

KONSTANTIN CHATZIATHANASIOU

# Verfassungsstabilität

*Studien und Beiträge  
zum Öffentlichen Recht*

---

**Mohr Siebeck**

Studien und Beiträge  
zum Öffentlichen Recht

Band 39





Konstantin Chatziathanasiou

# Verfassungsstabilität

Eine von Artikel 146 Grundgesetz ausgehende  
juristische und (experimental-)ökonomische  
Untersuchung

Mohr Siebeck

*Konstantin Chatziathanasiou*, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg, London (King's College), Bonn; Rechtsreferendariat in Bonn, Köln, Berlin (BMWi); 2014–2017 Graduiertenschule IMPRS „Uncertainty“, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern; 2016 Michigan Grotius Research Scholar, University of Michigan Law School; 2018 Promotion, Universität Bonn; 2018 Trainee, Europäische Zentralbank; seit WS 2018/2019 wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Niels Petersen, Universität Münster. [orcid.org/0000-0002-3609-2096](https://orcid.org/0000-0002-3609-2096)

ISBN 978-3-16-156504-5 / eISBN 978-3-16-156505-2

DOI 10.1628/978-3-16-156505-2

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Diese Arbeit ist zwischen September 2014 und November 2017 am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern und während eines Aufenthaltes an der University of Michigan Law School entstanden. Sie lag der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn als Dissertation vor; die Verteidigung fand im Mai 2018 statt. Ich hatte das große Glück, auf dem Weg dorthin von vielen Seiten unterstützt zu werden.

An erster Stelle ist mein Doktorvater Prof. Dr. Dr. h. c. Christoph Engel zu nennen. Am von ihm aufgebauten Max-Planck-Institut forschen Juristen, Ökonomen und Psychologen gemeinsam – er selbst ist „die Verkörperung von Interdisziplinarität“ (*Dieter Grimm*). Die langjährige Förderung an seinem Institut hat diese Arbeit möglich gemacht; ihre Entstehung hat er mit freundlicher Kritik und unerschütterlichem Zutrauen begleitet. Für all das danke ich ihm sehr herzlich.

Ein besonderer Dank gilt auch Prof. Dr. Christian Hillgruber. Er stand meiner Arbeit schon früh aufgeschlossen gegenüber und hat sehr schnell ein engagiertes Zweitgutachten erstellt. Die darin enthaltenen Anregungen habe ich gerne aufgenommen. Danken möchte ich auch Prof. Dr. Dr. Tade Matthias Spranger, der den Vorsitz der Prüfungskommission freundlich und interessiert geführt hat.

In unterschiedlichen Stadien meines Vorhabens habe ich vom Austausch mit gestandenen Wissenschaftlern stark profitiert. Dafür, dass sie sich für mich Zeit genommen haben, danke ich Prof. Jenna Bednar, Prof. Daniel Halberstam, Prof. Dr. Oliver Kirchkamp, Prof. Dr. Oliver Lepsius, Prof. Dr. Christoph Möllers, Prof. Dr. Niels Petersen, Prof. J. J. Prescott, Prof. Dr. Dr. h. c. Karl-Peter Sommermann, Prof. Dr. Emanuel Towfigh, Prof. George Tsebelis, Prof. Dr. Stefan Voigt und Prof. Dr. Uwe Volkmann.

Für die sehr freundliche Aufnahme in Ann Arbor und die Möglichkeit, als Teil der dortigen Gemeinschaft forschen zu dürfen, möchte ich mich bei der University of Michigan Law School und insbesondere bei Prof. Daniel Halberstam und Prof. Dr. Mathias Reimann bedanken. Die Bedingungen dort waren ideal, um darüber nachzudenken, wie ich die Fäden dieser Arbeit zusammenführe.

Die Arbeit ist im Rahmen der Graduiertenschule IMPRS „Uncertainty“ samt des Auslandsaufenthaltes finanziert und noch dazu durch Sommerschulen und Workshops gefördert worden; für all das bin ich sehr dankbar. Hervorheben

möchte ich an dieser Stelle den großen Einsatz der Koordinatorin Dr. Susanne Büchner.

Am Max-Planck-Institut war es leicht, sich auf das Wesentliche zu konzentrieren. Für dieses Privileg danke ich der Leiterin der Verwaltung Heidi Morgenstern, der Leiterin der Bibliothek Regina Goldschmitt sowie ihren Teams.

Die Konrad-Redeker-Stiftung und die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung haben den Druck der Arbeit jeweils mit einem großzügigen Zuschuss gefördert. Für diese Unterstützung möchte ich mich herzlich bedanken. Die Stiftung für die Rechte zukünftiger Generationen hat Ideen aus dieser Arbeit mit einem Preis bedacht, wofür ich mich ebenfalls bedanken möchte. Der Studienstiftung des deutschen Volkes danke ich für die sehr wertvolle Förderung während des Studium und der Promotion, durch die so mancher Stein ins Rollen gebracht wurde.

Weiter möchte ich die Freunde nennen, die mich während der Entstehung der Arbeit unterstützt haben: Die Ökonomen Svenja Hippel und Michael Kurschilgen haben sich auf das Abenteuer eines rechtlich-inspirierten Experiments eingelassen; Leonard Hoefl, Pascal Langenbach und Stefan Schmitz haben die Arbeit gegengelesen und mir geholfen, Argumente zu schärfen; mit Stefanie Egidy, Constantin Hartmann, Yoan Hermstrüwer und Julia Schubert habe ich viele hilfreiche Gespräche geführt – ihnen allen sei herzlich gedankt!

Für ihre liebevolle Unterstützung danke ich schließlich denjenigen, denen ich nicht genug danken kann: meinen Eltern Anna und Mathaios Chatziathanasiou, meiner Schwester Elena Chatziathanasiou – und natürlich Julia.

