

## Schluß

Im folgenden sollen die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit kurz zusammengefaßt werden.

In der Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung wird die Legitimität einer Verfassung und der durch diese Verfassung normierten Hoheitsgewalt heute üblicherweise damit begründet, daß das (Staats-) Volk als ein einheitliches, souveränes Subjekt die Verfassung hervorbringt; die Begründung beschränkt sich darauf, daß dieses Volk die *verfassunggebende Gewalt* innehat. Dieser urheberorientierten Begründungsweise liegt die Vorstellung der *Volkssouveränität* zugrunde; Volkssouveränität wird dabei als unbeschränkte Macht des einheitlichen Subjekts „Volk“ verstanden, ähnlich der Souveränität des Fürsten, an dessen Stelle nach dieser Vorstellung das Volk als Inhaber der Souveränität getreten ist. Die Volkssouveränität in ihrer „reinen“ Form verträgt sich ebensowenig mit individuellen Freiheitsrechten wie die Fürstensouveränität.

Gegenüber dieser stark simplifizierenden Sichtweise zeigen sich die klassischen Theorien der Amerikanischen und der Französischen Revolution deutlich differenzierter. In der Amerikanischen Revolution wird Verfassunggebung vor allem als ein Mittel verstanden, zum Schutz der Bürger alle Staatsgewalt, insbesondere den parlamentarischen Gesetzgeber, an eine höherrangige Norm zu binden. Daher steht hier die Verfassung an der Spitze der Normenhierarchie, und sie wird durch einen Konvent erzeugt, ein Organ, das vom regulären Gesetzgeber verschieden ist und die alleinige Aufgabe der Verfassunggebung hat. Durch das Mittel der Verfassunggebung werden die Staatsorgane auch so eingerichtet, daß sie sich in einer Machtbalance gegenüberstehen; durch diese Gewaltenteilung sollen die Freiheitsrechte der Bürger vor Machtmißbrauch geschützt werden. Dem gleichen Zweck dienen die Grundrechte, die in den verschiedenen verfassungsrechtlichen Rechteerklärungen in Nordamerika (also durch Akte der Verfassunggebung) zum Ausdruck gebracht werden. Eine differenziertere Sichtweise als der bloße Rekurs auf die verfassunggebende Gewalt des Volkes kommt schließlich auch in dem Verfahren zum Ausdruck, mit dem die amerikanische Bundesverfassung in den Jahren 1787-1789 geschaffen wurde; diesem Verfahren lag nicht die Vorstellung eines einheitlichen amerikanischen Volkes als verfassunggebendes Subjekt zugrunde, sondern es berücksichtigte das Vorhandensein der 13 Einzelstaaten und vereinigte unitarische und föderale Elemente.

Ähnlich differenziert erscheint die Theorie der Französischen Revolution, vor allem in Gestalt der Schriften von Sieyes. Auch hier wird die Verfassunggebung als ein Mittel verstanden, die Bürger durch die Einrichtung von Gewaltenteilung und die Schaffung von Grundrechten vor Machtmißbrauch zu schützen. Die auch von Sieyes erhobene Forderung nach Anerkennung der Souveränität des *pouvoir constituant* erinnert zwar an die heutige simplifizierende Theorie der verfassunggebenden Gewalt des souveränen Volkes; sie erscheint aber bei nüchterner Betrachtung lediglich als eine der politischen Situation geschuldete Polemik, nicht als notwendiger Theoriebestandteil: In der Anfangsphase der Revolution war nicht die Abschaffung der Monarchie, sondern die dem König abzutrotzende Verfügungsmacht über die Verfassung der Gegenstand der Auseinandersetzungen, und in dieser Situation ist die Behauptung, allein das souveräne Volk habe – anstelle des bis dahin souveränen Königs – diese Verfügungsmacht, als Argument im politischen Meinungskampf nur zu verständlich. Abstrahiert man von dieser

politischen Situation und versucht eine allgemeine, nicht auf den revolutionären Kontext beschränkte Theorie der Verfassunggebung zu formulieren, so erscheint die Forderung nach Souveränität des *pouvoir constituant* als verzichtbar. Theoretisch bedeutsamer ist dagegen die (insbesondere von Sieyes erhobene) Forderung nach Repräsentation des Volkes bei der Verfassunggebung durch eine verfassungsgebende Versammlung, die vom gesetzgebenden Organ verschieden ist. Ähnlich wie bei den Amerikanern, aber theoretisch besser untermauert, dient diese Trennung von Verfassunggebung und Gesetzgebung (bzw. die Unterscheidung der entsprechenden Organe) dem Schutz der Bürger vor Machtmißbrauch. Eine eingehendere Betrachtung der Schriften von Sieyes ergibt schließlich, daß seine Theorie der Verfassunggebung an die Theorie des Gesellschaftsvertrages anknüpft; vorrangiges Ziel der Verfassunggebung ist bei Sieyes (wie bei den meisten Vertragstheorien) der Schutz individueller Freiheit. In dieser Hinsicht – wie auch z.B. hinsichtlich der Repräsentation bei der Verfassunggebung – unterscheidet sich Sieyes fundamental von Rousseau, dessen radikale Lehre von der Volkssouveränität zwar für den politischen Kampf in der Französischen Revolution taugt, aber keine Grundlage für die von Sieyes entwickelte Theorie der Verfassunggebung bildet. Bemerkenswert ist schließlich, daß Sieyes für die Verfassunggebung durchaus ein formales, geordnetes Verfahren bevorzugt und den in der Revolution beschrittenen Weg der eigenmächtigen Erklärung der Vertreter des Dritten Standes zur verfassungsgebenden Nationalversammlung nur als eine der politischen Situation geschuldete Notlösung ansieht.

