimpression de l'édition de Paris 1583, Aalen 1977, S. 122 ff. und S. 211 ff.

70 Maissen (Anm. 7), S. 67.

## I. Teil Grundlagen

bruch im späten 18. Jahrhundert war daher, dass sie sich als *säkulare Grundordnung eines Gemeinwesens* versteht, die auf transzendente Legitimationsquellen nicht mehr angewiesen ist. Zwar weisen zahlreiche Verfassungen Gottesbezüge auf, wie die Verfassungen der amerikanischen Gliedstaaten oder die Schweizer Bundesverfassungen seit 1848 mit der *invocatio dei*. Die Anrufung eines »konfessionell neutralisierten« Gottes hat allerdings nicht mehr den Sinn, Herrschaft religiös zu fundieren. Weltliche Staatsgewalt war von nun an nicht mehr sakral, also von Gott gestiftet, sondern politisch-säkular. Dieses Modell sollte sich in Europa und Nordamerika durchsetzen.

Der sich in der Folge etablierende absolutistische Staat mit seiner Machtfülle stellte für den Einzelnen aber auch eine Bedrohung dar. Dies war viel stärker der Fall als bei der zuvor zersplitterten weltlichen Macht im Reich. Der Begriff des Absolutismus war zunächst zwar positiv konnotiert, weil ein mächtiger Staat in Konfessions- und Bürgerkriegen für Sicherheit sorgen kann, mit der Überwindung von Gewalt und Chaos klang in ihm aber immer mehr das Bedrohliche an. Die moderne Verfassung löste dieses Problem auf so einfache wie raffinierte Weise. Sie stellten das Gemeinwesen *umfassend* ins Recht. Sie »konstituierte« es mit einem rechtlichen Grunddokument und wurde so zur Verkörperung der Idee, Politik mittels Recht zu rationalisieren. Die Lösung war so überzeugend, dass mit den ersten Verfassungen in Nordamerika und in Frankreich ein neues Zeitalter begann, jenes des modernen Verfassungsstaates. Die moderne Verfassung war etwas anderes – dies verdient Betonung – als eine bloße intensive Verrechtlichung wichtiger Grundsätze des Gemeinwesens. Bedeutende Verrechtlichungen hatte es früher in Form der *Magna Charta Libertatum* von 1215 und der *Instrument of Government* von 1653 in England bereits gegeben. Diese wichtigen Dokumente hatten Herrschaft aber nur partiell mittels Vertrag gebunden, sie aber nicht, wie die Verfassung, neu konstituiert.<sup>71</sup> Das grundsätzlich Neue an der modernen Verfassung war auch nicht die Schaffung einer rechtlichen Binnenhierarchie mit vor- und nachrangigem Recht. Eine solche war aus der christlichen Theologie längst bekannt.<sup>72</sup> Die moderne Verfassung überführte mit Hilfe der Figur des *pouvoir constituant* vielmehr fundamentale politische Regeln in positives Recht, die gegenüber übrigem Recht eine privilegierte Stellung einnahmen.<sup>73</sup> Die vorrangige und in der Regel erschwert abänderbare Verfassung wurde zum rechtlichen Masstab für alle weiteren Rechtsakte der vom *pouvoir constituant* geschaffenen Staatsorgane, der *pouvoirs constitués*. Die kaum zu überschätzende Leistung der Verfassung des 18. Jahrhunderts bestand darin, die für ein bestimmtes Territorium relevante öffentliche Gewalt *umfassend* mit dem Mittel des Rechts sowohl geschaffen als auch begrenzt zu haben. Politische Herrschaft wurde nun zu Herrschaft innerhalb säkularen Rechts.

71 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1992, S. 29 ff., 30.

72 Vgl. etwa die Hierarchie des Rechts bei Thomas v. Aquin, der *lex aeterna, lex naturalis, lex divina* und *lex humana* unterscheidet (*Summa theologica* I-II, 90–97).

