

I. Wege aus dem Dunkeln: die Suche nach alternativen Legitimationssträngen

I. Die Innensicht des Verfassungsrechts: kein Ausweg

Die Konsequenz des vorhergehenden Kapitels klingt ernüchternd. Der Versuch, eine Verknüpfung zu dem Volk als Souverän und als einzigem Inhaber des *pouvoir constituant* zu schaffen, scheitert an den Unzulänglichkeiten der Realität. *Isensee* bezeichnet die Lehre vom *pouvoir constituant* deshalb als *demokratischen Mythos*, den die Aufklärung schuf, um den modernen Verfassungsstaat zu begründen und ihn abzusichern.⁴⁸⁴ In Anbetracht der Kritik an der Lehre vom *pouvoir constituant*, die Gegenstand des letzten Kapitels war, drängt sich ein Schluss auf, der verheerend klingt. Anstatt einen echten Gegenentwurf zu den traditionellen Theorien zu liefern, vermochte die Aufklärung lediglich, den Glauben an ein höheres Wesen als Legitimitätsgrund durch einen anderen Glauben an eine ebenso ungreifbare Entität in Gestalt des *pouvoir constituant* des Volkes zu ersetzen.⁴⁸⁵

Mit der Zerstörung des Mythos wird das im Zusammenhang mit der Reinen Rechtslehre Kelsens erwähnte Bild vom Gorgonenhaupt der Macht präsent wie nie zuvor. Ist die Berufung auf das Volk nicht geeignet, als Grund der Verfassung herzuhalten, werden der *horror vacui* und das Szenario der Absturzgefährdung der Verfassung gegenwärtiger denn je. Somit müssen alternative Stränge zur Legitimation gefunden werden.

484 *Isensee*, der in diesem Zusammenhang sich aus Platon beruft. Dieser sprach in seiner Politeia von einem *kindlichen und lügenhaften* Wesen des Mythos und bezeichnete diesen als *Lüge zum Nutzen des Staates*, welcher sich allerdings jede neue politische Ordnung zu ihrer eigenen Legitimierung bedient; s. hierzu *Isensee*, 1992, S. 68.

485 So auch *Isensee*, 1992, S. 68. *Isensee* vergleicht aus diesem Grund die Lehre vom *pouvoir constituant* auch mit den politischen Gründungssagen der Antike, z.B. der Gründung Athens durch Pallas Athene oder der Herkunft der Römer von Venus, Äneas und Romulus und erwähnt auch die Berufung auf Gesetzgeber wie Lykurg, Solon oder der decemviri zur Legitimierung der fundamentalen Gesetze. Hier ist anzumerken, dass die Erwähnung Solons und der römischen Gesetzgeber von 451 v. Chr. unter den Gründungsmythen nicht unproblematisch ist, da es sich bei ihnen nicht um mythologische Figuren, sondern um Menschen handelt, die einst gelebt haben; s. hierzu *Isensee*, 1992, S. 70.

Der Text der Verfassung oder ihrer Präambel helfen hier nicht weiter, die Innensicht des Verfassungsrechts vermag nicht, das Problem der Legitimität zu lösen.⁴⁸⁶ Die Verfassung definiert ihren eigenen zeitlichen, personalen, räumlichen und gegenständlichen Geltungsanspruch. Dies erfolgt durch Normen, die der juristischen Untersuchung zugänglich sind. Jedoch unterliegt der Grund ihrer Geltung nicht ihrer Disposition. Sie kann lediglich dartun, welche Art von Legitimation sie beansprucht:⁴⁸⁷ *Die Berufung auf das Volk als Verfassungsgeber erzählt nicht die Entstehungsgeschichte der Verfassung, auch wenn sie geschichtliche Umstände nennt, an die das Selbstverständnis anknüpft. Die Selbstreferenz wird nicht durch historische Beweise bestätigt oder widerlegt. Das Kriterium von Wahr oder Unwahr greift hier nicht. So kann der Legitimitätsanspruch nicht durch die Behauptung zu Fall gebracht werden, die Präambel enthalte Unwahrheiten.* (Isensee).⁴⁸⁸