Im Gegensatz zu den differenzierten Theorien der Amerikanischen und Französischen Revolution erscheint die Theorie der Verfassunggebung bzw. der verfassungsgebenden Gewalt bei Carl Schmitt geradezu als Muster der Reduzierung der Legitimitätsbegründung auf die Urheberschaft des souveränen Volkes an der Verfassung. Legitimitätsbegründend ist bei Schmitt allein die politische Entscheidung und die Willensbetätigung des als homogene Einheit betrachteten Volkes, dessen Allmacht Schmitt bewußt unter Verwendung theologischer Attribute beschreibt. Der Schutz von Individualrechten durch die Verfassung hat dagegen bei Schmitt keine Bedeutung für die Legitimitätsbegründung. Zu Unrecht beruft sich Schmitt für seine Lehre der verfassungsgebenden Gewalt auf Sieyes. Für Sieyes stand nicht die Allmacht des Volkes im Vordergrund, sondern der Schutz individueller Freiheit. Sieyes' Lehre wird durch Schmitt verkürzt und verfälscht; das gilt auch für Schmitts unzutreffende Darstellung, nach der Sieyes „formlose“ Willensäußerungen des Volkes bei der Verfassunggebung gegenüber formalisierten Verfahren bevorzugte.

Das wesentlich auf Schmitt zurückgehende heutige urheberorientierte Modell der Verfassunggebung vernachlässigt verschiedene legitimitätsrelevante Aspekte bzw. blendet sie völlig aus. So werden die Probleme der kollektiven Willensbildung nicht thematisiert; das Volk erscheint von vornherein als einheitliches Subjekt mit einem einzigen, deutlich zu erkennenden Willen. Die nur mit „ja“ oder „nein“ zu beantwortende Frage nach der Urheberschaft des Volkes an der Verfassung läßt ferner außer acht, daß Legitimität kein binärer Begriff ist: Man kann nicht nur vom bloßen Vorhandensein oder Nicht-Vorhandensein, sondern auch von einem höheren oder geringeren Maß an Legitimität sprechen. Außerdem ist das urheberorientierte Modell blind für den Schutz der Individuen als Zweck der Verfassunggebung und damit für das Spannungsverhältnis zwischen dieser Schutzfunktion und dem durch die Verfassung zu verwirklichenden

kollektiven Willen; das urheberorientierte Modell ignoriert also den gerade durch die Verfassunggebung zu lösenden Konflikt zwischen Individuum und Gemeinschaft.

Es liegt daher nahe, eine Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung zu formulieren, die über den bloßen Urhebergedanken hinausgeht und insbesondere das reiche Erbe der Theorien der Amerikanischen und Französischen Revolution aufnimmt. Theoretische Anregungen kann eine solche Theorie auch durch die schon in diesen beiden Revolutionen rezipierte Theorie des Gesellschaftsvertrages erhalten, wie sie in verschiedenen Varianten etwa von Hobbes, Locke, Rousseau, Kant oder in neuerer Zeit von Rawls formuliert wurde. Methodisch bietet sich ein Prinzipienmodell an, das die Berücksichtigung verschiedener, auch gegenläufiger Legitimitätsprinzipien und die graduelle, nicht bloß binäre Bewertung der Legitimität einer Verfassung bzw. der durch diese Verfassung normierten Hoheitsgewalt gestattet.

Das vorgeschlagene Prinzipienmodell enthält drei Legitimitätsprinzipien: Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit. Die Freiheitssicherung ist der vorrangige Zweck der Verfassunggebung in der Amerikanischen und Französischen Revolution und auch der Zweck des Vertragsschlusses in der Theorie des Gesellschaftsvertrages. Eine Verfassung kann Freiheitssicherung vor allem durch die gewaltenteilende Einrichtung von Organen und Verfahren und mittels durchsetzbarer Grundrechte garantieren. Je besser ihr das gelingt, desto legitimer erscheint sie unter dem Gesichtspunkt der Freiheitssicherung. Voraussetzung ist dabei die wirksame Bindung *aller* Staatsorgane einschließlich des Gesetzgebers an die Verfassung.

Das zweite Legitimitätsprinzip, die kollektive Autonomie, fordert eine möglichst gute Übereinstimmung der Verfassung mit dem Willen derjenigen, die dauerhaft der von ihr normierten Hoheitsgewalt unterworfen sind. Ein hohes Maß an solcher Übereinstimmung läßt sich vor allem durch geeignete Verfahren der Verfassunggebung erreichen. Der Grad an Verwirklichung der kollektiven Autonomie kann aber auch ohne die Durchführung besonderer Verfahren zu- oder abnehmen: Eine Verfassung kann aufgrund geänderter Umstände oder aufgrund von Änderungen in den Einstellungen der Bürger an Zustimmung gewinnen oder verlieren. Das hier vertretene Konzept der kollektiven Autonomie verlangt im übrigen keine vollständige Übereinstimmung der Verfassung mit dem Willen der Bürger; es liegt in der Natur kollektiver Willensbildung, daß nicht jeder einzelne Bürger mit der Verfassung vollständig einverstanden ist. Außerdem steht das Legitimitätsprinzip der kollektiven Autonomie unter dem Vorbehalt des Möglichen: Es muß lediglich innerhalb des jeweils vorgegebenen Rahmens faktischer oder rechtlicher Beschränkungen optimiert werden. Das Konzept der kollektiven Autonomie setzt also nicht die Souveränität des jeweiligen Personenverbandes voraus; daher kann mit ihrer Hilfe auch z.B. die Legitimität der Verfassung eines dem Bundesrecht unterworfenen, nicht souveränen Gliedstaates beurteilt werden.