Chios, im August 2018

*Konstantin Chatziathanasiou*

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XI
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<i>I. Untersuchungsgegenstand .....</i>	<i>1</i>
<i>II. Methodik .....</i>	<i>3</i>
<i>III. Gang der Untersuchung .....</i>	<i>4</i>
<b>B. Art. 146 GG und die Herausforderung der Verfassungsstabilität .....</b>	<b>6</b>
<i>I. Ausgangspunkt: Art. 146 GG .....</i>	<i>6</i>
<i>II. Zielkonflikt: Rigidität versus Flexibilität .....</i>	<i>9</i>
1. Normative und faktische Dimension .....	12
a) Burke versus Paine .....	13
b) Jefferson versus Madison .....	16
c) Zwischenergebnis .....	18
2. Wissensdefizite .....	18
a) Unkenntnis zukünftiger Präferenzen .....	19
b) Unkenntnis zukünftiger Herausforderungen .....	20
c) Unkenntnis der Bewährung von Institutionen .....	20
d) Zwischenergebnis .....	21
3. Bewältigung im Recht .....	22
a) Materielle Voraussetzungen .....	23
b) Änderung des Verfassungstextes .....	24
c) Änderung durch Interpretation .....	26
d) Aktualisierung und Bestätigung durch demokratische Prozesse .....	27
e) Zwischenergebnis .....	28
<i>III. Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG .....</i>	<i>29</i>
1. Allgemeines .....	29
2. Funktion .....	30
3. Risiken .....	33
<i>IV. Historischer Hintergrund .....</i>	<i>35</i>
1. Grundgesetz als Provisorium .....	35



2. Artikelstreit: Art. 23 GG aF versus Art. 146 GG aF	36
3. Nachgelagerte gesamtdeutsche Verfassung?	39
4. Gemeinsame Verfassungskommission	40
5. Zwischenergebnis	42
V. <i>Rechtliche Einordnung von Art. 146 GG</i>	42
1. Verfassungswidrigkeit	43
2. Erschöpfungsthese	43
3. Brückenthese	46
4. These von der verfassungsablösenden Gewalt	49
5. Stellungnahme und Zwischenergebnis	51
C. Verallgemeinerung der Problemstellung: von Art. 146 GG zur außerrechtlichen Bedingtheit der Verfassung	56
I. <i>Risiken freiheitlicher Ordnung: Beispiel Meinungsfreiheit</i>	56
II. <i>Stabilisierende Wirkungen von Art. 146 GG?</i>	58
1. Wiedervereinigung	58
a) Enttabuisierung der Verfassungsablösung	58
b) Ermöglichung eines Kompromisses	59
c) Vermeidung von Reaktanz	60
2. Lissabon-Urteil	60
a) Teilhaberecht aus Art. 38 Abs. 1 iVm Art. 146 GG	60
b) Reaktionen auf das Urteil	62
c) Das Urteil als strategische Handlung	64
III. <i>Außerrechtliche Bedingtheit und Selbststand der Verfassung</i>	65
1. Böckenförde-Diktum	66
a) Kontext des Diktums	67
b) Rezeption und Kritik	68
c) Bedeutung für meine Untersuchung	69
2. Bedeutung tatsächlicher Akzeptanz	70
IV. <i>Zwischenergebnis</i>	73
D. <i>Ökonomische Theorie der Verfassungsstabilität</i>	74
I. <i>Das ökonomische Paradigma der rationalen Wahl</i>	75
II. <i>Ökonomische Perspektiven auf die Verfassung</i>	80
1. Normative Strömungen	81
2. Positive Strömungen	81
a) Verfassung als explanans	82
b) Verfassung als explanandum	82
3. Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung	83

<i>III. Verfassung aus Sicht der positiven politischen Theorie</i> .....	84
1. Spieltheorie .....	85
2. Gefangenendilemma und öffentliche Güter .....	86
3. Koordination und Fokalphunkte .....	89
a) Pure Koordination und Koordination mit Konflikt .....	89
b) Fokalphunkte .....	90
4. Verfassung als Lösung eines Koordinationsproblems .....	92
a) Verfassung als übergeordnete Norm .....	93
b) Unterschiedliche Präferenzen über Ausgestaltung .....	94
c) Keine externe Durchsetzung .....	96
d) Selbst-vollziehender Mechanismus .....	98
5. Zum Verhältnis von Koordination und Kooperation .....	101
6. Experimentelle Evidenz: Crawford/Gneezy/Rottenstreich .....	102
7. Machtverschiebungen: Jack Knight .....	103
8. Zwischenergebnis .....	104
<i>IV. Verfassungsstabilität in Deutschland</i> .....	104
1. Weimarer Reichsverfassung .....	105
2. Grundgesetz .....	107
3. Wiedervereinigung und Art. 146 GG .....	114
4. Ungleichheit als Risiko .....	118
5. Zwischenergebnis .....	120
E. Rechtsvergleichende quantitative Zugänge .....	122
<i>I. Überblick</i> .....	122
<i>II. Studien zu Rigidität und Flexibilität</i> .....	125
<i>III. Die Lebensdauer von Verfassungen: Elkins/Ginsburg/Melton</i> .....	128
<i>IV. Allgemeine Grenzen</i> .....	131
1. Kontingenz und Abstraktion .....	131
2. Messproblem und Stichprobenbildung .....	133
3. Methodisches Identifikationsproblem .....	133
<i>V. Zwischenergebnis</i> .....	135
F. Experimentelle Zugänge .....	136
<i>I. Methodik</i> .....	136
1. Überblick .....	137
2. Kontrolle und Randomisierung .....	138
3. Interne und externe Validität .....	139
<i>II. Experiment und Verfassung</i> .....	141
<i>III. Potential der Rezeption experimenteller Befunde</i> .....	143

1. Reaktanz .....	143
2. Status quo-Bias .....	145
3. Demokratie-Effekt .....	147
4. Vertrauen .....	148
IV. Zwischenergebnis .....	150
G. Experiment: Akzeptanzbedingungen sozialer Ordnung .....	151
I. Forschungsfrage und Herausforderungen aus Sicht des Rechts .....	152
II. Versuchsaufbau .....	153
1. Baseline: Schaffung einer befolgbaren Ordnung im Labor .....	153
2. Change .....	157
3. Transfer .....	158
4. CT-Treatment .....	158
III. Hypothesen .....	159
1. Baseline .....	159
2. Change .....	160
3. Transfer .....	161
4. CT-Treatment .....	162
IV. Resultate .....	162
1. Akzeptanz im Baseline .....	163
2. Treatment-Effekte .....	164
V. Relevanz der Resultate .....	168
1. Relevanz für die verhaltensökonomische Forschung .....	168
2. Relevanz für die Verfassungstheorie .....	170
a) Flexibilisierung versus Transfer? .....	170
b) Weitere Treatments? .....	170
c) Limitierter Aktionsraum und Veränderung der Koordinationshilfe? ..	171
d) Bezug zur Eingangsthese der Stabilisierung durch Verwundbarmachung .....	171
3. Relevanz für Art. 146 GG .....	172
a) Art. 146 GG zwischen „Bürger-“ und „Juristenverfassung“ .....	172
b) Art. 146 GG als Hinweis auf die Fragilität der Ordnung .....	172
c) Bevor der Vorhang fällt .....	173
H. Ergebnisse .....	175
I. Appendix .....	178
Literaturverzeichnis .....	181
Sach- und Personenregister .....	203