II. Der Geltungserfolg als möglicher Richtpunkt der Legitimität

1. Das nachträgliche *plébiscite de tous les jours* als Ansatz der Legitimation

Es gehört zu den Eigenheiten der Verfassungsgebung, dass das verbreitete Modell der „Legitimation durch Verfahren“ nicht wirklich anwendbar ist, da es kein vorgeschriebenes Verfahren zur Verabschiedung von Verfassungen gibt.⁴⁸⁹ Ob die Verfassung glückt, hängt von der tatsächlichen Annahme durch ihre Adressaten, d.h. ihrem Geltungserfolg ab.⁴⁹⁰ Dies sind die Bürger in ihren verschiedenen Rollen, als Privatpersonen wie als Träger staatlicher oder gesellschaftlicher Organisationen. Eine Verfassung, die entsprechend den rechtsstaatlichen Erwartungen die private und politische Freiheit ihrer Bürger gewährleisten will, kann von diesen nur frei angenommen werden. Diese Feststellung ähnelt sehr dem Schluss, zu welchem die sog. *Anerkennungstheorie* kommt.⁴⁹¹

486 S. hierzu Isensee, 1992, S. 75f.

487 Isensee, 1992, S. 76.

488 Isensee, 1992, S. 76.

489 So auch Isensee, 1992, S. 81.; Zu dieser Theorie s. als Grundlagenwerk: Luhmann, Niklas: Legitimation durch Verfahren, Suhrkamp Verlag, Berlin, 1983.

490 So auch Huba, Hermann: Das Grundgesetz als dauerhafte gesamtdeutsche Verfassung – Erinnerung an seine Legitimität, in: Der Staat 30 (1991), S. 367ff, auch zitiert von Isensee, 1992, S. 81.

491 Auf diese Ähnlichkeit verweist auch Isensee, 1992, S. 81.

Diese Theorie stellt den Gegenpol zu den Machttheorien dar, die bereits bei dem Thema der Erklärung der Staatsmacht erörtert und abgelehnt wurden. Die Geltung von Rechtsvorschriften vermögen die Machttheorien ebenso wenig zu begründen. Sie sehen den Grund der Geltung schlicht darin, dass eine Macht (faktisch: die Obrigkeit) diese befohlen hat und imstande ist, sie durchzusetzen.⁴⁹² Radbruch veranschaulicht die Unzulänglichkeiten dieser Theorien sehr treffend: *Befehl und Macht bedeuten nur ein Wollen und Können, sie vermögen auf der Seite der Adressaten also allenfalls ein Müssen, nicht aber ein Sollen, Gehorsam vielleicht, aber niemals eine Pflicht zum Gehorsam hervorzubringen.*⁴⁹³

Der von der Anerkennungstheorie angebotene Gegenentwurf stützt die Geltung des Rechts hingegen auf die Zustimmung der Rechtsunterworfenen.⁴⁹⁴ *Isensee* geht hier sehr weit und sagt, dass die Lehre vom *pouvoir constituant* abgelöst wird durch eine Anerkennungstheorie, die sich den Besonderheiten der Verfassung anpasst.⁴⁹⁵

Dieser pragmatische Ansatz *Isensees* ist in der Praxis gut geeignet, den Geltungserfolg einer Verfassung zu messen. Ebenfalls ist *Isensee* zu folgen, wenn er von der Permanenz des Zustimmungsbedarfs für die Verfassung spricht. Während der Geltungsanspruch, den die Verfassung selbst erhebt, nicht den Wogen der Zeit unterworfen ist, muss sich der Erfolg der Verfassung Tag für Tag neu bestätigen. Die Wirksamkeit der Verfassung unterliegt somit dem Wandel. Der Zahn der Zeit kann ihre Legitimität stärken, aber auch schwächen. *Isensee* spricht hier von einem *plébiscite de tous les jours*⁴⁹⁶, dem er Wesenszüge zuschreibt, die sehr an diejenigen des *pouvoir*

492 Eingehend hierzu Radbruch, *Gustav*: Rechtsphilosophie, hrsg. von Dreier, Ralf und Paulson, Stanley L., C.F. Müller, Heidelberg, 1999, S. 80f.

