

B. Lösungsansatz: die Lehre von der verfassunggebenden Macht des Volkes

I. Versuch der Erfassung des Grenzbegriffs des Verfassungsrechts

Die Gründe für die Anerkennungswürdigkeit der Verfassung – gemeint ist hier die Verfassung als *rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*³⁷ – finden sich nicht im positiven Recht. Das oberste rechtliche Dokument einer nationalen Rechtsordnung muss vielmehr seinen Geltungsgrund zwingend aus einer ihm vorausliegenden Größe ableiten, die sich als *besondere Macht oder Autorität* darstellt.³⁸ Diese Macht oder Autorität liegt außerhalb des vom Rechtspositivismus festgelegten Koordinatensystems und stellt sich als *Grenzbegriff des Verfassungsrechts (Böckenförde)* dar.³⁹ Die Frage nach ihrer Existenz und nach dem Ort, an dem sie aufzufinden ist, lässt sich aber dennoch *nicht nur als philosophische, sondern auch als verfassungsrechtliche Frage* stellen.⁴⁰ Es ist möglich, mithilfe der Überlieferungen der Staatswissenschaften eine Antwort auf die Frage nach dem Geltungsgrund der Verfassung zu finden. Wie sich zeigen wird, kennt der moderne säkulare Staat nur eine einzige solche Antwort. Der Quell, aus dem eine Macht fließt, die die Verfassung als geltendes Recht zu schaffen vermag, ist der Wille des Volkes. Seit der Französischen Revolution wird dieser Quell als verfassunggebende Gewalt (*pouvoir constituant*) des Volkes bezeichnet.

Diese Bezugnahme auf den Willen des Volkes als Geltungsgrund mag die Neugier des Praktikers befriedigen, der Theoretiker sieht in dieser Feststellung jedoch keine wirkliche Antwort auf die Frage nach der Legitimität. In seinen Augen ist sie eher geeignet, neue Fragen aufzuwerfen als die alte zu lösen. Wo findet sich dieses Volk in der materiellen Welt? Wie vermag es seinen Willen im Rahmen der Ausübung der verfassunggebenden Gewalt zu artikulieren? Hat es noch eine Beziehung zu der Verfassung als seinem Werk, nachdem diese in Kraft getreten ist? Und wenn ja: wie ist

37 Böckenförde, *Ernst-Wolfgang*: Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, in: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2011, S. 97.

38 Böckenförde, 2011, S. 97.

39 Böckenförde, 2011, S. 97.

40 Böckenförde, 2011, S. 98.

diese Beziehung zu der Verfassung geartet? Schläft der *pouvoir constituant* einen langen Schlaf, nachdem er sich geäußert hat, oder kann er sich jederzeit wieder erheben?

Diese Macht des Volkes ist der rechtswissenschaftlichen Analyse zugänglich und muss auch mit rechtswissenschaftlichen Mitteln geprüft werden. Anhaltspunkte in Form von Bezugnahmen auf den Willen oder die Macht des Volkes oder der Nation finden sich in fast allen modernen Verfassungen. Das ungarische Grundgesetz stellt hier keine Ausnahme dar.

Die Feststellung, dass diese Bezugnahmen auf das Volk oder auf die Nation als das Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt der Auslegung bedürfen, mutet allerdings beinahe wie ein von Ironie nicht freies *Understatement* an. Diese Begriffe werfen gerade wegen ihrer Offenheit und Natürlichkeit schwierige und oft auch politisch sensible Fragen auf, auf die sich nie die ausschließlich richtigen Antworten finden lassen. Die Suche nach einer Antwort bietet ferner wenig Aussicht auf Erfolg, wenn der Suchende sich auf den bloßen Verfassungstext beschränkt. Der Geltungsgrund der Verfassung ist nicht nur eine Frage des geschriebenen Rechts, sondern *zugleich mehr* (Böckenförde).⁴¹

II. Allgemeine Ansätze zur Legitimierung von Macht und Staat als Quellen der Erkenntnis

Die Forderung *Böckenfördes* nach *zugleich mehr* mag einschüchternd wirken, allerdings nicht wegen der Knappheit der zur Verfügung stehenden Antworten, sondern vielmehr wegen deren uferlos scheinender Weite. Ein Wortspiel drängt sich auf: der Frage nach *zugleich mehr* steht ein *Meer* von Antworten gegenüber, die alle Teil der europäischen Tradition sind. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Legitimitätsprobleme des ungarischen Grundgesetzes und vermag deswegen auf dieses *Mehr* nur insoweit einzugehen, als es für das Verständnis der einschlägigen Probleme erforderlich ist. Trotz dieser dem Umfang der Arbeit geschuldeten Selbstbeschränkung ist auch dieses kleine *Mehr* umfangreich, sodass ihm der erste Teil der Arbeit gewidmet werden soll.