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Abs.	Absatz
aF	alte Fassung
Akt.	Aktualisierungslieferung
Art.	Artikel
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BoS	Battle of the Sexes
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCP	Comparative Constitutions Project
CDU	Christlich Demokratische Union
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d. h.	das heißt
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Ed.	Edition
Erg.	Ergänzungslieferung
et al.	und andere
EuR	Europarecht
f., ff.	folgende
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBl. DDR	Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik
GG	Grundgesetz
Hg.	Herausgeber
iVm	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
MA	Massachusetts
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N. N.	Numerius Negidius/nomen nescio (Name unbekannt)
Rn.	Randnummer
RW	Rechtswissenschaft
S.	Seite
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StVO	Straßenverkehrsordnung
u. a.	unter anderem, unter anderen
U. S.	United States, United States Reports
Vol.	Volume
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZDRW	Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVgIRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

## A. Einleitung

„Ich habe mich oft gefragt, was aus der Weimarer Verfassung unter bundesrepublikanischen Verhältnissen geworden wäre – und was aus dem Grundgesetz unter Weimarer Verhältnissen.“<sup>1</sup> *Dieter Grimm* verweist auf eine klassische Frage der Verfassungstheorie und -praxis: Wann ist die verfassungsmäßige Ordnung stabil? Wann also wird sie dauerhaft akzeptiert und befolgt? Die Frage ist ebenso alt wie grundsätzlich.<sup>2</sup> Der Anspruch, sie umfassend klären zu wollen, würde selbst beim wohlwollenden Leser mit gutem Grund für Stirnrunzeln sorgen. Denn die von *Grimm* angesprochenen Interaktionen zwischen rechtlichen Normen und (sozialer) Umwelt sind dafür zu komplex. Tatsächlich ist der Anspruch dieser Arbeit bescheidener. Ausgehend von den Aporien der Rechtswissenschaft will diese Arbeit untersuchen, inwiefern mittels einer modellhaften experimentellen Studie ein Beitrag zur Theorie der stabilen Verfassung geleistet werden kann.

### I. Untersuchungsgegenstand

Der Ausgangspunkt der Untersuchung liegt im positiven Recht und zwar bei Art. 146 GG.<sup>3</sup> Hier berühren sich in besonderem Maße Fragen des Verfassungsrechts und der Verfassungstheorie. Denn Art. 146 GG begrenzt das Grundgesetz in mehrfachem Sinne. Er markiert das Ende des Verfassungstextes und bezieht sich auf das zeitliche Ende seiner Geltung. Art. 146 GG macht darüber hinaus eine fundamentale Begrenzung explizit, die das Grundgesetz mit anderen Verfassungen teilt. Es kann im Extremfall abgeschafft oder einfach ignoriert wer-

---

<sup>1</sup> *D. Grimm*, „Ich bin ein Freund der Verfassung“ (2017), 317.

<sup>2</sup> Siehe schon die Überlegungen zu einer Mischverfassung („Politie“) bei *Aristoteles*, *Politik* (2011), 159 ff.; zu Aristoteles’ Anliegen der Stabilität von Staat und Verfassung siehe nur *C. Maier*, *Gewaltenteilung bei Aristoteles und in der Verfassung Athens* (2010), 131 ff.; zum aristotelischen Verständnis der Verfassung als der tatsächlichen Ordnung und zur Formulierung der bestmöglichen Verfassung als „Aufforderung auf der politisch-moralischen Ebene“ *U. Volkmann*, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland* (2013), 9.

<sup>3</sup> Art. 146 GG im Wortlaut: „Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“

den.<sup>4</sup> Als freiheitliche Ordnung ist das Grundgesetz voraussetzungsreich.<sup>5</sup> Es hängt von der tatsächlichen Akzeptanz seiner Adressaten ab. Adressaten sind hier nicht nur die Organe, die im engeren Sinne verpflichtet werden, sondern alle Bürger, die von der verfassungsmäßigen Ordnung angesprochen werden.<sup>6</sup> Diese müssen bereit sein, die verfassungsmäßige Ordnung zu respektieren und im Krisenfall auch dafür einzustehen.

Dass das Grundgesetz seine eigene Abschaffung nicht tabuisiert, ist historisch bedingt, aber gleichzeitig auch Ausdruck seiner Freiheitlichkeit.<sup>7</sup> Diese Freiheitlichkeit gehört zu seinen Erfolgsfaktoren. Meine zentrale These ist, dass sich eine Verfassung stabilisiert, indem sie sich verwundbar macht. Eine offene Ordnung darf auf höhere Akzeptanz seitens der Bürger hoffen. Gleichwohl muss diese These qualifiziert werden. Nicht jegliche Ordnung wird durch bloße Freiheitlichkeit stabilisiert. Ein materieller Minimalgehalt muss stets gegeben sein. Diese verfassungstheoretischen Überlegungen lassen sich in der Auslegung des Verfassungsrechts spiegeln. Art. 146 GG ist ernst zu nehmen. Er dispensiert tatsächlich von Art. 79 Abs. 3 GG und ist nicht mit der Wiedervereinigung obsolet geworden. Gleichwohl kann er nicht den Übergang zu jeglicher Ordnung legitimieren.

