

Erster Teil: Legitimation staatlicher Hoheitsgewalt durch Verfassunggebung

Im Ersten Teil dieser Arbeit richtet sich das Augenmerk auf die Verfassunggebung im staatlichen Kontext. Im Gegensatz zu dem im Zweiten Teil zu behandelnden supranationalen Kontext ist hier die Anwendbarkeit des Begriffs „Verfassung“ unproblematisch, weil dieser Begriff gerade im Zusammenhang mit staatlichen Ordnungen entstanden ist: „Verfassung“ im modernen Sinne war ursprünglich „Staatsverfassung“. Daher sollen der Begriff der Verfassung und auch der Begriff des Staates hier noch nicht problematisiert werden; vielmehr wird ein einfaches, intuitives Verständnis dieser Begriffe zugrundegelegt.

Zunächst soll im folgenden die gegenwärtig übliche Argumentationsstruktur erörtert werden, mit der staatliche Hoheitsgewalt durch Bezugnahme auf die Verfassunggebung legitimiert wird. Diese Argumentationsstruktur präsentiert sich im wesentlichen als eine Theorie der verfassunggebenden Gewalt.

A. Die Argumentationsstruktur der gegenwärtigen Theorie der verfassunggebenden Gewalt

I. Verfassunggebung als Legitimation

Die Verfassunggebung¹⁶ wird in der jüngeren Literatur je nach Erkenntnisinteresse oder auch Vorverständnis aus unterschiedlichen Perspektiven und mit unterschiedlichen Akzentsetzungen betrachtet. So wird etwa die „Realität der Konstituierungsvorgänge“¹⁷ untersucht oder „das Verfahren der demokratischen Verfassunggebung“¹⁸, die „politische Wirklichkeit“¹⁹ der Verfassunggebung, ihr Vorkommen in verschiedenen „Textstufen“²⁰ oder ihre Rechtsqualität²¹; es wird die Frage nach den naturrechtlichen oder sach-

16 Häufig wird auch der Ausdruck „Verfassungsgebung“ bzw. „verfassungsgebend“ (also mit Fugen-s) verwendet. Es gibt hier offenbar keine einheitliche Übung; so heißt es in der Präambel des Grundgesetzes „verfassungsgebend“, während nach dem Duden „verfassunggebend“ richtig sein soll. Nach Auskunft des Redaktionsstabes der Gesellschaft für deutsche Sprache e.V. beim Deutschen Bundestag gibt es in der Gegenwartssprache keine allgemeingültige grammatische Regel für das Fugen-s; seine Verwendung diene vielmehr dazu, die Aussprache eines zusammengesetzten Wortes zu erleichtern oder es zu gliedern. Zwar gebe es eine „Sprachkonvention“, nach der in Zusammensetzungen mit Bestimmungswörtern auf -ung ein Fugen-s an die Nahtstelle tritt. Dieser Konvention sei hier aber nicht zu folgen; sinnvoll sei vielmehr die Weglassung des Fugen-s, weil das Bestimmungswort „verfassungs-“ als – vormals selbständiges – Akkusativobjekt zu verstehen sei. – In dieser Arbeit soll der Ausdruck „verfassunggebend“ ohne Fugen-s verwendet werden, und zwar aus nicht weiter erklärbaren (aber in Ermangelung grammatischer Regeln offenbar ausreichenden) ästhetischen Gründen.

17 K. v. Beyme, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes, S. 6.

18 So der Titel der Arbeit von H. v. Wedel.

19 W. Henke, Die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes, S. 11 ff.

20 P. Häberle, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse.

21 U. Steiner, Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes, S. 25 ff.

logischen Grenzen der Verfassungsgebung gestellt²² oder die Legitimität einer Verfassung auf eine Entscheidung zurückgeführt²³; bisweilen wird die Verfassungsgebung auch als „Mythos“²⁴ bezeichnet. Der Begriff der Verfassungsgebung wird in einem soziologisch-empirischen, politisch-polemischen oder normativ-rechtlichen Sinne gebraucht.²⁵ Diese Vielfalt ist nicht verwunderlich, handelt es sich doch bei der Verfassungsgebung um einen „Grenzbegriff“, der historisch-politische, rechtstheoretische, rechtsphilosophische, verfassungstheoretische, verfassungsdogmatische und staatsrechtliche Fragen berührt²⁶.

Das Interesse der vorliegenden Arbeit gilt ganz vorwiegend den *verfassungstheoretischen*²⁷ Aspekten der Verfassungsgebung. Die Theorie der Verfassungsgebung wird verstanden als eine Theorie der *Legitimation* bzw. *Legitimität* von Verfassungen. Legitimation ist dabei ein (singulärer oder permanenter) Akt der Erzeugung von Legitimität; soweit Legitimität durch einen Akt der Verfassungsgebung erzeugt wird, kann man also von Legitimation durch Verfassungsgebung sprechen. Legitimität ist, in einem allgemeinen Sinne, die Rechtfertigungsfähigkeit einer Herrschaftsordnung oder einzelner ihrer Hoheitsakte nach einem einzigen, Allgemeinverbindlichkeit beanspruchenden Prinzip;²⁸ Legitimität bezieht sich also immer auf Herrschaft. Eine Rechtsnorm ist dann legitim, wenn der mit ihrer Durchsetzung verbundene Zwang legitim ist. Eine (Staats-) *Verfassung* ist eine spezielle Rechtsnorm, deren Zweck in erster Linie allerdings nicht darin besteht, gegenüber den Bürgern verbindliche Regelungen aufzustellen, sondern darin, eine Grundordnung für die Organe des Staates und deren Verhältnis zum Bürger verbindlich festzulegen.²⁹ Daher ist eine Verfassung dann legitim, wenn sie das Handeln

22 H. Sauerwein, Die „Omnipotenz“ des pouvoir constituant, S. 83 ff., 143 ff.; dazu D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 224 ff. Zur Problematik angeblicher „naturrechtlicher“ Grenzen der Verfassungsgebung vgl. E.-W. Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, S. 27 ff.

23 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 87 ff.

24 J. Isensee, Das Volk als Grund der Verfassung, S. 68 ff. (gemeint ist der Mythos der historischen Entstehung der Verfassung).

25 H.-P. Schneider, HStR § 158 Rn. 3 ff.

26 So in bezug auf die verfassungsgebende Gewalt E.-W. Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, S. 9 f. In gewissem Sinne ist schon die Verfassung selbst ein „Grenzbegriff“: N. Luhmann (Das Recht der Gesellschaft, S. 478) weist auf den rechtlichen und den politischen „Sinn“ der Verfassung hin, d.h. auf ihre unterschiedliche Funktion im „Rechtssystem“ und im „politischen System“ (im Sinne der Luhmannschen Systemtheorie). In beiden Systemen habe die Verfassung Legitimationsfunktion (Luhmann spricht hier von „Lösungen für das Selbstreferenzproblem“).

27 Zum Begriff „Verfassungstheorie“ eingehend M. Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? – Allerdings soll in der vorliegenden Arbeit die Grenze zur Verfassungsdogmatik nicht so scharf gezogen werden wie bei Morlok (vgl. ebda. S. 39 ff. und passim); insbesondere der letzte Abschnitt des Zweiten Teils bewegt sich zum Teil in den durchaus interessanten „Niederungen“ der Dogmatik.

28 Vgl. H. Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung, S. 11 (m.w.N.).

29 Vgl. dazu den Hinweis von D. Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, S. 31, auf den Unterschied zwischen dem vom Staat ausgehenden und die Bürger bindenden Gesetz und der von der Nation ausgehenden und den Staat bindenden Verfassung.

der Staatsorgane so normiert, daß die Ausübung von Hoheitsgewalt durch diese Staatsorgane als legitim erscheint. Der Begriff „Verfassungslegitimität“ kann deshalb in einem doppelten Sinne verstanden werden: nicht nur als „Legitimität der Verfassung“, sondern auch als „durch eine Verfassung vermittelte Legitimität“ der Ausübung von Hoheitsgewalt.

Bei der durch eine Verfassung vermittelten Legitimität handelt es sich zwar heute wohl um die wichtigste Art der Begründung der Legitimität von Hoheitsgewalt; das schließt jedoch andere Legitimitätsgründe nicht aus. Als ein – der utilitaristischen Ethik entstammendes – Argument für die Legitimität von Hoheitsgewalt kann etwa auch der mögliche Zugewinn an Wohlfahrt der Bürger angesehen werden.³⁰ Aber solche Legitimitätsbegründungen sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung, die sich auf eine spezifische Art der Legitimitätsbegründung konzentriert, nämlich auf die Verfassungsgebung, und keine allgemeine Theorie der Legitimität von Hoheitsgewalt darstellen will.

Im folgenden wird die Argumentationsstruktur aufgezeigt, mit der Legitimität heute üblicherweise unter Bezugnahme auf die Verfassungsgebung begründet wird; diese Argumentationsstruktur verwendet zentral den Begriff der verfassungsgebenden Gewalt und soll als „urheberorientiertes Modell“ bezeichnet werden.

II. Die Argumentationsstruktur der gegenwärtigen urheberorientierten Theorie

Eine übliche Formulierung der heutigen Theorie der Verfassungsgebung besagt, daß eine Verfassung dann legitim sei, wenn die verfassungsgebende Gewalt beim Volk liegt, wenn also das Volk, für das die Verfassung gilt, auch als ihr Urheber angesehen werden kann. Diese Eigenschaft des Volkes als Urheber der Verfassung beruht dabei auf seiner unbeschränkten Macht oder Autorität bzw. Souveränität.³¹ Verfassungsgebende Gewalt wird in dieser Sichtweise als die unbeschränkte Fähigkeit verstanden, eine Verfassung zu erzeugen, und die Kernforderung der Theorie verlangt, daß das Volk (und nicht ein anderer, etwa ein Monarch)³² diese Fähigkeit haben soll.

30 Vgl. zu dieser Art der Legitimitätsbegründung in bezug auf die Europäische Union A. v. Bogdandy, *Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staats-theoretischer Perspektive*, S. 220.

31 Sehr plastisch formuliert dies H.-P. Schneider (HStR § 158, Rn. 1) in offensichtlicher Anlehnung an Carl Schmitts „souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“ (Politische Theologie, S. 11): „Souverän ist, wer die Macht hat, eine Verfassung in Kraft zu setzen“; auf diese Formel lasse sich, so Schneider, die „Denkfigur“ der verfassungsgebenden Gewalt bringen. Nach E.-W. Böckenförde leitet eine Verfassung ihren Geltungsanspruch und ihre besondere rechtliche Qualität „von einer ihr vorausliegenden Größe her, die sich als besondere Macht oder Autorität darstellt“ (E.-W. Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenz-begriff des Verfassungsrechts*, S. 7; Hervorhebung im Original); die verfassungsgebende Gewalt wird von Böckenförde definiert als „diejenige (politische) Kraft und Autorität, die in der Lage ist, die Verfassung in ihrem normativen Geltungsanspruch hervor-zubringen, zu tragen und aufzuheben“ (ebda. S. 11).

32 Der Begriff „verfassungsgebende Gewalt“ wird heute üblicherweise verbunden mit dem Zusatz „des Volkes“. Diese Verbindung, die im 19. Jahrhundert im Zuge der Restauration bestritten wurde, ist aus heutiger Sicht sicher gerechtfertigt – zum einen im Hinblick auf den geistesgeschichtlichen Ursprung des Begriffs der verfassungsgebenden Gewalt in der Französischen Revolution, als mit der Verwendung dieses Begriffs gerade zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß die Fähigkeit zur

Dieser Betrachtungsweise liegt die Vorstellung eines transitiven Vorgangs zugrunde: Verfassunggebung als Erzeugung der Verfassung durch ein bestimmtes Subjekt. Diese Erzeugung ist in zwei Varianten denkbar, nämlich als einmaliger Akt oder als permanentes Bestärken und immer wieder erneuertes Hervorbringen.

Die erste Variante, der einmalige Akt der Verfassunggebung, entspricht den historischen Vorgängen bei der Entstehung der Theorie der Verfassunggebung: den Verfassungsneuschöpfungen in Nordamerika und Frankreich anlässlich der dortigen Revolutionen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Im Zentrum des Interesses steht hier vor allem der Akt der Verfassungssetzung und damit das Verfassunggebungsverfahren; dieses ist, so lautet die Forderung, so zu gestalten, daß der Inhalt der Verfassung möglichst gut dem Willen des Volkes entspricht. Aus der Perspektive dieser Forderung läßt sich an vielen historischen und geltenden Verfassungen Kritik üben. In vielen Fällen läßt sich nachweisen, daß Einzelpersonen, Personengruppen oder bestimmte gesellschaftliche Kräfte maßgeblichen Einfluß auf den konkreten Inhalt einer neu geschaffenen Verfassung haben,³³ daß also bei der Realisierung des Verfassunggebungsverfahrens vom Ideal der verfassunggebenden Gewalt „des Volkes“³⁴ mehr oder weniger stark abgewichen wurde, wodurch Zweifel an der Legitimität der jeweiligen Verfassung genährt werden können. Dennoch werden solche Verfassunggebungsverfahren meist nicht sehr streng beurteilt, denn in der außergewöhnlichen Situation eines Umbruchs oder Neuanfangs, wie sie typisch für eine Verfassungsneuschöpfung ist, läßt sich kaum ein „makelloses“ Verfahren durchführen. So führt denn auch ein „Geburtsmakel“ einer Verfassung nicht notwendig zu der Schlußfolgerung, daß diese Verfassung illegitim sei. Das gilt auch für das Grundgesetz.³⁵

Für die zweite Variante der Verfassungserzeugung sind solche Verfahrensmängel vergangener Verfassungsneuschöpfungen ohnehin von geringer Bedeutung, weil sie ihr Augenmerk auf die gegenwärtigen Verhältnisse richtet. Hier geht es um den Gedanken, daß eine Verfassung – wenn sie nicht oktroyiert ist – auf Dauer nur dann Bestand haben kann, wenn sie von den Staatsbürgern auch „getragen“ wird, d.h. wenn die (maßgeblichen) politischen Kräfte mit ihr im großen und ganzen einverstanden sind, m.a.W.: wenn ein „Verfassungskonsens“³⁶ besteht.³⁷ Verfassunggebung bedeutet hier vor allem

Verfassunggebung nur beim Volk und nicht beim Monarchen liegen kann, zum anderen deshalb, weil es in der heutigen dem Demokratieprinzip verpflichteten Verfassungstheorie undenkbar erscheint, die verfassunggebende Gewalt einem anderen Subjekt als – zumindest mittelbar – dem Volk zuzuschreiben. Vgl. dazu E.-W. Böckenförde, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenz begriff des Verfassungsrechts, S. 12 f. Diese Arbeit beschränkt sich daher auf die verfassunggebende Gewalt „des Volkes“, wobei allerdings die Problematik des Begriffs „Volk“ noch zu erörtern sein wird.

- 33 So untersucht etwa K. v. Beyme den Einfluß von verfassunggebenden Versammlungen, Verfassungskommissionen und einzelnen Verfassungsvätern bei der Verfassungsschöpfung: Die verfassunggebende Gewalt des Volkes, S. 7 ff.
- 34 K. v. Beyme spricht hier von „Brechungen des verfassunggebenden Willens des Volkes“ (ebda. S. 7).
- 35 Zur Problematik des „Geburtsmakels“ des Grundgesetzes vgl. nur H.-P. Schneider, HStR § 158 Rn. 37.
- 36 Dazu H. Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung, S. 72 ff.; J. Isensee, Das Volk als Grund der Verfassung, S. 90 ff.

Anerkennung.³⁸ Je nach Situation kann dieser Gedanke in gegensätzlicher Weise argumentativ verwendet werden: Zum einen zur Unterstützung der Behauptung, eine bestehende Verfassung sei nicht (mehr) legitim, weil sie nicht (mehr) von den Staatsbürgern getragen werde; damit lassen sich Forderungen nach Änderung der Verfassung oder der Verfassungspraxis begründen. Zum anderen können mit diesem Gedanken aber auch Zweifel an der Legitimität von Verfassungen beruhigt werden, deren Entstehung möglicherweise mit dem „Makel“ einer fehlenden Urheberchaft des Volkes (im Sinne der ersten Variante der Verfassungserzeugung) behaftet ist – so etwa vielfach geschehen in bezug auf das Grundgesetz.

Bei beiden Bedeutungsvarianten von „Verfassunggebung“ kommt es für die Legitimität der Verfassung in der üblichen Sichtweise entscheidend darauf an, welches Subjekt als Verfassungsgeber, also als Urheber oder Erzeuger der Verfassung angesehen werden kann: Es muß das (souveräne) Volk sein. Die Theorie der verfassungsgebenden Gewalt ist also ein *urheberorientiertes* (d.h.: auf das souveräne Volk als Subjekt der Verfassunggebung bezogenes) Legitimitätsmodell.³⁹

III. Die zugrundeliegende Vorstellung: Verfassungsgebende Gewalt als Ausdruck der Volkssouveränität

Das urheberorientierte Modell der verfassungsgebenden Gewalt hat viele Gemeinsamkeiten mit der Lehre von der Volkssouveränität, also einer Lehre, die fordert, daß die Souveränität im Staat beim Volk liegen müsse, daß jegliches hoheitliches Handeln des Staates

37 In diesem Zusammenhang den Begriff der verfassungsgebenden Gewalt zu verwenden, impliziert die Annahme, daß die verfassungsgebende Gewalt nicht etwa nach Abschluß des ursprünglichen Kreativvorganges ihre Funktion und Bedeutung verliert (so aber etwa M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, S. 273 ff.), sondern unter der Geltung der Verfassung in bestimmter Weise fortbesteht. Auf diese Frage nach der „Permanenz“ der verfassungsgebenden Gewalt wird noch zurückzukommen sein (unten E.IV.2.).

38 Zur „Anerkennungstheorie“ Bierlings und Welckers (hier aber bezogen auf die Anerkennung einzelner Rechtssätze bzw. der gesamten Rechtsordnung, also nicht speziell auf das Verfassungsrecht) kritisch H. Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung, S. 45 ff., der aber auch auf die besondere Bedeutung von Bierlings Gedanken der „freiwilligen Befolgung“ für das Verfassungsrecht hinweist (S. 77) – nicht ohne den Unterschied zwischen der Anerkennung als Kriterium der faktischen Rechtsgeltung nach der Anerkennungstheorie und dem „Verfassungskonsens“ zu betonen (S. 74 ff.). – U. Steiner spricht in diesem Zusammenhang (kritisch) von einem „soziologischen Begriff“ der Demokratie bzw. Volkssouveränität im Unterschied zum normativen Begriff, der an das Verfahren der Verfassunggebung anknüpft: Verfassunggebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 29, 58 ff.

39 So konstatiert etwa H.-P. Schneider (HStR § 158 Rn. 6), daß alle von ihm zuvor aufgezählten unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffs der verfassungsgebenden Gewalt auf eine Rechtfertigung der Verfassunggebung als „Ausübung einer bestimmten Macht oder Autorität“ abzielen, und spricht vom „Willens- und Anordnungsdogma, das sich heute hinter der Vorstellung einer verfassungsgebenden Gewalt verbirgt“ (ebda. Rn. 9). Vgl. auch die - die herrschende Lehre treffend charakterisierende - Bemerkung von T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 473 f.: „Der Sache nach handelt es sich bei der Frage nach der Verortung der verfassungsgebenden Gewalt in der Europäischen Gemeinschaft um eine zeitgemäßere Fassung der alten Frage nach der Souveränität (im Sinne der *suprema potestas*, d.h. der rechtlichen Unabhängigkeit der Herrschaftsmacht von inneren und äußeren Einwirkungen), denn im verfassungsstaatlichen bzw. konstitutionalen System kann die höchste - und das heißt eben verfassungsungebundene - Gewalt nur beim Verfassungsgeber liegen.“

tes auf das Volk zurückgeführt werden müsse. Die urheberorientierte Theorie der verfassunggebenden Gewalt des Volkes ist also möglicherweise lediglich ein Ausdruck bzw. ein Spezialfall der Lehre von der Volkssouveränität. Dieser Zusammenhang soll im folgenden untersucht werden.

1. Der Begriff der Volkssouveränität

Ideengeschichtlich läßt sich die Entstehung des modernen⁴⁰ Begriffs der Volkssouveränität als Aufgreifen der von Jean Bodin entwickelten Souveränitätslehre begreifen.⁴¹ Unter dem Eindruck der Glaubenskämpfe im Frankreich des 16. Jahrhunderts kam Bodin zu der Überzeugung, daß die Einheit eines politischen Verbandes nur durch eine oberste, keinen (weltlichen) Bindungen unterworfenen Herrschaftsgewalt garantiert werden könne. Diese souveräne Herrschaftsgewalt, die „majestas“, muß in *einer* Hand liegen; ihre Teilung, ein Gleichgewicht der Herrschaft, ein dualistisches oder sonst mehrpoliges Herrschaftssystem verstößt gegen diese Bedingung und kann zum Auseinanderbrechen der politischen Einheit führen. Der politische Verband wird durch ein Subjekt zusammengehalten, das die unwiderstehliche Macht hat, seinen Willen durchzusetzen. Das entscheidend Neue an dieser Lehre Bodins war nicht nur die Forderung nach der Konzentration von Macht zu politischer Gestaltung in einer Hand, sondern auch (und vielleicht noch wichtiger) die Erkenntnis, daß eine bewußte politische Gestaltung durch ein menschliches Subjekt überhaupt möglich ist. Zu Bodins Zeit herrschte ja noch die Vorstellung, daß der Mensch und der politische Verband, dem er angehört, Teil einer vorgegebenen gottgewollten Ordnung sei – die undurchsichtige Aufteilung der Macht zwischen Fürst, Ständevertretung und Volk erschien als Bestandteil dieser natürlichen Ordnung. Daß der Mensch das politische Zusammenleben mit anderen Menschen bewußt selbst gestalten kann, war zur Zeit Bodins neu. Diese Erkenntnis markiert das Ende des Mittelalters und kündigt die Aufklärung an – und sie ermöglicht letztlich auch die Vorstellung von der „Verfaßbarkeit“ des Staates.⁴²

Dabei fragt Bodin nicht eigentlich nach der Legitimität von Herrschaft; ihm geht es nicht darum, daß die souveräne Herrschaft gerecht oder richtig sei.⁴³ Vielmehr ist für ihn die Funktionsfähigkeit des politischen Verbandes der Ausgangspunkt. (Vielleicht kann man auch sagen, Bodin führte mit dieser Funktionsfähigkeit ein neues Legitimitätsprinzip ein.) Dementsprechend ist die Lehre Bodins neutral in der Frage, wer denn die souveräne Herrschaftsgewalt innehaben solle; wichtig ist nur, daß sie in einer Hand liegt. Wenn er dennoch die Monarchie für die beste Staatsform hält, so erklärt sich das nicht nur damit, daß er nur den Monarchen für ein mögliches Abbild Gottes und damit Garant für die Vernünftigkeit gewillkürter Gesetze ansah,⁴⁴ sondern wohl auch daraus, daß im Horizont seiner Zeit als realisierbare Möglichkeit zur Lösung der bestehenden Prob-

40 Als „modern“ soll hier der Begriff der Volkssouveränität bezeichnet werden, der etwa seit der Französischen Revolution bis in die Gegenwart verwendet wird. Zu den mittelalterlichen Vorläufern dieses Begriffs vgl. P. Graf Kielmansegg, Volkssouveränität, Erster Teil, I. Kapitel.

41 Zum folgenden P. Graf Kielmansegg, Volkssouveränität, S. 85 ff.; H. Denzer, Bodin.

42 Vgl. J. Isensee, HStR § 13 Rn. 57.

43 P. Graf Kielmansegg, Volkssouveränität, S. 86.

44 Dazu H. Denzer, Bodin, S. 258 f.

leme nur die Stärkung der Monarchie zu einer absoluten Herrschaftsform erkennbar war.

Es ist daher kein Widerspruch zur Souveränitätslehre Bodins, sondern vielmehr eine Fortführung dieser Lehre, wenn kurze Zeit später in einer Gegenbewegung zu absolutistischen Herrschaftsformen die Forderung erhoben wird, das Volk müsse anstelle des Monarchen die souveräne Herrschaft innehaben. Als Vertreter dieser Forderung ist zunächst vor allem Johannes Althusius zu nennen, der die Bodinsche Lehre insoweit in seine Theorie aufnahm.⁴⁵ Bei Althusius schlägt sozusagen das in früheren Jahrhunderten in einer Mittelposition ruhende bzw. sich an unbestimmten Positionen befindende Machtpendel zwischen Volk und Fürst eindeutig in Richtung Volk aus – zumindest in der Theorie. Die Gemeinsamkeit mit der Lehre Bodins liegt darin, daß die Herrschaft durch *ein einziges Subjekt* ausgeübt werden soll, das die *höchste Gewalt* innehat.

Der moderne Begriff der Volkssouveränität ist also durch einen Austausch des Souveräns entstanden: das macht Althusius' Lehre deutlich.⁴⁶ Nicht der Fürst, sondern das Volk soll die souveräne, ungeteilte Herrschaftsgewalt haben. Wesentliches Merkmal des hier aufscheinenden modernen Begriffs der Volkssouveränität ist das Verständnis des „Volkes“ als ein Subjekt mit einem einheitlichen Willen und ungeteilter, unbeschränkter Macht. Althusius geht auf Probleme der Willensbildung im „Volk“ nicht ein. Das Volk handelt bei ihm vielmehr einfach durch die Ständevertretungen und sogar durch den als Amtsträger begriffenen Fürsten.⁴⁷ (Bei der Frage der Äußerung bzw. Betätigung des Willens des Volkes brechen damit die zu seiner Zeit vorgefundenen hierarchischen Gliederungen in Gestalt der Repräsentanten des Volkes in seine Theorie ein und nehmen ihr im Hinblick auf eine praktische Umsetzung die Schärfe.)⁴⁸ Noch deutlicher wird das Verständnis des „Volkes“ als einheitliches Subjekt mit absoluter Herrschaftsgewalt in der noch darzustellenden Theorie Rousseaus, der fast zwei Jahrhunderte nach Althusius die alten ständischen und hierarchischen Vorstellungen abgestreift hatte und bei dem die Idee der Volkssouveränität wohl in reinster Form sichtbar wird.

Kennzeichnend für diese Idee der Volkssouveränität ist das Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft: Individuelle Freiheitsrechte, die sich gegen die souveräne Macht des Volkes richten, sind der Lehre Rousseaus fremd. Fremd ist ihr auch die Anerkennung und Berücksichtigung eines individuellen Willens, der im Widerspruch zur Kollektiventscheidung stehen könnte. Der Inhaber der Volkssouveränität, das Volk, wird eben als einheitliches Subjekt begriffen, dessen Zusammensetzung aus einzelnen Individuen nicht thematisiert wird.

Dieser Befund trifft nicht nur für die ursprüngliche, „reine“, rousseausche Lehre von der Volkssouveränität zu, sondern auch für das spätere Verständnis des Begriffs

45 Und zwar in seiner Schrift „Politica methodice digesta“; dazu P. Graf Kielmansegg, Volkssouveränität, S. 89 ff.

46 Man kann daher Althusius' Lehre als Ausgangspunkt der modernen Theorie der Volkssouveränität ansehen. Dazu P. Graf Kielmansegg, Volkssouveränität, S. 89 f.; gegenüber der modernen Lehre fehlt aber noch der Bezug auf das Individuum.

47 Zu dieser Lehre von der doppelten Repräsentation bei Althusius H. Hofmann, Repräsentation in der Staatslehre der frühen Neuzeit, insb. S. 522 ff.

48 Vgl. P. Graf Kielmansegg, Volkssouveränität, S. 93.

„Volkssouveränität“⁴⁹. Wenn dieser Begriff etwa – vor allem in den sechziger und siebziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts – im Rahmen polemischer Kritik am etablierten politischen System verwendet wurde, dann häufig in dem Sinne, daß eine bestimmte für schlecht gehaltene Form der Ausübung von Staatsgewalt illegitim sei, weil doch „das Volk“ und nicht der in dem System zuständige Amtsinhaber der Souverän sei. Solche Polemik setzte einfach voraus, daß feststeht, was „das Volk“ selbst will; eine Auseinandersetzung mit dem Gegensatz zwischen Individual- und Kollektivinteressen wurde dabei meist vermieden, weil dies die scharfe Polemik verwässert hätte. Aber auch wenn in differenzierterer Weise die Volkssouveränität als Ideal begriffen wird, an dem sich die Ausgestaltung eines politischen Systems und die Ausübung von Staatsgewalt zu orientieren haben, werden damit selten Freiheitsrechte und Individualinteressen angesprochen.⁵⁰

Volkssouveränität bedeutet also für sich genommen und in einem „reinen“ Verständnis⁵¹, daß das Volk souverän herrscht, ausgestattet mit einem bestimmten einheitlichen Willen und genauso souverän wie ehemals ein absolutistischer Fürst – in letzter Konsequenz auch zu Lasten der individuellen Freiheit.⁵²

49 Vgl. dazu den Überblick über das Verständnis von „Volkssouveränität“ in der demokratietheoretischen Literatur bei P. Graf Kielmansegg, *Volkssouveränität*, S. 168 ff. W. Leisner vertrat übrigens 1957 die These, daß die (moderne) Theorie der Volkssouveränität vor allem eine französische, jedenfalls keine deutsche Theorie sei; Deutschland kenne keine Volkssouveränität, weil es hier an der Erfahrung der das Volk einenden Revolution fehle: Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, S. 97 ff.

50 Auch nicht bei R. A. Dahl, der das Ideal der Volkssouveränität so beschreibt: „... whenever policy choices are perceived to exist the alternative selected and enforced as governmental policy is the alternative most preferred by the members“ (*A Preface To Democratic Theory*, S. 37). Das eigentliche Problem der kollektiven Autonomie, die Art und Weise der Berücksichtigung der Einzelwillen in der Kollektiventscheidung, wird hier durch die Formulierung „most preferred by the members“ verdeckt, und auf individuelle Freiheitsrechte wird kein Bezug genommen.

51 Selbstverständlich läßt sich der Begriff „Volkssouveränität“ auch in einer abgeschwächten Weise verstehen, etwa unter Einbeziehung des Gedankens der Gewaltenteilung. Ein solches Verständnis legt etwa I. Pernice dar (Verfassungsentwurf für eine Europäische Union, S. 137 ff.). Eine „funktional repräsentierte“ Volkssouveränität wird demnach von verschiedenen Hoheitsträgern (bzw. Gewalten) ausgeübt, als „Instrumente der Ausübung der Souveränität der Bürger, Repräsentanten funktional aufgeteilter und begrenzter Volkssouveränität“ (ebda. S. 138). In der Tat ist eine so verstandene Volkssouveränität „heute nicht mehr die polemische Antwort auf die Fürstensouveränität des Absolutismus“ (ebda. S. 139). Aber die in diesem Verständnis mitgedachte Beschränkung bzw. Aufteilung der Volkssouveränität ist nicht Bestandteil des „reinen“ und ursprünglichen Begriffs, sondern kann erst auf einen zusätzlichen Gedanken, ein zusätzliches Prinzip zurückgeführt werden: das Prinzip der Gewaltenteilung bzw. – allgemeiner – des Rechtsstaats. Die Gefährlichkeit des „reinen“ Volkssouveränitätsbegriffs sollte hier aber deutlich gemacht werden, um die Bedeutung und die Notwendigkeit der freiheitssichernden Mechanismen wie z.B. der Gewaltenteilung herauszuarbeiten. Daher ist auch im folgenden unter „Volkssouveränität“ immer der „reine“ Begriff zu verstehen.

52 Sachlich in die gleiche Richtung geht die Schlußfolgerung Kielmanseggs aus seiner Untersuchung des Begriffs der Volkssouveränität (P. Graf Kielmansegg, *Volkssouveränität*, S. 234 ff.): Die Vorstellung, daß durch das Prinzip der Volkssouveränität der Schutz individueller Rechte gewährleistet sei, beruhe u.a. auf der Annahme, kollektive Souveränität sei die Summierung individueller Selbstbestimmung, „und dies, ohne daß ein Rest bleibt“ (S. 246), und diese Annahme sei falsch.

2. Das Verhältnis zwischen verfassungsgebender Gewalt und Volkssouveränität

„Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ – so die Formulierung des Grundgesetzes (in Art. 20 II 1) für ein Prinzip, ohne das die Legitimation staatlichen Handelns heute undenkbar erscheint. Die Vorstellung, daß eine Behörde, ein Staatsorgan mit den ihr bzw. ihm zur Verfügung stehenden Machtmitteln letztlich nur deswegen tätig werden darf, weil „das Volk“ es so will, scheint unabdingbar für die Akzeptanz dieser Tätigkeit. Eine Ableitung staatlicher Autorität von einer anderen Instanz als dem Volk, z.B. von Gott, der Familienzugehörigkeit eines Amtsinhabers oder von einer „Klasse“, kommt im westlichen Kulturkreis nicht mehr in Betracht. Das Volk ist die höchste Entscheidungsinstanz, es ist der Souverän. Es erscheint daher fast als selbstverständlich, daß das Volk auch die Entscheidung über die grundlegende rechtliche Ordnung im Staat, über die Verfassung zu treffen hat. Die Lehre von der Volkssouveränität scheint ein geradezu klassisches Wirkungsfeld in der Verfassungsgebung zu haben.⁵³

Trotz der Eingängigkeit dieser Auffassung von der Übereinstimmung zwischen verfassungsgebender Gewalt und Volkssouveränität sind Widersprüche bzw. Unterschiede zwischen diesen beiden Begriffen verschiedentlich untersucht worden.⁵⁴

Einen Versuch, verfassungsgebende Gewalt und Volkssouveränität zu unterscheiden, unternimmt etwa W. Henke. In enger Anlehnung an Gedanken und Terminologie Carl Schmitts legt er – insoweit den Rahmen der Schmittschen Lehre verlassend – besonderen Wert auf die Trennung zwischen Staatsgewalt und Volk⁵⁵. Die Staatsgewalt bewahre die Einheit der Nation „in echtem, hoheitlichem Gegenüber“, und mache sie dadurch politisch handlungsfähig⁵⁶. Bei der Verfassungsgebung erzeuge die Staatsgewalt das Verfassungsgesetz⁵⁷ (dieses in der Bedeutung der Terminologie Carl Schmitts). Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes dagegen sei – hier übernimmt Henke die Lehre

53 So etwa E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 3: Die Theorie der Volkssouveränität habe sich in der Lehre vom *pouvoir constituant* ihre „bündigste programmatische Formel“ geschaffen und „hieraus die letzten nicht weiter zu überbietenden Konsequenzen“ gezogen. J. Isensee meint, das „Dogma von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes“ erweise sich „als Konsequenz der Volkssouveränität“ (Das Volk als Grund der Verfassung, S. 22). G. F. Schuppert bezeichnet den Begriff der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes als einen Ausdruck der demokratischen Vorstellung der Volkssouveränität (The Constituent Power, S. 39). Eine Entsprechung zwischen Volkssouveränität und verfassungsgebender Gewalt sieht auch Carl Schmitt: „Wenn die Nation als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt dem absoluten Fürsten entgegentritt und seinen Absolutismus beseitigt, so setzt sie sich ebenso absolut an seine Stelle.“ (C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 51). Der durch Austausch des Souveräns entstandene Begriff der Volkssouveränität wird von Schmitt mit der verfassungsgebenden Gewalt gleichgesetzt. Auch Kielmansegg, der seinen Überlegungen ein urheberorientiertes Modell der verfassungsgebenden Gewalt zugrundelegt, sieht keinen Widerspruch zwischen Volkssouveränität und verfassungsgebender Gewalt; vgl. dazu seine Ausführungen zur verfassungsgebenden Gewalt auf S. 240 f. Ebenso D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 36: „die Ausübung des *pouvoir constituant* (hat) die faktische Souveränität des Volkes zur Voraussetzung“.

54 Vgl. die Darstellung dieser Untersuchungen bei U. Steiner, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 67 ff.

55 W. Henke, Die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes, S. 17 f.

56 Ebda. S. 30 f.

57 Ebda. S. 32.

von Carl Schmitt – der politische Wille des Volkes, der die Entscheidung über die Verfassung treffe⁵⁸. Das Zusammenwirken von verfassungsgebender Gewalt und Staatsgewalt beschreibt Henke dann so: „Das Volk trifft die Entscheidung über die Verfassung, die Staatsgewalt stellt den verfassungsgebenden Willen des Volkes fest und erläßt ihm entsprechend das Verfassungsgesetz.“⁵⁹ Die Lehre von der Volkssouveränität verwischt nach Ansicht Henkes die für ihn notwendige Unterscheidung zwischen verfassungsgebender Gewalt und Staatsgewalt, indem sie beides im Begriff der Volkssouveränität vereinige⁶⁰; diese Lehre setze voraus, daß die politische Einheit des Volkes von selbst (ohne Hilfe der Staatsgewalt) besteht, was nicht zutreffe⁶¹. Die verfassungsgebende Gewalt unterscheidet sich also nach Henke von der Volkssouveränität dadurch, daß ihr (der verfassungsgebenden Gewalt) die Staatsgewalt gegenüber- und zur Seite gestellt wird.

An Sinn und Notwendigkeit eines solchen Herausstreichens der Rolle der „Staatsgewalt“ bei der Verfassungsgebung – und damit an Henkes Unterscheidung zwischen verfassungsgebender Gewalt und Volkssouveränität – sind Zweifel angebracht. Das Verhältnis zwischen „Staatsgewalt“ und verfassungsgebender Gewalt wird – über den oben zitierten Satz kaum hinausgehend – nur sehr knapp beschrieben, obwohl eine Theorie, die gerade auf die Unterscheidung zwischen diesen beiden „Gewalten“ besonderen Wert legt, eigentlich eine detaillierte Untersuchung dieses Verhältnisses erwarten läßt. Möglicherweise meint Henke mit „Staatsgewalt“ auch nicht mehr als eine begriffliche Zusammenfassung der formalen Aspekte der Verfassungsgebung.

Eine näherliegende Möglichkeit der Unterscheidung zwischen verfassungsgebender Gewalt und Volkssouveränität bietet sich in der zeitlichen Dimension: Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes äußert sich bei der ursprünglichen Erzeugung einer Verfassung (entsprechend der oben dargestellten ersten Erzeugungsvariante) und bestimmt die Grundordnung der politischen Gemeinschaft; während der Geltungsdauer dieser Verfassung äußert sich die Volkssouveränität in Entscheidungen *innerhalb* des durch die anfängliche Grundentscheidung gesetzten Rahmens. Eine solche Unterscheidung ist in der Lage, den erhöhten Geltungsrang der Verfassung zu sichern: Die Verfassung steht während ihrer Geltungsdauer über dem Willen des Volkes.

In die gleiche Richtung zielt die eingehende Kritik W. Kägis an der Ineinssetzung von Volkssouveränität und verfassungsgebender Gewalt.⁶² Die Verfassung verliere ihre Normativität, wenn sie zur jederzeitigen Disposition des Mehrheitswillens gestellt sei; dies komme einer Diktatur gleich, denn die Verfassung bestünde dann eigentlich nur noch aus dem einen Satz: „Das Volk darf alles tun“.⁶³ Der Schutz der Grundrechte, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit und das richterliche Prüfungsrecht seien dadurch gefährdet.

58 Ebda. S. 24.

59 Ebda. S. 33.

60 Ebda. S. 48.

61 Ebda. S. 46.

62 W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 7. Kapitel (S. 152 ff.).

63 Ebda. S. 165. Zur Begründung dieses Verfassungssatzes genüge das „Tel est notre bon plaisir!“.

Der zuletzt genannte Aspekt der Normativität der Verfassung ist sicher ein wichtiger Grund für die Unterscheidung zwischen Volkssouveränität und verfassungsgebender Gewalt.⁶⁴ Allerdings haben auch die Überlegungen der Autoren, die Volkssouveränität und verfassungsgebende Gewalt mit dieser Begründung unterscheiden wollen, mit der „reinen“ Lehre von der Volkssouveränität eines gemein: Sie sehen das Volk zunächst als *einheitliches Subjekt*; im Akt der (ursprünglichen) Verfassungsgebung handelt das Volk bei diesen Autoren ebenso in der Art einer allmächtigen einzelnen Person wie sonst in der Theorie der Volkssouveränität; erst *nach* diesem ursprünglichen Akt gibt es in Gestalt der Verfassung eine Beschränkung der ursprünglichen Souveränität, und das einheitliche Subjekt zerfällt in die in der Verfassung vorgesehenen Organe mit jeweils bestimmten Zuständigkeiten.

Zumindest in dieser Hinsicht, nämlich dem Bild der verfassungsgebenden Gewalt als einheitlichem Subjekt, das (einmalig oder permanent) souverän handelt, ist daher die Feststellung gerechtfertigt, daß sich die urheberorientierte Theorie der verfassungsgebenden Gewalt an die Lehre von der Volkssouveränität anlehnt.

B. Die klassischen Theorien der Verfassungsgebung

Der skizzierten Argumentationsstruktur der gegenwärtigen urheberorientierten Theorie der verfassungsgebenden Gewalt sollen im folgenden die drei wesentlichen klassischen Theorien der Verfassungsgebung gegenübergestellt werden: die Verfassungstheorien der Amerikanischen und der Französischen Revolution und die Lehre Carl Schmitts (die aus heutiger Sicht in Anbetracht ihrer Wirkung ebenfalls als „klassisch“ bezeichnet werden muß).

I. Die Verfassungstheorie der Amerikanischen Revolution

1. Zur Bedeutung der Amerikanischen Revolution für die Theorie der Verfassungsgebung

Der amerikanische Beitrag zur Entstehung und Entwicklung der Theorie der Verfassungsgebung wird häufig unterschätzt.⁶⁵ Das mag zum Teil darin begründet sein, daß die Theorie der Verfassungsgebung heute weitgehend auf den Aspekt der verfassungsgebenden Gewalt reduziert und die Entwicklung *dieses* Aspektes den Theoretikern der Französischen Revolution zugeschrieben wird. In der Tat beanspruchte der bedeutendste Theoretiker der Französischen Revolution, Emmanuel Sieyès, selbst die Urheberschaft an der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt.⁶⁶ Und in der Amerikanischen Revoluti-

64 So auch H.-P. Schneider, HStR § 158 Rn. 24.

65 Oft wird der Ursprung der Theorie allein in der Französischen Revolution gesehen. So schreibt E.-W. Böckenförde, daß der Begriff der verfassungsgebenden Gewalt „zuerst 1788-1789 vom Abbé Sieyès entwickelt“ worden sei (Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbezug des Verfassungsrechts, S. 12); vgl. auch etwa D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 177.

66 Vgl. E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 1. Zweig weist darauf hin, daß dieser Anspruch Sieyès' schon bei seinen Zeitgenossen auf Widerspruch stieß, und hebt den Einfluß der Amerikaner auf die französische Theorie hervor.

on wurde der Begriff „constituent power“ nur vereinzelt und nicht mit der gleichen Klarheit und argumentativen Stärke verwendet wie wenig später in Frankreich der des „pouvoir constituant“.⁶⁷ Dennoch waren es die Amerikaner, die, wie gleich zu zeigen sein wird, im Zuge ihrer Unabhängigkeitsbewegung in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts einige zentrale Elemente der Theorie der Verfassungsgebung und der mit dieser Theorie verbundenen Begründungen für Verfassungslegitimität zuerst entwickelten und in die Praxis umsetzten. Dabei war die amerikanische Theorie (wie übrigens auch die französische – dazu später) keineswegs auf den Aspekt der verfassungsgebenden Gewalt beschränkt.

Der amerikanische Beitrag zu einer Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung erklärt sich allerdings nicht, wie es auf den ersten Blick scheint, daraus, daß die Siedler zunächst in einem verfassungslosen Zustand gewesen wären und sich daher zwangsläufig mit der Verfassungsgebung hätten beschäftigen müssen. Die neuen Verfassungen der amerikanischen Einzelstaaten nach der Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776 wurden nicht aus dem Nichts heraus geschaffen; vielmehr existierten bereits verfassungsähnliche Regelungen in den Charters, die den Kolonien von der Krone bzw. ihren jeweiligen Eigentümern oktroyiert worden waren.⁶⁸ Diese Charters bildeten oft die Grundlage der neuen Verfassungen der Einzelstaaten bzw. wurden sogar ohne größere Änderung als Verfassung übernommen.⁶⁹ Auch idealisierte Gründungsmythen wie der Pakt auf der Mayflower lassen sich nicht auf die realen amerikanischen Verfassungsgebungen übertragen: Die Verfassungen wurden nicht *unmittelbar* von den Bürgern geschaffen. Die Zahl der Siedler in den Einzelstaaten war zwar im Vergleich zur Bevölkerung moderner Staaten klein, und zumindest auf der Ebene der einzelnen Gemeinden wurde auch unmittelbare Volksgesetzgebung praktiziert;⁷⁰ aber eine Verfassungsgebung unmittelbar durch das Volk (also dessen über eine bloße Abstimmung hinausgehende Einbeziehung z.B. in die Entwurfserstellung und -beratung) war unpraktikabel. In den Einzelstaaten und später auch auf Bundesebene sollte die Verfassung vielmehr (in manchen Fällen kombiniert mit einer abschließenden Bestätigung durch ein Referendum) durch Repräsentationsorgane geschaffen werden, nämlich zunächst die Konvente oder Kongresse,⁷¹ mit denen die Kolonisten im Zuge der Unabhängigwerdung in den einzel-

67 So wird die Fähigkeit eines regulären Parlaments, die Verfassung zu ändern, 1776 in Pennsylvania als „constitutional power“ bezeichnet und kritisiert (Beleg bei G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 336). W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, S. 70, 88 ff., weist auf eine sehr plakative Verwendung des Begriffs 1777 in Vermont hin, die auf eine theoretische Untermauerung verzichtet und insbesondere nicht an die Elemente der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt anknüpft, die zu diesem Zeitpunkt schon zur Verfügung standen.

68 Zu diesen Charters D. S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*, S. 35 ff.; E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, S. 54 f.; G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 515 ff.; H. J. Boehl, *Verfassungsgebung im Bundesstaat*, S. 32 f.

69 Das trifft für die Verfassungen von Connecticut und Rhode Island zu; dazu W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, S. 20, 70 f.; E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, S. 55 (Fn. 5). Manche der kolonialen Charters – so auch im Fall Connecticut – stellten selbst allerdings wiederum nur eine Bestätigung von Vereinbarungen der Siedler dar; vgl. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 515.

70 Dazu A. de Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika*, S. 53 ff.

71 W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, S. 69 f.

nen Staaten Aufgaben der Gesetzgebung, aber auch der Exekutive und sogar der Gerichtsbarkeit in eigener Verantwortung übernommen hatten,⁷² später durch Verfassungskonvente. Auf letztere wird sogleich noch zurückzukommen sein.

Es ist also weniger die Neugründungssituation als solche, die die amerikanische Revolution für die Theorie der Verfassungsgebung fruchtbar werden läßt; vielmehr sind es bestimmte, teilweise in die britische Rechtstradition zurückreichende, teilweise dieser Tradition deutlich widersprechende Vorstellungen über die Verfassung und ihr Zustandekommen. So hatte sich die Unabhängigkeitsbewegung in den amerikanischen Kolonien insbesondere gegen den Souveränitätsanspruch des britischen Parlaments gewandt. Es ist daher nur folgerichtig, wenn die amerikanische Theorie die britische Doktrin von der Parlamentssoveränität nicht übernahm, sondern im Gegenteil die Bindung auch der Legislative an höheres Recht (die Verfassung als „paramount law“⁷³) forderte.⁷³ Tatsächlich führten die amerikanischen Kolonisten, bevor sie ihre eigenen Verfassungen geschaffen hatten, die (in ihren Augen zu diesem Zeitpunkt auch für sie noch geltende) Verfassung des britischen Mutterlandes gegen die Steuergesetze des britischen Parlaments ins Feld⁷⁴ – nach der britischen Doktrin der Parlamentssoveränität eine geradezu absurde Argumentation.⁷⁵ Voraussetzung für die Vorstellung einer solchen Bindung des Gesetzgebers ist eine entsprechende Normenhierarchie, also die normative Überordnung der Verfassung über die einfachen, vom regulären Gesetzgeber erlassenen Gesetze.⁷⁶ Gerade die Normenhierarchie ist ein zentrales Element der Legitimation durch Verfassungsgebung, denn nur auf ihrer Grundlage kann auch der einfache Gesetzgeber durch die Verfassung gebunden werden.

Ein anderes, damit aber im Zusammenhang stehendes zentrales Element dieser Theorie ist die Unterscheidung und Trennung zwischen dem verfassungsgebenden und dem gesetzgebenden Organ. Während die ersten Verfassungen der amerikanischen Einzelstaaten, wie schon erwähnt, noch von Konventen bzw. Kongressen beschlossen wurden, die vorwiegend Aufgaben der Gesetzgebung (und zum Teil auch der Regierung und der Rechtsprechung) wahrnahmen, wurden bald auch spezielle Verfassungskonvente (*Con-*

72 Ebda. S. 51 ff.

73 Diese Ablehnung der britischen Doktrin und die gegenüber der britischen Tradition fundamental neue amerikanische Vorstellung vom Wesen und der Funktion einer Verfassung wird schon 1784 sehr deutlich von Thomas Tudor Tucker erkannt und in dem Pamphlet „Conciliatory Hints, Attempting by a Fair State of Matters, to Remove Party Prejudice“ zum Ausdruck gebracht. Auszüge aus dem Pamphlet sind bei G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 280 f. wiedergegeben. Zum Gegensatz zwischen britischer und amerikanischer Theorie auch H. J. Böehl, *Verfassungsgebung im Bundesstaat*, S. 39 ff.

74 G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 10 ff.; W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, S. 30 ff.

75 Der Unterschied in den Vorstellungen der Kolonisten und des Mutterlandes liegt zumindest zum Teil in den Erfahrungen begründet, die die Kolonisten mit den Charters machten, die ihnen mit der Autorität des Mutterlandes von der Krone oder den jeweiligen Kolonieeigentümern vorgeschrieben wurden und die insbesondere für die Gesetzgebungsorgane der Kolonien bindend waren; die Kolonisten übertrugen diese absolute Bindungsfunktion ihrer Charters auf die britische Verfassung. Vgl. dazu W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, S. 31.

76 Vgl. dazu H. Hofmann, *Zur Idee des Staatsgrundgesetzes*, S. 286; H. J. Böehl, *Verfassungsgebung im Bundesstaat*, S. 40.

stitutional Conventions oder Revolutionary Conventions)⁷⁷ gewählt. Diese Verfassungskonvente beschäftigten sich aber anfangs ebenfalls teilweise mit Aufgaben einfacher Gesetzgebung,⁷⁸ obwohl dies immer wieder kritisiert und eine klare Trennung von Verfassungsgebung und Gesetzgebung gefordert wurde.⁷⁹ Einige Parlamente der Kolonien bzw. neuen Einzelstaaten wurden zwar anlässlich der Verfassungsgebung neu gewählt, übten aber im übrigen ihre Gesetzgebungstätigkeit weiter aus; in anderen Fällen wurden Konvente zwar neu geschaffen, setzten aber nach Vollendung der Verfassungsgebung ihre Tätigkeit als einfacher Gesetzgeber fort. Erstmals wurde 1779 in Massachusetts – nach einigen gescheiterten Anläufen mit anderen Verfahrensgestaltungen – ein Konvent als reines Verfassungsgebungsorgan gewählt,⁸⁰ und dieses Verfahren wurde danach zum Standard bei den Verfassungsgebungen in den Einzelstaaten und auch bei der Bundesverfassung.

Weitere wichtige Beiträge der Amerikanischen Revolution zur Theorie der Verfassungsgebung sind in der Vorstellung von der Gewaltenteilung durch das Volk, den verfassungsrechtlich garantierten Grundrechten und der Theorie der bundesstaatlichen Verfassungsgebung zu sehen. Das wird sogleich noch zu erörtern sein.

2. Verfassungsgebung durch Konvente und hierarchische Überordnung der Verfassung

Zuvor soll aber der wohl wichtigste Beitrag der amerikanischen Theorie, nämlich die Einrichtung der Konvente (Conventions) und die Verknüpfung dieser besonderen Organe mit der Normenhierarchie, etwas eingehender betrachtet werden. *Konvente* sind ein Teil der zunächst ja auch in den amerikanischen Kolonien beachteten britischen Verfassungstradition; dort handelte es sich um außerordentliche Parlamente, die nicht vom König einberufen wurden, sondern in einem besonderen Konfliktfall (an dem der König beteiligt war) zusammenkamen, um eine konfliktlösende Entscheidung zu treffen.⁸¹ Die

77 Die Begriffe Constitutional Convention und Revolutionary Convention werden häufig in der Weise unterschieden, daß die Constitutional Convention lediglich eine in den neugeschaffenen Verfassungen der Einzelstaaten vorgesehene Einrichtung zur Überprüfung der Verfassung und zur Verfassungsänderung ist, während die Conventions, die in der Revolutionszeit zu Verfassungsneuschöpfungen führten, als Revolutionary Convention bezeichnet werden. Diese Bezeichnungen sind jedoch nicht einheitlich; manchmal werden auch die Conventions der Revolutionszeit als Constitutional Conventions bezeichnet, und oft ist nur von „Conventions“ die Rede. Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Conventions in Amerika spielte auch in den Debatten der französischen Nationalversammlung eine Rolle; dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 330. Zu den Conventions allgemein H. J. Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 36 ff.

78 So in Delaware und Georgia, wo sich die Constitutional Convention bald nach der Verfassungsgebung auflöste; dazu W. P. Adams, Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit, S. 76 f., 81. Vgl. auch H. J. Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 47 f.; R. R. Palmer, The Age of the Democratic Revolution, S. 217.

79 So in Delaware, Pennsylvania und Massachusetts; vgl. G. S. Wood, The Creation of the American Republic 1776-1787, S. 333, 338, 341.

80 Dazu W. P. Adams, Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit, S. 83 ff.; R. R. Palmer, The Age of the Democratic Revolution, S. 223 ff.

81 Solche Conventions wurden z.B. 1660 zur Anerkennung Karls II. als König und 1689 zur Durchführung des Thronwechsels einberufen. Vgl. dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 48 f. Im Vorfeld der verfassungsgebenden Conventions fanden auch in Amerika Conventions zu anderen

amerikanischen Kongresse und Konvente waren Versammlungen, die in der Anfangszeit der Amerikanischen Revolution wie die britischen Conventions zunächst mit der Begründung zusammentraten, daß das reguläre Parlament nicht mehr funktionsfähig sei; in den Kolonien wurde nämlich die Tätigkeit der regulären Legislative durch die jeweiligen Gouverneure immer wieder behindert.⁸² Die Legitimität der Konvente als außerordentliche, in den Charters oder Verfassungen der Kolonien nicht vorgesehene Organe wurde zwar von konservativen Kräften angezweifelt,⁸³ schließlich aber mit dem Argument anerkannt, daß das Volk, wenn es seinem Willen nicht anders Ausdruck verleihen könne, zumindest eine Art Notrecht zur Bildung von Konventen habe, deren Tätigkeit aber beendet werden müsse, wenn die reguläre Gesetzgebung wieder arbeitsfähig sei.⁸⁴

Die bloße Tatsache, daß die Konvente als funktionsfähige, legitime außerordentliche Rechtsetzungsorgane zur Verfügung standen, erklärt aber alleine noch nicht, warum sie im Zuge der Unabhängigwerdung auch als ideale *Verfassungsgebungsorgane* angesehen wurden. Die Vorstellung von einem besonderen verfassungsgebenden Organ steht nämlich in direktem Zusammenhang mit dem Postulat der *Normenhierarchie*: Die Verfassung kann nur dann effektiv über dem einfachen Gesetz stehen, wenn auch die dazugehörigen Normerzeuger unterschieden werden; denn nur wenn die Verfassung nicht vom Parlament selbst erzeugt wird (und damit von ihm auch wieder aufgehoben werden kann), wenn also der reguläre Gesetzgeber nicht selbst Herr über die Verfassung ist, kann er effektiv an die Verfassung gebunden werden.⁸⁵ Die Normenhierarchie verlangt also nach einer Unterscheidung zwischen rechtsetzendem und verfassungsgebendem Organ.

Diese Trennung von verfassungsgebenden und gesetzgebenden Organen ist also eine notwendige Bedingung für die Herstellung eines hierarchischen Verhältnisses von Verfassung und Gesetz; sie ist dafür aber noch keine hinreichende Bedingung. Die Überordnung der Verfassung über das Gesetz wird vielmehr erst durch die Vorstellung begründet, daß das verfassungsgebende Repräsentationsorgan vom Volk (auf dessen Willen in der amerikanischen Theorie jede Rechtsnorm zurückgehen muß) *in besonderer Weise* für die Verfassungsgebung legitimiert sein muß; die Legitimierung zur einfachen Gesetzgebung genügt demnach nicht. Das wird vor allem in den amerikanischen Einzelstaaten deutlich, in denen die regulären Gesetzgebungsorgane zum Zeitpunkt der Unabhängigwerdung noch funktionsfähig waren, nämlich Delaware und Pennsylvania: Auch hier wurde die Forderung erhoben, besondere verfassungsgebende Konvente zu bilden, weil die regulären Gesetzgebungsorgane zur Schaffung einer übergeordneten Norm

Anlässen statt; sie wandten sich z.B. gegen die Zollgesetze des britischen Mutterlandes; dazu W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, S. 39 ff.

82 Die Gouverneure konnten das Recht geltend machen, die Legislative aufzulösen oder ihre Sitzungen zu vertagen. Zum ganzen G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 312 ff.

83 G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 314 f.

84 Ebda. S. 315.

85 In einem Pamphlet in Pennsylvania 1776 wird zum Ausdruck gebracht, welche Folgen eine Verfassungsgebung durch das reguläre Gesetzgebungsorgan haben würde: „Otherwise every legislative body would have the power of suppressing a constitution at will; it is an act which can be done *to them*, but cannot be done *by them*.“ (zit. bei G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 337; Hervorhebung im Original.)

nicht legitimiert seien.⁸⁶ Zur Verfassungsgebung ist also ein besonderer, ausdrücklich auf die Verfassungsgebung gerichteter Willensakt des Volkes erforderlich, etwa die Wahl zu einem verfassungsgebenden Konvent. Erst dieser besondere Willensakt verleiht dem verfassungsgebenden Organ die Befugnis und Fähigkeit, eine über dem regulären Gesetz stehende Norm zu setzen.⁸⁷ Die ersten Verfassungsgebungsverfahren der Einzelstaaten erfüllten diese Anforderungen, wie schon erwähnt, noch nicht: Die Verfassungen wurden von Kongressen geschaffen, die in erster Linie (außerordentliche) Gesetzgebungsorgane darstellten. Erst später fanden besondere Wahlen dieser Organe anlässlich der Verfassungsgebung statt; eine klare Trennung der Wahl von Verfassungsgebungs- und Gesetzgebungsorgan erfolgte dann erst ab 1779.⁸⁸ Auch bei der Schaffung der amerikanischen Bundesverfassung 1787-89 trat die Vorstellung deutlich hervor, daß die Überordnung dieser Verfassung über die gesetzgebenden Organe (des Bundes und der Einzelstaaten) nur durch einen besonderen Konvent und die damit verbundene Rückführung auf einen besonderen, auf die Verfassung bezogenen Willensakt des Volkes verwirklicht werden kann. Eine Kreation der Bundesverfassung allein durch die schon existierenden Gesetzgebungsorgane der Einzelstaaten wurde als nicht ausreichend zur Begründung der erforderlichen Normenhierarchie angesehen.⁸⁹

Bevor nun die weiteren Elemente der amerikanischen Theorie erörtert werden, soll in einem Exkurs auf die Lehren von Locke und Montesquieu eingegangen werden, die wesentliche Grundlagen für die amerikanischen Vorstellungen von Grundrechten und Gewaltenteilung schufen.

3. Exkurs: Locke und Montesquieu

Wesentliche theoretische Vorarbeiten für die Konturierung vor allem der Grundrechte in der Verfassungstheorie der Amerikanischen Revolution leistete der Engländer John Locke⁹⁰.

Seine politische Theorie präsentiert sich als eine Theorie des Gesellschaftsvertrages und reiht sich damit in die Vertragstheorien der Aufklärung ein, als deren Vertreter neben Locke vor allem Hobbes, Rousseau und Kant zu nennen sind und die in jüngerer

86 Vgl. G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 332 ff.

87 Die Vorstellung, daß der Konvent dem Parlament übergeordnet ist, findet sich im Ansatz schon 1688 in der *Glorious Revolution in England*, nämlich in bezug auf die Convention, durch die William und Mary inthronisiert wurden. Dazu G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 318 f.

88 Dennoch enthalten auch einige frühe amerikanische Einzelstaatsverfassungen zumindest das Bekenntnis zum Prinzip der besonderen Legitimation zur Verfassungsgebung, die von der Legitimation zur bloßen Gesetzgebung zu unterscheiden ist; in unterschiedlichen Formulierungen behaupten diese Verfassungen, daß das verfassungsgebende (und gleichzeitig gesetzgebende) Organ in besonderer Weise (auch) zur Verfassungsgebung ermächtigt sei. Vgl. dazu W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, S. 69 (mit Beispielen aus den Verfassungstexten in Fn. 1).

89 G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 532 f.

90 Zu Lockes Leben und Werk vgl. auch W. Euchner, *Locke*; U. Steinvorth, *Stationen der politischen Theorie*, S. 55 ff.

Zeit vornehmlich durch amerikanische Autoren wie John Rawls weiterentwickelt worden sind.⁹¹

Die Vertragstheorien weisen einander formal sehr ähnliche Argumentationsstrukturen auf.⁹² Zunächst enthalten sie Beschreibungen des Zustandes vor dem „Vertragsschluß“; dieser Zustand wird meist als „Naturzustand“ bezeichnet und mehr oder weniger detailliert beschrieben. Diese Beschreibungen des Naturzustandes enthalten zum einen die Schilderung bestimmter, als untragbar dargestellter äußerer Umstände (z.B. gegenseitige Bedrohung oder die ungerechte Verteilung begrenzter Güter), zum anderen die Entscheidungsbedingungen, die für den Vertragsschluß gelten sollen (z.B. Gleichheit, Freiheit, Verfahrensfairneß). Die als untragbar dargestellten äußeren Umstände sollen die Motivation zum Vertragsschluß begründen, die Entscheidungsbedingungen sollen die moralische Zulässigkeit des Einigungsprozesses garantieren.⁹³ Ein unter den „richtigen“, vernünftigen Entscheidungsbedingungen zustande gekommenes Ergebnis ist dann selbst richtig bzw. vernünftig. W. Kersting hat diese Argumentationsstruktur als „kontraktualistisches Argument“ bezeichnet.⁹⁴

Locke entwickelt seine Theorie des Gesellschaftsvertrages in der zweiten seiner „Zwei Abhandlungen über die Regierung“.⁹⁵ Im Naturzustand dieser Theorie haben die

91 Eine ausführliche Darstellung und Analyse der wichtigsten Vertragslehren findet sich bei W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*. Vgl. auch H. Hofmann, *Die klassische Lehre vom Herrschaftsvertrag und der „Neo-Kontraktualismus“*; P. Koller, *Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen*; ders., *Neue Theorien des Sozialkontrakts*.

92 Hierzu und zum folgenden W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, S. 54 ff.

93 W. Kersting weist zutreffend darauf hin, daß die Plausibilität einer Vertragstheorie wesentlich von der Wahl der Entscheidungsbedingungen abhängt. Stimmen diese angenommenen Entscheidungsbedingungen mit unseren „grundlegenden Vorstellungen über Gerechtigkeit, Fairneß und (den) Bedingungen moralisch-rationaler Argumentation“ (*Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, S. 56) überein, so erscheinen die Ergebnisse des Vertragsschlusses und damit der jeweiligen Theorie als plausibel. Eigentlich bedarf es in einer Vertragstheorie also einer weiteren Begründung der Entscheidungsbedingungen – Kersting nennt diese Begründung das „Vertragsbegründungsargument“ (ebda.). Leider wird die Wahl der Entscheidungsbedingungen oft nicht näher begründet, sondern deren Evidenz vorausgesetzt. Eine bemerkenswerte Ausnahme ist dabei die Gerechtigkeitstheorie von Rawls, die ihr Hauptaugenmerk auf die Begründung der Entscheidungsbedingungen legt.

94 W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, S. 54 ff. Kersting zergliedert diese Argumentationsstruktur in drei Teilargumente. Die Konstruktion des Vertragsinhalts nach „nutzenkalkulatorischen Gesichtspunkten“ mit Hilfe der instrumentell-strategischen Vernunft mit dem Ziel der Überwindung der Schwierigkeiten des Naturzustandes bezeichnet er als „Vertragsinhaltsargument“ (S. 54). Die Darstellung des Naturzustandes mit den widrigen Umständen und den Entscheidungsbedingungen nennt er „Vertragssituationsargument“ oder „Naturzustandsargument“. Die widrigen Umstände sollen dabei, wie schon angedeutet, die Motivation zum Vertragsschluß schlechthin begründen, während die Entscheidungsbedingungen die Moralität des Einigungsprozesses garantieren. Zum Vertragsbegründungselement vgl. Fn. 93.

95 J. Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Zweite Abhandlung, §§ 123 ff. Die Interpretation von Lockes politischer Theorie ist durchaus umstritten; vgl. dazu U. Steinvoth, *Stationen der politischen Theorie*, S. 55 ff.; W. Euchner, *Einleitung des Herausgebers*, S. 43 ff. Die einzelnen Streitpunkte müssen hier nicht entschieden werden. So ist es für die folgenden Ausführungen unerheblich, wie sich Lockes politische Theorie zu seiner Erkenntnistheorie verhält und ob Locke seine politische Theorie selbst als systematische Theorie verstand; ebenso unerheblich ist das Verhältnis der Anteile von eigenem Beitrag und aus anderer Quelle übernommenen Elementen in Lockes politischer Theo-

Individuen natürliche Rechte, insbesondere ein Freiheitsrecht im Sinne der Selbstbestimmung und Unabhängigkeit von der Willkür anderer; dabei kommt ihnen rechtliche Gleichheit zu, die natürlichen Rechte sind also für alle gleich.⁹⁶ Außer dem genannten Freiheitsrecht nennt Locke noch andere, konkretere natürliche Rechte: so das Recht auf Eigentum an den Sachen, die man sich durch eigene Arbeit aneignet (dieses natürliche Sacheigentum folgert Locke daraus, daß der Mensch Eigentümer seiner eigenen Person und ihrer Handlungen oder Arbeit ist)⁹⁷, oder das Recht auf Leben und Gesundheit.⁹⁸ Insgesamt entsprechen diese Rechte im Naturzustand einem „natürlichen Gesetz“, dessen Geltung vor allem theologisch, aber auch mit vernunftrechtlichen Überlegungen begründet wird.⁹⁹

Neben den erwähnten natürlichen Rechten nimmt Locke die Geltung einer anderen Art von Rechten im Naturzustand an, nämlich das Recht zu Vollstreckung und Bestrafung.¹⁰⁰ Das ist so zu verstehen, daß im Naturzustand nicht nur jedermann das Recht hat, seine natürlichen Rechte selbst auch gewaltsam durchzusetzen, sondern darüber hinaus jedermann das Recht hat, einen anderen angemessen zu bestrafen, wenn dieser Unrecht begangen, d.h. das natürliche Gesetz übertreten hat.

Der Vertragsschluß dient nun dazu, die Unsicherheit der natürlichen Rechte zu beseitigen.¹⁰¹ Diese Unsicherheit resultiert aus der Kriminalität mancher Naturzustandsbewohner, die zu Übergriffen führt, aber auch aus der praktischen Unbestimmtheit des natürlichen Gesetzes, die dadurch entsteht, daß die Naturzustandsbewohner es nicht richtig verstehen können oder zum eigenen Vorteil nicht richtig verstehen wollen, und aus der Unregelmäßigkeit der Ausübung der Strafgewalt.

