

Schriftenreihe
Europäisches Verfassungsrecht



Tobias Herbst

Legitimation durch Verfassunggebung

Ein Prinzipienmodell der Legitimität
staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748938361>, am 17.08.2024, 18:16:58
Open Access –  – <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

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

Einleitung	19
A. Problemstellung	19
B. Lösungsansatz	23
C. Gang der Darstellung	26
Erster Teil: Legitimation staatlicher Hoheitsgewalt durch Verfassunggebung	28
A. Die Argumentationsstruktur der gegenwärtigen Theorie der verfassungsgebenden Gewalt	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. Die klassischen Theorien der Verfassunggebung	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
	11

7.	Zum angeblichen Einfluß Rousseaus	78
III.	Die Lehre der verfassungsgebenden Gewalt bei Carl Schmitt	80
C.	Ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität	87
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
D.	Legitimitätsprinzipien der Verfassunggebung: Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit	103
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
E.	Verfassungsänderung und Verfassungsgebung im Verfassungsstaat	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
F.	Verfassungsgebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates	142
I.	Freiheitssicherung	144
II.	Kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit	145
G.	Die Verfahren der Verfassungsgebung	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
Zweiter Teil: Legitimation supranationaler Hoheitsgewalt durch Verfassungsgebung		168
A. Zum Begriff der Europäischen Verfassung		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.	Die Möglichkeit der Legitimation einer Europäischen Verfassung durch Verfassungsgebung	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
C.	Die Verfassungslegitimität des (geltenden) Primärrechts	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
D.	Die Legitimation durch Verfassunggebung für einen möglichen künftigen Europäischen Bundesstaat	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
E.	Kompetenzübertragungen in der allmählich fortschreitenden europäischen Integration	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

Schluß	282
---------------	-----

Literaturverzeichnis	294
-----------------------------	-----

Einleitung

A. Problemstellung

Hoheitsgewalt ist nur dann legitim, wenn sie im Rahmen einer legitimen Verfassung ausgeübt wird; eine Verfassung wiederum wird durch Verfassungsgebung legitimiert. Seit den Revolutionen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in Nordamerika und Frankreich hat dieser Gedanke weithin Gültigkeit. Zuletzt zeigte sich seine allgemeine Anerkennung etwa in den Verfassungsgebungen der neunziger Jahre in den osteuropäischen Staaten¹ und in den neuen Bundesländern des vereinigten Deutschland.² Mittlerweile wird diese Art der Legitimitätsbegründung auch für die Europäische Union in Anspruch genommen: Der seit dem Frühjahr 2002 aufgrund der „Erklärung von Laeken“³ tagende Konvent entwirft eine Europäische Verfassung⁴, durch die die Legitimität europäischer Hoheitsgewalt gesteigert werden soll.

Doch die Legitimation durch Verfassungsgebung stellt nur in bezug auf *staatliche* Hoheitsgewalt ein nahezu unangefochtenes Argumentationsmuster dar. Die Möglichkeit der Verfassungsgebung auf europäischer, supranationaler, also *nichtstaatlicher* Ebene ist dagegen heftig umstritten.⁵ Von den einen wird sie abgelehnt, weil die Europäische Union kein souveräner Staat sei, weil es an einer souveränen verfassungsgebenden Gewalt in Gestalt eines homogenen Europäischen Volkes fehle, weil Verfassungsgebung nicht durch einen Vertrag zwischen Staaten erfolgen könne oder auch weil sie befürchten, die EU könnte durch die Verfassungsgebung zu einem souveränen Staat werden, so daß die Mitgliedstaaten damit ihre Souveränität verlören.⁶ Die anderen halten Verfassungsgebung auf europäischer Ebene dagegen für möglich (und sehen oft schon in den Gründungsverträgen einen bereits erfolgten Akt der Verfassungsgebung), weil sie zumindest große Ähnlichkeiten zwischen der Union und einem herkömmlichen Staat zu erkennen meinen⁷ oder weil sie staatliche Strukturen nicht als eine notwendige Voraussetzung der Verfassungsgebung ansehen. Manche streben eine europäische Verfassungsgebung an, um die Union gegenüber den Mitgliedstaaten zumindest symbolisch zu stärken – was

-
- 1 Vgl. dazu etwa H. Roggemann, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrecht in Osteuropa.
 - 2 Vgl. dazu S. Storr, Verfassungsgebung in den Ländern – Zur Verfassungsgebung unter den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes –, U. Sacksofsky, Landesverfassungen und Grundgesetz – am Beispiel der Verfassungen der neuen Bundesländer; M. Sachs, Landesverfassungen im Rahmen der bundesstaatlichen Rechts- und Verfassungsordnung; H. J. Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, insb. S. 164 ff.
 - 3 Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, abgedruckt in EuGRZ 2001, S. 662-665. Die Erklärung wurde vom Europäischen Rat am 14./15. Dezember 2001 angenommen.
 - 4 Vgl. zu Begriff und Problemen einer Europäischen Verfassung jetzt die umfassenden Monographien von T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, und A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, sowie die Beiträge in dem Sammelband: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht.
 - 5 Zu dieser Diskussion näher unten im Zweiten Teil, B.
 - 6 Mit dieser Tendenz etwa jüngst wieder P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund.
 - 7 So etwa M. Zuleeg, Art. 23 Rn. 5, 15, 17 f.; vgl. auch ders., Die Vorzüge der Europäischen Verfassung.

auf der anderen Seite manche Gegner einer solchen Verfassungsgebung in ihrer Furcht vor einer Staatswerdung der EU bestätigt.