Fragen nach der Akzeptanz und Stabilität einer Ordnung sind empirischer Natur. Dementsprechend erstreckt sich das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit auch auf die Bedeutung und die Möglichkeiten empirischer Forschung für Verfassungsrecht und Verfassungstheorie. Vor allem geht es um das Potential der Sozial- und Verhaltenswissenschaften, insbesondere in Form der experimentellen Ökonomik.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Hierzu *H. Dreier*, RW 1 (2010), 11, 17: „Eine freiheitliche Verfassung währt nicht ewig und legt dem politischen Prozess keine unlösbaren Fesseln an, weil sie revolutionär überwunden oder evolutionär fortentwickelt werden kann.“ Siehe auch *M. Tushnet*, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law* (2014), 29: „Behind every constitutional structure lies the possibility of revolutionary overthrow – peasants with pitchforks, so to speak.“

<sup>5</sup> Eindringlich *Vollmann*, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland* (2013), 329.

<sup>6</sup> Statt vieler *M. Morlok/L. Michael*, *Staatsorganisationsrecht* (2017), Rn. 74: „Die Bürger wie die Staatsorgane müssen die Verfassung annehmen und freiwillig befolgen. Diese Akzeptanz muss sich die Verfassung verdienen.“

<sup>7</sup> Siehe nur *W. Schäuble*, *Grundordnung auf dem Weg durch die Zeit*, in: *Huber* (Hg.), *Das Grundgesetz zwischen Stabilität und Veränderung* (2006), 65, 71, mit Verweis auf die mögliche Anwendung von Art. 146 GG im Zuge des europäischen Einigungsprozesses: „So ist aber auch gerade Artikel 146 ein Beispiel für die Offenheit des Grundgesetzes gegenüber Veränderungen.“

<sup>8</sup> Zur Unterscheidung von „Ökonomik als Methode und Ökonomie als Gegenstandsbereich der Wirtschaftswissenschaften“ *G. Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus* (2013), 2.

## II. Methodik

Meine Untersuchung ist interdisziplinär angelegt. Die verfassungsrechtliche Diskussion um Art. 146 GG bildet den Ausgangspunkt für die weitergehende verfassungstheoretische und sozialwissenschaftliche Bearbeitung des Themas. Die Frage nach der Stabilität verfassungsmäßiger Ordnung wird anhand der Diskussion von Bedeutung und Funktionsweise des Art. 146 GG aus einem spezifisch juristischen Blickwinkel eingegrenzt und einer interdisziplinären Betrachtung zugänglich gemacht.<sup>9</sup> Insbesondere wird dabei herausgearbeitet, inwiefern sich verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Argumente berühren. Vor diesem Hintergrund richte ich mein Augenmerk auf den tatsächlichen Umgang mit Art. 146 GG.

In einem nächsten Untersuchungsschritt soll der verfassungstheoretische Zugang vertieft werden. Mein Verständnis von Verfassungstheorie ist dabei breit. Ich meine damit Zugänge zum Konzept der Verfassung, die sich nicht auf die Frage nach der Verfassungsrechtslage beschränken.<sup>10</sup> Insbesondere stütze ich mich auf zwei verfassungstheoretische Stränge: auf die staatsrechtliche Literatur zur außerrechtlichen Bedingtheit der Verfassung und auf Zugänge aus der ökonomisch geprägten positiven politischen Theorie. Indem ich das Problem außerrechtlicher Bedingtheit aus Sicht der ökonomischen Theorie rekonstruiere, bereite ich schon einer experimental-ökonomischen Untersuchung den Weg.

Im empirisch orientierten Teil meiner Arbeit beschreibe ich erst beobachtende quantitative Studien zur Verfassungsvergleichung und wende mich dann den experimentellen Verhaltenswissenschaften zu. Diese bieten eine komplementäre Herangehensweise.<sup>11</sup> Die Disziplinen, aus denen ich schöpfe, die Psychologie und insbesondere die experimentelle Ökonomik, erreichen eindeutige Aussagen durch hohe Abstraktion und starke Stilisierung. Der Vorteil liegt darin, dass sich kausale Zusammenhänge identifizieren lassen, was mit Felddaten zu Verfassungen nicht ohne weiteres möglich ist. Während also die ökonomische bzw. spieltheoretische Rekonstruktion des Problems den theoretischen Hintergrund zu meinem Experiment bietet, begründen das Identifikationsproblem, aber auch

---

<sup>9</sup> Für ein Bewusstsein für die Grenzen juristischer Methodik und für „interdisziplinäre Anschlußfähigkeit“ der Wissenschaft des öffentlichen Rechts plädiert *H. Schulze-Fielitz*, JöR 50 (2002), 1, 39.

<sup>10</sup> Vgl. auch *O. Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), 1, 4f., dort werden mit Theorie „alle rechtswissenschaftlichen Aspekte bezeichnet, die sich nicht auf eine positivrechtliche Geltungsgrundlage zurückführen lassen“. Zur Wahrung disziplinärer Identität beim Einsatz sozialwissenschaftlicher Instrumente siehe *C. Engel*, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: Engel/Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 206, 236 ff., der das Proprium der Rechtswissenschaft in der Zähmung von Herrschaft unter Unsicherheit verortet.

<sup>11</sup> *A. Falk/J. J. Heckman*, Science 326 (2009), 535, 537.



die historische Kontingenz von Verfassungen die Wahl des kontrollierten experimentellen Zugangs allgemein.

Als Jurist begegnet man den Ergebnissen aus Laborstudien mit Skepsis. Es stellt sich die Frage der externen Validität: Inwiefern sind die Ergebnisse eines Experiments auf Sachverhalte außerhalb des Experiments übertragbar?<sup>12</sup> Dieser Übertragungsakt ähnelt einem rechtswissenschaftlichen Analogieschluss.<sup>13</sup> Die im Labor geschaffenen Bedingungen werden mit der institutionellen Wirklichkeit kontrastiert. Die Hoffnung ist, dass sich Wirkzusammenhänge besser erkennen lassen und die rechtswissenschaftliche Analyse an Schärfe gewinnt. Letztlich geht es um die Frage, inwieweit sich anhand von Grundlagenforschung konkrete Handlungsempfehlungen geben lassen.<sup>14</sup>

Die Interdisziplinarität der Arbeit folgt daraus, dass die Frage der Stabilität einer Verfassung nicht allein mit den Mitteln einer Fachdisziplin zu beantworten ist.<sup>15</sup> Interdisziplinarität bedeutet aber auch Querschnittsarbeit. Aus der benachbarten Disziplin werden bestimmte Herangehensweisen rezipiert. Das hat seinen Preis. Auch in der Nachbardisziplin gibt es eine Vielfalt an Herangehensweisen, die teilweise miteinander konkurrieren.<sup>16</sup> Der Anspruch dieser Arbeit kann nicht sein, Entscheidungen darüber zu treffen, *welche* Herangehensweise *welcher* Nachbardisziplin die „beste“ ist. Stattdessen wird eine Auswahl an methodischen Zugängen darauf geprüft, was sie zum Untersuchungsgegenstand der Arbeit beitragen können.<sup>17</sup>

