

Die Verfassung zwischen Stabilität und ständiger Fortentwicklung

Ein Gastbeitrag aus schweizerischer Perspektive

The Constitution between stability and constant development

A guest essay from a Swiss perspective

Bernhard Waldmann*

I. Einleitung

II. Verfassung und Verfassungsstaat

A. Begriff und Wesen der Verfassung

B. Begriff und Wesen des Verfassungsstaates

III. Funktionen der Verfassung

A. Normative Funktionen

B. Politische und ideologische Funktionen

IV. Änderung und Weiterentwicklung der Verfassung

A. Ausgangslage

B. Änderung der Verfassung

1. Besonderes (qualifiziertes) Verfahren

a. Teiländerungen (Teilrevisionen)

b. Gesamtänderungen (Totalrevisionen)

2. Schranken

a. Ausdrückliche Schranken

b. Stillschweigende (immanente) Schranken

C. Weiterentwicklung der Verfassung

1. Weiterentwicklung über Auslegung und Konkretisierung

2. Weiterentwicklung über ungeschriebenes Verfassungsrecht

V. Schluss

Verwendete Literatur

Zusammenfassung Der moderne Verfassungsstaat ist das Ergebnis einer Entwicklung (Konstitutionalismus), die bezweckt, die Machtausübung des Staates und seiner Organe umfassend in eine normative Grundordnung einzubinden, die ihrerseits auf den Grundwerten der Gewaltenteilung, der Freiheitsrechte der Individuen und der demokratischen Legitimation staatlicher Herrschaft beruht. Vor diesem Hintergrund wird einer Verfassung die Funktion zugeschrieben, den Staat und seine Organe zu konstituieren und funktionsfähig zu machen sowie eine institutionelle und materielle Ordnung vorzugeben, auf deren Fundament politische Prozesse stattfinden und Entscheide getroffen werden können. Die Erfüllung dieser Funktionen setzt eine gewisse Stabilität der Grundordnung voraus. Gleichzeitig läuft eine zu starre Grundordnung in Gefahr, durch äußere Entwicklungen und gewandelte gesellschaftliche Vorstellungen an Akzeptanz und Steuerungskraft einzubüßen und zu erodieren. Soll die Grundordnung auf längere Zeit Bestand haben, muss sie entwicklungsoffen bleiben. Eine kontinuierliche Anpassung der Grundordnung lässt sich entweder über eine

* Prof. Dr. iur. *Bernhard Waldmann*, Co-Direktor des Instituts für Föderalismus der Universität Freiburg, Av. Beauregard 1, CH-1700 Fribourg, <bernhard.waldmann@unifr.ch>. Ich danke meinem Mitarbeiter, Herrn MLaw Oliver Gautschi für die Mitwirkung bei der Vorbereitung und der redaktionellen Bereinigung des Beitrags.

Leicht überarbeitete Fassung des Kolloquiums vom 18. Juni 2021 im Rahmen der Vortragsreihe «100 Jahre Liechtensteinische Verfassung». Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

formelle Verfassungsänderung oder über eine Verfassungsfortbildung (Verfassungswandel) erreichen. In beiden Fällen bleibt die Entwicklung in die bestehende Grundordnung eingebunden.

Die Revisionsvorschriften der einzelnen Verfassungen sehen in der Regel für Verfassungsänderungen ein gegenüber der einfachen Gesetzgebung qualifiziertes Verfahren vor, wobei die Hürden nicht überall gleich hoch gesteckt sind. In Staaten mit direktdemokratischen Initiativrechten wird die Verfassung direkt zum Gegenstand der politischen Auseinandersetzung. Die Verfassung verliert dabei zwar an mystischer Ausstrahlung, gewinnt aber an für die Wahrung der Kontinuität erforderlicher Flexibilität.

Ohne formelle Verfassungsänderung kann eine Verfassung über die rechtsschöpferische Auslegung und Konkretisierung weiterentwickelt werden. Eine solche Fortentwicklung bleibt aber in den Rahmen der bestehenden Grundordnung eingebunden. Vorausgesetzt ist einerseits, dass die einzelne Verfassungsnorm für eine solche Fortentwicklung genügend Raum lässt, und andererseits, dass die verfassungsinterpretierende Behörde bereit ist, bestehende Entscheidungs- und Wertungsspielräume zu nutzen.

Wo das Gleichgewicht zwischen Stabilität und Flexibilität zu liegen kommt, muss jeder Verfassungsstaat auf der Grundlage seiner Geschichte, der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und in Berücksichtigung der Ausformung seiner demokratischen Strukturen und seiner gewaltenteiligen Staatsorganisation entscheiden.

Abstract The modern constitutional state is the result of a development (constitutionalism) that aims to comprehensively integrate the exercise of power by the state and its organs into a normative basic order, which in turn is based on the fundamental values of the separation of powers, the liberties of individuals and the democratic legitimation of state authority. Against this background, the functions of a constitution are considered to constitute the state and its organs and to make them functional, as well as to provide an institutional and material order based on which political processes can take place and decisions can be made. To fulfill these functions, it requires a certain stability of the basic order. At the same time, a basic order that is too rigid runs the risk of losing acceptance and steering power as a result of external developments and changing social perceptions, and finally of eroding. If the basic order is to endure over the long term, however, it must remain open to development. Continuous adaptation of the basic order can be achieved either through a formal constitutional amendment or through a constitutional change (“Verfassungswandel”). In both cases, development remains bound to the existing basic order.

For constitutional amendments, the constitutions generally require a qualified procedure compared with simple legislation, although the requirements differ. In states with direct democratic initiative rights, the constitution becomes the direct subject of political debate. In doing so, the constitution loses some of its mystical aura but gains the flexibility needed to maintain continuity.

Without a formal constitutional amendment, a constitution can be further developed through creative legal interpretation and concretization. However, such development must remain within the framework of the existing basic order. This presupposes, on the one hand, that the particular constitutional norm leaves sufficient room for further development and, on the other hand, that the authority interpreting the constitution is willing to use existing leeway in decision-making and evaluation.

Each constitutional state must decide on its own where the balance between stability and flexibility lies; based on its history, its social framework and in consideration of its democratic structures and its power-sharing state organization.

Stichwörter Gewaltenteilung, Konstitutionalisierung, Demokratie, Verfassung, Verfassungsbegriff, Verfassungsfunktionen, Verfassungsstaat, Verfassungswandel.

Normenverzeichnis Art. 136, 140, 142, 172, 173, 192–194 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; Art. 44 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) der Republik Österreich vom 1. Oktober 1920; Art. 2 EUV; Art. 16 Französische Menschenrechtserklärung von 1789; Art. 79 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949; Grundgesetz des Vatikanstaates vom 26. November 2000; Art. V Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 17. September 1787; Art. 66, 112, 113 Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5. Oktober 1921; Art. 114 Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995; Art. 168 Verfassung des Königreichs Spanien vom 29. Dezember 1978.

I. Einleitung

Das Fürstentum Liechtenstein feiert heuer den 100. Geburtstag seiner Landesverfassung (LV) und reiht sich damit in eine Serie weiterer europäischer Staaten mit Verfassungsjubiläen ein. So konnte Österreich bereits im vergangenen Jahr auf den 100. Geburtstag seines Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) anstoßen,¹ während sich die Geburtsstunde des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland (GG) 2019 zum 70. Mal jährte.² Diese Reihe ließe sich mit weiteren runden Geburtstagen – etwa dem 60. Geburtstag der Constitution de la V^e République française im Jahr 2018 oder dem kaum beachteten 20. Jahrestag der (dritten) Schweizerischen Bundesverfassung (BV) im Jahr 2019 – erweitern.

Solche Jubiläen drehen sich in aller Regel um den Jahrestag der Beschlussfassung über die Verfassung. Die Feier gilt aber eigentlich nicht einer Urkunde, sondern dem Staat und dem Staatswesen, das durch diese Urkunde verfasst wird. Während die einen ein solches Jubiläum als reine Reminiszenz an einen längst suspekt gewordenen Nationalstaat verstehen, ist es für andere Ausdruck eines Bekenntnisses zur Rechtsstaatlichkeit und zur Selbstbestimmung im Zeitalter der zunehmenden Internationalisierung der Politik. Ein Verfassungsjubiläum kann sich aber auch einfach mit der Vergegenwärtigung des bisher gemeinsam Erreichten und der künftigen Herausforderungen begnügen.

Der vorliegende Beitrag nimmt das Jubiläum für einige grundsätzliche Überlegungen zur Verfassung und zum Verfassungsstaat zum Anlass. Im Zentrum steht die Frage, wie eine Verfassung, die einen stabilen Rahmen für die Politikgestaltung gewährleisten soll, vor dem Hintergrund sich wandelnder Verhältnisse und Anschauungen angepasst und weiterentwickelt werden kann und muss. Ausgehend vom Begriff (II.) und von den Funktionen der Verfassung (III.) soll das Spannungsfeld zwischen gebotener Stabilität und erwünschter Flexibilität einer staatlichen Grundordnung aufgezeigt und diskutiert werden (IV.). Die Betrachtung erfolgt dabei trotz einigen vergleichenden Bezügen schwergewichtig aus der Perspektive eines Schweizer Verfassungsrechtlers.

¹ Vgl. dazu *Manfred Matzka/Peter Hilpold/Walter Hämmerle* (Hg), 100 Jahre Verfassung, 77 Stimmen zum Jubiläum des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG), Ein Lesebuch (2020).

² Vgl. dazu *Hans Michael Heinig/Franz Schorkopf* (Hg), 70 Jahre Grundgesetz, In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik? (2019); *Oliver Lepsius/Robert Chr. van Ooyen/Hendrik Wassermann* (Hg), Verfassung und Rechtspolitik: 70 Jahre Grundgesetz, Recht und Politik, Beiheft 4 (2020).

II. Verfassung und Verfassungsstaat

A. Begriff und Wesen der Verfassung

Der Ausdruck „*Verfassung*“ hat seinen Wortstamm im mittelhochdeutschen „*vervazzung*“³, während der englische und französische Terminus „*constitution*“ vom lateinischen „*constitutio*“⁴ abstammt. Beide Begriffe beschreiben zunächst einen Zustand oder eine (feste) Einrichtung. Entsprechend haben die Begriffe in der Umgangssprache und in gewissen wissenschaftlichen Disziplinen vorab einen beschreibenden Charakter. In der Staatslehre stehen sie für die Gesamtheit der faktischen und rechtlichen Gegebenheiten, die ein bestimmtes Staatswesen prägen.⁵ Bis zur Aufklärung wurde der Verfassungsbegriff weitgehend in einem beschreibenden Sinn verwendet.⁶

Im Kontext eines staatsbezogenen, rechtswissenschaftlich geprägten Verfassungsbegriffs dominiert heute ein normatives Verständnis. Die Verfassung steht demnach für die „*rechtliche Grundordnung des Staates*“,⁷ die den Staat und seine Organe begründet und diese an die Verfassung und die darauf abgestützte Rechtsordnung bindet.⁸ Der Verfassungsbegriff wird damit an einem Normenkomplex⁹ festgemacht, der die höchsten Rechtsnormen innerhalb der innerstaatlichen Normenhierarchie umfasst¹⁰ und gewissermaßen den „archimedischen Punkt“ des staatlichen Legalitätssystems¹¹ bildet. In der Verfassungsrechtslehre wird im Einzelnen zwischen einem formellen und einem materiellen Verfassungsbegriff unterschieden:

- Nach einer rein *formellen* Betrachtungsweise handelt es sich bei der Verfassung um eine besondere Erlassform für rechtsetzende Bestimmungen, die in einem qualifizierten Verfahren geschaffen werden, entsprechend nur unter erschwerten Anforderungen abgeändert werden können und in der Regel über eine erhöhte normative Geltungskraft verfügen.¹² Der formelle Verfassungsbegriff stellt somit weder auf die Bezeichnung des Erlasses noch auf den Inhalt der einzelnen Bestimmungen ab. Verfassungscharakter haben vielmehr alle Normen, die in einem besonderen Verfahren erlassen werden, das sich vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unterscheidet.¹³ Die in einem solchen qualifizierten Verfahren erlassenen Rechtssätze können entweder in einem einzigen Erlass

³ „Verfassung“, in Wolfgang Pfeifer et al., Etymologisches Wörterbuch des Deutschen (1993), digitalisierte und von Wolfgang Pfeifer überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache, online unter <<https://www.dwds.de/wb/Verfassung>> (21.06.2021).