Der Vertrag, den jeder mit jedem deswegen abschließt, besteht in der Übertragung des Vollstreckungs- und Bestrafungsrechts auf die Gemeinschaft, die durch den Vertrag entsteht.¹⁰² Diese Gemeinschaft hat die Aufgabe, feststehende, geordnete und bekannte Gesetze zu erlassen (als Konkretisierungen des natürlichen Gesetzes) und diese Gesetze im Einzelfall zu vollstrecken. Diese Funktionen werden gleichsam treuhänderisch von Funktions- oder Amtsträgern verwaltet.¹⁰³ Mißbrauchen diese Amtsträger ihre Befugnisse, so kann die Gemeinschaft sie einfach ihres Amtes entheben.¹⁰⁴

rie. Lockes Vertragslehre wird im folgenden als theoretische Grundlegung des liberalen Verfassungsstaates verstanden, in deren Zentrum natürliche Freiheitsrechte stehen. Ob dies das wahre Anliegen Lockes war oder ob er mit seiner Theorie nur seine in Wahrheit antiliberalen Gesinnung kaschieren wollte (das behauptet jedenfalls eine etwas zweifelhafte Interpretation seiner Lehre), kann dabei ebenfalls offenbleiben.

96 J. Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Zweite Abhandlung, § 4.

97 Ebda. § 44.

98 Ebda. § 6.

99 Vgl. W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, S. 111 f.

100 J. Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Zweite Abhandlung, § 7.

101 Vgl. J. Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Zweite Abhandlung, §§ 123 ff.

102 J. Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Zweite Abhandlung, §§ 129 f.

103 Locke führt also in seine Theorie das für den modernen Verfassungsstaat grundlegende Amtsprinzip ein; vgl. J. Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Zweite Abhandlung, § 131. Zum Amtsprinzip bei Locke H. Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, S. 157 f.; U.

Die unterschiedlichen Aufgaben der Gemeinschaft werden von verschiedenen Funktionsträgern wahrgenommen: Die Gesetzgebung obliegt der legislativen, die Vollziehung der Gesetze der exekutiven Gewalt.¹⁰⁵ Daneben erwähnt Locke die „föderative Gewalt“;¹⁰⁶ er meint damit die auswärtige Gewalt, die „fast immer“ mit der exekutiven Gewalt „vereinigt“ ist,¹⁰⁷ also im Hinblick auf die Gewaltenteilung eine geringere Bedeutung hat. Nach Lockes Ansicht hat die legislative Gewalt Vorrang vor der exekutiven; das Volk wacht dabei über das Verhältnis der Gewalten zueinander und kann etwa die Legislative in die Ausübung ihrer Gewalt einsetzen, wenn sie darin durch die Exekutive behindert wird.¹⁰⁸ Lockes Gewaltenteilungslehre zeichnet sich besonders durch diesen letzteren Aspekt aus: das Volk als Garant der Gewaltenteilung.

Obwohl die Amtsträger für die Gemeinschaft handeln, muß die Gemeinschaft selbst als solche ebenfalls handlungsfähig sein – so muß sie etwa über die Besetzung der Ämter entscheiden können. Hier stellt sich das Problem, wie eine vielköpfige Gemeinschaft Entscheidungen treffen kann. Als einzige pragmatische Lösung sieht Locke das Mehrheitsprinzip; denn einstimmige Entscheidungen aller Angehörigen eines Staates sind unrealistisch.¹⁰⁹ Die Geltung des Mehrheitsprinzips ist aber hinsichtlich der Rechte der jeweiligen Minderheit problematisch: Diese müssen ja hinter den Rechten der Mehrheit zurückstehen. Eine Beschränkung von Rechten ist in Lockes Theorie aber nur möglich durch Einwilligung des Betroffenen. Die Lösung dieses Problems liegt für Locke in der Annahme, daß mit der ursprünglichen (einstimmigen) Zustimmung zur Bildung der Gemeinschaft auch die Zustimmung zur Einführung des Mehrheitsprinzips für Entscheidungen der Gemeinschaft verbunden ist;¹¹⁰ denn anders sei eine handlungsfähige Gemeinschaft, die die am Gesellschaftsvertrag Beteiligten ja wollten, nicht denkbar.¹¹¹ Indem jeder einzelne bei der ursprünglichen Bildung der Gemeinschaft der Geltung des Mehrheitsprinzips zustimmt, stimmt er auch jeder späteren Beschränkung seiner Rechte zu, die daraus resultiert, daß er sich als Teil der Minderheit einer Mehrheitsentscheidung beugen muß.¹¹²

Unter der Geltung des Gesellschaftsvertrages verbleiben die natürlichen Rechte bei den Mitgliedern der Gemeinschaft. Diese stimmen einer Übertragung ihrer Rechte auf die Gemeinschaft nur soweit zu, wie dies zur Erreichung des Sicherungszwecks not-

Steinvorth, Stationen der politischen Theorie, S. 87 f.; W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 132.

104 J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Zweite Abhandlung, §§ 149, 222. Locke spricht hier nur von der Amtsenthebung des Gesetzgebers; das umfaßt aber auch die Amtsenthebung der übrigen Funktionsträger bzw. Gewalten, denn diese sind der Legislative untergeordnet und werden bei einer Änderung der Legislative „aufgelöst“ (vgl. ebda. § 212).

105 J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Zweite Abhandlung, §§ 143 ff.

106 Ebda. §§ 145 f.

107 Ebda. § 147.

108 Ebda. § 155.

109 Ebda. §§ 97 ff.

110 Ebda. § 96.

111 Ebda. § 99.

112 Vgl. dazu W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 127 ff.

wendig ist; lediglich die Vollstreckungs- und Bestrafungsrechte werden vollständig auf die Gemeinschaft übertragen.¹¹³ Nur insoweit verzichten sie auf eigene Rechte, nur insoweit gilt „volenti non fit iniuria“. Die Aufgabe der Gemeinschaft ist auf den Schutz dieser natürlichen Rechte beschränkt, eine Verletzung dieser Individualrechte durch die Gemeinschaft ist unzulässig.

Hinsichtlich des Zustimmungskriteriums geht Locke über den legitimationstheoretischen Rahmen der meisten anderen Vertragstheorien hinaus und verlangt faktische, empirisch feststellbare Zustimmung.¹¹⁴ Der Gesellschaftsvertrag erscheint bei ihm auf diese Weise als historisches Faktum. Das mit dieser Annahme verbundene Problem der Geltung auch für diejenigen, die an der ursprünglichen Einigung nicht haben teilnehmen können (etwa die nachfolgenden Generationen) versucht Locke dadurch zu lösen, daß er auch eine stillschweigende Zustimmung genügen läßt, die er z.B. im Besitz eines Grundstücks in dem betreffenden Staat oder, noch voraussetzungsärmer, im bloßen Aufenthalt auf dem Staatsgebiet sieht¹¹⁵ – eine zweifelhafte Annahme angesichts der Tatsache, daß es vielen Bewohnern eines Staates an der bloßen Möglichkeit fehlt, in einem anderen Staat zu leben; aus einem Zustand, für den es keine Alternative gibt, kann man nicht auf ein *freiwilliges* Fortbestehenlassen dieses Zustandes schließen.¹¹⁶

Lockes Vertragstheorie weist eine Reihe von unmittelbaren Bezügen zur Verfassungsgebung auf.¹¹⁷ Das gilt zunächst für die wesentliche Funktion des Gesellschaftsvertrags, natürliche Rechte zu sichern: Diese Funktion haben auch die amerikanischen Revolutionäre, wie gleich noch zu zeigen sein wird, ihren Verfassungen zugesprochen; Verfassungsgebung diente bei ihnen der Freiheitssicherung, ganz analog zum Abschluß des Gesellschaftsvertrags bei Locke. (Auch in der Französischen Revolution hatte die Verfassungsgebung diesen Zweck – dazu später.)

Noch deutlicher wird der direkte Bezug zur Verfassungsgebung aber in den Konsequenzen, die Locke selbst aus seinen vertragstheoretischen Überlegungen zog. Am Ende der „Zweiten Abhandlung“ behandelt er nämlich den Fall, daß die Regierung bzw. der Gesetzgeber gegen das in sie gesetzte Vertrauen handeln, d.h. vor allem die Rechte der Untertanen, die sie nach dem Gesellschaftsvertrag zu schützen haben, antasten.¹¹⁸ Die Konsequenz eines solchen Bruchs des Gesellschaftsvertrags ist, daß sich die Regierung bzw. der Gesetzgeber in den „Kriegszustand“ begibt, also das gesellschaftsvertraglich festgelegte Amt verliert, und das Volk nun ein Recht hat, „als höchste Gewalt zu handeln und die Legislative von nun an selbst auszuüben; oder aber eine neue Form der

113 J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Zweite Abhandlung, § 130.

114 Vgl. die Versuche Lockes, historische Nachweise zu finden: J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Zweite Abhandlung, §§ 101 ff.

115 J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Zweite Abhandlung, § 119.

116 Vgl. auch die Kritik W. Kerstings an der stillschweigenden Zustimmung bei Locke: Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 137 ff.

117 G. Jellinek (Allgemeine Staatslehre, S. 507) führt die „Idee einer unbeschränkten konstituierenden Gewalt“ sogar „namentlich“ u.a. auf Locke zurück. Diese Aussage geht aber zu weit: „Unbeschränkt“ ist die den unveräußerlichen natürlichen Rechten bei Locke verpflichtete vertragssetzende Gewalt sicher nicht.

118 J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Zweite Abhandlung, §§ 221 ff.

Regierung zu errichten, bzw. die Regierung unter der alten Form in neue Hände zu legen, wie es ihm gut scheint“¹¹⁹. Der oberste Maßstab des Handelns von Staatsorganen ist also der Gesellschaftsvertrag bzw. die Verfassung, deren Inhalt ausschließlich vom Volk festgelegt wird. Die Staatsorgane stellen keinen Souverän dar, dem nach seiner Einsetzung immer zu gehorchen ist, sondern Amtsträger, die der vom Volk bestimmten Verfassung völlig unterworfen sind. Die Legitimität der Ausübung von Zwang (d.h. Hoheitsgewalt) durch diese Amtsträger ergibt sich allein aus der vom Volk gesetzten Verfassung. Das ist der Grundgedanke der Verfassungslegitimität und der Legitimation durch Verfassunggebung.

Theoretisch weniger ergiebig als Lockes Vertrags- und Naturrechtslehre, aber sehr wirkungsmächtig ist die Gewaltentrennungslehre von Charles de Montesquieu.¹²⁰ Sie findet sich vor allem im sechsten Kapitel des XI. Buches seines Werkes „Vom Geist der Gesetze“.¹²¹ Das Kapitel trägt die Überschrift „Von der Verfassung Englands“; es beschreibt die Institutionen der englischen Monarchie, wie sie Montesquieu während eines Engländeraufenthaltes 1729-1731 kennengelernt hatte. Der Franzose Montesquieu lobt vor allem die Freiheit des Bürgers in England, die er durch die dortige Verfassung beispielhaft gewährleistet sieht. Ähnlich wie Locke stellt er dabei verschiedene staatliche Institutionen als Gewalten dar. Diese Gewalten befinden sich in der Darstellung Montesquieus in einer Art Kräftegleichgewicht und mäßigen sich dadurch gegenseitig. Durch diese durch die englische Verfassung eingerichtete Mechanik der Gewalten wird verhindert, daß eine der Gewalten ihre Macht zu Lasten der Bürger mißbraucht; die Freiheit der Bürger wird also durch die Verteilung staatlicher Macht auf verschiedene Gewalten und deren gegenseitige Hemmung und Mäßigung geschützt. Dieser letztere Aspekt, die Beschränkung der Gewalten durch ein Kräftegleichgewicht, ist in dieser Deutlichkeit neu gegenüber der Gewaltenteilungslehre Lockes, der, wie gesehen, vor allem die hierarchische Überordnung der Legislative gegenüber der Exekutive betonte.

Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht läßt sich Montesquieus Schrift kein klares Plädoyer für eine Dreiteilung in die Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative entnehmen. So schreibt er zu Beginn des besagten sechsten Kapitels: „In jedem Staat gibt es drei Arten von Gewalt: *die gesetzgebende Gewalt, die vollziehende Gewalt in Ansehung der Angelegenheiten, die vom Völkerrechte abhängen, und die vollziehende Gewalt hinsichtlich der Angelegenheiten, die vom bürgerlichen Recht abhängen.* Vermöge der ersten gibt der Fürst oder Magistrat Gesetze auf Zeit oder für immer, verbessert er die bestehenden oder hebt sie auf. Vermöge der zweiten schließt er Frieden oder führt er Krieg, schickt oder empfängt Gesandtschaften, befestigt die Sicherheit, kommt Invasionen zuvor. Vermöge der dritten straft er Verbrechen oder spricht das Urteil in Streitigkeiten der Privatpersonen. Ich werde diese letzte die *richterliche Gewalt* und die andere schlechthin die *vollziehende Gewalt* des Staates nennen.“¹²² Als zweite und dritte Gewalt neben der gesetzgebenden Gewalt erscheinen hier – insoweit ähnlich zur Gewaltenteilungslehre Lockes – die vollziehende Gewalt in auswärtigen und die vollziehende

119 Ebda. § 243.

120 Zu Montesquieu und seinem Werk vgl. etwa M. Hereth, Montesquieu zur Einführung.

121 Dazu M. Hereth, ebda., insb. S. 89 ff.

122 C. de Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Bd. 1, S. 214 f. (Hervorhebung im Original).

Gewalt in inneren Angelegenheiten. Die „richterliche Gewalt“ wird in diesem Zusammenhang lediglich als ein Aspekt der vollziehenden Gewalt in inneren Angelegenheiten erwähnt.

Im weiteren Verlauf der Darstellung kommt Montesquieu auf die vollziehende Gewalt in auswärtigen Angelegenheiten überhaupt nicht mehr zurück. Statt dessen spricht er nur noch von der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt. Letztere wird zunächst wie eine eigenständige Gewalt behandelt: „Es gibt ... keine Freiheit, wenn die richterliche Gewalt nicht von der gesetzgebenden und vollziehenden getrennt ist. Ist sie mit der gesetzgebenden Gewalt verbunden, so wäre die Macht über Leben und Freiheit der Bürger willkürlich, weil der Richter Gesetzgeber wäre. Wäre sie mit der vollziehenden Gewalt verknüpft, so würde der Richter die Macht eines Unterdrückers haben.“¹²³ Wenig später im Text schreibt Montesquieu allerdings: „Von den drei Gewalten, die wir erörtert haben, ist die richterliche in gewisser Weise gar nicht vorhanden. Es bleiben also nur zwei übrig.“¹²⁴ Die richterliche Gewalt ist für Montesquieu deswegen bedeutungslos, weil „die Urteilsprüche ... niemals etwas anderes sind als eine genaue Formulierung des Gesetzes.“¹²⁵ In Montesquieus Vorstellung ist der Richter also ein bloßer Substitutionsautomat, für dessen Entscheidungen das Gesetz keinen Spielraum läßt. Der Richter ist, wenn er sein Amt richtig versteht, macht- und bedeutungslos; er stellt also doch keine eigenständige Gewalt dar.

Während also die dritte Gewalt, die nunmehr mit der richterlichen identifiziert wird, an dieser Stelle der Darstellung verschwindet, wird die erste, die gesetzgebende Gewalt zweigeteilt: Sie wird „sowohl der Körperschaft des Adels wie der gewählten Körperschaft, welche das Volk repräsentiert, anvertraut sein.“¹²⁶ Das gesetzgebende Organ soll also, nach dem englischen Vorbild des Ober- und Unterhauses, in zwei Kammern geteilt sein. Dadurch soll nicht nur gewährleistet werden, daß sowohl die Interessen des Adels als auch die Interessen des Volkes in die Gesetzgebung einfließen, sondern die beiden Kammern sollen sich auch gegenseitig Einhalt gebieten können: „Zu allen Zeiten gibt es im Staat Leute, die durch Geburt, Reichtum oder Ehrenstellungen ausgezeichnet sind. Würden sie mit der Masse des Volkes vermischt und hätten sie nur eine Stimme wie alle übrigen, so würde die gemeine Freiheit ihnen Sklaverei bedeuten. Sie hätten an ihrer Verteidigung kein Interesse, weil die meisten Entschließungen sich gegen sie richten würden. Ihr Anteil an der Gesetzgebung muß also den übrigen Vorteilen angepaßt sein, die sie im Staate genießen. Das wird der Fall sein, wenn sie eine eigene Körperschaft bilden, die berechtigt ist, die Unternehmungen des Volkes anzuhalten, wie das Volk das Recht hat, den ihrigen Einhalt zu gebieten.“¹²⁷

Das Kapitel über die Verfassung Englands, in dem Montesquieu seine Lehre der Gewaltenteilung entfaltet, ist sicher kein Meisterstück konziser Darstellung; auf we-

123 Ebda.

124 Ebda. S. 220.

125 Ebda. S. 217. Montesquieus Begründung dafür lautet (ebda.): „Wären sie nur eine besondere Meinung des Richters, so würde man in der Gesellschaft leben, ohne genau die Verbindlichkeiten zu kennen, die man in ihr eingeht.“

126 Ebda. S. 220.

127 Ebda.

nigen Seiten finden sich gleich mehrere Brüche in der Argumentation. Manche dieser Brüche lassen sich vielleicht durch wohlwollende Interpretation beseitigen oder zumindest abmildern; so könnte man die anfangs herausgestellte Notwendigkeit, die später doch als bedeutungslos dargestellte richterliche Gewalt zu mäßigen, vielleicht mit dem Schutz vor Mißbrauch der richterlichen Gewalt begründen: Ein Richter, der sein Amt nicht richtig versteht, der also eine eigene, vom Gesetz abweichende Entscheidung trifft, stellt durchaus eine Gefahr für die Freiheit der Bürger dar.

Dennoch bleibt in diesem Kapitel vieles im unklaren. Diese Unklarheiten betreffen allerdings nur die Details: die genaue Bezeichnung bzw. Funktion der einzelnen Gewalten. Der Grundgedanke ist dagegen sehr deutlich und scheint bei jeder von Montesquieus Variationen der Gewaltenverteilung hervor: Die Freiheit des Bürgers soll vor der ungezügelter Macht der Vertreter des Staates geschützt werden durch eine Verteilung dieser Macht auf unterschiedliche Organe, die sich gegenseitig „Einhalt gebieten“ können. Das Ziel ist ein Kräftegleichgewicht staatlicher Organe, eine Gewaltenbalance, durch die das Ausufern der Macht eines Organs verhindert wird. Dabei will sich Montesquieu ein von ihm gleichsam als natürlich vorausgesetztes Machtstreben unterschiedlicher gesellschaftlicher Kräfte mit ihren unterschiedlichen Interessen zunutze machen: Die beiden Kammern des Gesetzgebers repräsentieren den Adel und das Volk (das Bürgertum), und die vollziehende Gewalt identifiziert Montesquieu mit dem Monarchen.¹²⁸

Dieses Modell ist freilich in mancher Hinsicht fragwürdig. Es kann nicht direkt auf Verhältnisse übertragen werden, in denen die gesellschaftlichen Kräfte grundlegend anders sind als von Montesquieu vorausgesetzt. In Nordamerika fehlte es von Beginn an sowohl an einem Monarchen, als auch an Adel,¹²⁹ und in den übrigen Demokratien stellen diese Kräfte heute, sofern sie überhaupt vorhanden sind, keine eigenständige, politisch bedeutsame Macht mehr dar. Darüber hinaus kann das Modell Montesquieus hinsichtlich seiner rein mechanischen Betrachtungsweise in Frage gestellt werden. So kann man sich fragen, ob ein mechanisch betrachtetes Gleichgewicht der Gewalten nicht zu einem politischen Stillstand führt¹³⁰ und ob die politische und gesellschaftliche Realität nicht allzu stark verkürzt wird, wenn das Machtstreben als alleinige Motivation der Träger der verschiedenen Gewalten erscheint.¹³¹

Trotz dieser Schwächen im Detail hat das Anliegen Montesquieus, das seinem Gewaltenverteilungsmodell zugrunde liegt, eine nicht zu unterschätzende Bedeutung für die Verfassungstheorien der Amerikanischen und Französischen Revolution und auch für die heutige Staatsrechtslehre: das Anliegen nämlich, den Schutz des Individuums durch die Verteilung staatlicher Funktionen auf verschiedene Organe zu gewährleisten, die sich gegenseitig in ihrer Machtentfaltung hemmen.¹³²

128 Zur Identifikation der vollziehenden Gewalt mit dem Monarchen vgl. ebda. S. 221.

129 Vgl. A. de Tocqueville, Über die Demokratie in Amerika, S. 34 ff.

130 M. Hereth, Montesquieu zur Einführung, S. 93 f.

131 M. Hereth, ebda. S. 100.

132 Vgl. H. Hofmann, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, S. 36.

4. Teilung der Gewalten durch das Volk

Die Einrichtung der Verfassungskonvente in der Amerikanischen Revolution und die damit verbundene Idee der Normenhierarchie lassen das urheberorientierte Modell der verfassungsgebenden Gewalt aufscheinen: Das Volk übt seine Souveränität durch Verfassungsgebung aus und beherrscht auf diese Weise auch den einfachen Gesetzgeber. Die Vorstellungen der amerikanischen Revolutionäre von legitimer Verfassungsgebung und Verfassungslegitimität gingen jedoch deutlich über dieses urheberorientierte Modell hinaus. So lag den Verfassungsneuschöpfungen im Gefolge der Unabhängigkeitserklärung auch die (auf eine Verbindung der Lehren von Locke und Montesquieu zurückgehende) Vorstellung zugrunde, daß die höchsten Gewalten im Staat sich in einer Machtbalance einander gegenüberstehen und derart gegenseitig hemmen, daß ein Machtmißbrauch gegenüber den Bürgern ausgeschlossen und damit deren Freiheit geschützt wird (Montesquieu), wobei die Art und Weise der Gewaltenteilung, also die Einrichtung der höchsten Gewalten, durch das Volk festgelegt werden müsse (Locke).¹³³ Diese Vorstellung wird durch die Verfassungsneuschöpfungen in die Praxis umgesetzt: Die Einrichtung der Gewalten wird im einzelnen in der Verfassung geregelt, und das Volk legt den Inhalt der Verfassung fest. Die auf das Volk zurückgehende Verfassung ist also das Instrument, mit dem die Lehren Lockes und Montesquieus in Verbindung gebracht werden, und diese Idee: Gewaltenteilung durch das Volk, ist ein wichtiger Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität, der wenig später in der Französischen Revolution aufgegriffen werden sollte.

Konsequenterweise hätte die Forderung nach Gewaltenteilung auch auf die Funktionen und die Tätigkeit der Konvente selbst bezogen werden müssen. Dem Gedanken der Balancierung und Hemmung von Machtträgern durch strikte Funktionentrennung hätte es entsprochen, die Tätigkeit der Konvente klar auf die Verfassungsgebung zu beschränken, insbesondere also auszuschließen, daß die Konvente gleichzeitig oder nach Inkrafttreten der Verfassung auch als einfacher Gesetzgeber tätig werden. Die institutionelle Trennung von Verfassungsgebung und anschließender Gesetzgebung wurde aber, wie schon gezeigt, erst in der späteren Phase der Amerikanischen Revolution vollzogen. In der Französischen Revolution, namentlich bei Sieyes, sollte dagegen die Trennung der Funktion der Verfassungsgebung von der Funktion der Gesetzgebung von Beginn an

133 Auf diese Verbindung der Ideen der Gewaltenteilung und der Einrichtung der Gewalten durch das Volk bei den Amerikanern weist E. Zweig hin: Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 56 ff. Die Intensität, mit der die Lehren Lockes auf die Verfassungstheorie der Amerikanischen Revolution einwirkten, ist freilich umstritten; vgl. dazu den Überblick bei B. Arneil, John Locke und America, S. 11 ff. Bei allen Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der sonstigen europäischen Einflüsse auf die amerikanische Theorie und das Maß, in dem Lockes Theorien den Amerikanern bekannt waren, steht zumindest fest, daß einige einflußreiche amerikanische Autoren und „Verfassungsväter“ Lockes Schriften kannten und bewunderten (vor allem Thomas Jefferson; vgl. B. Arneil, ebd. S. 187 ff.) und daß die Ideen der Verfassungstheorie der Amerikanischen Revolution wesentliche inhaltliche Entsprechungen in Lockes Werk finden. – Der Einfluß Montesquieus ist offensichtlich und weniger umstritten: In Artikel 47 der Federalist Papers etwa entwickelt Madison seine Vorstellung von der Gewaltenteilung ausdrücklich anhand der Lehre Montesquieus. Zum Einfluß Montesquieus auf die amerikanische Theorie vgl. auch G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 500, 518.

einen festen Bestandteil der Theorie bilden; sie wurde allerdings dort in der revolutionären Praxis später aufgegeben.¹³⁴

5. Verfassungsrechtlich garantierte Grundrechte

Besonders nachhaltige Wirkungen auf die Verfassungsentwicklung auch auf dem europäischen Kontinent und insbesondere in Frankreich¹³⁵ hatte die 1776 in der Bill of Rights in Virginia und in ähnlichen Rechteerklärungen in anderen Einzelstaaten¹³⁶ mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebrachte, an Lockes Lehre von den natürlichen Rechten anknüpfende¹³⁷ Idee verfassungsrechtlich verbürgter allgemeiner Grund- oder Menschenrechte.¹³⁸ Diese Rechteerklärungen auf Verfassungsebene bringen häufig zum Ausdruck, daß sie nur evidente Wahrheiten, also naturrechtliche Gegebenheiten formulieren,¹³⁹ so daß hier der Gedanke der Verfassungsgebung scheinbar in den Hintergrund tritt: Evidente Wahrheiten zu formulieren stellt eigentlich keinen besonderen „Gebungsakt“ dar. Dennoch kam es den amerikanischen Siedlern offensichtlich darauf an, diese (vor allem von Locke entwickelten) dem Menschen von Natur aus zustehenden Rechte in positiven Rechtsnormen auf Verfassungsebene, also mit der Bindungswirkung des *paramount law*, zu fixieren – das Vertrauen auf die Einsicht der verfaßten Gewalten in das Naturrecht war eben nicht ausreichend.¹⁴⁰ Und zur Erzeugung der erhöhten verfassungsrechtlichen Bindungskraft der Grundrechte bedurfte es nach amerikanischer Vorstellung ihrer Formulierung durch besondere verfassungsgebende Repräsentationsorgane. Auf diese Weise spiegeln auch die amerikanischen Rechteerklärungen die Vorstellung einer durch Verfassungsgebung erzeugten Verfassungslegitimität, die über das bloß urheberorientierte Modell der verfassungsgebenden Gewalt hinausgeht.

134 Dazu unten II.4.

135 Vgl. allerdings die bei R. Schnur (Hrsg.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, dokumentierte Kontroverse zwischen Jellinek und Boutmy über die Frage, inwieweit die Menschenrechtsidee in Frankreich auf amerikanische Vorbilder zurückzuführen ist.

136 Solche Rechteerklärungen, entweder als separates Dokument von Verfassungsrang oder als Bestandteil der eigentlichen Verfassungsurkunde, wurden im gleichen Jahr (1776) auch in Pennsylvania, Maryland, Delaware und North Carolina geschaffen. Zu den Rechteerklärungen in den Einzelstaaten G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 271 ff. Die amerikanische Bundesverfassung enthielt dagegen zunächst keine Grundrechte; diese wurden erst durch spätere Ergänzungen aufgenommen. Zu der komplexen Auseinandersetzung (vor allem zwischen Federalists und Antifederalists) über die Notwendigkeit bundesverfassungsrechtlicher Grundrechte, in der die politisch vorrangige Frage, ob überhaupt ein Bundesstaat gebildet werden solle, große Bedeutung hatte, vgl. G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 536 ff.

137 Vgl. H. Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, S. 38.

138 Dazu H. Hofmann, *Zur Idee des Staatsgrundgesetzes*, S. 266 ff.

139 Z.B. in Section 1 der Virginia Bill of Rights: „That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights ...“ (Text in G. Franz (Hrsg.), *Staatsverfassungen*, 2. Aufl. München 1964, S. 6 ff.).

140 Vgl. H. Hofmann, *Zur Idee des Staatsgrundgesetzes*, S. 284 f.

6. Bundesstaatliche Verfassungsgebung

Besondere Erwähnung verdient schließlich die Verfassungsgebung für die Union in den Jahren 1787-1789,¹⁴¹ nicht nur wegen der deutlich ausgeprägten und im Vorfeld theoretisch ausgiebig erörterten¹⁴² Gewaltenteilung in der Unionsverfassung, sondern vor allem wegen des angewandten Verfahrens. Die Verfassungsgebung auf Unionsebene unterschied sich von den Verfassungsgebungen in den Einzelstaaten dadurch, daß sie nicht allein auf ein „amerikanisches Volk“ zurückgeführt werden konnte, das einen entsprechenden Konvent wählte; vielmehr existierten zu diesem Zeitpunkt ja schon die Einzelstaaten (deren Selbständigkeit im einzelnen freilich bestritten war) mit jeweils eigenen Verfassungen. Der Konflikt um die Frage der (zeitlichen und rechtlichen) Priorität von Gesamtstaat oder Einzelstaaten¹⁴³ mündete in ein Verfassungsgebungsverfahren, das unitarische und föderale Elemente vereinigte. Die gesamtstaatliche Verfassung entstand dabei nicht durch einen Vertrag der Einzelstaaten und auch nicht durch alleiniges Handeln des amerikanischen Volkes und seiner Verfassungsgebungsorgane auf Bundesebene. Vielmehr wurde zunächst durch den Continental Congress (der selbst einen Konvent mit Abgesandten der Einzelstaaten darstellte) ein Konvent auf Bundesebene einberufen, der 1787 einen Entwurf ausarbeitete und (über den Continental Congress) an die Parlamente der Einzelstaaten weiterleitete. Diese wiederum beriefen jeweils Ratifying Conventions ein. Die Bundesverfassung bedurfte zu ihrem (1789 erfolgten) Inkrafttreten der Annahme durch Ratifying Conventions in 9 von 13 Einzelstaaten und sollte nur in den Staaten in Kraft treten, in denen die Zustimmung der jeweiligen Ratifying Convention vorlag.¹⁴⁴

II. Die Verfassungstheorie der Französischen Revolution

Während die amerikanische Theorie der Verfassungsgebung zeitlich der französischen Theorie vorausging, erlangte die Verfassungsgebung erst in der Französischen Revolution ihre zentrale und grundlegende Bedeutung in der politischen Theorie und Praxis und wurde auch erst hier in differenzierter Weise theoretisch untermauert. Dabei haben die amerikanischen Ideen, die auch im revolutionären Frankreich bekannt waren, zum Teil als Vorbilder gedient.¹⁴⁵ Im folgenden sollen die wesentlichen Elemente der französi-

141 Zur Verfassungsgebung in der Union H. J. Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 52 ff. Neben den Besonderheiten der bundesstaatlichen Verfassungsgebung hebt Boehl hervor, daß „in der Diskussion um die amerikanische Bundesverfassung die wesentlichen Bestandteile der Lehre vom *pouvoir constituant* erstmals zusammenhängend formuliert werden“ (S. 54).

142 Die Unionsverfassung wurde z.B. (im Vorfeld ihrer Ratifizierung im Staat New York) in einer Reihe von New Yorker Zeitungsartikeln erläutert und (gegen die „Antifederalists“) verteidigt; diese unter dem Pseudonym „Publius“ veröffentlichten „Federalist Papers“ der Autoren Alexander Hamilton, John Jay und James Madison stellen eine ergiebige Quelle für die theoretische Fundierung der Unionsverfassung dar. Die Gewaltenteilung wird darin besonders ausgiebig erörtert, vor allem in den Artikeln 47 bis 51 (der Autor dieser Artikel ist Madison). Zu den Federalist Papers vgl. etwa J. Gebhardt, „The Federalist“.

143 Vgl. dazu die Artikel 45 und 46 der Federalist Papers (Autor: J. Madison).

144 Die Bundesverfassung trat 1790 in Rhode Island als letztem der damaligen 13 Einzelstaaten in Kraft.

145 Zum Einfluß der amerikanischen Theorie auf die französische Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt vgl. E. Zweig, Die Lehre vom *Pouvoir Constituant*, S. 91 ff.; instruktiv zum europäisch-

schen Verfassungstheorie dargestellt werden, wobei die Ausführungen hinsichtlich der schon aus der amerikanischen Theorie bekannten Elemente knapper sein können.

1. Freiheitssicherung und Gewaltenteilung mittels einer auf das Volk zurückgehenden Verfassung

Deutlich tritt in der französischen Theorie der Zusammenhang von Verfassungsgebung, individuellen Freiheitsrechten und Gewaltenteilung zutage. Freiheitsrechte und Gewaltenteilung sind derart elementare Funktionen der Verfassung, daß sie begriffsnotwendige Merkmale sind: „Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution“, wie die Nationalversammlung in Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 formuliert¹⁴⁶. Ein weiteres begriffsnotwendiges Merkmal einer Verfassung ist die Rückführung auf den Willen des Volkes: „Quand la manière de gouverner ne dérive pas de la volonté du peuple clairement exprimée, il n'a point de constitution; il n'a qu'un gouvernement de fait“¹⁴⁷, wie es in einer Rede vor dem Verfassungsausschuß der Nationalversammlung heißt. Diese Elemente der Theorie der Verfassungsgebung – Gewaltenteilung und Sicherung der Freiheitsrechte mittels der vom Volk bestimmten Verfassung – waren, wie gezeigt, im Grundsatz schon den Amerikanern bekannt; allerdings wurden diese Elemente erst in Frankreich begrifflich zusammengebracht und zu einer einheitlichen Theorie verdichtet.

In der Französischen Revolution rückten noch drei weitere Elemente der Theorie der Verfassungsgebung ins Zentrum der Aufmerksamkeit und der politischen Auseinandersetzungen, die in Amerika weniger Beachtung gefunden hatten: die Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt, die Repräsentation des Volkes bei der Verfassungsgebung und die funktionelle und institutionelle Trennung von Verfassungsgebung und Gesetzgebung. Diese Theorieelemente verdienen nähere Erläuterung.

2. Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes

Die *Souveränität*, Ungebundenheit oder *Omnipotenz*¹⁴⁸ der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes (des *pouvoir constituant*) bzw. der Nation¹⁴⁹ war eine am Beginn der Französischen Revolution wichtige und zentrale These. In Gestalt dieser These wird die Idee

amerikanischen Gedankenaustausch über politische Theorie R. R. Palmer, *The Age of the Democratic Revolution*, S. 239 ff. (mit einem Nachweis der zu dieser Zeit in verschiedenen Übersetzungen verfügbaren Literatur über Amerika auf S. 244).

146 Der Text ist abgedruckt bei G. Franz, *Staatsverfassungen*, 2. Aufl. München 1964, S. 306.

147 Jean-Joseph Mounier, Rede v. 9.7.1789, zit. nach H. Mohnhaupt / D. Grimm, *Verfassung*, S. 106.

148 Vgl. H. Sauerwein, Die „Omnipotenz“ des *pouvoir constituant*.

149 Die Begriffe „Volk“ und „Nation“ werden in der Französischen Revolution weitgehend synonym verwendet. Eine Unterscheidung läßt sich allenfalls in der Tendenz erkennen, „Nation“ als Bezeichnung für ein einheitliches Ganzes, etwa im Sinne einer juristischen Person (Carré de Malberg) zu verwenden, während der Gebrauch des Begriffes „Volk“ die einzelnen Bürger und die von ihnen getroffene Mehrheitsentscheidung ins Blickfeld rückt. Vgl. dazu W. Leisner, *Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland*, passim, zu Carré de Malberg insb. S. 17 f., 29 ff.; ders., *Volk und Nation als Rechtsbegriffe der französischen Revolution*, insb. S. 111.

der *Volkssouveränität* der bisherigen Souveränität des Monarchen entgegengestellt. Diese These unterstützte direkt das zunächst vorrangige Ziel der Revolution: die Verdrängung des Königs aus seiner Machtposition durch das Volk, also den Austausch des Souveräns. Dabei erfährt die zunächst von Rousseau entwickelte und propagierte Vorstellung der Volkssouveränität eine bemerkenswerte Abwandlung bzw. Einschränkung: Die französischen Revolutionäre wandten diese Vorstellung vor allem auf die *Verfassunggebung* an; nicht die „gesetzgebende Gewalt“, sondern die *verfassungsgebende Gewalt* ist das Schlagwort der Revolution. In ihrer ursprünglichen, rousseauschen Gestalt umfaßte dagegen die Idee der Volkssouveränität alle denkbaren Tätigkeitsbereiche und Handlungsformen des Volkes, insbesondere etwa die einfache Gesetzgebung, *nicht* aber die Verfassunggebung (schon der Verfassungsbegriff war der Theorie Rousseaus fremd).¹⁵⁰

Die Beziehung zwischen Volkssouveränität und Verfassunggebung in der französischen Theorie ist auch aus einem anderen Grund bemerkenswert: Eine Verfassung erhebt üblicherweise den Anspruch der besonderen Dauerhaftigkeit – und so sahen es auch die französischen Revolutionäre. Wenn man (wie in der Französischen Revolution) die Verfassung als Norm versteht, die Bindungswirkung erzeugt, dann bindet eine Verfassung die Staatsorgane über einen längeren Zeitraum. In dieser Zeit kann sich die Meinung des Volkes ändern, auf längere Sicht insbesondere aufgrund des Generationenwechsels. Dieses auch schon den Amerikanern bekannte¹⁵¹ *Generationenproblem*, also die Bindung nachfolgender Generationen an eine Verfassung, die diese nicht selbst geschaffen haben, wurde denn auch ausführlich theoretisch erörtert; die Lösungsvorschläge versuchten, die Volkssouveränität in bezug auf die nachfolgenden Generationen durch bestimmte verfahrensmäßige Vorkehrungen zu gewährleisten – wie z.B. regelmäßige Verfassungsrevisionen, an denen jeder Bürger mindestens einmal in seinem Leben teilnehmen kann.¹⁵²

Die zentrale Bedeutung der Verfassunggebung als Wirkungsbereich des souveränen Volkes in der Französischen Revolution hat verschiedene Gründe. Ein Grund liegt in dem allgemein vorherrschenden Bewußtsein, etwas völlig Neues, fast sogar eine neue Welt zu schaffen. Die gleichzeitigen sprunghaften Fortschritte in den Naturwissenschaften

150 Zu Rousseau und seinem Einfluß auf die Französische Revolution s.u. 5. und 7.

151 Vor allem Thomas Jefferson hat sich mit dem Generationenproblem beschäftigt und damit wohl auch die französische Lehre, insbesondere die Lehre Condorcets, beeinflußt. Dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 102 f.; D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 217 ff.

152 Die Verfassungsrevision, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Generationenproblems, war ein zentrales Thema der Schriften von Condorcet; vgl. E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 94 ff., insb. 103. Auch Sieyes verweist auf die Möglichkeit regelmäßiger Verfassungsrevisionen zu festen Zeitpunkten: Art. XXXII der den Abschluß der „Einleitung zur Verfassung“ bildenden Zusammenfassung in Form von „Grundsätzen“ (S. 257). – Die Generationenfolge wird übrigens nur dann zu einem erörterungsbedürftigen Problem, wenn der Grundsatz gilt, daß die Verfassung *nicht* zur jederzeitigen Disposition des Volkes steht. An diesen Erörterungen kann man also erkennen, daß die französischen Revolutionäre letztlich *nicht* der Auffassung waren, daß das Volk unbeschränkte Souveränität im Sinne einer beliebigen, jederzeitigen Verfügungsmöglichkeit über die Verfassung hat; das gegen D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 220, der die Generationendiskussion als Beleg für ein umfassendes Recht des Volkes zur (jederzeitigen?) Entscheidung über die Verfassung anführt.

ten stärkten dieses Bewußtsein, viele Neuerungen im Alltagsleben wie etwa später die neue Zeitrechnung brachten es zum Ausdruck. Eine neue Verfassung erschien eben auch als ein Entwurf für eine neue Welt des Staates und des Rechts.¹⁵³

Ein anderer Grund für die Hervorhebung der Souveränität des Volkes gerade bei der Verfassungsgebung liegt darin, daß die Abschaffung der Monarchie zu Beginn der Revolution noch kein politisches Ziel war. Den Vertretern des Dritten Standes ging es vielmehr lediglich darum, den König bestimmten Regeln zu unterwerfen: eben einer neuen Verfassung. Diesem Vorhaben stand die bisherige, alte Verfassungsordnung entgegen – allein schon hinsichtlich des Verfahrens, in dem die Generalstände zu entscheiden hatten. Dementsprechend wurde die alte Verfassungsordnung den Forderungen des Dritten Standes von den Kräften der alten Ordnung zunächst auch entgegengehalten.¹⁵⁴ In der Tat sah diese alte Verfassung, soweit man von einer solchen sprechen konnte,¹⁵⁵ nicht vor, daß, wie vom Dritten Stand gefordert, die Generalstände nach Köpfen und nicht nach Ständen abstimmen, wobei der Dritte Stand die gleiche Zahl an Vertretern hat wie die beiden anderen.¹⁵⁶ Und die alte Verfassung sah auch nicht vor, daß, wie schließlich geschehen, der Dritte Stand *allein* als Repräsentant der gesamten Nation, also auch die beiden anderen Stände repräsentierend, handelte¹⁵⁷. Natürlich widersprach es auch der alten Ordnung, daß eine neue Verfassung letztlich ohne maßgebliche Beteiligung des Königs geschaffen wurde.¹⁵⁸ Die revolutionären Ziele konnten also nur unter Bruch der alten Verfassungsordnung erreicht werden, und ein solcher Bruch bedurfte der Rechtfertigung. Die Hervorhebung der alleinigen Macht des Volkes (anstelle der des Königs) zur Verfassungsgebung begründete die Behauptung, daß die alte Verfassung gegenüber den Vertretern des Dritten Standes, die nach ihrer Ansicht ja das Volk repräsentierten, keine Bindungswirkung entfalten konnte, und rechtfertigte so den Verfassungsbruch und die Unterwerfung des Königs unter eine neue Verfassungsordnung. Der Kampf um die Verfassung erscheint damit zunächst als ein Kampf um die Macht unter der Prämisse, daß die Monarchie beibehalten werden sollte. Die Forderung nach der Republik nahm erst 1792 Gestalt an (und wurde dann auch mit der Absetzung des Königs verwirklicht; dieser Vorgang war der Auslöser für die Erarbeitung der – nicht in Kraft getretenen – Verfassung von 1793).¹⁵⁹

153 Dazu H. Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, S. 1069 f.; ders., Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, S. 277 f.

154 Vgl. dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 211 ff.

155 Zur Bedeutung der alten Verfassung E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 213.

156 Zu dieser Auseinandersetzung vor dem Hintergrund des geschichtlichen Staatsrechts E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 212.

157 Zur Bedeutung dieses Vorgangs E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 228 ff.; zu den historischen Ereignissen E. Schulin, Die Französische Revolution, S. 52 ff.

158 Vgl. zum Ausschluß des Königs von der Verfassungsgebung E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 252 ff. Der Bruch mit der bisherigen Ordnung wird besonders deutlich in der Tatsache, daß selbst die Wähler der Ständeversammlung davon ausgegangen waren, daß die Ständevertreter *zusammen mit der Krone* eine neue Verfassung beschließen würden; dazu Zweig ebda. S. 274.

159 Die Bedeutung der Verfassungsgebung als politisches Kampfmittel zur rechtlichen „Bändigung“ des Königs in der ersten Revolutionsphase zeigt sich auch darin, daß Ludwig XVI. schon seit dem 10. Oktober 1789 – also zu Beginn der Erarbeitung der neuen Verfassung – nicht mehr „Ludwig von

Die Hervorhebung der *Souveränität* der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes in der Französischen Revolution läßt sich also in mehrfacher Hinsicht mit der besonderen revolutionären Situation erklären. Das legt die Vermutung nahe, daß dieses Theorieelement in einer allgemeineren, nicht auf die revolutionäre Situation beschränkten Theorie der durch Verfassungsgebung erzeugten Verfassungslegitimität nicht mehr eine solche Bedeutung haben muß bzw. daß ganz darauf verzichtet werden kann. Darauf wird noch zurückzukommen sein.¹⁶⁰

3. Repräsentation des Volkes bei der Verfassungsgebung

In deutlichem Gegensatz zu Rousseaus Doktrin von der Unvertretbarkeit des durch den Gesellschaftsvertrag entstandenen Kollektivwesens¹⁶¹ herrschte in der Französischen Revolution von Beginn an die Vorstellung, daß Verfassungsgebung nur durch Repräsentation erfolgen könne.¹⁶² Repräsentation durch eine verfassungsgebende Versammlung wurde dabei nicht etwa als reiner Notbehelf angesehen, der der Unmöglichkeit direktdemokratischer Willensbildung in einem modernen Flächenstaat geschuldet war; vielmehr sah vor allem Sieyes Vorteile in einer solchen Repräsentation, insbesondere wegen der darin gesehenen Anwendung des produktiven Grundsatzes der Arbeitsteilung und wegen der mit der Repräsentation verbundenen freiheitssichernden Gewaltenteilung.¹⁶³

In der Nationalversammlung, die sich am 17. Juni 1789 konstituiert hatte, fand der Repräsentationsgedanke doppelte Anwendung: Die Versammlung der Vertreter des Dritten Standes repräsentierte bei der Erklärung ihrer selbst zur Nationalversammlung den Dritten Stand, der nach ihrer Vorstellung wiederum die gesamte Nation, also auch die anderen Stände repräsentierte. In dieser ersten Phase der Revolution, bis zur Auflösung der Nationalversammlung und der Einsetzung des Nationalkonvents am 21. September 1791, wurde die Repräsentation auch ganz entsprechend den theoretischen Vorarbeiten von Sieyes allgemein als eine sinnvolle Notwendigkeit und bessere Alternative gegenüber direktdemokratischer Willensbildung angesehen. Danach, mit der Einsetzung des Konvents, fand allerdings eine Verschiebung dieser Sichtweise statt:¹⁶⁴ Der Konvent betonte immer wieder die Unverjährbarkeit und Unveräußerlichkeit der Volkssouveränität und knüpfte insoweit zumindest rhetorisch an Rousseau an. Allerdings zog der Konvent keineswegs die praktische Umsetzung dieser Rhetorik etwa in Gestalt von Volksabstimmungen in Erwägung. Im Gegenteil: Er bezeichnete sich selbst als „Beauftragten“ des souveränen Volkes, agierte also als Repräsentant des nach seiner eigenen Aussage nicht repräsentierbaren Volkes, und beachtete dabei nicht einmal die mit einer sol-

Gottes Gnaden König von Frankreich und Navarra“ hieß, sondern „Ludwig von Gnaden Gottes und der Staatsverfassung König der Franzosen“. Dazu E. Schulin, *Die Französische Revolution*, S. 92.

160 Vgl. unten D.II.: Beim Legitimitätsprinzip der kollektiven Autonomie wird auf das Merkmal der Souveränität verzichtet.

161 J.-J. Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, II.1; S. dazu näher unten 5.

162 Vgl. dazu H. Hofmann, *Repräsentation*, S. 406 ff.; E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, S. 339 ff.; ausführlich E. Schmitt, *Repräsentation und Revolution*.

163 H. Hofmann, *Repräsentation*, S. 407 f.

164 Dazu E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, S. 341 f.

chen „Beauftragung“ verbundenen Schranken der Machtausübung. Der Konvent trieb die Repräsentation auf die Spitze, indem er unter Beseitigung der Gewaltenteilung sich selbst zum anstelle des Volkes handelnden Souverän machte, und verleugnete gleichzeitig den Repräsentationsgedanken, indem er in Anlehnung an Rousseau die fortbestehende Souveränität des Volkes behauptete.

4. Trennung von Verfassunggebung und Gesetzgebung

Die Repräsentation des Volkes bei der Verfassunggebung (im soeben dargestellten eigentlichen Sinne der ersten Revolutionsphase) ist auch eine Voraussetzung für die Trennung von Verfassunggebung und Gesetzgebung. In der Französischen Revolution wurde immer wieder die Notwendigkeit der funktionellen und institutionellen Trennung von Verfassunggebung und Gesetzgebung betont. Bis zu einem gewissen Grade lieferten die Amerikaner dafür Beispiele, indem sie die Verfassunggebung *besonderen* Versammlungen, eben den Konventen, anvertrauten. Allerdings übten die amerikanischen Konvente, wie erwähnt, oft neben oder nach ihrer Tätigkeit als Verfassungsgeber auch gesetzgebende Funktionen aus, ohne daß dies allgemein als grundlegendes theoretisches Problem angesehen wurde.¹⁶⁵

Dagegen ist die Trennung der beiden Funktionen eine ständige – wenn auch nicht immer verwirklichte¹⁶⁶ – Forderung der Verfassungstheorie der Französischen Revolution. Dabei ist es wohl kein Zufall, daß die Bezeichnung „pouvoir constituant“ an den von Montesquieu mit seiner Gewaltentrennungslehre eingeführten Begriff „pouvoir“ anknüpft,¹⁶⁷ mit dem die verschiedenen staatlichen bzw. gesellschaftlichen Gewalten bezeichnet werden, die nach dieser Lehre in ihren Funktionen zu trennen sind, durch

165 Vereinzelt wurde diese Funktionenhäufung allerdings kritisiert; vgl. H. J. Böehl, Verfassunggebung im Bundesstaat, S. 47.

166 Vgl. M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, S. 164 f.; insbesondere zur Abschaffung des Königtums durch die *gesetzgebende* Versammlung (die dann immerhin – allerdings außerhalb ihrer Befugnisse – zur endgültigen Erreichung dieses Zwecks eine außerordentliche „Convention nationale“ einberief) vgl. E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 324 ff. – Dieses auch der Sieyesschen Theorie widersprechende Verhalten der französischen Revolutionäre feiert Carl Schmitt offenbar, wenn er schreibt: „Das politisch Große der französischen Revolution liegt darin, daß trotz aller liberalen und rechtsstaatlichen Prinzipien der Gedanke der politischen Einheit des französischen Volkes keinen Augenblick aufhörte, der entscheidende Richtpunkt zu sein.“ (C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 51). In diesem Ausspruch (neben zahlreichen anderen) wird deutlich, daß Freiheitssicherung durch Bindung der verfaßten Gewalten und insbesondere des Gesetzgebers in dem Bild, das C. Schmitt von der verfassunggebenden Gewalt entwirft, keine Rolle spielt.

167 Auf die Herkunft des Begriffes aus der Terminologie Montesquieus weist E. Zweig hin: Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 67. Zu Recht betont Zweig dabei, daß Montesquieu selbst die verfassunggebende Gewalt nicht thematisiert hat; in der Konsequenz von Montesquieus Lehre läge es aber, eine (den anderen Gewalten übergeordnete) Gewalt anzunehmen, die für die Einhaltung der Gewaltentrennung und -balance sorgt. Diese (verfassunggebende) Gewalt wäre den anderen zwar nicht gleichgeordnet, könnte zu diesen also auch nicht in einem Verhältnis der Machtbalance stehen; aber ihre Funktion ließe sich von den Funktionen der anderen Gewalten klar unterscheiden, und die Ausübung dieser verfassunggebenden Gewalt ließe sich auf ein gesondertes Organ übertragen, das – um in der Logik der Montesquieuschen Theorie zu bleiben – keine Funktionen anderer Organe, also insbesondere nicht die Gesetzgebungsfunktion wahrnehmen dürfte. Die Trennung von Verfassunggebung und Gesetzgebung läge also auch in der Logik der Gewaltenteilungslehre Montesquieus.

besondere Organe tätig werden und zueinander in einem Verhältnis der Machtbalance stehen sollen.

Die Forderung nach Trennung von Verfassungsgebung und Gesetzgebung findet sich in aller Deutlichkeit zu Beginn der revolutionären Ereignisse,¹⁶⁸ vor allem bei Sieyes.¹⁶⁹ Sieyes forderte, daß die Vertreter der verfassungsgebenden Versammlung nicht „in anderer Eigenschaft anschließend als gewöhnliche Versammlung“¹⁷⁰ zusammentreten sollen,¹⁷¹ und hob vor allem die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen „gewöhnlichen Stellvertretern“, die für die „gute Verwaltung der Gesellschaft“ zuständig sind, und den „außerordentlichen Stellvertretern“, die mit einer besonderen Vollmacht zur Verfassungsgebung versehen sind, hervor;¹⁷² die außerordentliche Stellvertretung unterscheidet sich „durchaus von der gewöhnlichen Gesetzgebungskörperschaft“¹⁷³.

Einen Grund für diese Unterscheidung gab Sieyes auch an: Bei der Verfassungsgebung sind die „Stellvertreter“, die ja sehr umfangreiche Vollmachten haben (weil sie nicht an die Verfassung gebunden sind), „nur für eine einzige Angelegenheit und für eine begrenzte Zeit abgeordnet“, so daß hier „nicht so viele Vorkehrungen nötig (sind), um Machtmißbrauch zu verhindern“.¹⁷⁴ Der Zweck der Trennung von verfassungsgebender und gesetzgebender Gewalt ist also der gleiche wie bei der Idee der Trennung der verfaßten Gewalten: Machtbeschränkung und Freiheitssicherung. Der Mechanismus, mit dem dieser Zweck erreicht werden soll, ist aber ein anderer: Während die zu trennenden verfaßten Gewalten sich in einem Machtgleichgewicht befinden und dadurch gegenseitig in ihrer Machtausübung hemmen, kann die souveräne, an eine Verfassung nicht gebundene verfassungsgebende Gewalt nicht anderen Gewalten in einem Gleichgewichtsverhältnis gegenübergestellt werden. Ein Mißbrauch ihrer Macht soll vielmehr dadurch verhindert werden, daß ihr Aufgaben- und Tätigkeitsbereich auf die einmalige Verfassungsgebung und damit sowohl gegenständlich als auch zeitlich beschränkt wird. Aus diesem Grund muß ausgeschlossen werden, daß der Verfassungsgeber auch etwa als Gesetzgeber (oder gar als Exekutive) tätig wird.

Diese Forderung der Theorie fand ihren Niederschlag in den Revisionsbestimmungen der Verfassungen von 1791, 1793 und 1795 bzw. in Entwürfen oder Debatten zu diesen

168 E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 247.

169 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 170 f. Vgl. dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 288 f.

170 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 174 f.

171 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 170 f. Sieyes weist dabei (S. 171) auf die Möglichkeit hin, daß die gleichen Personen, die das „gewöhnliche“ Parlament bilden, aufgrund besonderer Vollmacht die außerordentliche Aufgabe der Verfassungsgebung wahrnehmen und dadurch zu „außerordentlichen Stellvertretern“ werden. Er betont allerdings auch hier den Unterschied zwischen beiden Funktionen, der in der Bindung bzw. Nichtbindung an die Verfassung und in der Aufgabenstellung (Gesetzgebung im Rahmen der Verfassung gegenüber Verfassungsgebung) liegt, die im Fall der Verfassungsgebung einem besonderen Auftrag des Volkes entnommen werden muß.

172 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 170.

173 Ebda. S. 171.

174 Ebda. S. 170.

Revisionsbestimmungen.¹⁷⁵ Die Verfassungsrevision wird hier (obwohl diese Vorschriften nur den Fall der Revision bzw. Teilrevision betreffen, also *verfassungsmäßige* Änderungen der Verfassung und *nicht* die „gefährlichere“ Tätigkeit des eigentlichen *pouvoir constituant*) immer in die Hände einer eigens zu diesem Zweck geschaffenen Versammlung gelegt, die keine anderen Aufgaben wahrnehmen darf. Die Forderung nach Trennung von Gesetzgebung und Verfassungsgebung gipfelt dabei in der in verschiedenen Entwürfen vorgesehenen Regelung, die Revisionsversammlung müsse bei ihren Sitzungen eine bestimmte räumliche Distanz zum Sitzungsort der gesetzgebenden Versammlung einhalten.¹⁷⁶ Die Anerkennung des Trennungsgedankens zeigt sich auch in der Selbstauflösung der gesetzgebenden Versammlung im September 1792, wodurch diese (zunächst) zum Zwecke der Absetzung des Königs (ein Vorgang, der in der geltenden Verfassung von 1791 nicht vorgesehen war) einer verfassungsgebenden Nationalkonvention Platz machte.¹⁷⁷

Bevor die Arbeiten von Sieyes in einem eigenen Abschnitt näher betrachtet werden, soll nun in einem Exkurs der Blick auf die Vertragslehren von Hobbes und Rousseau

175 Vgl. dazu die Ausführungen bei E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*: S. 315 zur Verfassung von 1791; S. 364 f. zum Verfassungsentwurf der Gironde; S. 385 ff. zur jakobinischen Verfassung von 1793; hier werden zwar alle Machtbefugnisse in der Hand der Nationalkonvention vereinigt (es existiert also kein eigenes Gesetzgebungsorgan mehr), aber Art. 117 bestimmt, daß sich die Nationalkonvention ausschließlich mit den Gegenständen befassen darf, die ihre Berufung veranlaßt haben – das ist die Verfassungsgebung, auch wenn Robespierre in den Beratungen dieser Vorschriften die Befugnis für vereinzelt Gesetzgebungsmaßnahmen ebenfalls in der Hand der Nationalkonvention sah (dazu näher S. 387 f.); S. 414 ff. zum Entwurf Sieyes' aus dem Jahr 1795 für einen Verfassungsgerichtshof, der darüber wachen soll, daß der Gesetzgeber seine Befugnisse einhält und nicht zum Verfassungsgeber wird; S. 433 zu den Revisionsbestimmungen der Direktorialverfassung von 1795, die – wie der girondistische Entwurf von 1793 – das Fortbestehen des Gesetzgebers während einer Verfassungsrevision bei strikter Trennung von der Tätigkeit der Revisionskammer vorsehen. – Bemerkenswert ist übrigens, wie W. Leisner unter geflissentlicher Ignorierung von Teilen dieser Regelungen bzw. Regelungsentwürfe die These vertritt, in den revolutionären Verfassungen von 1791, 1793 und 1795 habe es keine wirkliche Trennung zwischen Gesetzgeber und *pouvoir constituant* gegeben, vielmehr sei nach diesen Verfassungen der Gesetzgeber der einzige Souverän gewesen, der auch die Kompetenz zur Verfassungsgebung gehabt habe (W. Leisner, *Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland*, S. 53 ff.). Dieser Versuch, die durch ein einziges, einheitliches Repräsentationsorgan ausgeübte, Gesetzgebung und Verfassungsgebung umfassende „Volksouveränität“ als echte „revolutionäre Tradition“ nachzuweisen (und nicht nur als ein Dogma der späteren französischen Verfassungstheorie, das – möglicherweise zu Unrecht – die Bezeichnung „revolutionäre Tradition“ trägt), geht wohl zu weit.

176 So sah der auf Condorcet zurückgehende girondistische Verfassungsentwurf von 1793 eine Mindestentfernung des Sitzes des Revisionskonvents vom Versammlungsort der Legislative von 50 Meilen vor, ähnlich ein Entwurf des jakobinischen Verfassungsausschusses (Mindestentfernung 20 Meilen); ähnliche Entwürfe gab es auch für die Verfassung von 1791. Die Direktorialverfassung von 1795 sah einen Abstand der Revisionskammer vom Gesetzgeber von 20 Myriameter vor. Vgl. dazu E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, S. 365, 384, 433.

177 Dazu E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, S. 329 ff. Allerdings steht das spätere Verhalten der Nationalkonvention in deutlichem Widerspruch zur theoretischen Forderung nach Gewaltentrennung: Nach dem Scheitern des girondistischen Verfassungsentwurfs überschritt sie ihren Aufgabenbereich und riß schließlich die gesamte Staatsgewalt – unter Berufung auf die Souveränität der Nation – an sich (und beseitigte damit jede Gewaltenteilung: Zweig ebda. S. 340 ff.). Hier begann die dunkelste Phase der Revolution, die Tyrannei des Konvents (der den Abschluß der Verfassungsdebatte verzögerte) und des Wohlfahrtsausschusses im Namen der souveränen Nation.

fallen, auf die Sieyes in seiner Theorie (tatsächlich oder nur nach Ansicht mancher Interpreten) zurückgreift.

5. Exkurs: Die Vertragslehren von Hobbes und Rousseau

Thomas Hobbes kann als „Erfinder“ der modernen Gesellschaftsvertragstheorien gelten.¹⁷⁸ Anders als im bis dahin vorherrschenden aristotelischen Weltbild, das den einzelnen immer in Beziehung zur Gemeinschaft setzte, isolierte seine Theorie das Individuum zunächst von der Gemeinschaft, ordnete ihm bestimmte Eigenschaften zu und versuchte dann – beeinflusst von den Methoden der gerade aufkeimenden modernen Naturwissenschaft –, mit Hilfe einer mechanistischen Konstruktion („more geometrico“) zu bestimmen, auf welche Weise sich die so definierten Individuen zu einem Staat zusammenschließen müßten.¹⁷⁹ Dieser neue „methodische Individualismus“ ist ein prägendes Element der meisten späteren Sozialtheorien der Neuzeit und Voraussetzung aller Lehren, die individuelle, gegen den Staat gerichtete Rechte postulieren – damit auch des modernen Rechtsstaatsgedankens.

Doch Hobbes selbst ging nicht so weit. Im Gegenteil, seine Theorie taugte letztlich eher zur Rechtfertigung des Absolutismus.¹⁸⁰ Der Grund für diese Tendenz liegt schon in den Annahmen, die Hobbes für den Naturzustand macht. Dieser ist nicht nur durch die Individualisierung als solche geprägt, sondern durch einen Zustand des „Krieges aller gegen alle“, der aus der Knappheit lebensnotwendiger Güter und aus einer offensivmißtrauischen Grunddisposition des Individuums resultiert: Dieses hat Angst, von den anderen (denen das auch zuzutrauen ist) übervorteilt zu werden, und kommt dem lieber durch Annehmen von Gütern und Unterwerfung der anderen zuvor.¹⁸¹ Voraussetzung für den permanenten „Kriegszustand“ ist weiterhin die natürliche Gleichheit der Individuen – nicht im Sinne einer Gleichheit an Rechten,¹⁸² sondern in dem Sinne, daß kein Individuum dem anderen auf Dauer über- oder unterlegen ist (so daß von selbst durch Stabilisierung der Ungleichheit eine Befriedung eintreten könnte).

Dieser unerträgliche Kriegszustand kann nur überwunden werden durch Kooperation, an der aber alle teilnehmen müssen – denn sonst hat derjenige, der nicht kooperiert, einen Vorteil vor den anderen, weil er sich nicht an die Kooperationsregeln hält und daher ungestört von denen, die sich an die Regeln halten, Güter an sich nehmen und andere unterwerfen kann. Die Teilnahme aller an der Kooperation kann nur durch Er-

178 Zu Hobbes, seinem Werk und dessen Bedeutung W. Kersting, Thomas Hobbes; U. Steinvorth, Stationen der politischen Theorie, S. 11 ff.

179 Vgl. insbesondere T. Hobbes, Vom Bürger, Kap. 1 und 5; ders., Leviathan, Kap. 17 und 18. Zur Methodik in Hobbes' Theorie vgl. W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 62 ff.

180 Dazu W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 96 f.

181 Vgl. T. Hobbes, Leviathan, Kap. 13.

182 Das „natürliche Recht“ auf alles (ius in omnia et omnes), von dem Hobbes spricht (T. Hobbes, Vom Bürger, I.10), ist kein Naturrecht im herkömmlichen Sinne, sondern bezeichnet nur das menschliche Verhalten im Naturzustand, in dem sich jeder alles nehmen und alles tun kann. Es handelt sich also um einen deskriptiven, keinen normativen Begriff. Vgl. dazu W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 73 ff.

richtung einer Herrschaftsordnung mit unwiderstehlicher Zwangsgewalt erreicht werden.

Die Herrschaftsordnung wird durch Gesellschaftsvertrag errichtet.¹⁸³ Es handelt sich dabei um einen Vertrag eines jeden mit jedem, der inhaltlich aus zwei Teilen besteht: Zum einen verzichten die Vertragsschließenden auf das „natürliche Recht auf alles“, also auf die Möglichkeit, sich alles zu nehmen und alles zu tun, wobei einer, der Souverän (das kann eine Einzelperson oder eine Versammlung sein), nicht an dem gegenseitigen Verzicht teilnimmt und damit sein ursprüngliches „Recht auf alles“ behält. Zum zweiten wird dieser nun übermächtige Souverän autorisiert, das Recht der „Selbstregierung“, auf das die Vertragsschließenden ebenfalls verzichten, für diese wahrzunehmen. Durch diesen Vertrag entsteht ein Staat, verkörpert und damit handlungsfähig in Gestalt des Souveräns. Dieser Souverän ist selbst nicht Vertragsschließender und daher auch nicht aus dem Vertrag verpflichtet; vielmehr erhält er durch den Vertrag die absolute, uneingeschränkte und unbedingte¹⁸⁴ Herrschaftsmacht: er ist der „Leviathan“, der „sterbliche Gott“. Die Untertanen haben keine Rechte gegenüber dem Souverän, sie sind ihm vollständig ausgeliefert; gleich was er ihnen antut, es ist nicht Unrecht: *volenti non fit iniuria*. Diese Radikalität in der Hobbeschen Theorie resultiert vor allem aus seiner Sicht des Problems der Letztinstanzlichkeit: Wäre auch der Souverän durch den Vertrag an bestimmte Pflichten gebunden, so müßte es beim Streit über eine Pflichtverletzung des Souveräns wiederum eine höhere Instanz geben, die diesen Streit entscheiden könnte – ein Gedanke, der sich *ad infinitum* fortführen ließe und für Hobbes zu dem Schluß führt, daß es eine höchste, ungebundene Instanz geben muß, eben den Souverän. Im Hobbeschen Denkschema, das letztlich nur an die blanke Macht anknüpft, ist noch kein Platz für Konstitutionalismus oder Gewaltenteilung.¹⁸⁵ Dennoch: Auch bei Hobbes gibt

183 Vgl. T. Hobbes, *Leviathan*, Kap. 17 und 18.

184 Manche Hobbes-Interpreten versuchen, aus der – einseitigen – Einsetzung des Souveräns, der Autorisierung, ein zweiseitiges Vertragsverhältnis zwischen Volk und Souverän, damit also Pflichten für den Souverän herzuleiten. Diese Konstruktion eines zusätzlichen Herrschaftsvertrages (wie ihn die deutschen Naturrechtler annehmen) wird dem Hobbeschen Rigorismus nicht gerecht; vgl. dazu W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, S. 91. Eine Einschränkung der Herrschaftsmacht des Souveräns besteht allerdings in der Bindung seiner Herrschaft an den Zweck der „Sorge für die Sicherheit des Volkes“ (T. Hobbes, *Leviathan*, Kap. 30, S. 255) und im Selbstverteidigungsrecht des Untertanen, wenn seine Existenz bedroht ist.

185 Es fällt auf, daß diese Theorie genau genommen nur dann „aufgeht“, wenn der Souverän sich – und sei es nur aus eigenem Interesse an der Machterhaltung! – tatsächlich an seine Sicherungsaufgabe hält. Würde er, was ihm ja aufgrund seiner Machtposition möglich ist, seine Untertanen nur so weit wie möglich ausbeuten, so hätten diese insgesamt keinen Vorteil von dem Gesellschaftsvertrag. Eine Bindung des Souveräns an den Sicherungszweck, wie ihn ja auch Hobbes annimmt, erfordert eigentlich wieder eine höhere Instanz, die im Zweifel darüber entscheidet, ob der Souverän die Sicherungsaufgabe verletzt – womit wieder das Problem der Letztinstanzlichkeit ins Spiel kommt. Die Theorie setzt also ein gewisses Vertrauen in die „guten Absichten“ des Souveräns voraus. Vgl. auch die Kritik von Locke an Hobbes: „Als ob die Menschen, als sie den Naturzustand verließen und sich zu einer Gesellschaft vereinigten, übereingekommen wären, daß alle, mit Ausnahme eines einzigen, unter dem Zwang von Gesetzen stehen, dieser eine aber alle Freiheit des Naturzustandes behalten sollte, die sogar noch durch Gewalt vermehrt und durch Straflosigkeit zügellos gemacht wurde! Das heißt die Menschen für solche Narren zu halten, daß sie sich zwar bemühen, den Schaden zu verhüten, der ihnen durch Marder oder Füchse entstehen kann, aber glücklich sind, ja, es für Sicherheit halten, von Löwen verschlungen zu werden“ (J. Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Zweite Abhandlung, § 93).

es eine Grenze für die Herrschaft des Souveräns – wenn auch keine rechtliche, so doch eine tatsächliche: Die Untertanen können sich gegen Anordnungen des Souveräns zur Wehr setzen, die ihr Leben vernichten würden. Denn die Triebfeder für die Unterwerfung unter den Souverän ist letztlich der Überlebenstrieb, und der ist stärker als die Kräfte der Vernunft, die die Untertanen zur Einhaltung des Vertrages drängen.¹⁸⁶

Setzt man die Vertragslehre Hobbes' in Beziehung zur Verfassunggebung, so ergeben sich nur wenige direkte Anknüpfungspunkte. Ihm geht es nicht um die Legitimierung einer in bestimmter Weise strukturierten Herrschaftsordnung, sondern um die Legitimation unstrukturierter Herrschaft an sich. Der Hobbesschen Theorie ist der Begriff „Verfassung“ fremd. Dennoch kann die Bedeutung dieser Theorie nicht unterschätzt werden: Erst der von Hobbes begründete methodologische Individualismus machte die moderne Vorstellung der Legitimation durch Gesellschaftsvertrag möglich. Auch die Verfassunggebungen der Amerikanischen und der Französischen Revolution wären ohne die von Hobbes erstmals zum Ausdruck gebrachte Vorstellung, daß eine Herrschaftsordnung (und sei es nur in Gestalt der Einsetzung eines Souveräns) gewillkürtes Produkt politischen Handelns von Individuen sein kann – anstatt bloß gottgewollt oder überliefert zu sein – kaum denkbar.