73 Zur Notwendigkeit des Vorrangs der Verfassung gegenüber Gesetzen als Essentialium der Verfassung bereits Alexander Hamilton, *Judiciary Department* (The Federalist No. 78, 1788), in: Alexander Hamilton/James Madison/John Jay (Hrsg.), *The Federalist Papers*, Mineola N.Y. 2014, S. 378 ff.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

### 2. Konkrete Rückbindung von Herrschaft an den Herrschaftsträger Volk

- 22 Der historische Erfolg der modernen Verfassung erklärt sich auch durch ihre Allianz mit der modernen Demokratie. Die Verfassungen der Amerikanischen und der frühen, d.h. der demokratischen Phase der Französischen Revolution stellten eine bestechend anschauliche Umsetzung der Idee dar, dass die öffentliche Gewalt an die im »Volk« verbundenen Einzelnen zurückzubinden ist. Auch wenn demokratische Teilhabe damals nicht Teilhabe aller Bürger an der politischen Selbstbestimmung bedeutete, so ermöglichte die Verfassung doch eine überzeugende Verwirklichung der Idee eines politisch autonomen Demos. Die ideelle Grundlage für den Durchbruch war durch die Sozialphilosophie des 17. Jahrhunderts geschaffen worden. Sie hatte, ältere Ansätze aufgreifend, die Vorzeichen der Diskussion über Legitimität von Macht grundlegend verändert. Man begann, Herrschaft von einem – durchaus auch christlich geprägten<sup>74</sup> – Urzustand von Herrschaftsfreiheit und Gleichheit der Menschen her zu denken und Ordnung als etwas von Menschen Geschaffenes und nicht mehr von Gott Gestiftetes zu begreifen. Die Schriften von Thomas Hobbes und John Locke, deren Namen aus heutiger Perspektive eher für gegensätzliche Staatskonzeptionen stehen, waren besonders folgenreich. Ihr gemeinsamer Nenner ist der Ausgangspunkt, dass die ganze öffentliche Gewalt auf einen imaginierten Grundkonsens der Regierten zurückgeführt werden muss.<sup>75</sup> Die Unterschiede zwischen den beiden betreffen vor allem die Schlüsse, die sie, von dieser Prämisse ausgehend, ziehen. Bei Hobbes geben die im souveränen Leviathan vereinigten Untertanen ihre ursprüngliche Freiheit nahezu vollständig auf. Leitend ist bei ihm der Gedanke, dass in der Bürgerkriegssituation dem Sicherheitsziel absoluter Primat zukommen muss. Der Sicherheitszweck eliminiert die ursprüngliche Freiheit weitgehend. Bei Locke wird dagegen nur ein Teil der Freiheit abgetreten, während ein anderer unverfügbar beim Individuum verbleibt. Entscheidend ist aber bei beiden die Idee, dass Legitimität öffentlicher Gewalt eine Rückbindung an die zumindest im Modell konsentierenden Einzelnen erfordert,<sup>76</sup> an den »consent of the governed«, wie es in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung heisst. Die moderne Verfassung gibt diesem Modell institutionelle Gestalt.

---

74 Zum Zusammenhang zwischen der reformatorischen Forderung nach Gleichheit vor Gott und dem Gebot der Gleichbehandlung in weltlichen Dingen: *Ingolf U. Dalferth*, Säkularisierung, Säkularität, Säkularismus, in: ders. (Hrsg.), *Reformation und Säkularisierung*, Tübingen 2017, S. 1 ff., 10 ff.; *John Witte*, Die Reformation der Rechte: Recht, Religion und Menschenrechte im frühen Calvinismus, *Neukirchen-Vluyn* 2015, S. 227.

75 Zum Grundkonsens, siehe z.B. *Axel Tschentscher*, Der Grundkonsens als rechtsphilosophischer und verfassungstheoretischer Argumentationstopos, in: *Walter Kälin/Thomas Cottier* (Hrsg.), *recht, Sonderheft: Die Öffnung des Verfassungsrechts. Symposium zum 65. Geburtstag von Prof. Jörg Paul Müller*, Bern 2005, S. 31 ff.

76 *David Runciman*, Hobbes' Theory of Representation: Anti-democratic or Proto-democratic?, in: *Ian Shapiro/Susan C. Stokes/Elisabeth Jean Wood/Alexander S. Kushner* (Hrsg.), *Political Representation*, Cambridge 2010, S. 15 ff.

