

Schriftenreihe  
Europäisches Verfassungsrecht



Tobias Herbst

# Legitimation durch Verfassunggebung

Ein Prinzipienmodell der Legitimität  
staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt



**Nomos**

<https://doi.org/10.5771/9783748938361-1>, am 11.09.2024, 11:21:39  
Open Access –  – <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

Schriftenreihe Europäisches Verfassungsrecht

herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h. c. Ingolf Pernice  
und Prof. Dr. Matthias Ruffert

Band 13

Tobias Herbst

# Legitimation durch Verfassunggebung

Ein Prinzipienmodell der Legitimität  
staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Universität, Diss., 2002

1. Auflage 2003

© Tobias Herbst

Publiziert von  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de)

Gesamtherstellung:  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8329-0283-4

ISBN (ePDF): 978-3-7489-3836-1

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748938361>



Onlineversion  
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

## *Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dr. h.c. Hasso Hofmann. Er war es, der in seinen Lehrveranstaltungen, besonders in den anspruchsvollen und anregenden Seminaren, meine Begeisterung für die Wissenschaft des Rechts geweckt und genährt hat. Angefangen von meiner Tätigkeit als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl in Würzburg bis zur Promotion als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Berliner Lehrstuhl hat er meinen akademischen Werdegang geprägt.

Ferner danke ich Prof. Dr. Ingolf Pernice für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens und die freundliche Aufnahme meiner Arbeit in seine Schriftenreihe.

Meinen Kolleginnen und Kollegen Dr. Angelika Siehr, LL.M., Priv. Doz. Dr. Klaus Joachim Grigoleit und Dr. Simona Rossi möchte ich ganz herzlich für zahlreiche anregende Gespräche danken.

Nicht zuletzt gilt mein Dank dem Verein Berliner Kaufleute und Industrieller e.V., der meine Arbeit mit dem Europapreis des Jahres 2002 auszeichnete, und der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Gewährung einer großzügigen Druckbeihilfe.

Berlin, Ostern 2003

Tobias Herbst



## Geleitwort des Herausgebers

Der Prozess der „Verfassung“ Europas hat eine neue Stufe erreicht. Wenn man so will, hat er bereits mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften begonnen, auch wenn damals von Verfassungsgebung keine Rede war. Hinsichtlich der Europäischen Union von Verfassung zu sprechen, war über lange Zeit ein Tabu. Erst seit der Erklärung von Laeken und dem Beginn des im Dezember 2002 ins Leben gerufenen Verfassungskonvents hat sich die Idee durchgesetzt, dass es an der Zeit ist, von einer Verfassung für die Europäische Union zu sprechen und sich um eine entsprechende Form der sie konstituierenden Texte zu bemühen.

Zu einem solchen Zeitpunkt über die Legitimation von Hoheitsgewalt überhaupt, im besonderen aber über die Legitimation einer europäischen Verfassung nachzudenken und neue wissenschaftliche Ansatzpunkte zu erarbeiten, ist eine besondere Herausforderung. Nicht nur die Debatte um das Demokratiedefizit in der Europäischen Union, sondern vor allem auch die stetig sinkende Unterstützung des Integrationsgedankens und seiner konkreten Form, der heutigen Union in der Bevölkerung der Mitgliedstaaten deutet auf eine Legitimitätskrise. Mehr und mehr rückt aus dem Blickfeld, was ursprünglich das tragende Motiv für die gegenüber klassischem Souveränitätsdenken durchaus revolutionäre Neukonstruktion supranationaler Hoheitsgewalt und die damit verbundene Relativierung der Staatlichkeit war: den Frieden in Europa dauerhaft zu sichern. Die Legitimitätskrise spiegelt sich aber auch in dem Gefühl wider, zunehmend einschränkenden Regelungen unterworfen zu sein, für welche die Verantwortung auf Brüssel geschoben wird, während dringende gesellschaftliche Probleme, für die man eine Lösung „aus Europa“ erhofft, in einem Chaos zersplitterter nationaler Positionen keine Antwort finden. Dass die Union für Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik, vor allem aber für Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik (noch) keine rechtliche Zuständigkeit hat, reicht als Erklärung nicht aus, wenn es darum geht, ob sie tatsächlich in der Lage ist, das zu tun, was der Bürger möglicherweise von ihr erwartet. Der Verfassungskonvent steht hier vor großen Herausforderungen.