Die schon mehrfach angesprochene Theorie von Jean-Jacques Rousseau nimmt gegenüber den bisher dargestellten Vertragstheorien eine Sonderstellung ein. Obwohl seine einschlägige populäre Schrift den Titel „Vom Gesellschaftsvertrag“ trägt, ist es zweifelhaft, ob es sich bei Rousseaus Theorie überhaupt um eine Vertragslehre im engeren Sinne handelt.¹⁸⁷ Die herkömmliche Vertragsidee, wie sie etwa von Locke formuliert wurde, ist Rousseau suspekt: In seinem „Diskurs über die Ungleichheit“ sieht er die Entstehung moderner Gesellschaften als einen „Betrugsvertrag“, der den Armen von den Reichen zur Herstellung von Sicherheit vorgeschlagen wird, in Wirklichkeit aber nur der Manifestierung der ungleichen Besitzverhältnisse dient. In seiner Schrift „Vom Gesellschaftsvertrag“ übt Rousseau ausdrücklich Kritik an den früheren Vertragstheorien: Verträge, in denen man zugunsten eines anderen auf seine Freiheit verzichte, seien nichtig, die Freiheit könne man nicht unwiderruflich veräußern.¹⁸⁸

Dennoch hat der Gesellschaftsvertrag bei Rousseau folgenden Inhalt:¹⁸⁹ „Jeder von uns unterstellt gemeinschaftlich seine Person und seine ganze Kraft der höchsten Leitung des Gemeinwillens ...“¹⁹⁰. Auch das klingt nach Selbstaufgabe zugunsten einer hö-

186 Vgl. T. Hobbes, *Vom Bürger*, II.18. Dazu H. Hofmann, *Bemerkungen zur Hobbes-Interpretation*, S. 67 ff.

187 W. Kersting weist darauf hin, daß die sonst üblichen Argumentationsstrukturen der Gesellschaftsvertragstheorien (z.B. die Aktivierung der instrumentell-strategischen Rationalität der Vertragsschließenden) für Rousseaus Theorie gerade nicht zutreffen (Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 167 f.).

188 J.-J. Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, I.4. Ausdrücklich wendet sich Rousseau hier gegen Grotius.

189 Auf den Naturzustand und auf die Motivation zum Verlassen des Naturzustands geht Rousseau nicht näher ein – es heißt nur: „Das Menschengeschlecht würde zugrunde gehen, wenn es sein Lebensweise nicht änderte.“ (*Vom Gesellschaftsvertrag*, I.6).

190 J.-J. Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, I.6.

heren Instanz,¹⁹¹ des „Gemeinwillens“ (volonté générale) – ebenso radikal wie bei Hobbes oder vielleicht noch radikaler. Den Widerspruch zur postulierten Unveräußerlichkeit der Freiheit versucht Rousseau dadurch aufzulösen, daß in seiner Gesellschaft „jeder einzelne, mit allen verbündet, nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie zuvor“¹⁹².

Der entscheidende Kunstgriff ist die Konstruktion des – zweifelhaften und in Anbetracht des Totalitarismus des 20. Jahrhunderts auch gefährlichen¹⁹³ – Begriffs der volonté générale. Dieser Gemeinwille ist keine bloße Addition der Einzelwillen (volonté de tous), sondern eine andere Kategorie: Er stellt absolute Wahrheit und Gerechtigkeit dar, der Gemeinwille kann sich nicht irren¹⁹⁴, er weiß, was dem Gemeinwohl dient. Der Gemeinwille entsteht durch den Zusammenschluß der einzelnen zu einer Gesellschaft, in der der Mensch eine andere Existenzform annimmt: er wird zum citoyen. Hier fällt die Ähnlichkeit zum aristotelischen Menschenbild auf, und es ist sicher kein Zufall, daß Rousseau darauf hinweist, daß die neue Gemeinschaft, die durch den Zusammenschluß entsteht und die er „Republik“ oder „Staatskörper“ nennt, „früher *Stadtstaat* (polis)“¹⁹⁵ hieß.

Da unter der Herrschaft der volonté générale jeder nur sich selbst gehorcht, ist der einzelne definitionsgemäß frei, wenn er nur der volonté générale gehorcht; eine Beschränkung des Gemeinwillens durch Individualrechte ist demnach überflüssig und wäre auch systemfremd.¹⁹⁶ Wendet sich jemand ausdrücklich gegen den Gemeinwillen, z.B. indem er Straftaten gegen die Gemeinschaft begeht, dann bedeutet auch für ihn die – notfalls zwangsweise – Unterwerfung unter den Gemeinwillen keine Unfreiheit,¹⁹⁷ weil er sich nur über das, was er in Wirklichkeit als citoyen auch will (nämlich das glei-

191 W. Kersting verweist auf die Parallele zu Hobbes: W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 155.

192 J.-J. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, I.6.

193 Vgl. J. L. Talmon, Die Ursprünge der totalitären Demokratie, S. 34 ff. Talmon geht allerdings zu weit, wenn er Rousseau selbst eine totalitäre Gesinnung unterstellt. Rousseau hielt seine Theorie für unanwendbar auf große Flächenstaaten und war eher konservativ als revolutionär eingestellt. Er wollte nicht einmal in Frankreich eine Revolution (vgl. I. Fetscher, Rousseaus politische Philosophie, S. 252 f.), geschweige denn die Schreckensherrschaft des Wohlfahrtsausschusses und gar nicht zu reden von totalitären Herrschaftstechniken des 20. Jahrhunderts. Dennoch ist seine Theorie gefährlich, weil sie, ohne es zu wollen, ein Argumentationsmuster für die Rechtfertigung totalitärer Herrschaft liefert.

194 J.-J. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, II.3.

195 J.-J. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, I.6; Hervorhebung im Original.

196 Vgl. dazu G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, S. 5: „Die Freiheit im Sinne Rousseaus besteht in der Teilnahme am Staate; sie steht im Gegensatz zur natürlichen Freiheit, der Freiheit vom Staate.“ I. Fetscher charakterisiert Rousseaus Freiheitsbegriff treffend wie folgt: „Freiheit (liberté civile) heißt hier die Unabhängigkeit von der individuellen Willkür von Einzelmenschen, nicht aber absolute Unabhängigkeit (indépendance naturelle). Im Interesse des friedlichen Gemeinschaftslebens wird vielmehr zugleich eine Abhängigkeit aller Einzelnen von der Willensäußerung der Gemeinschaft, dem Gesetz, postuliert.“ (Rousseaus politische Philosophie, S. 106).

197 J.-J. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, IV.2.

che wie der Gemeinwille), irrt. Natürliche Rechte, die dem gesellschaftlichen (d.h. auch: staatlichen) Zustand vor- und vorausgehen, sind Rousseaus Theorie völlig fremd.¹⁹⁸

Hinsichtlich der Frage, wie der Gemeinwille zu ermitteln sei, macht Rousseau nicht viele Angaben. Wesentlich ist, daß der Gemeinwille nicht auf einen Einzelfall oder ein Sonderrecht gerichtet ist, denn hier besteht die Gefahr, daß Partikularinteressen in den Vordergrund treten.¹⁹⁹ Vielmehr wird die Orientierung am Gemeininteresse dadurch hergestellt, daß der Gemeinwille sich in der Form des allgemeinen Gesetzes äußert, also durch „allgemeine und (dem Einzelfall, T.H.) vorhergegangene Übereinkunft“²⁰⁰. Die Äußerung in Form des allgemeinen Gesetzes ist also notwendige Voraussetzung, um eine Entscheidung dem Gemeinwillen zuordnen zu können. Das ist aber noch keine hinreichende Bedingung.

Als entscheidendes Kriterium für die Prüfung, ob ein allgemeines Gesetz den Gemeinwillen wiedergibt, nennt Rousseau das Mehrheitsprinzip. Die Mehrheit in einer Abstimmung erbringt also den Nachweis des Gemeinwillens – unter der weiteren Voraussetzung, daß die Abstimmenden frei und unverbunden sind, daß sich also nicht durch Koalitionen Partikularinteressen in den Vordergrund schieben können.²⁰¹ Dieser idealen Abstimmungssituation kann man sich durch verfahrensmäßige Vorkehrungen annähern, so daß die Abstimmungsmehrheit nach Rousseau in der Praxis zumindest in den meisten Fällen den Gemeinwillen wiedergibt.²⁰² Nach der Logik des Gemeinwillens gilt auch für die Abstimmung über Gesetze, daß die unterlegene Minderheit keine Einbuße an Rechten erleidet, also nicht unfrei ist: Sie hat sich nur über das geirrt, was sie eigentlich will.²⁰³

Rousseaus Lehre steht dem Gedanken der Verfassungsgebung fern. Während die Verfassungsgebung Ausgangspunkt, Grundlage und Fixierungsmedium einer rechtlichen Ordnung ist, erscheint der Rousseausche Gesellschaftsvertrag eher als Symbol eines neuen menschlichen Daseinszustandes.²⁰⁴ Es ist wohl auch kein Zufall, daß Rousseau so wenig Mühe auf die Beschreibung des Naturzustands und des Übergangs in den Zustand

198 Dazu I. Fetscher, *Rousseaus politische Philosophie*, S. 139 f. Diese Ablehnung natürlicher Rechte zeigt sich schon im Gedankengang des „Diskurs über die Ungleichheit“; dazu H. Maier, *Rousseau*, S. 89.

199 J.-J. Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, II.4.

200 Ebda. II.4.

201 Ebda. II.3.

202 Für besonders wichtige Entscheidungen sollen allerdings (wohl um die Ermittlung des Gemeinwillens möglichst „sicher“ zu machen) qualifizierte Mehrheiten erforderlich sein (ebda. IV.2).

203 Rousseau geht sogar noch weiter und behauptet, daß die Inkraftsetzung des unterlegenen Gesetzesentwurfs für dessen Befürworter Unfreiheit bedeuten würde: „Wenn ich überstimmt werde, so beweist das nur, daß ich mich geirrt habe, und daß es nicht der Gemeinwille war, was ich dafür gehalten habe. Hätte sich meine persönliche Meinung durchgesetzt, dann hätte ich etwas anderes getan, als ich gewählt habe: gerade dann wäre ich nicht frei gewesen.“ (ebda. IV.2).

204 Die Vertragsmetaphorik bei Rousseau ist daher eigentlich falsch und irreführend. Auch die merkwürdige Diskrepanz zwischen Rousseaus Gesellschaftskritik im „Diskurs über die Ungleichheit“, wo er alle gesellschaftlichen Übel auf einen betrügerischen Gesellschaftsvertrag zurückführt, und dem „Vertrag“ in seiner eigenen Theorie als Ziel und Ideal würde bei Weglassung der Vertragsmetaphorik in dieser Theorie verschwinden.

der „Republik“ verwendet: Der Vertrag enthält keine Detailregelungen, bedarf keines Aushandelns und keiner Bemühung der instrumentell-strategischen Vernunft im Detail. Es genügt die unspezifische Erkenntnis, im Zustand der „Republik“ besser leben zu können. Diese entsteht durch die Bildung des Gemeinwillens, die letztlich einem Orientierungswechsel entspricht: An die Stelle des Selbstinteresses rückt das Gemeininteresse. Das hat nichts mit gegenseitiger Verpflichtung im Sinne der herkömmlichen Vertragslehren zu tun, sondern nur mit einer freiwilligen (aber ethisch geforderten) Sozialgerichtetheit des einzelnen. Genau genommen hat eine „Verfassung“ in der Republik Rousseaus nichts zu suchen; zu einer Einschränkung der Legislative taugt sie jedenfalls nicht.²⁰⁵ Außer der sehr allgemeinen Forderung, daß das staatliche Handeln dem Willen des Volkes entsprechen müsse, weist die Theorie Rousseaus daher kaum Bezüge zur Grundidee der Legitimation durch Verfassunggebung auf. Dieser Befund kontrastiert zu der immer wieder vorzufindenden Ansicht, Rousseau sei geradezu einer der Urheber der Theorie der Verfassunggebung. Ein Grund für diese Sichtweise ist die Verwechslung bzw. Ineinssetzung der Theorie der Volkssouveränität mit der Legitimation durch Verfassunggebung; ein anderer Grund ist sicher die Bezugnahme Sieyes' auf Ideen von Rousseau – bei der allerdings, wie gleich zu sehen sein wird, vom Grundgedanken Rousseaus nicht viel übrigbleibt.

6. Die Theorie der Verfassunggebung bei Emmanuel Sieyes

Die verfassunggebende Gewalt war in der Französischen Revolution ein in der politischen Auseinandersetzung sehr häufig verwendeter Topos. Eine ausgearbeitete Theorie der Verfassunggebung stellen diese politischen Argumentationen aber nicht dar. Eine solche Theorie, auf die die politischen Akteure immer wieder zurückgriffen, findet sich vielmehr bei dem schon erwähnten Emmanuel Sieyes²⁰⁶, der als Theoretiker und Verfassungskonstrukteur zu seiner Zeit höchstes Ansehen genoß. Sieyes kann, trotz der amerikanischen Vorläufer,²⁰⁷ als der Erfinder bzw. „Entdecker“ der Theorie der durch Verfassunggebung bewirkten Verfassungslegitimität bezeichnet werden.²⁰⁸ Die wesentlichen Teile dieser Theorie finden sich in Sieyes' politischer Kampfschrift „Was ist der Dritte Stand?“ und in seiner „Einleitung zur Verfassung“. Wegen ihrer theoretischen Qualität²⁰⁹ und wegen ihrer großen Wirkung und Bedeutung sollen diese Schriften eingehender besprochen werden.

205 Rousseau kennt keinen normativen, allenfalls einen deskriptiven Verfassungsbegriff; dazu D. Grimm in H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 105.

206 Zur Schreibweise des Namens (ohne Akzent) vgl. E. Schmitt, Sieyes, Fn. 3.

207 Spezifische Elemente der amerikanischen Lehre wurden weniger von Sieyes, sondern vor allem von einem anderen Theoretiker der Französischen Revolution verarbeitet: Condorcet. Dessen Schriften erweisen sich allerdings als sperrig und wenig systematisch, teilweise auch als widersprüchlich – obwohl sie mit wissenschaftlichem Anspruch geschrieben sind; sie stellen keine ausgearbeitete Theorie dar, sondern begleiten kommentierend die wechselhafte politische Praxis der Revolution. Als Quelle einer einheitlichen Theorie taugen sie – im Gegensatz zu den Arbeiten Sieyes' – kaum. Zu Condorcet vgl. E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 91 ff.

208 So K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 146.

209 Die Qualität der Theorie leidet natürlich darunter, daß Sieyes sich in beiden Schriften (und auch sonst in seinem Werk) immer auch mit tagespolitischen Problemen beschäftigt. Dieser Mangel, der

Grundlegend für Sieyes' Theorie der Verfassungsgebung²¹⁰ ist seine Schrift „Was ist der Dritte Stand?“, mit der er schon zu Beginn des Jahres 1789 eine Rechtfertigung für die ein halbes Jahr später erfolgende (und von ihm als Vertreter des Dritten Standes beantragte) Erklärung des Dritten Standes zur verfassungsgebenden Nationalversammlung lieferte. Die theoretischen, hier interessierenden Ausführungen zur Verfassungsgebung finden sich vor allem im fünften Kapitel („Was man hätte tun sollen. Grundsätze dazu.“), in dem eine Idealvorstellung vom Vorgang der Verfassungsgebung entwickelt wird. Dabei knüpft Sieyes, ein Kenner der Philosophie und politischen Theorie,²¹¹ zunächst mit einigen knappen Bemerkungen an vertragstheoretische Elemente an, die ihm und seiner Zeit aus den Lehren etwa von Hobbes, Locke und Rousseau bekannt waren: Die zuerst in aller Deutlichkeit von Hobbes entwickelte Methode der mechanistischen, von den Individuen ausgehenden Rekonstruktion einer Gesellschaft wird kurz angesprochen (die Gesellschaft sei „wie eine gewöhnliche Maschine zu analysieren“²¹²), aber nicht weiter ausgeführt.²¹³ Sodann unterscheidet Sieyes drei Epochen der „Bildung einer politischen Gesellschaft“²¹⁴, wobei der Übergang von der ersten zur zweiten Epoche dem ersten Anschein nach an die Lehre von Rousseau²¹⁵ erinnert: In der ersten Epoche existieren Individuen mit „Einzelwillen“, die sich vereinigen möchten (weiter heißt es hier: „Schon allein durch diese Tatsache bilden sie eine Nation“²¹⁶; darauf wird noch zurückzukommen sein²¹⁷); in der zweiten Epoche haben diese Individuen einen einheitlichen, „gemeinschaftlichen Willen“ (Sieyes verwendet allerdings – offenbar in Abgrenzung zu Rousseau – nicht dessen Begriff „volonté générale“, sondern spricht von „volonté commune“²¹⁸ – wie er überhaupt Rousseaus Lehre von der Selbstentäußerung des Individuums an die Gemeinschaft ablehnt²¹⁹)²²⁰. In dieser Epoche entsteht die Verfassung:²²¹ Wegen der praktischen Unmöglichkeit, den gemeinschaftlichen Willen un-

bei der Beschäftigung mit seiner Theorie berücksichtigt werden muß, ist bei den anderen Autoren der Revolutionszeit allerdings noch deutlich größer.

210 Vgl. zur Theorie der Verfassungsgebung bei Sieyes auch ausführlich K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 161 ff.

211 Vgl. E. Schmitt, Sieyes, S. 102.

212 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 164 f.

213 „Wir brauchen uns hier nicht in ein so weitläufiges Unternehmen einzulassen.“ (ebda. S. 165).

214 Ebda.

215 Zu Rousseau vgl. oben 5.

216 Ebda.

217 Vgl. unten Fn. 764.

218 Vgl. in der französischen Ausgabe S. 159.

219 Vgl. dazu T. Hafén, Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes, S. 52.

220 Sieyes lehnt Rousseaus Konzeption der *volonté générale* als ein von den Sonderinteressen der einzelnen abstrakt unterschiedenes Gemeininteresse ab. Für ihn ergibt sich die *volonté commune* aus der Summe der Einzelwillen und kann mit Hilfe von Diskussionen und Mehrheitsentscheidungen gefunden werden. Vgl. dazu auch die bei T. Hafén (Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes, S. 64) zitierten Manuskriptstellen von Sieyes. Anders aber E.-W. Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, S. 26 f., der den Willen der Nation im Sinne von Sieyes mit der Rousseauschen *volonté générale* identifiziert.

221 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 167.

mittelbar auszuüben, wird eine „Regierung durch Vollmacht“²²² eingerichtet, der lediglich die „Ausübung der Rechte“ übertragen ist, die aber selbst keine eigenen Rechte hat.²²³ „Regierung“ ist dabei ein Oberbegriff für die verschiedenen Funktionen, in denen Hoheitsgewalt ausgeübt wird; Sieyes unterscheidet hier zwischen der gesetzgebenden und der ausführenden bzw. vollziehenden Gewalt.²²⁴ In der mit der Verfassung begonnenen dritten Epoche handelt also ein „*stellvertretender gemeinschaftlicher Wille*“²²⁵. Die Art und Weise, wie in Sieyes’ Theorie Hoheitsfunktionen einschließlich der Gesetzgebung einzelnen Personen oder Personengruppen anvertraut werden, hat Ähnlichkeit mit dem Amtsprinzip, wie es von Locke eingeführt worden war, und steht in deutlichem Widerspruch zur Theorie Rousseaus, der eine Repräsentation bei der Gesetzgebung kategorisch ausschloß.²²⁶

Es folgen einige Ausführungen über die Bestandteile und damit die Funktionen einer Verfassung. Diese bestehe zum einen in den organisatorischen Bestimmungen einschließlich der Verfahrensregeln, durch die eine Körperschaft überhaupt erst handlungsfähig werde; damit sind praktische Notwendigkeiten angesprochen, die für jede Körperschaft, also nicht nur für den Staat und nicht nur für die Ausübung von Hoheitsgewalt gelten. Daneben müsse eine Verfassung aber auch „politische Vorkehrungen“ enthalten, die sicherstellen sollen, daß „die übertragene öffentliche Gewalt ihren Auftraggebern niemals schaden kann“²²⁷; es sind dies „wesentliche Regeln der Regierung, ohne die die Ausübung der öffentlichen Gewalt gesetzeswidrig wäre“. Die Verfassung hat also zwei Aufgaben: die Handlungsfähigkeit der Körperschaft durch die Einrichtung von Organen herzustellen und die Ausübung der Hoheitsgewalt durch diese Organe so zu beschränken, daß ein Mißbrauch verhindert wird. Die letztere Aufgabe der Gewaltenbeschränkung ergibt nur im Kontext von Hoheitsbefugnissen einen Sinn; sie entspringt einem Mißtrauen gegenüber den Organen bzw. Amtsträgern, denen die Ausübung von Hoheitsbefugnissen anvertraut ist. Die Verfassung soll die „Auftraggeber“, also letztlich die Individuen, vor einem Mißbrauch von Hoheitsgewalt schützen.²²⁸

222 Ebda. S. 165.

223 Ebda. S. 165 f.

224 Ebda. S. 167 spricht Sieyes von der gesetzgebenden Körperschaft und den ausführenden Körperschaften; auf S. 169 unterscheidet er zwischen der gesetzgebenden Gewalt und den verschiedenen Zweigen der handelnden Gewalt. Deutlicher in der Einleitung zur Verfassung (S. 249 f.): „Die Regierung umgreift oft die Tätigkeit oder Ausübung dieser beiden Gewalten; das Wort Regierung bezeichnet jedoch besonders die vollziehende Gewalt oder ihre Tätigkeit. Nichts ist geläufiger als der Satz: Man muß nach dem Gesetz regieren; was beweist, daß die Gewalt, Gesetze zu geben, von der Regierung im eigentlichen Sinne zu unterscheiden ist.“

225 Ebda. S. 166; Hervorhebung im Original.

226 Deswegen weicht die dritte Epoche in Sieyes’ Vertragstheorie deutlich von Rousseaus Gesellschaftsvertrag ab. Vgl. dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 132 f.

227 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 166.

228 In diesem rechtsstaatlichen Aspekt unterscheidet sich Sieyes’ Lehre deutlich von der auf solche Sicherungen der Machtausübung nicht bedachten Theorie Rousseaus, in der eine Verfassung im Sinne von Sieyes einen Fremdkörper darstellen würde. Die Behauptung, daß die Lehre von Sieyes im wesentlichen auf Rousseau zurückgehe, ist daher falsch; die für Rousseau fremde Sicherungsfunktion der Verfassung ist ein wesentlicher Teil der Sieyesschen Theorie.

Ein großer Teil des fünften Kapitels der Schrift „Was ist der Dritte Stand?“ beschäftigt sich mit dem Nachweis, daß die Nation selbst keinen Bindungen unterworfen ist.²²⁹ Dabei lautet die Fragestellung zunächst nicht etwa, ob es naturrechtliche oder andere Bindungen der Nation bei der Verfassungsgebung gibt (naturrechtliche Bindungen gibt es nach Ansicht von Sieyes durchaus, wie gleich noch festzustellen sein wird); vielmehr stellt Sieyes hier die Frage – und verneint sie –, ob die Nation *einer Verfassung unterworfen* ist.²³⁰ Diese Einengung der Fragestellung wird häufig übersehen oder unterschlagen, wenn Sieyes – etwa von Carl Schmitt – als Zeuge für die wesentliche Charakterisierung der verfassungsgebenden Gewalt als quasi zügellose Urgewalt angerufen wird.²³¹ Eine solche Folgerung geht zu weit – Sieyes ist kein Verfechter einer diktatorischen Volkssouveränität im Sinne Rousseaus.²³² Seine Ausführungen über die fehlende Bindung der verfassungsgebenden Gewalt an eine vorhergehende Verfassung haben dennoch große Bedeutung: Sie beinhalten gleichzeitig eine brisante politische Forderung und eine kühne theoretische Neuerung.

Die *politische Forderung* besteht in der Verwerfung bisher gültiger und allgemein anerkannter Regeln bezüglich der Tätigkeit der Vertreter des Dritten Standes in der Versammlung der Generalstände. Wie schon erwähnt, hätten nach diesen Regeln, die dem

229 Vgl. zum folgenden H. Hofmann, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, S. 288 ff.

230 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 168.

231 Nach Ansicht von C. Schmitt erscheint die verfassungsgebende Gewalt bei Sieyes als das „unorganisierbar Organisierende“, als spinozistische „natura naturans“, „Urkraft alles staatlichen Wesens“, „unendliche(r), unfaßbare(r) Abgrund“ der Macht; sie könne „beliebig eingreifen mit Gesetzgebung, Rechtspflege oder bloß tatsächlichen Akten“ und sei der „unbeschränkte und unbeschränkbare Inhaber der jura dominationis“; sie sei „prinzipiell unbeschränkt und vermag schlechthin Alles“ (alle diese Zitate aus: Die Diktatur, S. 140, 142 f.). Weiterhin sei das Volk bzw. die Nation als verfassungsgebende Gewalt der „Urgrund alles politischen Geschehens, die Quelle aller Kraft, die sich in immer neuen Formen äußert, immer neue Formen und Organisationen aus sich herausstellt, selber jedoch ihre Existenz niemals einer endgültigen Formierung unterordnet“ (Verfassungslehre, S. 79). Ähnliche Aussagen finden sich z.B. bei K. Loewenstein, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, S. 12 (in bezug auf Sieyes heißt es: „Die Souveränität der Nation ist unbeschränkbar und gesetzesentbunden“) und E.-W. Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenz begriff des Verfassungsrechts, S. 12 („potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo“). Die von Schmitt und Böckenförde genannten „göttlichen“ Attribute der verfassungsgebenden Gewalt finden sich übrigens nicht in den Schriften Sieyes', sondern stellen Interpretationen der Sieyesschen Lehre dar; vgl. dazu die Bemerkung Schmitts (Verfassungslehre, S. 79 f.): „In manchen Äußerungen von Sieyes erscheint der ‚pouvoir constituant‘ ... in einer metaphysischen Analogie zu der ‚natura naturans‘ ... nach der Lehre Spinozas ... Es ist aber notwendig, die positive Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt, die zu jeder Verfassungslehre gehört, von jener pantheistischen Metaphysik zu unterscheiden; beides ist keineswegs miteinander identisch.“

232 Dennoch können einzelne Aussagen Sieyes', wenn sie aus dem Zusammenhang seiner Theorie gerissen werden, in dieser Weise mißverstanden werden. Nimmt man dann noch den von Sieyes verfochtenen Gedanken der Repräsentation des Volkswillens hinzu, so fällt es nicht schwer, einen Bezug zu Robespierre und der Diktatur des Wohlfahrtsausschusses herzustellen und eine „autoritäre Komponente“ in Sieyes' Theorie zu finden (E. Schmitt, Sieyes, S. 115 ff.). Diese Aussage ist richtig, soweit sie die Gefahr bezeichnet, Sieyes in der besagten Weise durch eine einseitige Interpretation mißzuverstehen; als Aussage über eine wesentliche Tendenz der Theorie im Ganzen trifft sie aber nicht zu. (Das meint wohl auch E. Schmitt nicht, der ansonsten großen Wert auf das Moment der individuellen Freiheit und der Rechtssicherheit bei Sieyes legt).

Dritten Stand von den Monarchisten und den konservativen Adligen und Klerikern entgegengehalten wurden, die Generalstände nach Ständen abstimmen müssen, und ein etwaiger Beschluß der Generalstände hätte unter dem Vorbehalt eines Vetos des Königs gestanden. Außerdem wären die jeweiligen Ständevertreter an die Wahlinstruktionen (Cahiers) gebunden gewesen, die sie bei ihrer Wahl erhalten hatten.²³³ Diese Regeln, die als Bestandteile der geltenden Verfassung angesehen wurden,²³⁴ standen den von Sieyes vertretenen Anliegen des Dritten Standes im Wege, nämlich vor allem der Abstimmung nach Köpfen (bei gleichzeitiger Verdoppelung der Anzahl der Vertreter des Dritten Standes) und dem Wegfall des königlichen Vetorechts. Natürlich widersprach auch die schließlich vollzogene Selbsterklärung der Vertreter des Dritten Standes zur verfassungsgebenden Nationalversammlung der bisherigen Verfassung.²³⁵ Sieyes' Behauptung, die verfassungsgebende Gewalt sei nicht an die geltende Verfassung gebunden, erscheint auf diese Weise als ein – wichtiges – Argument in der politischen Auseinandersetzung mit der Krone und den konservativen Kräften; seine Schrift über den Dritten Stand ist eben auch eine politische Kampfschrift.²³⁶ Und es ist verständlich, daß die an die Stelle der Souveränität des Königs tretende Souveränität der Nation als ein allgemein verständliches und politisch hochwirksames Sinnbild der bis dahin beispiellosen revolutionären Vorgänge erschien, dessen sich Sieyes in dieser Kampfschrift bediente.²³⁷ Das erklärt manche plakative Formulierung für die Bindungslosigkeit der verfassungsgebenden Gewalt bei Sieyes, rechtfertigt aber nicht die einseitige Hervorhebung dieser Bindungslosigkeit in vielen heutigen Sieyes-Interpretationen (die zu einem großen Teil durch die Lehre Carl Schmitts und seine einseitige und verfälschende Darstellung der Sieyesschen Theorie beeinflusst sind)²³⁸.

Sieyes' These stellt aber gleichzeitig eine bemerkenswerte *theoretische Neuerung* dar. Die Verfassung ist für Sieyes nicht mehr eine höhere Ordnung göttlichen, königlichen, tradierten oder sonst nicht zu hinterfragenden Ursprungs, der alle Glieder eines Staates und auch die Nation unterworfen wären, sondern ausschließlich voluntatives Produkt der Nation. Die Verfassung besteht nur aus den Regeln, die die Nation selbst

233 Diese Bindung wurde freilich wohl erstmals für die Versammlung der Generalstände von 1789 anerkannt, nicht für die unmittelbar vorhergehende (allerdings fast zwei Jahrhunderte zurückliegende) Versammlung von 1614. Zur Bindung der Abgeordneten an die Cahiers ausführlich E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 215 ff.

234 Sieyes bezeichnet die geltende Abstimmungsregelung (nach Ständen und nicht nach Köpfen) selbst als „Verfassung“: Was ist der Dritte Stand?, S. 172 f.

235 Hierbei stellten die Cahiers für die Vertreter des Dritten Standes selbst ein Problem dar. Einige Abgeordnete fühlten sich nämlich an die Wahlinstruktionen derart gebunden, daß ihnen der Schritt der Erklärung zur verfassungsgebenden Nationalversammlung unmöglich erschien; denn ein solcher Schritt sei in den Cahiers nicht vorgesehen. Dagegen vertrat Sieyes in der Debatte entschieden die Ansicht, die Vertreter des Dritten Standes seien an die Cahiers nicht gebunden. Vgl. dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 231 f.

236 Zu diesen politischen Funktionen der Lehre Sieyes' auch U. Steiner, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 206.

237 Vgl. S. Breuer, Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt, S. 501 (mit Bezug auf Furet): „das Bild der souveränen Nation, das er entwirft, ist ... ein Abziehbild der souveränen Macht der Könige“.

238 So auch das Fazit von K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 206.

setzt. Sieyes formuliert hier eine Erkenntnis der Aufklärungsliteratur, deren Verwendung in der direkten politischen Auseinandersetzung mit der alten Ordnung als kühn bezeichnet werden muß: die Erkenntnis, daß das Gefüge gesellschaftlicher und politischer Kräfte nicht vorgegeben ist, sondern dem Willen des Menschen unterliegt und damit der vernunftmäßigen Gestaltung zugänglich ist. Erschien zuvor die Verfassung als Ausdruck einer höheren, von einer externen Autorität (Gott, dem König, der Tradition) eingerichteten und garantierten Ordnung, so wird sie bei Sieyes zu einem Mittel, mit dessen Hilfe die Nation ihren Willen ausübt. In dieser Neubestimmung der Funktion der Verfassung liegt ein wesentlicher Teil der theoretischen Neuerung, die mit der Idee der Verfassunggebung verbunden ist. Erst mit dieser Idee und ihrer Anwendung in der politischen Praxis wird die mittelalterliche Ordnung überwunden und das Ideal der Aufklärung in die Politik umgesetzt. Diese Theorie ist daher sehr wohl (entgegen der Ansicht Carl Schmitts)²³⁹ ein – deutliches – Zeugnis der Aufklärungsepoche.²⁴⁰

Sieyes begründet die Ungebundenheit der Nation an eine bestehende Verfassung mit mehreren Argumenten: So sei das „Recht zu wollen“ unveräußerlich mit der Nation verbunden, sie könne sich dieses Rechts nicht begeben, könne also jederzeit einen beliebigen Willen äußern.²⁴¹ Auch aus verpflichtungstheoretischer Sicht sei eine Bindung an die selbstgegebene Verfassung undenkbar, denn niemand könne sich selbst Pflichten auferlegen, ein Vertrag mit sich selbst könne jederzeit gekündigt werden.²⁴² Auch in gleichsam völkerrechtlicher Perspektive sei eine Bindung der Nation nicht möglich, denn man muß sich „die Nationen auf der Erde als Individuen ohne gesellschaftliche Bindung oder, wie man sagt, als im Naturzustand befindlich vorstellen.“²⁴³ Und schließlich nennt Sieyes das schon von Hobbes bekannte Souveränitätsargument: Bei Streitig-

239 C. Schmitt, *Die Diktatur*, S. 142. Mit seiner rousseauistisch erscheinenden Interpretation von Sieyes' Theorie der verfassungsgebenden Gewalt stellt sich Schmitt ausdrücklich und bewußt gegen die „rationalistische“ Interpretation E. Zweigs (vgl. die folgende Fn.), dessen Arbeit Schmitt im übrigen aber als „außerordentlich wertvoll“ bezeichnet. Wie wenig begründet Schmitts Auffassung ist, zeigt sich schon an folgender bereits kurz angesprochener Passage aus Sieyes' Schrift zum Dritten Stand: „Man wird den Mechanismus der Gesellschaft niemals begreifen, wenn man sich nicht dazu entschließt, eine Gesellschaft wie eine gewöhnliche Maschine zu analysieren, jeden ihrer Teile getrennt zu betrachten und die Teile dann vor seinem geistigen Auge einen nach dem andern zusammenzufügen, um ihr Zusammenspiel zu erfassen und den allgemeinen Einklang, der daraus entsteht, zu spüren.“ (Was ist der Dritte Stand?, S. 164). Sieyes favorisiert also die von Hobbes begründete mechanistische Methode. Das ist aber nach Schmitt gerade die Methode des Rationalismus' der Aufklärungsepoche. – Wenn Schmitt behauptet, Sieyes' Lehre sei kein „Zeugnis der Aufklärungsepoche“, meint er offenbar, Sieyes habe die Aufklärung und ihren „Rationalismus“ überwunden, der schon in Rousseaus *Contrat social* „an seinem kritischen Punkt angekommen“ sei. In Wahrheit geht Schmitts Sieyes-Interpretation und sein Verständnis der verfassungsgebenden Gewalt hinter das mit der Aufklärung Erreichte zurück, indem er – wie auch Rousseau – einfach den fürstlichen Souverän gegen das als einheitliches Subjekt gedachte Volk austauscht und das prekäre Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft – ein zentrales Thema der Aufklärung – zum großen Teil ignoriert. Vgl. zu Schmitts verfälschender Sieyes-Interpretation auch S. Breuer, *Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt*, S. 510 f.

240 E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, S. 4.

241 E. Sieyes, *Was ist der Dritte Stand?*, S. 168.

242 Ebda.

243 Ebda.

keiten über die Auslegung und Anwendung der Verfassung zwischen den verfaßten Gewalten habe letztlich die Nation zu entscheiden, diese ist der oberste Richter. Über ihre Entscheidung darf es keinen Streit mehr geben; es darf also nicht behauptet werden, ihre Entscheidung verstoße selbst gegen die Verfassung, denn für ein streitschlichtendes Urteil über *diese* Behauptung gibt es keinen obersten Richter – es droht die Anarchie. Die oberste Entscheidungsautorität muß also bei einer ungebundenen Instanz liegen: Das ist die nicht an die Verfassung gebundene Nation.²⁴⁴

Diese Ungebundenheit der Nation bezieht sich nach Sieyes' Begründung auf inhaltliche und auf Verfahrensfragen. Der Wille der Nation ist inhaltlich frei, und die Nation kann frei festlegen, in welcher Form sie ihren Willen äußert, welches Verfahren sie zur Willensbildung wählt. In der Abhandlung „Was ist der Dritte Stand?“ wird vor allem die Freiheit der Verfahrenswahl im Detail ausgeführt;²⁴⁵ die Verfahrensfrage war eben zum Zeitpunkt des Erscheinens dieser Schrift, also zu Beginn der revolutionären Ereignisse, das beherrschende Thema. Die Argumentation richtete sich dabei, wie schon erwähnt, gegen die bisher allgemein anerkannten Verfahrensregeln, die dem Vorhaben des Dritten Standes im Wege standen. Sieyes weist darauf hin, daß die Nation in der konkreten historischen Situation keine andere Möglichkeit hatte, als ihren Willen durch den Dritten Stand zu äußern, und daß sie eben in der Wahl des Verfahrens und der Form, in der sie ihren Willen äußert, frei sei.

Trotz der Betonung der Freiheit der Verfahrenswahl stellt Sieyes dann doch ein (in der konkreten historischen Situation freilich nur hypothetisches) Verfahren dar, das ihm für die Willensbildung bzw. -äußerung der Nation als besonders geeignet erscheint; es ist seine Antwort auf die in der Kapitelüberschrift gestellte Frage „Was hätte man tun sollen?“.²⁴⁶ In mittelbarer Wahl, gestuft nach Kreisen und Provinzen, hätten nach diesem Idealverfahren „außerordentliche Stellvertreter“²⁴⁷, d.h. Abgeordnete mit dem ausschließlichen Auftrag zur Beschlußfassung über eine neue Verfassung, gewählt werden sollen. An der Wahl dürften alle Bürger teilnehmen, jede Stimme hätte gleiches Gewicht, und die Mehrheit würde entscheiden. Zur Initiierung dieser Wahl, also der Einberufung der Nationalversammlung, wäre nicht nur der Fürst, sondern jeder Bürger berechtigt.²⁴⁸ Ein Referendum über die Verfassung sieht Sieyes übrigens nicht vor; sein ideales Verfahren ist repräsentativ und enthält keine plebiszitären Elemente – in dieser

244 Ebda. S. 169. Gegen dieses letztere Argument läßt sich freilich einwenden, daß das Problem der *Auslegung und Anwendung* streitiger Verfassungsnormen lediglich einen „Richter“ erfordert, der im Rahmen der Spielräume, die die verschiedenen Auslegungsvarianten lassen, eine Entscheidung trifft. Eine unbeschränkte Verfügungsmacht über die Verfassung braucht ein solcher Richter nicht.

245 Ebda. S. 169 ff.

246 Ebda. S. 171 ff.

247 Die „gewöhnlichen Stellvertreter“, d.h. die Abgeordneten, die die „Regierungsgeschäfte“ ausüben, also innerhalb der Grenzen der Verfassung Hoheitsgewalt ausüben, können zwar auch den Auftrag zur Verfassungsgebung erhalten. „Von Natur aus“ dürfen aber die Verfassungsgebung und die gewöhnliche Gesetzgebung nicht vermischt werden, weshalb die Wahl „außerordentlicher Stellvertreter“, sofern die Möglichkeit dazu besteht, zur Vermeidung der Gefahr der Vermischung vorzuziehen ist (ebda. S. 171). Außerdem unterliegen die gewöhnlichen Stellvertreter leichter bestimmten Gruppeninteressen, anstatt allein das Nationalinteresse wahrzunehmen (S. 175).

248 Ebda. S. 174.

Hinsicht unterscheidet sich seine Theorie fundamental von der Volkssouveränitätslehre Rousseaus, der eine Repräsentation des Volkswillens kategorisch ausschließt.²⁴⁹

Die Freiheit der Verfahrenswahl ist also nicht – wie bei Carl Schmitt – so zu verstehen, daß die verfassunggebende Gewalt sich in jeder beliebigen Form äußern könne und daß sogar die formlosen Äußerungen (z.B. die „Akklamation“) den formalen Verfahren (vor allem den Wahlen und Abstimmungen) vorzuziehen seien, wie Schmitt unter Berufung auf Sieyes behauptet.²⁵⁰ Vielmehr erscheint für Sieyes ein formales Verfahren vorzugswürdig, eine Abweichung vom geschilderten Ideal nur als notwendiges Zugeständnis an praktische Erfordernisse in einer konkreten historischen Situation. Das zeigt sich auch an Sieyes' Einschätzung des von den Vertretern des Dritten Standes eingeschlagenen Weges der Verfassunggebung in der „Einleitung zur Verfassung“²⁵¹ und an seinen späteren, noch einen Schritt weiter gehenden Ausführungen zur Institutionalisierung der Verfassungsrevision und zur Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit.²⁵²

Der zweite wichtige, einige Monate nach der Schrift über den Dritten Stand erschienene Text Sieyes' über die Verfassunggebung, die als „Einleitung zur Verfassung“ gedachte „Anerkennung und erklärende Darstellung der Menschen- und Bürgerrechte“, hat die theoretische Begründung eines Entwurfs zur Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte zum Gegenstand.

Schon zu Beginn dieser „Einleitung“ stellt Sieyes eine (für ihn sogar die einzige) Funktion der Verfassung heraus, die sich schon in der Schrift „Was ist der Dritte Stand?“ andeutete: Die „Erklärung, Erweiterung und Sicherung der *Menschen- und Bürgerrechte*“ sei der Zweck, den allein „jede gesellschaftliche Vereinigung und folglich jede politische Verfassung“ habe.²⁵³

249 Zu diesem Unterschied zwischen Sieyes und Rousseau K. Loewenstein, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, S. 12 ff.

250 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 79: „Aber für den Akt (sc.: der Verfassunggebung) selbst, für die Ausübung dieses Willens, kann es keine Verfahrensvorschriften geben ... ‚Es genügt, daß die Nation will.‘ Dieser Satz von Sieyes trifft am klarsten das Wesentliche dieses Vorganges.“ Vgl. dazu unten III.

251 In der „Einleitung zur Verfassung“ (S. 242) heißt es: „... da jedoch die gegenwärtige Vertretung den Erfordernissen einer solchen (verfassunggebenden, T.H.) Gewalt nicht streng entspricht, erklären sie, daß die Verfassung ... zwar vorläufig für alle verbindlich, jedoch erst dann endgültig sein wird, nachdem eine neue, außerordentliche, nur zu diesem Zweck einberufene verfassunggebende Gewalt ihr diejenige Zustimmung gegeben haben wird, die die Strenge der Prinzipien erfordert.“ Der Mangel, an dem sich Sieyes stört, liegt dabei weniger darin, daß sich die drei Stände nicht mit der Verfassunggebung hätten befassen dürfen; denn sowohl das Konvokationspatent des Königs als auch die Cahiers ließen sich so auslegen, daß der zu verhandelnde und zu beschließende Gegenstand eine neue Verfassung ist (vgl. dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 215). Der Mangel liegt vielmehr in dem *Verfahren*, das der Dritte Stand schließlich wählte; denn ein Mandat, die neue Verfassung *allein* zu beschließen, also ohne Mitwirkung der beiden anderen Stände und des Königs, hatten die Vertreter des Dritten Standes nicht.

252 T. Hafen, Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes, S. 98 f.

253 E. Sieyes, Einleitung zur Verfassung, S. 242. Angesichts dieser programmatischen Aussage des (frühen) Sieyes ist die Auffassung W. Leisners kaum verständlich, der zum *pouvoir constituant* bei Sieyes – ohne Angabe von Fundstellen – konstatiert: „Diesem allmächtigen politischen Souveränitätsrecht (des *pouvoir constituant*, T.H.) gegenüber verblaßt der Schutz der ‚Grundrechte‘, von denen Sieyes zunächst nur sagt, es genüge, sie vom Gesetzgeber regeln zu lassen, da mit ihrer verfassungs-

Diese vorangestellte Kernaussage des Textes wird im folgenden mit Hilfe einer – nun detaillierteren – Gesellschaftsvertragstheorie begründet. Ausgangspunkt ist die Feststellung, daß alle Menschen von Natur aus bestimmte, für alle gleiche Rechte haben: Jeder ist vor allem „Eigentümer seiner Person“²⁵⁴, und aus diesem „Urrecht“²⁵⁵ leiten sich weitere Rechte, wie das Recht an den Handlungen und an der Arbeit ab. Ähnlich wie Locke leitet Sieyes weiterhin aus dem Recht an der Arbeit das Recht auf Sacheigentum ab, das durch Bearbeitung und Veredelung entstehe, allerdings erst durch „eine Art gesetzlicher Bestätigung“ im Gesellschaftszustand die ganze „Bedeutungsweite“ bekomme, „die wir mit ihm in unseren zivilisierten Gesellschaften zu verbinden gewohnt sind“.²⁵⁶ Diese Konzeption natürlicher Rechte erinnert nicht nur in einigen Details, sondern im ganzen an die Theorie Lockes.²⁵⁷

Die Motivation zum Eintritt in den gesellschaftlichen Zustand wird bei Sieyes in folgender Weise begründet:²⁵⁸ Das Ziel des Menschen sei das Glück. Dieses sei am leichtesten zu erreichen, wenn sich die Menschen zu gegenseitigem Nutzen verbinden; bloße auf Macht begründete Beziehungen dagegen führten zu einem Kriegszustand, in dem sich die Menschen nur gegenseitig behinderten. Deswegen führe schon „ganz allein die Vernunft“ den Menschen dazu, in Gesellschaft zu leben, einer gefühlsmäßigen Motivation bedürfe es nicht.

Weil die Verbindung zum Gesellschaftszustand durch den Gesellschaftsvertrag Verpflichtungen begründe und weil Verpflichtungen nur auf dem freien Willen beruhen können, müsse die Gesellschaft auf einem „freiwilligen und ungezwungenen gegenseitigen Vertrag der Gesellschafter“ gründen. Durch den Eintritt in den Gesellschaftszustand werde nicht etwa die Ungleichheit zwischen den Menschen vergrößert (dieses Argument scheint sich gegen die Polemik Rousseaus vom „Betrugsvertrag“ zu richten)²⁵⁹; vielmehr schütze der Gesellschaftsvertrag die Gleichheit der Rechte, die durch die Ungleichheit der „Mittel“, also der natürlichen Fähigkeiten der Menschen, gefährdet sei.

Durch den Eintritt in die Gesellschaft opfere der Mensch keinen Teil seiner Freiheit. Vielmehr werde die Freiheit dadurch vermehrt, daß ihr Gebrauch erleichtert und gesichert wird. Die Grenzen der Freiheit im gesellschaftlichen Zustand „beginnen erst dort, wo sie die Freiheit eines anderen zu beeinträchtigen beginnt“; es sei „Aufgabe des Gesetzes, diese Grenzen festzustellen und zu bezeichnen“. Diese gesetzlich fixierte Frei-

rechtlichen Regelung nichts gewonnen werde. ...“ (Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, S. 157); in der Fußnote zu dieser Stelle heißt es: „Auch hier hat Sieyes später seinen Standpunkt geändert und der Sicherung der Rechte mehr Bedeutung beigemessen. ...“ – Sieyes’ „Einleitung zur Verfassung“ gehört zu seinen frühen Schriften, und hier ist die Verfassungsfunktion der Rechtesicherung in Sieyes’ Theorie schon voll ausgeprägt.

254 Ebda. S. 243.

255 Ebda. S. 246.

256 Ebda. S. 246.

257 Vgl. T. Hafen, Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes, S. 125 (m.w.N.). Zu Locke vgl. oben I.3.

258 Ebda. S. 242 ff.

259 S.o. 5.

heit müsse für alle gleich sein. – Sieyes' Konzeption der Freiheit des einzelnen in der Gesellschaft unterscheidet sich fundamental von der Lehre Rousseaus. Die ursprüngliche, naturrechtlich begründete Freiheit wird nicht, wie bei Rousseau, zu einem abstrakten politischen Mitwirkungsrecht sublimiert, die individuelle Freiheit nicht in ein überindividuelles Allgemeinwohl umgewandelt; vielmehr vertritt Sieyes einen liberalen Freiheitsbegriff, wie er sich etwa bei Locke und Kant findet.²⁶⁰ Die Forderung nach größtmöglicher individueller Freiheit bleibt auch im gesellschaftlichen Zustand bestehen; die Verfassung hat die Freiheitsrechte zu achten und zu schützen. In Sieyes' gesellschaftsvertraglicher Konstruktion der Verfassungsgebung ist der Schutz individueller Freiheit geradezu eine Bedingung der Verfassungsgebung; denn der Zweck des Gesellschaftsvertrages (der Verfassungsgebung) ist die Freiheitssicherung.²⁶¹ In bezug auf die verfassungsgebende Gewalt bedeutet dies, daß sie bei der Verfassungsgebung nicht beliebig über die individuellen Rechte hinweggehen oder sie ignorieren kann; sie ist also gewissermaßen an diese Rechte gebunden. Genau das sagt Sieyes auch ausdrücklich: „Vor und über ihr (sc. der Nation als verfassungsgebender Gewalt) ist nur das Naturrecht“^{262, 263} Dieses Naturrecht umfaßt für Sieyes, wie gezeigt, insbesondere die natürlichen individuellen Freiheitsrechte. Die Auffassung Sieyes' vom Verhältnis natürlicher individueller (Menschen-) Rechte zur verfassungsgebenden Gewalt spiegelt sich auch in seinem an anderer Stelle²⁶⁴ geäußerten Gedanken, der Verfassungsgebung müsse eine Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers vorausgehen; dieser Gedanke ist ja dann auch – zumindest zum Teil –²⁶⁵ in der französischen Rechteerklärung von 1789²⁶⁶

260 Zu Sieyes' Freiheitsbegriff T. Hafen, Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes, S. 119 ff.; zur Bedeutung des Natur- bzw. Vernunftrechts und der liberalen Grundlage der Theorie Sieyes' S. Breuer, Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt, S. 499 f., 503 f. Zumindest in bezug auf das Eigentum gesteht auch J. L. Talmon Sieyes eine liberale Einstellung zu (Die Ursprünge der totalitären Demokratie, S. 69 ff.); bei Talmon erscheint das aber – zu Unrecht – nur als eine inkonsequente Ausnahme in der eigentlich „absolutistische(n) Einstellung“ (ebda. S. 65) Sieyes'.

261 So auch K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 205. Zu Recht weist Merkel darauf hin, daß es sich bei dem Verhältnis zwischen verfassungsgebender Gewalt und Menschenrechten bei Sieyes um ein Bedingungsverhältnis und nicht um das Verhältnis einer urwüchsigen Gewalt zu den ihr zu ziehenden Schranken handele.

262 „Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel“ (in der französischen Ausgabe des Tiers État S. 160). Die Übersetzung von E. Schmitt und R. Reichardt (Was ist der Dritte Stand?, S. 167) ist hier offenbar fehlerhaft (dort heißt es „vor und unter ihr“). Zu dieser Stelle T. Hafen, Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes, S. 97.

263 Die Auffassung W. Leisners, wonach es nicht zutrefte, daß „die Déclaration die Grundrechte dem Pouvoir constituant entziehe“ (Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, S. 165 Fn. 4), stimmt daher nicht, wenn man die seinerzeitige, maßgeblich von Sieyes geprägte Lehre zugrundelegt. Daß die spätere französische Verfassungstheorie den Gedanken der Volkssouveränität zu Lasten der individuellen Freiheitsrechte stärker betonte als die ursprüngliche Theorie zu Beginn der Revolution (und dies dennoch als „revolutionäre Tradition“ bezeichnete), steht auf einem anderen Blatt.

264 Das Zitat aus Sieyes' Manuskripten ist wiedergegeben bei T. Hafen, Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes, S. 110.

265 Ungeachtet ihrer Bezeichnung geht die „Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers“ über eine bloße der Verfassung vorangestellte Rechteerklärung hinaus. Sie befaßt sich nämlich z.B. auch mit der Souveränität der Nation (Art. 3), mit der Steuerpflicht (Art. 13), der Rechenschaftspflicht der

verwirklicht worden. Es ist daher falsch und irreführend, wenn Carl Schmitt im Zusammenhang mit Sieyes behauptet, das Volk als Inhaber der konstituierenden Gewalt sei „jederzeit befugt, sich jede beliebige Verfassung zu geben“, und dabei seien auch die „unveräußerlichen Menschenrechte ... gegenstandslos“.²⁶⁷

In der „Einleitung zur Verfassung“ führt Sieyes weiter aus, zur wirksamen Absicherung der gesetzlich fixierten Freiheit sei eine „unwiderstehliche Gewalt“ erforderlich, eben die Staatsgewalt. Diese bezeichnet Sieyes als „öffentliche Gewalt“; sie untergliedert sich in die gesetzgebende und die vollziehende Gewalt.²⁶⁸

Die Verfassung „umfaßt die innere Organisation und das innere Gefüge der verschiedenen öffentlichen Gewalten, ihre notwendige Verbindung und ihre gegenseitige Unabhängigkeit“.²⁶⁹ Ferner erstrecke sie sich „auf die politischen Vorsichtsmaßregeln, mit denen man die Gewalten klugerweise umgibt, damit sie stets Nutzen hervorbringen und niemals gefährlich werden können“; denn es gelte, Gefährdungen der persönlichen Freiheit durch die „Unternehmungen der Beamten“ zu verhindern, „denen die Ausübung irgendeines Zweiges der öffentlichen Gewalt anvertraut ist“²⁷⁰. Das sei „die wahre Bedeutung des Wortes Verfassung; sie bezieht sich auf das Gefüge und die Trennung der öffentlichen Gewalten“²⁷¹. An dieser Stelle der Darstellung kommt die Sprache auf

Beamten (Art. 15) und mit dem Verfassungsbegriff (Art. 16) und enthält damit Aussagen und Regelungen, die systematisch eigentlich zu der erst später verabschiedeten Verfassung gehören.

266 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26.8.1789, abgedruckt bei G. Franz, Staatsverfassung, 2. Aufl. München 1964, S. 302 ff.

267 C. Schmitt, Die Diktatur, S. 140. Diese Stelle zeigt besonders deutlich, daß Schmitt die Theorie von Sieyes fälschlicherweise einseitig ganz im Geiste der Lehre Rousseaus interpretiert. Dabei kommt fast der Verdacht auf, daß Schmitt sich der Fälschung bewußt war, wenn er schreibt: „Diese (sc. die verfassungsgebende Gewalt im Sinne von Sieyes) ist prinzipiell unbegrenzt und vermag schlechthin Alles, denn sie ist nicht der Verfassung unterworfen, sondern gibt sich selbst die Verfassung. Hier ist irgendein Zwang oder irgendeine rechtliche Form, irgendeine Selbstbindung, gleichgültig in welchem Sinne, völlig undenkbar, und auch die unveräußerlichen Menschenrechte sind *da, wo die volonté générale im Sinne der Lehre Rousseaus herrscht*, gegenstandslos. Das Volk als Inhaber der konstituierenden Gewalt kann sich nicht binden und ist jederzeit befugt, sich jede beliebige Verfassung zu geben“ (Hervorhebung von mir). Die Aussage über die Menschenrechte ist, wenn man sie isoliert betrachtet, nicht einmal falsch. Denn die Menschenrechte sind *da, wo die volonté générale im Sinne Rousseaus herrscht*, in der Tat gegenstandslos. Dieser Satz wird aber derart in einen Zusammenhang mit Sieyes gestellt, daß es – ohne daß Schmitt dies ausdrücklich behauptet! – den Anschein hat, als ob die *volonté générale in der Theorie Sieyes' herrsche* – und *diese* Aussage ist eben falsch. Vgl. zur Einseitigkeit der Interpretation Sieyes' durch Schmitt und zum Einfluß dieser Interpretation auf die Rezeption Sieyes' in der deutschen Staatsrechtslehre auch K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 138 f., 206. Zu den Unterschieden zwischen Sieyes und Schmitt auch U. Steiner, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 216 ff. (Steiner unterscheidet zwischen der „Formlosigkeit“ der verfassungsgebenden Gewalt bei Schmitt und ihrer „Formfreiheit“ bei Sieyes) und S. Breuer, Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt, S. 510 ff. P. Pasquino spricht dagegen – nicht ganz nachvollziehbar – vom „außerordentliche(n) Verständnis Schmitts für die Theorien des Abbé“: Die Lehre vom „pouvoir constituant“ bei Emmanuel Sieyès und Carl Schmitt, S. 379.

268 E. Sieyes, Einleitung zur Verfassung, S. 247, 249 f.

269 Ebda. S. 250.

270 Ebda. S. 248.

271 Ebda. S. 250.

die verfassunggebende Gewalt: „Eine Verfassung setzt vor allem eine verfassungsgebende Gewalt voraus“²⁷². Diese komme der Nation zu.

Unter dem Stichwort „politische Rechte“ behandelt Sieyes im folgenden Abschnitt die Beteiligung des Bürgers an der „Bildung der öffentlichen Gewalten“, also – zumindest zunächst – an der Verfassunggebung.²⁷³ Diese politischen Rechte stehen im Gegensatz zu den „natürlichen“ und den „gesellschaftlichen“ Rechten (also den schon erläuterten gleichen Freiheitsrechten im Naturzustand und – in ihrer verstärkten und gesicherten Form – im Gesellschaftszustand) nicht allen Einwohnern gleichermaßen zu, sondern nur denjenigen, die „zur öffentlichen Gewalt etwas beitragen“²⁷⁴, nicht also etwa den Frauen („zumindest im jetzigen Stadium“), Kindern und Ausländern. Für diejenigen, die politische Rechte haben, sind diese aber gleich, weil andernfalls bald Privilegien entstünden.

Schließlich geht Sieyes auf das Problem der praktischen Unmöglichkeit einstimmiger Entscheidungen ein. Er löst es durch die Unterscheidung zwischen der „politischen Vereinigung“, also dem Zusammenschluß als solchem, der nur einstimmig erfolgen kann, und der „Errichtung der öffentlichen Gewalt“, also der konkreten Gestaltung der Verfassung, die durch Mehrheitsbeschluß erfolgen kann;²⁷⁵ durch die Zustimmung zur Vereinigung habe jeder einzelne auch die Zustimmung zur – aus praktischen Gründen notwendigen – Anwendung des Mehrheitsprinzips bei den konkreten Einzelentscheidungen über die Verfassung gegeben. Der „Gemeinwille entsteht also aus dem Willen der Mehrheit“²⁷⁶.

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die Theorie Sieyes', des wohl bedeutendsten Theoretikers der Verfassunggebung, im Kern eine *Vertragstheorie* ist, in deren Mittelpunkt der *Schutz individueller Freiheit* steht.²⁷⁷ Dieser Befund kontrastiert zu der immer wieder geäußerten Behauptung, die Theorie der Verfassunggebung habe ihre Grundlage – auch bei Sieyes – in *Rousseaus* Lehre vom Gesellschaftsvertrag. Denn

272 Ebda. S. 250.

273 Der Text gibt keinen klaren Aufschluß darüber, ob hier auch eine Beteiligung an der „gewöhnlichen Gesetzgebung“ gemeint ist. Der Kontext und Argumentationsgang läßt darauf schließen, daß an dieser Stelle nur die Beteiligung an der Verfassunggebung gemeint ist: Die „Bildung“ der Gewalten obliegt allein der verfassunggebenden Gewalt.

274 Ebda. S. 251.

275 Diese Unterscheidung entspricht der Unterscheidung zwischen der ersten und der zweiten Epoche in der Schrift über den Dritten Stand.

276 Ebda. S. 252. Im französischen Original heißt es: „La volonté générale est donc formée par la volonté de la pluralité (französische Ausgabe S. 200). Der inhaltliche Unterschied dieses Mehrheitswillens zu Rousseaus *volonté générale* ist auch hier offensichtlich. Daß Sieyes hier den Begriff „*volonté générale*“ verwendet und nicht, wie im „*Tiers État*“, den Begriff „*volonté commune*“, mag daran liegen, daß Sieyes direkten Bezug auf die Formulierungen der wenig später verkündeten Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte nimmt, die – in Anlehnung an Rousseaus Diktion, aber ohne volle inhaltliche Übernahme seiner Lehre – auch den Begriff „*volonté générale*“ verwendet (in Art. 6: „La loi est l'expression de la volonté générale. ...“, Text bei G. Franz, *Staatsverfassungen*, 2. Aufl. München 1964, S. 302 ff.).

277 Auch K. Merkel ordnet die Theorie von Sieyes in die Reihe von Vertragstheorien ein, die gleiche individuelle Freiheitsrechte als Ausgangspunkt haben: Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 188 ff.

die Lehre Rousseaus kennt keinen Schutz individueller Freiheit vor dem Staat und seinen Organen;²⁷⁸ außerdem vertritt Sieyes dezidiert eine Theorie repräsentativer Willensbildung, während Rousseaus Theorie ebenso dezidiert plebiszitär angelegt ist. Daher soll abschließend kurz auf die Frage eingegangen werden, wie der Einfluß Rousseaus auf die französische Theorie der Verfassunggebung insgesamt einzuschätzen ist.

7. Zum angeblichen Einfluß Rousseaus

Rousseau wird oft als eine Art geistiger Vater der Französischen Revolution angesehen.²⁷⁹ Zu dieser Einschätzung mag das hohe Ansehen seiner Lehre bei den Akteuren der Revolution beigetragen haben.²⁸⁰ Die Theorie Rousseaus eignet sich nicht zuletzt wegen ihrer schlagwortartigen Formulierungen gut für politische Agitation. Rousseausche Formulierungen erzielen Wirkung und werden von den Theoretikern und Praktikern der Revolution gerne gebraucht – so auch von Sieyes bei seiner Schilderung der ersten zwei Epochen der Bildung einer politischen Gesellschaft (die dritte Epoche weicht dann allerdings erheblich von Rousseau ab).

Mit der Volkssouveränitätsdoktrin, die auf Rousseau zurückgeht und die vielleicht ihre größte Bedeutung als Wegbereiterin der Revolution hatte, ist jedoch die Staatslehre und Verfassungstheorie der Französischen Revolution keineswegs erschöpft; im Gegenteil, wesentliche Elemente dieser Theorie stehen im Widerspruch zur Lehre Rousseaus.²⁸¹ Ein offenkundiger Widerspruch liegt zunächst darin, daß in der Theorie und Praxis der Verfassunggebung der Französischen Revolution das Volk bzw. die Nation nicht *selbst* handelt, sondern, wie oben schon ausgeführt, durch ein repräsentierendes Organ – die Nationalversammlung bzw. später den Konvent.²⁸² Der wichtigste Akt zu Beginn der Revolution, der von Sieyes auch theoretisch gerechtfertigt wurde, bestand gerade in der Selbstumwandlung der Vertreter des Dritten Standes zur Nationalversammlung, die schließlich alleine, ohne weitere unmittelbare Beteiligung des Volkes,

278 S.o. 5.

279 Vgl. die Bemerkung R. Redslobs, die Wahrheiten, die Rousseau verkündet habe, gehörten „zu den machtvollsten Ursachen der Revolution“ (Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, S. 57 Fn. 2). I. Fetscher (Rousseaus politische Philosophie, S. 258 ff.) gibt einen Überblick über die Forschungen zum Einfluß Rousseaus auf die Französische Revolution und steuert selbst einiges zur Diskussion bei; im Ergebnis stellt er bei den Revolutionären eine große Begeisterung für das Leben und die Person Rousseaus fest, aber so gut wie keine (!) ausdrückliche Bezugnahme auf Rousseaus politische Philosophie und ernsthafte Auseinandersetzung mit ihr. Carl Schmitt hat, ebenso wie – mit entgegengesetzter, nämlich totalitarismuskritischer Intention – J. L. Talmon (Die Ursprünge der totalitären Demokratie, S. 63 ff.) und H. Arendt (Über die Revolution, S. 206 ff.), den Einfluß Rousseaus insbesondere auf die Sieyessche Lehre sehr hoch eingeschätzt – zu Unrecht, wie im vorherigen Abschnitt gezeigt wurde. Auch in der aktuellen Literatur findet sich immer wieder die – offensichtlich von Carl Schmitt inspirierte und den Charakter der ursprünglichen Sieyesschen Theorie verfälschende – Behauptung, die Lehre von der verfassunggebenden Gewalt bei Sieyes gehe auf Rousseau zurück; vgl. nur M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 44.

280 E. Zweig meint dazu, die Wirkung Rousseaus sei „zwar auf die Geister sehr groß, auf die Institutionen aber sehr gering gewesen“ (E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 70).

281 Vgl. E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 70 ff.

282 Dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 339 ff.

über die neue Verfassung entscheiden sollte; hinter diesem Vorgehen steht der für Rousseau völlig fremde Repräsentationsgedanke.²⁸³ Die Verfassung von 1791 trat dann auch ohne abschließende Bestätigung durch ein Referendum in Kraft.²⁸⁴ Die Vertretungskörperschaften beriefen sich zwar zur Begründung ihrer eigenen Handlungsbefugnisse immer wieder auf Rousseaus Gedanken der Volkssouveränität und unterstellten, daß sie stellvertretend für das Volk dessen Befugnisse wahrnahmen; sie unterschlugen dabei freilich, daß genau diese Vorgehensweise, nämlich die alleinige Ausübung der dem Volk zustehenden umfassenden Befugnisse durch ein Vertretungsorgan, von Rousseau mit aller Deutlichkeit ausgeschlossen wurde.²⁸⁵

Noch fundamentaler ist eine andere Differenz zwischen der Doktrin Rousseaus und der Verfassungstheorie der Französischen Revolution: Von Beginn der Revolution an galt ein großes theoretisches und praktisches Interesse der *Verfassung* – ein Begriff, der, wie gesehen, in der Theorie Rousseaus keine Bedeutung hat. Dementsprechend findet auch die Theorie der Verfassungsgebung bei Rousseau kaum Anknüpfungspunkte.²⁸⁶ Vor allem der für die Theorie der Verfassungsgebung insbesondere bei Sieyes grundlegende Gedanke, daß auch die gesetzgebende Gewalt (bei Rousseau der Gemeinwille) durch eine Verfassung gebunden ist,²⁸⁷ liegt Rousseau völlig fern: Die Entscheidungsmöglichkeiten der *volonté générale* können keinesfalls eingeschränkt werden, das ist eine Kernaussage seiner Theorie. Rousseau unterscheidet hinsichtlich der Setzungskompetenz auch nicht das Verfassungsrecht von sonstigen Gesetzgebungsmaterien; das Verfassungsrecht fällt – wie andere Materien auch – wegen seines Gemeinwohlbezugs in die Entscheidungskompetenz der gesetzgebenden Gewalt.²⁸⁸ Die Unbeschränktheit der gesetzgebenden Gewalt bei Rousseau gilt insbesondere gegenüber dem Individuum: Individuelle Rechte, die in der Verfassung garantiert werden und die ein Individuum gegenüber der gesetzgebenden Gewalt geltend machen kann, sind Rousseau fremd;²⁸⁹ die Individuen verwirklichen ihre Freiheit *durch* den Gemeinwillen, nicht *gegen* ihn. Die „Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers“ von 1789, das erste Produkt der verfassungsgebenden Nationalversammlung, dessen Entwurf Sieyes erläutert und gerechtfertigt hatte,²⁹⁰ steht daher im Widerspruch zur Lehre Rousseaus.²⁹¹ Individuelle

283 Zur Emanzipation der Vertreter des Dritten Standes zur Nationalversammlung E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 274.