Das dritte Legitimitätsprinzip ist die dauerhafte Konsensfähigkeit. Dieses Prinzip reflektiert den Umstand, daß Verfassunggebung auf die Einrichtung einer dauerhaften, auch für künftige Generationen geltende Ordnung zielt. Soll eine Verfassung dauerhaften Bestand haben, so muß sie auch auf Dauer konsensfähig sein. Es genügt also nicht, wenn sie nur vorübergehend hohe Zustimmung erhält; vielmehr muß sie im Einklang mit langfristigen kulturellen Erfahrungen und Einstellungen des potentiell betroffenen Personenkreises stehen. Die dauerhafte Konsensfähigkeit ist daher auch ein objektives,

nicht allein auf tatsächlicher subjektiver Zustimmung der gegenwärtig Betroffenen basierendes Legitimitätskriterium.

Die drei Legitimitätsprinzipien stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern in vielfältiger Beziehung miteinander. So stellt die Freiheitssicherung ein notwendiges Korrektiv für das Defizit an individueller Autonomie dar, das mit realer kollektiv-autonomer Willensbildung einhergeht: Ein Mindestmaß an individueller Autonomie muß auch demjenigen garantiert werden, der nicht mit dem kollektiven Willen übereinstimmt. Auch zwischen kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit gibt es enge Beziehungen: Ein hohes Maß an tatsächlicher gegenwärtiger Zustimmung (kollektiver Autonomie) kann für die Fortdauer dieses Konsenses und damit für dauerhafte Konsensfähigkeit sprechen; dieser Schluß ist aber vor allem im Hinblick auf außergewöhnliche politische Situationen und damit möglicherweise verbundene Augenblicksmehrheiten nicht zwingend. Andererseits kann die Legitimität einer „unvernünftigen“ Augenblicksmehrheit gerade mit dem Kriterium der dauerhaften Konsensfähigkeit in Frage gestellt werden.

Mit Hilfe der drei Legitimitätsprinzipien lassen sich Aussagen in wichtigen Problemfeldern der Verfassungsgebung gewinnen. So läßt sich die Legitimität von Verfassungsänderung und Verfassungsgebung im Verfassungsstaat untersuchen. Hier ist nicht nur die Legitimität der geänderten bzw. neuen Verfassung zu berücksichtigen; vielmehr muß auch die Änderung bzw. Beseitigung der bisherigen Verfassung gerechtfertigt werden, die ja bis dahin ebenfalls Legitimität beanspruchte. Vor allem das Prinzip der Freiheitssicherung spricht für den Schutz der bisherigen Verfassung. Ihre Beseitigung im Zuge einer Verfassungsgebung erscheint deswegen als gefährlich, weil schon das Vorhaben der Beseitigung die bisherige Verfassung in Frage stellt, dadurch ihre Bindungswirkung schwächt und damit die Freiheitssicherung beeinträchtigt; hat das Vorhaben Erfolg und wird die bisherige Verfassung tatsächlich durch eine neue ersetzt, so wird damit das bisherige System der Freiheitssicherung abgeschafft und durch ein neues, noch unerprobtes System abgelöst, dessen Eignung zur Freiheitssicherung vorerst ungewiß ist.

Auch die bloße Verfassungsänderung muß sich vor dem Prinzip der Freiheitssicherung rechtfertigen. Hier wird zwar nicht die Verfassung als Ganzes in Frage gestellt, denn die Verfassungsänderung ist definitionsgemäß eine in der Verfassung selbst vorgesehene Änderungsmöglichkeit. Aber das System der Freiheitssicherung darf durch die Möglichkeit der Verfassungsänderung nicht zur Disposition gestellt werden – andernfalls könnte die Verfassung ihre Freiheitssicherungsfunktion nicht wahrnehmen. Der Verfassungsänderung sind daher inhaltliche Grenzen gesetzt: Ein änderungsfester Verfassungskern mit grundlegenden freiheitssichernden Regelungen muß unangetastet bleiben. Das folgt allein aus den Legitimitätsprinzipien und gilt auch dann, wenn die Verfassung selbst keine inhaltlichen Änderungsschranken normiert.

Die Legitimitätsprinzipien können nicht nur gegen, sondern auch für die Änderung bzw. Ersetzung einer Verfassung sprechen. Ändert sich die Meinung der Bürger über eine bestehende Verfassung derart, daß sie überwiegend abgelehnt wird, so spricht das Prinzip der kollektiven Autonomie für eine Verfassungsänderung bzw. Verfassungsgebung; ist dieser Meinungsumschwung nicht nur vorübergehend, so unterstützt auch das Prinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit diese Tendenz. Und verspricht die neue bzw. geänderte Verfassung eine deutlich verbesserte Freiheitssicherung, so kann auch dieses

Prinzip ein Argument für die Verfassungsänderung bzw. Verfassunggebung liefern. Die aus den Legitimitätsprinzipien gewonnenen Argumente für und gegen die Verfassungsänderung bzw. Verfassunggebung müssen dann gegeneinander abgewogen werden. Auf diese Weise kann z.B. die Gefährdung der Freiheitssicherung durch ein entsprechend hohes Maß an kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit kompensiert werden. Speziell für die Verfassunggebung im Verfassungsstaat bedeutet dies, daß die Beseitigung einer bestehenden Verfassung und die damit verbundene Gefährdung der Freiheitssicherung nur durch ein besonders hohes Maß an (möglichst dauerhafter) Zustimmung zur neuen Verfassung gerechtfertigt werden kann; daher sind hier besonders hohe Anforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren zu stellen. Das Prinzipienmodell liefert damit brauchbare Kriterien für die Zulässigkeit der Verfassunggebung im Verfassungsstaat; die in diesem Zusammenhang oft herangezogene, in der urheberorientierten Perspektive verharrende und sehr spekulative Frage nach der „Permanenz“ der verfassunggebenden Gewalt (geht sie mit dem einmaligen Akt der Verfassunggebung unter oder besteht sie auch im Verfassungsstaat fort?) stellt sich in diesem Modell überhaupt nicht.