### III. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung setzt bei Art. 146 GG an. Die Meinungsverschiedenheiten dazu werden erst nachvollziehbar, wenn man den verfassungstheoretischen Hintergrund, das normative Spannungsfeld und die Geschichte der Norm nachvollzieht. Die Meinungsverschiedenheiten gründen auch auf unterschiedlichen Annahmen dazu, wie Art. 146 GG sich im Zusammenspiel mit meta-rechtlichen Faktoren auf die Stabilität der Verfassung auswirkt (siehe zum Ganzen Teil B).

<sup>12</sup> Eingehend C. Engel, Legal Experiments (2013); einführend zur experimentellen Methodik im Recht auch K. Chatziathanasiou/M. Leszczyńska, RW 8 (2017), 314, 314.

<sup>13</sup> Diesen Vergleich verdanke ich Christoph Engel.

<sup>14</sup> Dazu aus der Sicht der Ökonomik M. Hellwig, Neoliberales Sektierertum oder Wissenschaft? (2015), mit der Forderung, die Annahmen der Grundlagenforschung kritischer zu prüfen.

<sup>15</sup> Hierzu aus Sicht der Soziologie H. Schelsky, Jahrbuch für Sozialwissenschaft 3 (1952), 1, 3.

<sup>16</sup> Siehe auch die Mahnung bei A. Peters, ZaöRV 67 (2007), 721, 763, die „Vielfalt, Uneindeutigkeit und Widersprüchlichkeit der Aussagen aus anderen Disziplinen zu beachten“.

<sup>17</sup> Vgl. zur Methodenauswahl R. Hirschl, Comparative Matters (2014), 18, 224 ff., 277.

Damit ist man bei einem allgemeinen Problem angelangt: der außerrechtlichen Bedingtheit der Verfassung. Die Gewährleistung der Meinungsfreiheit als funktional wichtiger Bestandteil einer riskanten Ordnung bietet mir den Einstieg, um anschließend eine funktionale Betrachtung der tatsächlichen Wirkungen von Art. 146 GG vorzunehmen. Hier thematisiere ich die Wiedervereinigung und das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Danach komme ich auf Beschreibungen der außerrechtlichen Bedingtheit der Verfassung in der Staatsrechtslehre zu sprechen, die oftmals vom Böckenförde-Diktum ausgehen (siehe zum Ganzen Teil C).

Der deskriptive Gehalt der in der Staatsrechtslehre formulierten Einsichten zur außerrechtlichen Bedingtheit der Verfassung findet sich in ähnlicher Weise in der ökonomisch geprägten positiven politischen Theorie. Diese rekonstruiert das Grundproblem der verfassungsrechtlichen Selbstorganisation einer Gesellschaft mittels der Spieltheorie als Koordinationsproblem. Dabei bestehen aber – gleichsam integriert – weiterhin Kooperationsprobleme. Nach einer Einführung in das ökonomische Paradigma und einer Darstellung der Konzeptualisierung der Verfassung als Lösung eines Koordinationsproblems, diskutiere ich vor dem Hintergrund dieser theoretischen Überlegungen den Fall der Verfassungsstabilität in Deutschland (siehe zum Ganzen Teil D).

Nach diesem hauptsächlich theoretischen Teil wende ich mich der Empirie zu. Bevor ich zu experimentellen Zugängen komme, soll es um die Arbeit mit Beobachtungsdaten gehen. Die quantitative Verfassungsvergleichung erlebt momentan einen Aufschwung. Hier finden sich wertvolle Impulse, aber auch keine letztgültigen Antworten. Denn Verfassungen sind historisch kontingente Institutionen; auch das methodische Identifikationsproblem bleibt bestehen: Ursache und Wirkung lassen sich nicht unterscheiden (siehe zum Ganzen Teil E).

Die Einführung in das ökonomische Paradigma und die Begrenztheit der quantitativen Arbeit mit Beobachtungsdaten schaffen die Grundlage für den nächsten Teil, in dem ich mich experimentellen Zugängen widme. Ich biete zuerst einen Überblick über die Methode und zeige anschließend unterschiedliche, mögliche verfassungstheoretisch relevante Ansatzpunkte (siehe zum Ganzen Teil F).

Im Anschluss beschreibe ich ein eigenes Experiment, das ich mit den Ökonomen *Svenja Hippel* und *Michael Kurschilgen* durchgeführt habe. Dieses knüpft an die ökonomische Beschreibung des Problems an und unternimmt es, die Akzeptanzbedingungen sozialer Ordnung zu rekonstruieren. Es geht zum einen um die Möglichkeit der grundlegenden Flexibilisierung und zum anderen um freiwilligen sozialen Ausgleich. Abschließend diskutiere ich die verfassungstheoretische Relevanz der Ergebnisse (siehe zum Ganzen Teil G).

## B. Art. 146 GG und die Herausforderung der Verfassungsstabilität

Die Frage nach den Bedingungen stabiler verfassungsmäßiger Ordnung soll aus einer am positiven Recht anknüpfenden Debatte entwickelt werden. Art. 146 GG bietet hierfür einen ergiebigen Ausgangspunkt. In diesem Kapitel lege ich erst dar, wieso dies der Fall ist (I). Dann erläutere ich den Kontext, in dem die leidenschaftlichen Debatten um Art. 146 GG ausgetragen werden. Zu diesem Kontext zähle ich die grundsätzliche Herausforderung, in der Verfassungsgebung eine Balance zwischen Rigidität und Flexibilität zu finden (II), den potentiellen normativen Kontrapunkt zu Art. 146 GG in Form der sog. Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG (III) und den historischen Hintergrund von Art. 146 GG (IV). Hierauf folgt eine Darstellung der aktuellen Debatte um die rechtliche Einordnung von Art. 146 GG, in der sich politische Bezüge, faktische Annahmen, aber vor allem auch Aporien zu den Bedingungen stabiler verfassungsmäßiger Ordnung zeigen (V). Das Kapitel schließt mit einer Stellungnahme, ehe im nächsten Kapitel die Problemstellung verallgemeinert wird.