## I. Teil Grundlagen

Der konkrete Akt der Verfassungsgebung – des *con-stituere* im beschriebenen Sinn – kommt 23  
der Idee einer konsensualen Grundlage des Gemeinwesens relativ nahe. Natürlich stimmt  
nicht jeder Einzelne tatsächlich zu, das Verfahren aber zielt wesentlich auf eine möglichst  
breite Einigung, damit das Gemeinwesen gut getragen wird. Wenn sich die Bevölkerung  
einer Kolonie vom Mutterland lossagte und eine Verfassung gab, um sich als Gemeinwesen  
zu konstituieren, so lag in diesem Prozess – trotz restriktiver Zulassung zu den Konventen –  
mehr als ein bloss symbolischer Konsens mitbestimmender Bürger. Der Akt der Verfas-  
sungsstiftung machte die Idee der Volkssouveränität greifbar. Die zweite zentrale Leistung  
der modernen Verfassung ist damit, das konsensuale Modell der Herrschaftslegitimierung  
in einer Form realisiert zu haben, die sich als realer und nicht bloss symbolischer Konsens  
begreifen liess. Staaten mit ausgeprägtem Verfassungspathos wie die USA und Deutschland  
zelebrieren im Verfassungsbegriff das als konsensual vorgestellte Bündnis der im Demos  
verbundenen Einzelnen mit der öffentlichen Gewalt. Die Karriere des Begriffs »Verfas-  
sungspatriotismus« in Deutschland zeugt von einer erfolgreichen Verankerung dieser Er-  
zählung.<sup>77</sup>

### 3. Ausrichtung auf die Gewährleistung individueller Freiheit

Die dritte historische Leistung der Verfassung ist ihr wichtiger Beitrag an die verlässliche 24  
institutionelle Absicherung individueller Freiheit. Ein Blick auf die Situation in der begin-  
nenden Frühen Neuzeit ist auch hier hilfreich. Den frühneuzeitlichen Wohlfahrtsstaat  
kennzeichnete ein, wie man heute formulieren würde, paternalistisch anmutendes Bemü-  
hen, das Leben der Untertanen im Sinne der »Beförderung der gemeinschaftlichen Glück-  
seligkeit«<sup>78</sup> regulierend zu gestalten.<sup>79</sup> Dem Eingreifen in viele Lebensbereiche lag die Vor-  
stellung zugrunde, dass die Erde ein Ort der Verwirklichung göttlicher Ordnung und  
Gerechtigkeit sei; der Einzelne wurde nicht als Selbstzweck, sondern ausschliesslich als Teil  
eines grösseren Ganzen verstanden. Der Aufstieg des Liberalismus im frühkapitalistischen  
England des 17. Jahrhunderts, die bedrohliche Machtkonzentration beim absolutistischen  
Staat und die allmähliche Säkularisierung des politischen Denkens hatten zur Folge, dass  
man die Frage nach dem »Gemeinwohl« anders zu stellen begann. John Locke fragte früh  
und scharf, wie weit eine Abtretung der ursprünglichen Freiheit an den Staat überhaupt er-  
forderlich sei. Die Idee, dass die sich aus der Freiheit der Einzelnen ergebende Selbststeuer-  
ung der Gesellschaft aus Motivations- und Effizienzgründen dem Gemeinwohl besser die-  
nen könnte als Fremdsteuerung des Einzelnen durch das Gemeinwesen, gewann immer  
mehr an Boden. Adam Smith wurde mit der Ausformulierung dieser Idee für das Ökono-  
mische zur bedeutenden Figur. Man begann, das Politische nicht mehr als Streben nach

<sup>77</sup> Dazu Sternberger (Anm. 17).

<sup>78</sup> Kleiner politischer Katechismus für die erste Jugend der Schule Zürich, Zürich 1787, S. 4.

<sup>79</sup> Zum frühneuzeitlichen Staatszweck der Glückseligkeit als »Säkularisat des jenseitigen Heilsverspre-  
chens« Lars Behrlich, Die Berechnung der Glückseligkeit: Statistik und Politik in Deutschland und  
Frankreich im späten Ancien Régime, Ostfildern 2016, S. 21.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

der göttlichen Ordnung, sondern von unveräusserlichen Freiheitsrechten des Einzelnen her zu denken, deren Absicherung in der Amerikanischen Unabhängigkeitserklärung zum Hauptzweck des Politischen erklärt wurde.<sup>80</sup>