493 So auch Radbruch, der hier Adolf Merkel zitiert: *Ebenso wenig wie [...] ein wertloses Papier dadurch Geltung erlangt, dass jemand es mit der Pistole in der Hand einem anderen als Zahlungsmittel aufnötigt, gewinnt ein Imperativ demjenigen gegenüber Geltung, der sich ihm zähneknirschend zu unterwerfen gezwungen ist, geschweige denn gegenüber dem, der sich ihm hohnlachend zu entziehen versteht*; Radbruch, 1999, S. 80.

494 Auch zu dieser Theorie kritisch Radbruch, S. 81; s. zusätzlich Henkel, Heinrich: Das Problem der Rechtsgeltung, in: Gedächtnisschrift für René Marcic, Duncker & Humblot, Berlin, 1964, S. 66; Hofmann, Hasso: Legitimität und Rechtsgeltung, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, S. 32f.

495 *Isensee*, 1992, S. 80.

496 Diese Formulierung geht zurück auf den französischen Schriftsteller Ernest Renan (1823–1892) und auf seine Rede mit dem Titel *Qu'est-ce qu'une nation?*, welche er im Jahre 1882 an der Sorbonne hielt. In dieser positionierte er sich (noch unter der Wirkung der Niederlage von 1870) gegen den Nationsbegriff, welcher damals im Deutschen Reich herrschend war und den Grund für die

constituant erinnern. So sei diese Zustimmung *souverän, unberechenbar, an keine Regeln gebunden, [...] gleichermaßen fähig, die bestehende Ordnung anzunehmen wie zu verwerfen*.⁴⁹⁷

Isensee geht hier nicht auf die angesprochenen Übertreibungen im Zusammenhang mit der Lehre von *pouvoir constituant* ein, wie sie etwa bei *Carl Schmitt* zu finden sind und *mutatis mutandis* auch die Wirkungsgewalt dieses *plébiscite* einschränken könnten. Freilich ist auch dieses nicht fähig, wie eine Kraft aus dem Nichts aufzutauchen und die Verfassung zu vernichten. Auf einen anderen wesentlichen Unterschied weist *Isensee* jedoch hin: die klassische Lehre betrachtet den *pouvoir constituant* von einem Standpunkt *ex ante*, während die Legitimation durch das *plébiscite* nur im Nachhinein erfolgen kann.⁴⁹⁸ *Ex post* entscheidet sich, ob etwa die Umstände der Entstehungsgeschichte oder ein Ursprungsethos Einfluss auf die Annahme der Verfassung ausüben, ob also ihre Entstehung eine Art von traditionaler Legitimität im Sinne *Max Webers* stiften kann.⁴⁹⁹

2. Legitimation aus dem Inhalt

Die entscheidenden Motive, auf denen die Zustimmung durch die Beherrschten beruht, ergeben sich aus dem Inhalt der Verfassung, in der die *Ideen der Menschenrechte, der liberalen Demokratie, des sozialen Rechtsstaates [...] normative Gestalt annehmen (Isensee)*.⁵⁰⁰

Hier schließt sich ein wichtiger Kreis. Im Rahmen der Erörterung der Vertragstheorien wurde detailliert dargelegt, dass deren einflussreichste Vertreter alle sehr konkrete Vorstellungen von den Eigenschaften hatten, die ein Gemeinwesen aufzuweisen hat, wobei ihre Ansätze zur Begründung stark divergierten. Während *Locke* und *Montesquieu* sich auf das Naturrecht beriefen, begeisterte sich *Rousseau* für die Ideale der Antike

Zusammengehörigkeit einer Nation im gemeinsamen Kulturerbe sah. *Renans* Rede gilt als Grundlagenwerk der französischen *conception contractuelle*, die den Grund der Nation in dem gemeinsamen Willen der Mitglieder ihrer Bevölkerung sieht, diese zu gründen: *L'existence d'une nation est (pardonnez-moi cette métaphore) un plébiscite de tous les jours, comme l'existence de l'individu est une affirmation perpétuelle de vie*.

497 *Isensee*, 1992, S. 82.

498 *Isensee*, 1992, S. 82.

499 Auch *Isensee* benutzt diesen Begriff *Max Webers* zur Bezeichnung dieser Art der Legitimität; *Isensee*, 1992, S. 82.