Kaum zu bestreiten ist freilich, daß in Europa heute ein beträchtlicher Teil der Hoheitsgewalt auf supranationaler Ebene ausgeübt wird. Die jahrhundertlang festgefügte Welt der Nationalstaaten hat sich gewandelt und geöffnet: Das besondere Verhältnis zwischen Bürger und Staat, in dem der Staat gegenüber seinen Bürgern Hoheitsgewalt ausübt und gleichzeitig ihr Zusammenleben umfassend fördert und sie vor äußeren Feinden schützt, verliert vor allem in Europa an Bedeutung; viele vormals exklusive Staatsaufgaben übernehmen die Union bzw. die Europäischen Gemeinschaften. Die Tendenz zur „offenen Staatlichkeit“⁸ ist angesichts der Tatsache, daß die Nationalstaaten wegen ihrer vielfältigen gegenseitigen Abhängigkeit ihre Aufgaben kaum noch alleine bewältigen können, weltweit; mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften und später der Europäischen Union wurde jedoch eine Einrichtung geschaffen, die hinsichtlich des Grades an Integration bisher einzigartig ist. Keine andere staatenübergreifende Einrichtung verfügt in einem solchen Umfang über direkte Hoheitsgewalt gegenüber Bürgern und hat so vielfältige Aufgaben zu bewältigen. Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür zu Recht die besondere Bezeichnung „Staatenverbund“ (im Unterschied zu Staatenbund bzw. Bundesstaat) gewählt,⁹ und auch das besondere Attribut „supranational“ (im Unterschied zu international bzw. national) ist berechtigt.¹⁰

Auch diese supranationale Hoheitsgewalt bedarf der Legitimation; sie muß also im Rahmen einer Verfassung ausgeübt werden, die ihre Legitimität wiederum aus Verfassungsgebung bezieht. Als Bezugspunkt für diese Legitimation werden hier von „staatsorientierten“ Autoren in erster Linie die Verfassungen der Mitgliedstaaten genannt: Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften bzw. die Union sei nach den Regeln der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungen erfolgt und könne nicht über die dort gesetzten Grenzen hinaus gehen, weshalb diese Hoheitsrechte auch nach der Übertragung teilweise – vor allem hinsichtlich der Überschreitung gewisser Grenzen bei Grundrechtsbeeinträchtigungen – dem Regime dieser Verfassungen unterstünden.

Dieses Konzept wird aber der Tatsache nicht gerecht, daß die Ausübung von Hoheitsgewalt durch die EU nicht alleine durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten reguliert und damit legitimiert wird, sondern sich bis zu einem gewissen Grade verselbständigt hat. Die Gründungsverträge sind keine gewöhnlichen völkerrechtlichen Verträge, deren Bedeutung sich in einer rein völkerrechtlichen Verpflichtung erschöpft und die einer detaillierten Umsetzung in innerstaatliches Recht bedürfen, um gegenüber den Bürgern wirksam zu werden; sie bilden vielmehr die Grundlage für eine sich entfaltende

8 Vgl. dazu die umfangreiche Untersuchung von S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*.

9 In der „Maastricht-“ Entscheidung: BVerfGE 89, 155, 181. Die Kritik an diesem Begriff (vgl. H. P. Ipsen, *Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil*, S. 8 f.), die auf die Nähe zu Begriffen aus Technik und Wirtschaft hinweist, mag zwar in ästhetischer Hinsicht berechtigt sein, und vielleicht wäre eine andere Bezeichnung treffender; dennoch ist die Wahl eines besonderen, noch nicht gebräuchlichen Begriffes zu begrüßen.

10 Vgl. A. v. Bogdandy, *Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatsrechtlicher Perspektive. Zu Bedeutung und Entstehung des Begriffs „supranational“* vgl. H. Mosler, *HStR* § 175 Rn. 17 ff.

autonome Rechtsordnung, die einerseits unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten hat, andererseits aber nicht mehr unter der direkten Kontrolle der mitgliedstaatlichen Verfassungen steht.

Die Problematik dieser Situation nimmt zu, je mehr Kompetenzen und Hoheitsrechte auf die EU übergehen: Die Legitimität der Ausübung von Hoheitsgewalt durch die EU kann nicht mehr in befriedigendem Umfang durch die nationalen Verfassungen vermittelt werden, und solange die europäische Einigung nicht einen souveränen Europäischen Bundesstaat hervorbringt (dessen Staatsverfassung dann eine unbestrittene Legitimitätsquelle wäre), fehlt es in der staatsorientierten Sichtweise zumindest für zukünftig erweiterte Kompetenzen der EU (wenn nicht schon für den gegenwärtigen Kompetenzbestand) an einer ausreichenden Legitimation.

Aber auch eine „europaorientierte“ Sichtweise vermag keine ausreichende Legitimitätsbegründung zu liefern, wenn sie nicht die spezifisch legitimitätsstiftende Funktion der Verfassungsgebung thematisiert. Europäische Hoheitsgewalt kann nicht alleine mit dem Hinweis darauf legitimiert werden, daß in Gestalt des geltenden Primärrechts oder eines neu zu schaffenden „Verfassungsvertrages“ ein Normenkomplex vorhanden ist, der an der Spitze der Rechtsordnung der Gemeinschaften bzw. der Union steht und daher „Verfassung“ genannt werden kann. Eine Verfassung vermittelt Legitimität nämlich nicht allein wegen ihres formalen Zuhöchstseins; vielmehr kann sie Hoheitsgewalt nur in dem Maße legitimieren, wie sie die Zwecke der Verfassungsgebung erfüllt.

Es fragt sich daher, ob die bisher im wesentlichen auf den Staat bezogene Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung nicht doch auch im europäischen Kontext angewandt werden kann, ob nicht sogar eine einheitliche Theorie der Legitimation staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt durch Verfassungsgebung formuliert werden kann.

Ein wesentliches Hindernis auf dem Weg zu einer solchen einheitlichen Theorie der Verfassungsgebung ist die herkömmliche Lehre der verfassungsgebenden Gewalt. Verfassungsgebung kann nach dieser Lehre nur durch ein bestimmtes Subjekt erfolgen, nämlich ein souveränes, homogenes (Staats-) Volk. An einem solchen fehlt es offensichtlich bisher auf europäischer Ebene. Legitimation durch Verfassungsgebung kann nach dieser Lehre auf europäischer Ebene nicht stattfinden – weder für das geltende Primärrecht noch für die Verfassung eines möglichen zukünftigen Europäischen Bundesstaates.