- 25 Die moderne Verfassung war das historisch hocheffiziente Instrument zur Verwirklichung dieser Konzeptionen von Freiheit und Gemeinwohl. Sie begrenzte die Staatsgewalt mittels Freiheitsrechten, schuf so Distanz zwischen dem Staat und dem Einzelnen, und die gewaltenteilige Gliederung der Staatsgewalt diente der Binnenhemmung der öffentlichen Gewalt und stand so ebenfalls im Dienst der Sicherung von Freiheit im Sinne der Nichteinmischung des Staates. Bis im 19. Jahrhundert war dieses originär-liberale Verständnis von Freiheit und Gemeinwohl vorherrschend.<sup>81</sup> Als in der Folge aber immer deutlicher wurde, dass Selbststeuerung der Gesellschaft partiell zu »Systemversagen« führt, insbesondere weil ausbeuterische Unternehmen und Kartelle die Freiheiten missbrauchten, warf dies die Frage nach der Notwendigkeit staatlicher Steuerung der Gesellschaft und entsprechenden Veränderungen des Freiheits- und Verfassungsverständnisses neu auf. Weil der frühere Verfassungsbegriff mit dauerhafter Zementierung liberaler Politik identifiziert wurde, die man als ihren sozialen Folgen gegenüber zu indifferent wahrnahm,<sup>82</sup> bedeutete die Krise des Liberalismus im 19. und frühen 20. Jahrhundert auch grosse Herausforderungen für die Verfassung und das konstitutionalistische Denken. Es gelang jedoch, die Anliegen des Konstitutionalismus mit denjenigen des Sozialstaats zu verbinden, ohne die Kernanliegen des Konstitutionalismus – Gewaltenteilung, Demokratie und Grundrechte – grundsätzlich in Frage zu stellen. So war die Bundesverfassung von 1848 mit ihrer weiten Zweckumschreibung – welche auch die »Beförderung« der »gemeinsamen Wohlfahrt« nannte – bereits genügend offen, um Anliegen sozialer Gerechtigkeit zu integrieren. Die Erfolgsgeschichte der modernen Verfassung ist auch die Geschichte ihrer Anpassung an sich wandelnde Freiheits- und Gerechtigkeitsverständnisse. All diese Leistungen der modernen Verfassung zusammen gilt es vor Augen zu haben, wenn nach den Gründen für die überragende Rolle der Verfassung in der heutigen politischen Realität und im politischen Denken im Allgemeinen gefragt wird.

### IV. Herausforderungen für den Konstitutionalismus

#### 1. Gesellschaftliche Machtakkumulationen

- 26 Die Geschichte der modernen Verfassung ist auch die Geschichte ihrer Herausforderung durch neue Verfassungsfragen. Wann immer bei der Einlösung der Grundversprechen – die öffentliche Gewalt gewaltenteilig zu konstituieren, sie an den Demos rückzukoppeln

---

80 Zur Thematik auch: *Jörg Paul Müller*, Die demokratische Verfassung. Von der Selbstbestimmung der Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens, 2. Aufl., Zürich 2009, S. 37.

81 Vgl. *Johannes Reich*, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2011, N. 162 ff.

82 *Schmid* (Anm. 27), S. 46 ff.

## I. Teil Grundlagen

und Freiheit zu ermöglichen – Einbussen festgestellt werden, tauchen solche neuen Fragen auf. Von der sozialstaatlichen Herausforderung des Konstitutionalismus war bereits kurz die Rede (N. 25). Ein weiteres, damit bis zu einem gewissen Grad zusammenhängendes Kardinalthema jeder liberal-demokratischen Verfassung und der Wissenschaft vom Verfassungsrecht waren immer schon – und sind bis heute – Machtakkumulationen in der gesellschaftlichen Sphäre. Sie haben bedeutende Implikationen für das Demokratie- und das Freiheitsversprechen der modernen Verfassung. Aus grundsätzlicher Sicht verdient zunächst Hervorhebung, dass der demokratische Verfassungsstaat – von seiner Grundarchitektur her – zwei »Sphären« unterscheidet: die staatliche Sphäre, die gewaltenteilig strukturiert ist, und die gesellschaftliche, in der die Bürger formal gleiche Freiheiten einschliesslich gleicher Zugriffsrechte auf die Politik besitzen. Diese gleiche Zugriffsmöglichkeit auf die Politik (die diskriminierende Zulassung zu politischen Rechten sei hier vernachlässigt) ist Teil des Fundaments der modernen Verfassung. Gleiche politische Rechte bedeuten, so die Grundidee, dass der Staat allen gehören und nicht von einzelnen Gruppierungen oder Persönlichkeiten usurpiert werden soll. Er soll Äquidistanz zu den Bürgern halten und diese gleiche Distanz auch absichern, denn die Rückkoppelung der Politik an den Demos lebt davon, dass der Eindruck ungleichen Zugriffs auf politische Macht nicht überhand nimmt. Seit den Anfängen der modernen Verfassung in Nordamerika wirft solch ungleicher Zugriff aber schwierige Fragen auf. In den Vereinigten Staaten schoben sich gleich nach ihrer Gründung im späten 18. Jahrhundert intermediäre Akteure in Form politischer Parteien zwischen Bürger und Staat.<sup>83</sup> Dies ist aus heutiger Perspektive blosse Selbstverständlichkeit, interessant ist aber, dass die Verfassung die Entstehung der modernen Parteiendemokratie *nicht* antizipiert hatte. So wurde gemäss der Unionsverfassung von 1787 derjenige Kandidat mit den zweitmeisten Stimmen Vizepräsident, möglicherweise also der ärgste Rivale des Präsidenten. 1796 traf dieser Fall auch prompt ein. Der Demokraten-Republikaner Thomas Jefferson wurde unter Präsident John Adams Vizepräsident. Adams war Föderalist und vertrat in vielen Fragen genau die gegenteilige Position seines Stellvertreters. Ein Tod im Amt hätte nicht nur einen Präsidenten-, sondern auch einen fundamentalen Politikwechsel bedeutet. Im vorliegenden Zusammenhang ist von Interesse, dass man sich die Wahl als reinen Personenwettbewerb und nicht als Mischung von Personen- und Richtungswettbewerb zwischen gesellschaftlichen Grosskräften vorgestellt hatte. Die Verfassung wurde mit dem 1804 in Kraft getretenen XII. Amendment der Realität der Parteiendemokratie angepasst, Präsident und Vizepräsident wurden fortan mittels Doppelstimme, auf einem »Ticket«, gewählt. Die ursprüngliche Parteienblindheit aus Unwissen der im Übrigen oft sehr weitsichtigen amerikanischen Verfassung ist heute eine historische Anekdote, die überse-