Wie die Arbeit zeigen wird, ist die geschriebene Verfassung mit dem Willen des Volkes als Grund ihrer Wirksamkeit, wie sie als Grundlage des modernen Staates typisch ist, eine Erscheinung der Neuzeit. Trotzdem sind die Ansätze, die zu ihrer Rechtfertigung entstanden sind, stark von

41 So Böckenförde, 2011, S. 98.

einer geistesgeschichtlichen Tradition beeinflusst worden, die deutlich älter ist. Eng zusammenhängend, aber nicht deckungsgleich mit der Frage nach dem Grund für die Anerkennungswürdigkeit der geschriebenen Verfassung ist eine andere, die sich schon seit Ewigkeiten stellt: diejenige nach der Legitimität des Staates als solchen. Der Staat ist nach *Jellinek menschliche Institution, ein Produkt des Willens und nicht etwas von der Natur geschaffenes*. Er hat sich deswegen zu jeder Zeit der Frage zu stellen, warum er in seiner gegebenen Form existiert. Die Suche nach der Antwort bringt neben historischen Erkenntnissen vor allem *Grundsätze für das Handeln* des Staates und seiner Institutionen.⁴² Jede Rechtfertigung des Staates und seiner Institutionen äußert sich zumindest implizit auch über die Frage, wie dieser im Idealfall zu funktionieren hat. Insbesondere wird dieser Zusammenhang bei den Vertragstheorien deutlich, auf die hier noch detailliert eingegangen werden soll. Es wird sich zeigen, dass sich den hier entwickelten Antworten auf die Frage nach dem *Warum* der staatlichen Macht – sei es ausdrücklich oder implizit – stets auch deutliche Vorstellungen über die richtige Art und Weise der Ausgestaltung des Staates, d.h. über das *Wie*, entnehmen lassen.

Dieser Legitimationsbedarf des Staates wiederum hängt eng mit dem Problem der Erklärungsbedürftigkeit von Macht an sich zusammen. Max Webers berühmte Definition beschreibt Macht schlicht als die *Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht*⁴³. Es ist Grundvoraussetzung der Existenz jedes zivilisierten Gemeinwesens, diese Chance des Mächtigen strengen Regeln zu unterwerfen, um so ihren Missbrauch möglichst vollkommen auszuschließen. Die unschöne, stets die Beugung des Willens und die Beschränkung der Freiheit der anderen Person nach sich ziehende Macht muss sich in jedem Moment rechtfertigen können. Der enorme Legitimationsbedarf der Macht in diesem allgemeinen Sinne der Herrschaft eines Menschen bzw. einer Institution über andere (und damit letzten Endes auch des Zwanges) wird noch übertroffen von demjenigen

42 *Jellinek, Georg*: Allgemeine Staatslehre, Verlag von O. Häring, Berlin 1914, S. 184.

43 Diese Machtdefinition ist zur Veranschaulichung der Problemstellung dieser Arbeit ausreichend. Selbstverständlich sind wegen der Wichtigkeit und gleichzeitig schwierigen Greifbarkeit und Erklärbarkeit von Macht innerhalb von zwischenmenschlichen Beziehungen der Frage zahlreiche Werke gewidmet worden; s. für Details etwa *Imbusch, Peter* (Hrsg.): Macht und Herrschaft – Sozialwissenschaftliche Theorien und Konzeptionen, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2012; zu Max Webers Machtbegriff s. *Neuenhaus-Luciano, Petra*: Amorphe Macht und Herrschaftsgehäuse – Max Weber, ebendort, S. 97f.

des Staates. Einerseits, weil dieser als Inhaber der höchsten weltlichen Macht über die stärksten Machtinstrumente verfügt, und andererseits, weil er vom Beherrschten als eine von ihm weit entfernte, schwer greifbare Entität gesehen wird.