Auch die Beteiligung von Organen des Verfassungsstaates an der Verfassunggebung läßt sich mit Hilfe des Prinzipienmodells beurteilen: Die durch eine solche Beteiligung zum Ausdruck kommende Lockerung der Bindung dieser Organe an die Verfassung und die dadurch verursachte Gefährdung der Freiheitssicherung kann durch ein entsprechend gesteigertes Maß an kollektiver Autonomie in bezug auf die neue Verfassung kompensiert werden. Ein allgemeines Verbot der Beteiligung von Verfassungsorganen an der Verfassunggebung oder gar ein Gebot an die Verfassungsorgane, eine von Bürgern initiierte Verfassunggebung zu verhindern, ist daher keine Legitimitätsvoraussetzung.

Die Möglichkeit der Legitimation durch Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates wird vielfach mit dem Argument bestritten, den Gliedstaaten fehle es an der erforderlichen Souveränität. Das Prinzipienmodell verzichtet auf das Erfordernis der Souveränität; die drei Legitimitätsprinzipien lassen sich daher unproblematisch auf die Verfassunggebung in einem Gliedstaat anwenden. Bundesrechtliche Vorgaben für das gliedstaatliche Verfassungsrecht stellen dabei einen Rahmen dar, innerhalb dessen die Verwirklichung der kollektiven Autonomie auf gliedstaatlicher Ebene optimiert werden muß. Das Prinzipienmodell wird somit der Realität gliedstaatlicher Verfassunggebung gerecht.

Das Verfahren der Verfassunggebung hat im Prinzipienmodell vor allem Bedeutung für die Verwirklichung der kollektiven Autonomie. Hierfür ist es allerdings nicht der alleinige Maßstab, denn kollektive Autonomie verlangt nach Übereinstimmung der Verfassung mit dem Willen der Betroffenen im jeweils gegenwärtigen Zeitpunkt. In welchem Maße die Verfassung beim Abschluß eines vielleicht lange zuvor durchgeführten Verfassungsgebungsverfahrens dem Willen der Wähler bzw. Abstimmenden entsprach, ist für die jeweils gegenwärtigen Verhältnisse nur ein Indiz. Ist aber aktuell eine Verfassunggebung beabsichtigt, so stellt sich die Frage nach den Anforderungen des Prinzips der kollektiven Autonomie (und auch der dauerhaften Konsensfähigkeit) an das Verfassungsgebungsverfahren mit besonderer Dringlichkeit.

Das Problem des idealen Verfassungsgebungsverfahrens ist vergleichbar mit dem demokratietheoretischen Problem des idealen Gesetzgebungsverfahrens; das Verfassungsgebungsverfahren hat allerdings besondere Bedeutung, weil sein Produkt, die Verfassung, den Staat in der Regel für einen längeren Zeitraum prägt und die Akzeptanz staatlicher Einrichtungen maßgeblich beeinflusst. Detaillierte Aussagen über das ideale Verfassungsgebungsverfahren sind kaum möglich; vorzugswürdig erscheint jedenfalls eine Kombination aus repräsentativen und plebiszitären Elementen.

Solchen Vorstellungen des idealen Verfassungsgebungsverfahrens entspricht freilich kaum ein real durchgeführtes Verfahren. Vor allem in den chaotischen Verhältnissen einer revolutionären Situation oder eines vorangegangenen Zusammenbruchs ist es nicht möglich, das Ideal auch nur annähernd zu verwirklichen. So leiden die Verfahren, in denen die erste Verfassung der Französischen Revolution und das deutsche Grundgesetz zustande gekommen sind, unter erheblichen demokratischen Verfahrensmängeln; dennoch wird die Legitimität dieser Verfassungen allgemein nicht bestritten.

Unter den Bedingungen realer Verfassungsgebung können also lediglich Mindestanforderungen an das Verfahren formuliert werden. So müssen die Betroffenen im Zuge des Verfahrens ihren verfassungsbezogenen Willen erkennbar äußern können; hierbei müssen sie Entscheidungsfreiheit haben und einen Entwurf auch ablehnen können. Nur eine allgemeine, freie, gleiche und möglichst auch geheime Wahl oder Abstimmung kann dabei als ausreichende Willensäußerung der Betroffenen angesehen werden. Entgegen Carl Schmitt darf auf ein solches Verfahren insbesondere nicht unter Hinweis auf ein schweigendes Einverständnis oder auf die öffentliche Meinung verzichtet werden.

Die verschiedenen Varianten von Verfassungsgebungsverfahren lassen sich grob in drei Typen einteilen: repräsentative, plebiszitäre und gemischt repräsentativ-plebiszitäre Verfahren. Unter dem Gesichtspunkt der kollektiven Autonomie empfiehlt sich für ein repräsentatives Verfahren ein Verhältniswahlssystem bei den Wahlen zur verfassungsgebenden Versammlung; außerdem sollten die Beratungsergebnisse regelmäßig zur öffentlichen Diskussion gestellt werden.