Ausgehend von der verbreiteten Ansicht, dass Legitimation durch Verfassungsgebung hergestellt oder jedenfalls gestützt werden kann, liegt es nahe, nach den Gründen hierfür, vor allem aber nach den Möglichkeiten zu fragen, dies auf europäischer Ebene weiterzudenken. Die vorliegende Arbeit macht dazu eine grundlegende Entdeckung: Sie identifiziert als Quelle des Problems das, was hier als das „urheberorientierte Modell“ der Legitimation durch Verfassungsgebung bezeichnet wird, und unterwirft dieses zugleich einer historisch-staatsphilosophisch begründeten Kritik. Wo Verfassungsgebung auf den souveränen Staat bezogen und einem vorgegebenen Volk als Subjekt zugerechnet wird, kann sie europäische Hoheitsgewalt nicht legitimieren. Daher wird in Theorie und Praxis nach anderen Konstruktionen gesucht.

Wenn dagegen, wie zunehmend in der Literatur zu verzeichnen ist, Verfassung und auch Verfassungsgebung vom Staat gelöst, etwa auch durch völkerrechtlichen Vertrag als möglich betrachtet wird, lässt sich dieses Hindernis überwinden. Dem entspricht eine Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung, die über den Urhebergedanken hinausgeht und auf materielle Prinzipien abstellt. Tobias Herbst entwickelt drei Legitimitätsprinzipien aufgrund fundierter und umfassender Studien der Staatsphilosophie amerikanischen und französischen Ursprungs, gestützt auf die Theorie des Gesell-

schaftsvertrags: Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit. Sie stehen in enger Beziehung zueinander, auch wenn sie zum Teil gegenläufig sind. Mit Hilfe dieses Prinzipienmodells, das auf staatlicher und auf europäischer Ebene gleichermaßen anwendbar ist, lassen sich eine Reihe von Ungereimtheiten der herkömmlichen Theorie der Verfassungsgebung auflösen. Vor allem aber erlaubt es eine Bewertung von Verfassungsgebung, -veränderung und auch -durchbrechung, wie sie auch den Prozess der europäischen Integration kennzeichnen. Der Verzicht auf Grundkategorien wie Volk oder Souveränität und die neue Interpretation der historischen Grundlagen erlaubt damit eine neue Perspektive und lenkt den Blick auf diejenigen Kriterien, die für die Legitimation der sich festigenden europäischen Hoheitsgewalt auch im Prozess der sich heute vollziehenden Verfassungsgebung entscheidend sind.

Für den Herausgeber der Schriftenreihe Europäisches Verfassungsrecht ist es eine Freude, diesen wertvollen Beitrag zu einem zentralen Thema der Theorie der europäischen Verfassung gerade in einem Zeitpunkt der Öffentlichkeit vorstellen zu können, in dem der Entwurf einer europäischen Verfassung erarbeitet wird, die sich von den betroffenen Bürgern die Annahme als ihre Verfassung und damit legitime Geltung erhofft.

Berlin, den 30. April 2003

Ingolf Pernice

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	19
<b>A. Problemstellung</b>	19
<b>B. Lösungsansatz</b>	23
<b>C. Gang der Darstellung</b>	26
<b>Erster Teil: Legitimation staatlicher Hoheitsgewalt durch Verfassunggebung</b>	28
<b>A. Die Argumentationsstruktur der gegenwärtigen Theorie der verfassungsgebenden Gewalt</b>	28
I. Verfassunggebung als Legitimation	28
II. Die Argumentationsstruktur der gegenwärtigen urheberorientierten Theorie	30
III. Die zugrundeliegende Vorstellung: Verfassungsgebende Gewalt als Ausdruck der Volkssouveränität	32
1. Der Begriff der Volkssouveränität	33
2. Das Verhältnis zwischen verfassungsgebender Gewalt und Volkssouveränität	36
<b>B. Die klassischen Theorien der Verfassunggebung</b>	38
I. Die Verfassungstheorie der Amerikanischen Revolution	38
1. Zur Bedeutung der Amerikanischen Revolution für die Theorie der Verfassunggebung	38
2. Verfassunggebung durch Konvente und hierarchische Überordnung der Verfassung	41
3. Exkurs: Locke und Montesquieu	43
4. Teilung der Gewalten durch das Volk	51
5. Verfassungsrechtlich garantierte Grundrechte	52
6. Bundesstaatliche Verfassunggebung	53
II. Die Verfassungstheorie der Französischen Revolution	53
1. Freiheitssicherung und Gewaltenteilung mittels einer auf das Volk zurückgehenden Verfassung	54
2. Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes	54
3. Repräsentation des Volkes bei der Verfassunggebung	57
4. Trennung von Verfassunggebung und Gesetzgebung	58
5. Exkurs: Die Vertragslehren von Hobbes und Rousseau	61
6. Die Theorie der Verfassunggebung bei Emmanuel Sieyès	66