### I. Ausgangspunkt: Art. 146 GG

Gemäß Art. 146 GG verliert das Grundgesetz seine Geltung, „wenn sich das deutsche Volk in freier Entscheidung eine neue Verfassung gibt“.<sup>1</sup> Die Bandbreite der Charakterisierungen dieser Vorschrift ist spektakulär: Der Artikel gilt als rätselhaft<sup>2</sup>, einzigartig<sup>3</sup>, Tabubruch<sup>4</sup>, „Sprenngladung“<sup>5</sup>, „Zeitbom-

---

<sup>1</sup> Das normtheoretische Problem der Selbstreferentialität von Art. 146 GG soll in dieser Arbeit nicht behandelt werden; zu dieser Problematik allgemein *A. Ross*, *Mind* 78 (1969), 1; *P. Suber*, *Stanford Literature Review* 7 (1990), 53; zu „selbstbezüglichen Vorschriften im Verfassungsrecht“ auch *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre* (2008), 108 ff.

<sup>2</sup> *J. Isensee*, *Braucht Deutschland eine neue Verfassung?* (1992), 15: „juristische Rätsel“; *H. Grefrath*, *AöR* 135 (2010), 221, 222: „fundamentale Rätsel“; *M. Herdegen*, Art. 146 GG, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), *Grundgesetz-Kommentar*, 67. Erg. (2013), Rn. 3: „rätselhafteste Bestimmung des ganzen Grundgesetzes“; *Volkmann*, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland* (2013), 332: „bis heute [kann] niemand präzise angeben, was er eigentlich regelt“.

<sup>3</sup> *Herdegen*, Art. 146 GG, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), *Grundgesetz-Kommentar*, 67. Erg.

be<sup>6</sup>, „Chance“<sup>7</sup> und „Krönung“ des Grundgesetzes<sup>8</sup>. Er hat es sogar zu internationaler Prominenz gebracht.<sup>9</sup>

Die Debatte zu Art. 146 GG ist alles andere als übersichtlich.<sup>10</sup> In der Auslegung von Art. 146 GG sind Verfassungsrecht, Verfassungstheorie und Verfassungspolitik so stark ineinander verflochten, dass eine sinnvolle Unterscheidung nach diesen Kategorien kaum zu treffen ist. Eine – wie auch immer geartete – *gefestigte* Dogmatik zu Art. 146 GG lässt sich angesichts der Breite der vertretenen Ansichten, die keine zumindest vorläufige<sup>11</sup> Rechtssicherheit<sup>12</sup> zu schaffen vermögen, nicht erkennen. Die Gründe für die erheblichen Meinungsunterschiede sind vielfältig.

Erstens steht die außergewöhnliche Vorschrift des Art. 146 GG außerhalb des klassischen Repertoires verfassungsrechtlicher Vorschriften.<sup>13</sup> Bei der Deutung kann nicht auf Wissen über strukturähnliche Normen anderer Verfassungen gebaut werden.<sup>14</sup> Schon der Begriff „Volk“ in Art. 146 ist nicht eindeutig.

---

(2013), Rn. 8: „rechtsvergleichend keine exakte Entsprechung“; *M. Kotzur*, Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany, in: Contiades (Hg.), Engineering Constitutional Change (2013), 125, 133: „unique norm“; *H. Dreier*, Art. 146, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2. Auflage (2008), Rn. 3: „deutsches Unikat“.

<sup>4</sup> *Herdegen*, Art. 146 GG, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, 67. Erg. (2013), Rn. 1: „Thematik [...], welche Verfassungstexte im Allgemeinen tabuisieren“.

<sup>5</sup> *M. Kriele*, Die Welt vom 16.8. (1990), 5.

<sup>6</sup> *J. Isensee*, FAZ vom 28.8. (1990), 10.

<sup>7</sup> *U. K. Preuß*, Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament vom 29. 11. 1991 B 49 (1991), 12.

<sup>8</sup> *L. Michael*, Art. 146 GG, in: Kahl et al. (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 163. Akt. (2013), Rn. 245.

<sup>9</sup> *N. N.*, The Economist, March 24th (2012), 31.

<sup>10</sup> *H. Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? (2009), 78: „Die Variationsbreite der unterschiedlichen Interpretationen ist Legion“. Einen hilfreichen Überblick bietet *P. Cramer*, Artikel 146 Grundgesetz zwischen offener Staatlichkeit und Identitätsbewahrung (2014), 2. Kapitel. *K.-A. Schwarz*, JA (2015), 721, 725, beurteilt diese Meinungsvielfalt als „der Bedeutung der Vorschrift in der Staatspraxis allerdings diametral entgegengesetzt“.

<sup>11</sup> *Engel*, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: Engel/Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 206, 237, versteht unter Dogmatik „das Instrument zur permanenten Rekonstruktion von vorläufiger Sicherheit auf der Grundlage des bis jetzt Verstandenen.“

<sup>12</sup> *M. Eifert*, Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: Kirchhof et al. (Hg.), Was weiß Dogmatik? (2012), 79, 81, betrachtet Dogmatik funktional als „vor allem eine kohärenzsichernde, operationalisierende Zwischenschicht zwischen den Rechtsnormen und der Rechtsanwendung im Einzelfall“, die „vor allem auf Rechtssicherheit zielt“ (S. 96).

<sup>13</sup> Dazu *Dreier*, Art. 146, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2. Auflage (2008), Rn. 2.

<sup>14</sup> Siehe aber gleichwohl die stark verfassungsvergleichende und vom schweizerischen Modell der Totalrevision geprägte Kommentierung von *Michael*, Art. 146 GG, in: Kahl et al. (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 163. Akt. (2013).