Ein rein plebiszitäres Verfahren sollte so ausgestaltet sein, daß die Betroffenen einen möglichst großen Einfluß auf die inhaltliche Ausgestaltung der Verfassung haben; dies kann z.B. dadurch erreicht werden, daß mehrere Alternativentwürfe zur Abstimmung gestellt werden oder daß schon in einem frühen Verfahrensstadium grundlegende Vorfragen (z.B. hinsichtlich der Staatsform) in gesonderten Abstimmungen entschieden werden. Ein abschließendes Referendum, in dem die endgültige Verfassung angenommen wird, ist aber in jedem Fall wünschenswert.

Repräsentativ-plebiszitäre Verfahren unterscheiden sich von rein plebiszitären Verfahren dadurch, daß ein repräsentatives Organ an der inhaltlichen Ausgestaltung der zur Abstimmung gestellten Verfassung beteiligt ist. Üblicherweise wird von einer gewählten verfassungsgebenden Versammlung ein Verfassungsentwurf beschlossen, der dann zur Abstimmung in einem Plebiszit gestellt wird. Die repräsentativ-plebiszitären Verfahren können die Vorteile der rein repräsentativen und rein plebiszitären Verfahren vereinigen: Der zur Abstimmung gestellte Entwurf wird schon in einem demokratischen Verfahren erarbeitet, und die verfassungsgebende Versammlung wird durch das Plebiszit an den Willen der von ihr repräsentierten Betroffenen rückangebunden. Solche Verfah-

ren versprechen daher die beste Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie.

Die Entscheidung über das anzuwendende Verfahren, also die Auswahl zwischen den verschiedenen Verfahrensvarianten, kann großen Einfluß auf das Ergebnis des Verfassungsgebungsverfahrens haben. In der Praxis realer Verfassungsgebung ist es allerdings oft nicht möglich, schon diese Verfahrenswahl in einem demokratischen Verfahren zu treffen; das Verfahren wird einfach durch die Initiatoren der Verfassungsgebung bestimmt. Dieser Mangel des Prinzips der kollektiven Autonomie kann aber durch ein zustimmendes Plebiszit am Ende des Verfahrens bzw. durch eine hohe Beteiligung der Bürger an dem Verfahren (z.B. an den Wahlen zur verfassungsgebenden Versammlung) kompensiert werden.

Wird durch den Zusammenschluß bisher selbständiger Einzelstaaten ein neuer Bundesstaat gebildet, so erfolgt Verfassungsgebung in zweifacher Weise: Es wird eine Bundesverfassung neu geschaffen, und die bisherigen Einzelstaatsverfassungen werden durch gliedstaatliche Verfassungen ersetzt. Die Beseitigung der Einzelstaatsverfassungen geht mit einer Gefährdung der Freiheitssicherung einher, die (wie sonst auch bei der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat) durch ein besonders hohes Maß an kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit ausgeglichen werden muß. Im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung der Bundesverfassung stellt sich die Frage, ob hierfür die Zustimmung aller bisherigen Einzelstaaten (einzelstaatliche Willensbildung) erforderlich ist oder eine gesamtstaatliche Willensbildung ausreicht. Die Antwort ergibt sich nicht aus dem kaum nachweisbaren Kriterium, ob sich schon ein „Gesamtvolk“ gebildet habe oder nicht; im Prinzipienmodell erscheint vielmehr die einzelstaatliche Willensbildung deswegen erforderlich, weil sich mit der Bildung des Bundesstaates die personelle Legitimitätsgrundlage der kollektiven Autonomie von der einzelstaatlichen auf die Bundesebene verschiebt und durch die einzelstaatliche Willensbildung diese Verschiebung auf der Basis der bisherigen einzelstaatlichen personellen Legitimitätsgrundlage legitimiert wird, die sich damit selbst aufgibt.

Verläßt man den herkömmlichen Bereich nationalstaatlicher Verfassungsgebung und untersucht die Legitimation durch Verfassungsgebung auf europäischer Ebene, so stellt sich zunächst die Frage nach der Europäischen Verfassung und damit nach dem in diesem Zusammenhang anzuwendenden Verfassungsbegriff. Dieser muß – entsprechend dem normativen Mechanismus, der der Legitimation durch Verfassungsgebung zugrunde liegt – ein normativer Verfassungsbegriff sein. Er ist dabei trotz historischer und begriffsgeschichtlicher Verknüpfungen mit dem Staat nicht notwendig auf die Staatsverfassung beschränkt. Alle drei Legitimitätsprinzipien lassen sich auch auf eine nichtstaatliche Verfassung anwenden; das gilt auch für die kollektive Autonomie, weil demokratische Willensbildung, vor allem wenn sie sich nur auf sachlich beschränkte Hoheitsgewalt bezieht, keinen souveränen Staat und kein homogenes Staatsvolk voraussetzt. Anstelle des engeren Begriffs der Staatsverfassung kann also ein allgemeinerer Verfassungsbegriff gebildet werden.

Verfassung soll daher als rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes definiert werden. Der Personenverband muß dabei nicht souverän sein. Ebenso wenig wird die Urheberschaft des Personenverbandes an der Verfassung vorausgesetzt; die demokratische Legitimation soll kein notwendiges Merkmal

des Verfassungsbegriffs sein. Auf diese Weise wird es möglich, die Legitimitätsfrage vom Verfassungsbegriff abzukoppeln und dabei von einer binären Betrachtungsweise (ist das Volk der Urheber und – liegt damit eine Verfassung vor – oder nicht?) zu einer differenzierten Betrachtung (wie hoch ist das Maß an Legitimität der Verfassung?) überzugehen.