284 Das erste – allerdings aufgrund der Abstimmungsmodalitäten nicht sehr aussagekräftige – Verfassungsplebiszit fand 1793 statt; dazu E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 389 f.

285 Zu diesem Widerspruch zwischen dem rousseauistischen Lippenbekenntnis und der Praxis der Verfassungsgebung E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 341 ff.

286 So auch E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 73.

287 E. Sieyes, Einleitung zur Verfassung, S. 250.

288 J.-J. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, II.6. In II.12 spricht Rousseau zwar von „Grundgesetzen“ und hebt ihre Bedeutung hervor, betont aber sogleich, daß die gesetzgebende Gewalt jederzeit diese Grundgesetze ändern kann.

289 So auch C. Schmitt zu Rousseau: „Die *volonté générale* wird zu göttlicher Würde erhoben und vernichtet jeden Sonderwillen und alles Sonderinteresse, das ihr gegenüber nur wie Diebstahl erscheint. Die Frage nach den unveräußerlichen Rechten des Individuums und einer dem Eingriff der souveränen *volonté générale* entzogenen Freiheitssphäre kann darum gar nicht mehr erhoben werden.“ (Die Diktatur, S. 120).

290 In seiner „Einleitung zur Verfassung“, s.o.

Rechte sichern die persönliche Freiheit, und die ist nach Sieyes auch durch die gesetzgebende Gewalt bedroht.²⁹²

Aus diesen Gründen ist es falsch, Rousseau als maßgeblichen Theoretiker der Französischen Revolution zu bezeichnen oder einen großen Einfluß von Rousseaus Lehren auf die Theorie Sieyes' zu behaupten.²⁹³ Rousseaus Schriften trugen zwar maßgeblich zur Erzeugung und Aufrechterhaltung einer revolutionären Grundstimmung bei und sorgten so auch für ein pathetisches Moment in der Theorie der Verfassungsgebung – zum eigentlichen Inhalt dieser Theorie stehen sie dagegen im Widerspruch.

III. Die Lehre der verfassunggebenden Gewalt bei Carl Schmitt

Während für die Verfassungstheorien der Amerikanischen und der Französischen Revolution die Frage nach dem Urheber der Verfassung im Sinne der verfassunggebenden Gewalt nur eines von mehreren Legitimitätskriterien darstellte, steht das Urhebermodell ganz im Zentrum der Lehre Carl Schmitts.²⁹⁴ Hier ist nicht die Freiheit und Autonomie des Individuums der Ausgangspunkt; vielmehr stellen die politische Entscheidung und die Willensbetätigung des Volkes bei Schmitt einen eigenen Wert dar, der letztlich Legitimitätsgrund für die Verfassung ist.

291 So auch E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 81. Dagegen behauptet R. Redslob (Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, S. 94 ff.), die Nationalversammlung habe auch und gerade im Hinblick auf die Rechteerklärung von 1789 ganz in der Tradition Rousseaus gestanden. Den Widerspruch zum Fehlen individueller Rechte in Rousseaus Volkssouveränitätsdoktrin versucht Redslob dadurch zu überdecken, daß er die Rechteerklärung als eine Art freiwillige Selbstbeschränkung des schon vor (oder bei) ihrer Formulierung gesellschaftsvertraglich verbundenen souveränen Volkes (oder „Staates“) interpretiert, die dementsprechend später beliebig geändert oder aufgehoben werden kann. Einer solchen Interpretation widerspricht aber schon der Wortlaut der Präambel der Rechteerklärung von 1789 (abgedruckt und übersetzt in: Günther Franz (Hrsg.), Staatsverfassungen, München 1950, S. 286 ff.), in der die Nationalversammlung verkündet, daß sie die „natürlichen, unveräußerlichen und heiligen Rechte der Menschen in einer feierlichen Erklärung“ darlegen will und sie diese Rechte daher „*erkennt* und erklärt“ (*reconnait et déclare*). Zum Selbstverständnis der Rechteerklärung als Verkündung objektiver Wahrheiten vgl. H. Hofmann, Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, S. 3, 16 f., und ders., Die Grundrechte 1789-1949-1989, S. 35 f.

292 In Sieyes' Einleitung zur Verfassung heißt es: „Sehr viel mehr (als durch übelwollende Bürger, T.H.) hat die persönliche Freiheit von den Unternehmungen der Beamten zu befürchten, denen die Ausübung irgendeines Zweiges der öffentlichen Gewalt anvertraut ist“ (S. 248). Kurz darauf erläutert Sieyes, was er hier unter öffentlicher Gewalt versteht: „Die öffentliche Gewalt ist eine Art politischer Körper, der ungefähr in gleicher Weise wie der menschliche Körper organisiert werden muß, da er wie dieser Bedürfnisse hat und Mittel besitzt. Man muß ihm die Fähigkeit *zu wollen* und *zu handeln* geben. Die gesetzgebende Gewalt stellt die erste, die vollziehende Gewalt die zweite dieser Fähigkeiten dar.“ (S. 249, Hervorhebungen im Original).

293 Ebenso E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, S. 70 f., 118 f.; I. Fetscher, Rousseaus politische Philosophie, S. 267 f. (speziell in bezug auf Sieyes). Oft wird dagegen Sieyes in einem Atemzug mit Rousseau genannt, ohne die Frage möglicher Differenzen überhaupt zu problematisieren; so etwa auch bei dem gegenüber der Volkssouveränitätsdoktrin sonst äußerst kritischen W. Käge (Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 156 f.).

294 Vgl. zu Schmitts Lehre der verfassunggebenden Gewalt jetzt auch K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 132 ff.

Schmitts Theorie der verfassungsgebenden Gewalt läßt sich nur auf der Basis seines Verfassungsbegriffs²⁹⁵ mit der grundlegenden Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz verstehen. Danach ist Verfassung eine „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“,²⁹⁶ während die Verfassungsgesetze nur einzelne Normierungen zur Ausführung der zugrundeliegenden Gesamtentscheidung darstellen. Verfassungsgesetze unterscheiden sich von anderen Gesetzen nur in formaler Hinsicht, vor allem durch erschwerte Abänderbarkeit. Die Verfassung im Sinne Schmitts gehört dagegen einer anderen Kategorie an: Sie ist keine Norm, sondern eben eine „Entscheidung“. So besteht die Verfassung der Weimarer Republik (das ist im Sinne Schmitts nicht die schriftlich fixierte Reichsverfassung, denn diese besteht zum Teil auch aus bloßen Verfassungsgesetzen) in der Entscheidung für „eine konstitutionelle Demokratie“, d.h. in der Entscheidung, daß sie ein „bürgerlicher Rechtsstaat in der politischen Form einer demokratischen Republik, mit bundesstaatlicher Struktur“²⁹⁷ ist. Ein instruktives Beispiel für Schmitts Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz sind die Grundrechte: Durch verfassungsgesetzliche Normierung können „weitgehende Eingriffe in die garantierten Grundrechte zugelassen werden. Sobald aber das Grundrecht *vernichtet* wird, ist die Verfassung selbst verletzt.“²⁹⁸

Die Verfassung im Sinne Schmitts (er nennt sie „Verfassung im positiven Sinne“) „entsteht durch einen Akt der verfassungsgebenden Gewalt“²⁹⁹. Dieser „bestimmt durch einmalige Entscheidung das Ganze der politischen Einheit hinsichtlich ihrer besonderen Existenzform“³⁰⁰. Verfassungsgebende Gewalt ist also „der politische Wille, dessen Macht oder Autorität imstande ist, die konkrete Gesamtentscheidung über Art und Form der eigenen politischen Existenz zu treffen“³⁰¹.

295 Obwohl Schmitt sich immer wieder auf die Verfassungstheorie der Französischen Revolution bezieht, unterscheidet sich sein Verfassungsbegriff von dem der Französischen Revolution deutlich; Schmitt hat seinen Verfassungsbegriff also zu Unrecht den französischen Revolutionsverfassungen untergeschoben. Das meint auch W. Leisner, Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, S. 113.

296 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 20 f.

297 Ebda. S. 24.

298 Ebda. S. 27; Hervorhebung im Original.

299 Ebda. S. 21.

300 Ebda. Der Begriff „Entscheidung“ wird hier von Schmitt in zwei verschiedenen Bedeutungen verwendet: Zum einen im Sinne des Entscheidungsinhalts (das ist die Verfassung), zum anderen im Sinne des Entscheidungsakts (das ist die Verfassungsgebung). Schmitt selbst geht auf den Unterschied zwischen diesen Bedeutungen nicht ein. Das mag auch daran liegen, daß Verfassungsgebung bei Schmitt eigentlich kein einmaliger Akt ist, der einen bestimmten Entscheidungsinhalt für eine gewisse Dauer fixierten würde; vielmehr betont Schmitt die Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt im Sinne der stets vorhandenen und oft gebrauchten Möglichkeit der verfassungsgebenden Entscheidung. Die Verbindung zwischen Entscheidungsakt und Entscheidungsinhalt ist dadurch viel enger, so daß auch die Unterscheidung zwischen diesen beiden Bedeutungen nicht mehr so wichtig ist. – Vor diesem Hintergrund verwundert es allerdings etwas, daß Schmitt an der hier zitierten Stelle von einer „einmaligen“ Entscheidung spricht. Das paßt nicht zu seinen Ausführungen über die Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt.

301 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 75.

Das ideale Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt ist für Schmitt die Nation³⁰² im Sinne des Volkes „als politisch-aktionsfähige Einheit mit dem Bewußtsein seiner politischen Besonderheit und dem Willen zur politischen Existenz“³⁰³. Großen Wert legt Schmitt dabei auf die Feststellung, daß die Bildung der Nation als handlungsfähige Einheit (in der Französischen Revolution etwa die Bewußtwerdung der politischen Handlungsfähigkeit des Volkes)³⁰⁴ nicht mit der Verfassungsgebung zusammenfällt. Vielmehr setze die Verfassungsgebung bereits eine existierende handlungsfähige Einheit voraus. Damit legt Schmitt ein theoretisches Fundament für die von ihm behauptete Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt: Diese ist für ihn ständig vorhanden, auch während der Geltung einer Verfassung, und kann jederzeit tätig werden; ihr Tätigwerden äußert sich dabei nicht unbedingt in revolutionärem Umsturz, sondern eher in einer Änderung der „öffentlichen Meinung“. Dazu bedarf es eben einer zuerst gebildeten, dann aber ständig vorhandenen handlungs- und entscheidungsfähigen Einheit.

Schmitt versucht, seine Unterscheidung von Einheitsbildung und Verfassungsgebung mit den Vertragstheorien zu begründen. Der Gegenstand der Theorien des „Sozial-, Gesellschafts- oder Staatsvertrages“³⁰⁵ sei die Bildung einer entscheidungsfähigen Einheit, die Verfassungsgebung als solche sei *nicht* Gegenstand der Vertragstheorien. Zum Beweis bezieht sich Schmitt auf Rousseau mit dessen Unterscheidung zwischen dem den Staat begründenden „Contrat social“ einerseits und den „lois politiques“ bzw. „lois fondamentales“, die nur die Ausübung der Staatsgewalt regeln, andererseits. Außerdem erwähnt Schmitt an dieser Stelle Kant³⁰⁶, dessen „bürgerliche Verfassung“, die durch den „ursprünglichen Vertrag“ errichtet wird, nicht die „positive Verfassung“ (im Sinne Schmitts) sei, sondern nur eine Bezeichnung für die „unio civilis“, also die Bildung der gesellschaftlichen Einheit.³⁰⁷ Schließlich verweist Schmitt auf die Vertragslehren des deutschen Naturrechts und führt aus, daß eine echte „Verfassungsvereinbarung“, also eine Verfassungsgebung, auch nicht im dort thematisierten pactum unionis oder im pactum subiectionis zu finden ist; den Verfassungsvertrag, der im deutschen Naturrecht

302 Schmitt stellt fest, daß die Begriffe „Volk“ und „Nation“ oft gleichbedeutend verwendet werden, unterscheidet sie aber in seiner eigenen Theorie durch den „Willen zur politischen Existenz“, der nur der Nation zukomme, während das Volk nur eine „irgendwie ethnisch oder kulturell zusammengehörige ... Verbindung von Menschen“ sei: C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 79.

303 Ebda. S. 79.

304 Ebda. S. 50.

305 Ebda. S. 61.

306 Ebda. S. 62.

307 Schmitt nennt den Verfassungsbegriff, den Kant in diesem Zusammenhang verwendet, „absolut“. Unter dem absoluten Verfassungsbegriff versteht Schmitt zwei Unterbegriffe von Verfassung, die sich von seinem eigenen „positiven“ Verfassungsbegriff dadurch unterscheiden, daß sie nicht auf einer – möglicherweise unsystematischen oder lückenhaften – „Entscheidung“ beruhen, sondern ein einheitliches Ganzes darstellen wollen, und zwar entweder (deskriptiv) als einheitliche Daseinsweise oder, im anderen Unterbegriff (normativ), als geschlossenes Normsystem (vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 3 ff.). Schmitt meint in bezug auf Kant wohl den absoluten Verfassungsbegriff im normativen Sinne.

manchmal als dritter Vertrag hinzutrat³⁰⁸ und in dem eine Art Verfassunggebung im Sinne Schmitts zu sehen wäre, erwähnt Schmitt nicht.

Die Behauptung Schmitts, daß die klassischen Vertragstheorien im wesentlichen die Bildung einer entscheidungsfähigen Einheit und weniger die Ausgestaltung einer staatlichen Ordnung im einzelnen zum Gegenstand hatten, trifft jedenfalls für Rousseau zu (obwohl dessen Theorie eigentlich keine Vertragstheorie im üblichen Sinne darstellt); Schmitt beruft sich hier zu Recht auf den *Contrat social*, denn für Rousseau steht – ebenso wie bei Schmitt, dessen Lehre in dieser Hinsicht als rousseauistisch bezeichnet werden kann – tatsächlich die Bildung einer willens- und handlungsfähigen sozialen Einheit im Vordergrund, nicht deren rechtliche Ausgestaltung.³⁰⁹ Dem ersten Anschein nach trifft Schmitts Behauptung aber auch für die meisten herkömmlichen Vertragstheorien zu; denn diese beschäftigen sich überwiegend mit der Gründung einer Herrschaftsordnung bzw. der Legitimität einer Herrschaftsordnung als solcher und weniger mit Details ihrer rechtlichen Regulierung. Bei genauerem Hinsehen kann aus dieser Themenwahl der klassischen Vertragstheorien aber keine Aussage darüber abgeleitet werden, ob nach diesen Theorien die Bildung der politischen Einheit und die von dieser Einheit getroffene Entscheidung streng zu trennen sind; *diese* Frage stand für die klassischen Autoren nämlich nicht im Vordergrund. Der Grund für die vorwiegende Beschäftigung der klassischen Theorien mit der Gründung der Herrschaftsordnung – und weniger mit deren Ausgestaltung im einzelnen – liegt vielmehr darin, daß für diese frühneuzeitlichen Theorien nach dem Verlust höherer (göttlicher oder monarchischer) Ordnungen mit ihren je eigenen Legitimitätsbegründungen in erster Linie die Rechtfertigung staatlicher Herrschaft als solcher problematisch und begründungsbedürftig erschien. Die Ausgestaltung der Herrschaftsordnung im einzelnen war demgegenüber zunächst ein nachrangiges Problem. Dennoch finden sich auch in den klassischen Vertragstheorien zahlreiche Aussagen über die Ausgestaltung der Herrschaftsordnung, also über die „Verfassung“. So beschäftigt sich Locke, wie gesehen, intensiv mit dem Schutz individueller Rechte im gesellschaftlichen Zustand, und Kant macht umfangreiche Ausführungen z.B. über die Herrschaftsausübung durch die drei Gewalten im bürgerlichen, also durch den Gesellschaftsvertrag herbeigeführten Zustand.³¹⁰ Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages erscheint so nicht nur als Bildung einer entscheidungsfähigen Einheit, sondern auch als inhaltliche „Verfassunggebung“. Bei den modernen Vertragstheorien (z.B. bei John Rawls) rückt das Problem der richtigen Ausgestaltung der Herrschaftsordnung sogar in den Vordergrund des Interesses.³¹¹ Schmitts Identifizierung des Gesell-

308 Vgl. dazu W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, S. 217 ff. (insb. S. 226).

309 Zu dieser Besonderheit des *Contrat social* gegenüber den herkömmlichen Vertragslehren vgl. auch H. Maier, *Rousseau*, S. 96.

310 Die Ausführungen Kants zu den drei Gewalten finden sich in der *Metaphysik der Sitten*, Erster Teil: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, II. Teil: *Das öffentliche Recht*, 1. Abschnitt: *Das Staatsrecht*, §§ 49 bis 49.

311 Die meisten neueren Theorien verstehen sich als Gerechtigkeitstheorien mit zum Teil detaillierten Inhalten z.B. hinsichtlich der Güterverteilung; die Legitimation staatlicher Herrschaft als solcher ist nicht mehr das Thema dieser Theorien. Ein Beispiel für diese modernen Vertragstheorien ist die vertragstheoretisch aufbereitete „Theorie der Gerechtigkeit“ von John Rawls (vgl. J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*). Hier ist gerade die Ausgestaltung der staatlichen Ordnung das zentrale The-

schaftsvertrages mit der bloßen Einheitsbildung unter Ausklammerung der inhaltlichen Ausgestaltung der Herrschaftsordnung vermag daher als allgemeine Aussage über die Vertragstheorien nicht zu überzeugen.

Schmitt beschäftigt sich auch mit dem Verfahren der Verfassungsgebung. Dieses könne nicht bindend geregelt sein.³¹² Die in demokratischen Staaten üblichen Verfahren der Verfassungsgebung (z.B. verfassungsgebende Nationalversammlung oder Referendum) sind für Schmitt nur Verfahren, durch die *verfassungsgesetzliche Normierungen* beschlossen oder entworfen werden,³¹³ es handelt sich also nicht um Verfassungsgebung im Sinne Schmitts. Seine verfassungsgebende Gewalt betätige das Volk³¹⁴ vielmehr „durch irgendeinen erkennbaren Ausdruck seines unmittelbaren Gesamtwillens“. Seine Willensäußerungen seien zwar „leicht zu verkennen, zu mißdeuten oder zu fälschen“³¹⁵; es sei aber „ein Irrtum“, Verfahren wie geheime Abstimmung oder Wahl „für eine absolute oder endgültige Norm der Demokratie zu halten“³¹⁶. Vielmehr sei die „natürliche Form“ der unmittelbaren Willensäußerung eines Volkes die Akklamation, der Zuruf der versammelten Menge³¹⁷, die in modernen Großstaaten zur „öffentlichen Meinung“ werde.³¹⁸ In Zeiten friedlicher Ordnung brauche kein besonderer Wille erkennbar geäußert zu werden; dieses Schweigen bedeute dann „fortdauernde Zustimmung zur bestehenden Verfassung“.³¹⁹ Eine solche stillschweigende Zustimmung sei „immer möglich und leicht zu erkennen“³²⁰, z.B. in Gestalt konkludenter Handlungen wie der Beteiligung am öffentlichen Leben oder an Wahlen.

Diese etwas unbekümmert anmutenden Ausführungen Schmitts zur Verfassungsgebung durch Stillschweigen (ähnliches findet sich auch bei Locke) und zu den anderen von ihm vorgeschlagenen „Verfahren“ der Verfassungsgebung bedürfen einer Anmerkung.³²¹ Aus der bloßen Tatsache, daß jemand in einem Staat lebt, kann man nicht auf irgendeine Zustimmung zur Verfassung dieses Staates schließen. Denn eine stillschweigende Zustimmung kann nur dann vorliegen, wenn alternative Handlungsmöglichkeiten bestehen; also müßte die Ausreise eine faktisch gegebene Alternative sein, was nur selten der Fall ist. Aber auch aus den konkludenten Handlungen, die Schmitt als Anknüp-

ma. Vgl. zu diesem Unterschied zwischen älteren und neueren Vertragstheorien H. Hofmann, Die klassische Lehre vom Herrschaftsvertrag und der „Neo-Kontraktualismus“, S. 267.

312 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 82.

313 Ebda. S. 85.

314 Auch der Monarch als Verfassungsgeber ist nicht an Verfahrensregeln gebunden.

315 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 83.

316 Ebda.

317 Ebda.

318 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 83 f.

319 Ebda. S. 84.

320 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 91. Dies ist eigentlich ein Widerspruch zu der oben zitierten Aussage, die Willensäußerungen des Volkes seien „leicht zu verkennen, zu mißdeuten oder zu fälschen“. Aus dem Kontext ergibt sich, daß Schmitt wohl vor allem den unorganisierten ausdrücklichen Äußerungen mißtraut, während die stillschweigende Zustimmung als Akzeptieren des status quo nach seiner Ansicht keine Deutungsprobleme bereite.

321 Vgl. dazu auch M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, S. 149 ff.

fungspunkt vorschlägt, kann nicht immer auf tatsächliche Zustimmung geschlossen werden. Denn auch hier müssen demjenigen, dem die Zustimmung unterstellt wird, echte Handlungsalternativen offenstehen, also etwa eine Nichtbeteiligung an den Wahlen. Das ist aber gerade in Ländern mit zweifelhaftem Demokratieverständnis nach der historischen Erfahrung oft keine Alternative: Wo die Wahl zur akklamatorischen Pflichtübung mit zumindest sozialer, wenn nicht staatlicher Kontrolle wird, liegt keine freie Entscheidung vor. Gleiches gilt für die Beteiligung am „öffentlichen Leben“, die auch staatlich gelenkt werden kann. Die von Schmitt in ihrem Wert relativierten Wahl- und Abstimmungsverfahren dienen gerade dazu, solche Manipulationen und Verfälschungen zu vermeiden; sie sind den „konkludenten“ Zustimmungen in jedem Falle vorzuziehen, sofern sie in einer konkreten Situation durchführbar sind. – An dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, daß sich Schmitt für die angebliche völlige Beliebigkeit der Willensäußerung der verfassunggebenden Gewalt zu Unrecht auf Sieyes beruft; das ist oben schon ausgeführt worden.

Mit der so umrissenen verfassunggebenden Gewalt verknüpft Schmitt nun die Legitimität einer Verfassung in folgender Weise: „Eine Verfassung ist legitim, d.h. nicht nur als faktischer Zustand, sondern auch als rechtmäßige Ordnung anerkannt, wenn die Macht und Autorität der verfassunggebenden Gewalt, auf deren Entscheidung sie beruht, anerkannt ist.“³²² Diese Definition umfaßt nach Schmitt zwei Arten der Legitimität: Im Fall der *demokratischen* Legitimität ist das Volk das Subjekt der verfassunggebenden Gewalt, so etwa bei der Weimarer Reichsverfassung; im Fall der *dynastischen* Legitimität ist ein Fürst oder Monarch der Verfassungsgeber, so etwa in der monarchischen Restauration in Frankreich.³²³ Die konstitutionelle Monarchie in Deutschland in der Zeit von 1848 bis 1918 stellt sich für Schmitt dagegen als schwer einzuordnender „dualistischer Zwischenzustand“ dar:³²⁴ Die Verfassung erscheine hier als Vereinbarung zwischen Monarch und Volksvertretung, wodurch eine Entscheidung über die verfassunggebende Gewalt, die „in Wirklichkeit“ nur entweder auf dem monarchischen oder dem demokratischen Prinzip beruhen könne, aufgeschoben wurde – ein „dilatatorischer Formelkompromiß“.

Auch an dieser offenbar beliebigen Austauschbarkeit des Subjekts der verfassunggebenden Gewalt bei Schmitt wird deutlich, daß legitimitätsstiftende Freiheitsrechte seiner Theorie auch in der „demokratischen“ Variante eigentlich fremd sind: Das Volk herrscht als Verfassungsgeber genauso autoritär über die Individuen wie ein souveräner Fürst oder Monarch. Schmitts Theorie demokratischer Verfassungslegitimität beruht auf einem Konzept der Volkssouveränität, das den souveränen Fürsten einfach gegen das einheitliche Subjekt „Volk“ austauscht.

Eine andere Wendung nimmt bei Schmitt dieser Gedanke von den verschiedenen Arten der Verfassungslegitimität im Zusammenhang mit dem Versuch des Nachweises der (völkerrechtlichen und staatsrechtlichen) Kontinuität des Deutschen Reiches 1918/19. Eine solche Kontinuität liegt nach Schmitts Ansicht ohne Zweifel dann vor, wenn das

322 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 87.

323 Ebda. S. 51 ff.

324 Ebda. S. 54.

Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt gleich bleibt.³²⁵ Auf die Art der Verfassung kommt es dabei nicht an; das Bestehen einer (bestimmten) verfassungsgebenden Gewalt reiche aus für „ein Minimum von Verfassung“³²⁶, das auch über Revolutionen hinaus fortexistieren könne. Beim Versuch, eine Kontinuität bei Verfassungswechseln zu begründen, verschwimmt dann der Begriff der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes völlig: Es sei nämlich möglich, „jede Verfassung, die überhaupt Bestand hatte, auf den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen des Volkes zurückzuführen“³²⁷, und „wenn ein Staat auf nationaler Grundlage beruht und das Volk einen bewußten Willen hat, ist es immer möglich, diesen Willen als die maßgebende Grundlage jeder staatlichen Verfassung zu behandeln.“ Und über die „stillschweigende Zustimmung“ als Ausdruck des verfassungsgebenden Willens des Volkes sagt Schmitt: „Auf diese Weise kann also den verschiedenartigsten Verfassungen der Charakter demokratischer Legitimität zugesprochen werden, indem man sie auf die immer vorhandene, sei es auch nur stillschweigend betätigte verfassungsgebende Gewalt des Volkes gründet.“³²⁸

Im Grunde wird mit diesem weiten Verständnis der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes die zuvor von Schmitt getroffene Unterscheidung zwischen demokratischer und dynastischer Verfassungslegitimität überflüssig; denn „dynastische“ Legitimität liegt definitionsgemäß dann vor, wenn die Autorität des Königs oder Fürsten anerkannt wird;³²⁹ was ist aber „Anerkennung“ anderes als der „bewußte Wille“ des Volkes, also demokratische Legitimation im Sinne Schmitts? Die „nationale Grundlage“, das Bewußtsein des Volkes von seiner politischen Existenz, das man als Abgrenzungskriterium zwischen demokratischer und dynastischer Legitimität anführen könnte, kann doch auch gerade in der *gemeinsamen* Anerkennung des Monarchen gesehen werden. Die verfassungsgebende Gewalt gerät so zum Legitimitätstopos für beliebige staatliche Herrschaftsordnungen – außer denen, gegen die ein Volk erfolgreich oder zumindest deutlich sichtbar (das heißt in diesem Falle meistens kurz vor dem Erfolg stehend) aufbegehrt.

Schmitts Verständnis der verfassungsgebenden Gewalt beruht zu einem großen Teil auf Rousseaus Lehre von der Volkssouveränität. Den Bezug zu Rousseau hebt er selbst hervor: Schmitt sieht (in seiner Schrift über die Diktatur) die „Vorstellung des pouvoir constituant“ als eine direkte „Konsequenz des Contrat social“³³⁰, also als eine Fortführung der Lehre Rousseaus. Rousseau selbst habe diese Konsequenz noch nicht gezogen, aber sie ergebe sich aus der Funktion zweier Figuren des Contrat social: des législateur und des Diktators.³³¹ Der législateur ist ein Initiator der Gesetzgebung ohne eigene rechtliche Macht, der Diktator ein außerhalb des Rechts stehender Machthaber mit dem be-

325 Ebda. S. 93.

326 Ebda. S. 92.

327 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 95; Hervorhebung im Original. Schmitt beruft sich bei diesem Gedanken ausdrücklich auf Rousseau.

328 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 91.

329 Ebda. S. 87 f.

330 C. Schmitt, Die Diktatur, S. 129.

331 Zu den beiden Figuren C. Schmitt, Die Diktatur, S. 124 ff., 127 ff. Vgl. dazu J.-J. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, II.7. u. IV.6.

grenzten Auftrag zur Beseitigung einer Notlage. Die Lehre vom *pouvoir constituant*, wie Schmitt sie sieht, ergibt sich aus einer (von Rousseau nicht vollzogenen) Verbindung dieser beiden Figuren. Es entstehe die „souveräne Diktatur“³³² des *pouvoir constituant*. Diese sei keine reine Machtfrage; vielmehr habe sie auch rechtlichen Charakter, und zwar dadurch, daß sie als begründende (aber selbst nicht gebundene) Gewalt der Verfassung erscheine.³³³

Es wird deutlich, daß für Schmitts Theorie der verfassunggebenden Gewalt – wie auch für Rousseaus Gesellschaftsvertragstheorie – die Vorstellung individueller Freiheitsrechte oder der Gewaltenteilung fremd ist.³³⁴ Seine Theorie steht daher in deutlichem Gegensatz zu Sieyes' Theorie, in der, wie gesehen, gerade die Individualrechte und die Gewaltenteilung eine zentrale Position einnehmen. Daß Schmitts Sieyes-Interpretation einseitig und in der Tendenz falsch ist, wurde schon festgestellt. Es scheint so, als ob Schmitt im 20. Jahrhundert noch einmal die sinnentstellende Verkürzung der Sieyesschen Theorie nachvollzogen (und verfeinert) hätte, die die Jakobiner schon eineinhalb Jahrhunderte vorher ihrer Diktatur zugrundelegten.³³⁵

C. Ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität

Die Ausführungen zur Verfassungstheorie der Amerikanischen und der Französischen Revolution haben gezeigt, daß sich die Legitimitätsbegründungen dieser klassischen Theorien auf die Verfassunggebung beziehen, ohne dabei auf das bloß urheberorientierte Modell der verfassunggebenden Gewalt beschränkt zu sein; sie sind vielschichtiger und umfassen Legitimitätsaspekte, die sich nicht allein auf den Gedanken der Urheberchaft des souveränen Volkes an der Verfassung zurückführen lassen.

Eine Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung sollte daher über die urheberorientierte Sichtweise hinausgehen. Im folgenden soll eine solche Theorie entworfen werden, und zwar in Gestalt eines Prinzipienmodells der Verfassungslegitimität. Nach einigen Grundlegungen, die mit einer detaillierteren Kritik am urheberorientierten Modell beginnen, dann auf das mit diesem Modell unausgeschöpft bleibende Erbe der klassischen Theorien verweisen und schließlich vertragstheoretische Überlegungen einbeziehen, soll die Grundstruktur des Prinzipienmodells entworfen und gegen mögliche Einwände verteidigt werden. Die Ausarbeitung der einzelnen Legitimitätsprinzipien bleibt dem folgenden Kapitel (D.) vorbehalten.

332 C. Schmitt, *Die Diktatur*, S. 128 f., 137. Zum Begriff der souveränen Diktatur ebda. S. 130 ff.

333 C. Schmitt, *Die Diktatur*, S. 137.

334 Vgl. die entsprechenden Ausführungen Schmitts zu Rousseau ebda. S. 120 f.

335 Vgl. S. Breuer, *Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt*, S. 512: „Indem Schmitt den Begriff der Nation aus dem liberalen Vermittlungszusammenhang herauslöst und zum alleinigen Bezugspunkt der politischen Theorie hypostasiert, repetiert er nur jenen Vorgang, der schon in der Revolution in eine 'geschichtliche Abdrift' (Furet) mündete: in die Unterwerfung der Gesellschaft unter das ideologische Konstrukt einer einheitlichen und ungeteilten Macht“.

I. Kritik am urheberorientierten Modell

Für das oben (A.II.) dargestellte urheberorientierte Modell der verfassunggebenden Gewalt spricht seine Schlichtheit: Mit seiner Vorstellung von einem (einzigen) handelnden Subjekt, das eine Verfassung kreiert, ist es unkompliziert, ohne weiteres allgemein verständlich und zudem aufgrund seiner Nähe zum populären Gedanken der Volkssouveränität dem ersten Anschein nach überzeugend. Viele Schlußfolgerungen, die sich aus diesem Modell ziehen lassen, sind unmittelbar einsichtig. So läßt sich nur schwer behaupten, eine Verfassung, die von einer kleinen Gruppe (oder einer Einzelperson), also nicht vom Volk diktiert wird, sei legitim.

Allerdings ist der Preis für diese Schlichtheit die Vernachlässigung oder völlige Außerachtlassung einiger wichtiger Probleme, die in einer Theorie der Verfassungslegitimität (und als eine solche wird die Theorie der Verfassungsgebung hier verstanden) berücksichtigt werden müßten. Das betrifft zunächst das (zugegeben: schwierige) Problem der kollektiven Willensbildung: Die urheberorientierte Theorie der verfassunggebenden Gewalt umgeht die Frage, wie der Wille des Volkes (also einer Gesamtheit von Bürgern) aus den jeweiligen Willen der einzelnen Bürger ermittelt werden kann, indem sie – entsprechend der Lehre von der Volkssouveränität – die Tatsache ignoriert, daß das Volk aus einzelnen Bürgern mit durchaus jeweils unterschiedlichen Willen zusammengesetzt ist.³³⁶ Pluralismus hat hier keinen Platz.³³⁷ In der urheberorientierten Sichtweise gibt es nur ein Subjekt, das souveräne Volk, dem ein bestimmter Wille in bezug auf die Verfassung in eher undurchsichtiger Weise zugeschrieben wird.³³⁸ Daher ist es richtig, daß das urheberorientierte Modell eher eine „Verhüllungsfunktion“ wahrnimmt, der sich immerhin noch einige positive Aspekte abgewinnen lassen.³³⁹ Dabei darf die Gefahr nicht übersehen werden, daß mit der Berufung auf das „Volk“ als vorgegebener Größe der empirisch feststellbare Wille der einzelnen Bürger übergangen wird.³⁴⁰

Eine Konsequenz der urheberorientierten Theorie der verfassunggebenden Gewalt ist auch, daß die Aussagen über die Legitimität einer Verfassung äußerst einfach, nämlich binär strukturiert sind: Die Verfassung ist legitim, wenn sie auf das souveräne Volk als Urheber zurückgeht, und illegitim, wenn das nicht der Fall ist. Diese binäre Sichtweise

336 Das kritisiert auch der Politologe K. v. Beyme (Die verfassunggebende Gewalt des Volkes, S. 65) an den (auch damals, also 1968) gängigen Auffassungen der „Juristen“ über die verfassunggebende Gewalt.

337 Die Berücksichtigung des Pluralismus des verfassunggebenden Volkes verlangt auch P. Häberle, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse, S. 168 f.

338 Die demokratietheoretische Unhaltbarkeit einer solchen Personifizierung des kollektiven Willens hat vor allem K. Arrow nachgewiesen (Social Choice and Individual Values). Nach dem sog. Arrow-Theorem ist es logisch unmöglich, unter Beachtung bestimmter intuitiv als demokratisch zu verstehender Grundannahmen individuelle Präferenzordnungen konsistent in kollektive Entscheidungen umzusetzen. Es gibt eben keine logische Verknüpfung der individuellen Willen zu einem (fiktiven) Kollektivwillen. Vgl. dazu auch J. Nida-Rümelin, Demokratie als Kooperation, S. 121 ff., der unter Bezugnahme auf Arrow das Verständnis des Staates bzw. des Volkes als kollektiver Akteur ablehnt.

339 G. Roelcke, Verfassungsgebende Gewalt als Ideologie, S. 160 f.

340 So auch G. Haverkate, Verfassungslehre, S. 332.

entspricht aber nicht dem Charakter des Begriffs „Legitimität“. Es gibt nämlich auch ein Mehr oder Weniger an Legitimität: Eine Verfassung kann eine höhere Legitimität haben als eine andere. Das urheberorientierte Modell verstellt den Blick für diese Zwischenabstufungen und reduziert dadurch die Aussagekraft der Theorie.

Eine weitere Simplifizierung in der urheberorientierten Sichtweise besteht in der weitgehenden Außerachtlassung der besonderen Funktionen, die eine Verfassung in einer Rechtsordnung hat, insbesondere der Schutzfunktion. Aus der Sicht der urheberorientierten Theorie der verfassungsgebenden Gewalt erscheint die Verfassung wie ein selbstverständliches, nicht zu hinterfragendes, traditionelles Herrschaftsmittel, dessen sich das souveräne Volk bedient. Die legitimitätsbegründende Vorstellung, die hinter einem solchen Begriff der verfassungsgebenden Gewalt steht, erschöpft sich in der Forderung, daß die Verfassungsgebung als eine Art ursprünglicher Ausübung von Hoheitsgewalt allein durch das Volk erfolgen müsse – so wie jede Form der Ausübung von Hoheitsgewalt auf das Volk als Urheber muß zurückgeführt werden können. Die Frage ist nicht, *warum* eine Verfassung geschaffen wird, sondern allein, *wer* sie schaffen soll. Die urheberorientierte Theorie vermag keine befriedigende Antwort auf die Frage zu geben, zu welchem Zweck sich das Volk gerade einer *Verfassung* als Herrschaftsinstrument bedienen sollte bzw. warum es überhaupt der Unterscheidung zwischen der Verfassung und den übrigen Rechtsnormen bedarf. Der Hinweis auf die Normenhierarchie genügt hier nicht, denn der Anspruch einer urheberorientierten Theorie wäre auch in einer Situation *ohne jede Verfassung* erfüllt, wenn nur gewährleistet wäre, daß zumindest die einfachen (Parlaments-) Gesetze an der Spitze der Rechtsordnung stehen und (dies ist in einer modernen parlamentarischen Demokratie zumindest dem Anspruch nach der Regelfall) auf den Willen des Volkes zurückgeführt werden können. Nicht ohne Grund hat eine solche urheberorientierte Sichtweise Probleme mit der Unterscheidung zwischen dem Volk als Verfassungsgeber und dem Volk als verfaßtem Organ (z.B. als Gesetzgeber).³⁴¹

Die urheberorientierte Sichtweise läßt dabei außer acht, daß es sich bei der Verfassungsgebung um eine sehr spezifische Ausübung von (Hoheits-) Gewalt handelt, deren Charakteristikum darin besteht, daß die sonstige Ausübung von Hoheitsgewalt (also die Tätigkeit der „verfaßten Gewalten“) an die Vorgaben gebunden ist, die im Rahmen der Verfassungsgebung festgelegt werden: die „verfaßten Gewalten“ sind an die von der „verfassungsgebenden Gewalt“ geschaffene Verfassung gebunden.³⁴² Diese Bindung dient nicht allein dazu, den Volkswillen zu verwirklichen – denn dieses Ziel wäre auch

341 Diese Schwierigkeiten zeigen sich auch bei E.-W. Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbezug des Verfassungsrechts, S. 22, 24 f.: Wenn das Volk in der Form der Aktivbürgerschaft (also z.B. bei Gesetzesreferenden) auftritt, sei „auch das unorganisierte Volk des *pouvoir constituant* irgendwie beteiligt und mit anwesend“. Auch die nachträgliche verfassungsgerichtliche Überprüfung eines Gesetzesreferendums an der Verfassung werfe aus diesem Grunde „theoretisch und praktisch-politisch schwer lösbare Probleme auf“.

342 Vgl. zu dieser für den modernen Konstitutionalismus spezifischen Verfassungsfunktion der Herrschaftsorganisation und -beschränkung D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, S. 407 ff. Diese Funktion steht auch heute noch im Vordergrund und kann grundsätzlich auch erfüllt werden – trotz der Schwierigkeiten, die etwa durch die Notwendigkeit staatlicher Risikovorsorge, den „verhandelnden Staat“ oder die gewachsene Bedeutung von Parteien und Verbänden entstanden sind. Vgl. dazu D. Grimm, ebda. S. 427 ff.

ohne jede Verfassung durch eine immer wieder (etwa mit Wahlen und Abstimmungen) zu aktualisierende Rückanbindung der Tätigkeit der Staatsorgane an den jeweils aktuellen Volkswillen zu erreichen; einer besonderen „verfassungsgebenden Gewalt“ bedürfte es dazu nicht.³⁴³ Bei der Verfassungsgebung geht es vielmehr auch darum, eine bestimmte *Ordnung* (der „verfaßten Gewalten“) *dauerhaft* zu installieren,³⁴⁴ und der Zweck dieser Ordnung ist der Schutz des Volkes oder genauer: der einzelnen Bürger, aus denen dieses Volk besteht. Diese Funktion der Verfassung, auf die es gerade bei den Verfassungsgebungen der Amerikanischen und der Französischen Revolution entscheidend ankam, wird von der urheberorientierten Theorie außer acht gelassen.

Der Grund für diese Außerachtlassung der Schutzfunktion der Verfassung in der urheberorientierten Betrachtungsweise liegt in deren Beschränkung auf das kollektive Subjekt „Volk“. In dieser eingeschränkten Betrachtung kann man selbstverständlich annehmen, daß das Volk sich immer nur eine solche Verfassung geben wird, die ihm selbst (als einheitlichem Subjekt) auch Schutz und Nutzen bringt. Die Schutzfunktion der Verfassung erscheint so als bloße Konsequenz des Umstandes, daß sie auf das Volk als Urheber zurückgeht. Wenn man nur das Volk als einheitliches Subjekt im Blick hat, genügt daher für die Legitimitätsbegründung der Hinweis auf die Urheberschaft des Volkes; auf die Frage, ob die Verfassung ihrem Inhalt nach die Schutzfunktion erfüllen kann, kommt es dann nicht mehr an. Verläßt man aber die urheberorientierte Betrachtungsweise und gibt das Bild vom einheitlichen willensbegabten verfassungsgebenden Subjekt auf, so kommen die *einzelnen Bürger* ins Blickfeld, aus denen das Volk besteht. Schutzobjekt ist dann nicht mehr das Volk als solches (dessen Existenz oder Wohlbefinden ja nicht von der Existenz oder dem Wohlbefinden eines bestimmten einzelnen Bürgers abhängt), sondern eben die einzelnen Bürger. Aus dieser Perspektive ist es nicht mehr selbstverständlich, daß das, was die Gesamtheit der Bürger (das Volk) will, auch jeden einzelnen Bürger schützt. Genau darum geht es aber letztlich bei der Vorstellung legitimer Verfassungsgebung: Die Verfassung soll nicht nur möglichst gut dem Willen der Bürger entsprechen, sondern sie wird auch gerade deswegen geschaffen, um die einzelnen Bürger zu schützen. Weil das urheberorientierte Modell der verfassungsgebenden Gewalt es unterläßt, die einzelnen Bürger zu betrachten, unterschlägt es also nicht nur das Problem der kollektiven Willensbildung, sondern auch den für Fragen der Verfassungslegitimität zentralen Konflikt zwischen dem Willen der Allgemeinheit und dem Schutz des einzelnen.³⁴⁵

343 Interessant ist in diesem Zusammenhang die Feststellung W. Leisners, in der (nachrevolutionären) französischen Theorie, in der die Volkssouveränität allein vorherrschend sei, könne man „eigentlich ... überhaupt nicht von einem ‘Pouvoir constituant’, einer besonderen verfassungsgebenden Gewalt sprechen“ (Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, S. 455a). Volkssouveränität und damit urheberorientierte Sichtweise reichen eben nicht aus, um den Kern der Theorie legitimer Verfassungsgebung zu erfassen.

344 Das klingt auch an bei E.-W. Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenz-begriff des Verfassungsrechts, S. 26.

345 P. Graf Kielmansegg bezeichnet den Widerspruch zwischen dem reinen Demokratieprinzip und der Bindung des demokratischen Gesetzgebers an die nicht von ihm, sondern u.U. von einer nicht mehr lebenden Generation geschaffene Verfassung (in seinem ebenso betitelten Aufsatz) als „Verfassungsparadox“. Dieses lasse sich nicht mit Hilfe der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt lösen. Zu diesem Ergebnis kommt P. Graf Kielmansegg deswegen, weil er die Theorie der Verfassungs-

Der Gedanke der Legitimation durch Verfassunggebung wird durch die urheberorientierte Theorie der verfassunggebenden Gewalt daher auch nicht annähernd erschöpft.³⁴⁶

II. Das unausgeschöpfte Erbe der amerikanischen und der französischen Theorie der Verfassunggebung

Die klassischen amerikanischen und französischen Theorien der Verfassunggebung sind, wie gesehen, nicht so einsilbig wie die urheberorientierte Theorie der verfassunggebenden Gewalt. In ihnen finden sich wichtige Legitimitätsbegründungen, die von der urheberorientierten Theorie nicht erfaßt werden. Die einzelnen Legitimitätsbegründungen wurden oben (B.) schon erörtert; hier sei noch einmal kurz an die wesentlichen Gedanken dieser Theorien erinnert, die dem zu entwickelnden Prinzipienmodell der Verfassunggebung zugrundegelegt werden sollen:

1. Die amerikanische Theorie

Im wesentlichen amerikanischen Ursprungs ist die Idee, daß die auf das Volk zurückgehende Verfassung das *paramount law* darstellt. Nach dieser Vorstellung gibt es also eine *Normenhierarchie*, in der die Verfassung an höchster Stelle steht und alle durch die Verfassung konstituierten Gewalten einschließlich des Gesetzgebers bindet. Der Zweck dieser Bindung ist der Schutz der individuellen *Freiheit*. In der amerikanischen Theorie werden dabei besonders die in ihrer konkreten Ausgestaltung vom Volk in der Verfassung festgelegte *Gewaltenteilung* und verfassungsrechtlich geschützte *Individualrechte* als Mittel der Freiheitssicherung angesehen. Außerdem liefert die amerikanische Theorie ein Modell für die *Verfassunggebung im Bundesstaat*.

gebung, wie es durchaus üblich ist, dezidiert urheberorientiert formuliert (Das Verfassungsparadox, S. 408): „Sie läßt sich“, so führt er aus, „in zwei Sätze fassen. Der erste: Das Volk ist die einzige Quelle für die Legitimität einer Verfassung. ... Und der zweite ...: Das verfassunggebende Volk ist dem verfaßten Volk vorgeordnet“. Die Auflösung des Paradoxes findet P. Graf Kielmansegg erst am Schluß seines Aufsatzes, bei den „Folgerungen“ (S. 410 f.), und zwar in Gestalt einiger „banal(er)“ Gründe, nämlich der Notwendigkeit, die verfassungsrechtlichen „Spielregeln“ dem Zugriff der Akteure zu entziehen, in der Schutzfunktion der Verfassung und in der Funktion der Entlastung politischer Konflikte durch Vorabentscheidungen. Abschließend stellt er fest (S. 411): „Die Prinzipien, die in ihm (sc. dem Verfassungsstaat) Gestalt gewonnen haben, lassen sich nicht spannungsfrei miteinander verknüpfen.“ Das trifft die im Text formulierte Kritik am urheberorientierten Modell und deutet den in dieser Arbeit unternommenen Lösungsansatz an, nämlich das Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität. Allerdings sieht P. Graf Kielmansegg die widerstreitenden Prinzipien, die er in *Funktionen der Verfassung* erkennt, offenbar *außerhalb* der Theorie der Verfassunggebung. Eine solche Beschränkung wird der Theorie der Verfassunggebung aber nicht gerecht; sie erlangt ihre legitimierende Wirkung vielmehr – wie zu zeigen sein wird – gerade durch die Einbeziehung bestimmter Verfassungsfunktionen. – Im übrigen kann man in den von P. Graf Kielmansegg genannten Verfassungsfunktionen die noch zu erläuternden Prinzipien der Freiheitssicherung (Schutzfunktion und Unverfügbarkeit der Verfassung) und der dauerhaften Konsensfähigkeit (Entlastung politischer Konflikte) wiedererkennen. Diese sind allerdings, vor allem wenn es gilt, Prinzipienkonflikte aufzulösen, alles andere als „banal“, wie sich noch zeigen wird.

346 Vgl. auch die Kritik an Legitimitätsbegründungen mit dem Begriff des Volkes als „soveränes Kollektiv“ bei A. Augustin, *Das Volk der Europäischen Union*, S. 386 ff.

2. Die französische Theorie

Zu dem schon in der Amerikanischen Revolution vorhandenen Gedankengut trat in der Französischen Revolution zunächst die Idee der *Souveränität* der verfassunggebenden Gewalt hinzu: Das Volk ist bei der Kreation einer neuen Verfassung souverän und unterliegt keinen Bindungen. Bei der Erörterung der französischen Theorie wurde schon darauf hingewiesen, daß diese Vorstellung eine spezifische politische Funktion in der damaligen revolutionären Situation hatte. Als Element einer *allgemeinen* Theorie der Verfassungslegitimität, die nicht auf revolutionäre Situationen beschränkt ist, erscheint sie verzichtbar. Weil sich diese Arbeit um eine solche allgemeine Theorie bemüht, soll daher dieses Element der französischen Theorie, auf das Carl Schmitt so viel Wert legte,³⁴⁷ nicht übernommen werden. Die hier zu entwickelnde Theorie soll etwa auch dann Anwendung finden, wenn aufgrund äußerer Beschränkungen keine völlige Freiheit bei der Gestaltung der Verfassung besteht – wie das im Gliedstaat eines Bundesstaates (und möglicherweise auch auf europäischer Ebene) der Fall ist.

In einem Spannungsverhältnis zur Souveränität der verfassunggebenden Gewalt steht ein anderes Element der Verfassungstheorie der Französischen Revolution: der Verfassungszweck der *Freiheitssicherung*. Wie in Nordamerika wird die *Bindung der konstituierten Gewalten*, verbunden mit den Mechanismen der *Gewaltenteilung* und mit *individuellen Rechten* auf Verfassungsebene, auch in Frankreich als wesentliches Mittel der Freiheitssicherung angesehen. Vor allem von Sieyes wurde schließlich der Gedanke der *Repräsentation* des Volkes bei der Verfassunggebung entwickelt.

III. Vertragstheoretische Legitimitätsbegründung

Neben der amerikanischen und der französischen Theorie der Verfassunggebung soll auch die schon mehrfach angesprochene Theorie des Gesellschaftsvertrages³⁴⁸ in das zu entwickelnde Prinzipienmodell der Verfassunggebung einfließen. Dieser Ansatz rechtfertigt sich zum einen durch eine offensichtliche Parallele: die Situation des Vertragschlusses in dieser Theorie erscheint wie eine idealisierte Form der Verfassunggebung. Zum anderen hat ja auch, wie gesehen, der maßgebliche Theoretiker der Verfassunggebung in der Französischen Revolution, Sieyes, seine Legitimitätsvorstellungen vertragstheoretisch begründet und damit an die zu seiner Zeit vorhandenen Varianten der Gesellschaftsvertragstheorie angeknüpft. Auch im Umfeld der Verfassunggebungen in der Amerikanischen Revolution wurde auf den Gesellschaftsvertrag Bezug genommen, wenn auch weniger deutlich als bei Sieyes: Manche Siedler fühlten sich durch die Erlangung der Unabhängigkeit in den Naturzustand der Gesellschaftsvertragstheorie zurückversetzt und sahen die nachfolgenden Verfassunggebungen als direkte praktische Umsetzung dieser Theorie an.³⁴⁹ Trotz dieser Bezüge zur Vertragstheorie³⁵⁰ ist der ver-

347 Auf Carl Schmitts Terminologie bezogen läßt sich auch sagen, daß die Theorie, um die sich diese Arbeit bemüht, auch eine Theorie des „Normalzustandes“, nicht nur eine Theorie des „Ausnahmezustandes“ sein soll.

348 Zum gemeinsamen Grundgedanken der verschiedenen Vertragstheorien vgl. oben den Exkurs zu Locke (B.I.3.).

349 Beispiele und Zitate bei G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, S. 288 f.

tragstheoretische Ursprung der Legitimation durch Verfassunggebung inzwischen fast verlorengegangen; vor allem moderne Abhandlungen über die Verfassunggebung beziehen sich in erstaunlich geringem Umfang auf die Theorien des Gesellschaftsvertrages.³⁵¹ Teilweise wird eine solche Bezugnahme auch ausdrücklich abgelehnt.³⁵² Das hindert jedoch nicht, den Versuch zu unternehmen, das theoretische Fundament der Gesellschaftsvertragslehre für die Idee der Legitimation durch Verfassunggebung erneut fruchtbar zu machen.

1. Klassische Vertragslehren

Die Vertragstheorien von Hobbes, Locke und Rousseau sind oben³⁵³ im Zusammenhang mit der Amerikanischen bzw. Französischen Revolution bereits erörtert worden. Kant hat seine Vertragstheorie³⁵⁴ erst nach den beiden Revolutionen veröffentlicht,³⁵⁵ sie stellt die wohl ausgereifteste Vertragstheorie der Aufklärungszeit dar.³⁵⁶

350 Umgekehrt nehmen die Vertragstheorien übrigens kaum direkten Bezug auf die tatsächlich erfolgten revolutionären Verfassunggebungen etwa in Nordamerika und in Frankreich. Diese „Ignoranz“ der Vertragstheorien gegenüber der realen Verfassunggebung ist für die Periode der *Aufklärung* natürlich zunächst auf die zeitliche Abfolge der geistesgeschichtlichen Entwicklung zurückzuführen: Die Idee der Verfassunggebung im hier interessierenden Sinne wurde erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ins Leben gerufen, so daß etwa Hobbes und Locke nicht darauf Bezug nehmen konnten. Aber auch Kant, der seine rechts- und staatsphilosophischen Schriften vor allem in den Jahren 1793 bis 1798 veröffentlichte, hat sich mit der realen Verfassunggebung nicht näher auseinandergesetzt. Die Vernachlässigung der Verfassunggebung bei den *heutigen* Theoretikern des Gesellschaftsvertrages schließlich hängt wohl auch damit zusammen, daß die modernen Theorien – wie auch die meisten „alten“ Theorien – nicht mit einem radikalen, umstürzlerischen Anspruch auftreten, dessen Ziel eine revolutionäre Verfassunggebung ist: Ihnen geht es vielmehr um die Herausarbeitung eines idealen Gesellschaftsmodells, das allenfalls die Funktion eines Orientierungspunktes für schrittweise Veränderungen haben soll, oder auch nur um die Rechtfertigung der bestehenden Zustände.

351 Das beklagt auch H.-P. Schneider (HStR § 158 Rn. 10). Allerdings geht Schneider wohl zu weit, wenn er die „Idee der verfassungsstiftenden Gewalt des Volkes“ auf Althusius zurückführt, weil bei Althusius die individualistische Begründung des freiheitsschützenden Moments der Gesellschaftsvertragslehren noch fehlt.

352 So von Carl Schmitt (Verfassungslehre, S. 61): Eine „Verfassung, die auf einem Akt der verfassunggebenden Gewalt des Volkes beruht, (muß) etwas wesentlich anderes sein ... als ein Sozialvertrag, ein ‘Contrat Social’“. Zu dieser Argumentation Schmitts näher oben B.III. – Die Geeignetheit der Vertragstheorien für schlüssige Legitimitätsbegründungen überhaupt scheint P. Graf Kielmansegg (Volkssouveränität, S. 104 ff.) anzuzweifeln. Für ihn ist die Vertragsfigur nur „eine Notlösung für eine Periode des Übergangs“ (S. 107). Mit der Vertragsfigur werde der Gegensatz zwischen dem am Ausgang des Mittelalters emporgekommenen Gedanken der Autonomie des Individuums und der damaligen politischen Wirklichkeit überbrückt: Tatsächlich gegen das Autonomiepostulat verstoßende Herrschaftsstrukturen werden damit gerechtfertigt, daß ihnen eine Zustimmung der Herrschaftsunterworfenen im Gesellschaftsvertrag (hypothetisch oder tatsächlich) zugrunde liege. Dieser (an die Vertragskritik in Rousseaus „Discours sur l’inégalité“ erinnernde) Befund P. Graf Kielmanseggs mag richtig sein, was die mangelnde politische Durchschlagskraft der Vertragstheorien vor Rousseau (nur auf diese bezieht sich P. Graf Kielmansegg) betrifft. Er ist aber nicht richtig, wenn er auch auf das gesamte theoretische Potential zur Legitimitätsbegründung bezogen wird, das sich in den Vertragstheorien findet.

353 B.I.3. bzw. B.II.5.

354 Der Kern seiner Vertragslehre findet sich bei I. Kant, *Über den Gemeinspruch ...*, S. 297 ff.; ders., *Metaphysik der Sitten*, S. 315 ff.

In neuerer Zeit war es John Rawls, der mit seiner im amerikanischen Original 1971 erschienenen „Theorie der Gerechtigkeit“³⁵⁷ den seit mehr als hundert Jahren aus der Diskussion fast verschwundenen Gedanken des Gesellschaftsvertrages in der politischen Philosophie wiederbelebt hat.³⁵⁸ Seine Theorie provozierte Alternativ- und Gegenentwürfe, wie die von Nozick³⁵⁹ und Buchanan³⁶⁰; auch J. Habermas³⁶¹ hat den Vertragsgedanken in der politischen Philosophie aufgegriffen.

Allen diesen Vertragstheorien³⁶² ist der Gedanke gemeinsam, daß die Legitimität der Herrschaftsordnung auf die Zustimmung der Herrschaftsunterworfenen gründet. Die Frage, ob diese Zustimmung tatsächlich erklärt werden muß oder ob eine hypothetische Zustimmung genügt, wird von den Theorien nicht einheitlich beantwortet; während es bei Kant und Rawls etwa ganz ausdrücklich nur um eine hypothetische Zustimmung geht,³⁶³ fordern Locke und Rousseau, wie gesehen, faktische Zustimmungserklärung. Aus dieser Forderung spricht – vor allem bei Rousseau – ein Mißtrauen gegenüber der von bestimmten Personen (z.B. von den Herrschenden selbst) der Gesamtheit der Herrschaftsunterworfenen unterstellten, hypothetischen Zustimmung: Die Möglichkeit der Ersetzung tatsächlicher Zustimmung durch die Angabe einer Begründung der Zustimmungsfähigkeit birgt die Gefahr der Manipulation. Andererseits wird vor allem in den Theorien, die eine hypothetische Zustimmung oder die Zustimmungsfähigkeit genügen lassen, die praktische Schwierigkeit der Herbeiführung und Überprüfung – womöglich einstimmiger – Zustimmung problematisiert. Allen Vertragstheorien gemeinsam ist jedenfalls die Forderung, daß eine Herrschaftsordnung möglichst weitgehend dem Willen der Herrschaftsunterworfenen entsprechen soll; Unterschiede bestehen nur in der Frage, ob der Wille der Herrschaftsunterworfenen aktuell erklärt werden muß oder anders abgeleitet werden kann. Der Bezug zur Theorie der Verfassungsgebung liegt auf der Hand: Auch dieser Theorie geht es um die Begründung der Legitimität einer Herrschaftsordnung, nämlich derjenigen Ordnung, die durch die Verfassung normiert wird. Eine grundlegende Voraussetzung dieser Legitimitätsbegründung ist die Rückführbarkeit der Verfassung auf den Willen des „Volkes“, also die Entsprechung zwischen der Herr-

355 Über den Gemeinspruch ...: 1793; Metaphysik der Sitten: 1797.

356 Zu Kants Vertragslehre vgl. etwa W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 180 ff.; ders. Wohlgeordnete Freiheit, S. 344 ff.

357 J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit.

358 Zur Bedeutung von Rawls' Theorie für die politische Philosophie vgl. W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 261 ff.

359 Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia, New York 1974; dazu W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 292 ff.

360 James M. Buchanan, The Limits of Liberty, Chicago 1975. Dazu W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 321 ff.

361 J. Habermas hat die in seiner „Theorie des kommunikativen Handelns“ (1981) entworfene Diskursethik für eine Demokratietheorie fruchtbar gemacht; vgl. J. Habermas, Faktizität und Geltung, S. 349 ff.

362 Das hier Gesagte gilt für alle Vertragstheorien, nicht nur die hier genannten. Vgl. allgemein zum Erfordernis realer bzw. hypothetischer Zustimmung in den Vertragstheorien W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 32 ff.

363 Vgl. I. Kant, Über den Gemeinspruch ..., S. 291; J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 142.

schaftsordnung und dem Willen der Herrschaftsunterworfenen. In dieser Legitimitätsbegründung lassen sich Elemente der „alten“ und der „neuen“ Vertragstheorien wiederfinden: Die Zustimmung zur Verfassung erschöpft sich nicht in der Zustimmung zu einer Herrschaftsordnung an sich (das wesentliche Thema der „alten“ Vertragstheorien); vielmehr wird einer *bestimmten*, in einer bestimmten Weise eingerichteten und an bestimmten Werten und Zielen ausgerichteten Herrschaftsordnung die legitimierende Zustimmung erteilt (die Zustimmungsfähigkeit solcher Werte und Ziele ist das wesentliche Thema der „neuen“ Vertragstheorien).³⁶⁴ Die Theorie der Verfassungsgebung sorgt für die elementare Legitimitätsbegründung einer Herrschaftsordnung, bindet diese Legitimitätsbegründung aber an bestimmte Vorgaben hinsichtlich der Organisation dieser Herrschaftsordnung und der Richtung ihres Tätigwerdens.

Allen Vertragstheorien ist ein wesentlicher Zweck des Gesellschaftsvertrages gemeinsam: die Sicherung der Rechte bzw. der Freiheit der Vertragsschließenden. Das ist besonders deutlich in den Theorien Lockes und Kants, trifft aber auch für die übrigen zu: Bei Rousseau bildet die Freiheit des Individuums die Voraussetzung und den Zweck des Gesellschaftsvertrages – wobei die von Rousseau entwickelte Gestalt dieses Vertrages, nämlich die Ineinsetzung von individueller Freiheit und Allgemeinwohl (und von individuellem Willen und Gemeinwillen) allerdings kaum geeignet erscheint, diesen Zweck tatsächlich zu erfüllen; bei Rawls ist darauf hinzuweisen, daß seine Vertragstheorie zwar die Gestalt einer Gerechtigkeitstheorie, nämlich einer Theorie der gerechten Verteilung von Gütern hat – aber eine wesentliche Art von Gut, das es durch den Vertrag zu verteilen und zu sichern gilt, sind *Rechte*.³⁶⁵ Selbst die Theorie von Hobbes hat einen Bezug zur Sicherung von Rechten: Der Antrieb für den Vertragsschluß ist, wie gezeigt, der Überlebenstrieb; der Vertragszweck also letztlich die Sicherung des Überlebens, und diesen Zweck kann auch eine Anordnung des Souveräns nicht zunichte machen. Auf dieser elementaren Ebene könnte man daher *im Ergebnis* in Hobbes' Theorie zumindest von einem *Recht auf Leben* sprechen, das zu schützen Zweck des Gesellschaftsvertrages ist.³⁶⁶

Schließlich soll auf einen eher selbstverständlichen, wenig beachteten Aspekt der Gesellschaftsvertragstheorien hingewiesen werden, der in einem Prinzipienmodell der Verfassungsgebung Beachtung verdient: Der Gesellschaftsvertrag soll in allen Theorien möglichst *dauerhaft* sein.³⁶⁷ Es entspricht dem Charakter der Vertragstheorien, daß die zu errichtende Ordnung dauerhaft sein soll. Diese Dauerhaftigkeit ist den Vertragstheo-

364 Vgl. zum Unterschied zwischen älteren und neueren Vertragstheorien H. Hofmann, Die klassische Lehre vom Herrschaftsvertrag und der „Neo-Kontraktualismus“, S. 267.

365 J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 112.

366 Vgl. zum Problem individueller Rechte in der Theorie Hobbes' H. Hofmann, Bemerkungen zur Hobbes-Interpretation, S. 67 ff.

367 Rawls etwa hebt diese Dauerhaftigkeit in seiner Vertragstheorie ausdrücklich hervor: Durch den Vertrag wird, so wörtlich, „ein für allemal“ entschieden, was als gerecht und ungerecht gelten soll (J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 28). Die Dauerhaftigkeit einer Ordnung (hier: Verteilungsordnung) hat offenbar einen eigenen Wert, der auch gar nicht weiter hinterfragt wird. Das ist bei Rawls' Theorie (und anderen modernen Vertragstheorien auch) insofern bemerkenswert, weil das Legitimationsobjekt jetzt nicht mehr die staatliche Herrschaftsordnung ist (deren Dauerhaftigkeit schon begrifflich vorausgesetzt ist), sondern eine Ordnung der Gesellschaft, deren Dauerhaftigkeit nicht von vornherein feststeht und eigentlich selbst begründungsbedürftig ist.

rien immanent, ohne daß sie besonders betont wird; sie wird meist stillschweigend vorausgesetzt. Denn die Vertragstheorien haben einen universellen Anspruch nicht nur in personenbezogener Hinsicht (der hypothetische Gesellschaftsvertrag soll für alle potentiellen Vertragsschließenden gelten), sondern auch in zeitlicher Hinsicht (der Gesellschaftsvertrag gilt ohne zeitliche Beschränkung). Das folgt schon aus dem Anspruch der Vertragstheoretiker, den Inhalt des jeweiligen Gesellschaftsvertrages objektiv, d.h. für alle einsehbar, vernünftig, zu begründen – warum sollten diese Vernunftgründe zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr gelten? Gesellschaftsverträge werden daher für die Ewigkeit gemacht. Der Vertrag ist nicht als Mittel zur kurzfristigen Problemlösung gedacht, sondern als Instrument zur Errichtung einer dauerhaften, grundsätzlich zeitlich unbegrenzten Ordnung, die gegenüber dem vertragslosen „Naturzustand“ Vorteile bringt. Der Übergang vom Naturzustand in den Gesellschaftszustand ist eben ein Vorgang mit weitreichender Wirkung, es ist ein „Zustandswechsel“. Eine Rückkehr in den Naturzustand oder eine Änderung des Gesellschaftsvertrages erscheint in den Vertragstheorien als ein Übel oder ein Mißgeschick. In der Sprache der Theorie der Verfassunggebung bedeutet dies, daß die Verfassung dauerhaft, also auf eine möglichst lange Geltungsdauer angelegt sein sollte.

2. Ein Vertragsmodell der Verfassunggebung

Bei weitgehender Vereinfachung der Situation der Verfassunggebung ergibt sich das Bild, daß eine Gruppe von Menschen sich etwa in folgender Situation findet: Sie sind (als Gruppe) bis zu einem gewissen Grade selbständig und in der Lage, zumindest in einigen Bereichen ihre eigenen Angelegenheiten derart durch Normen selbst zu regeln, daß die Einhaltung der Normen gegenüber den Gruppenangehörigen in einem bestimmten Verfahren – notfalls mit Zwang – durchgesetzt werden kann. Diese Menschen schließen sich nun zu dem Zweck zusammen, einige grundlegende Normen aufzustellen, die eine Basis für das künftige Zusammenleben bilden sollen und grundsätzlich dauerhaft gelten, also nicht geändert werden sollen. Diese „Grundnormen“³⁶⁸ können z.B. die Einrichtung von Organen und von anzuwendenden Verfahren betreffen, aber auch Wert- und Zielvorstellungen formulieren. Außer diesen grundsätzlich änderungs-festen Grundnormen kann die Gruppe (nach einem in den Grundnormen festgelegten Verfahren) auch andere (einfache) Normen aufstellen, die keine grundlegende Bedeutung haben und nach Bedarf geändert werden können. Die Änderungsfestigkeit der Grundnormen hat dabei eine mehrfache Funktion: Sie soll nicht nur die Kontinuität der Grundnormen und damit des durch diese Grundnormen geformten Zusammenlebens, damit also letztlich die Kontinuität der Gruppe als solcher gewährleisten, sondern auch den Mißbrauch der Zwangsmittel verhindern: Die Grundnormen entziehen sich dem Einfluß der jeweiligen Amtswalter, die die Zwangsmittel unmittelbar anwenden, oder die ihre Anwendung anordnen oder die Voraussetzungen ihrer Anwendung festlegen. Nach ausführlicher Beratung einigen sich alle Gruppenangehörigen auf eine bestimmte Ordnung von Grundnormen (eben die „Verfassung“) und stimmen deren Geltung zu, setzen sie also durch einstimmigen Beschluß in Kraft.