Die herkömmliche Lehre der verfassungsgebenden Gewalt bringt besonders für die mögliche Entstehung eines künftigen Europäischen Bundesstaates noch ein weiteres Problem mit sich: Selbst wenn man die Möglichkeit der Verfassungsgebung auf europäischer Ebene für sich genommen anerkennt, so fragt sich, ob nach dieser Lehre nicht die bisherigen Staatsverfassungen der Mitgliedstaaten der Schaffung einer Bundesverfassung entgegenstehen; schließlich werden diese Verfassungen in ihrer bisherigen Funktion im Zuge der Bundesverfassungsgebung beseitigt. Ein ähnliches Problem kann sich auch staatsintern, unabhängig vom europäischen Kontext ergeben: Darf eine bestehende Verfassung einmütig durch eine andere ersetzt werden, obwohl keine Revolution und kein politischer Zusammenbruch den Anlaß dafür geben? In der politischen Praxis würde sich das Problem zunächst in Gestalt der Frage stellen, ob überhaupt die Vorbereitung eines Aktes der Verfassungsgebung legitim wäre. Solche Vorbereitungen richten sich dann ja gegen die geltende Verfassung und untergraben damit deren Legitimität,

die auf einen früheren Akt der Verfassungsgebung zurückgeführt wird. Das führt zum Widerspruch zwischen zwei unterschiedlichen Legitimitätsbegründungen, nämlich dem früheren und dem neuen, geplanten Akt der Verfassungsgebung. Dieser Widerspruch stellt eigentlich ein altes Problem der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt dar, das im europäischen Kontext aber aktuelle Bedeutung erlangen könnte. Die bisherigen Lösungsversuche geben meistens einfach einer der beiden Alternativen den Vorrang. Die Theorie Carl Schmitts etwa betont, daß die verfassungsgebende Gewalt permanent vorhanden sei und jederzeit eine neue verfassungsgebende Entscheidung treffen könne; sie gibt bei der Legitimitätsbegründung dem neuen Akt der Verfassungsgebung immer den Vorrang vor dem früheren. Diese Argumentation birgt allerdings die Gefahr, daß mit ihrer Hilfe die Beseitigung einer geltenden Verfassung allzu leicht legitimiert werden könnte; sie ist kaum mit der Vorstellung eines rechtsstaatlichen Verfassungsstaates vereinbar. Die (sehr dezidiert von Martin Kriele vertretene) Gegenansicht bestreitet daher die Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt; sie führt die Legitimität einer Verfassung einzig auf den früheren Akt der Verfassungsgebung zurück und verurteilt das Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt im Verfassungsstaat zum Schweigen. D. Murswiek geht in dieser Hinsicht noch einen Schritt weiter, wenn er die Staatsorgane für verpflichtet hält, „gegen jeden Versuch des Volkes, seinen verfassungsgebenden Willen zu betätigen, ein(zu)schreiten.“¹¹ Diese Ansicht hat aber im Hinblick auf die europäische Integration eine geradezu absurde Konsequenz: Solange das Grundgesetz (oder die Verfassung eines anderen Mitgliedstaates) gilt, wäre eine Verfassungsgebung und damit auch die Vorbereitung einer Verfassungsgebung illegitim und damit ausgeschlossen – sie wäre eine Revolution.¹² Selbst wenn *alle* Bürger die Verfassung z.B. anlässlich der Gründung eines Europäischen Bundesstaates aufheben oder sie auch nur im Rahmen weiterer Integrations Schritte über den verfassungsrechtlich zulässigen Umfang hinaus ändern wollten, dürften sie nichts tun bzw. müßten von den Staatsorganen an solchem Tun gehindert werden – sie müßten abwarten, bis die bisherige Verfassungsordnung gewissermaßen von selbst zusammenbricht, um danach legitimerweise gegebenenfalls eine neue Verfassung beschließen zu können. Die aktive Förderung und Vorbereitung eines Aktes der Verfassungsgebung wäre jedenfalls nicht legitim; die Theorie der verfassungsgebenden Gewalt wirkt hier *delegitimierend*. Keine dieser Lösungen führt also zu einem befriedigenden Ergebnis; der Widerspruch zwischen den Legitimitätsbegründungen durch den früheren und durch den neuen Akt der Verfassungsgebung muß auf andere Weise aufgelöst werden.

Die herkömmliche Theorie von der verfassungsgebenden Gewalt des souveränen, homogenen Volkes kann also kaum zur Legitimation europäischer Hoheitsgewalt herangezogen werden; diese Theorie kann weder auf das geltende Primärrecht noch auf eine zukünftige Europäische Bundesverfassung angewendet werden. Damit stellt sich die Frage nach der Brauchbarkeit dieser herkömmlichen Theorie. Ist sie vielleicht zu

11 D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 243. – Murswiek unterstützt dabei keineswegs Krieles Ansatz (vgl. seine Kritik an Kriele ebd. S. 197 ff.); aber seine Konstruktion führt hier zum gleichen Ergebnis wie bei Kriele.

12 So etwa U. Fink, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, S. 141.

eng gefaßt, zu sehr auf den revolutionären Kontext bezogen, in dem sie entstanden ist?¹³ Von einer europäischen Revolution kann sicher keine Rede sein. Aber ist die Vorstellung von Legitimation, die der Verfassungsgebung zugrunde liegt, wirklich notwendig mit Umsturz, Neuanfang und Bindungslosigkeit des Verfassungsgebers verbunden? Auch mit der herkömmlichen Theorie der Verfassungsgebung soll ja nicht die Revolution, sondern die in den darauf folgenden ruhigeren Zeiten geltende Verfassung legitimiert werden. Muß einer Verfassungsordnung, die durch allmähliche Entwicklung und in geordnetem Rahmen entsteht, die Legitimation nur deswegen versagt werden, weil keine Revolution stattgefunden hat? Es liegt nahe, die Theorie der Verfassungsgebung kritisch zu untersuchen und neu zu formulieren, so daß sie auch für Fragen der Legitimation europäischer Hoheitsgewalt fruchtbar gemacht werden kann.

B. Lösungsansatz

Die Kritik setzt bei der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt an.