⁴ „Konstitution“, in: Pfeifer et al. (Fn 3), online unter <<https://www.dwds.de/wb/Konstitution>> (21.06.2021).

⁵ Statt vieler Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft⁴ (2016) § 3 Rz. 3 ff.

⁶ René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht³ (2016) Rz. 2; zur Verfassung als „Seinsbegriff“ Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung⁴ (2020) 11, 35.

⁷ Grundlegend Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates (1945, Nachdruck 1971); vgl. auch Giovanni Biaggini, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hg), Staatsrecht² (2015) § 7 Rz. 6; Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, Allgemeines Staatsrecht⁶ (2020) Rz. 309.

⁸ Zum Ganzen statt vieler Gerard Batliner, Die liechtensteinische Rechtsordnung und die Europäische Menschenrechtskonvention in Peter Geiger/Arno Waschkuhn (Hg), Liechtenstein: Kleinheit und Interdependenz. LPS 14 (1990) 92 (101); Eva Maria Belser, Einleitung, in Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hg), Basler Kommentar Bundesverfassung (2015) Rz. 29.

⁹ Fritz Fleiner/Zaccharia Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1949) 21; Grimm (Fn 6) 11 („Sollensbegriff“).

¹⁰ Rhinow/Schefer/Uebersax (Fn 6) Rz. 4.

¹¹ Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft² (1944, Nachdruck 1971).

¹² Biaggini (Fn 7) § 7 Rz. 2; Haller/Kölz/Gächter (Fn 7) Rz. 311.

¹³ Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Volume I, L’Etat³ (2013) Rz. 1391 ff., 1392; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht¹⁰ (2020) Rz. 15.

(„Verfassung“, „Grundgesetz“) kodifiziert oder in verschiedenen fragmentarischen Erlassen („Verfassungsgesetzen“) verankert sein. Selbst wenn ergänzend dazu ungeschriebenes Verfassungsrecht entstehen und bestehen kann,¹⁴ findet dieses in einem formellen Verfassungsbegriff keinen Platz.

- Demgegenüber knüpft der *materielle* Verfassungsbegriff an einem inhaltlichen Kriterium an: Zum Verfassungsrecht gehören demnach – unabhängig von Erlassform und Normgebungsverfahren – alle „für das staatliche Gemeinwesen grundlegenden Festsetzungen“¹⁵. Welchen Normen eine solche Wichtigkeit zukommt, hängt vom allgemeinen Staats- und Verfassungsverständnis und den daraus abgeleiteten Verfassungsfunktionen ab¹⁶ und kann nicht abschließend bestimmt werden. Mit Blick auf die Existenz und Funktionsfähigkeit des Staates stehen jene (grundlegenden) Normen im Vordergrund, welche den Staat begründen, organisieren und strukturieren.¹⁷ Ein auf der Ideengeschichte der Aufklärung beruhendes und sich ausgehend von der amerikanischen und französischen Revolution entwickeltes „modernes“ Verfassungsverständnis gebietet aber, den Bestand der für das Staatswesen grundlegenden Normen nicht nur nach instrumentalen, sondern auch nach inhaltlichen Kriterien zu bestimmen und auf alle Regeln und Prinzipien auszudehnen, die für einen demokratischen Rechtsstaat konstituierend sind.¹⁸ Freilich führt auch dieses Kriterium zu einem unscharfen und rechtlich nicht fassbaren Verfassungsbegriff. Als grundlegend und verfassungsnotwendig bzw. verfassungswürdig werden heute gemeinhin alle Normen erachtet, welche die Organisation und Aufgaben der obersten Staatsorgane festlegen, das Verfahren der Verfassungsänderung und Gesetzgebung regeln, die grundlegende Rechtsstellung des Individuums im Verhältnis zum Staat bestimmen und Grundprinzipien für die innerstaatliche Rechtsordnung vorgeben.¹⁹

Bei einer Gegenüberstellung wird rasch klar, dass der formelle und der materielle Verfassungsbegriff nicht deckungsgleich sind. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechtsetzungsverfahrens bleibt der formelle Verfassungsbegriff entscheidend, denn (einfache) Gesetze unterliegen selbst dann nicht dem für Verfassungsänderungen geltenden Verfahren, wenn sie Bestimmungen enthalten, die für das Gemeinwesen grundlegend sind.²⁰ Eine gewisse Relevanz kann der materielle Verfassungsbegriff für Richterrecht oder für gewisse Staatsverträge erlangen, denen angesichts ihres für den demokratischen Rechtsstaat konstituierenden Charakters Verfassungsrang zugesprochen wird, sodass sie an der erhöhten Geltungskraft von Verfassungsrecht teilhaben und damit insbesondere den Gesetzgeber binden. In diesem Sinne genießt die EMRK sowohl in der Schweiz²¹ als auch im Fürstentum Liechtenstein²² zumindest faktisch Verfassungsrang.

¹⁴ Für die Zulässigkeit ergänzenden ungeschriebenen Verfassungsrechts ist entscheidend, ob das (formelle) Verfassungsrecht dafür Raum lässt. Vgl. dazu Ziff. IV.-C.-2.

¹⁵ *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 310.

¹⁶ Vgl. Ziff. III.

¹⁷ *Auer/Malinverni/Hottelier* (Fn 13) Rz. 1390.

¹⁸ *Rhinow/Schefer/Uebersax* (Fn 6) Rz. 30; vgl. auch *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr* (Fn 13) Rz. 20.

¹⁹ Vgl. etwa *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 317 f.

²⁰ *Rhinow/Schefer/Uebersax* (Fn 6) Rz. 29.

²¹ Bei einer Kollision mit geltendem Verfassungsrecht wird der EMRK sogar ein Vorrang eingeräumt; vgl. BGE 139 I 16 E. 5.2; vgl. für eine Übersicht über den Meinungsstand *Tobias Tschumi/Benjamin Schindler*, Art. 5 BV, in Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar³ (2014) Rz. 84 ff.

²² *Peter Bußjäger*, Einführende Bemerkungen zur liechtensteinischen Verfassung, in Liechtenstein-Institut (Hg), Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar, verfassung.li (Stand: 22.02.2016) Rz. 132 ff.

B. Begriff und Wesen des Verfassungsstaates

Der moderne Verfassungsstaat ist das Ergebnis einer Entwicklung („*Konstitutionalismus*“), die nach gewissen Vorläufern in der englischen Geschichte zunächst als Idee in der Aufklärung ihren Anfang nahm, sich in den ersten Verfassungen in den USA und in Frankreich verwirklichte und sich allmählich über die ganze Welt ausbreitete. Diese Entwicklung fußt auf dem Bestreben, die Willkürherrschaft der alten Ordnung („government of men“) durch die Herrschaft des Rechts („government of laws“) zu ersetzen.²³ Die Machtausübung des Staates und seiner Organe wurde umfassend in eine normative Grundordnung eingebunden, die ihrerseits auf den Grundwerten der Gewaltenteilung, der Freiheitsrechte der Individuen und der demokratischen Legitimation staatlicher Herrschaft beruhte. Die Verfassungsurkunde verkörperte zwar gewissermaßen als Insignum diese neue Staatlichkeit,²⁴ war aber für das Verfassungsverständnis nie allein prägend.²⁵ So hielt bereits Art. 16 der französischen Menschenrechtserklärung (1789) fest: „Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution“.

Vor diesem Hintergrund macht eine geschriebene Verfassung allein ein Gemeinwesen noch nicht zum Verfassungsstaat. Mit dem Attribut des Verfassungsstaates kann sich nach vorherrschender Auffassung nur jener Staat schmücken, dessen Verfassung den Grundwerten des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates entspricht, indem staatliche Herrschaft auf der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes beruht, gewaltenteilig organisiert ist und durch die Freiheits- und Grundrechte der Einzelnen beschränkt wird.²⁶ Ob diese Grundwerte („*Essentialia*“²⁷) in einer geschriebenen Verfassung verankert sind oder auf einer ungeschriebenen Grundordnung²⁸ beruhen, spielt keine Rolle.

Staaten, deren Verfassungen nicht auf dem Prinzip der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes beruhen, sondern autoritär von oben gesetzt werden,²⁹ erfüllen die Anforderungen eines freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates nicht.³⁰ Dasselbe gilt für Staaten, welche lediglich der Form nach eine Verfassung auf rechtsstaatlich-demokratischem Fundament besitzen („*Scheinverfassung*“),³¹ denn zur Verfassungsstaatlichkeit gehört auch, dass die Grundordnung von den Trägern der Staatsgewalt beachtet, durchgesetzt und zur Verwirklichung gebracht wird. Eine Verfassung vermag aus sich selbst heraus keine Rechtswirksamkeit zu entfalten, sondern wird nur durch die Organe und Verfahren, die sie schafft, sowie die Rechtsgemeinschaft, die sie konstituiert, zum Leben erweckt.

Die Ausführungen zu den Eigenschaften eines Verfassungsstaates sind allerdings in zweifacher Hinsicht zu relativieren.

- Erstens verkörpert der Begriff des Verfassungsstaates nicht primär eine rechtliche Qualifikation, sondern den *Idealtypus* eines Staates, der auf einer Verfassung beruht, die der westlich-abendländisch geprägten Verfassungstradition entspricht. Allerdings

²³ K^ägi (Fn 7) 27 f.

²⁴ Vgl. Biaggini (Fn 7) § 7 Rz. 15.

²⁵ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I² (1984) 64.

²⁶ Biaggini (Fn. 7) § 7 Rz. 6.

²⁷ Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler, Verfassung, in Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Grundlagen, Demokratie, Föderalismus (2020) I.2 (Rz. 1).

²⁸ So kennt beispielsweise Grossbritannien keine geschriebene Verfassung, wohl aber eine materielle Verfassungsordnung, die sich aus Gesetzesrecht, Richterrecht und Verfassungskonventionen („constitutional conventions“) zusammensetzt.