368 Mit diesem Ausdruck ist hier selbstverständlich nicht die Kelsensche Grundnorm gemeint.

Mit Hilfe einer solchen Verfassung kann die Ausübung von Zwang gegenüber einzelnen Gruppenangehörigen nicht nur gegen Willkür gesichert und damit beschränkt, sondern auch legitimiert werden; denn soweit dieser Zwang zur Durchsetzung und im Rahmen von Normen erfolgt, die nach der Verfassung zulässig sind bzw. die selbst Grundnormen sind, bezieht er seine Legitimität aus der Legitimität der Verfassung.

Die Verfassung selbst wiederum bezieht ihre Legitimität – zumindest solange sich die Zusammensetzung der Gruppe nicht ändert – unmittelbar aus der Einigung der Gruppenangehörigen, auf der sie beruht; denn Zweifel an der Legitimität seitens der Gruppenangehörigen kämen einem Selbstwiderspruch gleich, haben doch vorher alle zugestimmt.

Dieses stark vereinfachte, idealisierte Modell der Verfassunggebung gibt selbstverständlich nicht die Realität der Verfassunggebung in einem Staat wieder. Es vernachlässigt bzw. unterschlägt einige wichtige Problembereiche, auf die im einzelnen noch einzugehen sein wird. Das beginnt bei der Veränderung der äußeren Umstände nach der Einigung auf die Verfassung. Es stellt nicht unbedingt einen Selbstwiderspruch dar, wenn jemand, der ursprünglich der Verfassung zugestimmt hat, später geltend macht, unter den veränderten Umständen würde er dieser Ordnung nun nicht mehr zustimmen, die Entwicklung sei nicht vorhersehbar gewesen.³⁶⁹ Eine andere Idealisierung des Modells betrifft die Zahl der Gruppen- bzw. Staatsangehörigen. Schon eine Beratung, an der *alle* Mitglieder teilnehmen, ist in der Realität des Staates rein technisch undenkbar; ebenso erscheint eine tatsächliche Einigung in Gestalt der Zustimmung aller (deren Herbeiführung immerhin *technisch* – durch Abstimmung – zu erreichen wäre) aufgrund der Vielfalt von Vorstellungen und Meinungen ausgeschlossen. Das erste Teilproblem der *Beratung* weist auf die Notwendigkeit repräsentativer Elemente beim Verfahren der Verfassunggebung hin, das zweite der fehlenden *Einstimmigkeit* auf einen Umstand, der die Verfassungslegitimität erst zum schwierigen rechtsphilosophischen Problem macht: die Erstreckung des Geltungsanspruchs (hier: der Verfassung) auch auf diejenigen, die nicht zustimmen oder sich sogar einer Durchsetzung des Geltungsanspruchs widersetzen. Das Problem betrifft auch die z.B. durch Geburt neu hinzukommenden Staatsangehörigen³⁷⁰, die keine Gelegenheit hatten, an einer ursprünglichen Abstimmung teilzunehmen, und denen auch (anders als im Fall der Einbürgerung) keine Zustimmung zur schon geltenden Ordnung unterstellt werden kann. Hier klingt das alte „Generationenproblem“ an, also die Frage, wie eine Verfassung auch für eine Generation Geltung beanspruchen kann, die selbst überhaupt nicht an ihrer Entstehung beteiligt war.

Trotz – oder gerade wegen – dieser Idealisierungen gegenüber der Realität wird an dem Modell der *Grundgedanke* der Legitimation durch Verfassunggebung deutlich: *Die grundlegende Normierung der Ausübung von Zwang wird durch die von der Zwangsausübung potentiell Betroffenen selbst festgelegt. Diese Festlegung soll möglichst dauerhaft und änderungsfest sein und soll Mißbrauch des Zwangs durch die Amtswalter verhindern.* Dem langfristigen Charakter der Verfassungsnormierung ist es

369 Die Veränderung äußerer Umstände kann zur Notwendigkeit von Verfassungsänderungen oder gar einer „Verfassunggebung im Verfassungsstaat“ führen.

370 Die Staatsbürgerschaft eines neugeborenen Kindes bestimmt sich gewöhnlich entweder nach der Staatsangehörigkeit der Eltern bzw. eines Elternteils (ius sanguinis) oder nach dem Geburtsort (ius soli), oder nach einer Kombination der beiden Prinzipien.

dabei angemessen, das Erfordernis der Selbstnormierung nur auf diejenigen zu beziehen, die von der Zwangsausübung auch *dauerhaft* potentiell betroffen sind; es wäre kaum sinnvoll, hier auch den nur kurz verweilenden Gast oder den Durchreisenden einzubeziehen.

Abschließend soll noch auf zwei Aspekte der Verfassungslegitimität hingewiesen werden, die schon an dem dargestellten Modell deutlich werden.

Der erste Aspekt betrifft die *Freiheit* als Voraussetzung der Verfassungslegitimität: Die Einigung in bezug auf die Verfassung kann nur dann in der geschilderten Weise deren Legitimität begründen, wenn alle Angehörigen der Gruppe in bezug auf den Beschlußgegenstand zum Zeitpunkt der Einigung ungebunden sind, also insoweit eine freie Entscheidung treffen können; denn nur unter dieser Voraussetzung kann eine spätere Zuwiderhandlung als Selbstwiderspruch betrachtet werden. Das schließt allerdings nicht aus, daß die Beschlußmöglichkeiten durch äußere Umstände beschränkt sind; nur innerhalb des Spektrums des Möglichen muß die Entscheidung frei sein.

Der zweite Aspekt verweist schon auf den Zweiten Teil dieser Arbeit, nämlich die Anwendung der Theorie der Verfassunggebung auf der europäischen Ebene. Der *Staat* kommt in dem Vertragsmodell der Verfassunggebung nämlich nicht vor. Das liegt vordergründig an den vorgenommenen Idealisierungen, vor allem im Hinblick auf die überschaubare Anzahl der dauerhaft betroffenen Personen, also der Gruppenangehörigen. Bemerkenswert ist dabei aber, daß schon mit Hilfe dieses Modells, also ohne Bezugnahme auf den Staat, der Grundgedanke der Legitimation durch Verfassunggebung formuliert werden kann. Vorausgesetzt wird lediglich die Fähigkeit der Gruppe, Zwang auf die einzelnen Gruppenangehörigen auszuüben und Normen bezüglich dieser Zwangsausübung autonom aufzustellen. Auch eine – wie auch immer definierte – vorgegebene *Einheit* der Gruppenangehörigen wird nicht vorausgesetzt; es genügt die Fähigkeit, in der geschilderten Weise gemeinsam zu agieren. Die Frage, ob sich die Theorie der Verfassunggebung notwendig nur auf Staaten bezieht oder nicht, bedarf selbstverständlich im Zweiten Teil dieser Arbeit noch einer eingehenderen Erörterung; bei der ersten Annäherung an die Theorie im Rahmen des dargestellten Vertragsmodells scheint jedenfalls eine Anwendung auf außer- oder überstaatliche Bezugsebenen möglich.

IV. Argumentation mit Prinzipien

Der Mangel der urheberorientierten Theorie der verfassungsgebenden Gewalt ist eine Folge ihrer Eindimensionalität: Als Legitimitätsgrund einer Verfassung wird ausschließlich ihre Rückführbarkeit auf den Willen des Volkes anerkannt; weitere Legitimitätsgründe werden weitgehend außer Betracht gelassen. Die Rückführbarkeit auf den Willen des Volkes wird dabei meist als binäre Eigenschaft einer Verfassung angesehen: Entweder die Verfassung kann auf den Willen des Volkes zurückgeführt werden oder nicht. Im folgenden soll aufgezeigt werden, wie eine Theorie der Verfassunggebung entwickelt werden kann, die für Aussagen über die Rückführbarkeit auf den Willen „des Volkes“ (bzw. der Bürger) ein „Mehr“ oder „Weniger“ zuläßt und in der daneben auch andere Legitimitätskriterien berücksichtigt werden. Diese verschiedenen Legitimitätskriterien können zum Teil gegenläufig sein: So kann der legitimitätsbegründende Verfassungszweck des Schutzes der einzelnen Bürger vor der Willkür der Staatsorgane im Widerspruch zur ebenfalls legitimitätsbegründenden Verwirklichung des Volkswillens

stehen, wenn das Volk, also die Gesamtheit der Bürger, die Freiheit von einzelnen (z.B. von Minderheiten) einschränken will und beide Ziele – Bürgerschutz und Verwirklichung des Volkswillens – mit Hilfe der Verfassung erreicht werden sollen.

Für eine Theorie konkurrierender Zwecke, Ziele oder Werte bietet sich ein *Prinzipienmodell* an. In einem solchen Modell der Verfassungslegitimität erscheint die Verwirklichung des Willens des Volkes in der und durch die Verfassung, also der (einzige) Legitimitätsgrund des urheberorientierten Modells, nicht als ein bestehendes oder nicht bestehendes Faktum, sondern als ein Legitimitäts*prinzip*, und zwar als eines von mehreren Legitimitätsprinzipien. Dadurch wird die durch die urheberorientierte Betrachtungsweise auf eine Dimension und auf eine Ja-/Nein-Entscheidung beschränkte Theorie der verfassungsgebenden Gewalt um zusätzliche Dimensionen und um die Möglichkeit von Urteilen im Sinne eines „Mehr“ oder „Weniger“ erweitert und kann so zu einer aussagekräftigen Theorie der Verfassungsgebung werden, die sich nicht auf eine binäre Aussage („legitim“ oder „nicht legitim“) beschränkt, sondern Feststellungen über eine höhere oder geringere Legitimität der Verfassung zuläßt.

Die Verwendung von Prinzipien in der Argumentation, vor allem der juristischen Argumentation, ist von verschiedenen Autoren des deutschen und angloamerikanischen Rechtsraumes schon gründlich untersucht worden.³⁷¹ Meistens wird die Argumentation mit Prinzipien der Argumentation mit Regeln gegenübergestellt: *Regeln* folgen dem Wenn-dann-Muster; die Rechtsfolge tritt ein, wenn der Tatbestand einer als Regel formulierten Norm erfüllt ist. Sind verschiedene Regeln für einen Fall anwendbar, so muß diese Regelkollision dadurch gelöst werden, daß alle Regeln bis auf eine für ungültig erklärt werden, z.B. mit Hilfe einer Normenhierarchie, des Spezialitätsgrundsatzes oder des Grundsatzes „lex posterior derogat legi priori“. Mit *Prinzipien* wird dagegen kein unbedingter Befolgensanspruch, sondern nur der Anspruch ihrer möglichst guten Verwirklichung verbunden. Sie stehen unter dem Vorbehalt, daß sie von überwiegenden Prinzipien anderen Inhalts verdrängt oder eingeschränkt werden; eine Kollision unterschiedlicher Prinzipien ist durch eine Abwägung zu lösen, in der die einzelnen Prinzipien unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles gewichtet werden.³⁷²

Die Prinzipienlehre ist freilich, wenn sie als rechtstheoretisches Modell verstanden wird, nicht unproblematisch. So ist etwa die Abgrenzung zwischen Regeln und Prinzipien im einzelnen umstritten,³⁷³ und umstritten ist auch die Behauptung Dworkins, in dem Prinzipienmodell gebe es immer nur eine richtige Lösung für eine Prinzipienkollision.³⁷⁴ Überhaupt stellt sich die schwierige Frage nach dem Bezugsrahmen, an dem sich etwa ein Richter bei der Anwendung von Rechtsprinzipien und bei der Lösung von Prinzipienkollisionen orientieren soll.³⁷⁵ Diese Probleme sollen hier nicht weiter vertieft

371 Grundlegend sind die Werke von J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts; R. Dworkin, Taking Rights Seriously; R. Alexy, Theorie der Grundrechte.

372 Vgl. dazu auch R. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips; P. Koller, Theorie des Rechts, S. 91 ff., 172 ff.

373 Dazu R. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips.

374 Dazu und zur Kritik an dieser Position P. Koller, Theorie des Rechts, S. 180 ff.

375 R. Dworkin hat in seiner Schrift „Law’s Empire“ versucht, eine komplexe Antwort auf diese Frage zu geben.

werden. Das in dieser Arbeit zu entwickelnde Prinzipienmodell versteht sich nicht als umfassendes rechtstheoretisches Modell, sondern als Darstellungsform einer bestimmten Argumentationsstruktur bezüglich der Frage der Verfassungslegitimität. Auf die Abgrenzung zu „Regeln“ kommt es dabei genauso wenig an wie auf die Frage der Existenz einer einzigen richtigen Lösung von Prinzipienkollisionen. Das Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität soll ein Argumentationsmodell sein, das bestimmte Prinzipien benennt, deren Verwirklichung die Legitimität einer Verfassung und der auf ihrer Grundlage erfolgenden Ausübung von Hoheitsgewalt steigert; das Modell ist dabei offen für die Ergänzung durch weitere Legitimitätsprinzipien. Bestandteil des Modells sollen auch Aussagen über die Beziehungen zwischen den Legitimitätsprinzipien und über deren Gewichtung bei der Prinzipienkollision sein, jedoch ohne Anspruch auf Vollständigkeit und ohne die Ergebnisse der entsprechenden Abwägungen festlegen zu wollen.

V. Die Argumentationsstruktur des Prinzipienmodells der Verfassungsgebung

Das Prinzipienmodell geht davon aus, daß die Legitimität einer Verfassung vom Grad der Verwirklichung verschiedener Legitimitätsprinzipien abhängt. Für jedes einzelne dieser Legitimitätsprinzipien gilt dabei: Je höher der Grad seiner Verwirklichung, desto höher ist die Legitimität der Verfassung einzustufen (bei jeweils gleichbleibendem Verwirklichungsgrad der übrigen Legitimitätsprinzipien). Der Kern des Modells besteht in der Gewichtung der einzelnen Prinzipien und im Aufzeigen von Zusammenhängen zwischen den Prinzipien. Dadurch wird es z.B. möglich anzugeben, unter welchen Voraussetzungen die geringere Verwirklichung eines Legitimitätsprinzips durch die bessere Verwirklichung anderer Legitimitätsprinzipien kompensiert und damit im Ergebnis hingenommen werden kann. Selbstverständlich kann ein solches Modell nicht mit exakten Zahlen operieren, weil sich die verwendeten Begriffe – Legitimität, Grad der Prinzipienverwirklichung – einer zahlenmäßigen, überhaupt einer exakten Beschreibung entziehen; aber es kann Tendenzen und Zusammenhänge aufweisen und damit Argumentationshilfen bei Diskussionen über die Verfassungslegitimität liefern.

Ein Prinzipienmodell dieser Art unterscheidet sich vom urheberorientierten Modell der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt nicht nur durch die Berücksichtigung einer Mehrzahl von Legitimitätsprinzipien, sondern auch – in einer Hinsicht – im Verständnis des Begriffs „legitim“: Im Prinzipienmodell gibt es ein kontinuierliches Spektrum der Legitimität, es gibt ein Mehr und ein Weniger an Legitimität, die Legitimität einer Verfassung kann zunehmen und abnehmen. Dagegen wird der Legitimitätsbegriff in der urheberorientierten Betrachtungsweise binär verwendet: Eine Verfassung kann entweder auf das Volk als ihr Urheber zurückgeführt werden oder nicht; dementsprechend ist sie legitim oder nicht – tertium non datur. Der Legitimitätsbegriff des Prinzipienmodells stellt demgegenüber eine Verallgemeinerung dar, die sich ohne weiteres zum binären Legitimitätsbegriff in Beziehung setzen läßt: Ist ein bestimmter Grad an Legitimität nach dem Prinzipienmodell überschritten, dann kann eine Verfassung in der binären Sichtweise als „legitim“ gelten; ist dieser Legitimitätsgrad nicht erreicht, gilt die Verfassung eben als „nicht legitim“. Auch an dieser Relation zwischen den Modellen wird deutlich, daß das Prinzipienmodell wesentlich aussagekräftiger ist als das simplifizierende Urhebermodell.

Nach dem Gesagten erscheint das Urhebermodell insgesamt als ein Sonderfall des Prinzipienmodells: Das Urhebermodell beschränkt sich auf ein einziges Legitimitätskriterium, nämlich die Verwirklichung des Willens des Volkes, und auf zwei Zustände der Legitimität: legitim und nicht-legitim.

VI. Einwände gegen ein Prinzipienmodell der Verfassunggebung

Das skizzierte Prinzipienmodell sieht sich vor allem zwei naheliegenden Einwänden ausgesetzt, die Zweifel an der Möglichkeit eines (sinnvollen) Prinzipienmodells der Verfassungslegitimität begründen könnten. Auf diese Einwände soll im folgenden eingegangen werden.

1. Der ideengeschichtliche Einwand

Dem Prinzipienmodell könnte der Vorwurf gemacht werden, daß es sich zu weit von den ideengeschichtlichen Wurzeln der Verfassungslegitimität entfernt. Insbesondere die französische, maßgeblich von Sieyes entwickelte Theorie scheint auf den ersten Blick eher dem Urhebermodell als dem Prinzipienmodell zu entsprechen, ist dort doch vornehmlich von der alles vermögenden Nation die Rede, die als einzige zur Verfassunggebung berufen sei.

Bei näherem Hinschauen greift der Einwand jedoch nicht. Die klassischen amerikanischen und französischen Vorstellungen von Verfassungslegitimität erschöpften sich nämlich nicht in den Aussagen des Urhebermodells. Neben den – natürlich gegen den König gerichteten und insoweit aus der revolutionären Situation zu erklärenden – Anrufungen der „Nation“ als einzig legitimer Urheber der Verfassung enthält insbesondere die Theorie Sieyes', wie schon gezeigt, eine Reihe von Überlegungen, die über die bloße Frage des richtigen Urhebers der Verfassung weit hinausgehen. Sieyes beschäftigt sich ausführlich mit der Bindung der Staatsorgane, also der verfaßten Gewalten durch die Verfassung und dem dadurch bewirkten Schutz der Bürger vor staatlicher Willkür; seine Theorie enthält überdies viele Elemente der Gesellschaftsvertragstheorien. Daß im Bild der klassischen französischen Theorie, wie es heutigen Diskussionen oft zugrunde liegt, die revolutionär-polemische Figur der allmächtigen Nation im Mittelpunkt steht und von den übrigen Elementen kaum etwas übriggeblieben ist, ist zum großen Teil ein „Verdienst“ von Carl Schmitt, der die moderne Theorie der verfassungsgebenden Gewalt maßgeblich geprägt hat: Schmitt hat die Theorie des Sieyes, wie schon gesehen, in ebendieser Weise verkürzt und einseitig wiedergegeben und interpretiert.

Das Prinzipienmodell wird versuchen, neben der Verfassungsurheberschaft auch die übrigen Aspekte der Verfassungslegitimität, die in den klassischen Theorien der Verfassunggebung entwickelt bzw. angelegt sind, als Legitimitätsprinzipien aufzunehmen. Insoweit kommt es den ideengeschichtlichen Ursprüngen der Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung wohl näher als das auf einen einzigen Aspekt beschränkte Urhebermodell.

2. Der Einwand der Unmöglichkeit einer Bindung des Verfassungsgebers an Prinzipien

Wenn im Prinzipienmodell die Verwirklichung des Willens der Gesamtheit der Bürger in der und durch die Verfassung nur eines von mehreren Legitimitätsprinzipien darstellt, die zueinander im Widerspruch stehen können, dann erscheint es als möglich, daß in einem solchen Modell der Wille des Volkes nicht in jedem Fall über den Inhalt der Verfassung entscheidet; insoweit scheint das Volk in diesem Modell einen, vielleicht den wichtigsten Teil seiner Souveränität (oder seine Souveränität überhaupt) zu verlieren. Das widerspricht herkömmlichen Anschauungen und scheint daher gegen das Prinzipienmodell zu sprechen.

Dieser Einwand kann sich zunächst auf den Umstand beziehen, daß bei einer Verfassungsgebung wirksame Bindungen des Volkes an bestimmte Vorgaben (etwa in Form der Pflicht, bestimmte Legitimitätsprinzipien zu berücksichtigen) kaum denkbar sind – außer im Falle einer oktroyierten Verfassung oder eines sonstigen Einflusses von außen. Wird ein Volk nicht von außen beeinflusst, so kann es völlig ungebunden über seine Verfassung entscheiden. Diese faktische Ungebundenheit wird vom Prinzipienmodell aber nicht bestritten; es behauptet nicht, daß bei der Verfassungsgebung eine echte Bindung an bestimmte Vorgaben besteht.³⁷⁶ Das Prinzipienmodell versteht sich vielmehr als Theorie der Verfassungslegitimität. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß sich ein Volk eine Verfassung gibt, die im Widerspruch zu wesentlichen Legitimitätsprinzipien dieses Modells steht – das läßt sich selbstverständlich nicht verhindern. *Eine solche Verfassung könnte dann aber nicht den Anspruch auf Legitimität erheben.* Im Hinblick auf diese Konsequenz besteht also eine Art von „Bindung“ – allerdings nicht in Form zwingender normativer, handlungslenkender, vielleicht sanktionsbewehrter Vorgaben. Die „Sanktion“ des Prinzipienmodells besteht allein in der Verweigerung des Attributs „Legitimität“ für eine Verfassung, die den Legitimitätsprinzipien widerspricht.

In *diesem* Sinne ist das Volk im Prinzipienmodell in der Tat nicht souverän: Der Wille des (als einheitliches Subjekt verstandenen) Volkes ist nicht *allein* für die Legitimität einer Verfassung ausschlaggebend. Das Prinzipienmodell wendet sich, wie schon gesagt, von der vereinfachenden Vorstellung der Volkssouveränität ab – vor allem zugunsten des einzelnen Bürgers, dessen Bedeutung als Teil der Gesamtheit der Bürger und als Schutzobjekt der Verfassung hervorgehoben wird. An die Stelle der Volkssouveränität tritt die Autonomie des Individuums als Ausgangspunkt der Betrachtung. Das kann als Einwand gegen das Prinzipienmodell verwandt werden – aber nur soweit man an der simplifizierenden Doktrin der Volkssouveränität festhält.

VII. Zur Anwendbarkeit des Prinzipienmodells der Verfassungsgebung auf europäischer Ebene

Die Entwicklung eines Prinzipienmodells in dieser Arbeit ist auch motiviert durch die Absicht, eine Theorie der Verfassungslegitimität zu entwickeln, die sowohl bei der

376 Eine Ausnahme sind, wie gesagt, Bindungen „von außen“, also etwa unter dem Einfluß anderer Staaten oder (bei der Verfassungsgebung in einem Gliedstaat) in Gestalt rechtlicher Vorgaben im Bundesstaat.

staatlichen Verfassungsgebung als auch im Zusammenhang mit den Legitimitätsfragen der europäischen Einigung angewendet werden kann. Ob das zu entwickelnde Prinzipienmodell diese Anforderung erfüllt, kann hier noch nicht eingehend erörtert werden – dazu muß das Modell zuerst in seinen Einzelheiten dargestellt werden. Dennoch lassen die bisherigen Konturen dieses Modells einige Eigenschaften erkennen, die *für* seine Anwendbarkeit auf europäischer Ebene sprechen:

Zum einen setzt dieses Modell kein als einheitliches Subjekt gedachtes „Volk“ voraus, sondern geht von den Individuen aus. Individuen sind auch in der supranationalen Perspektive vorhanden, nämlich in Gestalt der Bürger der beteiligten Staaten. Daß diese ein einheitliches „Volk“ bilden (was von vielen bezweifelt wird), wird im Prinzipienmodell nicht vorausgesetzt. Allerdings wird zu untersuchen sein, inwieweit die Einheitlichkeit oder Homogenität der Individuen Legitimitätsvoraussetzung ist; das Ergebnis dieser Untersuchung könnte dann ohne weiteres als ein eigenständiges Legitimitätsprinzip in das Modell aufgenommen werden. Sollte sich die Homogenität als *notwendige* Legitimitätsvoraussetzung erweisen, dann müßte das Prinzipienmodell dieses Prinzip entsprechend gewichten und zum Ergebnis kommen, daß eine legitime Verfassung auf europäischer Ebene nicht möglich ist. Das Prinzipienmodell als solches wäre aber auch dann zumindest *anwendbar*, und es könnte Gründe für diese Unmöglichkeit einer legitimen Europäischen Verfassung angeben. – Damit wird im übrigen auch deutlich, daß mit der Feststellung, ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität sei auf europäischer Ebene möglich, noch keine Antwort auf die Frage gegeben ist, ob eine legitime Europäische Verfassung möglich ist.

Zum anderen setzt das Prinzipienmodell von seiner Konstruktion her *nicht* voraus, daß das Gemeinwesen, auf das es angewendet wird, souverän ist. Damit eröffnet sich einerseits die Perspektive einer Theorie der Verfassungsgebung in den nicht-souveränen Gliedern eines möglichen künftigen souveränen Europäischen Bundesstaates. Andererseits steht damit auch die gegenwärtig fehlende Souveränität der Europäischen Union einer Anwendung der Theorie der Verfassungsgebung auf der (begriffshierarchisch, nicht normenhierarchisch) über den Mitgliedstaaten liegenden europäischen Ebene in ihrer jetzigen Gestalt nicht mehr entgegen.

Im einzelnen ist das jedoch erst im Zweiten Teil dieser Arbeit auszuführen.

D. Legitimitätsprinzipien der Verfassungsgebung: Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit

Im folgenden soll nun, anknüpfend an die Vorarbeiten im vorangegangenen Kapitel, der Versuch unternommen werden, ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität zu formulieren. Es wird drei Legitimitätsprinzipien enthalten: Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit. Diese Prinzipien knüpfen vor allem an die oben dargestellten wesentlichen Inhalte der amerikanischen und französischen Verfassungstheorien und der Vertragstheorien an. Das Modell ist, wie jedes Prinzipienmodell, durch Hinzunahme weiterer Legitimitätsprinzipien erweiterbar; allerdings soll die vorliegende Arbeit auf die drei genannten zentralen Prinzipien beschränkt bleiben.

I. Freiheitssicherung

Der Gesichtspunkt der *Freiheitssicherung* nimmt, wie gesehen, eine zentrale Stellung ein in den Verfassungstheorien der Amerikanischen und der Französischen Revolution. Sie steht ebenfalls im Mittelpunkt der klassischen Vertragstheorien, insbesondere der Theorie Lockes. Das Argument ist im Grunde bei allen Theorien, denen es um die Sicherung von Rechten bzw. von Freiheit geht, das folgende: Jeder Mensch hat gewisse natürliche Rechte, eine „angeborene Freiheit“, die ihm nicht erst durch eine höhere (menschliche) Instanz wie den Staat verliehen wird. Diese Freiheit kann nicht unbeschränkt sein; sie ist vielmehr durch die entsprechenden Freiheiten der anderen begrenzt. Es liegt daher im natürlichen Interesse jedes einzelnen, seine Rechte mit Hilfe des Staates und dessen Möglichkeiten zur Ausübung von Zwang klar zu formulieren und zu sichern. Da alle gleichermaßen in den Genuß dieses Vorteils kommen sollen (die natürlichen Rechte sind für alle gleich, und alle haben ein gleiches Interesse an deren Sicherung), bedeutet dies für jeden einzelnen eine gewisse Einschränkung (von einer Betätigung, die die Rechte anderer verletzt, wird er nun mit staatlicher Zwangsgewalt abgehalten), die aber wegen des überwiegenden Vorteils der Sicherung der eigenen Freiheit in Kauf genommen wird. Da der Staat also den *Zweck* der Freiheitssicherung hat, muß der Staat selbst diese Freiheit seiner Bürger in jedem Fall beachten. Die Gefahr einer Rechtsverletzung durch den Staat besteht dann, wenn die Organe, durch die der Staat handelt, also diejenigen Menschen, die Staatsfunktionen ausüben, den Zweck der Freiheitssicherung nicht beachten (z.B. weil sie sich selbst bereichern wollen). Das kann verhindert werden durch klare Regelungen, in denen die Befugnisse der Organwalter festgelegt und auch Mechanismen der gegenseitigen Kontrolle verschiedener Organe vorgesehen sind. Der geeignete Ort solcher Regelungen ist die Verfassung, die als „paramount law“ alle Organe bindet.³⁷⁷

Das Gebot der Freiheitssicherung verlangt also, daß eine Verfassung die Ausübung staatlicher Gewalt so reguliert, daß ein Mißbrauch dieser Gewalt zu Lasten der Bürger verhindert wird. Sie hat „das Gefüge und die Trennung der öffentlichen Gewalten“³⁷⁸ zu normieren. Modern gesprochen muß eine Verfassung die Einrichtung und das Handeln der obersten staatlichen Organe unter Beachtung der Gewaltenteilung, also der Funktionstrennung bei gegenseitiger Kontrolle, sowie Grundrechte und Verfahren zu ihrer effektiven Durchsetzung regeln. „Gewaltenteilung“ meint dabei nicht notwendig die oft genannte Gewaltentrias Legislative – Exekutive – Judikative; vielmehr kann die Freiheitssicherung auch durch andere Verteilungen staatlicher Funktionen erreicht werden, wenn nur die gegenseitige Kontrolle der jeweiligen Funktionsträger wirksam genug ist,

377 Vgl. dazu auch in historischer Perspektive die interessanten Ausführungen bei D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, S. 28 ff.: In der bürgerlichen Gesellschaft, die im Gegensatz zur mittelalterlichen Standesgesellschaft auf Autonomie und die Effizienz der Selbststeuerung baut, hat der Staat eine reduzierte Aufgabe: Er ist nicht mehr Garant des Gemeinwohls, sondern hat nur noch die Voraussetzungen der gesellschaftlichen Autonomie, nämlich die individuelle Freiheit, gegen Störungen zu sichern. Zu diesem Zweck bedarf der Staat der notwendigen Machtmittel; deren Mißbrauch muß allerdings wirkungsvoll verhindert werden. Das ist die Aufgabe der modernen Verfassung, die durch Grundrechte und Gewaltenteilung die staatliche Macht in ihre Schranken weist.

378 E. Sieyes, *Einleitung zur Verfassung*, S. 250.

um eine Gewaltenbalance und damit eine freiheitssichernde Gewaltenhemmung zu gewährleisten.³⁷⁹

Wie auch Sieyes betont, sind die freiheitssichernden Regelungen in einer Verfassung nur dann wirksam, wenn sie der Disposition der Staatsorgane, deren Einrichtung und Tätigkeit sie regeln, entzogen sind.³⁸⁰ In letzter Konsequenz gilt das auch für das Parlament:³⁸¹ Es ist selbst ein Staatsorgan, seine Einrichtung und Tätigkeit wird durch die Verfassung normiert; die Verfassung muß dann auch *seiner* Disposition entzogen sein. Und in allerletzter Konsequenz gilt das sogar für das Staatsvolk, wenn es als verfassungsmäßiges Staatsorgan in einem in der Verfassung geregelten Verfahren über eine

379 Auch der im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung häufig zitierte Montesquieu hat nicht drei unabhängige Gewalten Legislative – Exekutive – Judikative gefordert; darauf ist oben (B.I.3.) schon hingewiesen worden.

380 Vgl. noch einmal E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 170 f., 174 f.

381 Die ursprünglich von Sieyes geforderte und heute im deutschen Verfassungsrecht anerkannte Bindung auch des Parlaments an die Verfassung galt allerdings nicht in der deutschen konstitutionellen Monarchie: Hier wendete sich die Verfassung einseitig an den König und die Exekutive, das Parlament wurde auf der Seite der Bürger gesehen und nicht als Teil der Staatsgewalt, von dem auch eine Bedrohung der Freiheit der Bürger ausgehen kann. Hierzu und zu der seit der Weimarer Verfassung geänderten Sichtweise vgl. E.-W. Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 35 f., 43 f. – Die Bindungskraft der Verfassung wird auch durch eine formale Betrachtungsweise der Verfassung als ein bloßes Gesetz mit erschwerter Abänderbarkeit eingeschränkt, wie sie die positivistische Richtung der Weimarer Staatsrechtslehre vertrat. So war P. Laband (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 2, S. 38 ff.) in bezug auf die Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 der Ansicht, der Verfassung komme keine „*höhere Autorität* als anderen Gesetzen ... zu. Denn es gibt keinen höheren Willen im Staate als den des Souveräns, und in diesem Willen wurzelt gleichmäßig die verbindliche Kraft der Verfassung wie die der Gesetze. Die Verfassung ist keine mystische Gewalt, welche *über* dem Staat schwebt, sondern gleich jedem anderen Gesetz ein Willensakt *des* Staates und mithin nach dem Willen des Staates veränderlich“ (ebda. S. 39, Hervorhebungen im Original). Die Verfassung könne inhaltlich durch spätere einfache Gesetze abgeändert werden, wenn diese mit der für die Verfassungsänderung erforderlichen qualifizierten Mehrheit im Bundesrat (Art. 78 I der Reichsverfassung) erlassen werden; diese Einschränkung gelte für nachfolgende Änderungen eines solchen einfachen Gesetzes aber nicht mehr. Laband bezog die Vorschrift über die Verfassungsänderung, Art. 78 der Reichsverfassung, direkt nur auf Änderungen der *Verfassungsurkunde* und begründete das Erfordernis qualifizierter Mehrheiten bei einfachen, die Verfassung (erstmalig) inhaltlich ändernden Gesetzen lediglich mit der Verhinderung einer Umgehung des Art. 78 I der Reichsverfassung. Auch G. Anschütz hat in seiner Kommentierung der Weimarer Verfassung noch bis zum Jahr 1933 die Ansicht vertreten, „daß die Reichsverfassung dem einfachen Gesetz gegenüber keine Norm höheren Ranges darstellt“: Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 70 Anm. 4. Das widersprach aber schon dem Urteil des Reichsgerichts RGZ 111, 320 aus dem Jahr 1925; in diesem Urteil hatte das Reichsgericht klargestellt, daß die Weimarer Reichsverfassung Vorrang gegenüber späteren einfachen Gesetzen hat (zumindest wenn diese ohne die für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheiten beschlossen werden). Dazu U. Hufeld, Die Verfassungsdurchbrechung, S. 21 f., 45 f.; H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 19 ff. – In den USA hatte die Entscheidung *Marbury v. Madison* des Supreme Court aus dem Jahr 1803 der vor allem durch A. Hamilton (Federalist Nr. 78) verbreiteten Idee vom Vorrang der Verfassung vor praktischen (gerichtlichen) Durchsetzung verholten; vgl. dazu W. Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, S. 7 ff. – Vgl. allgemein zur Unterscheidung zwischen „*rigiden*“, d.h. änderungsfesten, insbesondere den Gesetzgeber bindenden, und „*flexiblen*“ Verfassungen B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, S. 42 ff. Eine flexible Verfassung im Sinne Brydes ist untauglich zur Verwirklichung des Prinzips der Freiheitsicherung und kann daher ihre Legitimität auch nicht aus der Theorie der Verfassungsgebung ableiten.

Norm oder eine Einzelentscheidung abstimmt: Die Verfassung schützt die Rechte des einzelnen auch gegenüber der Mehrheit in einer Volksabstimmung.³⁸²

Auf diese Weise wird auch das alte Problem der „Bindung“ des Verfassungsgebers an (überpositive) Menschenrechte gelöst.³⁸³ Im Prinzipienmodell ist die effektive Verwirklichung der Freiheitssicherung und damit die Gewährleistung von Menschenrechten ein Legitimitätskriterium (neben anderen). *Faktisch* steht es einem Verfassungsgeber selbstverständlich frei, dieses Kriterium zu beachten oder nicht; beachtet er es nicht, kann er aber nicht behaupten, die entsprechende Verfassung sei als legitim anzusehen. Hier zeigt sich ein wichtiger Vorteil des prinzipienorientierten Modells gegenüber dem urheberorientierten: Es vermag die eigentlich interessierende Frage, nämlich die nach der Verfassungslegitimität, zu beantworten; dagegen erscheint die Frage, mit der sich das urheberorientierte Modell in diesem Zusammenhang beschäftigt, nämlich die Frage nach der „Bindung“ der als einheitliches Subjekt gedachten verfassungsgebenden Gewalt, als reichlich spekulativ und metaphysisch, jedenfalls wenig ergiebig für das Legitimitätsproblem. Außerdem suggeriert die Frage nach der „Bindung“ des Verfassungsgebers an Menschenrechte, daß die Menschenrechte anders begründet sind als die Theorie der Verfassungsgebung, daß der Geltungsanspruch der Menschenrechte aus einer anderen Quelle herrührt. Die Ausführungen zur Entstehung der Theorie in Nordamerika und Frankreich haben aber gezeigt, daß die Menschenrechte ein ursprünglicher Bestandteil der Theorie der Verfassungsgebung sind; Menschenrechte und Verfassungsgebung sind nicht nur gleichzeitig in einer bestimmten geistigen Atmosphäre entdeckt worden,³⁸⁴ vielmehr hat die Theorie der Verfassungsgebung ihre Ausprägung gerade im Blick auf die Sicherung der Menschenrechte erhalten. Auch aus diesem ideengeschichtlichen Grund erscheint es angemessener, den Menschenrechtsgedanken (in Form des Prinzips der Freiheitssicherung) in die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung zu integrieren, als die Menschenrechte nur als eine Schranke der Verfassungsgebung zu betrachten.

II. Kollektive Autonomie (unter Verzicht auf die Notwendigkeit der Souveränität)

Neben der Freiheitssicherung findet sich in den „klassischen“ Theorien ein weiteres Prinzip, das für die Verfassungslegitimität besondere Bedeutung hat: die kollektive Autonomie. Das Adjektiv „kollektiv“ soll dabei unterstreichen, daß hiermit die spezifischen Probleme der Willensbildung bei Personenverbänden³⁸⁵ (d.h. hier: allen Vertragsschließenden bzw. allen Angehörigen des „Volkes“, das sich eine Verfassung gibt) an-

382 Das ist der Grund, warum nicht einfach unter Hinweis auf die „verfassungsgebende Gewalt des Volkes“ beliebige Verfassungsänderungen oder -durchbrechungen mit Hilfe von Referenden legitimiert werden können.

383 Dieses Problem wird z.B. jüngst von B. Stückrath erörtert: Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, S. 300 ff.

384 B. Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, S. 319.

385 Der Begriff „Personenverband“ bezeichnet hier eine Gesamtheit von (natürlichen) Personen, die aufgrund ihrer Organisation handlungsfähig ist. Der Begriff wird hier also in einem untechnischen Sinne verwendet; es ist *nicht* der Personenverband des mittelalterlichen Lehnswesens gemeint. Vgl. zum Begriff des Personenverbandes auch unten im Zweiten Teil, A.I.3.a).

gesprochen sind. Das Prinzip der kollektiven Autonomie soll hier so verstanden werden, daß ein Beschluß eines Personenverbandes, der für dessen Mitglieder bindend ist, dann eine besonders hohe Legitimität haben soll, wenn möglichst viele von diesem Beschluß betroffenen Personen (bei einer Norm also möglichst viele derjenigen, für die diese Norm gelten soll) derart an der Beschlußfassung beteiligt sind, daß ihr jeweiliger individueller Wille in möglichst großem Maße in den Beschluß einfließt. In einem abstrakteren, über den Fall der formalen Beschlußfassung hinausgehenden Sinne soll von kollektiver Autonomie auch dann gesprochen werden, wenn eine geltende Norm dem Willen der Betroffenen möglichst gut entspricht, wenn also ein möglichst breiter tatsächlicher Konsens in bezug auf diese Norm vorliegt. Die formale Beschlußfassung ist also nur *eine* Möglichkeit, kollektive Autonomie zu verwirklichen – allerdings eine Möglichkeit mit wichtigen Vorzügen: Durch die Beschlußfassung kann ein Konsens nicht nur (im Rahmen des zum Beschluß führenden Verfahrens) hergestellt, sondern er kann (im Ergebnis des Beschlusses) auch zweifelsfrei nachgewiesen werden. – Im Legitimitätsprinzip der kollektiven Autonomie hat also auch das bekannte Legitimitätskriterium des *Verfassungskonsenses*³⁸⁶ seinen Platz.

In der Theorie der Verfassunggebung beschränkt sich die Gruppe der in die Willensbildung Einzubeziehenden auf die *dauerhaft* von dem Beschluß Betroffenen; Personen, die nur kurzfristig den Regelungen des Personenverbandes unterworfen sind (etwa Gäste oder Durchreisende), können wegen des auf lange Dauer angelegten Charakters der Verfassung außer Betracht bleiben.

Der Idealfall einer kollektiv-autonomen Willensbildung ist der einstimmige Beschluß aller (dauerhaft) Betroffenen. Diesen Idealfall versucht Rousseau in seiner Theorie vom „Contrat social“ zu konstruieren: die (fiktive) *volonté générale* ist das, was jeder einzelne (eigentlich) will (will er in Wirklichkeit etwas anderes, irrt er sich eben). Rousseau ist *insofern* – wenn man sich also auf seine Idealisierung einläßt – der denkbar entschiedenste Verfechter einer Legitimitätsbegründung durch kollektive Autonomie. Auch Kant sieht den „ursprünglichen Vertrag“, ja jedes Gesetz dann als „gerecht“, d.h. legitim an, wenn dieser Vertrag bzw. das Gesetz einstimmig beschlossen wird. Ein wesentlicher Unterschied zu Rousseau besteht allerdings darin, daß Kant nicht die reale Zustimmung aller fordert und dabei dem vom allgemeinen Willen abweichenden Individualwillen einen Irrtum unterstellt, sondern von vornherein nur nach der *Möglichkeit* der Zustimmung aller, also der Konsensfähigkeit fragt.³⁸⁷

Diese beiden Möglichkeiten, ideale kollektive Autonomie zumindest in der Theorie herzustellen, erweisen sich freilich beim Versuch der Umsetzung in die Praxis als problematisch: Der Bürger im idealen Staat Rousseaus, der etwas anderes als die *volonté générale* will, wird Mühe haben, seinen Irrtum einzusehen und mit Recht danach fragen, auf welche Weise denn die *volonté générale* ermittelt wird, wer also den Inhalt dieses „allgemeinen Willens“ bestimmt. Und Kants Frage nach der Konsensfähigkeit, also einer hypothetischen Zustimmung, kann ebenfalls nicht die tatsächliche Zustimmung

386 Dazu H. Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung, S. 72 ff.

387 Der Souverän (also z.B. der Monarch) hat nach Kant seine Gesetze so zu geben, „als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volkes haben entspringen können“: I. Kant, Über den Gemeinspruch ..., S. 291; Hervorhebung im Original.

ersetzen – zumal auch hier zu fragen ist, wer denn die Konsensfähigkeit des „ursprünglichen Vertrages“ oder eines Gesetzes feststellen soll.³⁸⁸

Mit Blick auf die praktische Umsetzung wird man also vom Ideal der Einstimmigkeit abgehen müssen. Dieses Ideal hat nur eine Funktion als (immerhin wichtiger) Orientierungspunkt; kollektive Autonomie als Legitimitätskriterium verlangt dann nach möglichst dichter Annäherung an diesen Orientierungspunkt.

Verschiedene Wege können in diese Richtung führen: vor allem die Beachtung demokratischer Verfahrensregeln bei der Beschlußfassung unter Einbeziehung repräsentativer Elemente und eine (möglichst dauerhaft) konsensfähige Ausgestaltung des Inhalts des jeweiligen Beschlusses. An dieser Stelle soll das noch nicht vertieft werden. Möglichkeiten zur Optimierung des Verbandswillens im Sinne des Prinzips der kollektiven Autonomie werden vor allem in dem Abschnitt über die Verfahren der Verfassungsgebung (unten G.) diskutiert werden, während der Aspekt der dauerhaften Konsensfähigkeit im folgenden wegen seiner besonderen Bedeutung für die Verfassungslegitimität als eigenes Legitimitätskriterium neben der kollektiven Autonomie behandelt werden soll (wobei besonderer Wert auf die *Dauerhaftigkeit* der Konsensfähigkeit gelegt werden wird).

Die kollektive Autonomie spielt nicht nur im Zusammenhang mit der Kreation bzw. Änderung einer Verfassung eine Rolle (wie man aus dem Hinweis auf das Verfahren der Verfassungsgebung vielleicht schließen könnte); vielmehr kann auch eine in einem demokratischen Verfahren zustande gekommene Verfassung unter dem Gesichtspunkt der kollektiven Autonomie im Laufe der Zeit ihre Legitimität verlieren, wenn sich die äußeren Umstände oder die Anschauungen der betroffenen Individuen signifikant ändern, ohne daß die Verfassung eine entsprechende Änderung erfährt. Auf die hiermit angedeutete Spannungssituation wird noch zurückzukommen sein.³⁸⁹

Das Kriterium der kollektiven Autonomie läßt sich ohne Schwierigkeiten auch dann verwenden, wenn der betreffende Personenverband – wie z.B. ein Gliedstaat in einem Bundesstaat – in seinen Beschlußmöglichkeiten von außen eingeschränkt ist. Muß er sich an bestimmte Vorgaben halten, die ihm von dritter Seite etwa aufgrund der faktischen Machtverhältnisse oder aufgrund geltender Normen gemacht werden, so verlangt das Kriterium der kollektiven Autonomie eben eine Willensbildung, die *innerhalb des vorgegebenen Rahmens* möglichst gut dem Willen der Mitglieder des Personenverbandes entspricht. Beschlußalternativen außerhalb dieses Rahmens werden in diese Betrachtung überhaupt nicht einbezogen; die kollektive Autonomie muß nur innerhalb der Grenzen des Möglichen optimiert werden. Als eines von mehreren Prinzipien in einem

388 Die Problematik in der Theorie Kants ähnelt hier also der Problematik in der Theorie Rousseaus. Man kann das damit erklären, daß die *volonté générale* Rousseaus eigentlich keinen „Willen“ darstellt, sondern eine Umschreibung des Allgemeinwohlprinzips, also ein inhaltliches Richtigkeitskriterium – wie die Kantsche Formel der „möglichen Zustimmung“. In beiden Fällen fragt sich natürlich, wer denn auf welche Weise eine verbindliche Beurteilung nach dem jeweiligen Richtigkeitskriterium abgeben soll. Weder für Kant noch für Rousseau erschien diese Frage erörterungswürdig, weil beide ihre jeweiligen Kriterien für schlechthin evident erachteten. Zur Identifizierung der Rousseauschen *volonté générale* mit dem Allgemeinwohlprinzip vgl. P. Graf Kielmansegg, *Volkssouveränität*, S. 152 f.

389 Vgl. unten den Abschnitt zur Verfassungsänderung und Verfassungsgebung im Verfassungsstaat (E.).

Prinzipienmodell beansprucht die kollektive Autonomie ohnehin nur Optimierung, nicht uneingeschränkte Verwirklichung.

Auf diese Weise ist es möglich, das Kriterium der kollektiven Autonomie auch auf *nicht-souveräne Personenverbände* wie die Gliedstaaten eines Bundesstaates oder eine nicht-souveräne Europäische Union anzuwenden. Im folgenden kann daher auf die Notwendigkeit der Souveränität des jeweiligen Personenverbandes verzichtet werden. Die Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt wurde zwar vor allem in der Französischen Revolution immer wieder betont; das erklärt sich aber, wie gesehen, vor allem aus der damaligen revolutionären Situation: Die Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes war das maßgebliche Argument in der Auseinandersetzung mit dem König um die neue Verfassung. In einer Theorie der Verfassungslegitimität, die vor allem in nicht-revolutionärem Zusammenhang Anwendung finden soll, besteht dagegen keine Notwendigkeit, die Souveränität des Verfassungsgebers vorauszusetzen. Kollektive Autonomie ist also im folgenden nicht als die absolute, unbeschränkte Selbstgesetzgebung eines Personenverbandes (im Sinne der sogleich noch zu erörternden *Verbandsautonomie*) zu verstehen, sondern als relative, von außen beschränkbare, aber in diesem Rahmen in möglichst hohem Maße zu verwirklichende Autonomie. Diese spezifische Beschränkbarkeit läßt sich anschaulich auch mit den Begriffen „äußere“ und „innere Souveränität“ beschreiben (hier auf die verfassungsgebende Gewalt bezogen und nicht, wie üblich, auf die Staatsgewalt): Die äußere Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt kann eingeschränkt sein, aber sie muß die innere Souveränität haben in dem Sinne, daß sie innerhalb des von außen vorgegebenen Rahmens frei über die Verfassung bestimmen und die verfaßten Organe binden kann („Souveränität“ – ohne Zusatz – bedeutet dann innere *und* äußere Souveränität, und auf *deren* Notwendigkeit wird im Prinzipienmodell verzichtet).

An dieser Stelle muß noch betont werden, daß sich die Überlegungen zum Legitimitätskriterium der kollektiven Autonomie natürlich – dem Thema dieser Arbeit entsprechend – auf die Verfassung selbst beziehen, in dem Sinne, daß eine Verfassung (unter anderem) deswegen als legitim erscheint, weil sie mit dem Willen der Betroffenen möglichst gut übereinstimmt. Damit ist noch nichts gesagt zu der Frage, inwieweit auch die einfachen Gesetze, also das in der Verfassung vorgesehene Gesetzgebungsverfahren dem Autonomieprinzip entsprechen müssen. Dafür spricht aber einiges: Es wäre verwunderlich, zumindest begründungsbedürftig, wenn ein für eine legitime *Verfassunggebung* als notwendig angesehenes Prinzip in der *Gesetzgebung* des so verfaßten Staates keine legitimitätsbegründende Bedeutung haben sollte. Auch ist anzunehmen, daß ein dem Prinzip der kollektiven Autonomie möglichst gut entsprechendes einfaches Gesetzgebungsverfahren auch von den Betroffenen gewollt wird, so daß eine entsprechende Regelung in der Verfassung gerade dem Prinzip der kollektiven Autonomie auf Verfassungsebene entspricht. Und schließlich gelten die vertragstheoretischen Begründungen, die zum Legitimitätskriterium der kollektiven Autonomie führen, natürlich auch auf der Ebene der (einfachen) Gesetzgebung. Dennoch sind die Ebenen zu trennen: Wenn im folgenden über die Legitimität einer Verfassung aufgrund des Prinzips der kollektiven Autonomie gesprochen wird, so ist damit in erster Linie *nicht* die Verwirklichung des Autonomieprinzips in dem in der Verfassung normierten einfachen Gesetzgebungsverfahren gemeint, sondern die Verwirklichung dieses Prinzips bei der Verfassunggebung.

III. Dauerhafte Konsensfähigkeit

Die amerikanischen und französischen Verfassungstheorien und die Vertragslehren setzen voraus bzw. fordern, daß die Verfassung *dauerhaft* ist; darauf wurde schon hingewiesen. Die Dauerhaftigkeit, verstanden als lange „Lebensdauer“ einer Verfassung, stellt für sich genommen aber kein taugliches Legitimitätskriterium dar; denn ein solches Kriterium muß schon *während* der Geltung einer Verfassung angewendet werden können – die tatsächliche „Lebensdauer“ läßt sich aber erst dann angeben, wenn die Verfassung nicht mehr gilt. Die Dauerhaftigkeit wird also erst dann zu einem tauglichen Legitimitätskriterium, wenn sie als „potentielle Dauerhaftigkeit“ verstanden wird. Diese „potentielle Dauerhaftigkeit“ kann mit „dauerhafter Konsensfähigkeit“ gleichgesetzt werden, also der Eigenschaft einer Verfassung, aufgrund ihres besonders einsichtigen Inhalts über einen möglichst langen Zeitraum in einem möglichst hohen Grade Zustimmung erheischen zu können. Denn die Geltungsdauer einer Verfassung hängt in erster Linie davon ab, wieweit und wie lange die Verfassung dem Willen der Betroffenen entspricht; hat eine Verfassung nach ihrem Inhalt Aussicht auf künftige Zustimmung der Betroffenen über einen längeren Zeitraum, dann ist sie auch potentiell dauerhaft.³⁹⁰

Hier wird die enge Verknüpfung des Prinzips der dauerhaften Konsensfähigkeit mit dem Prinzip der kollektiven Autonomie deutlich. Allerdings sind die beiden Prinzipien keinesfalls gleichzusetzen. Die dauerhafte Konsensfähigkeit verweist auf eine rein hypothetische, weil zukünftige Zustimmung, während die kollektive Autonomie durch gegenwärtige, im Idealfall tatsächlich artikulierte Zustimmung verwirklicht wird. Bei der kollektiven Autonomie wird allenfalls aus Praktikabilitätsgründen auf die tatsächliche Herbeiführung eines Konsenses bzw. die Artikulierung der Zustimmung verzichtet. Dennoch bleibt hier das Ideal eines solchen tatsächlichen gegenwärtigen Konsenses bestehen, mit dem Anspruch auf möglichst weitgehende Verwirklichung (z.B. durch Abstimmungen oder andere besondere Verfahren). In der Perspektive der dauerhaften Konsensfähigkeit dagegen erhebt dieses Ideal keinen Anspruch auf Verwirklichung, weil sich der zukünftige Konsens durch kein Verfahren vorwegnehmen läßt.

Nicht der Konsens, sondern die *Konsensfähigkeit* ist daher hier das Thema, also die Eigenschaft einer Verfassung, kraft ihres Inhalts (auch künftig) Konsens hervorrufen zu können. Die Beurteilung der dauerhaften Konsensfähigkeit einer Verfassung zu einem bestimmten Zeitpunkt erfordert daher eine Prognose: Welche Zustimmung wird die Verfassung in der (auch fernerer) Zukunft erwarten können?

Im Gegensatz zum subjektiven, letztlich auf den tatsächlichen Willen der Betroffenen bezogenen Prinzip der kollektiven Autonomie stellt die Konsensfähigkeit ein objektives Kriterium dar. Dieser Begriff der Konsensfähigkeit ist der Sache nach auch den Vertragstheorien geläufig. Sobald nämlich der hypothetische Charakter des Gesell-

390 W. Kägi legt – unter Hinweis auf deren freiheitssichernde Funktion – ebenfalls großen Wert auf den Aspekt der Dauerhaftigkeit der Verfassung: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 51 ff. Allerdings sieht Kägi diese Dauerhaftigkeit vor allem in einem überstaatlichen „Naturrecht“ begründet (vgl. ebda. S. 57 f.). Das ist nicht der Ansatz der vorliegenden Arbeit: Die Dauerhaftigkeit der Verfassung wird hier nicht, wie bei Kägi, durch die fingierte „Bindung“ des Verfassungsgebers an das „Naturrecht“ gewährleistet, sondern durch ihre dauerhafte Konsensfähigkeit. Die beiden Ansätze berühren sich allerdings dann, wenn es der dauerhaften Überzeugung der Betroffenen entspricht, daß naturrechtliche Normen zu beachten seien.

schaftsvertrages erkannt wird, muß an die Stelle des realen Konsenses, der ja ein Charakteristikum des Vertragsschlusses ist, die *Konsensfähigkeit* treten. Bei der Bestimmung der Konsensfähigkeit helfen bestimmte Regeln des „vernünftigen“ Denkens, die in der jeweiligen Kultur, z.B. der westlichen, allgemein anerkannt sind, wie die Logik und die Berücksichtigung bestimmter Erfahrungstatsachen. Auch lassen sich bestimmte Interessen angeben, die man den meisten Angehörigen einer Kultur zuspricht.

Obwohl diese objektiven Kriterien der Vernunft in gewissem Maße kulturspezifisch sind (sie gelten uneingeschränkt wohl tatsächlich nur für die moderne „westliche“ Zivilisation), treten sie in den Vertragstheorien hinsichtlich der Frage, was „vernünftig“ ist, grundsätzlich mit dem Anspruch der Universalität auf; die Frage der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Kulturraum wird dabei selten gestellt.³⁹¹ Die Vertragslehren haben auch deswegen eine solche universalistische Tendenz, weil sie keine prinzipielle Abgrenzung kennen zwischen Individuen, die als Vertragsschließende in Betracht kommen und solchen, die von vornherein ausgeschlossen sind. Vielmehr qualifiziert sich ein Vertragsschließender allein durch seinen Willen zum Vertragsschluß. *Anders* ist dies in der Realität der *Verfassunggebung*: Hier ist der Kreis der „Vertragsschließenden“ in den meisten Fällen vorgegeben durch den Bestand an Staatsangehörigen oder durch den Bestand an Bewohnern eines geographischen Raumes. In der realen Staatenwelt hat die Verfassunggebung keinen universalen Charakter.³⁹²

Dieser wichtige Unterschied zwischen den Gesellschaftsvertragstheorien und der Verfassunggebung hat Auswirkungen auch auf den Legitimitätsgrund der dauerhaften Konsensfähigkeit. Soweit die Betroffenen nämlich bestimmte gemeinsame Einstellungen, Überzeugungen, Werte oder auch historische Erfahrungen haben, muß eine Verfassung darauf Rücksicht nehmen; ignoriert sie diese Gemeinsamkeiten, wird sie kaum dauerhaft konsensfähig sein. Damit ist allerdings noch keine Aussage darüber gemacht, inwieweit das Vorliegen solcher gemeinsamen Einstellungen usw. eine *Voraussetzung* für eine Verfassunggebung oder die Möglichkeit einer Verfassung überhaupt ist; auf diese letztere Frage wird im Rahmen der Erörterung der Möglichkeit einer Verfassunggebung auf europäischer Ebene zurückzukommen sein.³⁹³

Wie die kollektive Autonomie steht die dauerhafte Konsensfähigkeit unter dem Vorbehalt äußerer Beschränkungen: Es kommt nur darauf an, daß die Verfassung innerhalb eines von außen vorgegebenen Rahmens dauerhaft konsensfähig ist; die Existenz der äußeren Beschränkungen selbst muß nicht konsensfähig sein – sie sind definitionsgemäß ohnehin unverfügbar.

391 Es gibt aber Gegenbeispiele: J. Rawls etwa betont die Kontingenz der Moralvorstellungen, nach denen er seine Theorie entwirft: Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 70 f.

392 Dennoch berufen sich viele Verfassungen auf universale Prinzipien wie z.B. die Menschenrechte – und geraten damit prompt in einen schier unlösbaren und daher meist stillschweigend übergangenen Konflikt zum partikularen Charakter realer Verfassunggebung. Dieser Konflikt wird vor allem im Zusammenhang mit solchen Grundrechten deutlich, die allein den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten sind. Vgl. zu dieser Problematik eingehend A. Siehr, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, insb. S. 302 ff.

393 Vgl. unten im Zweiten Teil B.III.

IV. Unabhängigkeit des Prinzipienmodells vom Kontext der Verfassungsneuschöpfung

Die bisherigen Überlegungen zur Verfassungslegitimität haben sich in erster Linie auf die Verfassungsneuschöpfung bezogen. Die Kreation einer neuen Verfassung ist der klassische Anwendungsfall der Theorie der Verfassunggebung, und auch die Gesellschaftsvertragstheorien betrachten einen – hypothetischen – Vorgang der Errichtung einer neuen Gesellschaftsordnung. Diese Konzentration auf die Verfassungsneuschöpfung erklärt und rechtfertigt sich daraus, daß gerade in einer Situation, in der eine neue Verfassung oder Gesellschaftsordnung geschaffen werden soll, die Legitimität dieser zukünftigen Ordnung im Zentrum des Interesses steht.

Auch das Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität mit den soeben dargestellten drei Prinzipien bezieht sich zunächst auf die Verfassungsneuschöpfung. Für diesen Fall läßt es sich in Kurzform so formulieren: Bei der Kreation einer neuen Verfassung ist – z.B. durch geeignete Verfahren – darauf zu achten, daß sie möglichst weitgehend dem Willen der Betroffenen entspricht (kollektive Autonomie); ihr Inhalt sollte so beschaffen sein, daß auch in Zukunft mit der Zustimmung der Betroffenen zur Verfassung zu rechnen ist (dauerhafte Konsensfähigkeit); und die Verfassung sollte wirksame Regelungen zur Freiheitssicherung enthalten, vor allem eine effektive Gewaltenteilung und Grundrechte.

Die Legitimität einer Verfassung ist aber natürlich nicht nur bei ihrer Entstehung, sondern auch während ihrer Geltung von Interesse; die Änderung äußerer Umstände kann die Legitimität einer Verfassung beeinflussen – Legitimität ist keine unveränderliche Größe. Wenn, wie in dieser Arbeit, die Theorie der Verfassunggebung als eine Theorie der Verfassungslegitimität betrachtet wird, sollte sie auch Aussagen über die Legitimität während der Geltung einer Verfassung machen können. Denn in der Tat ist es eine „eigenartige Vorstellung“, die Legitimation der Verfassung könne „auf einen einzigen Punkt, ihre (revolutionäre) Entstehung zusammengezogen werden“³⁹⁴.

Das Prinzipienmodell kann dann weitergehende Aussagen über die Legitimität einer Verfassung machen, wenn die Legitimitätsprinzipien, die den Kern der Theorie ausmachen, nicht nur an die Verfassungsentstehung, sondern auch an die Umstände während der Geltung einer Verfassung anknüpfen können. Für das Prinzip der *Freiheitssicherung* trifft das jedenfalls zu: Hier handelt es sich um eine objektive Anforderung an eine Verfassung; die Frage, ob die Regelungen einer Verfassung geeignet sind, wirksam individuelle Freiheit zu schützen, läßt sich für eine schon geltende Verfassung ebenso gut stellen und beantworten wie für eine erst neu zu kreierende. Auch das Prinzip der *dauerhaften Konsensfähigkeit* läßt sich auf eine schon geltende Verfassung anwenden: Die Erwartung an eine Verfassung, auch künftig über einen längeren Zeitraum zustimmungsfähig zu sein, läßt sich nicht nur bei ihrer Erschaffung, sondern auch später, während ihrer Geltung beurteilen. Gleiches gilt aber auch für die *kollektive Autonomie*: Auch wenn bei einer schon geltenden Verfassung normalerweise kein Anlaß besteht, in einem besonderen Verfahren, etwa durch eine Abstimmung, den Grad an Zustimmung der Betroffenen zu dieser Verfassung zu überprüfen, so ist die Frage nach dem Grad der

394 E.-W. Böckenförde, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, S. 17.

Zustimmung zu einer geltenden Verfassung doch nicht sinnlos – im Gegenteil: Gibt es Anzeichen für einen Verlust an Zustimmung und ist zu vermuten, daß die Verfassung nicht mehr in ausreichendem Maße dem Willen der Betroffenen entspricht (weil sich die Umstände geändert haben oder einfach nur die Meinungen der Betroffenen), so kann mit Recht die Frage gestellt werden, ob diese Verfassung (noch) legitim ist.

Während die Zustimmung zu einer Verfassung und damit der Grad an Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie gewissen Schwankungen unterworfen ist und sich in Abhängigkeit von äußeren Ereignissen oder politischen Konstellationen leicht verändern kann, ist die Verwirklichung der anderen beiden Prinzipien – Freiheitssicherung und dauerhafte Konsensfähigkeit – nur in geringem Maße abhängig von der Veränderung äußerer Umstände: Die Effektivität freiheitssichernder Regelungen ändert sich allenfalls bei tiefgreifenden politischen oder sozialen Wandlungen, und die Beurteilung der dauerhaften Konsensfähigkeit wird sich nur dann ändern, wenn die Einschätzung der langfristig geltenden Werte und Überzeugungen geändert werden muß, also auch nur bei tiefgreifenden Veränderungen dieser Werte und Überzeugungen. Die Legitimität einer Verfassung, die zum Zeitpunkt ihrer Erschaffung nach den drei Prinzipien der Verfassungslegitimität als legitim anzusehen ist, ist also vor allem durch den Verlust an Zustimmung, d.h. durch eine geringerwerdende Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie gefährdet. Auf die Probleme einer solchen Entwicklung wird noch zurückzukommen sein.³⁹⁵

V. Das Verhältnis zwischen Freiheitssicherung und kollektiver Autonomie: Verschiedene Autonomiebegriffe

Dem ersten Anschein nach besteht eine große Ähnlichkeit zwischen Freiheitssicherung und kollektiver Autonomie: Ist doch das Ziel der kollektiven Autonomie die möglichst gute Verwirklichung des freien Willens des Individuums bei der Kollektiventscheidung, und die individuelle Freiheit wurde schon von Kant mit der Willensfreiheit identifiziert und mit dem „Begriff der Autonomie unzertrennlich verbunden“.³⁹⁶

Dieser erste Eindruck kann dazu verleiten, Freiheit und Autonomie pauschal gleichzusetzen, zumindest für widerspruchsfrei zu halten. Bei genauerem Hinsehen ergibt sich freilich ein anderes Bild: Der Begriff „Autonomie“ läßt sich in verschiedener Weise gebrauchen, genau genommen gibt es verschiedene Autonomiebegriffe. Im folgenden sollen von der *kollektiven* Autonomie die *individuelle* und die *Verbandsautonomie* unterschieden werden. Lediglich die letzten beiden Begriffe korrespondieren (so soll gezeigt werden) ohne weiteres mit der individuellen Freiheit; dagegen besteht ein Widerspruch, ein Spannungsverhältnis zwischen individueller Freiheit und kollektiver Autonomie. Dieses – für die Verfassungslegitimität wesentliche – Spannungsverhältnis wird verdeckt, wenn man die verschiedenen Autonomiebegriffe nicht unterscheidet.³⁹⁷

395 Vgl. unten den Abschnitt zur Verfassungsänderung und Verfassunggebung im Verfassungsstaat (E.).

396 I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 452.

397 Diese Vermischung verschiedener Autonomiebegriffe zeigt sich vor allem in der Theorie Rousseaus. Seine Idealisierung der Verwirklichung individueller Freiheit in der Kollektiventscheidung, bei der die individuelle Freiheit keinerlei Einbußen erleidet, bedeutet in der Sache eine Gleichsetzung von individueller und kollektiver Autonomie. Eine auf die Theorie der Verfassunggebung bezogene

1. Freiheit als individuelle Autonomie

Der Begriff der individuellen Autonomie erschließt sich mit Hilfe von Kants Autonomie- und Freiheitsbegriff.³⁹⁸ Autonomie ist für Kant zunächst die Fähigkeit des Individuums, seinen Willen frei von äußeren, naturbezogenen Einflüssen (etwa den biologischen Trieben), nur den Gesetzen der Vernunft folgend, zu bilden; dementsprechend meint Kant mit „Freiheit“ in diesem Zusammenhang die Freiheit der Willensbildung und kann auf diese Weise Freiheit und Autonomie „unzertrennlich“ verbinden. Freiheit und Autonomie in diesem Sinne sind für Kant Voraussetzungen einer sinnvollen Moralphilosophie, er unterstellt sie in bezug auf alle „vernünftigen Wesen“³⁹⁹.

Dem Thema „Moralphilosophie“ entsprechend bezieht Kant die Begriffe „Freiheit“ und „Autonomie“ hier nur auf die Willensbildung, nicht auf die Willensbetätigung; es handelt sich um moralphilosophische, nicht um politische Begriffe. Mit der politischen Dimension des Freiheitsbegriffs beschäftigt sich Kant nicht in seiner Moralphilosophie, wo er in erster Linie den Begriff der Autonomie verwendet, sondern in seinem rechtsphilosophischen Werk, wo er von „Freiheit“ im Sinne einer „äußeren Freiheit“ spricht.⁴⁰⁰ Freiheit in diesem Sinne meint die Freiheit individuellen selbstbestimmten Handelns insbesondere von staatlichen Einflüssen. Auch eine solche äußere politische Freiheit kann – etwas abweichend vom Kantschen Begriffsgebrauch – als „Autonomie“ bezeichnet werden. In dieser Bedeutung stellen die Begriffe „Freiheit“ und „Autonomie“ eine Erweiterung des moralphilosophischen Autonomiebegriffs in den realen politischen und rechtlichen Raum hinein dar – also den Raum, in dem auch die Verfassung angesiedelt ist. Diese Bedeutung von „Autonomie“ wird hier als „individuelle Autonomie“ bezeichnet: sie ist die Freiheit des Individuums zur Willensbildung und -betätigung.

2. Freiheit eines Personenverbandes von äußeren Einflüssen als Verbandsautonomie

Neben dieser individuellen Autonomie, der Autonomie des Individuums, kennt der Sprachgebrauch auch die Autonomie als Eigenschaft einer organisierten Personengruppe, also eines Personenverbandes. Gemeint ist damit meist die Fähigkeit zur Selbstgesetzgebung als Beschreibung des Verhältnisses des betreffenden Verbandes zu seiner Umwelt: der Verband kann seine Angelegenheiten (im Idealfall) ohne Einfluß von außen selbst regeln. Beispiele hierfür sind die Satzungsautonomie der Gemeinden oder die Autonomie der Universitäten.⁴⁰¹ Dieser Autonomiebegriff soll hier als *Ver-*

Konsequenz einer solchen Gleichsetzung ist die Vernachlässigung freiheitssichernder Mechanismen wie Grundrechte und Gewaltenteilung – ein Vorwurf, den man etwa Carl Schmitt machen muß.