Nach den herkömmlichen Formulierungen dieser Theorie ist eine Verfassung dann legitim, wenn sie auf einen Akt der verfassungsgebenden Gewalt zurückgeht; die verfassungsgebende Gewalt ist dabei das „Volk“ (oder, in anderer Terminologie: die verfassungsgebende Gewalt kommt dem „Volk“ als dem bei der Verfassungsgebung handelnden Subjekt zu). Im Mittelpunkt dieser Betrachtungsweise steht also ein handelndes Subjekt, das (Staats-) „Volk“, und eine bestimmte Handlung dieses Subjekts, der Akt der Verfassungsgebung. Diese Betrachtungsweise soll im folgenden „*urheberorientiert*“ heißen. Üblicherweise werden dem Subjekt und seiner Handlung bestimmte Eigenschaften zugeschrieben – in manchmal fast theologischer Diktion¹⁴: Vor allem bildet es eine Einheit und hat unbeschränkte Macht; im Hinblick auf den Akt der Verfassungsgebung ist es völlig frei in der Verfahrensweise und in der inhaltlichen Gestaltung der Verfassung: Das verfassungsgebende Subjekt ist *souverän*. Charakteristisch für die urheberorientierte Betrachtungsweise ist auch die Verwendung *binärer Begrifflichkeiten*: Staat, Volk, Akt der Verfassungsgebung sind Begriffe, deren Voraussetzungen nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis entweder vorliegen

13 Vgl. etwa C. Möllers, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, S. 4 ff., 9 ff. Möllers erkennt uneingeschränkte Normativität nur für revolutionär entstandene, „herrschaftsbegründende“ Verfassungen an (und verbindet dies mit dem „Konzept der verfassungsgebenden Gewalt“); nicht-revolutionär entstandene Verfassungen können für ihn allenfalls bestehende Herrschaftsstrukturen verrechtlichen und haben eine „eingeschränkte Normativität“. Gerade die Normativität ist aber eine wesentliche legitimierende Verfassungsfunktion, deren Anwendung nicht auf revolutionär entstandene Herrschaftsordnungen beschränkt sein sollte. Das meint wohl auch Möllers, wenn er einen „normativen Eigenwert“ für den Begriff der Verfassung auf europäischer Ebene fordert. Dieser kann nach seiner Darstellung offenbar allerdings mangels „einer demokratischen Gründungslegende wie in Frankreich“ nicht die Qualität einer staatlichen Verfassung erreichen (ebda. S. 29). Die begriffliche Verbindung zwischen der Legitimationsfähigkeit der Verfassung und ihrem revolutionären Ursprung wird auch deutlich bei U. Haltern, Gestalt und Finalität, S. 815 ff.

14 Entsprechende Formulierungen für die verfassungsgebende Gewalt und ihre Eigenschaften finden sich vor allem bei Carl Schmitt: „natura naturans“, „Urkraft alles staatlichen Wesens“, „unendliche(r), unfaßbare(r) Abgrund“, „unbeschränkte(r) und unbeschränkbare(r) Inhaber der jura dominationis“, um nur einige Beispiele zu nennen (Die Diktatur, S. 140, 142 f.). Im Anschluß an Schmitt schreibt auch E.-W. Böckenförde dem Volk als verfassungsgebende Gewalt entsprechende der Theologie entlehnte Attribute zu: „potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo“ (Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzkonzept des Verfassungsrechts, S. 12).

kömmlichen Begriffsverständnis entweder vorliegen oder nicht – tertium non datur. Eine legitime Verfassung kann nur durch einen Akt der Verfassungsgebung geschaffen werden, und zwar durch ein Volk in einem Staat. Die Frage nach der Legitimität einer Verfassung wird auf diese Weise zum Streit um Begriffe: Ist die betreffende organisatorische Einheit ein Staat? Gibt es ein Volk? Liegt ein Akt der Verfassungsgebung vor?

Es besteht nun die Vermutung, daß die oben dargestellten Probleme der Theorie der Verfassungsgebung in erster Linie durch die urheberorientierte Betrachtungsweise und die binären Begrifflichkeiten verursacht werden. So scheitern die Versuche, die Theorie auf supranationaler Ebene anzuwenden, meist an der Diskussion über die Anwendbarkeit bestimmter binärer Begriffe (v.a. Staat, Volk, Verfassung, Akt der Verfassungsgebung); insbesondere herrscht Streit über die Existenz eines verfassungsgebenden Subjekts mit den geforderten Eigenschaften. Ein solcher Streit um Begriffe, die in einem bestimmten historischen und ideengeschichtlichen Kontext entstanden sind und deren Anwendbarkeit auf „Europa“ heute in Frage steht, scheint kein geeignetes Instrument für die Beantwortung der Legitimitätsfrage zu sein.¹⁵ Die Verwendung binärer Begriffe erscheint im übrigen schon deswegen als ungeeignet für die Begründung von Legitimitätsurteilen, weil „Legitimität“ selbst eher eine graduelle denn eine binäre Begrifflichkeit ist: Es ist durchaus sinnvoll (und oft erhellend), von einem „Mehr“ oder „Weniger“ an Legitimität zu sprechen; das binäre Urteil „legitim“ oder „nicht legitim“ ist dagegen zu lapidar und eher ein Zeichen mangelnder Bereitschaft zur ernsthaften Erörterung der Legitimitätsfrage.

Auch die Schwierigkeiten bei der theoretischen Untersuchung der Verfassungsgebung für einen zukünftigen Europäischen Bundesstaat sind auf die urheberorientierte Betrachtungsweise zurückzuführen. Der bei einer zukünftigen europäischen Verfassungsgebung störende Widerspruch zwischen vergangenheits- und zukunftsbezogener Legitimitätsbegründung resultiert vor allem daraus, daß das Subjekt der Verfassungsgebung in der urheberorientierten Sichtweise bei beiden Akten der Verfassungsgebung – dem vergangenen und dem zukünftigen – mit dem Anspruch unbeschränkter Gestaltungsfreiheit und unbeschränkter Macht auftritt. Im Ergebnis kann dieser Anspruch aber nur in bezug auf *eine* Verfassungsgebung eingelöst werden: die vergangene oder die zukünftige. Die neue Verfassungsgebung ist nur möglich, wenn dem bisherigen verfassungsgebenden Subjekt die unbeschränkte Gestaltungsfreiheit und Macht aberkannt wird; das ist notwendig ein revolutionärer Schritt, dessen Größe und Bedeutung abschreckt und damit eine möglicherweise wünschenswerte oder allseits gewünschte Entwicklung verhindert. Die urheberorientierte Sichtweise scheitert offenbar auch deswegen an der Problematik der europäischen Verfassungsgebung, weil sie im Grunde eine Theorie der Revolution ist: Der in dieser Hinsicht die deutsche Staatsrechtslehre (d.h.: seine Anhänger *und* seine Kritiker) prägende Carl Schmitt sieht in der verfassungsgebenden Gewalt eine „souveräne Diktatur“, deren Charakteristikum gerade in der Negation jeglicher Bindung an eine bestehende Rechtsordnung besteht – und genau vor dieser revolutionären Situation fürchten sich liberale Kritiker Schmitts wie M. Kriele und verbannen deswegen die ver-