Unter den so definierten Verfassungsbegriff fällt schon das geltende Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften. Die Gemeinschaften stellen mit Hilfe der Gemeinschaftsorgane einen handlungsfähigen Personenverband der Gemeinschafts- bzw. Unionsbürger dar, der über begrenzte eigene Hoheitsgewalt verfügt. Die gegenwärtig intergouvernemental strukturierte Europäische Union ist dagegen nicht mit eigener Hoheitsgewalt ausgestattet; das spezifische Unionsrecht (v.a. GASP und PJZS) fällt daher nicht unter den hier verwendeten Verfassungsbegriff.

Auch bisherige Verfassungsentwürfe und mögliche künftige Europäische Verfassungen entsprechen der in dieser Arbeit verwendeten Verfassungsdefinition. Das gilt sowohl für die Entwürfe des Europäischen Parlaments (z.B. den „Entwurf Spinelli“ aus dem Jahr 1984) als auch für die Verfassung, die von dem Konvent erarbeitet werden soll, der aufgrund der „Erklärung von Laeken“ seit dem Frühjahr 2002 tagt. Selbstverständlich würde auch die Verfassung eines möglichen künftigen Europäischen Bundesstaates unter diesen Begriff fallen.

Eine Legitimation dieser Europäischen Verfassungen durch Verfassunggebung ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Drei Einwände sind hier auszuräumen: Bezüglich des geltenden Primärrechts fehlt es, erstens, für die Anwendung der Theorie nicht an einem Akt der Verfassunggebung, denn Verfassunggebung kann auch durch (völkerrechtlichen) Vertrag erfolgen. Auffassungen, die dies bestreiten (z.B. von G. Jellinek, C. Schmitt und auch D. Grimm), beziehen sich immer auf die Entstehung eines *souveränen* Bundesstaates durch Zusammenschluß von Einzelstaaten; die Gemeinschaften sind aber kein souveräner Staat.

Der Hinweis auf die fehlende Souveränität der Gemeinschaften stellt auch für sich genommen, zweitens, keinen Einwand gegen eine Legitimation durch Verfassunggebung auf europäischer Ebene dar. Die Forderung nach Souveränität des Verfassunggebers wird in der urheberorientierten Sichtweise der Verfassunggebung erhoben, gegen die sich das Prinzipienmodell gerade wendet. Souveränität ist für Verfassunggebung nicht erforderlich; das zeigt sich schon an der Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates.

Ebensowenig erfordert die Verfassunggebung im Prinzipienmodell, drittens, ein „Volk“ als einheitliches verfassungsgebendes Subjekt. Auch dieser Einwand gegen Legitimation durch Verfassunggebung auf europäischer Ebene kann nur aus der hier abgelehnten urheberorientierten Perspektive erhoben werden. Dennoch verdient dieser Einwand auch im Prinzipienmodell Beachtung. Er weist nämlich auf das Problem kollektiver Willensbildung auf der im Vergleich zum Nationalstaat heterogenen europäischen Ebene hin. Bei vielen Homogenitätsanforderungen, die in diesem Zusammenhang formuliert werden, ist allerdings zweifelhaft, ob sie für die Verwirklichung der kollektiven Autonomie tatsächlich erforderlich sind. Andere Homogenitätsanforderungen erscheinen zumindest teilweise schon erfüllt. Die Beurteilung der Notwendigkeit bzw. der Erfüllung bestimmter Homogenitätsanforderungen ist im einzelnen schwierig und nicht

Gegenstand dieser Arbeit; das ändert aber nichts an der Möglichkeit der Legitimation durch Verfassunggebung auf europäischer Ebene.

Hinsichtlich der Legitimation durch Verfassunggebung zeigen sich einige Ähnlichkeiten zwischen den Europäischen Gemeinschaften und den Gliedstaaten in einem Bundesstaat. Beide stellen nicht-souveräne Personenverbände dar, deren Mitglieder sich selbst eine Verfassung geben. Auch daran zeigt sich, daß eine Europäische Verfassung durch Verfassunggebung legitimiert werden kann. Das Bild, daß die Gemeinschaften ihre Verfassung „von außen“ durch die Mitgliedstaaten erhalten, trifft nicht zu, wenn man beachtet, daß die mitgliedstaatlichen Organe, soweit sie an europäischer Verfassunggebung beteiligt sind, jeweils für die Unionsbürger in dem betreffenden Mitgliedstaat handeln.

Wendet man das Prinzipienmodell auf das geltende Primärrecht der Gemeinschaften an, so zeigen sich zunächst bezüglich der Freiheitssicherung in einigen Bereichen Defizite. Die durch den EuGH formulierten Gemeinschaftsgrundrechte stehen, solange sie nicht in das geschriebene Primärrecht inkorporiert sind, zumindest formal zur Disposition des EuGH; damit ist ein wichtiges Gemeinschaftsorgan rechtlich nicht an sie gebunden. Daß die Gewaltenteilung in den Gemeinschaften nicht der üblichen Dreiteilung von Legislative, Exekutive und Judikative entspricht, sondern ein „institutionelles Gleichgewicht“ anderer Art darstellt, schadet der Freiheitssicherung für sich genommen nicht; Defizite lassen sich allerdings z.B. bei den Kontrollbefugnissen des Europäischen Parlaments feststellen. Die Festlegung der Kompetenzen der Gemeinschaften und ihrer Organe ist eine weitere wichtige freiheitssichernde Funktion des Primärrechts; sachbereichsbezogene Kompetenzkataloge könnten aber größere Klarheit bei der Zuweisung von Hoheitsbefugnissen schaffen als die gegenwärtig praktizierte finale Formulierung von Kompetenzvorschriften. Die legitimitätsstiftende freiheitssichernde Trennung zwischen verfassunggebendem Organ und den verfaßten Organen ist auf europäischer Ebene nur unvollkommen verwirklicht: Die Regierungsvertreter der Mitgliedstaaten wirken maßgeblich an der Primärrechtsetzung nach Art. 48, 49 EUV mit und bilden gleichzeitig das dem Primärrecht unterworfenen zentrale Gemeinschaftsorgan „Rat“; und auch der EuGH wirkt, soweit er das Primärrecht rechtsschöpferisch fortbildet, gleichzeitig als verfassunggebendes und als verfaßtes Organ. Schließlich fehlt es beim Primärrecht an dem für die Freiheitssicherungsfunktion wesentlichen änderungsfesten Verfassungskern, auch wenn sich in der Rechtsprechung des EuGH erste Ansätze dazu erkennen lassen.