398 Zu Kants Autonomiebegriff vgl. R. Pohlmann, Autonomie, Sp. 708 f.

399 I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 446 ff.

400 In einer politischen Bedeutung verwendet Kant den Freiheitsbegriff etwa im „staatsrechtlichen“ Teil der Schrift „Über den Gemeinspruch ...“: Hier spricht er ausdrücklich von der „Freiheit im äußeren Verhältnisse der Menschen zu einander“ (S. 289). Von Autonomie spricht er in diesem staatstheoretischen Zusammenhang, soweit ersichtlich, nicht.

401 Auch Kant spricht von der Autonomie der Universität (Der Streit der Fakultäten, S. 17), verwendet also den Autonomiebegriff auch in dieser Bedeutungsvariante. Prägend für Kants Lehre ist jedoch der oben erläuterte Begriff der individuellen Autonomie.

bandsautonomie bezeichnet werden. Kennzeichnend für den Begriff der Verbandsautonomie ist die Beschränkung seines Beschreibungs- bzw. Erklärungsgegenstandes auf das Verhältnis eines Personenverbandes zu seiner Umwelt in bezug auf die Regulierung eigener Angelegenheiten. Das Zustandekommen dieser Regulierung, der Akt der Selbstgesetzgebung, wird dabei nicht in Augenschein genommen. Der Personenverband wird wie ein einzelnes Subjekt, ein Individuum behandelt, dessen Fähigkeit, einen Willen zu bilden und zu haben, einfach vorausgesetzt wird.

Diese Verbandsautonomie ist die wohl älteste Autonomievariante. Im antiken Griechenland stand der Begriff „Autonomie“ für die Forderung der Stadtstaaten nach Selbstständigkeit und Regelung der eigenen Angelegenheiten ohne Einfluß von außen.⁴⁰² Die autonome Stadt erscheint dabei als eine Einheit, sie wird nicht in die einzelnen Bürger aufgelöst, aus denen sie zusammengesetzt ist (eine solche auf das Individuum bezogene Betrachtungsweise wäre dem griechischen Denken auch fremd gewesen). Die Art und Weise des Zustandekommens der aufgrund der Autonomie möglichen Regelungen ist keine Frage der Autonomie und wird hier nicht diskutiert.

Auch die Verbandsautonomie hat eine enge Verbindung zum Ideal individueller Freiheit: Ist doch die Fähigkeit einer Institution zur Selbstregulierung ihrer eigenen Angelegenheiten, ohne Einflüsse von außen, erste Voraussetzung der Verwirklichung der Willen der beteiligten Individuen in bezug auf diese (sie betreffenden) Angelegenheiten.

Das trifft allerdings nur dann zu, wenn man den Willen des Personenverbandes mit den jeweiligen Willen der beteiligten Individuen identifiziert – diese Vereinfachung wird meist stillschweigend vorgenommen, wenn man von Autonomie spricht und damit den oben definierten Begriff der Verbandsautonomie meint.

3. Kollektive Autonomie: Kollektiventscheidung mit unvermeidlichem Defizit an individueller Autonomie

Wirft man jedoch einen Blick auf den Akt der Selbstgesetzgebung und bringt dabei die individuelle Autonomie der daran beteiligten und davon betroffenen Individuen ins Spiel (wie Rousseau und Kant es getan haben), wird die Sache komplizierter. Dann muß nämlich berücksichtigt werden, daß der Wille der einem Personenverband zugehörigen Individuen nicht von vornherein einheitlich ist: Individuen können verschiedene Willen in bezug auf eine bestimmte Angelegenheit haben, und das entspricht durchaus dem Ideal der Willensfreiheit, also der individuellen Autonomie. Deswegen ist es problematisch, überhaupt vom „Willen“ eines Personenverbandes zu sprechen, denn durch bloße Identifikation mit den Individualwillen der beteiligten Personen kann ein solcher „Verbandswille“ aufgrund der Verschiedenheit der Individualwillen nicht gefunden werden.

Ebenso problematisch erscheint in dieser Perspektive das Verhältnis des – irgendwie aufgefundenen – Verbandswillens zum jeweiligen Individualwillen. Eine Übereinstimmung ist hier nicht ohne weiteres anzunehmen. Dennoch verlangt das Ideal der individuellen Autonomie danach, eine solche Übereinstimmung zumindest soweit wie möglich anzustreben, d.h. den „Verbandswillen“ so zu finden und zu formulieren, daß er möglichst weitgehend mit dem jeweiligen Individualwillen der Beteiligten überein-

402 Vgl. dazu R. Pohlmann, *Autonomie*, Sp. 701 f.

stimmt. (Eine Vermeidung des Problems durch den Verzicht auf Personenverbände, die nach außen – und auch im Verhältnis zu ihren Mitgliedern – einen einheitlichen „Willen“ vertreten, ist angesichts der modernen Art und Weise menschlichen Zusammenlebens keine diskussionswürdige Alternative.) Diese möglichst gute Übereinstimmung des „Willens“ eines Personenverbandes mit dem jeweiligen individuellen Willen seiner Mitglieder ist das Ideal der *kollektiven Autonomie*. Bei diesem Begriff tritt das Verhältnis eines Personenverbandes zu seiner Umwelt, zentrales Thema der Verbandsautonomie, in den Hintergrund; vielmehr geht es um die optimale Verwirklichung der individuellen Autonomie aller Angehörigen eines Personenverbandes in ihrem Verhältnis zueinander.⁴⁰³

Da auch bei Beachtung des Prinzips der kollektiven Autonomie eine völlige Übereinstimmung der betroffenen Individualwillen mit dem Verbandswillen nicht zu erwarten ist, bleibt bei einer Kollektiventscheidung (zumal wenn der Personenverband die Größe eines Staates hat) immer ein Defizit an individueller Autonomie: Einige, vielleicht sogar alle beteiligten Individuen müssen bei solchen Kollektiventscheidungen auf die vollständige Verwirklichung ihres Individualwillens verzichten. Das wird auch in der Theorie Rousseaus deutlich. Als einen Weg zur Auffindung der *volonté générale* nennt er nämlich die Mehrheitsentscheidung; dabei wird der Wille der Mehrheit zum Gemeinwillen erklärt. Die überstimmte Minderheit muß also auf die Verwirklichung ihres Willens verzichten. Dieses Problem kann natürlich nicht mit der Behauptung, der Angehörige der überstimmten Minderheit habe sich nur über seinen wahren Willen, damit also seine wahre Freiheit, geirrt, aus der Welt geschafft werden (Rousseau versucht es dennoch). Das Problem wird dadurch nicht gelöst, sondern verdeckt.

Auch der Versuch Rousseaus, die Konsequenzen einer unbeschränkten Herrschaft der *volonté générale* – das heißt in der praktischen Umsetzung: der Mehrheit – dadurch abzumildern, daß er das Betätigungsfeld der *volonté générale* auf den Bereich eines für alle gleichen Gemeininteresses beschränkt, ist nicht realistisch. Denn bei fast allen Entscheidungen auf staatlicher Ebene gibt es unterschiedliche Partikularinteressen. Diese können auch nicht durch parlamentarische oder sonstige Verfahrensregeln⁴⁰⁴ ausgeschaltet werden. Rousseaus Freiheitsverwirklichung durch die *volonté générale* ist also nur unter idealisierten, unrealistischen Bedingungen denkbar. In seiner Theorie gibt es keinen Schutz der Rechte der Minderheit gegen egoistische Mehrheitsentscheidungen.

Dabei handelt es sich nicht nur um eine Unzulänglichkeit in der Theorie Rousseaus, sondern um ein grundsätzliches Problem. Jeder Versuch, Kollektiventscheidungen auf staatlicher Ebene realistisch so auszugestalten, daß die individuelle Autonomie der Beteiligten möglichst gut verwirklicht wird, stößt auf die Schwierigkeit, die Grenzen der Freiheitsbeschränkung einzelner zu bestimmen. Durch bloße Verfahrensregeln ist diese Grenze noch nicht inhaltlich festgelegt; die inhaltliche Festlegung obliegt der Kollektiv-

403 Vgl. zum Verhältnis zwischen individueller und kollektiver Autonomie (bzw. zwischen Menschenrechten und Demokratie) vor allem in ideengeschichtlicher Hinsicht H. Hofmann, Menschenrechte und Demokratie oder: Was man von Chrysipp lernen kann.

404 Rousseau verlangt etwa, daß die hinreichend unterrichteten Bürger bei der Beschlußfassung keinerlei Verbindung untereinander haben, um so die Bildung von „Klüngeln“ und „Parteien“ zu verhindern: Vom Gesellschaftsvertrag, II.3.

entscheidung, der einzelne ist nicht absolut geschützt. Es ist nicht ausgeschlossen, daß einzelne zugunsten des Kollektivs unangemessen benachteiligt werden.

4. Begrenzung des unvermeidlichen Defizits an individueller Autonomie durch das Prinzip der Freiheitssicherung

Will man eine solche unangemessene Benachteiligung vermeiden und einen absoluten Schutz individueller Freiheit gewährleisten, so muß dem Prinzip der kollektiven Autonomie das Prinzip der Freiheitssicherung zur Seite gestellt werden. Aufgrund dieses Prinzips wird das Defizit an individueller Autonomie dadurch begrenzt, daß die Freiheit des einzelnen in gewissem Umfang der Regelung durch Kollektiventscheidungen entzogen ist. Bei einer Verfassung geschieht dies, wie oben erläutert, durch freiheitssichernde Mechanismen wie Grundrechte und Gewaltenteilung. Solche Regelungen *muß* eine Verfassung in wirksamer Form enthalten, wenn ein Mindestmaß an individueller Autonomie gewährleistet sein soll. Für die Theorie der Verfassunggebung bedeutet dies: Eine Verfassung kann nur dann den Anspruch auf Legitimität erheben, wenn sie nicht nur das Prinzip der kollektiven Autonomie, sondern auch das Prinzip der individuellen Autonomie zur Verwirklichung bringt. Eine Verfassung, die zwar dem Willen des Volkes optimal entspricht, deren Inhalt aber keine Freiheitssicherung gewährleistet, ist nach dem Prinzipienmodell also nicht legitim. Hier wird wieder deutlich, daß die bloß urheberorientierte Theorie der verfassungsgebenden Gewalt kein ausreichendes Legitimitätsmodell liefert; in ihr findet die individuelle Autonomie keine Berücksichtigung. Dieser Mangel der urheberorientierten Theorie wird vielleicht deswegen bisher kaum problematisiert, weil die „klassischen“ Theorien der Verfassunggebung in der Amerikanischen und der Französischen Revolution nicht das Ziel hatten, eine despotische Verfassung zu legitimieren; diese Theorien haben sich ausschließlich mit Verfassungen oder Gesellschaftsordnungen beschäftigt, in denen die individuelle Freiheit gewährleistet war.

VI. Das Verhältnis zwischen Freiheitssicherung und dauerhafter Konsensfähigkeit

Die Freiheitssicherung ist, so ist es oben schon angeklungen, ein Interesse, von dem in den meisten Vertragstheorien angenommen wird, daß es allen Vertragsschließenden gemeinsam ist. Man kann die Freiheitssicherung aus Vernunftgründen fordern oder aber, in bezug auf reale Verfassungen, als ein Interesse betrachten, das Individuen im westlichen Kulturkreis charakteristischerweise haben. Jedenfalls ist es ein Interesse, das allgemein, unabhängig von den Besonderheiten eines konkreten Staates, für konsensfähig gehalten wird. Wegen dieser allgemeinen Befürwortung ist die Freiheitssicherung natürlich auch ein *dauerhaft* konsensfähiges Prinzip. Das Prinzip der Freiheitssicherung erscheint in dieser Perspektive fast als ein Anwendungsfall des Prinzips der dauerhaften Konsensfähigkeit, zumindest in heutigen westlichen Staaten, wo die Notwendigkeit der Freiheitssicherung allgemein anerkannt wird. Dieser Konsens bezieht sich auf einen Mindestbestand an Grundrechten und Gewaltenteilung. Bei der Ausgestaltung von Freiheitsrechten und Gewaltenteilungsmechanismen über dieses Mindestmaß hinaus, insbesondere bei der Abgrenzung kollidierender Freiheitsrechte, können freilich Meinungsunterschiede bestehen; dann mangelt es einer entsprechenden Regelung unter Umständen an dauerhafter Konsensfähigkeit.

VII. Das Verhältnis zwischen kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit

Schon bei der Erläuterung des Begriffs der kollektiven Autonomie wurde darauf hingewiesen, daß eine dauerhaft konsensfähige Verfassung eine gewisse Gewähr für die Annäherung an das Ideal der kollektiven Autonomie bietet; denn wenn eine Verfassung dauerhaft konsensfähig ist, besteht eine große Wahrscheinlichkeit, daß ihr Inhalt tatsächlich gegenwärtig allgemeinen Konsens findet, daß dieser Inhalt also in genügendem Maße dem jeweiligen individuellen Willen der Betroffenen entspricht. In dieser Sichtweise scheinen „dauerhafte Konsensfähigkeit“ und „kollektive Autonomie“ fast synonyme Begriffe zu sein.

Das ändert sich jedoch, wenn der besondere Charakter der dauerhaften Konsensfähigkeit als Kriterium der Vernünftigkeit, der möglichst objektiven Richtigkeit oder zumindest der Übereinstimmung mit in der jeweiligen Kultur allgemein anerkannten Werten und Vorstellungen ins Blickfeld rückt. Bei diesem Legitimitätsprinzip geht es eben um eine möglichst dauerhafte, weitreichende Konsensfähigkeit, nicht um den Konsens des Augenblicks. Es kann daher zu einem Spannungsverhältnis mit dem Prinzip der kollektiven Autonomie kommen, wenn sich etwa aufgrund besonderer Umstände für kurze Zeit eine Mehrheit zugunsten eines „unvernünftigen“, (sonst) allgemein anerkannten Werten und Vorstellungen widersprechenden Verfassungsinhalts findet. Wegen des Prinzips der dauerhaften Konsensfähigkeit muß dann möglicherweise die kollektive Autonomie zurückstehen, kann also der „unvernünftige“ Mehrheitswille nicht verwirklicht werden. Das Prinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit erweist sich damit auch als Ausdruck der legitimitätsstiftenden Verfassungsfunktion, Schutz vor kulturellen Regressionen zu bieten.

Natürlich stellt sich in dieser Spannungskonstellation ein Problem: Wer soll beurteilen, was die allgemein anerkannten Werte und Vorstellungen sind, was als „vernünftig“ angesehen werden soll, in welchen Fällen also auch eine Mehrheitsentscheidung „unvernünftig“ ist? Jedenfalls nicht die Mehrheit selbst. Diese Beurteilung kann eigentlich nur von einer unabhängigen Instanz vorgenommen werden.

Eine solche Instanz, die in der Praxis die dauerhafte Konsensfähigkeit gewährleisten kann, ist allerdings schwer vorstellbar. Vor allem nicht in der Situation der Verfassungsneuschöpfung, wo sich der Verfassungsgeber selbst die Regeln und das Verfahren zur Verfassungserzeugung setzt. Aber darum geht es auch nicht: Die dauerhafte Konsensfähigkeit ist ein Prinzip, mit dem die Legitimität einer Verfassung beurteilt werden kann. Dieses Prinzip taugt also als Argument in der Diskussion über den besten Inhalt für eine neu zu schaffende Verfassung oder über die Frage, ob eine bestehende Verfassung geändert oder durch eine neue Verfassung abgelöst werden soll. Mehr kann von einem solchen Prinzip (wie auch von der Freiheitssicherung und der kollektiven Autonomie) nicht erwartet werden, insbesondere keine Instanz, die die Durchsetzung des Prinzips gewährleistet.

Damit besteht die Gefahr, daß das Spannungsverhältnis zwischen kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit in der Praxis einseitig zugunsten der kollektiven Autonomie gelöst wird. (Diese Gefahr besteht in ähnlicher Weise im Verhältnis kollektive Autonomie – Freiheitssicherung.) In der Praxis der Verfassungsgebung muß daher das Prinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit (und auch das Prinzip der Freiheits-

sicherung) in seinem Verhältnis zur kollektiven Autonomie mit besonderer Wachsamkeit beachtet werden.

VIII. Die Bedeutung der Trennung des verfassungsgebenden Organs von den verfaßten Organen in diesem Modell

Die vor allem in der französischen Theorie geforderte Absonderung der verfassungsgebenden Gewalt von den verfaßten Gewalten knüpft, wie schon erwähnt, zumindest dem Begriff nach an die Gewaltenteilungslehre Montesquieus an. Die verfassungsgebende Gewalt wird in diesem Zusammenhang mit dem verfassungsgebenden Organ identifiziert; mystische Konnotationen im Sinne der Lehre Carl Schmitts wie Allmacht oder Formlosigkeit haben hier keinen Platz. Um das zu betonen, soll im Kontext der Organtrennung im folgenden nicht von der verfassungsgebenden Gewalt, sondern von dem verfassungsgebenden Organ die Rede sein; die „verfaßten Gewalten“ werden aus ästhetischen Gründen zu den „verfaßten Organen“, ohne daß damit eine inhaltliche Änderung angezeigt werden soll.

Unter dem Blickwinkel der oben entwickelten drei Prinzipien der Verfassungslegitimität hat die Trennung des verfassungsgebenden Organs von den verfaßten Organen vor allem eine Funktion: Sie ist Voraussetzung einer wirksamen Freiheitssicherung. Eine Verfassung kann nur dann wirksam die Freiheit der Bürger sichern, wenn *alle* Staatsorgane, auch der Gesetzgeber, an diese Verfassung gebunden sind. Würde die Verfassung zur Disposition eines Staatsorgans, z.B. des Gesetzgebers, stehen, dann wäre dieses Staatsorgan letztlich nicht an die Verfassung gebunden – auch wenn der Text der Verfassung etwas anderes behaupten würde. Die in der Verfassung vorgesehenen Mechanismen der Freiheitssicherung (wie Grundrechte und Gewaltenteilung) hätten dann gegenüber diesem Staatsorgan keine Wirkung.

Daneben ist diese Trennung auch für das Legitimitätsprinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit förderlich. Denn die Trennung der Verfassungsgebung von der üblichen Gesetzgebung und die Wahrnehmung dieser Aufgabe durch ein außerordentliches, nur zu diesem Zweck gebildetes Organ hebt die besondere Bedeutung der Verfassung hervor und unterstreicht die Notwendigkeit, losgelöst vom politischen Tagesgeschäft der Verfassung einen dauerhaft konsensfähigen Inhalt zu geben.

Das alles bedeutet freilich nicht, daß unter dem Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität den verfaßten Organen *jeglicher* Zugriff auf die Verfassung zu verwehren wäre. Vielmehr kann sich auch unter einer geltenden Verfassung das Bedürfnis nach ihrer Änderung in einem geordneten, in der Verfassung selbst vorgesehenen und durch verfaßte Organe durchgeführten Verfahren ergeben. Eine solche Verfassungsänderung birgt allerdings Gefahren für die Verfassungslegitimität, vor allem wenn sie die strikte Bindung der verfaßten Organe an die Verfassung lockert, indem sie die Verfassung ihrem Zugriff aussetzt. Auf diese Problematik wird im folgenden Abschnitt näher einzugehen sein.

E. Verfassungsänderung und Verfassungsgebung im Verfassungsstaat

Die bisherigen Erörterungen zur Legitimation durch Verfassungsgebung haben sich mit der Legitimität der Verfassungsneuschöpfung und auch mit der Legitimität von Verfas-

sungen während der Dauer ihrer Geltung beschäftigt. Unter „Verfassungsneuschöpfung“ wurde dabei der Vorgang der Erschaffung einer Verfassung „aus dem Nichts“, also in einem verfassungsrechtlichen Vakuum bzw. in einer verfassungsrechtlichen „Stunde Null“ verstanden, also in einer Situation, in der keine wirksame Verfassungsordnung vorhanden ist. Eine solche Situation kann verschiedene Ursachen haben: So fehlt es etwa im Falle der Neugründung eines Staates an einer staatlichen Ordnung und natürlich an einer geltenden Verfassung; die verfassungslose Situation kann sich aber auch daraus ergeben, daß die bisherige Verfassungsordnung etwa aufgrund von Krieg, Katastrophen oder Mißwirtschaft zusammengebrochen ist.

Diese Betrachtungen sollen nun erweitert werden auf den Fall der Schaffung einer neuen Verfassung in einer Situation, in der schon eine (legitime) Verfassung gilt, also auf die Ersetzung einer geltenden (alten) Verfassung durch eine neue – mit anderen Worten: auf die *Verfassungsgebung im Verfassungsstaat*. Dieser Fall unterscheidet sich von dem bisher Erörterten dadurch, daß die Anwendung der Legitimitätsprinzipien auf die neue Verfassung zur Begründung der Legitimität der Verfassungsgebung allein nicht genügt; vielmehr bedarf die mit der Schaffung der neuen Verfassung verbundene Beseitigung der alten Verfassung einer zusätzlichen Rechtfertigung. Diese besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit ergibt sich vor allem daraus, daß die alte Verfassung ja bisher (davon soll hier ausgegangen werden) als legitim anzusehen war und daher legitimerweise nicht nur den Anspruch auf Beachtung, sondern (das ist nur die Konsequenz des Beachtungsanspruchs) auch auf Weitergeltung hatte. Die bisherige Legitimität der alten Verfassung spricht also gegen die Legitimität einer neuen Verfassung, die die alte ersetzen würde – das ist die *delegitimierende Wirkung* des Gedankens der Verfassungslegitimität. Daneben sprechen im übrigen noch andere Gründe für die Weitergeltung der bisherigen Verfassung; darauf soll später noch kurz eingegangen werden.

Im Mittelpunkt dieses Kapitels soll also die Frage stehen, ob bzw. wie die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat legitimiert werden kann. Da hier zwei legitime Verfassungen und damit zwei unterschiedliche Legitimitätsbegründungen im Konflikt stehen, verspricht gerade das Prinzipienmodell, das ja konfligierende Legitimitätsprinzipien zuläßt, darauf eine Antwort.

Zunächst muß aber die hier zu behandelnde Problematik eingegrenzt werden. Denn in vielen Verfassungen ist die Möglichkeit der *Verfassungsänderung* vorgesehen; diese ist von der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat abzugrenzen (I.). Danach soll untersucht werden, welche Gründe für den Schutz der bestehenden Verfassung und damit gegen eine neue Verfassungsgebung sprechen (II.). Aus diesen Überlegungen lassen sich Schlüsse ziehen hinsichtlich eines änderungsfesten Verfassungskerns, der einer Verfassungsänderung nicht zugänglich ist (III.). Mit Hilfe der zuvor gefundenen Ergebnisse soll dann das Problem der Legitimität der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat einer Lösung zugeführt werden (IV.). Den Abschluß bildet ein Sonderproblem mit großer praktischer Relevanz, nämlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat durch die verfaßten Staatsorgane oder mit deren Hilfe durchgeführt werden kann (V.).

I. Abgrenzung der Verfassungsgebung von der Verfassungsänderung

Wie schon erwähnt, kann eine Verfassung dadurch an Legitimität verlieren, daß die Übereinstimmung ihres Inhalts mit dem Willen der Betroffenen geringer wird. Die bewährte Technik zur Korrektur eines solchen Legitimitätsverlustes ist die *Verfassungsänderung*. Darunter soll im folgenden die Abänderung einzelner Verfassungsbestimmungen in einem besonderen, in der Verfassung selbst normierten Verfassungsrevisionsverfahren verstanden werden.⁴⁰⁵

Der Verfassungsgeber sieht in solchen Revisionsvorschriften vor, daß (bestimmte) Verfassungsbestimmungen von einem bestimmten Organ – das kann ein besonderes Organ zur Verfassungsänderung oder der „normale“ Gesetzgeber sein – in einem bestimmten Verfahren (häufig mit qualifizierter Mehrheit) geändert werden können. Genaugenommen verzichtet der Verfassungsgeber dabei in dem Regelungsbereich, der der Revision unterworfen ist, auf eine feste inhaltliche Normierung; er regelt lediglich, daß Änderungen in diesem Bereich ausschließlich in dem vorgesehenen (besonderen) Verfahren erfolgen dürfen, und gibt für diesen Bereich allenfalls einen normativen Anfangszustand vor, der zur späteren Disposition des verfassungsändernden Organs steht. In diesem Regelungsbereich sind also Änderungen durch ein „verfaßtes Organ“ möglich (wenn auch möglicherweise durch das Erfordernis qualifizierter Mehrheiten erschwert), ohne daß eine neue Verfassungsgebung angestrengt und damit die Verfassung als Ganzes in Frage gestellt werden muß. Der Regelungsbereich, der einer solchen Revision zugänglich ist – oder aber, was im Ergebnis das gleiche ist, der Bereich, der einer Änderung *entzogen* ist – kann dabei in der Verfassung selbst ausdrücklich festgelegt sein, wie etwa in Art. 79 III GG. Viele Verfassungen enthalten aber keine solche Regelung; sie regeln zwar ein *Verfahren* der Verfassungsänderung, machen aber – zumindest ausdrücklich – keine *inhaltlichen* Vorgaben für diese Änderung.⁴⁰⁶

Soweit sich eine Verfassungsänderung im Rahmen der bestehenden Verfassung bewegt, ist sie durch die bestehende Verfassung legitimiert; das oben dargestellte besondere Legitimitätsproblem der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat stellt sich hier nicht. Daher soll im folgenden die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat von der Verfassungsänderung unterschieden werden; die Verfassungsänderung zeichnet sich dadurch aus, daß ihre Legitimität vollständig durch die bestehende Verfassung vermittelt wird.⁴⁰⁷

405 Zum Begriff der Verfassungsänderung und zur Abgrenzung gegenüber der Verfassungsgebung P. Badura, HStR § 160 Rn. 16 f. Für eine begriffliche Annäherung bzw. Gleichsetzung von Verfassungsänderung und Verfassungsgebung (unter Bezugnahme vor allem auf die Schweizer Theorie) dagegen U. Steiner, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 220 ff.; P. Häberle, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse, S. 163 f., 175. Auf diese Terminologie kommt es für die nachfolgenden Ausführungen letztlich aber nicht an; entscheidend ist nur, daß die Legitimität einer „Verfassungsänderung“ dann nach anderen Kriterien beurteilt werden muß, wenn sie die Grenzen der in der Verfassung enthaltenen Revisionsvorschriften verletzt oder überschreitet.

406 Eine solche ausdrückliche inhaltliche Beschränkung der Verfassungsänderung ist im internationalen Vergleich selten; vgl. H. Dreier, Art. 79 III Rn. 1, 9.

407 In einer Theorie, die die absolute Volkssouveränität in den Vordergrund stellt und deswegen die Verfassung und die durch sie vermittelte Legitimität vernachlässigt, verschwindet die Unterscheidung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung: Beides ist ein Akt des souveränen

Eine Frage, die sich bei dieser Abgrenzung stellt, soll dabei vorläufig noch ausgeklammert werden: die Frage nach nicht ausdrücklich normierten inhaltlichen Grenzen der Verfassungsänderung. Der Bereich zulässiger Verfassungsänderungen ist möglicherweise nämlich nicht nur dann überschritten, wenn gegen ein ausdrücklich normiertes inhaltliches Änderungsverbot (wie z.B. Art. 79 III GG) verstoßen wird; vielmehr ist es z.B. auch denkbar, daß, obwohl ausdrückliche Änderungsverbote fehlen und das vorgesehene Änderungsverfahren eingehalten wird, die Änderungen so weit gehen, daß sie ihre Legitimität nicht mehr aus der bestehenden Verfassung ableiten können. Hier stellt sich das Problem eines „änderungsfesten Verfassungskerns“, das erst später behandelt werden soll. Zuvor soll im folgenden geklärt werden, welche Gründe überhaupt für den Schutz einer bestehenden Verfassung, also gegen ihre Ersetzung durch eine neue und damit gegen eine Verfassunggebung im Verfassungsstaat sprechen.

II. Gründe für den Schutz der bestehenden Verfassung

1. Selbstbindung des Verfassungsgebers?

Ein denkbarer Grund, warum es dem Verfassungsgeber verwehrt sein könnte, eine bestehende, von ihm zuvor selbst gesetzte Verfassung durch eine neue zu ersetzen, ist die „Selbstbindung“ des Verfassungsgebers.⁴⁰⁸ Normativer Anknüpfungspunkt für eine solche Selbstbindung könnte zum einen der umfassende Geltungsanspruch der Verfassung sein (der Verfassungsgeber setzt in dieser Sichtweise eine Norm, die uneingeschränkte Geltung haben und damit auch ihn selbst binden soll) oder, noch deutlicher, die möglicherweise vorhandenen ausdrücklichen Verfassungsbestimmungen über die Modalitäten und Grenzen einer Abänderung der Verfassung (Revisionsnormen); im letzteren Fall würde sich die Selbstbindung vor allem in der Bindung des Verfassungsgebers an diese Revisionsnormen äußern.⁴⁰⁹ Eine solche Selbstbindung kommt allerdings dann von vornherein nicht in Betracht, wenn der Verfassungsgeber in Gestalt der verfassunggebenden Gewalt als „rein existentielles Phänomen“ angesehen wird, das Verfassungsrecht allein aufgrund seiner Macht oder Souveränität setzen kann (so wie in der Lehre

Volkes und erhält seine Legitimität allein aus dieser Tatsache selbst. Konsequenz ist daher die Darstellung bei W. Leisner, Verfassunggebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, S. 345 ff.: Leisner vertritt dezidiert die Auffassung, die französische Theorie sei beherrscht von der absoluten Volkssouveränität, und er faßt Verfassungsänderung und Verfassunggebung zu einem einzigen Begriff „Verfassunggebung“ zusammen. – Offenbar aus anderen Beweggründen lehnt A. Peters die Unterscheidung zwischen Verfassunggebung und Verfassungsänderung ab: Ihr Konzept einer kontinuierlichen, „kleinschrittigen“ (europäischen) Verfassungsentwicklung verträgt sich nicht gut mit einer solchen kategorialen Unterscheidung (Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 379 ff.). Mit der Vermengung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung vernachlässigt Peters allerdings zu sehr die Freiheitssicherungsfunktion der Verfassung; eine Möglichkeit, auch bei einer „kleinschrittigen“ europäischen Integration diese Begriffe zu unterscheiden, wird unten im Zweiten Teil, E.II. aufgezeigt.

408 Vgl. dazu D. Murswiek, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 175 ff.; U. Steiner, Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes, S. 225 ff.

409 Diese letztere Frage – Bindung der verfassunggebenden Gewalt an Revisionsnormen (nämlich an Art. 79 GG) – untersucht Murswiek ebda.

von Carl Schmitt)⁴¹⁰ oder wenn der verfassunggebenden Gewalt eine Vorstellung von reiner Volkssouveränität zugrundegelegt wird, nach der das Volk als Verfassungsgeber in jeder Hinsicht über der Verfassung steht⁴¹¹.

Aber auch wenn die Perspektive der reinen Macht- oder Souveränitätsfrage verlassen wird, erscheint eine Selbstbindung des Verfassungsgebers als problematisch. Es stellt sich nämlich die Frage, ob eine solche Selbstbindung rechtslogisch überhaupt möglich ist.⁴¹²

Ein Argument für die Möglichkeit der Selbstbindung, das nicht sehr weit trägt, ist die Aussage, die Souveränität der verfassunggebenden Gewalt erweise sich am deutlichsten in der Fähigkeit zur Selbstbeschränkung.⁴¹³ Wenn die „Selbstbeschränkung“ in diesem Zusammenhang als freiwilliger Verzicht eines Subjekts auf ein Tun verstanden wird, zu dem es eigentlich in der Lage ist (also der Verzicht der verfassunggebenden Gewalt auf die Verfassungsgebung), dann trifft die Aussage zwar zu, hat aber nichts mit einer *Selbstbindung* zu tun (die ja auch dann wirken müßte, wenn das Subjekt es sich anders überlegt und von seinen Fähigkeiten doch Gebrauch machen will). Wird die Selbstbeschränkung aber in diesem Sinne als Selbstbindung verstanden, dann trifft die Aussage nicht zu: Eine souveräne, d.h. ungebundene verfassunggebende Gewalt kann auch nicht durch sich selbst gebunden sein – sonst wäre sie nicht ungebunden.

Das Problem läßt sich auch nicht durch Bezugnahme auf die Möglichkeit der „Selbstverpflichtung des Staates“ lösen.⁴¹⁴ Eine solche Selbstverpflichtung ist zwar in dem Sinne möglich, daß ein Staatsorgan ein anderes verpflichtet (z.B. der Gesetzgeber die Exekutive); das setzt aber eine Hierarchie von Staatsorganen bzw. von Rechtsetzungsbefugnissen verschiedener Staatsorgane, also zumindest eine Verschiedenheit von Staatsorganen voraus; die „Selbstbindung“ des Staates erweist sich so bei genauerem Hinsehen als Fremdbindung eines Staatsorgans an ein anderes. Eine *Selbstbindung* eines einzelnen rechtssetzenden Subjekts, der verfassunggebenden Gewalt, läßt sich so nicht begründen; auch bei der Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Verfassungsgeber (wie in Art. 79 GG) handelt es sich um die *Fremdbindung* eines Staatsorgans. Und eine Fremdbindung liegt auch vor, wenn die verfassunggebende Gewalt die verfaßten Gewalten per Verfassung anweist, sie (die verfassunggebende Gewalt) so zu behandeln, als hätte sie keine Kompetenz zur Verfassungsgebung mehr.⁴¹⁵

410 D. Murswiek, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 175.

411 Diese Vorstellung unterstellt Murswiek (ebda.) der Theorie von Sieyes.

412 Vgl. D. Murswiek, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 180 ff.

413 Zu diesem Argument D. Murswiek, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 182 (unter Hinweis auf Jellinek).

414 Dazu D. Murswiek, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 182 ff.

415 So die Lösung Murswicks, der die Möglichkeit einer Selbstbindung verneint: Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 212. Murswiek bezieht seine Argumentation dabei auf das Grundgesetz.

Eine Selbstbindung des Verfassungsgebers kann auch nicht auf dem Umweg über sogenanntes überpositives Recht begründet werden.⁴¹⁶ Sieht man die unbeschränkte Befugnis des Verfassungsgebers zur Verfassunggebung in überpositivem Recht begründet, dann kann die Überordnung dieses überpositiven Rechts keine Quelle für die Selbstbeschränkung des Verfassungsgebers sein; denn eine solche Selbstbeschränkung wäre ja gerade ein Verstoß gegen das überpositive Recht, das die *unbeschränkte* Befugnis des Verfassungsgebers zur Verfassunggebung vorsieht.

Zur Begründung der Möglichkeit der Selbstbindung des Verfassungsgebers liegt es nahe, den Gedanken der Selbstbindung des *Gesetzgebers* näher zu untersuchen. In bezug auf den einfachen Gesetzgeber wird die Möglichkeit der Selbstbindung nämlich zum Teil bejaht, allgemein zumindest ernsthaft diskutiert.⁴¹⁷ Die in dieser Diskussion verwendeten Argumente sind auf ihre Anwendbarkeit für den Fall der Verfassunggebung zu prüfen.

Die beiden Problembereiche, Selbstbindung des Verfassungsgebers und Selbstbindung des Gesetzgebers, haben die Frage gemeinsam, ob ein Normsetzungsorgan, das bei einer früheren Normsetzung einen Bereich in bestimmter Hinsicht frei regeln konnte, aufgrund dieser eigenen früheren Regelung bei einer erneuten Normsetzung im gleichen Bereich nun eingeschränkt sein kann. Das führt zu der allgemeineren Frage, wodurch der jeweilige Normsetzer überhaupt gebunden werden kann. Der Gesetzgeber ist unstreitig an die Verfassung gebunden, so daß es naheliegt, die Möglichkeit der Selbstbindung in seinem Fall auf dem Umweg über die Bindung an die Verfassung herzuleiten. Das erweist sich letztlich auch als die einzige Möglichkeit, eine „Selbstbindung“ des Gesetzgebers zu begründen; selbst ein scheinbar übergeordnetes Prinzip wie „Systemgerechtigkeit“, aus dem sich die Möglichkeit einer Selbstbindung des Gesetzgebers ableiten lassen könnte, erlangt seine Wirksamkeit erst durch seine Verankerung in der Verfassung.⁴¹⁸ Dieser Weg ist im Fall des Verfassungsgebers verschlossen; seine Bindung an die alte Verfassung bzw. der Umfang dieser Bindung soll ja gerade hergeleitet werden, kann also nicht zur Begründung dieser Herleitung verwendet werden. Normlogisch bedeutet dies: Die Selbstbindung eines Normsetzers an seine eigene frühere Norm (die er somit auch gegen seinen aktuellen Willen zu beachten hat) läßt sich nur begrün-

416 Vgl. D. Murswiek, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 184 f. (gegen Steiner).

417 Die Selbstbindung des Gesetzgebers wird thematisiert z.B. von C. Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat; F.-J. Peine, Systemgerechtigkeit; R. Rausch-Gast, Selbstbindung des Gesetzgebers.

418 Bei den Verfassungsrechtssätzen, aus denen eine Selbstbindung des *Gesetzgebers* hergeleitet werden kann, handelt es sich im wesentlichen um verschiedene Ausprägungen des Rechtsstaatsgebots, nämlich den Vertrauensschutz bzw. die Rechtssicherheit, das Übermaßverbot und den Gemeinwohlgrundsatz (die beiden letzteren als Teil des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips); vgl. hierzu die Übersicht bei F.-J. Peine, Systemgerechtigkeit, S. 255 ff. Die Fähigkeit zur Begründung einer Selbstbindung des Gesetzgebers wird überwiegend nur für den Vertrauensschutzgrundsatz angenommen, die anderen möglichen Begründungen werden meist verworfen (so etwa von Peine und Rausch-Gast). Neben dem Rechtsstaatsgebot wird der grundrechtliche Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 I GG) als möglicher verfassungsrechtlicher Grund der Selbstbindung diskutiert und überwiegend verworfen; vgl. dazu F.-J. Peine, Systemgerechtigkeit, S. 255 ff.; R. Rausch-Gast, Selbstbindung des Gesetzgebers, S. 110 f.

den unter Zuhilfenahme einer höherrangigen Norm, die der Normsetzer zu beachten hat und aus der sich die Bindung an seine frühere Norm ergibt.⁴¹⁹ Diese höherrangige Norm ist für den Gesetzgeber die Verfassung; im Fall des Verfassungsgebers existiert keine solche höherrangige Norm. Eine „Selbstbindung“ der verfassungsgebenden Gewalt läßt sich also auch durch eine Anlehnung an den Gedanken der Selbstbindung des Gesetzgebers nicht begründen.

An dem Streit über die „Selbstbindung“ des Verfassungsgebers zeigt sich wieder die Unzulänglichkeit der urheberorientierten Sichtweise der verfassungsgebenden Gewalt. Schon die Frage scheint falsch gestellt: Bei den Gründen für den Schutz einer bestehenden Verfassung vor ihrer Änderung oder Beseitigung geht es nicht um die Paradoxie der Selbstbindung eines eigentlich allmächtigen Subjekts und nicht um teilweise ins Mystische ableitende Versuche einer spekulativen Auflösung dieser Paradoxie, sondern um ein Legitimitätsproblem: Die Verfassung vermittelt Legitimität der durch sie normierten Hoheitsgewalt *sowohl* durch ihre Beständigkeit *als auch* durch ihre Rückanbindung an den Willen der Betroffenen. Hier streiten nicht mythologische Kräfte und Gestalten, sondern Legitimitätsprinzipien.

Unter diesem Blickwinkel soll die Frage nach dem Schutz der Verfassung im folgenden untersucht werden. Gründe für diesen Schutz können sich aus allen drei Legitimitätsprinzipien ergeben.

2. Freiheitssicherung

Nach dem Legitimitätsprinzip der Freiheitssicherung soll die Verfassung durch bestimmte Regelungen (v.a. eine gewaltenteilende Organisationsstruktur und Grundrechte), die für alle Staatsorgane bindend sind, die Freiheit der einzelnen Bürger möglichst wirksam schützen. Im Unterschied zu einfachen Gesetzen beruht die Bindungswirkung einer *Verfassung* dabei letztlich nicht auf der Möglichkeit, ihre Einhaltung notfalls zwangsweise in einem bestimmten Verfahren durchzusetzen; denn nach der Theorie der Verfassungsgebung kann es kein Organ geben, das „über“ den an die Verfassung gebundenen Organen steht und diese zur Einhaltung der Verfassung zwingen könnte.⁴²⁰ Ein solches Organ wäre nämlich – wie alle verfaßten Organe – selbst an die Verfassung gebunden, könnte aber mangels einer weiteren übergeordneten Instanz nicht zu ihrer Einhaltung gezwungen werden. Die Bindungswirkung einer Verfassung und damit die Wirksamkeit ihrer Freiheitssicherung beruht vielmehr im wesentlichen auf ihrer Anerkennung durch die Staatsorgane und die Bürger.

419 C. Degenhart zieht für eine Selbstbindung des Gesetzgebers nicht nur verschiedene Verfassungsprinzipien wie Rechtsstaat, Vertrauensschutz, Willkürverbot heran, sondern verlangt zusätzlich, daß die einfachgesetzlichen Normen selbst, wenn sie den Gesetzgeber in der Zukunft binden können sollen, in gewissem Maße Verfassungscharakter haben. Dazu schlägt er ein „Modell abgestufter Verfassungsnähe einfachen Rechts“ vor; eine besondere „Verfassungsnähe“ solle sich etwa für solches einfaches Gesetzesrecht ergeben, das weniger dichte Regelungsbereiche der Verfassung ausgestaltet (dadurch also eine Art notwendiger Ergänzung der Verfassung darstellt): Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, S. 85 f. Kritisch dazu F.-J. Peine, Systemgerechtigkeit, S. 241 ff.

420 Auch das Bundesverfassungsgericht stellt keine solche Instanz dar, denn seine Entscheidungen sind nicht gegenüber den Staatsorganen vollstreckbar.

Wird allerdings bei einer beabsichtigten Verfassunggebung im Verfassungsstaat ernsthaft die Ersetzung der bestehenden Verfassung durch eine neue vorbereitet, bedeutet dies einen Verlust an Anerkennung für die dadurch zur Disposition gestellte bestehende Verfassung. Das gilt nicht nur bei einer revolutionären Verfassunggebung mit den dazugehörigen Wirren, sondern auch für ein geordnetes Verfahren mit einem juristisch glatten Übergang zur neuen Verfassung. Denn eine Norm, deren Abschaffung vorbereitet wird, hat kaum eine Bindungswirkung, wenn sie nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann. Das hat zur Folge, daß zumindest in der Phase des Übergangs von der alten zur neuen Verfassung die in der Verfassung verankerten Mechanismen der Freiheitssicherung an Wirksamkeit verlieren.

Eine Gefahr für die Wirksamkeit der Freiheitssicherung besteht aber auch noch nach Inkrafttreten der neuen Verfassung. Denn ob eine neue Verfassung „gelingt“, steht nicht von vornherein fest. Selbst wenn es ähnliche oder gar die gleichen Regelungen in anderen Ländern gibt oder gegeben hat: Für die konkrete Gemeinschaft von Bürgern mit den sie prägenden gesellschaftlichen Kräften ist eine neue Verfassung ohne Beispiel, also unerprobt. Ob eine Verfassung in der Realität anerkannt wird und ihre Aufgabe der Freiheitssicherung erfüllt, kann sich erst dann erweisen, wenn sie über einen längeren Zeitraum in Geltung ist. Daher stellt es ein Risiko für die Freiheitssicherung dar, eine Verfassung, die sich über einen längeren Zeitraum bewährt hat, durch eine neue Verfassung zu ersetzen, deren Tauglichkeit zur wirksamen Freiheitssicherung noch nicht erwiesen ist.

Aus der Sicht der Theorie der Verfassunggebung ist eine bestehende Verfassung also auch deswegen zu schützen, weil ihre Abschaffung (und Ersetzung durch eine andere) die Freiheitssicherung gefährdet.

3. Kollektive Autonomie

Auch das Prinzip der kollektiven Autonomie spricht in vielen Fällen für den Schutz der bestehenden Verfassung, nämlich vor allem dann, wenn diese Verfassung in einem Verfahren geschaffen wurde, das für einen hohen Grad an Übereinstimmung mit dem Willen der Bürger sorgte. Ohne hier schon auf die verschiedenen Verfahren der Verfassunggebung einzugehen, genügt der Hinweis etwa darauf, daß ein Referendum mit hohem Anteil an Zustimmung beim Erlaß der alten Verfassung einen Nachweis dafür darstellt, daß das Prinzip der kollektiven Autonomie in bezug auf die alte Verfassung zumindest bei deren Erlaß in hohem Maße verwirklicht wurde.

In bezug auf die neue, noch zu erlassende Verfassung fehlt es zunächst an einem solchen Nachweis. Die mit der Einleitung der Verfassunggebung verbundene Behauptung, daß die neue Verfassung dem Willen der Betroffenen besser entspreche als die bestehende, ist vor dem Abschluß des Verfassungsgebungsverfahrens eine unbewiesene Vermutung; gegen diese Behauptung kann das für die alte Verfassung vorliegende Verfahrensergebnis sprechen. Ein „gutes“ Ergebnis des Verfassungsgebungsverfahrens ist also ein Argument für den Schutz der dadurch zustande gekommenen Verfassung: Zum Nachweis, daß diese Verfassung dem Willen der Bürger entspricht (also das Prinzip der kollektiven Autonomie verwirklicht ist), kann man auf dieses frühere Verfahrensergeb-

nis verweisen, und ein gleichermaßen aussagekräftiger⁴²¹ Nachweis für einen allgemeinen Meinungswandel in bezug auf die Verfassung liegt zunächst noch nicht vor.

4. Dauerhafte Konsensfähigkeit

Auch das Prinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit spricht für den Schutz der bestehenden Verfassung. Denn die bei den Bürgern vorherrschenden gemeinsamen Werte und Zielvorstellungen, die die Grundlage für den dauerhaften Verfassungskonsens bilden, werden ihrerseits durch die Verfassung beeinflusst.⁴²² Verfassungen formulieren nicht nur oft ausdrücklich Werte und Zielvorstellungen (z.B. in Staatszielbestimmungen – vgl. Art. 20a GG – oder in der Präambel), sondern lassen auch etwa in ihrem Organisationsteil (z.B. durch den Anteil plebiszitärer und repräsentativer Elemente bei der Gesetzgebung) oder bei den Grundrechten (z.B. durch die unterschiedliche Gewichtung verschiedener Arten von Grundrechten) bestimmte Überzeugungen erkennen, die diesen Regelungen zugrunde liegen. Und die Tatsache, daß solche bestimmten Werte und Zielvorstellungen – womöglich schon seit längerer Zeit –⁴²³ verfassungsrechtlich festgelegt sind, garantiert ihnen besondere Aufmerksamkeit und verleiht ihnen besonderes Gewicht. Die Aufrechterhaltung des dauerhaften Verfassungskonsenses wird also durch eine *Rückkoppelung* unterstützt: Die Verfassung sollte – nach dem Prinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit – so beschaffen sein, daß ihr möglichst auf Dauer Zustimmung zuteil werden kann, daß sie also möglichst auf Dauer den Überzeugungen der Bürger im allgemeinen entspricht; andererseits werden solche Überzeugungen wiederum dadurch bestärkt, daß sie in der Verfassung formuliert sind.⁴²⁴

Diese Rückkoppelung wird unterbrochen, wenn die bestehende Verfassung im Vorfeld einer Verfassungsgebung als Ganzes in Zweifel gezogen wird. Wird eine Verfassung zur Disposition gestellt, indem ihre Ersetzung durch eine neue Verfassung vorbereitet wird, verliert sie an Anerkennung und Überzeugungskraft und kann die in ihr formulierten Werte und Zielsetzungen nicht mehr im gleichen Maße den Bürgern vermitteln. Dadurch verringert sich letztlich die dauerhafte Konsensfähigkeit dieser Verfassung.

III. Grenzen der Verfassungsänderung

Die vorangegangenen, auf die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat bezogenen Überlegungen zur Schutzwürdigkeit der bestehenden Verfassung als Ganzes können auf den

421 Meinungsumfragen haben natürlich nicht die gleiche Aussagekraft wie ein Verfassungsgebungsverfahren unter Beteiligung der Bürger.

422 Vgl. zur gemeinschaftsbildenden und wertvermittelnden Funktion der Verfassung die Integrationslehre von R. Smend: ders., *Verfassung und Verfassungsrecht*, S. 187 ff.

423 Vgl. in diesem Zusammenhang zur „Vermutung der Vernünftigkeit der (bestehenden) Verfassung“ und zur daraus resultierenden „Umkehr der Beweislast“ für eine Veränderung H. Hofmann, *Legitimität und Rechtsgeltung*, S. 72 ff.

424 Auf *diese* Weise können Werte bzw. Wertordnungen in die Überlegungen zur Verfassungslegitimität einfließen. Die Lehre von der „materialen Wertordnung“ (dazu und zur ideengeschichtlichen Einordnung dieser Lehre P. Badura, *Verfassung*, Sp. 3749 f.) konstruiert dagegen eine Normenhierarchie, derzufolge (auch) der Verfassungsgeber an angeblich objektiv zu erkennende Werte gebunden sei; dieser Ansatz ist schon wegen der behaupteten Objektivität der Werte äußerst zweifelhaft.

Fall der Verfassungsänderung übertragen werden. Denn hier stellt sich die Frage, *in welchem Umfang* die Regelungen der bisherigen Verfassung schutzwürdig sind.⁴²⁵ Diese Frage stellt sich nicht nur bei einer in den Formen einer Verfassungsänderung stattfindenden Totalrevision, sondern schon bei Teilrevisionen; denn auch eine Teilrevision kann Regelungen betreffen, die nach den obigen Überlegungen als schutzwürdig erscheinen. Die Vorschriften, die demnach einer Verfassungsänderung entzogen sind, sollen als änderungsfester „Verfassungskern“ bezeichnet werden.⁴²⁶

Um es deutlich zu machen: Die folgenden Erörterungen beziehen sich nicht auf die in den Änderungsvorschriften der bestehenden Verfassung möglicherweise ausdrücklich geregelten inhaltlichen Schranken der Verfassungsänderung (wie z.B. Art. 79 III GG), sondern auf Grenzen der Verfassungsänderung, die sich aus der Theorie der Verfas-

425 Hierzu und zum folgenden H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung; auch E. Tosch, Die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Willen des historischen Verfassungsgebers. Mit der Problematik der Revisionsschranken haben sich besonders intensiv die Verfassungsrechtler der „Zürcher Schule“ beschäftigt, vor allem W. Kägi und H. Haug; vgl. dazu H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 67 ff. Der in der vorliegenden Arbeit vertretene Ansatz unterscheidet sich allerdings von der „materialen Gerechtigkeit“ oder „materialen Wertethik“, auf die sich die Zürcher Schule beruft (vgl. z.B. H. Haug, Die Schranken der Verfassungsrevision, S. 215 ff.): Es geht hier nicht, wie in der Zürcher Schule, um die Auffindung einer „objektiven“ Wertordnung, die das verfassungsändernde Organ schon wegen ihrer Objektivität „bindet“, sondern es geht um Folgerungen, die sich aus der Theorie der Verfassungsgebung ergeben, d.h. aus einer besonderen Art der Begründung von Verfassungslegitimität. Die „Schranken“, die dabei gefunden werden, sind keine „Normen“, die das verfassungsändernde Organ „binden“; eine Überschreitung dieser „Schranken“ würde aber dazu führen, daß die Legitimität der entsprechenden Verfassungsänderung nicht mehr mit den Prinzipien der Theorie der Verfassungsgebung begründet werden könnte. – Auch im österreichischen Verfassungsrecht sind die Revisionsschranken ein wichtiges Thema; allerdings weniger als absolute Revisionsschranken, sondern als Schranken für Verfassungsänderungen *ohne Volksabstimmung* (zur österreichischen Theorie vgl. vor allem P. Perenthaler, Der Verfassungskern, sowie T. Öhlinger, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union). Nach Art. 44 III B-VG erfordert nämlich eine „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ – im Gegensatz zu sonstigen, weniger bedeutenden Verfassungsänderungen – eine Volksabstimmung. Diese zunächst wie eine bloße Verfahrensfrage erscheinende Problematik führt zu ähnlichen Überlegungen wie die Frage nach absoluten Revisionsschranken; auch im österreichischen Verfassungsrecht spricht man von einem „Verfassungskern“. Dieser soll allerdings nicht absolut änderungsfest sein, sondern eben nur unter der erschwerten zusätzlichen Voraussetzung einer Volksabstimmung geändert werden können. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der in dieser Arbeit vertretene Ansatz von der österreichischen Theorie: Der von der Theorie der Verfassungsgebung geforderte änderungsfeste Verfassungskern kann nicht in einem Verfassungsänderungsverfahren – gleich welcher Art und Stufe – geändert werden. Soweit die österreichische Theorie also Änderungen des Verfassungskerns im Rahmen des Verfahrens nach Art. 44 III B-VG zuläßt, entfernt sie sich von der Theorie der Verfassungsgebung nach dem in dieser Arbeit entwickelten Verständnis. Dennoch sind die Überlegungen zur *Auffindung und Abgrenzung* des „Verfassungskerns“, die im österreichischen Verfassungsrecht angestellt werden, von großem Interesse, weil die verwendeten Kriterien zum Teil auch für die Eingrenzung des absolut änderungsfesten Verfassungskerns der Theorie der Verfassungsgebung angewandt werden können. Mit diesen Einschränkungen wird im folgenden auch auf die österreichische Theorie verwiesen werden.

426 Eine ähnliche Konzeption findet sich bei H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung. Ehmke spricht von der „materialen Verfassung“ und begründet deren Änderungsfestigkeit mit der Verfassungsfunktion der Beschränkung und Rationalisierung der Macht (ebda. S. 88); Verfassungsänderungen dürften nicht zur Aufhebung oder Beseitigung der Verfassung führen (S. 90).

sunggebung ergeben.⁴²⁷ Solche Grenzen gelten für *alle* Verfassungen, die ein Revisionsverfahren vorsehen, unabhängig davon, ob in den Revisionsvorschriften ausdrücklich inhaltliche Beschränkungen der Verfassungsänderung normiert sind.⁴²⁸ Wo diese Grenzen im einzelnen verlaufen, muß im Wege der Auslegung⁴²⁹ unter Berücksichtigung der

427 Solche allgemeinen Überlegungen stellt auch P. Kirchhof an, wenn er konstatiert, daß „die Regel über die Verfassungsänderung ... einen Kern unabänderlicher Inhalte nennen (muß), die den verfassungsändernden Gesetzgeber verfahrensrechtlich und inhaltlich binden“, „solange das Verfassungsgesetz seine eigene Geltung nicht aufgeben will“ (HStR § 19 Rn. 1; vgl. auch ebda. Rn. 31 ff., 65). Den Fall, daß die Revisionsvorschriften den Verfassungskern nicht oder nur unzureichend festschreiben, erörtert Kirchhof allerdings nicht; er bezieht sich lediglich auf das Grundgesetz und hält hier die Regelung des Art. 79 III offenbar für ausreichend. Es bleibt also offen, ob Kirchhof von einem Gebot an den Verfassungsgeber ausgeht, den Verfassungskern zu positivieren, der andernfalls nicht geschützt wäre, oder ob er die Existenz eines solchen Verfassungskerns (wie in der vorliegenden Arbeit vertreten) auch ohne diese Positivierung, also etwa schon aufgrund des Bindungs- und Fortgeltungsanspruchs der Verfassung annimmt. – Auch P. Perenthaler stellt fest, daß sich der „Verfassungskern“ nicht aus Einzelbestimmungen wie Art. 79 III GG erbege, sondern aus dem „Sinnegefüge der Verfassung“: Der Verfassungskern, S. 20.

428 Wenn die Revisionsvorschriften inhaltliche Revisionsschranken enthalten (wie Art. 79 III GG), dann können diese Schrankennormen als deklaratorisch angesehen werden, soweit sie mit dem änderungsfesten Verfassungskern übereinstimmen; soweit sie darüber hinausgehen, sind sie konstitutiv. Die Grenze zwischen deklaratorischem und konstitutivem Anteil mag mitunter schwer zu bestimmen sein; für die Praxis der Verfassungsänderung ist das jedoch unerheblich, da die Wirkung in beiden Fällen gleich ist: Die Verfassungsänderung ist unzulässig. Vgl. dazu H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 99 ff.; B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, S. 235 ff.

429 Das Auslegungsergebnis, daß eine Verfassung ihrer Revision nicht ausdrücklich normierte Grenzen setzt, läßt sich auf diesem Wege natürlich nur dann gewinnen, wenn diese Verfassung ihre Legitimität – ausdrücklich oder stillschweigend – aus dem Gedanken der Verfassunggebung ableitet. Zu den verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten von Revisionsbestimmungen vgl. auch D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 19 f., mit dem Hinweis auf die existentielle Bedeutung dieser Interpretation für die Weimarer Reichsverfassung (S. 20). – Wenn auch mit anderem Argumentationsziel, hat C. Schmitt etwa bei der Auslegung der französischen Verfassung vom 4. November 1848 Grenzen der Verfassungsänderung gefunden: Obwohl diese Verfassung in Art. 111 bestimmte, daß die Verfassung „ganz oder teilweise“ geändert werden könne, dürfe die Auslegung nicht eine beliebige Änderbarkeit ergeben; Schmitt führt dazu andere Bestimmungen dieser Verfassung an, die Begriffe wie „definitiv“, „unveräußerlich“ und „unverjährbar“ enthalten; die tiefere Begründung liegt aber für ihn darin, daß „die grundlegenden politischen Entscheidungen der Verfassung“ nicht in die Zuständigkeit des verfassungsändernden Organs fallen, sondern „Angelegenheiten der verfassungsgebenden Gewalt des ... Volkes“ seien: C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 105. Diese tiefere Begründung von Änderungsschranken mit der Bindung an die (jederzeit selbst änderbare) Dezision eines als vorausgesetzte Einheit gedachten verfassungsgebenden Subjekts entspricht allerdings in keiner Weise dem „änderungsfesten Verfassungskern“, wie er im folgenden herauszuarbeiten sein wird. Überhaupt besteht hier die Gefahr eines Mißverständnisses der Verfassungslehre Carl Schmitts: Diese Lehre richtete sich zwar explizit gegen die Behauptung der positivistischen Richtung der Weimarer Staatsrechtslehre, aufgrund von Art. 76 I WRV sei die Weimarer Verfassung beliebig änderbar; Schmitt ging es insoweit in der Tat um Schranken der Verfassungsänderung. Diese Schranken gelten bei Schmitt aber nur für den Verfassungsgesetzgeber, nicht für das in beliebiger Weise zu beliebiger Zeit sich äußernde Volk als Verfassungsgeber (und im übrigen auch nicht für den Reichspräsidenten, der durch Notmaßnahmen die Verfassung „schützt“); und der Zweck der Änderungsschranken ist bei Schmitt nur das unangenehme Durchschlagen des Willens der verfassungsgebenden Gewalt. Das entspricht nicht dem Verständnis des änderungsfesten Verfassungskerns als Mittel zur Gewährleistung von individueller Freiheit und Stabilität der Verfassung (vgl. zu Schmitts Lehre von den Schranken der Verfassungsänderung H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 33 ff.). Schon diese Überlegungen sprechen dafür,

Besonderheiten der jeweiligen Verfassung ermittelt werden; aber auch in bezug auf eine konkrete Verfassung sind kaum allgemeine, abstrakte Aussagen über deren änderungs-festen Verfassungskern möglich – solche Aussagen können wohl nur im Zusammen-hang mit konkreten Problemen und Einzelfragen gewonnen werden,⁴³⁰ und dabei sind *Wertungen*⁴³¹ unvermeidlich.⁴³² Die folgenden Überlegungen beschränken sich daher auf einige allgemeine Aussagen; es wird nicht versucht, die Änderungsgrenzen im einzel-nen zu definieren.

Änderungsgrenzen ergeben sich zunächst aus dem Prinzip der *Freiheitssicherung*. Nicht nur durch eine neue Verfassungsgebung, sondern auch durch eine Verfassungsän-derung nach dem in der Verfassung vorgesehenen Verfahren kann die Wirksamkeit der Freiheitssicherung gefährdet werden. Der Grund ist allerdings hier weniger ein Anse-hensverlust der Verfassung; denn die Verfassung selbst läßt ja ihre Änderung zu, so daß eine Revision durchgeführt werden kann, ohne dadurch die Legitimität der bestehenden Verfassung in Zweifel zu ziehen. Die Freiheitssicherung ist hier vielmehr durch ein An-tasten der freiheitssichernden Regelungen selbst gefährdet. Diese Regelungen können nur dann ihre Funktion der Freiheitssicherung erfüllen, wenn sie die Staatsorgane wirk-sam binden. Werden diese Regelungen zur Disposition der Staatsorgane (genauer: der verfassungsändernden Organe) gestellt, so wird ihre Bindungswirkung abgeschwächt und dadurch die Freiheitssicherung gefährdet. Allerdings muß deswegen nicht *jede* frei-heitssichernde Regelung änderungsfest sein; die Funktion der Freiheitssicherung kann bei geringfügigen Änderungen an solchen Regelungen insgesamt noch gewahrt sein.

Schmitts Verfassungslehre *nicht* als theoretische Begründung für die Positivierung eine änderungs-festen Verfassungskerns in Art. 79 III zu apostrophieren (so auch H. Dreier, Art. 79 III Rn. 2); vgl. zu dem entsprechenden Streit D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 171 ff.

430 So auch P. Perenthaler, Der Verfassungskern, S. 19, 53; P. Badura, HStR § 160 Rn. 27. H. Ehmke versucht, änderungsfeste Bestandteile des Grundgesetzes (unabhängig von Art. 79 III) aufzuzählen; er nennt u.a. verschiedene Grundrechte, die Mitwirkung der Parteien bei der politischen Willensbil-dung und die Trennung der staatlichen Funktionen (Grenzen der Verfassungsänderung, S. 105, 111 f., 118, 123).

431 Vgl. P. Perenthaler, Der Verfassungskern, S. 67 f.

432 Selbstverständlich birgt die Annahme eines änderungsfesten Verfassungskerns auch Probleme. Oft wird darauf hingewiesen, daß eine Verfassung, die zu „hart“ ist, spröde sei und leicht zerspringe, wenn sie Belastungen ausgesetzt ist; Änderungen in den vorherrschenden Anschauungen müßten durch Verfassungsänderungen aufgefangen werden können, wenn die Verfassung nicht ihre Legiti-mität verlieren solle. Damit ist ein Problem angesprochen, das dann entsteht, wenn der änderungsfeste Kern zu *weit* gefaßt ist. Genau dieses Problem, der zur Erhaltung der Verfassungslegitimität not-wendige bzw. zulässige Umfang des änderungsfesten Kerns, kann mit Hilfe der prinzipienorientierten Theorie der Verfassungsgebung gelöst werden. Die bisherigen Ausführungen deuten schon an, daß der änderungsfeste Kern zwar klein sein, aber immerhin existieren sollte. Aussagen, die einen änderungsfesten Verfassungskern mit dem bloßen Hinweis auf die Gefahren für die Verfassungslegi-timität generell ausschließen, erscheinen dagegen als zu undifferenziert. Als Beispiel für eine solche undifferenzierte Argumentation sei hier die Dissertation von W. Zülch genannt (Das Verbot von Verfassungsänderungen nach dem Bonner Grundgesetz, passim, insb. S. 123 ff.). Die Arbeit ist ge-prägt von dem Bestreben, die Verfehltheit des Art. 79 III GG nachzuweisen, wobei sich die Argu-mentation im wesentlichen auf meist oberflächliche Kritik an Befürwortern eines änderungsfesten Verfassungskerns und auf die wiederholte Wiedergabe der erwähnten „Sprödigkeits-“ Metapher be-schränkt.

Aber die wesentlichen freiheitssichernden Regelungen, vor allem in ihrem Zusammenspiel, müssen als änderungsfest angesehen werden. So würde natürlich die Abschaffung eines *wirksamen Grundrechtsschutzes* oder die Aufhebung der *Gewaltenteilung* die Freiheitssicherung gefährden und daher die Grenze des änderungsfesten Verfassungskerns überschreiten. Es genügt aber auch, wenn die Wirksamkeit der Freiheitssicherung durch größere und grundlegende Änderungen der ineinandergreifenden freiheitssichernden Regelungen mit ungewissen Auswirkungen auf das politische Kräftespiel gefährdet wird. Eine grundlegende Änderung des *Systems freiheitssichernder Regelungen* (z.B. die Abschaffung eines bestehenden oder die Einführung eines neuen wichtigen Staatsorgans oder grundlegende Verschiebungen der Gewaltenbalance)⁴³³ ist den verfassungsändernden Organen also unter dem Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität ebenfalls grundsätzlich verwehrt.⁴³⁴

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß eine Verfassung ihre freiheitssichernde Funktion nur dann erfüllen kann, wenn alle verfaßten Organe an die sie jeweils selbst betreffenden freiheitssichernden Verfassungsvorschriften gebunden sind. Das schließt natürlich aus, daß ein verfaßtes Organ solche Vorschriften eigenmächtig ändert. Auch das verfassungsändernde Organ ist aber ein „verfaßtes Organ“, denn es übt seine Tätigkeit nur aufgrund und nach den Regeln der bestehenden Verfassung aus. Daher ist dem verfassungsändernden Organ die Änderung aller Regelungen verwehrt, die sich auf seine eigene Tätigkeit beziehen. Das betrifft in erster Linie die *Revisionsvorschriften*, und zwar sowohl die Vorschriften über das Revisionsverfahren als auch eventuelle ausdrücklich normierte materielle Schranken der Verfassungsänderung: Diese Revisionsvorschriften sind unter dem Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität selbst revisionsfest.⁴³⁵ Aus diesen Überlegungen ergeben sich weitere Änderungsschranken, wenn das

433 Ein (hypothetisches) Beispiel, an dem dieser Gedanke deutlich wird, konstruiert B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, S. 237 f.: Würde das Grundgesetz einfach gegen die amerikanische Bundesverfassung ausgetauscht, so wäre den Anforderungen des Art. 79 III zwar – abgesehen von der im Bundesrat verwirklichten Beteiligung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes – wohl genüge getan, denn auch die amerikanische Bundesverfassung verwirklicht die durch Art. 79 III geschützten Prinzipien. Aber diese totale Neuorganisation des Staates würde das System freiheitssichernder Regelungen völlig umbauen, würde daher den Kern des Grundgesetzes verletzen und wäre dem verfassungsändernden Gesetzgeber schon deswegen verwehrt.

434 Diese Argumentation korrespondiert nur indirekt mit der „internen formalen Richtigkeit“ der Verfassung, die H. Haug unter Berufung auf Carl Bilfinger thematisiert (Die Schranken der Verfassungsrevision, S. 198 ff.). Nach diesem Kriterium der „internen formalen Richtigkeit“ soll zwar auch das „System“ einer Verfassung bei der Verfassungsänderung nicht zerstört werden; dahinter steht aber lediglich die Forderung nach Klarheit und Widerspruchsfreiheit der Verfassung. Diese Forderung hat zwar auch Bedeutung für die freiheitssichernde Funktion der Verfassung, denn eine unklare oder widersprüchliche Verfassung ist zur Freiheitssicherung weniger geeignet; aber die Forderung nach Freiheitssicherung geht weiter und verlangt neben der Erfüllung der formalen Kriterien „Klarheit“ und „Widerspruchsfreiheit“ auch das Funktionieren des in der Verfassung vorgesehenen Systems der freiheitssichernden Normen und politischen Mechanismen; dieses kann auch dann gefährdet sein, wenn die Verfassung klar und widerspruchsfrei bleibt.