---

83 Zu James Madisons Skepsis gegenüber Parteien (»factions«) als Gefahr für das Gemeinwohl: *James Madison*, The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection, (The Federalist No. 10, 1788), in: Hamilton/Madison/Jay (Anm. 73), S. 41 ff. Zu Rousseaus Ablehnung von »Sondergemeinschaften« als Bedrohung des Gemeinwillens: *Jean-Jacques Rousseau*, Du contrat social ou principes du droit politique, Œuvres complètes sous la direction de Raymond Trousson et Frédéric S. Eigeldinger IV, Vol. 5, Ecrits politiques et économiques, Genf 2012, S. 493 ff.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

hene Realität mächtiger Zusammenschlüsse aber ist ein Kardinalthema geblieben. Allgemein lässt sich das Problem so formulieren, dass politische Parteien die Substanz des formal gleichen Politikzugriffs der Bürger immer verändern. Diese Veränderung kann aber weiter oder weniger weit gehen, weshalb die Verfassung die Rolle der Parteien im politischen Prozess zumindest im Auge behalten muss. Sobald der Eindruck überwiegt, dass Parteien den gleichen Politikzugriff der Bürger unterlaufen und aushöhlen, entsteht Druck, ihre Rolle zu »konstitutionalisieren«. In vielen heutigen Demokratien ist dies ein reales Problem. Der ambivalent bis negativ konnotierte Begriff der Parteiendemokratie ist Ausdruck davon. Verfassungen haben die Rolle von Parteien deshalb teilweise explizit zu umschreiben oder zu normieren versucht. Das deutsche Grundgesetz sieht in Art. 21 vor, dass politische Parteien demokratisch organisiert und finanziell transparent sein müssen.<sup>84</sup> Das Grundgesetz wollte vor dem Hintergrund der historischen Erfahrung den Parteien gegenüber wachsam sein. In einigen Ländern gibt es auch Bemühungen, sie durch Gesetze bis zu einem gewissen Grad zu steuern, was aber wegen ihres Schutzes durch die Grundrechte der Versammlungs- und die Meinungsfreiheit nur beschränkt möglich ist. In der Schweiz ist die Rolle der Parteien wegen den direktdemokratischen Institutionen etwas weniger dominant als in anderen Staaten. Auch hier bestimmen sie aber über die Realität des formal gleichen Politikzugriffs der Bürger mit. Erwähnt sei noch einmal die Abmilderung und bis zu einem gewissen Grad gar Ausschaltung des Wettbewerbs um die höchsten politischen Ämter durch das Arrangement der vier grössten Parteien, den Bundesrat gemäss einer – variabler gewordenen – »Zauberformel« zu besetzen. Auch bei der Besetzung von Richterstellen spielt die »richtige« Parteizugehörigkeit oft eine entscheidende Rolle. Trotz vernünftiger Gründe für diese Praxis verdient aus der hier interessierenden Perspektive die Transformation des gleichen Politikzugriffs Hervorhebung. Die Bundesverfassung erwähnt die Parteien zwar in Art. 137 BV, die Norm spiegelt aber nicht ansatzweise ihre tatsächliche Rolle im politischen Prozess, und die weitgehende Intransparenz bei der Parteienfinanzierung ist problematisch.