500 *Isensee*, S. 84.

und ließ diese Begeisterung in seine Konzeption der *volonté générale* einfließen. Sieyès machte einen weiteren Schritt nach vorne und zeigte in der Schrift vom Dritten Stand und im *Préliminaire*, wie er sich eine Verfassunggebung und eine Verfassung vorstellt, die im Einklang mit dem Naturrecht sind, zu dessen Anhängern er zu zählen ist.

Trotz dieser erheblichen Unterschiede ist diesen Theoretikern eins gemein. Sie hatten eine „gute“, gerechte Verfassung vor Augen, die auf den – durchaus verschiedenen Interpretationen zugänglichen – Idealen der Gleichheit und der Freiheit beruht. Die richtige Auslegung ihrer Schriften zeigt, dass ihre Konzeptionen unsere heutige Auffassung von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie sehr stark geprägt haben. Ihr Streben nach dem „Guten“ ist ein Weg, an dessen Ende eine Verfassung steht, deren Inhalt den von *Isensee* angeführten Idealen der Menschenrechte, der liberalen Demokratie und des sozialen Rechtsstaates entspricht. Erfüllt eine Verfassung diese Anforderungen, fällt das Lüften des Vorhanges, das als für den Normativisten so furchterregend beschrieben wurde, deutlich leichter. Anstatt des Gorgonenhauptes der Macht ist dort nunmehr der Geist der Dike zu finden.

3. Von der Einstimmigkeit zum Verfassungskonsens – eine praxistaugliche Lösung

Während die Wirksamkeit der Verfassung ein empirisches Phänomen ist und während sie sich allein aus der Zustimmung der Beherrschten speist, ist die Frage ihrer Rechtfertigung eine verfassungstheoretische Frage, auf die die Antwort nur mithilfe eines Modells gefunden werden kann, welches abstrahiert von der sozialen Wirklichkeit ist – allerdings nicht abstrahiert von den Fragen, die die scheinbaren Widersprüche der Lehre vom *pouvoir constituant* aufwerfen.

Der wohl schwerwiegendste dieser Widersprüche ist derjenige zwischen der Erforderlichkeit einer einstimmigen Entscheidung über die Annahme der Verfassung auf der einen und der praktischen Unmöglichkeit hiervon auf der anderen Seite.

Isensee sieht hier die Parallelen zwischen dem Moment der Verfassunggebung und demjenigen des Vertragsschlusses, wie er in den Vertragstheorien auftaucht, merkt aber auch an, dass die Vorstellung, dass sich alle einzelnen Personen jemals in bestimmten Grundfragen einig sein könnten, völlig weltfremd sei. Er arbeitet hier mit einer pragmatischen Reduktion und schlägt vor, das Ideal der Einstimmigkeit durch das weniger

anspruchsvolle und eher den Anforderungen der Realität entsprechende Prinzip des Konsenses zu ersetzen.⁵⁰¹

Dieser Vorschlag *Isensees* ist nicht unproblematisch, treten doch die wesentlichen Unterschiede zwischen dem Gesellschaftsvertrag und der modernen Verfassungsurkunde hier trotz aller Wesensverwandtschaft sehr deutlich zum Vorschein. Während ersterer tatsächlich ein Akt ist, der auf Verständigung und Konsens beruht, ähnelt letztere trotz ihres besonderen Status einem Gesetz. Wesentliche Merkmale eines Gesetzes sind jedoch gerade das Befehlsmoment der Obrigkeit statt der Gleichrangigkeit des Konsenses und das Mehrheitsprinzip statt der Erforderlichkeit der Übereinstimmung beim Konsens.⁵⁰²

Diese wesensartige Unterschiedlichkeit, die aus dem Charakter der Verfassungsurkunde als Gesetz folgt, ist allerdings eher formeller Natur und ist nicht so bedeutend, wie die Verwandtschaft zwischen Gesellschaftsvertrag und Verfassung, die daraus folgt, dass die Funktion beider es ist, dem Gemeinwesen seine Grundstruktur zu verleihen. Aus dieser Ähnlichkeit folgt allerdings auch, dass das Problem im Zusammenhang mit dem Einstimmigkeitserfordernis nichts von seiner Virulenz verliert. Obwohl *Isensees* Vorschlag, die Einstimmigkeit durch eine Forderung nach Konsens zu ersetzen, nicht unproblematisch ist, ist er überzeugender als etwa der Vorschlag Lockes, von jedem Beherrschten eine Zustimmung zu verlangen und gleichzeitig die Voraussetzungen einer konkludenten Zustimmung so niedrig anzusetzen, dass hierunter praktisch jedes Verhalten fällt und es somit für jeden der Beherrschten unmöglich ist, dem Gesellschaftsvertrag nicht zuzustimmen.