Auch die kollektive Autonomie wird in bezug auf das Primärrecht nur in begrenztem Umfang verwirklicht. Die Gründungsverträge sind in einem völkerrechtlichen Verfahren zustande gekommen, und auch das Verfahren für Vertragsänderungen nach Art. 48, 49 EUV ist einem völkerrechtlichen Verfahren sehr ähnlich. Bei solchen Verfahren werden die Inhalte der Verträge in nichtöffentlichen Verhandlungen von den Regierungen ausgehandelt, die Beteiligung der nationalen Parlamente beschränkt sich im wesentlichen auf die abschließende Zustimmung. Ein etwas höheres Maß an kollektiver Autonomie wird dabei in den Mitgliedstaaten erreicht, in denen die Ratifikation durch ein Plebiszit erfolgt.

Eine dauerhafte Konsensfähigkeit kann zwar hinsichtlich grundlegender primärrechtlicher Werte und Ziele festgestellt werden (neben der Schaffung eines einheitlichen

Wirtschaftsraumes auch bezüglich politischer Ziele wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit oder Achtung der Menschenrechte); das gilt aber nicht hinsichtlich der im Primärrecht geregelten Organe und Verfahren. Diese werden immer wieder an die Erfordernisse des jeweiligen Integrationsstandes angepaßt und unterliegen derart umfangreichen Änderungen, daß von einem dauerhaften Konsens über die richtigen Organe und Verfahren bisher kaum die Rede sein kann.

Das Primärrecht ist wegen der aufgezeigten Mängel nicht „illegitim“; seine Legitimität kann aber deutlich gesteigert werden, etwa durch die Einführung eines verbindlichen Grundrechtskatalogs, verstärkte Kontrollrechte des Europäischen Parlaments, die Einführung verbindlicher Plebiszite und die stärkere Beteiligung der nationalen Parlamente im Verfahren der Primärrechtsetzung oder die Verfestigung der institutionellen Struktur.

Aus dem Prinzipienmodell lassen sich auch Anforderungen an die Verfassungsgebung für einen denkbaren künftigen Europäischen Bundesstaat herleiten. Weil mit der Eingliederung in den Bund die Verfassungen der bisher selbständigen Einzelstaaten beseitigt und durch gliedstaatliche Verfassungen ersetzt werden, hat dieser Vorgang eine Gefährdung der Freiheitssicherung zur Folge. Diese kann durch ein besonders hohes Maß an kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit bezüglich der neuen Verfassungsordnung kompensiert werden; dieses Ziel kann mit einer entsprechend sorgfältigen Verfahrensgestaltung erreicht werden. Ein solches Verfassungsgebungsverfahren könnte z.B. die Wahl einer verfassungsgebenden Versammlung auf europäischer Ebene oder mehrerer solcher Versammlungen auf der Ebene der Mitgliedstaaten vorsehen, verbunden mit einem abschließenden Referendum über die Verfassung und gegebenenfalls schon vorgeschalteten Referenden über Vorfragen. Dabei ist darauf zu achten, daß die Willensbildung auch auf einzelstaatlicher Ebene stattfindet, indem die Zustimmung durch alle mitgliedstaatlichen verfassungsgebenden Versammlungen oder durch Plebiszite in allen Mitgliedstaaten zur Voraussetzung gemacht wird. Die Beteiligung von Organen der Mitgliedstaaten oder von Gemeinschaftsorganen an einem solchen Verfassungsgebungsverfahren ist möglich. Das bezüglich der Grundrechtecharta abgeschlossene und das gegenwärtig aufgrund der Erklärung von Laeken praktizierte Konventsverfahren knüpfen nur dem Namen nach an die historischen Verfahren der Amerikanischen und der Französischen Revolution an; diese Europäischen Konvente stellen lediglich Expertengremien dar, die unverbindliche Entwürfe erstellen. Immerhin eröffnet ein solches Verfahren die Möglichkeit, einen Entwurf zu erstellen, der in höherem Maße konsensfähig ist als ein nur durch Regierungsvertreter in nichtöffentlichen Verhandlungen erarbeiteter Entwurf.

Wahrscheinlicher als die Schaffung eines Europäischen Bundesstaates ist ein allmähliches Fortschreiten der europäischen Integration, verbunden mit schrittweisen Kompetenzübertragungen von den Mitgliedstaaten auf die europäische Ebene. Hier stellt sich die Frage, in welchem Umfang solche Kompetenzübertragungen nach den jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungen zulässig sind und ob verfassungsrechtlich unzulässige Kompetenzübertragungen dennoch als Akte der Verfassungsgebung legitim sein können. Wendet man das Prinzipienmodell auf dieses Szenario an, so ergibt sich – unter exemplarischer Bezugnahme auf das Grundgesetz als einer mitgliedstaatlichen Verfassung – folgendes Bild: Die Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union bzw. auf die Gemeinschaften ist nach Art. 23 I 2 GG grundsätzlich zulässig. Art. 23 GG formuliert dafür eine ganze Reihe von Anforderungen hinsichtlich der verfahrensmäßigen

Beteiligung des Bundestages bzw. des Bundesrates, der Länder und der Bundesregierung in ihren jeweiligen Interessenbereichen. Vor allem die Beteiligung des Bundestages kann die Verwirklichung der kollektiven Autonomie fördern.