15 Zur mangelnden Eignung des binären Begriffs „Staat“ im Zusammenhang der europäischen Integration vgl. G. F. Schuppert, Zur Staatswerdung Europas, S. 53. Schuppert fordert zur Beschreibung der Entwicklung europäischer Institutionen „eine *Begriffssprache der Skalierung*, die Übergänge und graduelle Abstufungen zu erfassen vermag“ (Hervorhebung im Original).

fassunggebende Gewalt aus dem Verfassungsstaat. Wünschenswert erscheint daher eine Theorie der Verfassunggebung *im Verfassungsstaat* – also, entgegen Carl Schmitt, eine Theorie der Normalität, nicht des Ausnahmezustandes.

Diese Arbeit versucht, sich so weit wie möglich von der urheberorientierten Betrachtungsweise zu lösen. Als Legitimitätsgrund werden nicht bestimmte Eigenschaften eines verfassunggebenden Subjekts angesehen; vielmehr wird danach gefragt, zu welchem Zweck Verfassunggebung überhaupt stattfindet: Auf welche Weise erzeugt Verfassunggebung Legitimität? Schon bei oberflächlicher Betrachtung wird deutlich, daß Verfassunggebung nicht nur einen einzigen legitimierenden Zweck verfolgt, sondern mehrere, möglicherweise gegensätzliche: Durch Verfassunggebung soll die Freiheit des einzelnen Bürgers vor hoheitlicher Willkür geschützt, gleichzeitig aber auch der Wille der Gesamtheit der Bürger verwirklicht werden. Außerdem soll durch Verfassunggebung eine dauerhafte, stabile Ordnung errichtet werden. Der Wille der Gesamtheit der Bürger kann dabei in Widerspruch zu den Vorstellungen und der Freiheit einzelner Bürger geraten; die Dauerhaftigkeit der Ordnung kann der Verwirklichung eines gewandelten Willens der Gesamtheit der Bürger entgegenstehen – um nur einige dieser möglichen Zielkonflikte zu nennen.

Um dieser Varietät der Legitimitätsgründe gerecht zu werden, sollen die mit der Verfassunggebung verbundenen Legitimationsziele als *Prinzipien* formuliert werden. Solche Prinzipien können mehr oder weniger stark verwirklicht sein, sie können sich widersprechen oder gegenseitig bestärken, und mit ihrer Hilfe läßt sich eine Aussage über die Legitimität begründen, die ein „Mehr“ oder „Weniger“ zuläßt.

Ausgangspunkt für die Auffindung der mit dem Gedanken der Verfassunggebung verbundenen Legitimitätsprinzipien sollen die „klassischen“ Theorien der Verfassunggebung sein, wie sie in der Amerikanischen und der Französischen Revolution formuliert worden waren. Diese ursprünglichen Vorstellungen sind dabei von der urheberorientierten Interpretation zu unterscheiden, die sie später vor allem durch Carl Schmitt erfahren haben. Ergänzend sollen einige Überlegungen aus der (den Amerikanischen und französischen Revolutionären ebenfalls bekannten) Theorie des Gesellschaftsvertrages herangezogen werden; viele Varianten dieser Theorie beschäftigen sich ja gerade mit der Legitimität von Herrschaft in einem in bestimmter Weise geordneten Gemeinwesen. Das Ziel ist es, konkrete, plausible Legitimitätsprinzipien zu formulieren und in Beziehung zueinander zu setzen.

Mit Hilfe dieser Legitimitätsprinzipien sollen dann zunächst einige „klassische“ mit der Verfassunggebung zusammenhängende Legitimitätsfragen erörtert werden, wie z.B. die Grenzen der Verfassungsänderung, die Möglichkeit der Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates oder die Frage nach dem richtigen Verfahren der Verfassunggebung. Das Prinzipienmodell soll dabei nicht nur zur Klärung dieser Fragen beitragen, sondern durch die Plausibilität der Lösungen auch seine Brauchbarkeit erweisen.

Diese Überlegungen, die sich zunächst auf den Nationalstaat beziehen, sollen im nächsten Schritt auf die supranationale Ebene erweitert werden. Dabei soll gezeigt werden, daß bestimmte Begriffe (v.a. der Verfassungsbegriff), die bisher meist staatsbezogen verwendet wurden, auch auf der supranationalen Ebene sinnvoll eingesetzt werden können bzw. daß das Prinzipienmodell auf manche spezifisch staatsbezogenen Begriffe

und Denkmuster der herkömmlichen Theorie verzichten kann. Insbesondere die Vorstellung von der notwendigen Souveränität des Verfassungsgebers wird sich als verzichtbar erweisen. Das Prinzipienmodell ist damit, so soll gezeigt werden, auf staatlicher *und* auf supranationaler Ebene gleichermaßen anwendbar.