Diese Theorien und Traditionen zur Erklärung von Macht und Staat sind bei der Suche nach der Antwort auf die Frage der Legitimität der Verfassung von unschätzbarem Wert. Am nützlichsten sind sie dann, wenn ihre Schlussfolgerungen und Begründungen auf die speziellere, engere Frage der Legitimität der Verfassung abgestimmt werden. Denn trotz der engen Verbundenheit der Themenbereiche sind die Legitimität des Staates und diejenige seiner Verfassung nicht vollkommen deckungsgleich und müssen auseinandergelassen werden.⁴⁴ Der Staat ist als Gemeinwesen Voraussetzung und gleichzeitig Regelungsgegenstand der Verfassung. Die Verfassung ist rechtliche Grundordnung des Staates und regelt dessen innere Struktur. Die Grundstruktur des Staates ist dessen Verfassung im materiellen Sinne, die ihr wichtigstes Regelungsinstrument in der Verfassung im formellen Sinne findet, welche heute wiederum – zumindest auf dem Kontinent⁴⁵ – als Verfassungs- oder Grundgesetz in Form einer Urkunde ausgefertigt wird.⁴⁶

Die Legitimität eines Staates kann durchaus alle Wogen der Geschichte ungebrochen überstehen, seine Daseinsberechtigung wird nur selten in Frage gestellt, während eine neue, für diesen Staat geltende Verfassung sich stets die Frage nach ihrer Legitimität gefallen lassen muss, sei sie unter revolutionären Umständen oder sei sie in ruhigen Zeiten verabschiedet worden.⁴⁷ So stellte z.B. der Neuanfang für Deutschland im Jahre 1949 nicht die Schaffung eines neuen Staates dar, sondern vielmehr die Reorganisation des fortbestehenden, durch das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes legitimierten deutschen Nationalstaates.⁴⁸

44 Zum Verhältnis zwischen Staat und Verfassung s. sehr ausführlich *Isensee, Josef: Staat und Verfassung*, in: *Isensee, Josef / Kirchhof, Paul* (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, § 15, Rn. 1f.

45 Den bekanntesten Gegenpol bildet wohl England mit seiner historisch gewachsenen, nicht in ein einheitliches Dokument gefassten Verfassung.

46 *Isensee, Josef: Das Volk als Grund der Verfassung*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1992, S. 10.

47 Im Einklang hiermit wies das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass der Parlamentarische Rat das Grundgesetz nicht als Akt der Neugründung eines Staates verstanden hat, BVerfGE 77, 137 (3) = NJW 1988, 1313 (1314).

48 BeckOK Grundgesetz/*Hillgruber*, 35. Ed. 15.11.2017, GG Rn.3 (Stand: 15.11.2017); *Herdegen, Matthias*, in: *Maunz/Dürig: Grundgesetz-Kommentar*, 81. EL September 2017, Präambel Rn.4; BVerfGE 77, 137 (156) = NJW 1988,

Somit stellt der Staat einerseits die Vorbedingung für die Existenz einer Verfassung dar, andererseits einen Rohbau, der einer inneren Ausgestaltung bedarf, an der wiederum die Verfassung einen wesentlichen Anteil hat.⁴⁹ Ist der Staat nicht fähig, sich als Staat zu rechtfertigen, macht die Frage nach dem Legitimationsgrund der Verfassung keinen Sinn. Andererseits reduziert sich im Falle der erfolgreichen Rechtfertigung des Staates der Legitimationsbedarf der Verfassung um einiges.⁵⁰

Der Legitimationskonnex von Staat und Verfassung ist auch wegen des Gegensatzes von Staat und Anarchie sehr eng. Der Staat muss stets eine Erklärung dafür bieten können, warum er besser ist als die Anarchie als herrschaftsfreie Form des Zusammenlebens. Gerade die Verfassung eignet sich im besonderen Maße dazu, diese Erklärung zu liefern. Die Frage der Legitimität einer Verfassung kann sich auf der anderen Seite nur stellen, wenn ein Mindestmaß an Herrschaft vorliegt, ist sie doch dazu berufen, diese zu ordnen, zu zähmen und in Bahnen zu lenken.⁵¹

Behält man diese wichtigen Unterschiede und Zusammenhänge rund um die Daseinsberechtigung des Staates auf der einen und der Verfassung auf der anderen Seite im Hinterkopf, ist das Studium der Lehren, die im Laufe der Jahrtausende zur Rechtfertigung des Staates entstanden sind, sehr nützlich für die Beurteilung der Anerkennungswürdigkeit der Verfassung. Wie sich jeder Staat stets die Frage gefallen lassen muss, aus welchem Grunde er existiert, so muss jede Kraft, die hinter einer Verfassung steht, sich die Frage gefallen lassen, warum sie die Grundstrukturen des Staates in dieser Form – und nicht in einer anderen – eingerichtet hat.