²⁹ So z.B. das Grundgesetz des Vatikanstaates vom 26. November 2000.

³⁰ Stern (Fn 25) 75.

³¹ Vgl. Grimm (Fn 6) 13.

gewinnt die Ausrichtung einer Grundordnung an den fundamentalen Prinzipien der Menschenrechte, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit bei der völkerrechtlichen Anerkennung der Staatsqualität zunehmend an Bedeutung.³² Jedenfalls bildet die Beachtung der Anforderungen eines demokratischen Rechtsstaates häufig eine Voraussetzung für die Mitgliedschaft in inter- oder supranationalen Organisationen.³³

- Zweitens zeichnen die genannten Grundwerte („Essentialia“) die Ausgestaltung der staatlichen Grundordnung nicht abschließend vor, sondern lassen *Raum für spezifische Ausformungen* der demokratischen und gewaltenteiligen Staatsorganisation, die den historischen, gesellschaftlichen oder politischen Besonderheiten Rechnung tragen.³⁴ So sind beispielsweise auch föderal organisierte Staaten, in denen sich das Volk und die Gliedstaaten die verfassungsgebende Gewalt teilen, Verfassungsstaaten. Dasselbe gilt für konstitutionelle Monarchien wie das Fürstentum Liechtenstein, dessen Verfassung sich sowohl auf das monarchische als auch auf das demokratische Prinzip stützt,³⁵ zumal die Verfassung dem Volk die Möglichkeit einräumt, die Monarchie abzuschaffen.³⁶

III. Funktionen der Verfassung

Den Verfassungen werden verschiedene Funktionen zugeschrieben. Dabei geht es um die Frage, welche Aufgaben eine Verfassung erfüllen soll bzw. was von einer Verfassung erwartet wird.³⁷ Darauf gibt es keine allgemeingültigen Antworten. Die Funktionen stehen vielmehr in engem Verhältnis zum jeweiligen Staats- und Verfassungsverständnis eines Gemeinwesens und hängen von den konkreten historischen, politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen ab.³⁸ Überdies können sich die Funktionen selbst innerhalb desselben Gemeinwesens im Laufe der Zeit verändern oder eine andere Gewichtung erlangen.³⁹ Aufgrund der *Relativität der Verfassungsfunktionen* gibt es denn auch keine abschließenden Antworten auf die Frage, „welche Rechtsnormen im Hinblick auf ihren Inhalt in die Verfassung gehören“⁴⁰. Eine Verfassung kann sich durchaus auf eine rein instrumentale Funktion begrenzen, den Staat zu konstituieren und durch die Organisation der obersten Organe und die Normierung des verfahrensrechtlichen Rahmens für den politischen Prozess handlungsfähig zu machen.⁴¹ Ein reines Organisationsstatut würde aber den Grundwerten eines demokratischen Rechtsstaates⁴² nicht gerecht. Als oberster Erlass der innerstaatlichen Rechtsordnung hat die Verfassung daher auch gewisse inhaltliche Grundentscheide („Grundkonsens“) für die staatliche und gesellschaftliche Ordnung zu treffen. In diesem Sinne lassen sich für den modernen Verfassungsstaat durchaus gewisse (Grund-)Funktionen

³² Vgl. Anne Peters/Anna Petrig, Völkerrecht, Allgemeiner Teil⁵ (2020) Kap. 2 Rz. 32; Daniel Thürer, Verfassungselemente des Völkerrechts, in Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Grundlagen, Demokratie, Föderalismus (2020) I.7 (Rz. 17).

³³ Vgl. z.B. Art. 3 f. der Satzung des Europarates vom 5. Mai 1949 (SEV Nr. 001); Art. 2 EUV.

³⁴ Dazu eingehend Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn 27) Rz. 2.

³⁵ Gerard Batliner, Einführung in das liechtensteinische Verfassungsrecht (1. Teil) in Batliner (Hg), Die liechtensteinische Verfassung 1921, Elemente der staatlichen Organisation, LPS 21 (1994) 19 (44); Bußjäger (Fn 22) Rz. 14.

³⁶ Art. 113 LV.

³⁷ Rhinow/Schefer/Uebersax (Fn 6) Rz. 46; Stern (Fn. 25) 78.

³⁸ Auer/Malinverni/Hottelier (Fn 13) Rz. 1403.

³⁹ Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, Schweizerisches Bundesblatt (BB1) 1997 I 1 (12).

⁴⁰ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Fn 13) Rz. 18. Vgl. entsprechend zur Relativität des materiellen Verfassungsbegriffs Ziff. II.-B. hiervor.

⁴¹ Vgl. Biaggini (Fn 7) § 7 Rz. 8 mit Hinweis auf die US-Verfassung von 1787.

⁴² Vgl. Ziff. II.-A. hiervor.

definieren, die wohl für jede Staatsverfassung – freilich mit unterschiedlicher Gewichtung – bestehen.⁴³ Diese Funktionen sind teilweise normativer, teilweise aber auch politischer oder gar nur ideologischer Natur.⁴⁴

A. Normative Funktionen

Die jeder Verfassung inhärente Funktion liegt darin, den Staat und seine obersten Organe zu konstituieren und zu legitimieren (*Konstituierungs- und Legitimationsfunktion*), deren Aufgaben und Zuständigkeiten festzulegen und in den Grundzügen die Verfahren zu bestimmen, in denen Recht gesetzt und verwirklicht wird (*Organisations- und Ordnungsfunktion*). In einem bereits bestehenden und eingerichteten Staat stehen diese Funktionen zwar in der Regel nicht mehr im Vordergrund;⁴⁵ es bleibt aber die Aufgabe, die Funktionsfähigkeit des Staates zu erhalten. So kann es geboten sein, den Ordnungsrahmen für Entscheide im Zuge der Internationalisierung der Politik anzupassen oder – wie die Covid-19-Epidemie gezeigt hat – für Notrechtssituationen zu verändern.

In einem demokratischen Rechtsstaat wird die instrumentale Funktion der Verfassung aber nicht nur rein formell (wertneutral⁴⁶) verstanden, sondern mit materiellen Aspekten ergänzt: Erstens kommt der Verfassung die Aufgabe zu, die Herrschaft des Staates und seiner Organe zu begrenzen und die Freiheit der herrschaftsunterworfenen Personen zu sichern (*Machtbegrenzungs- und Freiheitsgewährleistungsfunktion*). Ein abschließendes Modell für eine gewaltenteilige Staatsorganisation existiert allerdings nicht.

Zweitens begnügen sich viele Verfassungen nicht (mehr) damit, den Staatsorganen einen Ordnungsrahmen bereitzustellen, innerhalb dessen die erforderlichen Entscheidungen getroffen werden, sondern normieren überdies einen Bestand von inhaltlichen Grundentscheiden, die von den Staatsorganen zu beachten sind und an denen sie sich zu orientieren haben. In diesem Sinne übernimmt die Verfassung für die Ausgestaltung der Rechtsordnung eine *Gestaltungs- und Steuerungsfunktion*. Der Idee einer Grundordnung entsprechend müsste sich die Verfassung auch in dieser Funktion auf das „Grundlegende“ beschränken und die Entscheide der Tagespolitik dem Gesetzgeber überlassen.⁴⁷ Diese Idee ist allerdings normativ nicht verbindlich; abgesehen davon bliebe eine Abgrenzung von grundlegenden und anderen Entscheiden schwierig.⁴⁸ Wenn sich die verfassungsrechtlichen Normen in zunehmendem Masse verdichten, vermag das zwar unter konzeptionellen, ideologischen oder ästhetischen Gründen zu bedauern sein.⁴⁹ Gleichzeitig ist dieses Phänomen aber auch Ausdruck einer lebendigen Verfassung.⁵⁰

⁴³ So auch *Tschannen* (Fn 5) § 3 Rz. 25.

⁴⁴ Vgl. zur Typologisierung der Funktionen *Jean-François Aubert*, *Notion et fonctions de la Constitution*, in Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hg.), *Verfassungsrecht der Schweiz* (2001) § 1 Rz. 39 ff.; *Auer/Malinverni/Hottelier* (Fn 13) Rz. 1398. Vgl. zu den Funktionen der Bundesverfassung statt vieler *Belser* (Fn 8) Rz. 42 f.; *Biaggini* (Fn. 7) § 7 Rz. 7 ff.; *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 331 f.; *Rhinow/Schefer/Uebersax* (Fn. 6) Rz. 48 ff.; *Tschannen* (Fn 5) § 3 Rz. 25 ff. Die folgende Darstellung knüpft im Wesentlichen daran an. Vgl. eingehend zu den Verfassungsfunktionen im Allgemeinen und den Funktionen der Liechtensteiner Landesverfassung im Besonderen *Peter Bußjäger*, *Werte und Spielregeln, Die Verfassung und ihre Funktionen*, in Hilmar Hoch/Christina Neier/Patricia M. Schiess Rütimann (Hrsg.), *100 Jahre liechtensteinische Verfassung: Funktionen, Entwicklung und Verhältnis zu Europa*, LPS 62 (im Erscheinen). *Bußjäger* unterscheidet dabei zwischen „harten“ und „weichen“ Funktionen (Ziff. II.-B.4).

⁴⁵ *Bundesrat* (Fn 39) 12.

⁴⁶ *Aubert* (Fn 44) Rz. 41 («fonction neutre»).

⁴⁷ *Jörg Paul Müller/Giovanni Biaggini*, *Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus*, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)* 116 (2015) 235 (236).

⁴⁸ So schon *Stern* (Fn 25) 89 f.

⁴⁹ Vgl. *Müller/Biaggini* (Fn 47) 245 ff., die darin sogar eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips erblicken.

⁵⁰ Vgl. dazu unten Ziff. IV.-B.

B. Politische und ideologische Funktionen

Zu diesen schwergewichtig normativen Funktionen gesellen sich weitere, eher politisch oder ideologisch geprägte Funktionen. So wird der Verfassung die Aufgabe zugesprochen, die Stabilität der staatlichen Institutionen und Entscheidungsverfahren zu gewährleisten und damit das friedliche Zusammenleben der Bürgerinnen und Bürger zu sichern (*Stabilisierungsfunktion*). Eine Änderung der institutionellen Grundordnung wird damit nicht ausgeschlossen, sie wird aber durch ein rechtsstaatliches Verfahren kanalisiert und kann somit auf friedlichem Weg ermöglicht werden.⁵¹

Ferner soll die Verfassung über die Normierung gewisser Grundwerte Identität schaffen, die Integration in die Rechtsgemeinschaft gewährleisten und damit den „nationalen Zusammenhalt“⁵² festigen (*Identifikations- und Integrationsfunktion*). Gerade in Staaten mit direktdemokratischen Partizipationsrechten der Bürgerinnen und Bürger bildet die Verfassung nicht nur Rahmen und Ausgangspunkt, sondern auch Gegenstand der Politik. Von der aktiven Mitgestaltung des in der Verfassung verankerten Grundkonsens geht eine integrative und identitätsstiftende Wirkung aus.⁵³ Diese Funktion darf allerdings nicht überschätzt werden. Eine Verfassung vermag aus sich selbst heraus diese Wirkungen nicht zu erzielen (wer liest schon eine Verfassung?⁵⁴); vielmehr ist es das Funktionieren des Staatswesens im Alltag, welches Akzeptanz schafft und damit einheitsstiftend wirkt.