Die pragmatische Reduktion *Isensees* überzeugt gerade durch ihre Praxistauglichkeit. Die Zustimmung aller Bürger wird hier ersetzt durch den Konsens aller politisch relevanten Kräfte des Gemeinwesens, die so die Verfassung gemeinsam tragen: *Keine an Zahl und Gewicht wesentliche Gruppe darf außer von bleiben, darf ausgegrenzt und geschwächt werden, wenn die Verfassung ein solides Fundament erhalten soll. Sie baut darauf, dass Bürger und Parteien sich auf das Spiel der Demokratie einlassen und die rechtlichen Spielregeln akzeptieren, die Regeln des Machterwerbs, der Machtausübung, der Machtbegrenztheit und des Machtwechsels. Die demokratische Grundloyalität ist die Kehrseite des politischen Antagonismus, den die Demokratie freisetzt. (Isensee).*⁵⁰³

501 S. hierzu *Isensee*, 1992, S. 86.

502 Auf diese Schwierigkeit verweist auch *Isensee*, 1992, S. 89.

503 *Isensee*, 1992, S. 91.

Hier wird die Ähnlichkeit von Verfassung und Gesellschaftsvertrag wieder erkennbar, sind dies doch Gedanken, die in den klassischen Vertragstheorien allesamt zu finden sind. Aus dem Verbot der Ausgrenzung bestimmter politischer Kräfte folgt im Umkehrschluss, dass die Verfassung ein Mindestmaß an integrativer Wirkung und ein Mindestmaß an Inhalten zeigen muss, mit denen sich Parteien und Bürger jeglicher politischer Couleur identifizieren können. Kann in Lockes Forderung nach einstimmiger Annahme des Gesellschaftsvertrages ein Vorgänger dieser Erforderlichkeit eines gemeinsamen Dafürhaltens für das Gemeinwesen gesehen werden, trifft es wenig später in Montesquieus *vertu* ebenso deutlich zum Vorschein wie in Rousseaus Konzeption der *volonté générale*. Trotz der grundlegenden Verschiedenheit des *Esprit des Lois* vom *contrat social* ist dieses Element des gemeinsamen Einstehens für das Gemeinwesen als Grundvoraussetzung desselben einer der gemeinsamen Nenner. Sieyès wiederum lässt insbesondere im *Préliminaire* erkennen, dass er stark von diesem Gedanken beeinflusst worden ist, wenn er schreibt, dass für die Aufrechterhaltung des *ordre social* die Gemeinsamkeit der verfolgten Ziele unabdingbar ist. Wie dargestellt, forderte er eine Beschränkung der Machtübertragung seitens der Gemeinschaft ausschließlich auf diejenigen Verfassungsbestimmungen, die für die Verfolgung dieser gemeinsamen Ziele und somit für die *affaires du gouvernement* erforderlich sind. Aus dieser Forderung geht hervor, dass eine Verfassung, die Ziele festlegt, mit denen sich Teile der Beherrschten nicht identifizieren können, nicht mit einer starken Unterstützung und mit der von Isensee geforderten demokratischen Grundloyalität rechnen kann. Ihre Legitimität ist gering.

Der zweite Aspekt ist laut Isensee die Gesamtheit der Vorschriften, die er als die Regeln des *Spiels der Demokratie* bezeichnet. Hier sind insbesondere Lockes Gedanken von der Beschränkung der Herrschaft der Mehrheit und vom Erfordernis des *trust* relevant. Daneben spielt auch Montesquieus Auffassung von *égalité* und die hiermit verbundene Forderung nach realistischen politischen Partizipationsrechten für alle Wahlberechtigten sowie Sieyès' fast deckungsgleiche Konzeption von den *droits politiques* eine wichtige Rolle.