- 27 Auch wirtschaftliche Machtakkumulationen sind grundsätzlich ein Verfassungsthema. Im Globalisierungszeitalter verdient in diesem Zusammenhang insbesondere die Möglichkeit transnationaler Konzerne Erwähnung, mit Standortverlagerungen zu drohen und sich so Einfluss auf den politischen Entscheidungsprozess zu sichern. Ökonomischen Akteuren wächst in einer solchen Konstellation politische Gestaltungsmacht zu, und die sogenannte »Standortpolitik« der Staaten, die auf dieses Problem reagiert, ist im Kern antizipierende Verwirklichung von Unternehmensforderungen, die den gleichen Politikzugriff der Bürger gefährden kann. Die kollektive Wahrnehmung von Interessen, die sich zwischen den Staat und das Individuum schieben, ist ein ambivalentes Phänomen. Sie kann ein Problem dar-

---

84 Vgl. *Winfried Kluth*, Art. 21 GG in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2. Aufl., München 2013, S. 674 ff., N. 1. Art. 21 GG wurde am 13.7.2017 als Reaktion auf ein im gleichen Jahr ergangenes Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot der Partei NPD (BVerfG, Urteil vom 17.1.2017–2 BvB 1/13) revidiert (BGBl. I S. 2346, in Kraft getreten am 20.7.2017).



## I. Teil Grundlagen

stellen, zugleich trägt die Bündelung von Interessen auch dazu bei, das Gesamtsystem zu stabilisieren. Demokratische Entscheidungsfindung ist – ausser in sehr kleinen Gemeinwesen – ohne Interessensbündelung durch Parteien, Verbände und *Public Interest Groups* kaum möglich. Sie generiert eigenes Wissen und stellt auch ein Gegengewicht zum Staat dar.<sup>85</sup> Eine vielfältige und starke Organisation der Zivilgesellschaft ist bis zu einem gewissen Grad Voraussetzung einer konstitutionalistischen politischen Kultur.<sup>86</sup> Für die Schweiz ist die Institution des Vernehmlassungsverfahrens zu nennen. Es bindet eine Vielzahl gesellschaftlicher Kräfte in staatliche Entscheidungsprozesse ein und wird bis zu einem gewissen Grad gar als politische Identität stiftend erlebt. In der Verfassung ist die Vernehmlassung in Art. 147 BV allerdings nur rudimentär geregelt. Die im Vergleich mit anderen Ländern glückliche Geschichte als verfassungsstaatliche Demokratie hat dazu geführt, dass gesellschaftlichen Machtballungen in der Schweiz mit ihren ausgeprägten Zugriffsmöglichkeiten auf die Politik mit geringerer Skepsis begegnet wird als andernorts.

### 2. Zwischen- und überstaatliche öffentliche Gewalt

Herausgefordert wird das konstitutionalistische Projekt heute auch durch die Rolle inter- und supranationaler politischer Strukturen. Die Herausbildung solcher Strukturen, die partielle Entstaatlichung öffentlicher Gewalt, zählt zu den prägenden Phänomenen unserer Epoche. Institutionen wie die Vereinten Nationen, die Welthandelsorganisation, in Europa die Europäische Union und auch der Europarat, aber auch überwiegend informell agierende Akteure wie die G7, die G20 oder die OECD – um nur einige der wichtigsten zu nennen – entscheiden heute rechtlich oder faktisch eine Vielzahl bedeutender politischer Fragen. Wenn der Sicherheitsrat Antiterrormassnahmen beschliesst oder WTO-Panels Rahmenbedingungen für staatliche Subventionen festlegen, so begrenzt dies die Spielräume der staatlichen öffentlichen Gewalt, und es stellt sich die Frage, wie sich das konstitutionalistische Projekt zu dieser Realität verhalten soll. Das Staatliche transzendierende Strukturen sind grundsätzlich eine Antwort auf die beschränkte Problemlösungsfähigkeit des einzelnen Staates in einer hochvernetzten und technologisch komplexen Welt. Die einzelne Staatsverfassung kann die öffentliche Gewalt in einer solchen Grundkonstellation *a priori* nicht mehr umfassend konstituieren, wird *de facto* zur Konstitution mit beschränkter Reichweite. Wie muss der Konstitutionalismus angepasst, weitergedacht, umgedacht werden? Es stellen sich etwa Fragen einer »internationalen Gewaltenteilung«, horizontal zwischen den internationalen und vertikal zwischen den internationalen und den staatlichen Strukturen. Dass die im Territorialstaat entwickelten Lösungen nicht eins-zu-eins auf die internationale Ebene übertragen werden können, versteht sich, aber welche Möglichkeiten und Spielräume bestehen hier? Auch die Frage konsensualer Rückkoppelung der öffentlichen Gewalt an den