Im Zuge der zunehmenden Übersteuerung des staatlich gesetzten Rechts durch in der Regel fragmentarisch geprägte völkerrechtliche Rechtsnormen vermag die Verfassung schliesslich auch als Scharnier zu dienen und Wertungskonflikte auszugleichen (*Brücken- und Kohärenzfunktion*).⁵⁵

IV. Änderung und Weiterentwicklung der Verfassung

A. Ausgangslage

Obwohl die ersten Verfassungen des ausgehenden 18. und des frühen 19. Jahrhunderts staatliche Herrschaft neu konstituiert und sich von den Vorstellungen einer gottgegebenen und daher ewigen Ordnung gelöst hatten, lebte die Idee der Unveränderlichkeit und „Unverbrüchlichkeit“ der neu geschaffenen Grundordnung zunächst weiter.⁵⁶ Die neu geschaffene, von den Werten der Demokratie und der Gewaltenteilung getragene Ordnung sollte auch für die Zukunft abgesichert bleiben. Gleichzeitig war bereits das Bewusstsein vorhanden, dass die neue Grundordnung menschengemacht und daher unvollkommen war und außerdem nicht unabänderlich für alle künftigen Generationen gelten könne.⁵⁷

Ein ähnliches Spannungsfeld eröffnet sich bei einer Betrachtung der Funktionen einer Verfassung. Zwar soll eine Verfassung eine institutionelle und materielle Ordnung vorgeben, auf deren Fundament politische Entscheide getroffen und gesellschaftliche oder staatspolitische Konflikte bereinigt werden können. Die Erfüllung dieser Funktionen setzt auf

⁵¹ Belser (Fn 8) Rz. 42.

⁵² Bundesrat (Fn 39) 14.

⁵³ Eingehend Stefan G. Schmid, „Constitutio semper reformanda“: permanente Verfassungsrevision als wahre Zaubersformel der Schweiz? Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 121 (2020) 639 (656).

⁵⁴ Vgl. Aubert (Fn 44) § 1 Rz. 45.

⁵⁵ Vgl. dazu Belser (Fn 8) Rz. 43.

⁵⁶ Vgl. Kägi (Fn 7) 27 f.

⁵⁷ Zum Ganzen (mit jeweils weiteren Hinweisen) Kurt Eichenberger, Systemwahrende Kontinuität in Verfassungsänderungen, in Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hg), Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger (1980) 200 (201 ff.); Schmid (Fn 53) 641.

der einen Seite eine gewisse Stabilität der Grundordnung voraus; entsprechend muss Verfassungsgebung darauf ausgerichtet sein, „eine im Grundsatz auf Dauer angelegte Ordnung“ zu schaffen.⁵⁸ Auf der anderen Seite riskiert eine Grundordnung, die für neue Probleme keine Antworten bereithält oder Regelungen enthält, die den gewandelten Anschauungen der Rechtsgemeinschaft nicht mehr entsprechen, an Akzeptanz zu verlieren, zu erodieren oder gar in einem revolutionären Akt ersetzt zu werden. Soll eine Grundordnung auf (längere) Dauer Bestand haben, muss sie entwicklungsoffen bleiben. Dem Postulat der Stabilität einer Grundordnung wird man mit dem Dogma der „ewigen“ und „unabänderbaren“ Verfassung nicht gerecht, im Gegenteil: Stabilität verlangt nach einer kontinuierlichen Anpassungsfähigkeit.⁵⁹ Verfassungsgebung ist als Prozess zu verstehen, in welchem die staatliche Grundordnung „kontinuierlich und deliberativ geschaffen, gestaltet und weiterentwickelt wird“⁶⁰. Eine solche kontinuierliche Anpassung lässt sich entweder über eine formelle Verfassungsänderung (B.) oder über eine Verfassungsfortbildung ohne förmliche Verfassungsänderung (C.) erreichen. In beiden Fällen bleibt die Entwicklung in die bestehende Grundordnung eingebunden.

B. Änderung der Verfassung

Will eine Verfassung die ihr zugeschriebenen Funktionen erfüllen, muss sie abgeändert werden können. Dazu muss die Verfassung eine entsprechende Regelung bereithalten.⁶¹ Mit der Schaffung solcher Revisionsregeln sichert der Verfassungsgeber die Kontinuität der normativen Grundordnung, ermöglicht aber gleichzeitig deren Anpassung.⁶² In der Ausgestaltung der Regeln über die Verfassungsänderung sind die (modernen) Verfassungsstaaten bemüht, einen Ausgleich zwischen der Änderbarkeit der Verfassung einerseits und der Stabilität der bestehenden Grundordnung andererseits sicherzustellen.⁶³ Über besondere Verfahrensvorschriften (1.) sowie über einschränkende Voraussetzungen (2.) werden Hürden errichtet, um die bestehende Verfassung vor willkürlichen und zufälligen Mehrheitsentscheiden der Politik zu schützen und damit die notwendige Stabilität für einen nachhaltigen Konsens zu sichern.

1. Besonderes (qualifiziertes) Verfahren

a. Teiländerungen (Teilrevisionen)

Verfassungen sehen in aller Regel für Verfassungsänderungen ein gegenüber der einfachen Gesetzgebung qualifiziertes Verfahren vor. Änderungen der Grundordnung sollen nicht einfach wie Gesetze zufälligen und knappen Mehrheiten der Alltagspolitik überlassen, sondern auf einen breiteren Konsens abgestützt werden. Ein solcher wird in vielen Verfassungsstaaten über das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheitsentscheidung des Parlaments sichergestellt.⁶⁴ Teilweise bedürfen Verfassungsänderungen überdies der Zustimmung weiterer Organe⁶⁵ bzw. werden sie einem (obligatorischen) Referendum⁶⁶ –

⁵⁸ Stern (Fn 25) 87.

⁵⁹ Eichenberger (Fn 57) 204 ff.; Schmid (Fn 53) 649; Stern (Fn 25) 87.

⁶⁰ Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn 27) Rz. 17.

⁶¹ Auer/Malinverni/Hottelier (Fn 13) Rz. 1408.

⁶² Vgl. bereits Kägi (Fn 7) 79.

⁶³ Schmid (Fn 53) 642.

⁶⁴ Vgl. z.B. Art. 79 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes (GG): Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates.

⁶⁵ Vgl. Art. 112 Abs. 2 LV: Zustimmung des Landesfürsten.

⁶⁶ Vgl. Art. 66 Abs. 1 und 2 LV. Vgl. ferner Art. 44 Abs. 3 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG): obligatorische Abstimmung bei Gesamtänderung; hingegen werden Teiländerungen nur einer Abstimmung unterzogen, wenn dies von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates oder des Bundesrates verlangt wird.

allenfalls mit qualifizierten Mehrheitserfordernissen⁶⁷ – unterstellt. Verfassungsänderungen erfolgen dabei im Zusammenwirken verschiedener Organe und tragen dazu bei, die demokratische und gegebenenfalls die föderalistische Legitimität der Verfassungsgebung zu erhöhen⁶⁸. Je nach Ausgestaltung des Verfahrens werden die Hürden für Verfassungsänderungen in unterschiedlicher Höhe gesteckt. Die Staatswissenschaften versuchen diese Diversität mit einer Typologisierung (starre, relativ starre, relativ flexible oder flexible Verfassungen) einzufangen.⁶⁹

- Als relativ starr gilt die *US-amerikanische Verfassung*: Zunächst ist eine Änderung der Verfassung nur über einen Zusatz (Amendment) möglich. Ein solcher Zusatz bedarf neben einer jeweiligen Zwei-Drittel-Mehrheit im Senat und im Repräsentantenhaus der Ratifikation durch drei Viertel der Parlamente der Gliedstaaten.⁷⁰
- Die *Schweizerische Bundesverfassung* wird in der Lehre teilweise als relativ starr⁷¹ und im Verfassungsvergleich sogar als sehr rigide⁷², andernorts aber auch als relativ oder gar als (besonders) flexibel⁷³ qualifiziert. Für eine Verfassungsänderung bedarf es keiner qualifizierten Mehrheiten im Parlament, es genügt – wie auch im Gesetzgebungsverfahren – die Zustimmung beider Parlamentskammern (Nationalrat und Ständerat). Die Verfassungsänderung unterliegt aber dem obligatorischen Referendum und gilt als angenommen, wenn sich neben der Mehrheit der Stimmenden (Volksmehr) auch die Mehrheit der Kantone (Ständemehr) dafür aussprechen.⁷⁴ Dieses doppelte Zustimmungserfordernis vermag rein institutionell als relativ hohe Hürde erscheinen. Die Praxis zeigt aber ein anderes Bild: In den ersten zwanzig Jahren seit Inkrafttreten der dritten Bundesverfassung ist diese bereits über 20-mal revidiert worden. Ein wichtiger Grund für diese hohe Dynamik der Verfassungsgebung bildet das Initiativrecht, mit welchem politische Parteien oder Interessengruppen regelmäßig Debatten über Verfassungsänderungen lancieren. Dadurch wird die Verfassung aus ihrer starren, mystisch-sakralen Aura herausgelöst und in die ständige politische Auseinandersetzung eingebunden.⁷⁵ Selbst wenn die meisten Volksinitiativen auf eine Verfassungsänderung an der Urne scheitern, vermögen sie dennoch regelmäßig Änderungen der bestehenden Rechtsordnung anzustoßen, die zwar weniger weit gehen, als es die Initiative verlangt, deren Anliegen aber dennoch in den Grundzügen aufnehmen.
- Im *Fürstentum Liechtenstein* bedürfen Verfassungsänderungen grundsätzlich eines Zusammenwirkens von Landtag, Volk und Landesfürst.⁷⁶ Änderungen können sowohl von der Regierung als auch vom Landtag oder durch eine Volksinitiative beantragt werden. Sie erfordern auf der Seite des Landtages entweder Einstimmigkeit unter den anwesenden Mitgliedern oder in zwei nacheinander folgenden Sitzungen eine Drei-

⁶⁷ Vgl. Art. 140 Abs. 1 lit. a und Art. 142 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV): Mehrheit der Stimmenden (Volksmehr) und Mehrheit der Stände (Ständemehr). Die Standesstimme wird durch das Ergebnis der Volksabstimmung im jeweiligen Kanton ermittelt (Art. 142 Abs. 3 BV).

⁶⁸ Haller/Kölz/Gächter (Fn 7) Rz. 367.

⁶⁹ Statt vieler Biaggini (Fn 7) § 7 Rz. 37; Haller/Kölz/Gächter (Fn. 7) Rz. 360; vgl. die berechtigte Kritik zur Vergleichbarkeit des Schwierigkeitsgrads von Verfassungsänderungen von Schmid (Fn 53) 645 (Fn 39).

⁷⁰ Art. V der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 17. September 1787.

⁷¹ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Fn 13) Rz. 31.

⁷² Adrian Vatter, Das politische System der Schweiz⁴ (2020) 423 ff.