Mit Hilfe des Prinzipienmodells sollen dann die bereits angesprochenen „europaspezifischen“ Probleme der Verfassungsgebung einer Lösung zugeführt werden. Das Ziel ist dabei nicht die Präsentation fertiger Antworten auf Legitimitätsfragen, sondern lediglich die Bereitstellung angemessener Begriffe und Argumentationsmuster. Insbesondere soll die Arbeit keine politologisch-soziologische Einschätzung der künftigen Entwicklung oder der Entwicklungsmöglichkeiten der europäischen Integration geben; sie soll nur Legitimitätsmaßstäbe bereitstellen, die je nach den zugrundegelegten oder tatsächlich festgestellten politisch-soziologischen Gegebenheiten zu unterschiedlichen Beurteilungen der Legitimität führen können. Am Ende soll keine abschließende Aussage über den Legitimitätsgrad der Ausübung von Hoheitsgewalt durch europäische Organe stehen; vielmehr soll im wesentlichen angegeben werden, von welchen Faktoren diese Legitimität abhängt. Dabei sollen einzelne konkrete Legitimitätsprobleme herausgegriffen und exemplarisch erörtert werden.

In dieser Arbeit soll auch nicht der Versuch unternommen werden, eine *universelle* Legitimitätstheorie zu erarbeiten. Die Legitimitätsbegründung durch Verfassungsgebung ist nicht (und war noch nie) universell gültig; in Großbritannien etwa ist sie genauso schwer zu finden wie bei Laband oder Anschütz, die der Weimarer Verfassung eine besondere, gegenüber dem einfachen Gesetz (und dem Gesetzgeber) erhöhte Geltungskraft absprachen. Dennoch liefert die Verfassungsgebung – auch international – heute wohl eine der prominentesten Legitimitätsbegründungen, und auch das Grundgesetz beruft sich auf sie. Wie die Einsetzung des europäischen Verfassungskonvents zeigt, besteht die Möglichkeit, daß die Legitimitätsbegründung durch Verfassungsgebung auch auf europäischer Ebene Anerkennung findet; diese Arbeit möchte dafür die theoretischen Voraussetzungen schaffen.

C. Gang der Darstellung

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile. Gegenstand des Ersten Teils ist die Verfassungsgebung im herkömmlichen nationalstaatlichen Kontext. Nach der Erörterung der Argumentationsstruktur der gegenwärtigen urheberorientierten Theorie der verfassungsgebenden Gewalt (A.) werden die klassischen Theorien der Verfassungsgebung aus der Amerikanischen und Französischen Revolution sowie die Lehre Carl Schmitts untersucht (B.).

Im folgenden Abschnitt (C.) soll als Alternative zur urheberorientierten Betrachtungsweise ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität entwickelt werden, das auf das unausgeschöpfte Erbe der amerikanischen und der französischen Theorie der Verfassungsgebung sowie auf die Theorie des Gesellschaftsvertrages zurückgreift. Die zu dem Modell gehörenden Legitimitätsprinzipien werden danach (D.) im einzelnen entfaltet und zueinander ins Verhältnis gesetzt.

Der nächste Abschnitt (E.) beschäftigt sich mit der Verfassungsänderung und Verfassungsgebung in einem Staat mit geltender Verfassung; dabei sind insbesondere die Gründe für den Schutz der bestehenden Verfassung herauszuarbeiten.

Nach der Erörterung der Verfassungsgebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates (F.) sollen schließlich die Verfassungsgebungsverfahren und deren legitimitätsstiftendes Potential untersucht werden (G.).

Im Zweiten Teil der Arbeit sollen die im Ersten Teil erarbeiteten theoretischen Grundlagen auf die europäische, supranationale Ebene erweitert und dort angewendet werden. Dazu muß zunächst geklärt werden, was unter einer „Europäischen Verfassung“ zu verstehen ist, und ob das geltende Primärrecht bzw. künftige vergleichbare Normkomplexe unter diesen Begriff fallen (A.).

Anschließend (B.) ist zu zeigen, daß auch eine Europäische Verfassung durch Verfassungsgebung legitimiert werden kann; entsprechende Einwände dagegen sollen ausgeräumt werden.

Im folgenden Abschnitt (C.) soll dann die Verfassungslegitimität des geltenden Primärrechts mit Hilfe des Prinzipienmodells untersucht werden; diese Untersuchung beschränkt sich allerdings auf einige wesentliche Punkte. Danach wird die Legitimation durch Verfassungsgebung bei der (hypothetischen) Schaffung eines Europäischen Bundesstaates erörtert (D.).

Im letzten Abschnitt (E.) rückt schließlich der Aspekt des allmählichen Fortschreitens der europäischen Integration ins Zentrum des Interesses. Hier geht es nicht um Verfassungsgebung in einem Akt, sondern um die Legitimität und die Grenzen bzw. Voraussetzungen einer schrittweisen Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union. Eine wichtige Grenze wird dabei durch die jeweilige geltende nationale Verfassung gezogen. Außer dem Verlauf dieser Grenze nach dem Grundgesetz soll auch die Legitimität verfassungswidriger Kompetenzübertragungen mit Hilfe der Legitimitätskriterien der Verfassungsgebung untersucht werden.

Erster Teil: Legitimation staatlicher Hoheitsgewalt durch Verfassunggebung

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

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

A. Die Argumentationsstruktur der gegenwärtigen Theorie der verfassunggebenden Gewalt

I. Verfassunggebung als Legitimation

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Die Argumentationsstruktur der gegenwärtigen urheberorientierten Theorie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Der Begriff der Volkssouveränität

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

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

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

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

42 Vgl. J. Isensee, HStR § 13 Rn. 57.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Das Verhältnis zwischen verfassungsgebender Gewalt und Volkssouveränität

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

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

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

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

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

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

56 Ebda. S. 30 f.

57 Ebda. S. 32.

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

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

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

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

58 Ebda. S. 24.

59 Ebda. S. 33.

60 Ebda. S. 48.

61 Ebda. S. 46.

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

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

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

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

B. Die klassischen Theorien der Verfassungsgebung

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

I. Die Verfassungstheorie der Amerikanischen Revolution

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

72 Ebda. S. 51 ff.

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

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

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

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

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

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

2. Verfassungsgebung durch Konvente und hierarchische Überordnung der Verfassung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