Bei der Prüfung der Legitimationsansätze in der vorliegenden Arbeit ist noch eine wichtige Tatsache vor Augen zu halten. Diese Arbeit will die Antwort auf die Frage der Legitimität des ungarischen Grundgesetzes von 2012 finden – des rechtlichen Grundlagendokuments eines europäischen Verfassungsstaates. Somit sind ausschließlich diejenigen Kriterien Gegenstand der Untersuchung, die für Verfassungen gelten, die den *Prinzipien der Demokratie, der Menschenrechte und der Gewaltenteilung*⁵² verpflichtet

1313 (1315); der vom Herrenchiemseer Konvent dem Parlamentarischen Rat als Minderheitsvorschlag unterbreitete Präambel-Entwurf, der vom Untergang der deutschen Staatlichkeit ausging und den *pouvoir constituant* bei den Ländern verortete, konnte sich gegenüber dem Vorschlag der Mehrheit nicht durchsetzen, s. hierzu *Herdegen, Matthias*, ebendort, Präambel Rn. 18.

49 *Isensee*, HStR, § 254, Rn. 4.

50 *Isensee*, HStR, § 254, Rn. 4.

51 *Isensee*, HStR, § 254, Rn. 5.

52 So *Isensee*, 1992, S. 11.

sind. Die Nichterfüllung dieser strengen Voraussetzungen kann die Legitimität der Verfassung eines Staates schwächen, der mit dem Anspruch auftritt, ein Verfassungsstaat zu sein – ohne die Existenz des souveränen Staates als solchen in Frage zu stellen.⁵³

III. Die klassische Lehre vom *pouvoir constituant* und ihre Anwendung auf das ungarische Grundgesetz

Eine erschöpfende Aufzählung aller Ansätze, die zur Legitimierung von staatlicher Macht im Laufe der Jahrhunderte entstanden sind, ist hier weder möglich noch erforderlich. Ausreichend ist vielmehr die kurze Vorstellung der Ansicht, die die *physische Notwendigkeit* (Jellinek) als Begründung für die staatliche Macht anführt und hierunter die schlichte Faktizität (d.h. im Wesentlichen die nackte Gewalt) versteht. Ihr soll die Skizzierung der für das Altertum und das Mittelalter typischen Begründung durch Berufung auf Höheres (die Jellinek als *religiöse Begründung* bezeichnet) folgen. Diese beiden Ansätze können heute nicht mehr zur Erklärung der Legitimität von Verfassungen herangezogen werden. Ihre kurze Darstellung soll lediglich einen starken Kontrast zu der für die Neuzeit typischen Berufung auf den Willen des Volkes setzen und gleichzeitig verdeutlichen, dass diese Berufung die einzige heute akzeptable Lösung darstellt. Gleichzeitig soll hiermit eine Weichenstellung vorgenommen werden, um die Darstellung auf den Weg zu bringen, der in die Richtung der Lehre von der verfassungsgebenden Macht des Volkes führt. Eine unvermeidbare Etappe auf diesem Weg stellen die Vertragstheorien dar, die eng mit dieser Lehre verwandt sind und einen immens starken Einfluss auf sie ausübten.

Die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes ist untrennbar mit der Französischen Revolution verbunden. Tatsächlich erschien sie in ihrer bekanntesten und wohl auch einflussreichsten Gestalt im Revolutionsjahr 1789. Allerdings tauchte sie in diesem Jahr nicht aus dem Nichts auf, sondern stellte sich als Weiterentwicklung der im vorrevolutionären Frankreich sehr verbreiteten Vertragstheorien dar. Daneben wurde sie sehr stark von denjenigen geistesgeschichtlichen Grundlagen beeinflusst, die

53 Es ist offensichtlich, dass die Daseinsberechtigung oder Souveränität derjenigen Staaten der Erde, die nicht zum Kreis der Demokratien gehören, allein aufgrund dieser Nichtzugehörigkeit nicht ernsthaft in Frage gestellt werden kann. Bei der Prüfung dieser Fragen orientiert sich das Völkerrecht an der klassischen Trias Jellineks: Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt.

ihrerseits der US-Amerikanischen Unabhängigkeitsbewegung den Weg ebneten. Auf diese muss deswegen ebenfalls eingegangen werden.