⁷³ Auer/Malinverni/Hottelier (Fn 13) Rz. 1409; Belser (Fn 8) Rz. 39; vgl. im Ergebnis auch Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn 27) Rz. 8.

⁷⁴ Vgl. Fn 67 hiavor.

⁷⁵ Eingehend Schmid (Fn 53) 645 ff.

⁷⁶ Art. 112 Abs. 2 LV und Art. 64 Abs. 1 und 2 LV. Dazu Patricia M. Schiess Rütimann, Art. 112 LV, in Liechtenstein-Institut (Hg), Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar, verfassung.li (Stand: 01.07.2020) Rz. 41.

Viertel-Mehrheit. Lediglich wenn die beantragte Verfassungsänderung auf einer Volksinitiative beruht, muss sie zwingend den Stimmberechtigten vorgelegt werden, aber auch nur dann, wenn sie vom Landtag abgelehnt wird.⁷⁷ Auf jeden Fall bedarf die Verfassungsänderung der Zustimmung des Landesfürsten.⁷⁸ Vorbehalten bleibt das besondere Verfahren bei einer Initiative auf Abschaffung der Monarchie.⁷⁹ Obwohl die Liechtensteinische Verfassung wie die Schweizerische Bundesverfassung das Volksinitiativrecht kennt und für Verfassungsänderungen keine materiellen Schranken einrichtet, erweist sie sich im Vergleich als weniger flexibel.⁸⁰ Der Fürst kann seine Zustimmung zu einer Verfassungsänderung selbst bei überwiegenden Mehrheiten in Landtag oder Volk verweigern.

b. Gesamtänderungen (Totalrevisionen)

Nur wenige Staaten regeln in ihren Verfassungen auch den Ersatz der bestehenden Verfassung durch eine neue. So verlangt beispielsweise die *Spanische Verfassung* für eine Gesamtrevision der Verfassung sowohl für die prinzipielle Annahme als auch für die Billigung des neuen Verfassungstexts je die Zustimmung einer Drei-Viertel-Mehrheit beider Parlamentskammern (Kongress und Senat); dabei werden die beiden Kammern nach der prinzipiellen Annahme neu gewählt und der neue Verfassungstext wird der Volksabstimmung unterworfen.⁸¹ Ferner unterscheidet auch die *Österreichische Verfassung* zwischen Teiländerungen und einer Gesamtänderung und verlangt für Letztere eine obligatorische Volksabstimmung.⁸² In der *Schweiz* unterscheidet die Bundesverfassung zwischen Teilrevisionen und der Totalrevision und sieht für Letztere ein besonderes Verfahren vor:⁸³ Geht die Initiative für eine Totalrevision vom Volk aus oder sind sich die beiden Kammern der Bundesversammlung über eine von den Behörden ausgehende Initiative uneinig, entscheidet zunächst das Volk (ohne Ständemehr) über die Durchführung einer Totalrevision. Hiernach werden die beiden Räte (National- und Ständerat) und die Mitglieder des Bundesrats neu gewählt. Die neu ausgearbeitete Verfassung bedarf – wie auch Gesetze – der Zustimmung beider Räte und wird alsdann dem obligatorischen Referendum unterstellt. Für die Annahme gelten die gleichen Mehrheitserfordernisse wie bei Teilrevisionen (Volks- und Ständemehr). Die Unterscheidung zwischen Teil- und Totalrevision wird in der Schweiz vorwiegend nach rein formellen Kriterien vorgenommen. Demnach handelt es sich (nur) dann um eine Totalrevision, wenn die gesamte geltende Verfassung zur Disposition steht, selbst wenn einzelne Bestimmungen unverändert in die neue Verfassung übernommen werden.⁸⁴ In den letzten Jahren wurden einzelne „Paketvorlagen“ (wie z.B. die Justizreform⁸⁵ oder die Föderalismusreform⁸⁶) zwar angesichts ihrer inhaltlichen Tragweite als Totalrevisionen im

⁷⁷ Art. 112 Abs. 2 i.V.m. Art. 66 Abs. 6 LV. Vgl. *Schiess Rütimann* (Fn 76) Rz. 51.

⁷⁸ Art. 112 Abs. 2 LV (in fine).

⁷⁹ Art. 113 LV; vgl. dazu lit. b hiernach.

⁸⁰ Vgl. *Schiess Rütimann* (Fn 76) Rz. 44, wonach die Verfassung aber dennoch nicht als «starr» bezeichnet werden kann; demgegenüber qualifiziert *Bußjäger* (Fn 44) die Liechtensteinische Verfassung im internationalen Vergleich als „ausserordentlich starr“ (Ziff. III.-C).

⁸¹ Art. 168 der Verfassung des Königreiches Spanien vom 29. Dezember 1978. Ebenfalls dem Verfahren der Gesamtrevision unterstellt sind Änderungen, die bestimmte, in der Verfassung aufgelistete Teile der Verfassung betreffen.

⁸² Art. 44 Abs. 3 B-VG.

⁸³ Vgl. Art. 193 BV.

⁸⁴ Statt vieler *Tschannen* (Fn 5) § 44 Rz. 2.

⁸⁵ Vgl. *Bundesrat* (Fn 39) 36, 487 ff.

⁸⁶ Vgl. *Bundesrat*, Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, Bundesblatt (BBl) 2002 2291 (2323 f.).

materiellen Sinne qualifiziert, verfahrensrechtlich aber dennoch wie Teilrevisionen behandelt.⁸⁷

Die Schaffung einer neuen Grundordnung erfolgt in diesen Staaten auf dem Fundament der bestehenden Verfassung. Anders als die ersten Verfassungen, die im Verhältnis zu früheren Herrschaftsformen eine neue Ordnung schufen und legitimierten, handelt es sich hierbei um sog. derivative Verfassungen. Die Verfassungsgebung erfolgt – in Referenz an die Begriffsschöpfungen von ABBÉ SIEYÈS⁸⁸ – nicht durch den „*pouvoir constituant*“ (die ursprünglich verfassungsgebende Gewalt), sondern durch die „*pouvoirs constitués*“ (die durch die Verfassung geschaffenen Gewalten). Dies betrifft auch das Volk; dieses entscheidet als von der bisherigen Verfassung eingesetztes Organ über die neue Grundordnung. Dem „*pouvoir constituant (originaire)*“ kommt in diesen Verfassungsstaaten keine eigentliche Bedeutung mehr zu.⁸⁹

Die *Liechtensteinische Verfassung* unterscheidet in ihrem Wortlaut nicht zwischen Teil- und Gesamtrevision. Es scheint allerdings anerkannt zu sein, dass Verfassungsänderungen nach Art. 112 Abs. 2 LV nicht auf Teile der Verfassung beschränkt sind, sondern auch eine „sehr weitreichende“ und „einer materiellen Gesamtrevision der Verfassung entsprechende“ Neuordnung zum Gegenstand haben können.⁹⁰ Soll mit einer solchen Neuordnung die Monarchie abgeschafft und durch eine neue Verfassung auf republikanischer Grundlage ersetzt werden, richtet sich das Verfahren nach der 2003 in die Verfassung aufgenommenen Bestimmung von Art. 113 LV. In der Sache schliesst somit auch die Liechtensteinische Verfassung eine Gesamtrevision nicht aus; je nach Gegenstand der Revision sieht sie allerdings zwei verschiedene Verfahren vor. In beiden Fällen erfolgt die Änderung auf der Basis der geltenden Verfassung durch die „*pouvoirs constitués dérivés*“, im Falle von Art. 113 LV allerdings ohne Zustimmung des Landesfürsten.

2. Schranken

Des Weiteren können einer Verfassungsänderung normative Schranken entgegenstehen. Solche Schranken werden entweder in der Verfassung ausdrücklich festgelegt (a.) oder sie werden stillschweigend (verfassungsimmanente Schranken) als darin angelegt betrachtet (b.).

a. Ausdrückliche Schranken

Die Revisionsvorschriften von Verfassungen können die Revidierbarkeit einer Verfassung in zeitlicher, formeller und inhaltlicher Hinsicht einschränken.⁹¹ Solche Bestimmungen sind in der Regel ebenfalls vom Bestreben getragen, die Stabilität der Verfassung zu bewahren, willkürliche und überstürzte Änderungen zu verhindern und die Dauerhaftigkeit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundordnung zu sichern.

Es gehört grundsätzlich zum Wesen einer Demokratie, dass rechtsetzende Erlasse jederzeit geändert werden können. Die Revisionsvorschriften können aber vorsehen, dass die Verfassung oder einzelne ihrer Bestimmungen während einer gewissen Zeit nicht abgeändert werden dürfen. Eine *zeitliche* Beschränkung findet sich etwa für das Fürstentum Liechtenstein

⁸⁷ Kritisch zu einem materiellen Verständnis der Totalrevision statt vieler *Auer/Malinverni/Hottelier* (Fn 13) Rz. 1460; *Yvo Hangartner/Bernhard Ehrenzeller*, Vorbemerkungen zu Art. 192–195, in Bernhard Ehrenzeller et al. (Hg), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*³ (2014) Rz. 22; *Tschannen* (Fn 5) § 44 Rz. 7 ff.

⁸⁸ *Emmanuel Joseph Sieyès*, *Qu'est-ce que le tiers état?* (1789).

⁸⁹ Vgl. (mit Bezug auf die Totalrevision der BV) *Schmid* (Fn 53) 648.

⁹⁰ *Peter Bußjäger/Michael Ritter*, Art. 113 LV, in Liechtenstein-Institut (Hg), *Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung*, Online-Kommentar, verfassung.li (Stand: 27.04.2021) Rz. 20.

⁹¹ Vgl. für eine Übersicht *Biaggini* (Fn 7) § 7 Rz. 41; *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 368 ff.; *Tschannen* (Fn 5) § 44 Rz. 11 f.

in Art. 70 Abs. 3 VRG⁹² oder für die USA in Art. V der US-Amerikanischen Verfassung.⁹³ Demgegenüber hält Art. 192 Abs. 1 der schweizerischen Bundesverfassung ausdrücklich fest, dass die Bundesverfassung jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden kann. Noch weitergehend verpflichtet Art. 114 der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden das kantonale Parlament (Kantonsrat), in Zeitabständen von jeweils 20 Jahren nach Inkrafttreten der Verfassung zu prüfen, ob eine Totalrevision an die Hand genommen werden soll.

Doch zurück zu den Schranken. Teilweise schränken Verfassungen auch die *Form und Struktur* von Änderungsvorlagen ein.⁹⁴ So haben beispielsweise in der Schweiz Volksinitiativen auf Bundesebene die Grundsätze der Einheit der Form⁹⁵ und der Einheit der Materie⁹⁶ zu wahren; letzterer Grundsatz gilt auch für Behördenvorlagen.