85 Vgl. Hans Peter Matter, *Die pluralistische Staatstheorie oder Der Konsens zur Uneinigkeit*, Bern 2012, S. 67 ff.

86 Jean Cohen/Andrew Arato, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge M. A. 1992, S. 604.

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

Demos oder mehrere Demoi stellt sich anders als früher.<sup>87</sup> Wie weit kann oder muss internationale öffentliche Gewalt an die herkömmlichen Staatsvölker rückgekoppelt werden, wie weit können eine nur schwach integrierte internationale Gemeinschaft oder regionale politische Gemeinschaften wie die EU Bezugsgrößen sein? Pluralistische Konzeptionen des Volkes, welche multiplen Identitäten der Einzelnen in mehrschichtigen Gemeinwesen Rechnung tragen, sind offen für die Thematik und pragmatische Ansätze.<sup>88</sup> Die Legitimationsfrage ist äusserst anspruchsvoll, denn die Erwartungen an die demokratische Legitimation öffentlicher Gewalt sind hoch, ihre Einlösung ist mit der Entstaatlichung öffentlicher Gewalt aber schwieriger geworden.<sup>89</sup> Angesichts der Tatsache, dass heute mehr als 250 inter- und supranationale Organisationen existieren, die in der einen oder anderen Form Politik mitformulieren und -steuern, ist der Miteinbezug der neuen Realität in das konstitutionalistische Projekt unausweichlich.

- 29 Staats- und Völkerrechtswissenschaften haben mit einer Reihe von Vorschlägen auf die neue Grundkonstellation reagiert.<sup>90</sup> Ein paar Stichworte müssen an dieser Stelle genügen. Ein Vorschlag geht etwa dahin, die internationale Gemeinschaft als rechtlich »verfasste« und die UNO-Charta als Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft zu begreifen.<sup>91</sup> Er streicht, unter anderem, die kardinale Rolle der Charta für die internationale Stabilität heraus. Postuliert wird auch, die Verwendung der Verfassungsbegrifflichkeit stärker auf den Schutz des Einzelnen auszurichten.<sup>92</sup> Wirksamer Schutz sei vor allem durch ein Zusammenspiel verschiedener Politikebenen möglich. Ein weiterer Vorschlag ist, das konstitutionalistische Projekt als »offenen Prozess« zu begreifen, der auch Verfassungs- und Governance-

---

87 Dazu etwa, u.a. das Auseinanderklaffen von Betroffenheit von Politikentscheidungen und Entscheidungszuständigkeit thematisierend *Nico Krisch*, *The Pluralism of Global Administrative Law*, EJIL 2006, S. 247 ff.

88 Siehe z.B. *Nico Krisch*, *Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order*, *International Journal of Constitutional Law* 2016, S. 657 ff., 679 ff.

89 Zur Problematik der Demokratieverluste etwa: *Oliver Diggelmann*, *Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik. Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz*, Bern 2005, S. 94 ff.

90 Statt vieler: *Mattias Kumm*, *Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-positivist Law*, *International Journal of Constitutional Law* 2016, S. 697 ff.; *Neil Walker*, *Postnational Constitutionalism and the Challenge of Contested Multilateralism*, *Global Constitutionalism* 2016, S. 308 ff.; *Turkuler Isiksel*, *Europe's Functional Constitutionalism*, Oxford 2016. Für eine Analyse und Kategorisierung der Versuche, die konstitutionalistische Terminologie auf die internationale Sphäre anzuwenden: *Oliver Diggelmann/Tilmann Altwicker*, *Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism*, *ZaöRV* 2008, S. 623 ff., 633 ff.

91 *Bardo Fassbender*, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, S. 529 ff.; *ders.*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden/Boston 2009.

92 *Anne Peters*, *Global Constitutionalism in a Nutshell*, in: Klaus Dicke (Hrsg.), *Weltinnenrecht, Liber Amicorum Jost Dellbrück*, Berlin 2005, S. 535 ff., 539.