Es ist nicht klar, ob sich die Vorschrift an das konstituierte Volk des Grundgesetzes<sup>15</sup> oder an ein womöglich sich neu zu konstituierendes<sup>16</sup> richtet.<sup>17</sup>

Zweitens ist die Vorgeschichte der Norm einzigartig und ambivalent. Insbesondere gehen die Meinungen darüber auseinander, inwiefern die Vorgängernorm Art. 146 GG aF vor dem Hintergrund der Teilung und Besetzung Deutschlands nur auf die Gebiets- oder *auch* auf die Verfassungsfrage abzielte.<sup>18</sup>

Drittens war die Debatte<sup>19</sup> um Art. 146 GG im Zuge der Wiedervereinigung stark politisch geprägt. Und auch heute kommt die Diskussion um die Funktion des Schlussartikels nicht ohne politische Bezüge aus.<sup>20</sup> Geht es darum, die grundsätzliche Entwicklungsoffenheit des Grundgesetzes zu bewahren? Oder gar darum einen vereinigten europäischen Bundesstaat zu ermöglichen?<sup>21</sup> Mit der Argumentation für die rechtliche Möglichkeit, durch Art. 146 GG die europäische Integration zu vertiefen, mag ein politisches Desiderat verknüpft sein.<sup>22</sup>

Der Umgang mit diesen Unklarheiten schlägt sich in der Frage nach dem Verhältnis von Art. 146 GG zur „sogenannten“<sup>23</sup> Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG nieder. Dies ist die Gretchenfrage an die Interpreten des Schlussartikels: Wäre eine Grundgesetzänderung (oder kontinuierlichwährende Verfassungsneugebung) nach Art. 146 GG an die Grenzen der Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG gebunden?<sup>24</sup> Entscheidend ist die rechtsfunktionale Einordnung des

<sup>15</sup> So *P. Kirchhof*, § 21 Identität der Verfassung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Auflage (2004), 261, Rn. 60; *Dreier*, Art. 146, in: *Dreier* (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. III, 2. Auflage (2008), Rn. 52.

<sup>16</sup> In diese Richtung im Hinblick auf eine mögliche europäische Verfassungsgebung *M. Nettesheim*, *Der Staat* 51 (2012), 313, 352; dazu *Michael*, Art. 146 GG, in: *Kahl et al.* (Hg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 163. Akt. (2013), Rn. 650 ff.

<sup>17</sup> Zur Schwierigkeit, Art. 146 GG in Anbetracht dessen zu interpretieren, dass sich der *pouvoir constituant* nicht determinieren lässt, siehe auch *Morlok/Michael*, *Staatsorganisationsrecht* (2017), Rn. 937.

<sup>18</sup> Für eine Doppelfunktion etwa *Dreier*, *Gilt das Grundgesetz ewig?* (2009), 85.

<sup>19</sup> Dokumentiert in *B. Guggenberger/T. Stein* (Hg.), *Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit* (1991); siehe dazu *O. Winkel*, *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 28 (1997), 475.

<sup>20</sup> Allgemein erkennt *Schulze-Fielitz*, *JöR* 50 (2002), 1, 62, in der Nähe des öffentlichen Rechts zur politischen Macht ein für die Wissenschaft des öffentlichen Rechts spezifisches Risiko; laut *C. Möllers*, *Der vermisste Leviathan* (2008), 99, sind „seit dem Kaiserreich [...] wissenschaftliche Fronten in der Staatsrechtswissenschaft oftmals auch politische Fronten“.

<sup>21</sup> So etwa *H. D. Jarass*, Art. 146 GG, in: *Jarass/Pieroth* (Hg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 14. Auflage (2016), Rn. 5.

<sup>22</sup> Dies diagnostiziert *J. Isensee*, *Resilienz von Recht im Ausnahmefall*, in: *von Lewinski* (Hg.), *Resilienz des Rechts* (2016), 33, 42 f.: „Im Schrifttum werden bereits die Wege ausgemessen, wie die Ablösung des Grundgesetzes zugunsten eines künftigen europäischen Bundesstaates betrieben werden darf und soll.“

<sup>23</sup> BVerfGE 123, 267, 343.

<sup>24</sup> Offenlassend BVerfGE 123, 276, 343; auch BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 – Rn. 518 – NPD-Verbot.

Schlussartikels.<sup>25</sup> Diese Einordnung wiederum beruht auf unterschiedlichen verfassungstheoretischen Vorverständnissen und vor allem Bewertungen von Art. 146 GG, auf die in diesem Abschnitt einzugehen sein wird.<sup>26</sup>

All dies deutet schon an, dass Art. 146 GG als positiv-rechtlicher Ausgangspunkt Zugang zu Grundsätzlichem bietet.<sup>27</sup> Es wird erkennbar, dass viele der mit Art. 146 GG verbundenen Aporien auf noch allgemeinere Aporien verweisen. Dies gilt vor allem mit Blick auf die allgemeine außerrechtliche Bedingtheit freiheitlicher verfassungsmäßiger Ordnung. An die Einsicht der außerrechtlichen Bedingtheit kann eine sozialwissenschaftliche Betrachtung sinnvoll anschließen. Dies macht wiederum deutlich, wie die Frage nach der Stabilität einer Verfassung als Erkenntnisgegenstand weiter reicht, als mit dem methodischen Arsenal der Fachdisziplin gegriffen werden kann.<sup>28</sup>

## II. Zielkonflikt: Rigidität versus Flexibilität

Der Zielkonflikt zwischen Rigidität und Flexibilität der Verfassung gehört zu den klassischen Problemkreisen der Verfassungsgebung.<sup>29</sup> Schon weil ständig

<sup>25</sup> Vgl. *Kirchhof*, § 21 Identität der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Auflage (2004), 261, Rn. 59.

<sup>26</sup> Zur Bedeutung verfassungsrechtlicher Vorverständnisse für die Auslegung von Art. 146 GG *Cramer*, Artikel 146 Grundgesetz zwischen offener Staatlichkeit und Identitätsbewahrung (2014), 192; kritisch zum Verhältnis von Vorverständnissen und Dogmatik allgemein *Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), 1, 18: „Praktisch scheint Dogmatik aber nicht allzu selten bewusst gewählt zu werden, um bestimmte Vorverständnisse und Weltanschauungen scheinbar ideologiefrei mit den Mitteln der Rechtsanwendungswissenschaft durchzusetzen.“

<sup>27</sup> Siehe auch *Volkman*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland (2013), 329, zur Normativität der Verfassung, die in einer permanenten, sich selbst steuernden und stabilisierenden Praxis erzeugt werde: „Das Nachdenken darüber führt dann [...] notwendig in Grenzbereiche des Rechtsdenkens überhaupt, und man kann den Sinn solcher Bestimmungen wie der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 oder auch des Art. 146 GG mit guten Gründen darin sehen, mit einem solchen Nachdenken erst gar nicht erst anzufangen oder es zumindest an einem bestimmten Punkt abubrechen.“