Andere Revisionsvorschriften schränken schließlich den zulässigen *Inhalt* von Verfassungsänderungen ein. Im Vordergrund stehen dabei Vorschriften, welche die Staatsform und/oder fundamentale Teile (Grundwerte) der Verfassung für unantastbar erklären. Solche „*Ewigkeitsklauseln*“ finden sich beispielsweise in Art. 79 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes⁹⁷ oder in Art. 89 Abs. 5 der französischen Verfassung⁹⁸. Teilweise wirken darin die Vorstellungen über die Unverbrüchlichkeit der Verfassung nach.⁹⁹ Der originäre Verfassungsgeber („*pouvoir constituant originaire*“) setzt dem konstituierten Verfassungsgeber („*pouvoir constitué dérivé*“) einen Rahmen, innerhalb dessen Verfassungsänderungen zulässig sind, und schafft damit innerhalb der Verfassung eine Normenhierarchie. Vor diesem Hintergrund können die Ewigkeitsklauseln selbst nur durch den originären Verfassungsgeber aufgehoben oder modifiziert werden.¹⁰⁰ In Staaten, deren Verfassungen Bestimmungen über die Gesamtänderung der Verfassung enthalten, ist die Unterscheidung zwischen verfassungsgebender und (abgeleiteter) verfassungsändernder Gewalt unbedeutend geworden.¹⁰¹ Es ist denn auch nicht besonders erstaunlich, dass sowohl die Liechtensteinische Verfassung als auch die Schweizerische Bundesverfassung keine Ewigkeitsklauseln kennen. Immerhin statuiert die Schweizerische Bundesverfassung mit dem Gebot der Beachtung des *zwingenden Völkerrechts*¹⁰² eine inhaltliche Schranke für

⁹² Gesetz vom 17. Juli 1973 über die Ausübung der politischen Volksrechte in Landesangelegenheiten (Volksrechtegesetz, VRG). Demnach dürfen Initiativbegehren (Sammel- oder Gemeinde-Initiativen) auf Erlass, Abänderung oder Aufhebung eines Gesetzes oder der Verfassung, wenn ein solches Begehren in einer Volksabstimmung verworfen worden ist, über denselben Gegenstand erst nach Ablauf von zwei Jahren seit der Volksabstimmung und ein Abberufungsbegehren innert dem Zeitraume eines Jahres nur einmal gestellt werden.

⁹³ „... Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article ...“. Vgl. für weitere Beispiele *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 375 ff.

⁹⁴ Diese Schranken werden teilweise als „formelle“ (*Haller/Kölz/Gächter* [Fn 7] Rz. 379 f.), teilweise als strukturelle (*Tschannen* [Fn 5] § 44 Rz. 11) Schranken bezeichnet.

⁹⁵ Nach dem Grundsatz der Einheit der Form dürfen Volksinitiativen entweder nur in der Form der allgemeinen Anregung oder in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs eingereicht werden (Art. 139 Abs. 2–3 und Art. 194 Abs. 3 BV).

⁹⁶ Der Grundsatz der Einheit der Materie (Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV) verlangt, dass zwischen den einzelnen Bestandteilen einer Teilrevision ein hinreichender sachlicher Zusammenhang besteht.

⁹⁷ Art. 79 Abs. 3 GG: „Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig“.

⁹⁸ Art. 89 Abs. 5 Constitution: „La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l’objet d’une révision“.

⁹⁹ *Kägi* (Fn 7) 74 f.

¹⁰⁰ Vgl. für Art. 79 Abs. 3 GG statt vieler *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰ (1995) Rz. 707; *Jörn Ipsen*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht³⁰ (2018) Rz. 1041; *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I⁷ (2016) § 22 Rz. 18.

¹⁰¹ *Schmid* (Fn 53) 648.

¹⁰² Vgl. Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV. Der Begriff des zwingenden Völkerrechts wird nach der Praxis der Bundesbehörden autonom ausgelegt und reicht weiter als der Normenbestand, der von der

Verfassungsänderungen, die auch für die Totalrevision gilt und daher ihrerseits nicht aufgehoben werden darf.¹⁰³ Die Diskussionen um materielle Schranken der Verfassungsrevision entzündeten sich in der Schweiz in erster Linie an den Volksinitiativen. Ansätze für eine ausdrückliche Normierung materieller Schranken wurden immer wieder diskutiert, aber letztlich (noch) nicht verwirklicht.¹⁰⁴

b. Stillschweigende (verfassungsimmanente) Schranken

Gerade in Staaten, deren Verfassungen für Verfassungsänderungen keine geschriebenen Inhaltsschranken enthalten, stellt sich die Frage, ob solche Schranken implizit in der Verfassung angelegt sind. Diese Frage lässt sich nicht abstrakt, sondern nur im Kontext der jeweiligen Verfassung beantworten.¹⁰⁵

Geht man davon aus, dass die (formelle) Verfassung mindestens die grundlegenden Bestimmungen zu enthalten hat, welche den Staat begründen und handlungsfähig machen, dürften die dafür notwendigen Regeln nicht ersatzlos aufgehoben werden, ansonsten die Verfassung ihre wichtigste Funktion, die Konstituierungs- und Organisationsfunktion verlöre.¹⁰⁶ Die Diskussion um verfassungsimmanente Schranken der Verfassungsrevision wird allerdings weniger hinsichtlich der instrumentalen Verfassungsfunktionen, als vielmehr mit Bezug auf die Unantastbarkeit der *Grundwerte des demokratischen Rechtsstaates* geführt. In Liechtenstein wird die Existenz solcher materieller Schranken tendenziell verneint.¹⁰⁷ Dies gilt in der Schweiz zumindest für die Behördenpraxis,¹⁰⁸ während in der Lehre umstritten ist, ob die Verfassung stillschweigende materielle Revisionsschranken enthält¹⁰⁹ und welche elementaren Grundwerte diese gegebenenfalls umfassen würden.¹¹⁰ Die flexible Behördenpraxis führt zum unbefriedigenden Ergebnis, dass in einer Abstimmung angenommene Verfassungsbestimmungen, die den Menschenrechtsgarantien der EMRK

Völkerrechtsgemeinschaft dem *ius cogens* zugerechnet wird. Vgl. *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr* (Fn 13) Rz. 1756a; zum Ganzen eingehend *Martina Caroni/Maya Taylan*, *Zwingendes Völkerrecht*, recht (2015) 55 (61 ff.).

¹⁰³ So hat die Bundesversammlung eine Volksinitiative („Durchsetzungsinitiative“) für teilweise ungültig erklärt, weil diese eine Bestimmung enthielt, die den Begriff des zwingenden Völkerrechts enger als den völkerrechtlichen *ius cogens*-Begriff und das in der bisherigen Behördenpraxis festgelegte Begriffsverständnis umschrieb. Vgl. Bundesversammlung, Bundesbeschluss über die Volksinitiative „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)“ vom 20. März 2015, Bundesblatt (BBl) 2015 2701 sowie die dazugehörige Botschaft des Bundesrats vom 20. November 2013, in Bundesblatt (BBl) 2013 9459 (9470 f.).

¹⁰⁴ Vgl. etwa Staatspolitische Kommission des Ständerates, Anforderungen an die Gültigkeit von Volksinitiativen, Prüfung des Reformbedarfs, Bericht vom 20. August 2015, in Bundesblatt (BBl) 2015 7099 (7105 ff.) mit einer Zusammenfassung.

¹⁰⁵ *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 381.

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch bereits *Fleiner/Giacometti* (Fn 9) 706.

¹⁰⁷ Vgl. *Schiess Rütimann* (Fn 76) Rz. 42 mit dem Hinweis, dass die Verfassung zumindest die EMRK, zwingendes Völkerrecht und das EWR-Recht zu respektieren habe. Differenzierend *Bußjäger* (Fn 22) Rz. 86 f. Vgl. für eine Übersicht über den Meinungsstand und für eine Anerkennung materieller Verfassungsänderungsschranken *Hilmar Hoch*, «Grundprinzipien und Kerngehalte der Grundrechte der Landesverfassung», Der EWR-Vorbehalt des Staatsgerichtshofes als materielle Verfassungsänderungsschranke, in *Hilmar Hoch/Christina Neier/Patricia M. Schiess Rütimann* (Hrsg.), 100 Jahre liechtensteinische Verfassung: Funktionen, Entwicklung und Verhältnis zu Europa, LPS 62 (im Erscheinen).

¹⁰⁸ Vgl. dazu *Hangartner/Ehrenzeller* (Fn 87) Rz. 13 m.w.H.

¹⁰⁹ Verneinend statt vieler *Auer/Malinverni/Hottelier* (Fn 13) Rz. 1455; *Tschannen* (Fn 5) § 44 Rz. 27; bejahend statt vieler *Jörg Paul Müller*, *Materiale Schranken der Verfassungsrevision?*, in *Yvo Hangartner/Stefan Trechsel* (Hg), *Völkerrecht im Dienste des Menschen*, Festschrift für Hans Haug (1986) 195 (197 ff.) sowie bereits *Fleiner/Giacometti* (Fn 9) 706 f.

¹¹⁰ Vgl. *Rhinow/Schefer* (Fn 6) Rz. 471, wonach die Diskussion um die unabdingbaren Geltungsvoraussetzungen der Bundesverfassung, ohne deren Sicherstellung die Legitimität der Verfassungsordnung insgesamt in Frage steht, bisher weitgehend vernachlässigt worden sei.

widersprechen, nie angewendet werden und damit toter Buchstabe bleiben.¹¹¹ Als ungeschriebene Inhaltsschranke anerkannt ist jedoch, dass eine Verfassungsänderung nur zulässig ist, wenn sie auch *tatsächlich durchführbar* ist.¹¹² Hingegen enthält die Bundesverfassung nach herrschender Lehre und Praxis kein Verbot der Aufnahme von Normen von nicht grundlegender (und daher verfassungsunwürdiger) Bedeutung¹¹³ oder gar von Anordnungen ohne Rechtssatzcharakter.¹¹⁴

C. Weiterentwicklung der Verfassung

Die kontinuierliche Anpassung der staatlichen Grundordnung lässt sich auch über eine Weiterentwicklung der bestehenden Verfassung erreichen, ohne dass diese in einem (qualifizierten) Rechtsetzungsverfahren geändert werden muss. Eine solche Weiterentwicklung erfolgt im Wesentlichen über die rechtsfortbildende Auslegung und Konkretisierung bestehender Verfassungsbestimmungen (1.) oder durch die Schaffung von ungeschriebenem Verfassungsrecht (2.). In der Lehre wird dieser Vorgang auch als „Verfassungswandel“ bezeichnet.¹¹⁵ Dieser Ausdruck ist allerdings missverständlich, denn der normative Gehalt der Verfassung wird nicht geändert, sondern im Rahmen der bestehenden Verfassung verfeinert oder ergänzt.¹¹⁶ Gerade in Staaten mit relativ starren Verfassungen (wie z.B. in den USA) spielt diese Art der Weiterentwicklung der Verfassung eine wichtige Rolle, um die Kontinuität der Grundordnung zu gewährleisten.¹¹⁷ Die Weiterentwicklung der Verfassung liegt in der Regel bei den obersten Gerichten, sofern die Verfassung nicht anderen Organen in bestimmten Bereichen die höchste Entscheidungsgewalt einräumt. So entscheidet beispielsweise in der Schweiz die Bundesversammlung letztinstanzlich über die Gültigkeit von zustande gekommenen Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung,¹¹⁸ die Verfassungskonformität von Bundesgesetzen¹¹⁹ oder die Vereinbarkeit von Kantonsverfassungen mit der Bundesverfassung.¹²⁰

1. Weiterentwicklung über Auslegung und Konkretisierung

Wie bei allen Rechtstexten ist auch der normative Gehalt der einzelnen Verfassungsbestimmungen durch Auslegung zu ermitteln. Der Vorgang der Auslegung reduziert sich dabei nicht auf eine reine Reproduktion eines bereits vom Verfassungsgeber in die Verfassungsbestimmung hineingelegten Norminhalts, sondern umfasst auch eine *rechtsschöpferische* Komponente, mit welcher dieser Norminhalt geschärft, ergänzt und

¹¹¹ *Tschannen* (Fn 5) § 44 Rz. 29 ff.