435 Ähnlich – allerdings mit Einschränkungen in bezug auf Art. 79 III GG – B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, S. 248 ff. Im Ergebnis wie hier E. Tosch, Die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Willen des historischen Verfassungsgebers, S. 117 ff. (allerdings mit insgesamt nicht ganz überzeugender Begründung – Tosch beruft sich auf den „Stufenbau der Rechtsordnung“). Anders dagegen H. Haug, Die Schranken der Verfassungsrevision, S. 172 ff., der das verfassungsändernde Organ mit dem *pouvoir constituant* gleichsetzt und aus dessen Ungebundenheit folgert, daß

verfassungsändernde Organ ganz oder teilweise identisch mit einem anderen Organ ist: Legt etwa eine Verfassung ihre Änderung in die Hand des gewöhnlichen Gesetzgebers, so sind auch die Vorschriften über den Gesetzgeber änderungsfest – zumindest soweit sie eine freiheitssichernde Funktion haben. Diese Änderungsschranke kann (etwa zu einem Zurückhaltungsgebot) abgemildert werden, wenn an der Verfassungsänderung noch weitere Organe beteiligt sind.

Auch aus dem Prinzip der *kollektiven Autonomie* können sich Einschränkungen der Verfassungsänderung ergeben. Diese Einschränkungen hängen von der Qualität des *Änderungsverfahrens* ab: Ist dieses geeignet, das Prinzip der kollektiven Autonomie in hohem Maße zu verwirklichen, dann lassen sich aus diesem Prinzip kaum Änderungsschranken herleiten; verwirklicht das Änderungsverfahren dagegen das Prinzip der kollektiven Autonomie in geringerem Maße (z.B. wenn sich das Verfahren auf die einfache Mehrheitsentscheidung eines repräsentativen Organs beschränkt, bei dessen Wahl die Verfassungsänderung in der Öffentlichkeit noch nicht erörtert wurde), dann ergeben sich inhaltliche Änderungsschranken, wenn die bisherige Verfassung in einem Verfahren mit hohem Maß an Verwirklichung der kollektiven Autonomie zustande gekommen war. Ein solches Änderungsverfahren genügt dann zumindest nicht für *tiefergreifende* Verfassungsänderungen als Nachweis eines entsprechenden Änderungswillens der Bürger.

Eine Verfassungsänderung beeinträchtigt – anders als die neue Verfassunggebung – nicht notwendig die *dauerhafte Konsensfähigkeit*. Denn bei einer Verfassungsänderung wird – anders als bei der Verfassunggebung – nicht die Legitimität der bestehenden Verfassung im ganzen in Frage gestellt; vielmehr erfolgt die Verfassungsänderung im Rahmen und unter Anerkennung der bestehenden Verfassung und deren Legitimität. Die bestehende Verfassung verliert also nicht an Überzeugungskraft und kann die in ihr formulierten Werte und Zielvorstellungen weiterhin vermitteln; die oben geschilderte Rückkoppelung und Verstärkung der dauerhaften Konsensfähigkeit wird durch ein Verfassungsänderungsverfahren nicht vermindert. Im Gegenteil: Die Verfassungsänderung ist das geeignete Mittel, um die Verfassung an geänderte Wert- und Zielvorstellungen

das verfassungsändernde Organ etwa auch seine Kompetenz auf ein anderes Organ übertragen könne; aufgrund seiner Ungebundenheit könne es sich diese Kompetenz jederzeit zurückholen; auch eine Bindung an ausdrücklich normierte materielle Änderungsschranken lehnt Haug unter Hinweis auf die notwendige „Biegsamkeit“ der Verfassung, die Revolutionen verhindern könne, ab (ebda. S. 182 ff.). Diese Argumentation verkennt die aus der Theorie der Verfassunggebung folgende Bedeutung der Revisionsvorschriften, denen zufolge das verfassungsändernde Organ eine *verfaßte Gewalt* ist. – Das hinsichtlich der Änderungsfestigkeit der Revisionsvorschrift des Art. 79 GG überwiegend vertretene Argument der Normlogik, die eine Änderung verbiete (weil andernfalls die Revisionsnorm wirkungslos sei; vgl. dazu etwa H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 101), geht ebenfalls von einer Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an die Revisionsvorschriften aus, denn die Normlogik ist lediglich eine Frage der Auslegung der Revisionsnormen – die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers wird hier überhaupt nicht thematisiert, sondern vorausgesetzt. – Sollte ein *Verfassungsgeber* es für nötig halten, eine Änderung der Revisionsnormen (z.B. der inhaltlichen Verfassungsänderungsgrenzen) für die Zukunft zu ermöglichen, so wäre die Konstruktion denkbar, daß ein *besonderes*, vom verfassungsändernden Organ *verschiedenes* Organ (z.B. das Staatsvolk) in einem besonderen, nur für diesen Fall vorgesehenen Verfahren hierüber beschließt; das wäre dann eine Art „Verfassungsänderung zweiter Ordnung“. Von einer solchen Regelung unberührt blieben freilich die sonstigen im Text ausgeführten inhaltlichen Änderungsgrenzen.

anzupassen und so die dauerhafte Konsensfähigkeit zu erhalten. Allerdings gelingt das nur, wenn die Verfassung im Hinblick auf *dauerhaft* geänderte Wert- und Zielvorstellungen angepaßt wird. Eine Änderung, die durch einen nur vorübergehenden Meinungsumschwung motiviert ist, kann dagegen zu einer Verminderung der dauerhaften Konsensfähigkeit der Verfassung führen. Daraus ergibt sich eine weitere inhaltliche Schranke für Verfassungsänderungen: Verfassungsvorschriften, die Ausdruck einer dauerhaften Wert- oder Zielvorstellung sind, dürfen nur dann geändert werden, wenn sich diese Wert- und Zielvorstellungen bei den Bürgern grundlegend und dauerhaft gewandelt haben. Eine momentane Mehrheit im Verfassungsänderungsverfahren reicht für eine solche Änderung alleine nicht aus.

Zusammenfassend ergibt sich für die Verfassungsänderung also folgendes Bild: Eine Verfassung, die ein Verfassungsänderungsverfahren vorsieht, darf – unabhängig von der Formulierung ausdrücklicher Änderungsschranken in den Revisionsvorschriften – in bestimmten Teilen nicht geändert werden. Nach der Theorie der Verfassungsgebung ist also ein änderungsfester Verfassungskern erforderlich. Die Grenzen dieses Bereichs sind fließend und, wie gesehen, nicht leicht zu bestimmen – dennoch muß er in der Theorie der Verfassungsgebung vorausgesetzt werden. Wird in diesem änderungsfesten Bereich im Rahmen eines Revisionsverfahrens dennoch eine Änderung vorgenommen, so ist diese nach der Theorie der Verfassungsgebung nur dann legitim, wenn sie die sogleich noch zu erörternden Anforderungen an eine *Verfassungsgebung im Verfassungsstaat* erfüllt. Eine solche Änderung ist also, auch wenn sie formal eine Verfassungsänderung darstellt, im Hinblick auf ihre Legitimität als Verfassungsgebung zu behandeln.

Das leitet über zum Problem der Legitimität der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat.

IV. Zur Legitimität der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat

Im folgenden soll zunächst – anknüpfend an die bisherigen Überlegungen – das Legitimitätsproblem der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat mit Hilfe des Prinzipienmodells dargestellt und gelöst werden. Aus der so gewonnenen Perspektive soll dann der Gegensatz zweier „klassischer“ Standpunkte kommentiert werden: M. Krieles Kritik an C. Schmitts Lehre von der Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt.

1. Die Lösung nach dem Prinzipienmodell

Die Überlegungen zum Schutz der bestehenden Verfassung haben gezeigt, daß sich aus allen drei Legitimitätsprinzipien Gründe gegen eine Verfassungsgebung im Verfassungsstaat ergeben können: aus der Sicht der kollektiven Autonomie das möglicherweise aussagekräftigere frühere Verfassungsgebungsverfahren, aus der Sicht der Freiheitssicherung die mit dem Legitimitätsverlust der alten Verfassung und der ungewissen Wirksamkeit der neuen Verfassung verbundene Unsicherheit und aus der Sicht der dauerhaften Konsensfähigkeit der Verlust an „Rückkoppelung“, an bestärkender Wirkung der Verfassung.

Aus den Legitimitätsprinzipien können sich aber auch Gründe *für* eine Verfassungsgebung im Verfassungsstaat ergeben. Im Hinblick auf die *dauerhafte Konsensfähigkeit*

ist das etwa dann der Fall, wenn sich die Meinungen der Bürger in bezug auf die Verfassung derart nachhaltig gewandelt haben, daß eine ausreichende Zustimmung zur bisherigen Verfassung auch in Zukunft nicht mehr zu erwarten ist – selbst wenn diese im Verfahren der Verfassungsänderung soweit wie möglich angepaßt wird. Die dauerhafte Konsensfähigkeit kann dann durch die Schaffung einer neuen, den geänderten Überzeugungen auf lange Sicht entsprechende Verfassung wiederhergestellt werden.

Das Prinzip der *Freiheitssicherung* spricht dann für eine Verfassungsgebung, wenn die bisherige Verfassung die Funktion der Freiheitssicherung nicht in ausreichendem Maße erfüllt, und wenn gute Gründe dafür sprechen, daß die neue Verfassung diese Funktion deutlich besser erfüllen wird. In diesem Fall dient die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat der Verstärkung der Freiheitssicherung.

Ein Argument für die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat kann auch das Prinzip der *kollektiven Autonomie* liefern. Denn wenn sich – durch ein entsprechendes Verfahren – klar feststellen läßt, daß die Bürger eine neue Verfassung wollen, dann spricht dies deutlich für die Legitimität der Verfassungsgebung.

Aus den drei Prinzipien der Theorie der Verfassungsgebung lassen sich also Gründe für und gegen eine Verfassungsgebung im Verfassungsstaat ableiten. Welches die besseren Gründe sind, muß nach den jeweiligen konkreten Umständen durch eine Abwägung ermittelt werden; das Gewicht der einzelnen Gründe kann dabei von Fall zu Fall sehr unterschiedlich sein. Daher lassen sich nur wenige *allgemeine* Aussagen über die Legitimität der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat machen. Im folgenden soll versucht werden, einige zu formulieren.

So genügt eine noch so deutliche Willensbekundung der Bürger zugunsten der Verfassungsgebung (z.B. durch klare Abstimmungsmehrheiten im Verfassungsgebungsverfahren) nicht, wenn diese Willensbekundung nicht auf einer dauerhaften Überzeugung beruht. Denn wenn die Verfassungsgebung nur auf einem vorübergehenden Meinungsumschwung oder einer momentanen „Stimmung“ beruht, ist die neue Verfassung nicht dauerhaft konsensfähig. Die Ersetzung einer Verfassung durch eine andere muß also auf einem *dauerhaften* Meinungsumschwung beruhen. Anders ausgedrückt: Auch eine sehr gute Verwirklichung der kollektiven Autonomie kann die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat nicht rechtfertigen, wenn nicht gleichzeitig ein bestimmtes Mindestmaß an dauerhafter Konsensfähigkeit verwirklicht wird.

Bei der Verfassungsgebung in einem modernen Verfassungsstaat wird häufig die Situation vorliegen, daß die bisherige Verfassung zwar eine ausreichende Freiheitssicherung gewährleistet, aber die Bürger aufgrund eines – vielleicht durch eine Änderung der äußeren Umstände veranlaßten – dauerhaften Meinungsumschwungs eine neue Verfassung wollen. Dann stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die kollektive Autonomie und die dauerhafte Konsensfähigkeit (jeweils bezogen auf die neue Verfassung) zu stellen sind, um die mit der Verfassungsgebung verbundene Gefährdung der Freiheitssicherung zu rechtfertigen.

Besteht tatsächlich ein allgemeiner, eindeutiger und dauerhafter Konsens zugunsten einer Verfassungsgebung im Verfassungsstaat, so würde das strikte Festhalten an der geltenden Verfassung (möglicherweise sogar verbunden mit der staatlichen Unterdrückung der Vorbereitung einer Verfassungsgebung im Verfassungsstaat) einen klaren Verstoß gegen diese Prinzipien darstellen: Eine derart in Geltung gezwungene Verfas-

sung ist nicht Ausdruck der kollektiven Autonomie und ist auch nicht dauerhaft konsensfähig. In einem so klaren Fall müßte das Gebot der Freiheitssicherung hinter der Autonomie und der Konsensfähigkeit zurücktreten, die Verfassunggebung im Verfassungsstaat müßte ermöglicht werden.

Ein so ausgeprägter Konsens zugunsten einer neuen Verfassung ist jedoch zumindest außerhalb revolutionärer Situationen selten. Damit stellt sich die schwierige Frage nach dem erforderlichen Mindestmaß an Zustimmung und dauerhafter Konsensfähigkeit. In dem Konflikt der Legitimitätsprinzipien Freiheitssicherung einerseits und Autonomie bzw. Konsensfähigkeit andererseits ist eine Abwägung vorzunehmen, wobei sowohl das Gewicht der einzelnen Prinzipien als auch der Grad ihrer jeweiligen Verwirklichung bzw. Beeinträchtigung zu berücksichtigen sind.

Hinsichtlich des Gewichts der einzelnen Prinzipien ist zunächst festzustellen, daß sich aus der Tatsache, daß zwei Prinzipien auf der einen Seite gegenüber nur einem auf der anderen Seite abgewogen werden, noch kein Übergewicht der Zweizahl ergibt. Das folgt schon daraus, daß sich kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit zum Teil überschneiden (ohne aber identisch zu sein); es ist also nicht die Summe ihrer Gewichte, die der Freiheitssicherung gegenübersteht. Es muß auch beachtet werden, daß der Freiheitssicherung schon deswegen ein großes Gewicht zukommt, weil sie das vorrangige Ziel der spezifischen Normierungsart der grundsätzlich unabänderlichen Verfassung ist. Das Prinzip der Freiheitssicherung kann daher gegenüber der Summe der beiden anderen Prinzipien auch überwiegen.

Eine abschließende abstrakte Bewertung des Verhältnisses der Gewichte der einzelnen Prinzipien im Sinne einer Über- bzw. Unterordnung erscheint damit ausgeschlossen. Es kommt auch auf den Gefährdungs- bzw. Verwirklichungsgrad für die jeweiligen Prinzipien in dem betrachteten konkreten Fall an.

Hier liegt es zunächst nahe, auf die Freiheitssicherung durch die neue Verfassung zu verweisen: Gelingt diese ebenso gut oder gar besser als in der bisherigen Verfassung, so ist dadurch, könnte man meinen, die vorübergehende Gefährdung der Freiheitssicherung, die die Beseitigung der bisherigen Verfassung mit sich bringt, gerechtfertigt. Aber dieser Gedanke greift zu kurz. Denn die Freiheitssicherungsmechanismen einer Verfassung können nur dann greifen, wenn sie grundsätzlich nicht zur Disposition stehen. Insbesondere dürfen sie nicht allein mit dem Hinweis auf ein besseres (aber eben anderes) System in einer neuen Verfassung disponibel gemacht werden.

Erhält die Verfassunggebung im Verfassungsstaat also ihre Legitimität jedenfalls nicht *alleine* durch den Verweis auf gleichwertige oder bessere Freiheitssicherung in der angestrebten neuen Verfassung, so müssen kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit zusätzlich in die Waagschale geworfen werden. Die Gefährdung der Freiheitssicherung durch die Verfassunggebung im Verfassungsstaat muß in jedem Fall durch entsprechende Verbesserungen hinsichtlich der Gewährleistung des Prinzips der kollektiven Autonomie und hinsichtlich der dauerhaften Konsensfähigkeit der Verfassung aufgewogen werden. Die angestrebte neue Verfassung muß also in entsprechendem Maße konsensfähiger sein bzw. das Autonomieprinzip besser verwirklichen als die geltende.

Deswegen sind im Fall der Verfassunggebung im Verfassungsstaat erhöhte Anforderungen an die Wahrung des Prinzips der kollektiven Autonomie und an die dauerhafte

Konsensfähigkeit der neuen Verfassung zu stellen. Diese beiden Legitimitätskriterien müssen nicht nur wie bei einer „einfachen“ Verfassungsneuschöpfung (also einer Verfassungsgebung ohne vorherige Verfassungsbeseitigung) eingehalten werden, sondern sie müssen besonders deutlich hervortreten, um die mit der Verfassungsgebung verbundene Gefährdung der Freiheitssicherung kompensieren zu können. Die Übereinstimmung der neuen Verfassung mit dem Willen der Bürger muß also mit besonderer Deutlichkeit feststellbar sein.⁴³⁶ Das unterscheidet die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat von der „einfachen“ Verfassungsneuschöpfung (ohne vorher existierende Verfassungsordnung): Bei dieser muß keine Gefährdung bestehender Freiheitssicherungsmechanismen kompensiert werden, und die Notwendigkeit, den verfassungslosen Zustand zu beenden, ist hier oft so groß, daß kaum die Zeit für aufwendige Entwurfsarbeiten und Abstimmungsverfahren bleibt. Im Fall der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat dagegen existiert eine geltende Verfassung, so daß es an der praktischen Notwendigkeit, schnell eine neue Verfassung zu schaffen, fehlt. Hier können hohe Anforderungen an Autonomie und Konsensfähigkeit hinsichtlich der neuen Verfassung erfüllt werden.

Das hat praktische Konsequenzen für die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat: Die Anforderungen an das *Verfahren* (das ja die Übereinstimmung der neuen Verfassung mit dem Willen des Volkes gewährleisten soll) sind hier höher anzusetzen als bei der „einfachen“ Verfassungsneuschöpfung. Bei der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat muß also in einem entsprechenden Verfahren, das nicht unter Zeitdruck steht und an dem die Bürger möglichst intensiv beteiligt werden, sichergestellt werden, daß tatsächlich ein deutlicher Wille des Volkes nach der neuen Verfassung mit dem vorgesehenen Inhalt verlangt. Nur unter dieser Voraussetzung kann die mit der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat verbundene Gefährdung der Freiheitssicherung in Kauf genommen werden.

2. Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt? M. Kriele gegen C. Schmitt

Das Problem der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat läßt sich auch als Problem der *Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt* formulieren: Kann das Volk legitimerweise jederzeit über eine bestehende Verfassung verfügen, oder geht diese verfassungsgebende Gewalt mit dem ursprünglichen Akt der Verfassungsgebung unter, bis wieder äußere Umstände zu einem Zusammenbruch der Verfassungsordnung führen? Diese gegensätzlichen Standpunkte werden von Carl Schmitt und Martin Kriele vertreten: Für Schmitt ist die Verfassungsgebung ein permanenter Vorgang; nach seiner Ansicht steht die Verfassung auch im Verfassungsstaat jederzeit und ohne Bindung an ein bestimmtes Verfahren zur Disposition des Volkes.⁴³⁷ Krieles These vom Untergang der verfassungs-

436 Das fordert auch Murswiek (Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 242 f.) im Fall der Verfassungsneuschöpfung als Voraussetzung für die Bindung der Staatsorgane an die neue Verfassung; dabei errichtet er selbst aber ein Hindernis für die eindeutige Feststellbarkeit des Volkswillens, indem er ein staatlich geduldetes oder gar unterstütztes geordnetes Verfahren der Entscheidung über eine Verfassungsneuschöpfung für unzulässig hält.

437 Diese Beliebigkeit steht übrigens in einem eigenartigen Gegensatz zu Schmitts Herausstellung bestimmter Aspekte der Normativität im übrigen; so weist ja die Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz gerade auf *Bindungen* des Verfassungsgesetzgebers hin. Vgl. dazu auch W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 139 f.

gebenden Gewalt nach vollendeter Verfassungsgebung hat dagegen die Konsequenz, daß eine Verfassungsgebung unter einer intakten Verfassung ausgeschlossen ist; die Möglichkeit der Verfassungsgebung eröffnet sich nach seiner Ansicht erst dann, wenn „der Verfassungsstaat zusammenbricht“.

Kriele begründet seine (im Rahmen seiner Kritik an Schmitt entwickelte) These vom Untergang der verfassungsgebenden Gewalt damit, daß die Wirksamkeit einer freiheits-sichernden Verfassung die Existenz eines „Souveräns“, der über der Verfassung steht, ausschließe – also auch die Weiterexistenz der verfassungsgebenden Gewalt als Souverän des demokratischen Verfassungsstaates.⁴³⁸

Die Argumentation Krieles richtet sich gegen Carl Schmitts Auffassung von der Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt. Schmitt legt Wert darauf, daß die verfassungsgebende Gewalt „der Möglichkeit nach immer vorhanden“ bleibe; sie stehe „neben und über jeder aus ihr abgeleiteten Verfassung“^{439, 440} Er beruft sich an dieser Stelle auf Sieyes, der die Unveräußerlichkeit des *pouvoir constituant* hervorgehoben habe.⁴⁴¹ Diese – in bezug auf die Theorie Sieyes’ in ihrer Gesamtheit zweifelhafte –⁴⁴² Berufung auf den „Entdecker“ der Theorie der Verfassungsgebung ist unnötig,⁴⁴³ denn die Behauptung Schmitts von der Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt folgt schon aus den Prämissen seiner eigenen Verfassungstheorie: Die nicht näher zu definierende politische Gesamtentscheidung eines nicht weiter strukturierten Volkes (also die Verfassungs-

438 M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, S. 121 ff. Gegen Krieles These wendet sich E.-W. Böckenförde, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, S. 133 ff., unter Berufung auf Schmitts Souveränitätsbegriff.

439 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 91.

440 Wenn W. Zülch (Das Verbot von Verfassungsänderungen nach dem Bonner Grundgesetz, S. 70 ff.) die Lehre von C. Schmitt zu den von ihm kritisierten Theorien zählt, die die Verfassung oder einen Teil von ihr für revisionsfest bzw. unabänderlich erklären, so geht dies am Kern der Schmittschen Lehre vorbei. Die *Verfassung* steht bei Schmitt permanent zu beliebiger Disposition des Volkes, das sich in beliebiger Form äußern kann; damit ist die Verfassung im Ergebnis so leicht zu ändern, daß es ihr an jeglicher Dauerhaftigkeit mangelt. Änderungsschranken bestehen bei Schmitt nur für den *Verfassungsgesetzgeber*, also das für die Änderung des *Verfassungsgesetzes* zuständige Organ; dieser ist an die Verfassung gebunden und muß gegebenenfalls das Verfassungsgesetz an die geänderte Verfassung anpassen. Zülch beschäftigt sich inhaltlich – übertragen auf die Terminologie Schmitts – mit der Verfassung, nicht mit dem Verfassungsgesetz. Daher trifft eigentlich das Gegenteil seiner auf Schmitt bezogenen These zu.

441 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 92.

442 Die Berufung auf Sieyes ist hier zwar insoweit richtig, als Sieyes tatsächlich gesagt hat, daß die Nation durch die Verfassung nicht gebunden sei und deswegen jederzeit über die Verfassung verfügen könne (E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 167 f.). Allerdings wird diese verkürzte Wiedergabe, wie früher schon gezeigt, der Theorie Sieyes’ in keiner Weise gerecht: Freiheitssicherung, Grundrechte und Gewaltenteilung sind zentrale Elemente dieser Theorie, werden von Schmitt aber nicht einmal erwähnt.

443 Allerdings hat wohl die Berufung auf Sieyes (auch an anderen Stellen, dazu sogleich) der Schmittschen Theorie der verfassungsgebenden Gewalt zusätzliches Gewicht gegeben – und gleichzeitig das richtige Verständnis der ursprünglichen Lehre Sieyes’ in der staatsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Literatur seit Schmitt behindert. Vgl. dazu auch (resümierend) S. Breuer, Nationalstaat und *pouvoir constituant* bei Sieyes und Carl Schmitt, S. 515 und K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 206.

gebung im Schmittschen Sinne durch das Volk) kann in der Tat jederzeit erfolgen – sofern man sie überhaupt für möglich hält.

Schmitt verknüpft mit seiner These von der Permanenz der verfassunggebenden Gewalt zwei bemerkenswerte Aussagen: Zum einen rückt er die Verfassunggebung in die Nähe der „Verfassungsänderung“; selbst die „revolutionäre Beseitigung einer Verfassung“ könne als „bloße Verfassungsänderung“ bezeichnet werden.⁴⁴⁴

Zum anderen betont Schmitt, daß die Art und Weise, wie die verfassunggebende Gewalt sich betätigt, nicht festgelegt werden könne.⁴⁴⁵ Auch hierfür beruft sich Schmitt auf Sieyes;⁴⁴⁶ das ist aber auch hier nur bei oberflächlicher Betrachtung gerechtfertigt. Für Sieyes war die Formfreiheit und auch mögliche Formlosigkeit der Betätigung der verfassunggebenden Gewalt deswegen so wichtig, weil er auf diese Weise das Vorgehen der Vertreter des Dritten Standes rechtfertigen konnte, das formal gegen die bestehende Verfassung verstieß; auf diesen Zusammenhang ist oben schon hingewiesen worden. Die Formlosigkeit der verfassunggebenden Gewalt ist bei Sieyes nicht ein Wert an sich, sondern ein Zugeständnis an die seinerzeitige politische Situation. Das wird auch darin deutlich, daß Sieyes ein bestimmtes Verfahren der Verfassunggebung (u.a. mit der Wahl von „außerordentlichen Stellvertretern“ ohne ständische Gliederung in einer gestuften, auf Gemeindeebene beginnenden Wahl) als das eigentlich richtige Verfahren schildert, um am Ende des entsprechenden Abschnitts bedauernd festzustellen, daß es für ein solches Verfahren nach dem Stand der Ereignisse nun zu spät sei.⁴⁴⁷

Schmitt zieht aus der von ihm postulierten Formlosigkeit bemerkenswerte Konsequenzen: Das Volk bzw. die „öffentliche Meinung“⁴⁴⁸ könne sich in beliebiger Weise äußern; „problematisch“ sei die geheime Einzelabstimmung, immer möglich sei dagegen die „stillschweigende Zustimmung“, die auch durch „bloße Beteiligung an dem durch eine Verfassung bestimmten öffentlichen Leben“⁴⁴⁹ erfolgen könne; in „Zeiten friedlicher Ordnung“ genüge es auch, daß „kein besonderer Wille erkennbar geäußert wird“, dies bedeute „eben fortdauernde Zustimmung zur bestehenden Verfassung“⁴⁵⁰. Und weiter: „Auf diese Weise kann also den verschiedenartigsten Verfassungen der Charakter demokratischer Legitimität zugesprochen werden, indem man sie auf die im-

444 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 92. An dieser Stelle meint Schmitt einen Begriff der Verfassungsänderung, wie er außerhalb seiner eigenen Theorie verwendet wird. Schmitts eigener, theorieimmanenter Begriff der Verfassungsänderung meint dagegen die bloße Änderung des Verfassungsgesetzes; vgl. ebda. S. 99.

445 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 82 ff., 90 f.

446 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 79. An anderer Stelle (S. 80) beklagt sich Schmitt allerdings darüber, daß Sieyes die „antidemokratische Lehre von der *Repräsentation* des Volkswillens durch die verfassunggebende Nationalversammlung“ (Hervorhebung im Original) bevorzuge. Für eine demokratische Lehre konsequent wäre es nach Schmitt dagegen gewesen, „das Volk selbst entscheiden zu lassen“. Wie eine solche Entscheidung durch das Volk nach seiner Vorstellung auszusehen hat, wird sogleich im Text dargestellt.

447 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 171 ff.

448 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 84, 246 f.

449 Ebda. S. 91.

450 Ebda. S. 84.

mer vorhandene, sei es auch nur stillschweigend betätigte verfassunggebende Gewalt des Volkes gründet.⁴⁵¹ Zu diesen „verschiedenartigsten Verfassungen“, die sich mit Schmitts Begriff der verfassunggebenden Gewalt „demokratisch“ legitimieren lassen, gehört insbesondere die Diktatur.⁴⁵²

Angesichts dieser Schmittschen Theorie der verfassunggebenden Gewalt, die letztlich auch zur Legitimation einer Diktatur eingesetzt werden kann, wenn diese nur die Äußerung eines eigenen politischen Willens durch die Bürger wirksam genug unterdrückt, verwundert es nicht, wenn in Verteidigung demokratischer und freiheitlicher Ideale vehemente Kritik an dieser Art von Legitimitätsbegründung geübt wird. Problematisch wird diese Kritik allerdings, wenn sie über die Spezifika der Theorie Schmitts hinauschießt und sich auf die Verfassunggebung schlechthin bezieht. Das scheint bei Martin Kriele der Fall zu sein.

Bei Kriele erscheint die Verfassunggebung als ein Akt eines „Souveräns“, vergleichbar dem Monarchen.⁴⁵³ Beide sind eine potentielle Gefahr für die Freiheit der Bürger. Das Mittel zum Schutz dieser Freiheit ist die Verfassung. Ein wirksamer Freiheitsschutz ist nach Kriele im Verfassungsstaat nur möglich, wenn es keinen Souverän mehr gibt; die verfassunggebende Gewalt des Volkes muß sich deswegen mit dem Akt der Verfassunggebung erschöpfen. Eine Volkssouveränität in dem Sinne, daß das Volk jederzeit alles entscheiden kann (Kriele erblickt hierin richtigerweise die Theorie Rousseaus)⁴⁵⁴, wäre mit dem Freiheitsschutz unvereinbar. Historisches Negativbeispiel ist für Kriele offenbar das diktatorische Vorgehen des Nationalkonvents und der Wohlfahrtsausschüsse in der späten Phase der Französischen Revolution.⁴⁵⁵ Verfassunggebung ist für Kriele Ausdruck unbeschränkter faktischer Macht des Volkes, die für die Freiheit der Bürger ebenso gefährlich ist wie ein souveräner Monarch.

Dieses Verständnis der Verfassunggebung ist aber nicht zwingend. Es ist ein Verständnis, das sich aus einem extremen Begriff der verfassunggebenden Gewalt speist, wie er von Schmitt eingeführt und von Kriele übernommen wurde. Es ist aber nicht das Verständnis, das der ursprünglichen Idee der Verfassunggebung zugrunde liegt, wie sie vor allem von Sieyes formuliert wurde.

Versteht man die Verfassunggebung nicht als Betätigung faktischer Macht, sondern als Anknüpfungspunkt zur Feststellung der Legitimität einer Verfassung im hier entwickelten Sinne, bedarf es keiner derartigen „Bändigung“ der verfassunggebenden Gewalt. Das Argument ist dann schlicht, daß eine Verfassung, die die Freiheit der Bürger nicht wirksam sichert, keine Legitimität beanspruchen kann. Die Vorstellung, daß eine legitime Verfassung die Freiheit der Bürger nicht schützt oder gar verletzt, ist dann ein Paradoxon. Die Verfassunggebung ist in dieser Betrachtungsweise nicht Ausdruck unbeschränkter Macht, die historisch einem bloßen Austausch des Herrschaftssubjekts „Monarch“ gegen das Herrschaftssubjekt „Volk“ zu verdanken ist. Die Theorie der Le-

451 Ebda. S. 91.

452 Ebda. S. 237.

453 Vgl. etwa M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, S. 157 ff., 277.

454 M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, S. 277.

455 Ebda. S. 164 ff.

gitation durch Verfassunggebung enthält in dieser Sicht mehr, nämlich auch *inhaltliche* Anforderungen an die Verfassung.

Wegen dieser inhaltlichen Anforderungen ist es nicht notwendig, aus Gründen des Freiheitsschutzes den Untergang der verfassungsgebenden Gewalt mit dem Akt der Verfassunggebung zu fordern; die gedachte Weiterexistenz der „verfassungsgebenden Gewalt“ unter einer geltenden Verfassung stellt keine Gefahr für die zu sichernde Freiheit dar. In diesem Sinne ist also die verfassungsgebende Gewalt „permanent“. Diese „Permanenz“ ist allerdings nicht mit der unbeschränkten Macht zu jederzeitiger beliebiger Verfassungsumgestaltung gleichzusetzen, sondern bedeutet nur die Möglichkeit der Verfassunggebung im Verfassungsstaat *unter Beachtung der Legitimitätsprinzipien*. In diesem Rahmen – und nur in diesem Rahmen – ist die Verfassunggebung im Verfassungsstaat legitim. Bei einem deutlichen und dauerhaften Konsens über die Notwendigkeit einer neuen Verfassung muß also nicht auf den Untergang des Verfassungsstaates gewartet werden – im Gegenteil: Ein solches Abwarten würde die Prinzipien der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit in unzulässigem Maße beeinträchtigen.

Die Unhaltbarkeit beider Thesen – Schmitts wie Krieels – resultiert vor allem daraus, daß beide ein Urhebermodell der verfassungsgebenden Gewalt verwenden: Die Legitimität einer Verfassung wird damit begründet, daß sie einem bestimmten, zur Verfassunggebung legitimierten Urheber zugeordnet wird: die verfassungsgebende Gewalt als (permanentes oder nach seiner einmaligen Betätigung untergegangenes) Subjekt mit unbeschränkter Befähigung bzw. Befugnis zu beliebiger Verfassungserzeugung.⁴⁵⁶ Kriele übernimmt diesen Ansatz Schmitts und modifiziert ihn nur hinsichtlich der „Lebensdauer“ des Souveräns. Wird dagegen die Theorie der Verfassunggebung mit Hilfe von Prinzipien formuliert, stellt sich die – im Verständnis Schmitts und Krieels nur mit Ja oder Nein zu beantwortende – Frage der „Permanenz“ dieses Souveräns erst gar nicht. Hier zeigt sich der Vorteil des Prinzipienmodells gegenüber dem Urhebermodell.

V. Verfassunggebung durch Organe des Verfassungsstaates?

Um eine Verfassunggebung im Verfassungsstaat zu erreichen, sind verschiedene Wege denkbar. So kann die Initiative von einzelnen politisch aktiven Bürgern oder einer politischen Partei ausgehen, die eine öffentliche Diskussion in Gang bringen, an deren Ende eine „privat“ organisierte Abstimmung steht. Ein solches Verfahren käme ohne Beteiligung der Organe der bestehenden Verfassungsordnung aus. Es kommt in Betracht z.B. für den Fall, daß eine Verfassungsbeseitigung nicht dem Willen der existierenden Staatsorgane entspricht.

Etwas anderes gilt aber dann, wenn über die Verfassunggebung allgemeiner Konsens (sowohl bei den Bürgern als auch bei den Staatsorganen) herrscht. Hier bietet sich (zumindest in praktischer Hinsicht) die Möglichkeit an, daß die Verfassunggebung und damit auch die Verfassungsbeseitigung mit Hilfe der Staatsorgane oder unter ihrer Lei-

⁴⁵⁶ Kritisch zu einer solchen Legitimitätsbegründung P. Graf Kielmansegg, *Volkssouveränität*, S. 241, 259 f; vorzugswürdig sei eine „finale“ Legitimitätsbegründung, d.h. eine Legitimitätsbegründung mit Hilfe der Zwecke einer Verfassung. Dies entspricht der hier vertretenen Auffassung, die Legitimität einer Verfassung sei mit Prinzipien zu begründen.

tung und Organisation vorbereitet werden. Denn die Staatsorgane verfügen über die personelle, sachliche und organisatorische Kapazität zur Durchführung dieser Vorbereitung: Fachleute, die Entwürfe erstellen, die Infrastruktur für Wahlen bzw. Abstimmungen usw. In praktischer Hinsicht wäre es eine merkwürdige Situation, wenn sich trotz allgemeinen Konsenses die Staatsorgane an der Vorbereitung der Verfassunggebung nicht beteiligen dürften.

Genau dies fordert aber eine Auffassung, die eine Beteiligung von Staatsorganen an der Verfassunggebung völlig ausschließt oder – noch weiter gehend – die Staatsorgane für verpflichtet hält, der Vorbereitung einer Verfassunggebung aus dem Kreis der Bürger entgegenzutreten und sie zu verhindern.⁴⁵⁷ Nach dieser Ansicht ist die Verfassunggebung durch Staatsorgane oder auch nur mit deren Hilfe oder Duldung unzulässig.

Zur Begründung einer solchen Auffassung genügt allerdings nicht schon der Hinweis darauf, daß die geltende Verfassung eine Beteiligung der Staatsorgane an einer neuen Verfassunggebung verbiete⁴⁵⁸ (was für viele Verfassungen sicher zutrifft)⁴⁵⁹. Die Legitimität einer möglichen Beteiligung der Staatsorgane an der Verfassunggebung kann letztlich nur an Maßstäben gemessen werden, die der zu ersetzenden Verfassung übergeordnet sind bzw. ihr vorausgehen; diese Maßstäbe finden sich in der Theorie der Verfassunggebung.

Die Auffassung, daß eine Beteiligung der Staatsorgane an der Verfassunggebung unzulässig ist, kann sich auch bei diesen Legitimitätsprinzipien auf einen guten Grund stützen, nämlich auf den Verfassungszweck der Freiheitssicherung. Eine wirksame Freiheitssicherung kann nämlich nur durch eine wirksame Bindung der Staatsorgane an die geltende Verfassung erreicht werden, und die Wirksamkeit dieser Bindung wird massiv in Frage gestellt, wenn Staatsorgane bei der Verfassunggebung und damit bei der Beseitigung der bestehenden Verfassung mitwirken. Wirken die Staatsorgane selbst bei der Verfassunggebung mit, dann dokumentieren sie dadurch, daß sie sich nicht mehr an die bestehende Verfassung für gebunden halten; dadurch werden das Ansehen und

457 So etwa im Ergebnis D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 190. Dagegen B.-O. Bryde, Verfassungsgebende Gewalt des Volkes und Verfassungsänderung im deutschen Staatsrecht: Zwischen Überforderung und Unterforderung der Volkssouveränität, S. 332 f.; ders., Verfassungsentwicklung, S. 246 ff.

458 So aber D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 242 ff. Eine solche Verabsolutierung der geltenden Verfassung resultiert aus einer Vernachlässigung der Legitimitätskriterien der Autonomie und der Konsensfähigkeit zugunsten der Freiheitssicherungsfunktion der Verfassung. Konsequenz bezeichnet Murswiek selbst die Duldung (!) einer förmellen (also wohl demokratischen) Entscheidung des Volkes zur Verfassungsneuschöpfung durch die Staatsorgane als „Staatsstreich“ und betont, daß der Versuch der Herbeiführung einer solchen Entscheidung das Widerstandsrecht nach Art. 20 IV GG auslösen würde. Ebenso wie Murswiek ist auch V. Lemke der Ansicht, daß die Verfassungsorgane „alles zu unterlassen (hätten), was auf eine Überwindung der bestehenden Verfassung hinausliefe“ – es sei denn, die Verfassung selbst ermächtigte die Verfassungsorgane zu einem solchen Tätigwerden (Aktualisierung der verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz, S. 83 ff.).

459 Nicht aber dann, wenn eine Verfassung ihre eigene Ersetzung durch eine andere Verfassung ausdrücklich regelt – wie etwa das Grundgesetz für den Fall der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands in Art. 146 GG a.F. Bei einer solchen Regelung kann meist, auch wenn sie dies nicht ausdrücklich vorsieht, zumindest durch Auslegung gefolgert werden, daß die Beteiligung von Staatsorganen an der Verfassunggebung zulässig ist.

die Bindungskraft der Verfassung besonders stark gemindert. Durch die Beteiligung der Staatsorgane wird also die mit der Verfassunggebung verbundene Gefährdung der Freiheitssicherung noch verstärkt.

Das bedeutet allerdings nicht, daß eine solche Vorgehensweise deswegen unzulässig ist. Nach dem Prinzipienmodell ist die Verfassunggebung im Verfassungsstaat unter Beteiligung der Staatsorgane vielmehr grundsätzlich zulässig.⁴⁶⁰ Allerdings muß darauf geachtet werden, daß die starke Gefährdung der Freiheitssicherung durch eine besonders gute Verwirklichung der anderen Legitimitätsprinzipien kompensiert wird. Das bedeutet in der Regel, daß durch ein geeignetes und entsprechend aufwendiges Verfahren sichergestellt werden muß, daß die neue Verfassung dem Willen der Bürger besonders klar und dauerhaft entspricht. Das dadurch zu erreichende besonders hohe Maß an kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit kann die mit der Beteiligung der Staatsorgane an der Verfassunggebung verbundene erhöhte Gefährdung der Freiheitssicherung kompensieren.

Eine Verfassunggebung durch Staatsorgane oder mit deren Hilfe oder Duldung kann also dann legitim sein, wenn diese Verfassunggebung dem klaren, dauerhaften und durch ein sorgfältiges Verfahren nachgewiesenen Willen der Bürger entspricht.

F. Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates

Mit Blick auf den Bundesstaat stellt sich die Frage, ob auch seine Gliedstaaten die Legitimität ihrer Verfassungen auf den Gedanken der Verfassunggebung zurückführen können.

Die Charakterisierung der Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates ist umstritten.⁴⁶¹ Manche sehen darin ein Werk des jeweiligen „pouvoir constituant“ der einzelnen Gliedstaaten, die nach dieser Ansicht eine unabgeleitete, ursprüngliche Eigenstaatlichkeit mit eigener Verfassungshoheit besitzen; nach dieser Ansicht ist die Theorie der verfassunggebenden Gewalt auf die Gliedstaaten anwendbar.⁴⁶² Andere bestreiten die Existenz eines „pouvoir constituant“ auf der Ebene der Gliedstaaten⁴⁶³ und behaupten, die Elemente der Staatlichkeit der Gliedstaaten einschließlich der Befugnis zur Setzung eigenen Verfassungsrechts seien vom Bund abgeleitet, gingen also auf die in der Bundesverfassung geregelte Verteilung der Befugnisse und Kompetenzen und damit letztlich auf einen Akt des pouvoir constituant des Gesamtstaates zurück. Die Vorstellung der Verfassunggebung ist nach dieser Ansicht nicht auf die Gliedstaaten anwendbar; sie haben demnach allenfalls „Verfassungsautonomie“, die mit der Sat-

460 Allerdings macht es sich U. Pensi in dieser Frage zu einfach, wenn er dem verfassungsändernden Gesetzgeber eine „ungeschriebene Kompetenz“ zur Verfassunggebung zuerkennt (Bestand nationaler Staatlichkeit als Bestandteil der Änderungsgrenzen in Art. 79 III GG, S. 196). Eine solche Argumentation stellt die Theorie der Verfassunggebung auf den Kopf.

461 Dazu H. J. Boehl, Verfassunggebung im Bundesstaat, S. 164 ff.; S. Storr, Verfassunggebung in den Ländern, S. 54 ff.

462 So etwa T. Maunz, Die Verfassungsmäßigkeit der Hessischen Verfassung, S. 7, 19; R. Herzog, Art. 20, IV. Rn. 26, II. Rn. 101.

463 So etwa J. Isensee, HStR § 98 Rn. 61, 79; ders., Das Volk als Grund der Verfassung, S. 64 ff.; H. Quaritsch, Staat und Souveränität I, S. 411.

zungsautonomie von Gemeinden oder Universitäten vergleichbar und etwas kategorial anderes als die „verfassunggebende Gewalt“ des Gesamtstaates sei.⁴⁶⁴

Die Unterschiede zwischen diesen – hier exemplarisch als Extreme angeführten – Positionen beruhen im wesentlichen auf unterschiedlichen Auffassungen über das Verhältnis zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten.⁴⁶⁵ In den dargestellten Positionen spiegelt sich die alte, vor allem im Deutschen Reich von 1871 und danach in der Weimarer Republik ausgefochtene Streitfrage, wo die Souveränität im Bundesstaat zu verorten sei: auf der Ebene des Bundes, der Gliedstaaten oder auf beiden Ebenen zugleich.⁴⁶⁶ Den Gliedstaaten wird meist nur dann die Fähigkeit zur Verfassunggebung zugesprochen, wenn sie als souverän angesehen werden. Den oben dargestellten Positionen ist, trotz aller Gegensätze, also die Annahme gemeinsam, daß Verfassunggebung nur durch die verfassunggebende Gewalt als *souveränes Subjekt* vorstellbar ist.⁴⁶⁷ Bundesrechtliche Vorgaben für den gliedstaatlichen Verfassungsgeber sind mit dieser Vorstellung schwer vereinbar. *Deswegen* wird von der einen Position die Verfassungshoheit und ursprüngliche Staatlichkeit der Gliedstaaten behauptet und hervorgehoben (mit der Konsequenz, daß die verfassunggebende Gewalt eines Gliedstaates souverän ist und sich „freiwillig“ in das bundesstaatliche Gefüge einordnet), und von der anderen Position die Existenz der verfassunggebenden Gewalt auf der Ebene der Gliedstaaten mit Hinweis auf den Vorrang des Bundesrechts verneint.

Schon die Prämisse, die dieser Vorstellung zugrunde liegt, nämlich die Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Souveränität, die nur *entweder* beim Bund *oder* bei den Gliedstaaten (bzw. deren jeweiliger verfassunggebender Gewalt) liegen kann, ist keineswegs denknotwendig; sie war der altliberalen Staatsrechtslehre vor der Reichsgrün-

464 Zwischen diesen Extremen gelegene Positionen werden etwa vertreten von U. Sacksofsky, Landesverfassungen und Grundgesetz und M. Sachs, Landesverfassungen im Rahmen der bundesstaatlichen Rechts- und Verfassungsordnung. Beide erkennen den Gedanken der Verfassunggebung für die Gliedstaaten offenbar an, weisen aber auf die bundesrechtlichen Bindungen bei der Verfassunggebung hin.

465 Dementsprechend diskutiert S. Storr im Rahmen der Erörterung der Verfassunggebung in den Bundesländern ausführlich die Bundesstaatslehren: Verfassunggebung in den Ländern, S. 84 ff.

466 Vgl. zu diesem Streit jetzt S. Oeter, Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, S. 664 ff.; O. Kimminich, HStR § 26 Rn. 15 ff. K. Hesse hat 1962 überzeugend auf die Zeitgebundenheit der älteren Bundesstaatstheorien und auf die begrenzten Erkenntnismöglichkeiten rein begrifflicher Bundesstaatslehren hingewiesen: Der unitarische Bundesstaat, insb. S. 1 ff. – Auf die ebenfalls vertretene Theorie des dreigliedrigen Bundesstaates soll in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden. Zu dieser Theorie vgl. K. Hesse ebda., S. 5 f.

467 In an Deutlichkeit kaum zu überbietender Weise hat Carl Schmitt die verfassunggebende Gewalt als „souveräne Diktatur“ bezeichnet und dazu ausgeführt (C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 59): „Alles, was sie tut, ist unmittelbar Ausfluß einer ihr unmittelbar übertragenen, durch keine Gewaltenteilung oder verfassungsgesetzliche Kontrolle gehemmtten politischen Gewalt. Sie kann infolgedessen ohne irgendeine andere Begrenzung als diejenige, die sie sich selbst auferlegt, alle nach Lage der Sache erforderlich erscheinenden Maßnahmen treffen, wie das zum charakteristischen Inhalt der *Diktatur* gehört. Sie hat keine Zuständigkeit, keine Kompetenz im eigentlichen Sinne, d.h. im Sinne eines im voraus geregelten und umgrenzten Amteskreises. Der Umfang ihrer Machtbefugnisse und ihrer Ermächtigung steht ganz in ihrem Ermessen ...“ (Hervorhebung im Original). Offensichtlich wurde die in der deutschen Lehre gängige Vorstellung von der verfassunggebenden Gewalt als absolut souveränem Subjekt maßgeblich von Carl Schmitt geprägt.

derung von 1871 fremd und wird heute (wieder) bezweifelt; mit guten Gründen wird jetzt in bezug auf das Verhältnis der Europäischen Union zu ihren Mitgliedstaaten wieder von der „Teilsouveränität“ gesprochen.⁴⁶⁸

Auf diese Problematik kommt es im Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität aber nicht an. Denn dieses Modell verzichtet auf die Souveränität der verfassunggebenden Gewalt. Die fehlende Souveränität eines Gliedstaates ist daher für sich genommen noch kein Grund, die Legitimation gliedstaatlicher Verfassungen durch Verfassungsgebung auszuschließen.

Dennoch bedarf es der positiven Überprüfung, ob die Theorie der Verfassungsgebung, verstanden als eine Bündelung von Legitimitätsprinzipien, auch auf den Gliedstaat eines Bundesstaates angewendet werden kann. Letztlich kommt es dabei auf die Anwendbarkeit dieser Legitimitätskriterien (also Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit) auf die gliedstaatliche Verfassung an. Dabei verdienen die bundesrechtlichen Vorgaben für den Gliedstaat, die sich ja als Problemquelle erwiesen haben, besonderes Augenmerk. Solche Vorgaben sind rechtliche Regelungen des Bundes, die für den gliedstaatlichen Verfassungsgeber verbindlich sind bzw. den gliedstaatlichen Verfassungen zumindest zum Teil vorgehen; dabei können diese Regelungen auf der Ebene der Bundesverfassung, einfachen Bundesrechts oder auf noch niedrigerer Ebene in der Normenhierarchie liegen, wenn sie nur Vorrang vor den gliedstaatlichen Verfassungen haben.⁴⁶⁹

I. Freiheitssicherung

Die Freiheitssicherung ist dann als Legitimitätskriterium auf gliedstaatliche Verfassungen anwendbar, wenn diese eine freiheitssichernde Funktion haben sollen. Im *Einheitsstaat* erfüllt, wie gezeigt, die Verfassung ihre freiheitssichernde Funktion durch die Organisation und Beschränkung der Staatsgewalt; wesentliche Voraussetzung hierfür ist die verbindliche Geltung der Verfassung für *alle* Staatsorgane einschließlich des Gesetzgebers. Diese Merkmale finden sich auch in *gliedstaatlichen* Verfassungen: Sie regeln die Organisation und Beschränkung der gliedstaatlichen Staatsgewalt⁴⁷⁰ durch das Staatsorganisationsrecht (das alle Organe des Gliedstaates bindet, auch den gliedstaatlichen Gesetzgeber) und eventuell durch Grundrechte. Die Verfassung eines Gliedstaates erfüllt damit in ihrem Geltungsbereich, also bezogen auf die durch Organe des Gliedstaates ausgeübte Staatsgewalt, ebenso wie die Verfassung eines Einheitsstaates die Funktion der Freiheitssicherung. Die gliedstaatlichen Verfassungen ergänzen auf diese Weise die Bundesverfassung, deren Regelungen für die gliedstaatlichen Organe nicht oder nur zum Teil gelten.

468 Vgl. dazu S. Oeter, Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, S. 667 ff.

469 Solche Regelungen finden sich im Grundgesetz etwa in Art. 1 III, 20 III, 28 I 1 i.V.m. 20 I und II, 28 I 2 und II, 30, 31, 70 ff. und 142. Vgl. dazu H. J. Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 186 ff.; S. Storr, Verfassungsgebung in den Ländern, S. 190 ff., 220 ff., 243 ff., 256 ff., 285 ff.

470 Im vorliegenden Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Staatsgewalt des Gliedstaates „originär“ oder „abgeleitet“ (von der Staatsgewalt des Bundes) ist. Es genügt, daß der Gliedstaat diese Staatsgewalt zumindest teilweise in eigener Regie ausübt und selbst organisiert.

Bundesrechtliche Vorgaben für das Staatsorganisationsrecht⁴⁷¹ und für Grundrechte⁴⁷² der gliedstaatlichen Verfassung könnten allerdings deren Freiheitssicherungsfunktion beeinträchtigen, wenn mit Hilfe dieser Vorgaben die Bindungswirkung der gliedstaatlichen Verfassung für die Organe des Gliedstaates verringert werden könnte. Das wäre dann der Fall, wenn die gliedstaatlichen Organe derart Einfluß auf die bundesrechtlichen Vorgaben hätten, daß sie dadurch mittelbar die für sie selbst geltenden Regelungen der gliedstaatlichen Verfassung beeinflussen könnten: Normen, deren Inhalt der Normadressat (mittelbar) beeinflussen kann, haben eine geringere Bindungswirkung. Eine solche Gefahr besteht jedoch in der Regel nicht. Denn die Organe des Bundes, die solche Vorgaben erzeugen können (vor allem der verfassungsändernde Gesetzgeber des Bundes), sind von den Organen und damit der Staatsgewalt des Gliedstaates verschieden und werden in der Regel auch nicht maßgeblich von den Organen eines Gliedstaates beeinflusst.⁴⁷³ Die gliedstaatliche Verfassung unterliegt also zwar fremdem Einfluß, nämlich dem Einfluß des Bundes, nicht aber dem Einfluß der gliedstaatlichen Organe, für die sie gelten soll. Für *diese* Organe ist sie bindend und kann daher in bezug auf *diese* Organe ihre freiheitssichernde Funktion erfüllen.

Das Legitimitätskriterium der Freiheitssicherung ist also auch auf gliedstaatliche Verfassungen anwendbar und kann durch diese Verfassungen erfüllt werden.

II. Kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit

Ähnlich verhält es sich mit den Kriterien der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit. Eine gliedstaatliche Verfassung kann – ebenso wie die Verfassung eines Einheitsstaates – einen desto höheren Grad an Legitimität beanspruchen, je besser ihr Inhalt dem Willen der Betroffenen (hier: der Einwohner des Gliedstaates) entspricht und auf einen dauerhaften Konsens dieser Betroffenen hoffen kann. Aber die Schaffung einer Verfassung, deren Inhalt diesen Anforderungen gänzlich entspricht, kann durch bundesrechtliche Vorgaben behindert werden. Durch diese Vorgaben kann nämlich der Gliedstaat gezwungen werden, sich eine Verfassung zu geben, die nicht in optimaler Weise dem Willen seiner Einwohner entspricht bzw. nicht den optimalen dauerhaften Konsens erwarten kann. Deswegen allein verlieren aber die kollektive Autonomie und die dauerhafte Konsensfähigkeit als Legitimitätskriterien nicht schon jede

471 In der Praxis gibt es oft nur wenige Vorgaben für das Staatsorganisationsrecht der Gliedstaaten; im Grundgesetz etwa ist hier vor allem Art. 28 I 1, 2 GG zu nennen. Vgl. dazu H. J. Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 198 ff.

472 Die Grundrechte des Grundgesetzes etwa binden auch die Landesstaatsgewalt, so daß es zu einer Kollision mit Grundrechten aus den Landesverfassungen kommen kann. Dieser Fall ist (zumindest hinsichtlich übereinstimmender Grundrechte) ausdrücklich in Art. 142 GG geregelt; vgl. dazu H. J. Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, S. 206 ff.

473 An der freiheitssichernden Funktion einer gliedstaatlichen Verfassung wäre etwa dann zu zweifeln, wenn der betreffende Gliedstaat eine beherrschende Stellung im Gesamtstaat und maßgeblichen Einfluß auf die Rechtsetzung des Bundes hätte. Dann wäre es nämlich den Organen dieses Gliedstaates möglich, über den Umweg des Bundesrechts Regelungen der eigenen gliedstaatlichen Verfassung zu ändern oder zu beseitigen – die gliedstaatlichen Organe wären letztlich nicht an die gliedstaatliche Verfassung gebunden. Ein solcher maßgeblicher Einfluß eines Gliedstaates auf die Rechtsetzung des Bundes wird etwa im Grundgesetz durch das Mehrheitserfordernis und die Stimmenverteilung im Bundesrat verhindert (vgl. Art. 52 III 1, 51 II GG).

Bedeutung für die gliedstaatliche Verfassung. Denn *innerhalb* des bundesrechtlichen Rahmens bleibt die Forderung nach kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit bestehen; diese Prinzipien müssen unter Beachtung der bundesrechtlichen Vorgaben optimiert werden. Das genügt für die unter dem Vorbehalt äußerer Beschränkungen stehenden Kriterien der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit. Daher ist es sinnvoll, diese Legitimitätskriterien auch auf gliedstaatliche Verfassungen anzuwenden.

Insgesamt zeigt sich also, daß die bundesrechtlichen Vorgaben die Anwendung der drei Legitimitätsprinzipien Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit auf die Verfassungen der Gliedstaaten nicht ausschließen, sondern allenfalls deren Verwirklichung beschränken.

G. Die Verfahren der Verfassunggebung

Schon mehrfach ist die Bedeutung des Verfahrens einer Verfassunggebung angeklungen. Dieses ist nun genauer zu untersuchen. Dabei zeigt schon ein flüchtiger Blick, daß es nicht „ein“ bestimmtes Verfahren gibt, sondern eine breite Vielfalt verschiedener Verfahren. Das Spektrum reicht von der (problematischen) nachträglichen Annahme einer oktroyierten Verfassung durch „Teilnahme am Verfassungsleben“⁴⁷⁴ bis zum ausgefeilten Verfahren mit Wahl einer Nationalversammlung und späterem Referendum über den von dieser verabschiedeten Verfassungsentwurf. Bevor einzelne Verfahrenstypen dargestellt werden (III), soll aber – nach einer Bemerkung zur Bedeutung des Verfassunggebungsverfahrens (I) – zunächst in allgemeiner Form das Ideal des Verfassunggebungsverfahrens der besonderen Realität der Situation der Verfassunggebung gegenübergestellt werden (II).

I. Die Bedeutung des Verfahrens der Verfassunggebung für die Verfassungslegitimität

Im Prinzipienmodell der Verfassunggebung, wie es in dieser Arbeit entwickelt wurde, steht der singuläre Akt einer ursprünglichen Verfassunggebung nicht notwendig im Mittelpunkt. Vielmehr geben die Prinzipien Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit Kriterien an die Hand, mit deren Hilfe sich die Legitimität einer Verfassung beurteilen läßt. Diese Kriterien sind auf die zu beurteilende Verfassung grundsätzlich unter Berücksichtigung der jeweils *gegenwärtigen* Verhältnisse anzuwenden. Es kommt darauf an, ob die Mechanismen der Freiheitssicherung *gegenwärtig* funktionieren und in welchem Grade die kollektive Autonomie *gegenwärtig* verwirklicht ist. Lediglich das Kriterium der dauerhaften Konsensfähigkeit hat ein über die Gegenwart hinausgehendes, zukunftsbezogenes Moment – jedoch kommt es letztlich auch hier darauf an, wie die Dauerhaftigkeit *gegenwärtig* zu beurteilen ist. Unter diesem Blickwinkel verliert der ursprüngliche Akt der Verfassunggebung seine mystisch-legitimierende Bedeutung: Eine Verfassung ist nicht *allein* deswegen legitim, weil sie irgendwann durch einen historisch bedeutsamen Akt in Kraft gesetzt wurde, sondern sie muß ihre Legitimität in der Gegenwart unter Beweis stellen; sie kann insbesondere ihre zunächst vorhandene Legitimität aufgrund veränderter Verhältnisse verlieren. Es ist

474 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 91.

sogar möglich, die Legitimität einer Verfassung nach dem Prinzipienmodell auch dann zu beurteilen, wenn die Art der Entstehung dieser Verfassung unbekannt ist oder wenn sie auf Gewohnheitsrecht beruht und es an einem einzelnen verfassungsgebenden Akt fehlt – auch die britische Verfassung erschließt sich so der Theorie der Verfassungsgebung⁴⁷⁵.

Diese Relativierung des Verfassungsgebungsaktes führt allerdings nicht zu dessen Bedeutungslosigkeit. Vielmehr finden Verfassungsgebungsakte, vor allem in Gestalt der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat, auch in der heutigen politischen Realität immer wieder an verschiedenen Orten der Welt statt. Steht eine politische Gemeinschaft vor der Aufgabe, sich eine neue Verfassung zu geben, so bekommt die Frage nach dem richtigen Verfahren eine sehr große Bedeutung; in dieser zukunftsgerichteten Perspektive lohnt es sich also in jedem Fall, das Verfassungsgebungsverfahren zu untersuchen. Darüber hinaus kann aber auch ein in der Vergangenheit liegender Akt der Verfassungsgebung Bedeutung für die Verfassungslegitimität haben: Aus einer in einem bestimmten Verfassungsgebungsverfahren nachgewiesenen großen oder weniger großen Zustimmung in der Vergangenheit etwa läßt sich bis zu einem gewissen Maße auch auf die Zustimmung in der Gegenwart (und damit die Verwirklichung der kollektiven Autonomie) und auf die dauerhafte Konsensfähigkeit schließen.

II. Ideal und Realität

1. Das Ideal des Verfassungsgebungsverfahrens

Die Frage nach dem „richtigen“ Verfahren der Verfassungsgebung entscheidet sich, wie gerade angedeutet, vor allem danach, wie gut dieses Verfahren das Prinzip der kollektiven Autonomie verwirklicht; auch die Verwirklichung des Prinzips der dauerhaften Konsensfähigkeit kann durch ein entsprechendes Verfassungsgebungsverfahren gefördert werden.

Im Hinblick auf das Prinzip der kollektiven Autonomie ist an das Verfassungsgebungsverfahren die Anforderung zu stellen, daß in die zu treffende Kollektiventscheidung über die Verfassung der jeweilige individuelle Wille der Betroffenen in möglichst großem Maße einfließt. Insoweit entspricht das Ideal des Verfassungsgebungsverfahrens dem Ideal des demokratischen Gesetzgebungsverfahrens im allgemeineren Sinne, und in der Frage nach dem richtigen Verfassungsgebungsverfahren läßt sich ein altes Problem der Demokratietheorie erkennen: Wie muß ein Entscheidungsverfahren beschaffen sein, an dem zahlreiche Individuen mit unterschiedlicher Willensrichtung teilnehmen, wenn das Ergebnis dieses Verfahrens möglichst gut den Willen aller beteiligten Individuen widerspiegeln soll? Die Antwort auf diese Frage ist umstritten.⁴⁷⁶ So besteht vor allem

475 Die britische Verfassung kann zwar nach den drei Legitimitätsprinzipien beurteilt werden, aber die so ermittelte Legitimität dürfte schon wegen der im britischen Verfassungsrecht anerkannten Doktrin von der Parlamentsouveränität eher gering ausfallen; vgl. dazu H.-P. Schneider, HStR § 158 Rn. 4. Die Theorie der Verfassungsgebung ist eben eine amerikanische und französische, keine britische Erfindung.

476 Vgl. die Darstellung der verschiedenen Theorien bei M. G. Schmidt, *Demokratietheorien*. Zu den Komponenten demokratischer Legitimation aus der Sicht des Grundgesetzes vgl. E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 14 ff.

keine Einigkeit darüber, in welchem Verhältnis repräsentative und plebiszitäre Verfahrenselemente stehen sollten, d.h. ob überhaupt bzw. in welchem Umfang Kollektiventscheidungen von gewählten Repräsentanten oder durch Referendum getroffen werden sollten. In bezug auf die repräsentativen Verfahrenselemente ist – neben vielem anderen – auch umstritten, welche Rolle politische Parteien und Interessenverbände dabei spielen sollten.⁴⁷⁷ Mindestanforderung an ein demokratisches Gesetzgebungsverfahren ist aber eine echte Beteiligung der Betroffenen in Form von Wahl oder Abstimmung, bei der der individuelle Wille ungehindert kundgetan werden kann, verbunden mit der Ermöglichung realitätsbezogener Willensbildung durch ungehinderten Informationsaustausch im Vorfeld von Wahl oder Abstimmung.

Der angesprochene Streit über das ideale demokratische Gesetzgebungsverfahren kann hier weder vollständig dargestellt noch entschieden werden. Aus den Besonderheiten der (hier eigentlich interessierenden) Verfassungsgebung ergeben sich jedoch einige besondere Anforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren, die im folgenden kurz dargestellt werden sollen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das Prinzip der kollektiven Autonomie im Zusammenhang mit der Verfassungsgebung eine größere Bedeutung hat als im Zusammenhang mit der einfachen Gesetzgebung. Denn die (durch Beachtung des Prinzips der kollektiven Autonomie geförderte) Legitimität der Verfassung wirkt sich unmittelbar auf die Legitimität der durch die Verfassung normierten Staatstätigkeit aus: Legitimität der Verfassung bewirkt die Akzeptanz der Staatstätigkeit. Eine solche Akzeptanz ist wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Staates überhaupt. Widerspricht ein einfaches Gesetz dem Willen der Betroffenen, so entstehen daraus Probleme für den Regelungsbereich dieses Gesetzes; widerspricht aber die Verfassung dem Willen der Staatsbürger, entstehen Probleme für den Staat als solchen.

Das Prinzip der kollektiven Autonomie scheint – zumindest dem ersten Anschein nach – am besten durch plebiszitäre Verfahrenselemente verwirklicht zu werden. Denn wenn ein Verfassungsentwurf die mehrheitliche Zustimmung der Betroffenen in einem Plebiszit erhalten hat, entspricht sein Inhalt dem Willen der Mehrheit. Das läßt sich von einer in einem rein repräsentativen Verfahren zustande gekommenen Verfassung nicht ohne weiteres sagen: Auch wenn die Betroffenen mit der Zusammensetzung des Repräsentationsorgans (z.B. der Nationalversammlung) mehrheitlich einverstanden sind, ist nicht ausgeschlossen, daß sie die von diesem Organ dann kreierte Verfassung mehrheitlich ablehnen würden, wenn sie gefragt würden.

Bei näherem Hinsehen wird jedoch fraglich, ob ein Plebiszit in jedem Fall eine bessere Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie garantiert als ein repräsentatives Verfahren.⁴⁷⁸ Zweifel daran, daß ein plebiszitäres Verfahren geeignet sei, ein Ergebnis zu produzieren, das dem wirklichen Willen der Betroffenen entspricht, ergeben sich daraus, daß sich eine Abstimmung über eine Sachfrage schon aus technischen Gründen auf die Wahl zwischen einigen wenigen Alternativen oder gar auf die bloße Annahme oder Ablehnung eines einzigen Vorschlags beschränken muß. Weitere Alternativen oder neue Kompromißlösungen, die dem Willen der Betroffenen vielleicht bes-

477 Vgl. dazu jetzt S. Rossi, *La rappresentanza nello stato costituzionale*.

478 Vgl. dazu E.-W. Böckenförde, *HStR* § 30.

ser entsprechen würden, sind damit ausgeschlossen. Solche besseren Alternativen lassen sich nicht in einem plebiszitären Verfahren finden, sondern nur durch Verhandlungen in einem überschaubaren Kreis von Beteiligten – also etwa in einer Nationalversammlung. Das spricht eher für repräsentative Verfahrensformen.

Durch eine Kombination repräsentativer und plebiszitärer Elemente lassen sich allerdings die Vorteile beider Verfahrensformen nutzbar machen. Wird ein Verfassungsentwurf – oder mehrere Alternativentwürfe – zunächst von einer gewählten Nationalversammlung ausgearbeitet, können in ihm schon verschiedene Ansichten, Interessen und politische Richtungen berücksichtigt und Kompromisse gefunden werden; wird dieser Entwurf bzw. einer dieser Entwürfe dann auch in einem anschließenden Plebiszit angenommen, ist sichergestellt, daß er tatsächlich die Zustimmung der Betroffenen findet. Außerdem wird möglicherweise das Wissen um das nachfolgende Plebiszit das Augenmerk der Nationalversammlung in besonderer Weise auf die Zustimmungsfähigkeit des von ihr zu erarbeitenden Verfassungsentwurfs lenken, so daß das nachfolgende plebiszitäre Verfahrenselement auch die inhaltliche Qualität (bezogen auf den Gesichtspunkt der kollektiven Autonomie) schon dieses Entwurfs fördert.

Der vor allem in der deutschen politischen Diskussion gegen Plebiszite vorgebrachte Einwand, das Volk sei bei Entscheidungen über einzelne Sachfragen leicht manipulierbar oder entscheide in unberechenbarer Weise nach der jeweils zufällig vorherrschenden Stimmung, greift bei einem kombinierten repräsentativ-plebiszitären Verfassungsgebungsverfahren kaum: Zum einen ist sich ein Bürger, der über die zukünftige Verfassung für seinen Staat abstimmt, im Normalfall der Bedeutung dieser Entscheidung bewußt und entscheidet nicht aus einer augenblicklichen Laune heraus; zum anderen wird die Gefahr „unvernünftiger“ Entscheidungen (im Sinne dieser Kritik) dadurch kompensiert, daß die zur Abstimmung stehenden Entwürfe zuvor von einem parlamentsähnlichen Repräsentationsorgan erarbeitet werden.

Neben der Ausgestaltung des Verfassungsgebungsverfahrens mit repräsentativen und plebiszitären Elementen haben auch die Öffentlichkeit dieses Verfahrens und seine Dauer Einfluß auf die Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie. Erfolgt die Erarbeitung des später zur Abstimmung stehenden Entwurfs unter den Augen und mit Beteiligung der Öffentlichkeit (z.B. vermittelt durch die Presse und die Parteien), können schon in diesem Stadium Meinungen und Ideen auch von außerhalb der Nationalversammlung einfließen und berücksichtigt werden. Geschieht dies über einen längeren Zeitraum, können um so mehr Meinungen und Ideen erfaßt und in Ruhe verarbeitet werden. Dadurch kann der Verfassungsentwurf allmählich an die Individualwillen der Betroffenen angepaßt werden. Außerdem kann eine lange Verfahrensdauer zu einem Verfassungsentwurf führen, der das Kriterium der dauerhaften Konsensfähigkeit besonders gut erfüllt; denn ein solcher Entwurf hat dann möglicherweise schon verschiedene Meinungs- und Stimmungsänderungen während der Dauer des Verfassungsgebungsverfahrens überstanden, sich also zumindest für diesen Zeitraum schon als dauerhaft konsensfähig erwiesen.