7.	Zum angeblichen Einfluß Rousseaus	78
III.	Die Lehre der verfassungsgebenden Gewalt bei Carl Schmitt	80
<b>C.</b>	<b>Ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität</b>	<b>87</b>
I.	Kritik am urheberorientierten Modell	88
II.	Das unausgeschöpfte Erbe der amerikanischen und der französischen Theorie der Verfassunggebung	91
	1. Die amerikanische Theorie	91
	2. Die französische Theorie	92
III.	Vertragstheoretische Legitimitätsbegründung	92
	1. Klassische Vertragslehren	93
	2. Ein Vertragsmodell der Verfassunggebung	96
IV.	Argumentation mit Prinzipien	98
V.	Die Argumentationsstruktur des Prinzipienmodells der Verfassunggebung	100
VI.	Einwände gegen ein Prinzipienmodell der Verfassunggebung	101
	1. Der ideengeschichtliche Einwand	101
	2. Der Einwand der Unmöglichkeit einer Bindung des Verfassungsgebers an Prinzipien	102
VII.	Zur Anwendbarkeit des Prinzipienmodells der Verfassunggebung auf europäischer Ebene	102
<b>D.</b>	<b>Legitimitätsprinzipien der Verfassunggebung: Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit</b>	<b>103</b>
I.	Freiheitssicherung	104
II.	Kollektive Autonomie (unter Verzicht auf die Notwendigkeit der Souveränität)	106
III.	Dauerhafte Konsensfähigkeit	110
IV.	Unabhängigkeit des Prinzipienmodells vom Kontext der Verfassungsneuschöpfung	112
V.	Das Verhältnis zwischen Freiheitssicherung und kollektiver Autonomie: Verschiedene Autonomiebegriffe	113
	1. Freiheit als individuelle Autonomie	114

2.	Freiheit eines Personenverbandes von äußeren Einflüssen als Verbandsautonomie	114
3.	Kollektive Autonomie: Kollektiventscheidung mit unvermeidlichem Defizit an individueller Autonomie	115
4.	Begrenzung des unvermeidlichen Defizits an individueller Autonomie durch das Prinzip der Freiheitssicherung	117
VI.	Das Verhältnis zwischen Freiheitssicherung und dauerhafter Konsensfähigkeit	117
VII.	Das Verhältnis zwischen kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit	118
VIII.	Die Bedeutung der Trennung des verfassungsgebenden Organs von den verfaßten Organen in diesem Modell	119
<b>E.</b>	<b>Verfassungsänderung und Verfassungsgebung im Verfassungsstaat</b>	119
I.	Abgrenzung der Verfassungsgebung von der Verfassungsänderung	121
II.	Gründe für den Schutz der bestehenden Verfassung	122
1.	Selbstbindung des Verfassungsgebers?	122
2.	Freiheitssicherung	125
3.	Kollektive Autonomie	126
4.	Dauerhafte Konsensfähigkeit	127
III.	Grenzen der Verfassungsänderung	127
IV.	Zur Legitimität der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat	133
1.	Die Lösung nach dem Prinzipienmodell	133
2.	Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt? M. Kriele gegen C. Schmitt	136
V.	Verfassungsgebung durch Organe des Verfassungsstaates?	140
<b>F.</b>	<b>Verfassungsgebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates</b>	142
I.	Freiheitssicherung	144
II.	Kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit	145
<b>G.</b>	<b>Die Verfahren der Verfassungsgebung</b>	146
I.	Die Bedeutung des Verfahrens der Verfassungsgebung für die Verfassungslegitimität	146
II.	Ideal und Realität	147

1.	Das Ideal des Verfassungsgebungsverfahrens	147
2.	Die Realität der Verfassungsgebung	150
3.	Mindestanforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren	153
III.	Typen der Verfassungsgebungsverfahren	154
1.	Repräsentative Verfassungsgebung	155
a)	Beschreibung	155
b)	Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie	155
2.	Plebiszitäre Verfassungsgebung	156
a)	Beschreibung	156
b)	Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie	157
3.	Repräsentativ-plebiszitäre Verfassungsgebung	158
a)	Beschreibung	158
b)	Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie	158
IV.	Die Entscheidung über das Verfahren	159
V.	Besonderheiten bei der Bildung eines Bundesstaates durch Zusammenschluß von Einzelstaaten	162
1.	Ein Fall der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat	162
2.	Einzelstaatliche oder gesamtstaatliche Willensbildung?	163
a)	Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie	164
b)	Anknüpfung an das Volk als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt?	165
c)	Wechsel der personellen Legitimitätsgrundlage	166
<b>Zweiter Teil: Legitimation supranationaler Hoheitsgewalt durch Verfassungsgebung</b>		168
<b>A. Zum Begriff der Europäischen Verfassung</b>		168
I.	Der Begriff der Verfassung	169
1.	Beschränkung auf einen normativen Verfassungsbegriff	169
2.	Beschränkung auf die Staatsverfassung?	171
a)	Ist Demokratie nur in einem souveränen Staat möglich?	173
b)	Die Möglichkeit einer Verfassung auf nichtstaatlicher Ebene	177
3.	Verfassung als rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes	182
a)	Definition elementarer Begriffe	182
b)	Definition der Verfassung	183
c)	Unterschied zur Staatsverfassung	184
4.	Gehört die demokratische Legitimation zum Begriff der Verfassung?	188
II.	Das geltende Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union als Europäische Verfassung	189