¹¹² Statt vieler *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 387; *Thomas Gächter*, Rechtsetzung, in Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hg), *Staatsrecht*² (2015) § 23 Rz. 75 f.

¹¹³ *Hangartner/Ehrenzeller* (Fn 87) Rz. 11; *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 383.

¹¹⁴ *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 384; *Rhinow/Schefer/Uebersax* (Fn 6) Rz. 467; *Tschannen* (Fn 5) § 44 Rz. 30.

¹¹⁵ Statt vieler *Auer/Malinverni/Hottelier* (Fn 13) Rz. 1407; *Haller/Kölz/Gächter* (Fn 7) Rz. 402; *Stern* (Fn 25) S. 160 f. Zum Ganzen eingehender *Elisabeth Chiariello*, *Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte* (2009); *Jacques Dubey/Vincent Martenet*, *Introduction générale*, in Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hg), *Commentaire romand, Constitution fédérale* (2021) Rz. 66 ff.; *Walter Haller*, *Verfassungsfortbildung durch Richterrecht*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (ZSR) 124 (2005) I 5;

¹¹⁶ *Karl-E. Hain*, Art. 79 GG, in Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg), *Grundgesetz, Kommentar*, Band 2, Art. 20–82⁷ (2018) Rz. 13.

¹¹⁷ *Schmid* (Fn 53) 650 f.

¹¹⁸ Art. 173 Abs. 1 lit. f BV.

¹¹⁹ Dies ergibt sich indirekt aus Art. 190 BV, wonach Bundesgesetze für das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind.

¹²⁰ Art. 172 Abs. 2 BV.

fortgebildet wird.¹²¹ Das Potenzial einer rechtsschöpferischen Auslegung hängt einerseits von der Bestimmtheit der auszulegenden Verfassungsbestimmung ab: Kaum Spielraum für eine sich an neuere Entwicklungen ausrichtende Weiterentwicklung besteht bei Regeln mit relativ bestimmten Rechtsbegriffen.¹²² Bei offenen Verfassungsbestimmungen, insbesondere bei Grundrechten und anderen Normen mit Prinzipiencharakter, überwiegt demgegenüber die rechtsschöpferische Komponente, weshalb hier eher von „Konkretisierung“ als von „Auslegung“ die Rede ist.¹²³ Der schöpferischen Rechtsfortbildung zugänglich sind aber auch Verfassungsbestimmungen mit Regelcharakter, soweit die darin verwendeten unbestimmte Rechtsbegriffe eine aktualisierende Normdeutung erlauben.¹²⁴ Ob und inwieweit es zu einem Verfassungswandel durch rechtsfortbildende Auslegung kommt, hängt andererseits von der Bereitschaft der verfassungsinterpretierenden Behörde ab, bestehende Entscheidungs- und Wertungsspielräume zu nutzen. Diese Bereitschaft dürfte in Staaten mit einer (relativ) starren Verfassung grösser sein als in Staaten, in denen die Verfassung relativ leicht geändert werden kann.¹²⁵

Auslegung und Konkretisierung stellen ein wichtiges Instrument dar, um die rechtliche Grundordnung eines Staates mit Blick auf veränderte Verhältnisse weiterzuentwickeln. Die rechtsfortbildende Verfassungsinterpretation ist allerdings nur solange zulässig, als die Verfassung selbst dafür Raum lässt. Die Verfassungsauslegung betrifft – wie *Biaggini*¹²⁶ es treffend hervorhebt – nicht nur einen handwerklich-technischen Vorgang, sondern auch die „Machtallokation und -kontrolle im gewaltenteiligen Staatswesen“. Im Kern geht es um die Machtverteilung zwischen der verfassungsgebenden Gewalt einerseits und den von dieser zur Kontrolle der Einhaltung der Verfassung eingesetzten (richterlichen) Organe andererseits. Der zulässige Rahmen für eine rechtsfortbildende Verfassungsauslegung wird nur vereinzelt mit entsprechenden Interpretationsregeln in der Verfassung abgesteckt.¹²⁷ Zu berücksichtigen ist ferner, dass die dem obersten Gericht durch die Verfassung übertragene Aufgabe der Verfassungsrechtspflege auch den Auftrag zur Weiterentwicklung der Verfassung enthält.¹²⁸ Freilich ermächtigt dieser Auftrag das Gericht nicht zur Übersteuerung der den anderen Organen zugewiesenen Aufgaben oder gar zur Aushöhlung der Bestimmungen zur Verfassungsrevision.¹²⁹ In vielen Staaten erfolgt die *Grenzziehung zwischen zulässigem Verfassungswandel und unzulässigem Verfassungsbruch* eher über Diskussionen zur Auslegungsmethodik. Während die Methodenfrage in den USA Gegenstand heftiger Debatten in Wissenschaft und Politik bildet,¹³⁰ hat sie in der Schweiz eher einen pragmatisch und technisch geprägten Anstrich: Bundesgericht und herrschende Lehre orientieren sich für die Auslegung von Verfassungsbestimmungen an denselben Grundsätzen, wie sie für die Gesetzesauslegung entwickelt worden sind (Berücksichtigung grammatikalischer, historischer, zeitgemäßer, systematischer und teleologischer Elemente im Rahmen eines

¹²¹ Statt vieler *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr* (Fn 13) Rz. 85 ff.; *Tschannen* (Fn 5) § 4 Rz. 1.

¹²² Die ist beispielsweise bei (organisatorischen) Verfassungsbestimmungen der Fall, welche die Anzahl Mitglieder einer Behörde festlegen.

¹²³ *Biaggini* (Fn 7) § 7 Rz. 46; *Tschannen* (Fn 5) § 4 Rz. 9.

¹²⁴ So z.B. der für technische Entwicklungen offene Begriff in Art. 93 Abs. 1 BV „... andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen...“.

¹²⁵ Vgl. dazu auch *Belser* (Fn 8) Rz. 57.

¹²⁶ *Giovanni Biaggini*, Verfassungsauslegung, in Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Grundlagen, Demokratie, Föderalismus (2020) I.10 (Rz. 1).

¹²⁷ Vgl. für eine vergleichende Analyse *Anna Gamper*, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012) 7 ff.

¹²⁸ *Chiariello* (Fn 115) 355 ff.

¹²⁹ Vgl. eingehender zu den Grenzen höchstrichterlicher Verfassungsfortbildung *Chiariello* (Fn 115) 372 ff.

¹³⁰ *Biaggini* (Fn 126) Rz. 45 f.; eingehender *Johannes Reich*, «Originalismus» als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, Rechtsvergleichende Kritik der Auslegung der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika aufgrund ihres Wortlauts in seiner ursprünglichen Bedeutung, JöR 2017 713.

„pragmatischen Methodenpluralismus“¹³¹). Dazu kommen besondere, in der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze, die den Besonderheiten der Verfassung Rechnung tragen sollen: So bedürfen offene Normen (wie z.B. verfassungsmäßige Rechte) einer Konkretisierung, die auch sich wandelnde Verhältnisse und veränderte gesellschaftliche Vorstellungen zu berücksichtigen vermag, während bei organisatorischen Regeln den historischen Elementen besonders Rechnung getragen werden muss.¹³² Des Weiteren hat die Interpretation über den Methodenpluralismus hinaus mit Blick auf die Strukturprinzipien, die Völkerrechtskonformität und eine minimale Einheit zu erfolgen.¹³³ Auch mit diesen auf die Verfassungsinterpretation angepassten Auslegungsregeln bleibt die Abgrenzung zwischen zulässigem Verfassungswandel und unzulässigem Verfassungsbruch unscharf. Ein umso grösseres Gewicht kommt daher dem Erfordernis zu, richterliche Verfassungsfortbildung durch ein transparentes Vorgehen, einen sachgerechten Entscheid und durch hinreichende Begründung zu legitimieren.¹³⁴

2. Weiterentwicklung über ungeschriebenes Verfassungsrecht

Der Vollständigkeit ist darauf hinzuweisen, dass die Weiterentwicklung der Verfassung auch über die Schaffung von ungeschriebenem Verfassungsrecht erfolgen kann. Eine eingehendere Analyse des ungeschriebenen Verfassungsrechts würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen; vorliegend müssen einige summarische Überlegungen genügen.

Zum ungeschriebenen Verfassungsrecht werden alle Normen mit Verfassungsrang gezählt, die entweder von einem Verfassungsgericht oder von einer anderen höchsten Instanz mit Verfassungskontrollaufgaben anerkannt werden.¹³⁵ Sowohl in der Schweiz als auch im Fürstentum Liechtenstein stehen die durch das Bundesgericht bzw. den Staatsgerichtshof entwickelten ungeschriebenen Grundrechte im Vordergrund.¹³⁶ Es handelt sich dabei um *Richterrecht* mit Verfassungsrang. Darüber hinaus ist auch die Entstehung von verfassungsrechtlichem *Gewohnheitsrecht* möglich, sofern die der langdauernden Praxis (Übung) zugrunde liegende Rechtsauffassung von den Behörden und Betroffenen geteilt wird.¹³⁷ Sowohl im Fürstentum Liechtenstein als auch in der Schweiz spielt Verfassungsgewohnheitsrecht im Rechtsquellensystem praktisch keine Rolle.¹³⁸

Die Entstehung von ungeschriebenem Verfassungsrecht ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass eine geschriebene Verfassung keine in sich geschlossene, lückenlose Grundordnung normiert. Allfällige Lücken können durch ungeschriebenes Verfassungsrecht abgedeckt werden. Ungeschriebenes Verfassungsrecht entsteht außerhalb des förmlichen Verfahrens der Verfassungsänderung. Dies bedeutet zum einen, dass es geltendes Verfassungsrecht nicht durchbrechen darf.¹³⁹ Zum andern muss es einen hinreichenden Bezug zur geschriebenen

¹³¹ Statt vieler BGE 143 I 272 E. 2.2.3; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Fn 13) Rz. 90 ff.

¹³² Grundlegend BGE 112 Ia 208 E. 2a; bestätigt u.a. in BGE 128 I 327 E. 2.1.

¹³³ Grundlegend BGE 139 I 16 E. 4.2.1; kritisch dazu Biaggini (Fn 126) Rz. 16 f., 30.

¹³⁴ Vgl. Biaggini (Fn 126) Rz. 37 und Rz. 38 ff. mit einem verfeinerten Prüfprogramm, das es erlauben soll, die Grenzen der rechtsfortbildenden Auslegung klarer zu ziehen; eingehend auch Chiariello (Fn 115) 416 ff.