84 Ebda. S. 315.

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

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

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

3. Exkurs: Locke und Montesquieu

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

97 Ebda. § 44.

98 Ebda. § 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

106 Ebda. §§ 145 f.

107 Ebda. § 147.

108 Ebda. § 155.

109 Ebda. §§ 97 ff.

110 Ebda. § 96.

111 Ebda. § 99.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

119 Ebda. § 243.

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

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

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

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

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

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

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

123 Ebda.

124 Ebda. S. 220.

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

126 Ebda. S. 220.

127 Ebda.

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

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

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

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

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

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

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

131 M. Hereth, ebda. S. 100.

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

4. Teilung der Gewalten durch das Volk

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

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

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

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

5. Verfassungsrechtlich garantierte Grundrechte

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

134 Dazu unten II.4.

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

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

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

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

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

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

6. Bundesstaatliche Verfassungsgebung

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

II. Die Verfassungstheorie der Französischen Revolution

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes

Die *Souveränität*, Ungebundenheit oder Omnipotenz¹⁴⁸ der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes (des *pouvoir constituant*) bzw. der Nation¹⁴⁹ war eine am Beginn der Französischen Revolution wichtige und zentrale These. In Gestalt dieser These wird die Idee

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Repräsentation des Volkes bei der Verfassungsgebung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Trennung von Verfassunggebung und Gesetzgebung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

173 Ebda. S. 171.

174 Ebda. S. 170.

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

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

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

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

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

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

5. Exkurs: Die Vertragslehren von Hobbes und Rousseau

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

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

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

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

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

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

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

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

richtung einer Herrschaftsordnung mit unwiderstehlicher Zwangsgewalt erreicht werden.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

200 Ebda. II.4.

201 Ebda. II.3.

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

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

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

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

6. Die Theorie der Verfassunggebung bei Emmanuel Sieyes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

214 Ebda.

215 Zu Rousseau vgl. oben 5.

216 Ebda.

217 Vgl. unten Fn. 764.

218 Vgl. in der französischen Ausgabe S. 159.

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

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

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

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

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

222 Ebda. S. 165.

223 Ebda. S. 165 f.

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

225 Ebda. S. 166; Hervorhebung im Original.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

242 Ebda.

243 Ebda.

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

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

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

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

245 Ebda. S. 169 ff.

246 Ebda. S. 171 ff.

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

248 Ebda. S. 174.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

254 Ebda. S. 243.

255 Ebda. S. 246.

256 Ebda. S. 246.

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

258 Ebda. S. 242 ff.

259 S.o. 5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

269 Ebda. S. 250.

270 Ebda. S. 248.

271 Ebda. S. 250.

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

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

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

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

272 Ebda. S. 250.

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

274 Ebda. S. 251.

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

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

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

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

7. Zum angeblichen Einfluß Rousseaus

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

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

278 S.o. 5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Die Lehre der verfassunggebenden Gewalt bei Carl Schmitt

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

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

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

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

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

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

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

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

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

297 Ebda. S. 24.

298 Ebda. S. 27; Hervorhebung im Original.

299 Ebda. S. 21.

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

301 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 75.

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

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

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

303 Ebda. S. 79.

304 Ebda. S. 50.

305 Ebda. S. 61.

306 Ebda. S. 62.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

312 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 82.

313 Ebda. S. 85.

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

315 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 83.

316 Ebda.

317 Ebda.

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

319 Ebda. S. 84.

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

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

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

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

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

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

322 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 87.

323 Ebda. S. 51 ff.

324 Ebda. S. 54.

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

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

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

325 Ebda. S. 93.

326 Ebda. S. 92.

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

328 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 91.

329 Ebda. S. 87 f.

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

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

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

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

C. Ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität

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

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

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

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

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

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

I. Kritik am urheberorientierten Modell

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Die amerikanische Theorie

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

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

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

2. Die französische Theorie

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

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

III. Vertragstheoretische Legitimitätsbegründung

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

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

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

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

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

1. Klassische Vertragslehren

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

357 J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Ein Vertragsmodell der Verfassunggebung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Argumentation mit Prinzipien

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

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

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

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

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

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

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

373 Dazu R. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips.

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

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

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

V. Die Argumentationsstruktur des Prinzipienmodells der Verfassungsgebung

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

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

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

VI. Einwände gegen ein Prinzipienmodell der Verfassunggebung

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

1. Der ideengeschichtliche Einwand

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

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

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

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

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

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

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

VII. Zur Anwendbarkeit des Prinzipienmodells der Verfassungsgebung auf europäischer Ebene

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Freiheitssicherung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Dauerhafte Konsensfähigkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

393 Vgl. unten im Zweiten Teil B.III.

IV. Unabhängigkeit des Prinzipienmodells vom Kontext der Verfassungsneuschöpfung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Freiheit als individuelle Autonomie

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

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

2. Freiheit eines Personenverbandes von äußeren Einflüssen als Verbandsautonomie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Das Verhältnis zwischen Freiheitssicherung und dauerhafter Konsensfähigkeit

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

VII. Das Verhältnis zwischen kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Verfassungsänderung und Verfassungsgebung im Verfassungsstaat

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

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

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

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

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

I. Abgrenzung der Verfassungsgebung von der Verfassungsänderung

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

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

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

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

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

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

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

II. Gründe für den Schutz der bestehenden Verfassung

1. Selbstbindung des Verfassungsgebers?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Freiheitssicherung

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

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

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

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

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

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

3. Kollektive Autonomie

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

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

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

4. Dauerhafte Konsensfähigkeit

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

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

III. Grenzen der Verfassungsänderung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Zur Legitimität der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat

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

1. Die Lösung nach dem Prinzipienmodell

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

439 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 91.

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

441 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 92.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

449 Ebda. S. 91.

450 Ebda. S. 84.

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

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

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

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

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

451 Ebda. S. 91.

452 Ebda. S. 237.

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

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

455 Ebda. S. 164 ff.

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

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

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

V. Verfassunggebung durch Organe des Verfassungsstaates?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

F. Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Freiheitssicherung

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

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

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

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

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

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

II. Kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit

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

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

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

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

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

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

G. Die Verfahren der Verfassungsgebung

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

I. Die Bedeutung des Verfahrens der Verfassungsgebung für die Verfassungslegitimität

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

474 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 91.