Nach diesen idealisierten Vorstellungen müßte ein Verfassungsgebungsverfahren also eine Kombination aus repräsentativen und plebiszitären Elementen darstellen, sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und schon in der Entwurfsphase die Öffentlichkeit einbeziehen.

2. Die Realität der Verfassunggebung

Dem soeben dargestellten Idealbild entspricht freilich kaum ein tatsächlich durchgeführtes Verfassungsgebungsverfahren. Diese Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis zeigte sich schon beim ersten revolutionären französischen Verfassungsgebungsverfahren: Natürlich entspricht es nicht demokratischer Idealvorstellung, wenn die Vertreter des Dritten Standes sich, obwohl sie *dazu* kein Mandat haben, zur Nationalversammlung erklären und eine Verfassung für Frankreich ausarbeiten und verabschieden. Dieses Problem hat auch Sieyes gesehen und unter der Überschrift „Was man hätte tun sollen“ in seiner Schrift über den Dritten Stand⁴⁷⁹ ein Verfahren mit Einberufung „außerordentlicher Stellvertreter“ durch die gesamte Nation – ohne ständische Gliederung – zum ausschließlichen Zweck der Verfassunggebung dargestellt. Ein solches Verfahren hielt er auch in der Situation, als die Vertreter der Stände schon zu einem anderen Zweck versammelt waren, noch für möglich und bezeichnete es als den „klarere(n) und großzügigere(n) Weg, der somit der Würde des Dritten Standes am angemessensten ist“⁴⁸⁰. Der Dritte Stand solle mit der Ausübung seiner Gewalt warten, bis die Nation entschieden hat. Gleichzeitig rechtfertigte Sieyes aber den anderen Weg, der dann schließlich eingeschlagen wurde, weil er wohl in der revolutionären Situation der einzig praktikable war: Die Erklärung allein der Vertreter des Dritten Standes zur Nationalversammlung unter Ausschluß der beiden anderen Stände und ohne Durchführung besonderer Wahlen. Diese theoretische Rechtfertigung eines nur mangels praktikabler Alternativen durchgeführten Verfahrens wirkt willkürlich und konstruiert; sie stützt sich vor allem auf die überwältigende zahlenmäßige Mehrheit der Angehörigen des Dritten gegenüber den Angehörigen der anderen beiden Stände und auf die tragende Bedeutung des Dritten Standes für die ganze Nation. Die Vertreter des Dritten Standes könnten „ohne jede Schwierigkeit für die Nation insgesamt beraten, bloße zweihunderttausend Köpfe ausgenommen“⁴⁸¹. Dem Argument, daß nach der bisherigen „Verfassung“ Frankreichs nur die Vertreter der drei Stände zusammen die Nation repräsentieren⁴⁸², begegnet Sieyes mit der Feststellung, die Nation könne durch verfassungsmäßige Regeln nicht gebunden werden, sei „von jeder Form unabhängig“, und „die bloße Äußerung ihres Willens“ genüge, um „alles positive Recht außer Kraft zu setzen“⁴⁸³.

Vor allem Carl Schmitt war es, der, wie oben gezeigt, diesen eigentlich nicht in das Gesamtkonzept der Sieyesschen Theorie passenden und mehr den revolutionären Umständen geschuldeten Aspekt herausgriff und ihm eine zentrale Position in der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt einräumte. Das durch Schmitt populär gewordene Argument von der Formfreiheit der Betätigung der verfassungsgebenden Gewalt findet sich häufig in Erörterungen über das Verfahren der Verfassunggebung: Dieses Verfahren sei ungebunden, nicht festgelegt; jede Äußerungsform der verfassungsgebenden Gewalt sei zulässig. Dabei wird jedoch häufig übersehen, daß die für andere Normsetzungen erho-

479 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 164 ff.

480 Ebda. S. 184.

481 Ebda. S. 182.

482 Ebda. S. 164.

483 Ebda. S. 169.

bene Forderung nach möglichst guter Anbindung an den Willen der Betroffenen auch (und sogar in besonderem Maße) für die Verfassunggebung gilt. Die Toleranz hinsichtlich der Zulässigkeit unterschiedlichster Verfahrensformen bei der Verfassunggebung – auch mit Abstrichen vom demokratischen Ideal – ist nur deswegen notwendig, weil *aus praktischen Gründen* unter den oftmals chaotischen Verhältnissen einer Situation, in der eine neue Verfassung entsteht, ein besser dem demokratischen Ideal entsprechendes Verfahren *nicht möglich* ist. Das trifft auch für das revolutionäre Frankreich zu: Die Vertreter des Dritten Standes wurden sich ihrer Lage bewußt und erkannten die Möglichkeiten der Situation; sie sahen sich vor eine Entscheidung gestellt, mußten schnell handeln. Ein demokratischeres Verfahren wie eine allgemeine Wahl zur Nationalversammlung hätte – zumal unter den Bedingungen im Frankreich des 18. Jahrhunderts – die weitere Entwicklung verzögert oder gar verhindert. *Deswegen* wurde das „schroffe“⁴⁸⁴ Verfahren gewählt, obwohl „die Kammer des Dritten Standes ... nicht sonderlich befugt (war), eine *außerordentliche Stellvertretung* des Königreichs einzuberufen“⁴⁸⁵. Von der Verfassunggebung wird also ein verzerrtes Bild entworfen, wenn, wie vor allem bei Carl Schmitt, die angebliche Beliebigkeit des Verfahrens und dessen angebliche Unabhängigkeit vom demokratischen Ideal als ihr Charakteristikum dargestellt wird.⁴⁸⁶ Aus praktischen Gründen erforderliche Abweichungen vom Ideal beseitigen nicht das Ideal; dieses dient ohnehin nur zur Orientierung und kann in realistischer Sicht nicht nach voller Verwirklichung verlangen.

Auch das Verfahren, in dem das Grundgesetz zustande kam, entspricht nicht dem oben dargestellten Idealbild einer Verfassunggebung; in mancher Hinsicht steht es zu diesem Ideal sogar in Widerspruch. Keines der beteiligten Organe ist zum Zweck der Verfassunggebung gewählt worden: Die Länderparlamente, die das Grundgesetz am Ende des Verfahrens angenommen haben (vgl. Art. 144 I GG), waren schon gewählt, bevor überhaupt von der Schaffung der Bundesrepublik und einer Verfassunggebung für den Bund die Rede war⁴⁸⁷ – wurden also von den Wählern nicht als Verfassunggebungsorgane eingesetzt; und der Parlamentarische Rat, der das Grundgesetz zuvor ausarbeitete und verabschiedete, bestand aus Vertretern eben dieser Länderparlamente. Dieser Mangel im repräsentativen Verfahren wurde auch zunächst⁴⁸⁸ nicht durch ein plebiszitäres Verfahrenselement aufgewogen: Weil das Grundgesetz nicht die Weihe einer endgültigen Verfassung erhalten sollte (sondern im Hinblick auf die Wiederherstellung der Einheit Deutschlands mit den sowjetisch besetzten Landesteilen nur vorläu-

484 Ebda. S. 184.

485 Ebda. S. 184 (Hervorhebung im Original).

486 In diese Richtung geht auch die Kritik P. Häberles an der Theorie Schmitts und ihrer Rezeption: Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse, S. 145 f.

487 D. Murswiek, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 85.

488 Als ein – wenn auch nachträgliches – plebiszitäres Verfahrenselement kann man die Wahlen zum Ersten Deutschen Bundestag ansehen, die auch als eine Abstimmung über das Grundgesetz betrachtet wurden. Dazu sogleich ausführlicher.

fig sein sollte), wurde auf ein Referendum verzichtet.⁴⁸⁹ Und schließlich widersprach die inhaltliche Einflußnahme der Westalliierten auf die Beratungen und die Beschlußfassung des Parlamentarischen Rates⁴⁹⁰ dem Prinzip der kollektiven Autonomie.

Trotz dieser Defizite gegenüber dem Idealbild eines Verfassungsgebungsverfahrens ist bis heute kein ernsthafter Zweifel an der Legitimität des Grundgesetzes laut geworden. Ein – nachträglicher – Nachweis für die Rückanbindung an den Willen der Betroffenen wurde vor allem in den Wahlen zum ersten Bundestag gesehen. Die Wahlbeteiligung war hoch, und es siegten mit ganz deutlicher Mehrheit die Parteien, die das Grundgesetz unterstützten und deren Vertreter es maßgeblich ausgearbeitet hatten.⁴⁹¹ Die Verfahrensmängel bei der Entstehung des Grundgesetzes wurden zwar immer wieder als „Geburtsmakel“ bezeichnet,⁴⁹² meist im Zusammenhang mit der politischen Forderung nach einer mit einem Referendum abzuschließenden Verfassungsrevision (so zuletzt und vor allem anlässlich der Vereinigung der beiden deutschen Staaten); niemand behauptete aber ernstlich, das Grundgesetz sei wegen der Verfahrensmängel schlechthin illegitim. Eine erfolgreiche legitime Verfassungsgebung ist also offensichtlich auch unter erheblichen Abweichungen vom Idealbild des Verfassungsgebungsverfahrens möglich. Das muß auch so sein, denn unter den realen Bedingungen der meisten Verfassungsgebungen – Revolution, kriegsbedingter Zusammenbruch des Staatsgefüges usw. – kann ein ideales Verfahren nicht durchgeführt werden. Soll ein Land, in dem solche Bedingungen herrschen, nicht auf längere Sicht im mehr oder weniger verfassungslosen Zustand bleiben, sind manchmal weitgehende Zugeständnisse im Hinblick auf das Verfahren nötig. Das alles ändert aber, wie schon erwähnt, nichts an der Leitbildfunktion des oben dargestellten idealen Verfassungsgebungsverfahrens. Abweichungen hiervon bedürfen einer Rechtfertigung mit besonderen praktischen Notwendigkeiten.

489 Dazu D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 47 ff.; H. v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 182.

490 Dazu D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 94.

491 Hierzu und zu anderen Anknüpfungspunkten für die Rückanbindung des Grundgesetzes an den Willen des deutschen Volkes B. Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, S. 156 ff. Neben den Wahlen zu ersten Bundestag werden auch die späteren Bundestagswahlen, die Annahme des Grundgesetzes durch die Landtage oder das „plébiscite de tous les jours“, nach der Wiedervereinigung außerdem die Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften zum Einigungsvertrag, die ersten Bundestagswahlen nach der Wiedervereinigung oder, in bezug auf die Bevölkerung der DDR, die ersten (und letzten) freien Volkskammerwahlen, die Beitrittsklärung der DDR zur Bundesrepublik oder die massenhafte Übersiedlung in die Bundesrepublik als „Abstimmung mit den Füßen“ genannt. Stückrath weist jedoch zu Recht auf die Problemhaftigkeit der meisten dieser vermeintlichen Anknüpfungspunkte hin. Als Akte der Willensbetätigung, die sich (zumindest indirekt) auf Verfassungsgebung beziehen, bleiben wohl nur die Wahlen nach Inkrafttreten des Grundgesetzes, durch die die Akzeptanz des Grundgesetzes (dessen Organe ja gewählt wurden) zum Ausdruck gebracht wurde. Das gilt ebenso für das Inkrafttreten des Grundgesetzes auf dem Gebiet der ehemaligen DDR.

492 So etwa von H.-P. Schneider, HStR § 158 Rn. 37 („Geburtsfehler“).

3. Mindestanforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren

Trotz der Vielfalt von denkbaren praktischen Notwendigkeiten, die jeweils bestimmte Abstriche vom Ideal des Verfassungsgebungsverfahrens rechtfertigen können, muß aus der Sicht der Theorie der Verfassungsgebung an bestimmten Mindestanforderungen an das Verfahren festgehalten werden. Der Wille der Betroffenen kann nämlich nur dann in die Entscheidung über die Verfassung einfließen, d.h. das Prinzip der kollektiven Autonomie kann nur dann verwirklicht werden, wenn dieser Wille *erkennbar* geäußert wird. Es muß also eine *aktive Willensäußerung* der Betroffenen in bezug auf die Verfassungsgebung vorliegen. Eine solche Willensäußerung setzt echte Entscheidungsfreiheit und die Existenz von Alternativen voraus – zumindest der Alternative, zu einem Verfassungsentwurf „nein“ zu sagen. Daraus, daß überhaupt „kein besonderer Wille erkennbar geäußert wird“⁴⁹³, kann eben nicht, wie Carl Schmitt es tut, „Zustimmung zur bestehenden Verfassung“ gefolgert werden. Auch die „öffentliche Meinung“⁴⁹⁴ ist keine aktive, freie Willensäußerung der Betroffenen, denn sie berücksichtigt nur diejenigen, denen es gelingt, ihre Meinung öffentlich zu machen. Und es stimmt auch nicht, daß „eine stillschweigende Zustimmung des Volkes ... immer möglich und leicht zu erkennen“⁴⁹⁵ ist, und daß diese Zustimmung etwa in der „bloßen Beteiligung an dem durch eine Verfassung bestimmten öffentlichen Leben“⁴⁹⁶ als „konkludente Handlung“ erblickt werden kann. Ein überzeugendes und sehr plastisches Argument gegen eine solche Zustimmung zur Verfassung (bzw. zum Gesellschaftsvertrag) durch bloße Teilnahme am öffentlichen Leben formulierte David Hume schon Mitte des 18. Jahrhunderts: „Können wir allen Ernstes behaupten, daß ein armer Bauer oder Handwerker die freie Wahl hat, sein Land zu verlassen, wenn er keine Fremdsprache spricht oder Umgangsformen kennt und Tag für Tag von seinem geringen Lohn lebt? Wir könnten ebenso gut behaupten, daß ein Mann durch seinen Aufenthalt auf einem Schiff die Herrschaft des Kapitäns freiwillig anerkennt, obwohl er im Schlaf an Bord getragen wurde und ins Meer springen und untergehen müßte, wenn er das Schiff verlassen wollte.“⁴⁹⁷ Nur eine allgemeine, freie,

493 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 84.

494 Ebda. S. 84, 246 ff.

495 Ebda. S. 91.

496 Ebda. S. 91.

497 D. Hume, Über den ursprünglichen Vertrag, S. 311. In dieser Abhandlung kritisiert Hume die Vertragstheorien (v.a. diejenigen von Hobbes und Locke) als wirklichkeitsfremd: Herrschaft gründe sich in der Realität auf effektive Machtausübung und die Verfolgung eigener Interessen, nicht auf die Zustimmung der Herrschaftsunterworfenen. Hierzu ist zweierlei anzumerken: Zum einen wendet sich Hume vor allem gegen den nicht-fiktiven Gesellschaftsvertrag, also die Behauptung, Herrschaft beruhe auf einem tatsächlichen Vertragsschluß. Die Idee eines *fiktiven* Gesellschaftsvertrages als Legitimitätsbegründung ist nicht Gegenstand seiner Abhandlung. Fast scheint es, als ob Hume die Grundidee eines fiktiven Gesellschaftsvertrages durchaus akzeptiert, wenn er in derselben Abhandlung schreibt: „Etwas Erfahrung und Beobachtung genügen, um uns zu zeigen, daß die Gesellschaft ohne die Autorität von Magistraten unmöglich erhalten werden könnte und daß diese Autorität der Verachtung anheimfallen würde, sobald man ihr nicht mehr genau gehorchte. Die Beachtung dieser allgemeinen und offensichtlichen Interessen ist die Quelle aller Loyalität und jener moralischen Verpflichtung, die sich daraus ableitet“ (ebda. S. 317). Die „Loyalität“ zur Herrschaft beruht nach Hume also auf Vernunftabwägungen der Herrschaftsunterworfenen, die in Verfolgung eigener Interessen zu dem Schluß kommen, daß eine dauerhafte Herrschaft für sie selbst vorteilhaft und der herrschaftslose Zustand untragbar ist. Das sind aber gerade die wesentlichen Elemente des kontraktualistischen

gleiche und möglichst auch geheime Wahl oder Abstimmung kann als ausreichende Willensäußerung der Betroffenen angesehen werden.⁴⁹⁸ Daher genügt auch die Berufung auf ein „plébiscite de tous les jours“ im Sinne Ernest Renans (der damit freilich nur sagen wollte, was eine Nation ausmacht) als *alleiniger* Anknüpfungspunkt für den verfassungsgebenden Willen der Betroffenen in keinem Fall.⁴⁹⁹

Unerheblich für die *Mindestanforderungen* ist dagegen der Zeitpunkt dieser Willensäußerung im Verfassungsgebungsverfahren (zu Beginn, im laufenden Verfahren, am Ende oder – wie beim Grundgesetz – erst im Nachhinein). Unerheblich für diese Mindestanforderungen ist auch, ob die Willensäußerung sich auf bestimmte Verfassungsinhalte bezieht (so beim Referendum am Ende des Verfahrens) oder lediglich bestimmten Personen (einer verfassungsgebenden Versammlung) die Befugnis zur (Vor-) Entscheidung über die Verfassung überträgt.

III. Typen der Verfassungsgebungsverfahren

Die soeben dargestellten Mindestanforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren lassen eine Vielzahl verschiedener Verfahrensgestaltungen zu. Die Bandbreite der möglichen Verfassungsgebungsverfahren mit ihrem jeweils verschiedenen Grad an Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie soll im folgenden in einer kleinen „Typologie“ beleuchtet werden.⁵⁰⁰ Anknüpfungspunkt für die gewählte Einteilung ist zu-

Arguments. – Zum zweiten ist anzumerken, daß Hume nicht nur die Zustimmung durch Stillschweigen, sondern die Möglichkeit der Gründung von Herrschaft auf tatsächliche Zustimmung generell in Frage stellt. Diese generellen Zweifel sind aber offensichtlich zeitbedingt; Hume fehlte noch das Anschauungsmaterial einer modernen Demokratie mit effektiver Ausübung des Stimmrechts durch die Allgemeinheit.

498 So im Ergebnis auch U. Steiner mit seiner Forderung nach einer „institutionalisierten Willensfindung“, die er in ausdrücklicher Gegenposition zu Carl Schmitt erhebt (Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 65). Zur Begründung einer solchen Forderung ist es allerdings nicht erforderlich, die verfassungsgebende Gewalt als „vorkonstitutionelle Rechtsfigur“ (ebda. S. 33) zu begreifen, in der das „verfassungsgebende Staatsvolk“ „Organqualität“ hat (ebda. S. 47) und für die bestimmte demokratische Verfahrensregeln als „Maßstäbe juristischer Natur“ (ebda.) gelten. Die schwierige Frage, ob demokratische Verfahrensregeln im Rahmen der Verfassungsgebung Rechtsnormcharakter haben, muß überhaupt nicht beantwortet werden, wenn man auf die Anforderungen abstellt, die sich aus dem Prinzip der kollektiven Autonomie ergeben.

499 Das gegen J. Isensee, *Das Volk als Grund der Verfassung*, S. 81 f. Isensee lehnt es ausdrücklich – ähnlich wie Carl Schmitt – ab, verschiedene Verfassungsgebungsverfahren nach ihrer Qualität zu unterscheiden (S. 83 ff.) und sieht das tägliche Plebiszit nicht nur als Grund für die Wirksamkeit der Verfassung, sondern auch als Legitimitätsgrund (ebda. S. 80 f.) an – und zwar offenbar als den einzigen. Isensee stellt dabei selbst in Anlehnung an Carl Schmitts theologische Überhöhung der Sieyesschen Revolutionsrhetorik fest, das tägliche Plebiszit sei „souverän, unberechenbar, an keine Regeln gebunden, auch nicht an die selbstgesetzten, gleichermaßen fähig, die bestehende Ordnung anzunehmen wie zu verwerfen“ (ebda. S. 81 f.). *Das* ist ein Mythos – jedenfalls in höherem Maße als die Einbeziehung des historischen Entstehungsprozesses und des Willens des historischen Verfassungsgebers (die Isensee als „demokratischen Mythos“ bezeichnet: ebda. S. 68 ff.). Kritisch gegenüber dem plébiscite de tous les jours als Legitimitätsgrund der Verfassung auch K. Merkel, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, S. 124.

500 Eine andere Einteilung von Verfahrenstypen findet sich bei Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 84 ff.; vgl. dazu E.-W. Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenz begriff des Verfassungsrechts*, S. 20 ff.

nächst der Anteil repräsentativer bzw. plebiszitärer Verfahrenselemente. Das rechtfertigt sich daraus, daß, wie sich aus den vorangegangenen Erörterungen über die Mindestanforderungen an das Verfahren ergibt, jedenfalls eine ausreichende aktive Willensäußerung der Betroffenen erforderlich ist, und daß diese Willensäußerung in zwei Varianten möglich ist: als Entscheidung über Personen (z.B. die Zusammensetzung einer verfassungsgebenden Versammlung) und als Entscheidung über Sachfragen (z.B. bei einem Verfassungsreferendum). Die erste Variante wird im allgemeinen als Wahl, die zweite als (Volks-) Abstimmung oder Referendum bezeichnet. Aus dem Anteil dieser verschiedenen Willensäußerungen am Verfassungsgebungsverfahren ergibt sich eine (grobe) Einteilung nach rein repräsentativen, rein plebiszitären und gemischt repräsentativ-plebiszitären Verfahren. Einige Besonderheiten für das Verfassungsgebungsverfahren ergeben sich bei der Bildung eines Bundesstaates aus selbständigen Einzelstaaten; diese Besonderheiten werden im Anschluß an die drei genannten Typen in einem eigenen Abschnitt erörtert.

1. Repräsentative Verfassunggebung

a) Beschreibung

Bei einer rein repräsentativen Verfassunggebung beziehen sich die Willensäußerungen der Betroffenen ausschließlich auf die Auswahl von Personen, die letztlich über die Verfassung entscheiden sollen. In der Praxis der demokratischen Verfassunggebung handelt es sich dabei immer um eine Personenmehrheit, nicht um eine Einzelperson; nur so kann erreicht werden, daß unterschiedliche Strömungen von Interessen und Meinungen der Betroffenen in ausreichendem Maße Berücksichtigung finden. Die Aufgabe einer solchen verfassungsgebenden Versammlung besteht nicht nur in der abschließenden Entscheidung über die Verfassung, sondern liegt vor allem in der Ausarbeitung und Erörterung des Verfassungstextes. Im Idealfall stellt die verfassungsgebende Versammlung ein verkleinertes „Abbild“ der Bevölkerung dar, in dem zumindest die wichtigsten Meinungen und Interessen möglichst mit einem ähnlichen zahlenmäßigen Anteil wie in der Bevölkerung vertreten sind. Die Diskussion in diesem Gremium „simuliert“ dann idealerweise eine Diskussion über die Verfassung, wie sie vielleicht in der Bevölkerung stattfinden würde, wenn dies trotz der großen Zahl der Beteiligten technisch möglich wäre.

Aus praktischen Gründen kann meist nicht die gesamte verfassungsgebende Versammlung alle anstehenden Sachfragen erörtern, sondern muß Teile der Arbeit am Verfassungstext an Ausschüsse oder externe Experten delegieren. Die Versammlung als Ganzes kommt ihrer von den Wählern gestellten Aufgabe der Erörterung des Verfassungstextes dann dadurch nach, daß sie zumindest die Ergebnisse dieser Ausschüsse bzw. Experten im Plenum erörtert und darüber abstimmt.

b) Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie

Der Grad an Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie bestimmt sich nach dem Maß der Rückanbindung der von der verfassungsgebenden Versammlung letztlich beschlossenen Verfassung an den Willen der Betroffenen. Eine solche Rückanbindung wird zunächst dadurch hergestellt, daß die Entscheidung der Wähler bei den

Wahlen zur verfassungsgebenden Versammlung oft nicht nur im Hinblick auf persönliche Eigenschaften der gewählten Personen (wie z.B. Integrität und Vertrauenswürdigkeit), sondern gerade im Hinblick auf die von diesen Personen jeweils vertretenen Meinungen und Interessen fällt. Dies trifft vor allem dann zu, wenn die gewählten Personen bestimmten Parteien oder Gruppierungen angehören, und wenn ein *Verhältniswahlsystem* Anwendung findet. Ein *Mehrheitswahlsystem*, das stärker personenbezogen ist, verspricht für das Verfassungsgebungsverfahren dagegen im allgemeinen einen geringeren Grad an kollektiver Autonomie.⁵⁰¹

Unabhängig vom Wahlsystem sind außerdem verschiedene Vorkehrungen denkbar, um die Entscheidungen der gewählten Personen in der verfassungsgebenden Versammlung stärker an den Willen der Betroffenen zu binden: im Extremfall ein (kaum praktikables) Verfahren der Bindung des Abstimmungsverhaltens des einzelnen Abgeordneten an den (durch Beratung oder Abstimmung zu ermittelnden) Willen seiner jeweiligen Wähler – womit allerdings der Boden des rein repräsentativen Verfahrens verlassen wäre; in einer praktikableren Form die Veröffentlichung der Beratungen der verfassungsgebenden Versammlung, verbunden mit einer öffentlichen Diskussion dieser Beratungen, die von der verfassungsgebenden Versammlung wiederum zur Kenntnis genommen und berücksichtigt wird.

2. Plebiszitäre Verfassungsgebung

a) Beschreibung

In einem plebiszitären Verfassungsgebungsverfahren entscheiden die Betroffenen in einer oder mehreren Abstimmungen über einzelne Sachfragen bzw. den Inhalt der gesamten Verfassung. Die ursprüngliche Form dieses Verfahrens, die inhaltliche Ausarbeitung und Verabschiedung durch alle Betroffenen, die sich zu diesem Zweck eigens versammeln, wurde bei den ersten Kolonialstatuten von Connecticut und Rhode Island angewandt,⁵⁰² kann aber selbstverständlich nur in solchen kleinen Gemeinschaften funktionieren. In modernen Flächenstaaten wäre ein solches Verfahren nicht praktikabel; an der Ausarbeitung des Verfassungsentwurfs können nicht *alle* Betroffenen beteiligt werden. Eine Beteiligung aller an *Abstimmungen* ist dagegen ohne weiteres möglich. Voraussetzung ist dann aber, daß vor der Abstimmung eine Frage oder ein Verfassungsentwurf erarbeitet wird. Fällt diese Aufgabe einem durch Wahlen legitimierten Organ (z.B. einer Nationalversammlung) zu, so handelt es sich um ein gemischt repräsentativ-plebiszitäres Verfahren, wie es im nächsten Abschnitt behandelt wird. Bei dem jetzt zu

501 Hiermit soll nur eine Tendenz angedeutet werden; selbstverständlich kann die schwierige Frage des Wahlsystems hier nicht abschließend beantwortet werden. – Die Aussage des Textes bezieht sich wohlgerneht nur auf das Verfassungsgebungsverfahren. Bei Wahlen zu einem (gesetzgebenden) Parlament kann die Mehrheitswahl der Verhältniswahl im Hinblick auf die kollektive Autonomie überlegen sein; in diesem Fall geht es nämlich auch darum, daß die gewählten Personen *in noch nicht vorhersehbaren Problemlagen* (wie sie während einer mehrjährigen Wahlperiode entstehen können – anders als bei der Verfassungsgebung, die als „zu lösendes Problem“ schon bei der Wahl feststeht) so entscheiden, wie es dem Willen der Betroffenen entspricht – und das kann vielleicht mit einer auf Vertrauen und ständigem Kontakt zum Wähler beruhenden Personenwahl besser gelingen als mit einer programmbezogenen unpersönlichen Verhältniswahl.

502 Dazu K. v. Beyme, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, S. 37.

betrachtenden rein plebiszitären Verfahren werden die zur Abstimmung zu stellenden Sachfragen bzw. der Verfassungsentwurf von einer *nicht* durch Wahl hierzu legitimierten Person bzw. Personenmehrheit formuliert. Die inhaltlichen Arbeiten im Vorfeld der Abstimmung(en) werden hier z.B. von der Regierung (im Fall der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat), von Experten oder auch von einer Besatzungsmacht erledigt. Ein Beispiel für den zuletzt genannten Fall sind die – in ihrer demokratischen Qualität allerdings äußerst zweifelhaften –⁵⁰³ napoleonischen Verfassungsplebiszite; ein Beispiel für die maßgebliche Bestimmung eines Verfassungsentwurfs durch die Regierung ist das Verfahren zur Schaffung der Verfassung der V. Republik in Frankreich.⁵⁰⁴ Das Verfahren, das zur Entstehung des deutschen Grundgesetzes führte, läßt sich als Plebiszit über einen von Experten erarbeiteten Verfassungsentwurf verstehen: Der Konvent vom Herrenchiemsee und der Parlamentarische Rat waren nicht von Wählern zur Verfassungsgebung legitimiert, also keine Repräsentativorgane; sie sind mithin als Expertengremien einzuordnen. Und die Wahl zum ersten Deutschen Bundestag erscheint nicht nur als Wahl zu einem (gesetzgebenden) Repräsentativorgan, sondern unter dem Blickwinkel der Verfassungsgebung auch als Abstimmung über die Sachfrage der Gestaltung der neuen Verfassungsordnung – also ein Plebiszit über die von den genannten Gremien ausgearbeitete Verfassung.⁵⁰⁵

b) Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie

In einem rein plebiszitären Verfahren verlangt das Prinzip der kollektiven Autonomie, daß die Betroffenen zumindest den wesentlichen Inhalt der Verfassung in einer allgemeinen, freien, gleichen und möglichst auch geheimen Abstimmung oder in mehreren solchen Abstimmungen billigen. Findet eine solche Abstimmung am Ende des Verfassungsgebungsverfahrens statt und erhält dabei die endgültige Textfassung der Verfassung die Zustimmung einer ausreichenden Mehrheit der Betroffenen, so sind jedenfalls die Mindestanforderungen des Prinzips der kollektiven Autonomie erfüllt.

Problematisch am rein plebiszitären Verfahren ist allerdings der geringe oder fehlende Einfluß der Betroffenen auf die Ausarbeitung des Entwurfs. Ein solcher Einfluß fehlt gänzlich, wenn die einzige Beteiligung der Betroffenen in der Teilnahme an einer Abstimmung besteht, in der ein bestimmter Verfassungsentwurf entweder angenommen oder abgelehnt werden kann. Es ist dann möglich, daß ein anderer Verfassungsentwurf dem einzigen zur Abstimmung gestellten und angenommenen Entwurf vorgezogen worden wäre, wenn er als Alternative zur Abstimmung gestanden hätte. Würde dieser andere Entwurf Geltung erlangen, wäre also das Prinzip der kollektiven Autonomie in höherem Maße verwirklicht.

Schon an diesem Beispiel wird deutlich, daß sich der Grad der Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie in den rein plebiszitären Verfassungsgebungsverfahren

503 Vgl. E. G. Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, S. 16 f.

504 Zu diesen Beispielen K. v. Beyme, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 38.

505 Die Tatsache, daß das Grundgesetz *formal* natürlich schon vor der Wahl zum ersten Deutschen Bundestag in Kraft trat, hindert diese Betrachtungsweise nicht; daß der legitimierende Akt erst nach dem formalen Inkrafttreten erfolgt, gehört zu den manchmal vom Ideal abweichenden Realitäten der Verfassungsgebung.

ren durch entsprechende Ausgestaltung der Abstimmung(en) steigern läßt. So wird die Übereinstimmung der schließlich in Geltung gesetzten Verfassung mit dem Willen der Betroffenen dadurch gefördert, daß bei der abschließenden Abstimmung mehrere Verfassungsentwürfe bzw. Alternativen zu einzelnen Verfassungsbestimmungen zur Auswahl gestellt werden. Eine andere Möglichkeit ist die Durchführung von Abstimmungen über einzelne Sachfragen wie die Staatsform (z.B.: Republik oder Monarchie?) vor oder während der Ausarbeitung des Entwurfs. Solche Verfahrensvarianten entsprechen dem Prinzip der kollektiven Autonomie besser als die bloße Annahme eines einzigen Verfassungsentwurfs in einer einzigen, das Verfahren abschließenden Abstimmung.

Ein plebiszitäres Verfahren ist auch ohne eine abschließende Abstimmung denkbar; in einem solchen Verfahren werden zwar einzelne Sachfragen oder einzelne Verfassungsbestimmungen zur Abstimmung gestellt, nicht jedoch die gesamte Verfassung. Es ist zweifelhaft, ob ein solches Verfahren den Mindestanforderungen des Prinzips der kollektiven Autonomie genügt. Man wird zumindest verlangen müssen, daß Abstimmungen über alle wesentlichen Verfassungsinhalte stattfinden und daß sich die einzelnen Verfassungsinhalte, die jeweils die erforderliche Mehrheit erhalten, nicht widersprechen, sondern zu einer Verfassung „aus einem Guß“ zusammenfügen lassen.

3. Repräsentativ-plebiszitäre Verfassungsgebung

a) Beschreibung

Repräsentativ-plebiszitäre Verfahren stellen eine Kombination von Personenwahlen und Abstimmungen über Sachfragen dar. Das „klassische“ Verfahren dieser Art ist das Referendum über einen von einer gewählten verfassungsgebenden Versammlung beschlossenen Verfassungsentwurf. In diesem Fall bildet die Abstimmung über die Sachfrage (den endgültigen Inhalt der Verfassung) den Abschluß des Verfahrens.

Abstimmungen über Sachfragen können aber wie bei den rein plebiszitären Verfahren auch am Beginn oder während des Verfassungsgebungsverfahrens durchgeführt werden. So kann eine wichtige Vorfrage (z.B. die Staatsform) geklärt werden, noch bevor die Detailarbeiten am Verfassungstext beginnen⁵⁰⁶. Die verfassungsgebende Versammlung ist dann an das Ergebnis eines solchen Referendums gebunden.

b) Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie

Repräsentativ-plebiszitäre Verfahren genießen im allgemeinen das höchste demokratische Ansehen unter den verschiedenen Möglichkeiten der Verfassungsgebung⁵⁰⁷. Oft wird ein rein repräsentatives Verfahren als unvollkommen oder gar unzureichend empfunden – das abschließende Referendum erscheint vielen als „natürliche“ Form der Verfassungsgebung.⁵⁰⁸ Neben dem die Verhandlungen des Repräsentativorgans abschließen-

506 Ein solches Verfahren wurde in Frankreich und in Italien nach dem Zweiten Weltkrieg angewandt. Vgl. dazu K. v. Beyme, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 39 f.

507 So auch K. v. Beyme, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 38.

508 H. v. Wedel etwa meint, ein Verfassungsreferendum sei bei einer von einer Nationalversammlung beschlossenen Verfassung „durchaus ... angebracht“: Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 54. Die Bedeutung des plebiszitären Elements wird auch hervorgehoben von T. Maunz,

den oder begleitenden Referendum werden auch andere Formen der öffentlichen Teilhabe am repräsentativen Verfassungsgebungsverfahren, vor allem die (etwa durch anstehende Abstimmungen über einzelne Sachfragen angeregten) öffentlichen Diskussionen allgemein als vorteilhaft angesehen.⁵⁰⁹

Aus dem Blickwinkel des Prinzips der kollektiven Autonomie kommt dem gemischt repräsentativ-plebiszitären Verfahren das hohe Ansehen zu Recht zu (was allerdings nicht heißen soll, daß dieses Prinzip in jedem Fall nach einem Referendum verlangt). Gegenüber einem rein repräsentativen Verfahren hat die Hinzufügung plebiszitärer Elemente den Vorteil, daß die Entscheidungen der verfassungsgebenden Versammlung in bezug auf bestimmte Sachfragen oder den Verfassungsinhalt als Ganzes zusätzlich an den Willen der Betroffenen angebunden werden. Diese Anbindung besteht nicht nur in formalisierter Form bei den Referenden vor oder während der Beratungen der verfassungsgebenden Versammlung, sondern auch im Hinblick auf ein erst nach diesen Beratungen vorgesehenes abschließendes Referendum über die Verfassung. Denn schon das Wissen der Mitglieder der verfassungsgebenden Versammlung darum, daß das Ergebnis ihrer Arbeit einem Referendum unterliegen wird, bewirkt eine besondere Aufmerksamkeit hinsichtlich der in der Bevölkerung festzustellenden Meinungen und Interessen und deren Berücksichtigung bei den Beratungen. Auf diese Weise trägt ein Referendum über die Verfassung, auch wenn es erst nach Abschluß der Beratungen über den Verfassungstext stattfindet, zur besseren inhaltlichen Übereinstimmung der Verfassung mit dem Willen der Betroffenen bei.

IV. Die Entscheidung über das Verfahren

Im vorigen Kapitel wurde eine Reihe von Verfahrensvarianten vorgestellt, die zumindest die Mindestanforderungen erfüllen, um die daraus hervorgehende Verfassung als legitim ansehen zu können. In der Praxis der Verfassungsgebung erscheint es oft mehr oder weniger als historischer Zufall, daß ein bestimmtes Verfahren durchgeführt wird; die Frage, welches Verfahren das richtige ist, wird schon mangels Zeit und Möglichkeit zu einer solchen Erörterung kaum umfassend diskutiert. Dennoch findet in jedem Fall eine Entscheidung über das durchzuführende Verfahren statt; daher ist es sinnvoll, sich mit dieser Entscheidung und ihrer Legitimität zu beschäftigen.

Selbstverständlich gelten im Fall der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat die in der „alten“ Verfassung vorgesehenen Verfahrensregeln (z.B. für das Parlament und die Parlamentswahlen) nicht ohne weiteres für das Verfassungsgebungsverfahren; diese „alten“ Regeln können zwar bewußt übernommen werden, wenn sie sich als brauchbar erwiesen haben, aber ebenso können völlig neue Verfahrensregeln angewendet werden.

Die verfassungsgebende Gewalt im Grundgesetz, S. 645, U. Scheuner, Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt, S. 584, und W. Grewe, Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit des Art. 41 der Hessischen Verfassung, S. 16. K. Loewenstein meint, daß an der logisch-dogmatischen Berechtigung der „Identifizierung des pouvoir constituant mit einem Akte der direkten Gesetzgebung ... nicht zu zweifeln“ sei (Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, S. 30; diese These wird von Loewenstein näher auf S. 283 f. ausgeführt).

509 So z.B. H. v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 62 ff.

Die konkrete Verfahrensgestaltung muß also anläßlich jeder Verfassungsgebung neu festgelegt werden.

Solche Verfahrensfestlegungen haben natürlich auch Einfluß auf den Inhalt der späteren Verfassung; so führt ein rein repräsentatives Verfahren, in dem das verfassungsgebende Repräsentationsorgan aufgrund einer reinen Mehrheitswahl zusammengesetzt ist, zu einer stärkeren Gewichtung der politischen Hauptströmungen auf Kosten kleinerer Gruppierungen. In manchen Fällen ist es sogar kaum möglich, Entscheidungen über das Verfahren von Entscheidungen über den Inhalt der Verfassung zu trennen: So war im Falle des Grundgesetzes mit der Festlegung der maßgeblichen Beteiligung der Länderparlamente am Verfahren zur Verfassungsgebung schon die inhaltliche Entscheidung für die Errichtung eines Bundesstaates gefallen.

Der Entscheidung über das Verfassungsgebungsverfahren kommt also eine erhebliche Bedeutung zu;⁵¹⁰ schon diese Entscheidung sollte daher dem Prinzip der kollektiven Autonomie entsprechen, der Wille der Betroffenen sollte also schon bei der Wahl des Verfassungsgebungsverfahrens berücksichtigt werden. Die Erfüllung dieses Postulats scheint allerdings sehr schwierig zu sein; denn auch für diese zu Beginn der Verfassungsgebung zu treffende Entscheidung existiert noch kein verbindliches Verfahren, d.h. auch dieses Verfahren müßte zuerst festgelegt werden – dies scheint zu einem unendlichen Regreß zu führen.

Die Praxis der Verfassungsgebung sieht in der Festlegung des Verfahrens allerdings meistens kein Problem. Das Verfahren wird einfach von denjenigen bestimmt, die die Initiative zur Verfassungsgebung ergreifen. Diesen Initiatoren fehlt es meist an einer durch ein bestimmtes Verfahren, z.B. eine Wahl, vermittelten Legitimität; etwas anderes ist zumindest im Fall der Verfassungsneuschöpfung in den oft chaotischen Verhältnissen einer verfassungsrechtlichen „Stunde Null“ auch kaum zu erwarten.⁵¹¹ Manchmal wird das Verfassungsgebungsverfahren sogar von „fremden“ Kräften bestimmt: Die Initiative zur Schaffung des Grundgesetzes kam von den Alliierten, und diese legten auch wesentliche Teile des Verfassungsgebungsverfahrens fest – insbesondere die maßgebliche Beteiligung der Länder.⁵¹²

510 H.-P. Schneider spricht hier von einer „Vorverfassung“: HStR § 158 Rn. 25.

511 Dazu H. v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 38 ff.

512 Ursprünglich waren Wahlen zu einer Nationalversammlung vorgesehen, die in den einzelnen Ländern nach von den Länderparlamenten zu bestimmenden Wahlverfahren gewählt werden sollte; dabei sollte die Zahl der Abgeordneten aus den einzelnen Ländern deren Bevölkerungszahl entsprechen. Diese Vorgaben sind im „Dokument I“ enthalten, das den Ministerpräsidenten der westdeutschen Länder am 1. Juli 1948 von den Militärgouverneuren der amerikanischen, britischen und französischen Besatzungszone übergeben wurde (das „Dokument I“ ist abgedruckt in EA 1948, 1437; Bonner Kommentar Einl. S. 40 ff.). Es enthält auch die offen ausgesprochene inhaltliche Vorgabe, ein föderales Regierungssystem zu schaffen; die Wahl eines Verfahrens, in dem die schon existierenden Länder maßgebliches Gewicht haben, korrespondiert damit und war sicher kein Zufall. – Das schließlich durchgeführte Verfahren (Entsendung von Abgeordneten in den Parlamentarischen Rat durch die Länderparlamente) war ein Kompromiß; die Alliierten berücksichtigten insoweit den Wunsch der Ministerpräsidenten, das Grundgesetz und damit den neuen deutschen (West-) Staat auch nicht durch direkte Wahlen zu einer Nationalversammlung aufzuwerten. Dazu H. v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 182 f.

Eine derartige, scheinbar zufällige oder gar „fremdbestimmte“ Festlegung des Verfassungsgebungsverfahrens scheint im Widerspruch zum Prinzip der kollektiven Autonomie zu stehen. Die Praxis der Verfassungsgebung scheint sich an diesem Punkt der Theorie zu entziehen. Möglicherweise trifft das bis zu einem gewissen Grad auch zu: Die „Initialzündung“ einer Verfassungsgebung konzentriert sich meist auf relativ wenige beteiligte Personen, und im nachhinein läßt sich nicht mehr feststellen, welchen Inhalt die neue Verfassung hätte und in welchem Verfahren sie zustande gekommen wäre, wenn die Initiatoren sich anders verhalten hätten oder wenn andere Personen die Initiative zur Verfassungsgebung ergriffen hätten. Den Initiatoren (und auch anderen, in einem späteren Stadium des Verfassungsgebungsverfahrens beteiligten Einzelpersonen)⁵¹³ kommt ein nur schwer einzuschätzender Einfluß auf das Verfassungsgebungsverfahren und sein Ergebnis, die Verfassung, zu – zunächst ohne daß dies nachweisbar dem Willen der von der Verfassungsgebung Betroffenen entsprechen würde.

Unproblematisch für das Prinzip der kollektiven Autonomie ist dies dann, wenn die aktive Beteiligung der Betroffenen *am Ende* des Verfassungsgebungsverfahrens in Gestalt eines Referendums über den fertiggestellten Verfassungsentwurf stattfindet. Erhält dieser Entwurf die Zustimmung der Betroffenen, verringert sich die Bedeutung des Verfahrens, in dem er zustande kam.

Andere Verfahrensgestaltungen, bei denen die aktive Beteiligung der Betroffenen nicht den Abschluß darstellt, die Betroffenen also nicht über die fertige Verfassung entscheiden (sondern etwa „nur“ eine verfassungsgebende Versammlung wählen), entziehen sich allerdings einer solchen Lösung des Problems. Hier greift aber ein anderer Gedanke: Nach dem Prinzip der kollektiven Autonomie ist es nicht nötig, daß die Einflußnahme der Initiatoren durch die Festlegung des Verfassungsgebungsverfahrens *schon im Zeitpunkt dieser Festlegung* nachweisbar dem Willen der Betroffenen entspricht. Die Betroffenen bestätigen nämlich *durch ihre spätere Teilnahme* am Verfahren, daß sie mit diesem Verfahren einverstanden sind. Ein Verfahren, das nicht den Vorstellungen der Betroffenen entspricht, wird auf keine Resonanz stoßen. Voraussetzung für die Interpretation der Teilnahme am Verfahren als Einverständnis mit der Verfahrensgestaltung ist aber grundsätzlich die Freiwilligkeit dieser Teilnahme.

Ist die Teilnahme nicht freiwillig, sehen die Verfahrensregelungen also etwa eine Wahlpflicht vor, so müssen die Wähler zumindest die freie Möglichkeit zur Stimmenthaltung oder Ablehnung der Kandidaten haben, um auf diese Weise auch das Fehlen ihres Einverständnisses zum Verfassungsgebungsverfahren kundtun zu können. Das ist jedenfalls dann gewährleistet, wenn die oben formulierten Mindestanforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren erfüllt sind. Werden diese Mindestanforderungen erfüllt, kann aus einer mit großer Beteiligung und mehrheitlicher Zustimmung erfolgten Wahl selbst dann auf das Einverständnis der Beteiligten mit dem Verfahren geschlossen werden, wenn sie zur Teilnahme an der Wahl verpflichtet sind.

Auf die Art und Weise der Festlegung des Verfassungsgebungsverfahrens kommt es also letztlich im Hinblick auf das Prinzip der kollektiven Autonomie weniger an, wenn die Betroffenen am Ende des Verfahrens ihre Zustimmung zum fertigen Verfassungstext kundtun oder, bei anderen Verfahrensgestaltungen, wenn das Verfahren die genann-

513 Ausführlich dazu K. v. Beyme, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 14 ff.

ten Mindestvoraussetzungen erfüllt und eine genügend große Beteiligung und Zustimmung festzustellen ist.

V. Besonderheiten bei der Bildung eines Bundesstaates durch Zusammenschluß von Einzelstaaten

Die oben dargestellten Verfahrensgestaltungen mit ihren unterschiedlichen Anteilen an repräsentativen und plebiszitären Elementen sind auch im Falle der Bildung eines neuen Staates durch Zusammenschluß von bisher selbständigen Einzelstaaten anwendbar. Eine solche Staatsbildung zeichnet sich dadurch aus, daß die bisherigen Einzelstaaten ihre Souveränität zugunsten des neuen Staates aufgeben; dieser hat danach die alleinige Souveränität bzw. Kompetenzhoheit.⁵¹⁴ Im Regelfall wird der neue Staat ein Bundesstaat mit den bisherigen Einzelstaaten als Gliedstaaten sein. Verfassungsgebung findet hier in zweifacher Weise statt: Zum einen wird die gesamtstaatliche Verfassung neugeschaffen, zum anderen ersetzen die ehemaligen Einzelstaaten – sofern sie ihre Identität zumindest als Gliedstaaten beibehalten – ihre bisherigen Verfassungen durch solche, die sie sich in ihrer neuen Eigenschaft als Gliedstaaten geben.⁵¹⁵

Weil mit der Bildung des Bundesstaates die bisherigen Verfassungen in den Einzelstaaten durch andere Verfassungen ersetzt werden, sind die verfahrensmäßigen Besonderheiten der *Verfassungsgebung im Verfassungsstaat* zu berücksichtigen. Außerdem stellt sich die Frage, ob die Willensbildung in bezug auf die neue Verfassungsordnung auf einzelstaatlicher oder auf gesamtstaatlicher Ebene zu erfolgen hat. Diese beiden Problembereiche sollen im folgenden näher erörtert werden.

1. Ein Fall der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat

Wenn bei der Bildung des Bundesstaates die Verfassungen der bisherigen Einzelstaaten durch gliedstaatliche Verfassungen ersetzt werden, handelt es sich jeweils um eine Verfassungsgebung im Verfassungsstaat in dem oben entwickelten Sinne. Das gilt selbst dann, wenn die neuen gliedstaatlichen Verfassungen weitgehend die gleichen Regelungen enthalten wie die jeweiligen Verfassungen der bisherigen Einzelstaaten, wenn also am Text der bisherigen einzelstaatlichen Verfassungen bei ihrer Umwandlung in gliedstaatliche Verfassungen nur geringfügige Änderungen vorgenommen werden. Denn nach dem Zusammenschluß zu einem Bundesstaat wird in den Gliedstaaten nicht nur durch deren Organe, sondern auch durch Organe des Bundes Hoheitsgewalt ausgeübt; die Ausübung von Hoheitsgewalt wird daher nicht mehr allein durch die bisherigen einzelstaatlichen Verfassungen geregelt und beschränkt, sondern auch durch die Bundesverfassung, in der gegenüber der bisherigen einzelstaatlichen Regelung völlig neue Organe und Verfahrensweisen vorgesehen sind. Die bisherigen einzelstaatlichen Verfas-

514 Dies entspricht der heute herrschenden Auffassung über die Qualität des Bundesstaates: Er besteht aus dem souveränen Bund und den nicht-souveränen Gliedstaaten; das Verhältnis zwischen beiden bestimmt sich im wesentlichen aus den bundesrechtlichen Kompetenzregelungen; beide, Bund und Gliedstaaten, haben Staatsqualität. Vgl. dazu O. Kimminich, HStR § 26 Rn. 21.

515 Der Fall, daß der neue Staat ein Zentralstaat ist, ist zum einen unwahrscheinlich, zum anderen lassen sich die Überlegungen zum Bundesstaat ohne Schwierigkeiten auf diesen Fall übertragen. Daher beziehen sich die folgenden Erörterungen auf die Bildung eines Bundesstaates.

sungen werden also durch gliedstaatliche Verfassungen und die Bundesverfassung ersetzt. Faßt man die Möglichkeiten der Ausübung von Hoheitsgewalt in den neuen Gliedstaaten durch Organe des Bundes und des jeweiligen Gliedstaates zusammen und betrachtet deren verfassungsrechtliche Normierung, so kann man auch von einem Gefüge von Gliedstaats- und Gesamtstaatsverfassung sprechen, also von einem „Verfassungsverbund“⁵¹⁶.

In jedem Fall bedeutet der Zusammenschluß zu einem Bundesstaat die Ersetzung der einzelstaatlichen Verfassungsordnungen durch eine neue, bundesstaatliche Verfassungsordnung, also eine Verfassungsgebung im Verfassungsstaat.⁵¹⁷ Unter dem Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität sind also hier die oben erörterten besonderen Anforderungen an das Verfahren zu berücksichtigen. Vor allem muß durch das Verfahren sichergestellt werden, daß die Prinzipien der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit in besonderem Maße verwirklicht werden, weil ja, wie oben gezeigt, die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat die freiheitssichernde Funktion der (bisherigen) Verfassungen gefährdet, was mit einem erhöhten Maß an Verwirklichung der anderen Legitimitätsprinzipien aufgewogen werden muß.

2. Einzelstaatliche oder gesamtstaatliche Willensbildung?

Bei dem Verfassungsgebungsverfahren im Zusammenhang mit dem Zusammenschluß zu einem Bundesstaat stellt sich eine weitere Frage: Kommt es bei der Willensbildung in bezug auf den Inhalt der Verfassung des neuen Staates (nicht in bezug auf den Zusammenschluß als solchen – der erfordert gewiß die Zustimmung aller bislang souveränen Einzelstaaten) nur auf den Willen aller Angehörigen dieses neuen Staates an (gesamtstaatliche Willensbildung) oder muß auch der Wille der Bürger in den jeweiligen bisherigen Einzelstaaten berücksichtigt werden (einzelstaatliche Willensbildung)?

Wird lediglich eine gesamtstaatliche Willensbildung für erforderlich gehalten, so ergeben sich insoweit für die Bildung des neuen Staates aus Einzelstaaten keine Besonderheiten gegenüber anderen Verfassungsgebungsverfahren; die auf die neue Verfassung gerichtete Willensbildung erfolgt durch gesamtstaatliche Repräsentativorgane bzw. ge-

516 Diesen Begriff hat I. Pernice in anderem Zusammenhang eingeführt, nämlich zur Beschreibung der Beziehungen zwischen den Verfassungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der „Verfassung“ der Union, dem Primärrecht (vgl. nur I. Pernice, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, S. 261 ff.; ders., Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, insb. S. 29 ff.; ders., Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 214 f.). Mit diesem Begriff können aber auch die Verhältnisse im Bundesstaat beschrieben werden; vgl. dazu R. Steinberg, Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrecht, S. 360 f.

517 Es ist zwar auch denkbar, daß die Umwandlung der einzelstaatlichen Verfassungen zu einem bundesstaatlichen Verfassungsgefüge formal im Wege der Verfassungsänderung vorgenommen wird; dazu müßte in den Verfassungen der Einzelstaaten der Zusammenschluß zu einem Bundesstaat bereits vorgesehen sein, so daß die Legitimation für diesen Vorgang aus den bisherigen Verfassungen abgeleitet werden kann. Wenn jedoch in den bisherigen einzelstaatlichen Verfassungen nicht auch schon wesentliche Details der Verfassungsstruktur des künftigen Bundesstaates festgelegt sind, dürfte der Übergang zur bundesstaatlichen Verfassungsordnung die inhaltlichen Grenzen der Verfassungsänderung überschreiten, also den änderungsfesten Verfassungskern der bisherigen Verfassungen verletzen, so daß zumindest inhaltlich eine Verfassungsgebung vorliegt.

samtstaatliche Plebiszite. Wird dagegen die einzelstaatliche Willensbildung für erforderlich gehalten, muß das Verfahren anders gestaltet sein; es muß die Zustimmung der Einzelstaaten garantieren.

Für eine solche Verfahrensgestaltung sind verschiedene Varianten denkbar. So kann etwa ein gesamtstaatliches Repräsentativorgan einen Verfassungsentwurf ausarbeiten, der in einem Plebiszit zur Abstimmung gestellt wird und nur dann in Kraft tritt, wenn entsprechende Abstimmungsmehrheiten in *allen* beteiligten Einzelstaaten vorliegen bzw. nur in *den* Einzelstaaten in Kraft tritt, in denen sich eine Mehrheit ergibt; natürlich können auch zeitlich getrennte Plebiszite in den Einzelstaaten durchgeführt oder dort besondere Repräsentativorgane gewählt werden, die über die Verfassung entscheiden. Dieser letztere Weg wurde bei der Schaffung der Bundesverfassung der USA beschritten.⁵¹⁸ Eine andere Variante mit repräsentativem Charakter wäre die Beschickung einer verfassungsgebenden Versammlung mit Vertretern aus allen Einzelstaaten und die Festlegung eines Abstimmungsmodus in dieser Versammlung, nach dem zumindest die abschließende Abstimmung über die Verfassung als Ganzes bzw. über die einzelnen Verfassungsbestimmungen die Zustimmung der Vertreter aller Einzelstaaten erfordert. Eine weitere Variante ist die formale Einkleidung der Verfassungsgebung in einen *völkerrechtlichen Vertrag* der beteiligten Einzelstaaten; man kann hier von einem „Verfassungsvertrag“ sprechen.⁵¹⁹ Da ein solcher Vertrag übereinstimmende Willenserklärungen *aller* Einzelstaaten voraussetzt, kommt er nur zustande, wenn in allen Einzelstaaten eine entsprechende Willensbildung erfolgt.

Es ist also nun die Frage zu erörtern, ob es bei der Bildung eines neuen Staates aus bisher selbständigen Einzelstaaten für die inhaltliche Verfassungsgebung auf die Zustimmung aller Einzelstaaten und damit auf eine Willensbildung in den jeweiligen Einzelstaaten ankommt oder ob dabei eine Willensbildung auf der Ebene des (künftigen) Gesamtstaates genügt.⁵²⁰ Dazu soll das Problem aus verschiedenen Perspektiven betrachtet werden.

a) Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie

Der erste Anschein spricht dafür, zur Beurteilung der Notwendigkeit einzelstaatlicher Willensbildung auf das Prinzip der kollektiven Autonomie zurückzugreifen: Das Inkraftsetzen einer gesamtstaatlichen Verfassung gegen den Willen der Bürger eines beteiligten Einzelstaates scheint gegen das Prinzip der kollektiven Autonomie zu verstoßen – die einzelstaatliche Willensbildung scheint schon aus diesem Grunde notwendig zu sein.

518 Die Bundesverfassung wurde durch den Continental Congress ausgearbeitet und durch Ratifying Conventions in den Einzelstaaten ratifiziert; vgl. oben B.I.6.

519 So auch die Terminologie im europarechtlichen Schrifttum, wenn von der Entstehung bzw. Änderung einer Europäischen Verfassung durch völkerrechtlichen Vertrag der EU-Mitgliedstaaten die Rede ist. Vgl. dazu J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, S. 1684.

520 Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß die einzelstaatliche Willensbildung die gesamtstaatliche einschließt, nicht aber umgekehrt. Denn wenn in allen Einzelstaaten jeweils eine Mehrheit der Bürger der neuen Verfassung zustimmt, so ergibt dies natürlich auch die Mehrheit im Gesamtstaat; eine Mehrheit im Gesamtstaat bedeutet aber nicht notwendig eine Mehrheit in allen Einzelstaaten.

Doch ganz so einfach ist die Sache nicht. Denn schon in dem (auf irgendeine Weise zustande gekommenen und artikulierten) Beschluß des Einzelstaates, an dem Zusammenschluß zu einem Bundesstaat und an der gemeinsamen Verfassungsgebung teilzunehmen, wird ja der Wille dieses Einzelstaates bzw. seiner Bürger deutlich, die bisherige einzelstaatliche Verfassung aufzugeben und eine neue (Bundes-) Verfassung anzunehmen, deren Inhalt in einem gesamtstaatlichen Verfahren festzulegen ist. Der Einzelstaat hätte sich in bezug auf die Verfassungsgebung der gesamtstaatlichen Willensbildung in einem freien Willensentschluß unterworfen. Das verstößt nicht notwendig gegen das Prinzip der kollektiven Autonomie.

Es ist sogar umgekehrt möglich, daß das Prinzip der kollektiven Autonomie *gegen* eine einzelstaatliche Willensbildung spricht. Denn wenn etwa einer der sich zusammenschließenden Einzelstaaten so klein ist, daß seine Bürger zahlenmäßig im Vergleich zu den Bürgern der anderen Einzelstaaten kaum ins Gewicht fallen, und wenn nur die Bürger dieses einen Staates gegen die Verfassung des Gesamtstaates sind, so wäre es eine Mißachtung des (auf die Ebene des Gesamtstaates bezogenen) Prinzips der kollektiven Autonomie, daran eine Verfassung scheitern zu lassen, die von den Bürgern der übrigen Einzelstaaten eindeutig und in starkem Maße gewollt wird.

Für die Notwendigkeit einzelstaatlicher Willensbildung müssen also noch andere Gründe sprechen.

b) Anknüpfung an das Volk als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt?

Viele Autoren knüpfen bei der Behandlung der Frage, auf welcher Ebene (Einzel- und/oder Gesamtstaat) die verfassungsgebende Willensbildung bei der Bildung eines Gesamtstaates aus Einzelstaaten erfolgen soll, an den Begriff der Volkes bzw. der Nation an.⁵²¹ Sie argumentieren etwa in folgender Weise: Die verfassungsgebende Gewalt ist einem bestimmten Subjekt eindeutig zugeordnet, nämlich dem Volk bzw. der Nation. Bei der Entstehung eines Bundesstaates aus bisher selbständigen Einzelstaaten kommt es daher für das Verfahren darauf an, wo das Volk zu diesem Zeitpunkt verortet wird. Kann man schon von einem Volk auf der Ebene des Gesamtstaates sprechen, so stellt dieses das Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt dar. Ist dagegen die Verschmelzung zu einem Gesamtvolk noch nicht gelungen, so liegt die verfassungsgebende Gewalt bei den noch existierenden Völkern der Einzelstaaten, auf deren Willen es somit ankommt.

Diese Anknüpfung an Begriffe wie „Volk“, „Nation“, „Gesamtvolk“ wirft eine Reihe von Fragen auf: Wodurch bestimmt sich ein „Volk“, an welchen Kriterien kann man erkennen, ob schon ein „Gesamtvolk“ vorliegt? Wie findet der Übergang von Einzelvölkern zu einem Gesamtvolk statt? Im Mittelpunkt steht hier der problematische Begriff des Volkes bzw. der Nation. Damit ist offenbar mehr gemeint als nur eine Bezeichnung für alle Personen, die an einer Verfassungsgebung beteiligt sind. Vielmehr geht es um eine vorgegebene Einheit, ein einheitliches verfassungsgebendes Subjekt. Das ist die subjektorientierte Sichtweise der verfassungsgebenden Gewalt. Da es Ziel dieser Arbeit ist, eine prinzipienorientierte Theorie der Verfassungsgebung zu entwickeln, die sich von

521 So etwa C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 62 f., 389; U. Steiner, *Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, S. 151 ff.; H. v. Wedel, *Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung*, S. 54 ff.; H. J. Bohl, *Verfassungsgebung im Bundesstaat*, S. 153 ff.

der subjektorientierten Sichtweise löst, soll dieser Ansatz, die Anknüpfung an die Begriffe „Volk“ bzw. „Nation“, hier nicht weiter verfolgt werden. Dennoch ist später auf diese problematischen Begriffe zurückzukommen, nämlich in der Auseinandersetzung mit ihrer argumentativen Verwendung bei der Diskussion über eine Europäische Verfassung.⁵²²

Statt dessen soll versucht werden, die Frage nach einzel- oder gesamtstaatlicher Willensbildung durch eine Betrachtung der personellen Legitimitätsgrundlage zu beantworten.

c) Wechsel der personellen Legitimitätsgrundlage

Eine Antwort ergibt sich aus der Berücksichtigung der Tatsache, daß das Postulat der Verfassungslegitimität und damit das Prinzipienmodell nicht nur für den Gesamtstaat, sondern zunächst ja auch für die Einzel- bzw. späteren Gliedstaaten Geltung beansprucht. Käme es auf den einzelstaatlichen Willen nach dem Entschluß, sich zu einem Bundesstaat zusammenzuschließen und an der gesamtstaatlichen Verfassunggebung zu beteiligen, nicht mehr an, dann könnte eine einzelstaatliche Verfassung allein aufgrund dieses inhaltlich noch unspezifischen Entschlusses der Bürger des jeweiligen Einzelstaates beseitigt und durch eine neue Verfassungsordnung ersetzt werden, die zwar die Zustimmung der Mehrheit im Gesamtstaat, aber nicht im betreffenden Einzelstaat findet.

Aus der Sicht des Einzel- bzw. späteren Gliedstaates sind die Anforderungen des Prinzipienmodells dann nicht erfüllt. Denn das besonders hohe Maß an Verwirklichung der kollektiven Autonomie, das für eine Verfassunggebung im Verfassungsstaat erforderlich ist, kann für den Einzelstaat auf diese Weise nicht erreicht werden.

Hiergegen könnte eingewendet werden, daß sich ja mit dem Übergang zum Bundesstaat der personelle Bezugspunkt der Verfassungslegitimität geändert habe: Kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit als diejenigen verfassungslegitimierenden Prinzipien, die vom Willen bzw. den Einstellungen von Personen abhängen, beziehen sich nun auf alle Bürger des Gesamtstaates in ihrer Gesamtheit, nicht mehr auf den Willen oder die Einstellungen der Bürger der jeweiligen Einzelstaaten als solche; diese könnten nun durch die übrigen Bürger überstimmt werden. Durch die Bildung des Gesamtstaates ändere sich die Art und Weise, wie die Verfassungslegitimität begründet wird, also die Legitimitätsgrundlage. Auf die Willensbildung in den Einzelstaaten komme es daher überhaupt nicht mehr an.

Begnügt man sich mit der Feststellung, daß sich aufgrund faktischer Veränderungen die Legitimitätsgrundlage eben geändert habe, so erscheint die gesamtstaatliche Willensbildung in der Tat als ausreichend. Dies bedeutet jedoch auch, daß die alte Legitimitätsgrundlage nun völlig außer acht gelassen wird. Eine solche Ignorierung der bisherigen Legitimitätsgrundlage, die immerhin bisher allgemein anerkannt war, bedarf aber einer ausreichenden Begründung. Die Behauptung, die Identität des „Volkes“ oder der „Nation“ habe sich geändert, ist dabei eine zumindest bezweifelbare Begründung.

522 Vgl. unten im Zweiten Teil B.III.

Eine ausreichende Begründung für die Aufgabe der alten Legitimitätsgrundlage liefert dagegen die Willensbildung auf einzelstaatlicher Ebene. Denn indem die Verfassung des Gesamtstaates von der Zustimmung in den Einzelstaaten abhängig gemacht wird, wird die Verfassungsgebung (auch) auf die alte personelle Legitimitätsgrundlage gestellt. Diese wird dadurch als zunächst weiterhin gültig anerkannt und legitimiert den Übergang zur neuen, gesamtstaatlichen Legitimitätsgrundlage – und damit auch den Verzicht auf künftige Beachtung ihrer selbst. Es handelt sich also um eine Selbstaufhebung der einzelstaatlichen personellen Legitimitätsgrundlage.

Die einzelstaatliche Willensbildung verhindert damit den Widerspruch zur alten Legitimitätsgrundlage, der die Legitimität auch der neuen, gesamtstaatlichen Verfassung als zweifelhaft erscheinen lassen könnte. Mit Blick auf die legitimierende Funktion der Theorie der Verfassungsgebung sollte also bei der Verfassungsgebung für den neugebildeten Gesamtstaat die Willensbildung zumindest auch auf der Ebene der bisherigen Einzelstaaten erfolgen. Die Bürger jedes Einzelstaates müssen der neuen Bundesverfassung inhaltlich zustimmen; nur dann ist gewährleistet, daß in jedem Einzelstaat ein entsprechend deutlicher Wille zur Ersetzung der jeweiligen Verfassung durch die bundesstaatliche Verfassungsordnung mit ihrem bestimmten Inhalt vorhanden ist.⁵²³

Dieses Desiderat der einzelstaatlichen Willensbildung schließt aber nicht aus, daß zusätzlich eine Willensbildung auf gesamtstaatlicher Ebene stattfindet. Eine solche Kombination beider Verfahren ist sogar wünschenswert, weil dadurch die schon angesprochenen Nachteile für die kollektive Autonomie ausgeglichen werden, die durch die einzelstaatliche Willensbildung und das damit verbundene (u.U. eine bessere Verfassung verhindernde) „Vetorecht“ der Einzelstaaten entstehen können.

Denkbar sind verschiedene Kombinationsverfahren. So kann etwa zunächst eine Einigung auf den Zusammenschluß zu einem Bundesstaat überhaupt und auf die wesentlichen Verfassungsgrundsätze der Bundesverfassung mit einzelstaatlicher Willensbildung stattfinden; in einem zweiten Schritt könnten die Details der Bundesverfassung in einem Verfahren der gesamtstaatlichen Willensbildung ausgearbeitet werden.

Das bei der Schaffung der Bundesverfassung der USA angewendete Kombinationsverfahren geht den umgekehrten Weg: Zunächst wird durch ein Organ auf der gesamtstaatlichen Ebene, z.B. eine von Abgeordneten der Einzelstaaten beschickte verfassungsgebende Versammlung, die Bundesverfassung ausgearbeitet; dann findet eine Willensbildung über diesen Entwurf in allen Einzelstaaten statt, z.B. durch Volksabstimmungen oder Entscheidungen von Repräsentativorganen.

523 Anders dagegen wohl H. v. Wedel, der meint, die Einzelstaaten müßten lediglich ihre Eigenstaatlichkeit aufgeben, also offenbar nicht inhaltlich über die neue Verfassung entscheiden. Daher seien „die Bewohner der Einzelstaaten zur Abstimmung über die Aufgabe der Eigenstaatlichkeit berufen ..., das Gesamtvolk zu (sic) Annahme der Gesamtverfassung“ (Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 56).