## I. Teil Grundlagen

strukturen jenseits des Staates erfasse.<sup>93</sup> Auch hier wird das so zentrale Zusammenspiel staatlicher und nichtstaatlicher Politikformulierung und -steuerung, die Interaktion der Ebenen, in den Mittelpunkt gerückt. Dies dürfte die zentrale Frage der Zukunft überhaupt sein: Ebenenkoordination in einer Weise zu erreichen, die mit dem Anspruch demokratischer Selbststeuerung noch vereinbar ist. Da alle Vorschläge sich immer nur eines Teils der konstitutionalistischen Themen annehmen, ist auch schon von »kompensierendem« und »fragmentarischem« Konstitutionalismus gesprochen worden.<sup>94</sup> An der Beschränkung auf Teilthemen ist an sich nichts auszusetzen, solange ein Bewusstsein für die Differenzen zur modernen Verfassung als Grundtypus vorhanden bleibt. Der Konstitutionalismus muss sich den Fragen seiner Anpassung stellen, wenn er ein Projekt der Zukunft bleiben will.

### 3. Künftige Generationen

Kurze Erwähnung als an Bedeutung gewinnendes konstitutionalistisches Thema verdienen 30 zum Schluss die künftigen Generationen. Zunehmend wird uns bewusst, dass lebende und politisch handlungsfähige Generationen Entscheidungen treffen, die sich für künftige Generationen als nicht mehr reversibel erweisen. Über die heutige demokratische Selbstbestimmung wird die Selbstbestimmung künftiger Generationen beschränkt. Insbesondere der Umgang mit Umweltressourcen, der Entscheid für das Beibehalten einer Ressourcen aufzehrenden oder gar vernichtenden Lebensweise, ist hier zu nennen. Er stellt angesichts des Klimawandels gar eine Bedrohung künftiger Generationen dar. Auf einer grundsätzlichen Ebene weist dieses Problem als Verfassungsthema mit der Internationalisierungsproblematik insofern Berührungspunkte auf, als es auch hier um ein Auseinanderklaffen von Entscheidern und Betroffenen geht. Die Thematik tangiert die Legitimations- und die Freiheitsfrage unmittelbar und stellt eine fundamentale Herausforderung für das konstitutionalistische Projekt dar.

Neue Verfassungen nehmen sich der Generationenthematik zunehmend an. Die schweizerische Bundesverfassung von 1999 betont in der Präambel die »Verantwortung gegenüber 31 den künftigen Generationen« explizit, und an zahlreichen weiteren Stellen ist das Nachhaltigkeitsprinzip verankert. Die Thematik wird allmählich »konstitutionalisiert«. Auch die Verfassung des Kantons Zürich von 2005 erwähnt die Thematik und verpflichtet Kanton und Gemeinden in Art. 6, »in Verantwortung für die kommenden Generationen« für eine ökologisch, wirtschaftlich und sozial nachhaltige Entwicklung zu sorgen.<sup>95</sup> Ein anderes Beispiel ist die Verfassung des Königreichs Schweden von 1997, die in § 2 eine Verpflichtung

93 Thomas Cottier/Maya Hertig, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, Max Planck United Nations Yearbook 2003, S. 261 ff., insb. 264, 283.

94 Siehe Anne Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, *Leiden Journal of International Law* 2006, S. 579 ff.; *dies.*, *Constitutional Fragments: On the Interaction of Constitutionalization and Fragmentation in International Law*, CGC Working Paper No. 22015, S. 1 ff.

95 Siehe auch die Verfassung des Kantons Genfs von 2012, die in der Präambel auf das Wohl der aktuel-

## I.1 Verfassung (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler)

auf eine für heutige und zukünftige Generationen »gute Umwelt« kennt. Die grundsätzliche und schwierige Frage lautet, ob beziehungsweise wie weit Generationengerechtigkeit institutionell und prozedural abgesichert werden kann und soll.<sup>96</sup> Klar ist: Wenn zwischen der Verfassung und gewandelten Wertvorstellungen eine Grundspannung entsteht, wie hier, wenn der Verfassung eine Realität gegenübersteht, die als ungerecht und falsch erlebt wird, so zehrt dies an der Überzeugungskraft der Verfassung und verlangt nach einer Anpassung. Die Verfassungsthematik ist und bleibt mit der Frage nach der richtigen und gerechten Ordnung verbunden.

---

len und zukünftigen Generationen Bezug nimmt und in Art. 13 die individuelle Verantwortung jeder Person auf die künftigen Generationen erstreckt.

96 Vgl. für Deutschland *Wolfgang Kahl*, Nachhaltigkeitsverfassung: Reformüberlegungen, Tübingen 2018.