Inhaltliche Schranken der Übertragung von Hoheitsrechten enthält zunächst die Struktursicherungsklausel des Art. 23 I 1, 2. Hs. GG, wonach demokratische, rechtsstaatliche, soziale und föderative Grundsätze und der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten sind sowie auf europäischer Ebene ein dem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz zu gewährleisten ist. Für Übertragungen von Hoheitsrechten, die eine inhaltliche Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes darstellen, gelten darüber hinaus nach Art. 23 I 3 GG die Verfahrensbedingungen des Art. 79 II GG und die materiellen Änderungsschranken des Art. 79 III GG. Weil grundsätzlich jede Übertragung von Hoheitsrechten eine materielle Verfassungsänderung darstellt, muß dabei der Begriff „inhaltliche Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes“ einschränkend ausgelegt werden.

Art. 79 III GG ist auf die Übertragung von Hoheitsrechten auch ohne die Verweisung in Art. 23 I 3 GG anwendbar. Die in Art. 79 III GG genannten Grundsätze dürfen durch die Übertragung von Hoheitsrechten nicht verletzt werden. Der Bestand der souveränen Staatlichkeit Deutschlands ist allerdings durch Art. 79 III GG nicht geschützt; daher würde diese Vorschrift weder der Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat noch der allmählichen Aufgabe der souveränen Staatlichkeit durch sukzessive Übertragung weitreichender Hoheitsrechte auf die Gemeinschaften bzw. die Union entgegenstehen. Voraussetzung hierfür wäre aber, daß auf europäischer Ebene eine dem Art. 79 III GG entsprechende Regelung geschaffen würde.

Auf Art. 146 GG in seiner im Zuge der Wiedervereinigung erfolgten Neufassung kann – entgegen einer verbreiteten Ansicht – die Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat nicht gestützt werden. Diese Vorschrift sah in ihrer ursprünglichen Fassung eine Lockerung der Verfassungsbindungen in Form der Ermöglichung legitimer „Verfassungsgebung“ allein für den Fall der Wiedervereinigung vor. Nachdem die Wiedervereinigung inzwischen erfolgt ist, kommt eine Inanspruchnahme dieser Möglichkeit für andere Zwecke nicht mehr in Betracht. Auch die Neufassung des Art. 146 GG ändert daran nichts: Durch die Einführung der Möglichkeit, das Grundgesetz jederzeit aus beliebigem Anlaß durch einfachen Mehrheitsbeschluß zu beseitigen, hätte der verfassungsändernde Gesetzgeber die Grenzen des änderungsfesten Verfassungskerns überschritten. Art. 146 n.F. GG kann daher in verfassungskonformer Auslegung nur als deklaratorischer Hinweis darauf verstanden werden, daß nach einer erfolgreichen erneuten Verfassungsgebung das Grundgesetz keine Gültigkeit mehr hat; diese Vorschrift kann aber eine solche Verfassungsgebung nicht selbst legitimieren. Art. 146 GG hat deswegen auch für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften bzw. die Union keine Bedeutung.

Eine nicht ausdrücklich geregelte Schranke für die Übertragung von Hoheitsrechten stellt der änderungsfeste Verfassungskern des Grundgesetzes dar; dieser überschneidet sich nur teilweise mit dem in Art. 79 III GG umschriebenen änderungsfesten Bereich. Es ist kaum möglich, den Umfang des änderungsfesten Verfassungskerns abstrakt festzulegen; der Verfassungskern wäre jedenfalls verletzt, wenn die ursprünglich in Art. 24 I GG vorgesehenen Möglichkeiten zur Übertragung von Hoheitsrechten erweitert wür-

den, wenn die Grundrechte abgeschafft oder das grundgesetzliche System der Freiheitssicherung grundlegend geändert würde. Auch eine zu weitgehende einseitige Übertragung von Kompetenzen eines bestimmten Verfassungsorgans auf die Gemeinschaften bzw. die Union kann den Verfassungskern verletzen, wenn dadurch dieses Organ an Gewicht verliert und die im Grundgesetz vorgesehene Gewaltenbalance gestört wird. Der änderungsfeste Verfassungskern wäre schließlich auch durch die Übertragung der Kompetenzhoheit auf die Gemeinschaften bzw. die Union verletzt.

Überschreitet die Übertragung von Hoheitsrechten die skizzierten verfassungsrechtlichen Grenzen, so kann dieser Vorgang möglicherweise als ein Schritt sukzessiver Verfassungsgebung betrachtet werden und als solcher legitim sein. Die damit verbundene Infragestellung der mitgliedstaatlichen Verfassung bedeutet allerdings eine erhebliche Gefährdung der Freiheitssicherungsfunktion dieser Verfassung und bedarf daher der Kompensation durch andere Legitimitätsprinzipien. Kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit müßten dazu in besonders deutlicher Weise auf beiden Ebenen, der mitgliedstaatlichen und der europäischen, verwirklicht werden. Dabei muß insbesondere klar werden, daß ein Akt der Verfassungsgebung und keine gewöhnliche Kompetenzübertragung im Rahmen der bisherigen Verfassung stattfindet. Diese Klarheit über den Charakter der Kompetenzübertragung als Verfassungsgebung dürfte nur in besonderen Ausnahmefällen zu erreichen sein, etwa bei der Übertragung umfangreicher Kompetenzbündel oder beim Übergang der Kompetenzhoheit.