¹³⁵ Vgl. Rhinow/Schefer/UEBERSAX (Fn 6) Rz. 13.

¹³⁶ Vgl. statt vieler Bußjäger (Fn 22) Rz. 42 (für das Fürstentum Liechtenstein); Dubey/Martenet (Fn 115) Rz. 73 (für die Schweiz) m.w.H.

¹³⁷ Vgl. zu den (strengen) Voraussetzungen für die Entstehung von Gewohnheitsrecht statt vieler Bußjäger (Fn 22) Rz. 14 (für das Fürstentum Liechtenstein); BGE 136 I 376 E. 5.2 m.w.H. (für die Schweiz).

¹³⁸ Vgl. Bußjäger (Fn 22) Rz. 14 (für das Fürstentum Liechtenstein); Dubey/Martenet (Fn 115) Rz. 73 (für die Schweiz mit dem Beispiel des ekstrakonstitutionellen Notrechts); vgl. immerhin für ein Beispiel von kantonalem Verfassungsgewohnheitsrecht BGE 136 I 376 E. 5.2 (Sitzgarantie der kleinsten Einwohnergemeinden im Kantonsparlament).

¹³⁹ Vgl. auch Art. 79 Abs. 1 Satz 1 des deutschen Grundgesetzes, wonach ungeschriebene Änderungen des Grundgesetzes unzulässig sind.

Verfassung aufweisen, indem es darin enthaltene Grundsätze konkretisiert, weiterführt oder vervollständigt.¹⁴⁰ Wo eine Frage durch die Verfassung abschließend geregelt wird, bleibt für ungeschriebenes Verfassungsrecht kein Raum.¹⁴¹

V. Schluss

Der moderne Verfassungsstaat ist das Ergebnis eines *Konstitutionalisierungsprozesses*, der im letzten Quartal des 18. Jahrhunderts seinen Anfang nahm und sich seither über die ganze Welt verbreitet hat. Mit der Internationalisierung der Politik, dem Konzeptionswandel des Völkerrechts (von zwischenstaatlichen Bindungen zu supranationalen Einrichtungen oder gar einer universellen Wertegemeinschaft) und der damit verbundenen Übertragung der (materiellen) Verfassungsidee auf die überstaatliche oder gar die universelle Ebene kommt das staatsbezogene Konzept der Verfassung vermehrt unter Druck.¹⁴² Zu Unrecht. Im Unterschied zur supranationalen oder universellen Ebene ist der Staat durch die Verfassung umfassend konstitutionalisiert, und zwar sowohl in organisatorischer als auch in inhaltlicher Hinsicht. Solange internationale Organe nicht in ein Gesamtsystem eingebunden sind, welches die Grundwerte des rechtsstaatlich-demokratischen Gemeinwesens inkorporiert,¹⁴³ bleiben die Staaten mit ihren Verfassungen vorerst Angel- und Ausgangspunkt der demokratischen Begründung von Herrschaftsrechten und die „einzige Bastion gegen die Fragmentierung des Rechts (...), die widersprüchliche Entwicklungen wirksam zu verhindern oder aufzufangen vermag und für Kohärenz sorgen kann“¹⁴⁴. Freilich darf die Verfassung nicht von der supranationalen oder universellen Entwicklung abgeschottet bleiben. Vielmehr kommt ihr diesbezüglich eine wichtige Scharnierfunktion zu.¹⁴⁵

Überhaupt muss eine staatliche Grundordnung, will sie ihre Funktionen auf Dauer erfüllen, eine gewisse Flexibilität aufweisen. *Flexibilität* und *Stabilität* müssen einander nicht zwangsläufig widersprechen. Eine Verfassung mit hoher Normierungsdichte („geschlossene Verfassung“) und hohen Abänderungshürden („starre Verfassung“) droht ihre normative Gestaltungs- und Steuerungskraft auf Dauer zu verlieren. Ein für alle Staaten gleichermaßen gültiges Idealmaß an Offenheit und Flexibilität der Verfassung existiert allerdings nicht. Wo das Gleichgewicht zwischen Stabilität und Flexibilität zu liegen kommt, muss jeder Verfassungsstaat aufgrund seiner historischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen sowie in Berücksichtigung der Ausformung seiner demokratischen Strukturen und seiner gewaltenteiligen Staatsorganisation entscheiden. Dabei ist es aber sehr oft hilfreich, vergleichend auf andere zu schauen und voneinander zu lernen.

¹⁴⁰ Vgl. *Tschannen* (Fn 5) § 3 Rz. 22 mit Hinweis auf *Hesse* (Fn 100) Rz. 34.

¹⁴¹ Dies gilt in der Schweiz etwa hinsichtlich der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen; vgl. statt vieler *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr* (Fn 13) Rz. 1061.

¹⁴² Zum Ganzen eingehend *Dieter Grimm*, Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung (2012) 67 ff.

¹⁴³ Vgl. *Thürer* (Fn 32) Rz. 12, wonach im Bereich der internationalen Gemeinschaft Defizite institutioneller Natur bestehen und es illusorisch erscheint, an die Entstehung (kohärenter) weltstaatlicher Strukturen zu glauben.

¹⁴⁴ *Belser* (Fn 8) Rz. 43.

¹⁴⁵ Vgl. dazu grundlegend *Matthias Oesch*, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Grundlagen, Demokratie, Föderalismus (2020) I.6 (Rz. 18).

Verwendete Literatur

- Jean-François Aubert*, Notion et fonctions de la Constitution, in Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz (2001) § 1.
- Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'Etat³ (2013).
- Gerard Batliner*, Einführung in das liechtensteinische Verfassungsrecht (1. Teil) in Batliner (Hg), Die liechtensteinische Verfassung 1921, Elemente der staatlichen Organisation, LPS 21 (1994).
- Gerard Batliner*, Die liechtensteinische Rechtsordnung und die Europäische Menschenrechtskonvention in Peter Geiger/Arno Waschkuhn (Hg), Liechtenstein: Kleinheit und Interdependenz, LPS 14 (1990).
- Eva Maria Belser*, Einleitung, in Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hg), Basler Kommentar Bundesverfassung (2015).
- Giovanni Biaggini*, Verfassungsauslegung, in Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Grundlagen, Demokratie, Föderalismus (2020) I.10.
- Giovanni Biaggini*, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hg), Staatsrecht² (2015) § 7.
- Walther Burckhardt*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft² (1944, Nachdruck 1971).
- Peter Bußjäger*, Einführende Bemerkungen zur liechtensteinischen Verfassung, in Liechtenstein-Institut (Hg), Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar, verfassung.li (Stand: 22.02.2016).
- Peter Bußjäger/Michael Ritter*, Art. 113 LV, in Liechtenstein-Institut (Hg), Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar, verfassung.li (Stand: 27.04.2021).
- Peter Bußjäger*, Werte und Spielregeln, Die Verfassung und ihre Funktionen, in Hilmar Hoch/Christina Neier/Patricia M. Schiess Rütimann (Hrsg.), 100 Jahre liechtensteinische Verfassung: Funktionen, Entwicklung und Verhältnis zu Europa, LPS 62 (im Erscheinen).
- Martina Caroni/Maya Taylan*, Zwingendes Völkerrecht, recht (2015) 55.
- Elisabeth Chiariello*, Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte (2009).
- Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler*, Verfassung, in Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Grundlagen, Demokratie, Föderalismus (2020) I.2.
- Jacques Dubey/Vincent Martenet*, Introduction générale, in Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hg), Commentaire romand, Constitution fédérale (2021).
- Kurt Eichenberger*, Systemwahrende Kontinuität in Verfassungsänderungen, in Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hg), Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger (1980) 200.
- Anna Gamper*, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012).
- Fritz Fleiner/Zaccharia Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1949).
- Thomas Gächter*, Rechtsetzung, in Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hg), Staatsrecht² (2015) § 23.
- Dieter Grimm*, Die Zukunft der Verfassung⁴ (2020).
- Dieter Grimm*, Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung (2012).
- Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht¹⁰ (2020).
- Karl-E. Hain*, Art. 79 GG, in Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, Art. 20–82⁷ (2018).
- Walter Haller*, Verfassungsfortbildung durch Richterrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 124 (2005) I 5.
- Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter*, Allgemeines Staatsrecht⁶ (2020).
- Yvo Hangartner/Bernhard Ehrenzeller*, Vorbemerkungen zu Art. 192–195, in Bernhard Ehrenzeller et al. (Hg), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar³ (2014).

- Hans Michael Heinig/Franz Schorkopf* (Hg), 70 Jahre Grundgesetz, In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik? (2019).
- Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰ (1995).
- Hilmar Hoch*, «Grundprinzipien und Kerngehalte der Grundrechte der Landesverfassung», Der EWR-Vorbehalt des Staatsgerichtshofes als materielle Verfassungsänderungsschranke, in Hilmar Hoch/Christina Neier/Patricia M. Schiess Rütimann (Hrsg.), 100 Jahre liechtensteinische Verfassung: Funktionen, Entwicklung und Verhältnis zu Europa, LPS 62 (im Erscheinen).
- Jörn Ipsen*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht³⁰ (2018).
- Werner Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates (1945, Nachdruck 1971).
- Oliver Lepsius/Robert Chr. van Ooyen/Hendrik Wassermann* (Hg), Verfassung und Rechtspolitik: 70 Jahre Grundgesetz, Recht und Politik, Beiheft 4 (2020).
- Manfred Matzka/Peter Hilpold/Walter Hämmerle* (Hg), 100 Jahre Verfassung, 77 Stimmen zum Jubiläum des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG), Ein Lesebuch (2020).
- Hartmut Maurer*, Staatsrecht I⁷ (2016).
- Jörg Paul Müller*, Materiale Schranken der Verfassungsrevision?, in Yvo Hangartner/Stefan Trechsel (Hg), Völkerrecht im Dienste des Menschen, Festschrift für Hans Haug (1986) 195.
- Jörg Paul Müller/Giovanni Biaggini*, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 116 (2015) 235.
- Matthias Oesch*, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Grundlagen, Demokratie, Föderalismus (2020) I.6.
- Anne Peters/Anna Petrig*, Völkerrecht, Allgemeiner Teil⁵ (2020).
- Johannes Reich*, «Originalismus» als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, Rechtsvergleichende Kritik der Auslegung der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika aufgrund ihres Wortlauts in seiner ursprünglichen Bedeutung, JöR 2017 713.
- Patricia M. Schiess Rütimann*, Art. 112 LV, in Liechtenstein-Institut (Hg), Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar, verfassung.li (Stand: 01.07.2020).
- Stefan G. Schmid*, «Constitutio semper reformanda»: permanente Verfassungsrevision als wahre Zauberformel der Schweiz? Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 121 (2020) 639.
- Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I² (1984).
- Emmanuel Joseph Sieyès*, Qu'est-ce que le tiers état? (1789).
- Daniel Thürer*, Verfassungselemente des Völkerrechts, in Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, Grundlagen, Demokratie, Föderalismus (2020) I.7.
- Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft⁴ (2016).
- René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax*, Schweizerisches Verfassungsrecht³ (2016).
- Adrian Vatter*, Das politische System der Schweiz⁴ (2020).