1.	Das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union als rechtliche Grundordnung	189
a)	Überblick über das Primärrecht	189
b)	Stellung des Primärrechts an der Spitze der Normenhierarchie	190
c)	Grundlegender Charakter des Primärrechts	191
d)	Einbeziehung von Primärrechtsnormen, die keinen grundlegenden Charakter haben	193
2.	Die Europäischen Gemeinschaften bzw. die Europäische Union als handlungsfähiger Personenverband	194
3.	Die Ausstattung der Gemeinschaften mit Hoheitsgewalt	196
4.	Ist auch die Europäische Union mit Hoheitsgewalt ausgestattet?	197
5.	Ergebnis zum Verfassungscharakter des Primärrechts und Vergleich mit anderen Auffassungen	201
a)	Ergebnis des eigenen Ansatzes	201
b)	Vergleich mit anderen Auffassungen	201
III.	Mögliche zukünftige Europäische Verfassungen	204
1.	Bisherige Verfassungsentwürfe	204
2.	Die Verfassung eines künftigen Europäischen Bundesstaates	208
<b>B.</b>	<b>Die Möglichkeit der Legitimation einer Europäischen Verfassung durch Verfassungsgebung</b>	209
I.	Erster Einwand: Völkerrechtlicher Vertrag ist kein Akt der Verfassungsgebung	210
II.	Zweiter Einwand: Keine Souveränität auf europäischer Ebene	215
III.	Dritter Einwand: Es gibt kein „europäisches Volk“	217
IV.	Parallelen zur Verfassungsgebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates	226
<b>C.</b>	<b>Die Verfassungslegitimität des (geltenden) Primärrechts</b>	228
I.	Freiheitssicherung	229
1.	Grundrechte	229
2.	Gewaltenteilende Einrichtung von Organen und Verfahren	232
3.	Festlegung der Kompetenzen der Gemeinschaften und ihrer Organe	234
4.	Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und den verfaßten Organen	237
a)	Primärrechtsetzung durch die Mitgliedstaaten bzw. im Verfahren nach Art. 48, 49 EUV	238
b)	Rechtsschöpferische Fortentwicklung des Primärrechts durch den EuGH	240
5.	Änderungsfester Verfassungskern	241

II.	Kollektive Autonomie	243
III.	Dauerhafte Konsensfähigkeit	245
IV.	Ergebnis	246
<b>D.</b>	<b>Die Legitimation durch Verfassunggebung für einen möglichen künftigen Europäischen Bundesstaat</b>	247
I.	Ein Fall der Verfassunggebung im Verfassungsstaat	248
II.	Notwendigkeit einzelstaatlicher Willensbildung	249
III.	Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsorgane am Verfassungsgebungsverfahren	250
1.	Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten	250
2.	Beteiligung der Gemeinschaftsorgane	250
a)	Gefährdung der Freiheitssicherung	250
b)	Insbesondere: Mängel im Hinblick auf die Trennung von verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen	251
c)	Mängel im Hinblick auf das Prinzip der kollektiven Autonomie	251
3.	Die Idee des Verfassungskonvents	252
<b>E.</b>	<b>Kompetenzübertragungen in der allmählich fortschreitenden europäischen Integration</b>	253
I.	Die Zulässigkeit von Kompetenzübertragungen nach dem Grundgesetz	255
1.	Art. 23 GG	256
a)	Anwendungsbereich	257
b)	Die Übertragung von Hoheitsrechten	258
c)	Verfahrensvorschriften	258
d)	Die Struktursicherungsklausel	259
e)	Die Verweisung auf Art. 79 II, III GG	261
2.	Art. 79 III GG	263
a)	Die geschützten Grundsätze	263
b)	Schutz der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?	264
3.	Art. 146 GG	269
4.	Der änderungsfeste Verfassungskern des Grundgesetzes	274
II.	Zur Legitimität verfassungswidriger Kompetenzübertragungen als sukzessive Verfassunggebung	277
1.	Freiheitssicherung	278
2.	Kollektive Autonomie	279

3. Dauerhafte Konsensfähigkeit	280
4. Ergebnis	281

<b>Schluß</b>	282
---------------	-----

<b>Literaturverzeichnis</b>	294
-----------------------------	-----