Erstes Ziel ist es dementsprechend, diejenigen Einflüsse kurz zu skizzieren, die zur Geburt der Lehre von der verfassungsgebenden Macht des Volkes in ihrer klassischen französischen Ausprägung von 1789 führten. Sämtliche theoretische Fragen der Legitimität zu beantworten ist nicht erforderlich. Die Ausführungen haben einen Juristen vor Augen, dessen Handwerkzeug das positive Recht ist und der sich mit rechtstheoretischen Fragen allenfalls ergänzend auseinandersetzen muss. Die erste Hälfte der Arbeit soll diesen nicht nur dazu ermutigen, sich selbst die wichtigsten Fragen rund um die Frage der Legitimität von Verfassungen zu stellen, sondern ihm auch ein einfaches Rüstzeug liefern, mithilfe dessen er eigene Antworten entwickeln kann. Hierbei soll nicht nur auf theoretische Errungenschaften eingegangen werden. Vielmehr sind in gebotener Kürze diejenigen historischen Gegebenheiten zu skizzieren, die mit ihren Traditionen einen fruchtbaren Boden für diese Theorien boten.

Nach der Darstellung dieses unentbehrlichen Rüstzeuges soll in der zweiten Hälfte der Arbeit auf das ungarische Grundgesetz und auf die für die Frage der Legitimität relevanten Bestimmungen eingegangen werden, wobei selbstverständlich auch die Umstände seiner Ausarbeitung und Verabschiedung nicht fehlen dürfen. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, den Leser zu ermutigen, die im ersten Teil vermittelten abstrakten Informationen auf den konkreten Fall des ungarischen Grundgesetzes von 2012 anzuwenden und so dessen Legitimität kritisch zu hinterfragen.

Küppers Einwand, dass es schwerfällt, auf einen ideologischen Text zu reagieren, ohne dabei selbst in ideologische Argumentationsstrukturen zu verfallen, ist richtig.⁵⁴ Trotzdem ist gerade dies das hier verfolgte Ziel. Ideologisches Feuer mit ebenso ideologischem Feuer zu bekämpfen, vermag den Brand nicht zu löschen. Die Lebenserfahrung zeigt vielmehr, dass ein nüchternes, von Ruhe geleitetes Vorgehen insbesondere dann angebracht ist, wenn die andere Partei emotional überhitzt argumentiert. Ähnlich verhält es sich mit dem Vorwurf der Parteilichkeit und ideologischen Aufladung des Grundgesetzes. Die Lösung lässt sich am besten dann entwickeln, wenn man auf die vermeintliche Parteilichkeit auf möglichst unbefangene Weise antwortet und die Worte, denen ideologische Aufladung zum Vorwurf gemacht wird, unter Zuhilfenahme altbewährter Gedanken prüft, die den Test der Zeit bestanden haben und für Juristen mit unterschiedlichen Auffassungen akzeptabel sind. Hierbei ist es unverzicht-

54 So Küpper, 2012, S. 5.

bar, die klassische Lehre von der verfassunggebenden Gewalt des Volkes im größtmöglichen Umfang zu respektieren. Neben ihren Inhalten sollen auch ihre Entstehungs- und Wirkungsgeschichte sowie diejenigen Gedanken dargestellt werden, die einen bedeutenden Einfluss auf sie ausübten.

Werden all diese Errungenschaften konsequent auf das ungarische Grundgesetz und auf seine Entstehungsgeschichte angewendet, ist die Bildung eines sorgfältig begründeten und vertretbaren Ergebnisses trotz der Gratwanderung, die aus dem Charakter der verfassunggebenden Macht des Volkes als *Grenzbegriff des Verfassungsrechts* folgt, ein erreichbares Ziel.

Verfassungsrecht ist stets ein Spiegel der politischen Machtverhältnisse. Ganz besonders gilt dies für den Akt der Verabschiedung einer neuen Verfassung, ist er doch nichts anderes als die neue Festlegung der staatlichen Grundstrukturen durch eine Kraft, die für sich in Anspruch nimmt, die Belange des Volkes als Subjekt der Verfassunggebung zu artikulieren. Viktor Orbán und sein Fidesz haben dem Dokument unzweifelhaft den Stempel ihrer Weltsicht und ihrer Auffassung von Volk und Nation aufgedrückt. Das Grundgesetz ist somit nicht nur wichtigstes Produkt der Gesetzgebung der Orbán-Ära, sondern auch ein Kompass, der hilft, die Bestrebungen des Mannes zu verstehen, der sich mit seiner unorthodoxen Politik zu einem der erfolgreichsten, aber auch umstrittensten europäischen Politiker der letzten Jahrzehnte entwickelt hat.