<sup>28</sup> Vgl. zu dieser Herausforderung *Schelsky*, *Jahrbuch für Sozialwissenschaft* 3 (1952), 1, 3: „Die Forschung nach den Stabilitätsfaktoren geordneter sozialer Systeme verfällt dem gleichen Gesetz, dem auch die bekanntesten Fragen nach dem Ursprung von Institutionen unterliegen: sie überschreiten jeweils den Bereich des Wissenschaftsgebietes, für dessen Gegenstand und mit dessen Methoden sie erhoben werden. Wie die verfassungstheoretische Frage nach der Stabilität der geschriebenen Verfassung auf die soziologische Betrachtung der ungeschriebenen Verfassungen und realen Machtzustände zurückverweist, so gerät die Soziologie ihrerseits in der Forschung nach den allgemeinen Beständigkeitsfaktoren der von ihr beschriebenen sozialen Gebilde auf außer-soziologische Ursachen des menschlichen Verhaltens, wie sie die Anthropologie, Psychologie oder Biologie zu erfassen versucht.“

<sup>29</sup> Siehe *J. Elster*, *Texas Law Review* 81 (2002), 1751, 1774 ff.; vgl. *J. Masing*, *Der Staat* 44 (2005), 1, 12: „Die Balance zwischen Stabilität und Anpassungsfähigkeit, zwischen Rigidität und Flexibilität bleibt [...] die heikelste Herausforderung an die Ausgestaltung der

irgendwo eine Verfassung neu geschrieben wird<sup>30</sup>, bleibt das Problem aktuell. Aber auch in bereits bestehenden Verfassungen muss das Verhältnis zwischen Rigidität, also der Schwierigkeit der Veränderung, und Flexibilität, also der Möglichkeit zu Anpassung und Veränderung, ständig neu verortet werden.

Verfassungstheoretischer Ausgangspunkt der Problembeschreibung ist die Lehre von der verfassunggebenden Gewalt. Sie konzeptualisiert die Ausgangskonstellation. Die ihr zugrundeliegenden Ideen kamen erstmals im nordamerikanischen Konstitutionalisierungsprozess zum Tragen<sup>31</sup>; ihre präzise Ausarbeitung wird *Emmanuel Joseph Sieyès*<sup>32</sup> zugeschrieben<sup>33</sup>. Danach ist die ungebundene verfassunggebende Gewalt (*pouvoir constituant*) von der gebundenen verfassten Gewalt (*pouvoir constitué*) zu unterscheiden.<sup>34</sup> Träger der verfassunggebenden Gewalt und Souverän ist das Volk.<sup>35</sup> Für das Parlament ist die Verfassung dann „nicht Objekt, sondern Maßstab“<sup>36</sup> seines Handelns.

---

Änderungsvorschriften“. Siehe auch m. w. N. *G. F. Schuppert*, AöR 120 (1995), 32, 37; *Kirchhof*, § 21 Identität der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Auflage (2004), 261, Rn. 41; *Kotzur*, Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany, in: Contiades (Hg.), Engineering Constitutional Change (2013), 125, 125.

<sup>30</sup> *Z. Elkins/T. Ginsburg/J. Melton*, The Endurance of National Constitutions (2009), 114: „There has not been a single year since World War II when no country in the world replaced a constitution.“

<sup>31</sup> So *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? (2009), 23, dem zufolge „die neue Welt dem alten Europa sozusagen verfassungsstaatlichen Anschauungsunterricht“ gab; siehe auch *E. Zweig*, Die Lehre vom Pouvoir Constituant (1909), 1; *H. Hofmann*, JZ 69 (2014), 862.

<sup>32</sup> *E. J. Sieyès*, Einleitung zur Verfassung. Anerkennung und erklärende Darstellung der Menschen- und Bürgerrechte, in: Schmitt/Reichardt (Hg.), *Sieyès*, Politische Schriften 1788–1790 (1975), 239; *Sieyès*, Was ist der Dritte Stand? (1789), in: Schmitt/Reichardt (Hg.), *Sieyès*, Politische Schriften 1788–1790 (1975), 117.

<sup>33</sup> Schon *Sieyès* selbst berühmte sich *Zweig*, Die Lehre vom Pouvoir Constituant (1909), 118, zufolge der geistigen Urheberschaft – laut *Zweig* hat „*Sieyès* [*sic*] die Terminologie Montesquieus auf einen Rousseauschen Gedanken angewendet und so die politische Begriffswelt gründlich desorientiert [...]. Das [*sic*] ‚pouvoir constituant‘, von dessen Entdeckung sich *Sieyès* [*sic*] eine wissenschaftliche Epoche versprach, hat den Namen von Montesquieu, die Form – Abgrenzung gegenüber der ordentlichen Gesetzgebung und repräsentative Ausgestaltung – von den Amerikanern, den Inhalt aber von Rousseau erfahren.“ (S. 137). Zur Rezeption *Zweigs*, insbesondere durch *Carl Schmitt*, siehe *D. Kelly*, Egon Zweig and the Intellectual History of Constituent Power, in: Grotke/Prutsch (Hg.), *Constitutionalism, Legitimacy, and Power. Nineteenth-Century Experiences* (2014), 332.

<sup>34</sup> *Sieyès*, Einleitung zur Verfassung. Anerkennung und erklärende Darstellung der Menschen- und Bürgerrechte, in: Schmitt/Reichardt (Hg.), *Sieyès*, Politische Schriften 1788–1790 (1975), 239, 250.

<sup>35</sup> Zur Entwicklung der Volkssouveränität im nordamerikanischen Kontext *D. S. Lutz*, American Political Science Review 88 (1994), 355, 355. Der Begriff der Volkssouveränität beschreibt sowohl den Gegenstand der empirisch orientierten Staatslehre als auch den der normativ orientierten Staatsrechtslehre; siehe zu dieser parallelen Verwendung des Begriffs *Hofmann*, JZ 69 (2014), 861.

<sup>36</sup> *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? (2009), 24; hierzu auch *Schuppert*, AöR 120 (1995), 32, 47 f.