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

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

II. Ideal und Realität

1. Das Ideal des Verfassungsgebungsverfahrens

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

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

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

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

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

Der angesprochene Streit über das ideale demokratische Gesetzgebungsverfahren kann hier weder vollständig dargestellt noch entschieden werden. Aus den Besonderheiten der (hier eigentlich interessierenden) Verfassungsgebung ergeben sich jedoch einige besondere Anforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren, die im folgenden kurz dargestellt werden sollen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das Prinzip der kollektiven Autonomie im Zusammenhang mit der Verfassungsgebung eine größere Bedeutung hat als im Zusammenhang mit der einfachen Gesetzgebung. Denn die (durch Beachtung des Prinzips der kollektiven Autonomie geförderte) Legitimität der Verfassung wirkt sich unmittelbar auf die Legitimität der durch die Verfassung normierten Staatstätigkeit aus: Legitimität der Verfassung bewirkt die Akzeptanz der Staatstätigkeit. Eine solche Akzeptanz ist wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Staates überhaupt. Widerspricht ein einfaches Gesetz dem Willen der Betroffenen, so entstehen daraus Probleme für den Regelungsbereich dieses Gesetzes; widerspricht aber die Verfassung dem Willen der Staatsbürger, entstehen Probleme für den Staat als solchen.

Das Prinzip der kollektiven Autonomie scheint – zumindest dem ersten Anschein nach – am besten durch plebiszitäre Verfahrenelemente verwirklicht zu werden. Denn wenn ein Verfassungsentwurf die mehrheitliche Zustimmung der Betroffenen in einem Plebiszit erhalten hat, entspricht sein Inhalt dem Willen der Mehrheit. Das läßt sich von einer in einem rein repräsentativen Verfahren zustande gekommenen Verfassung nicht ohne weiteres sagen: Auch wenn die Betroffenen mit der Zusammensetzung des Repräsentationsorgans (z.B. der Nationalversammlung) mehrheitlich einverstanden sind, ist nicht ausgeschlossen, daß sie die von diesem Organ dann kreierte Verfassung mehrheitlich ablehnen würden, wenn sie gefragt würden.

Bei näherem Hinsehen wird jedoch fraglich, ob ein Plebiszit in jedem Fall eine bessere Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie garantiert als ein repräsentatives Verfahren.⁴⁷⁸ Zweifel daran, daß ein plebiszitäres Verfahren geeignet sei, ein Ergebnis zu produzieren, das dem wirklichen Willen der Betroffenen entspricht, ergeben sich daraus, daß sich eine Abstimmung über eine Sachfrage schon aus technischen Gründen auf die Wahl zwischen einigen wenigen Alternativen oder gar auf die bloße Annahme oder Ablehnung eines einzigen Vorschlags beschränken muß. Weitere Alternativen oder neue Kompromißlösungen, die dem Willen der Betroffenen vielleicht bes-

477 Vgl. dazu jetzt S. Rossi, *La rappresentanza nello stato costituzionale*.

478 Vgl. dazu E.-W. Böckenförde, *HStR* § 30.

ser entsprechen würden, sind damit ausgeschlossen. Solche besseren Alternativen lassen sich nicht in einem plebiszitären Verfahren finden, sondern nur durch Verhandlungen in einem überschaubaren Kreis von Beteiligten – also etwa in einer Nationalversammlung. Das spricht eher für repräsentative Verfahrensformen.

Durch eine Kombination repräsentativer und plebiszitärer Elemente lassen sich allerdings die Vorteile beider Verfahrensformen nutzbar machen. Wird ein Verfassungsentwurf – oder mehrere Alternativentwürfe – zunächst von einer gewählten Nationalversammlung ausgearbeitet, können in ihm schon verschiedene Ansichten, Interessen und politische Richtungen berücksichtigt und Kompromisse gefunden werden; wird dieser Entwurf bzw. einer dieser Entwürfe dann auch in einem anschließenden Plebiszit angenommen, ist sichergestellt, daß er tatsächlich die Zustimmung der Betroffenen findet. Außerdem wird möglicherweise das Wissen um das nachfolgende Plebiszit das Augenmerk der Nationalversammlung in besonderer Weise auf die Zustimmungsfähigkeit des von ihr zu erarbeitenden Verfassungsentwurfs lenken, so daß das nachfolgende plebiszitäre Verfahrenselement auch die inhaltliche Qualität (bezogen auf den Gesichtspunkt der kollektiven Autonomie) schon dieses Entwurfs fördert.

Der vor allem in der deutschen politischen Diskussion gegen Plebiszite vorgebrachte Einwand, das Volk sei bei Entscheidungen über einzelne Sachfragen leicht manipulierbar oder entscheide in unberechenbarer Weise nach der jeweils zufällig vorherrschenden Stimmung, greift bei einem kombinierten repräsentativ-plebiszitären Verfassungsgebungsverfahren kaum: Zum einen ist sich ein Bürger, der über die zukünftige Verfassung für seinen Staat abstimmt, im Normalfall der Bedeutung dieser Entscheidung bewußt und entscheidet nicht aus einer augenblicklichen Laune heraus; zum anderen wird die Gefahr „unvernünftiger“ Entscheidungen (im Sinne dieser Kritik) dadurch kompensiert, daß die zur Abstimmung stehenden Entwürfe zuvor von einem parlamentsähnlichen Repräsentationsorgan erarbeitet werden.

Neben der Ausgestaltung des Verfassungsgebungsverfahrens mit repräsentativen und plebiszitären Elementen haben auch die Öffentlichkeit dieses Verfahrens und seine Dauer Einfluß auf die Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie. Erfolgt die Erarbeitung des später zur Abstimmung stehenden Entwurfs unter den Augen und mit Beteiligung der Öffentlichkeit (z.B. vermittelt durch die Presse und die Parteien), können schon in diesem Stadium Meinungen und Ideen auch von außerhalb der Nationalversammlung einfließen und berücksichtigt werden. Geschieht dies über einen längeren Zeitraum, können um so mehr Meinungen und Ideen erfaßt und in Ruhe verarbeitet werden. Dadurch kann der Verfassungsentwurf allmählich an die Individualwillen der Betroffenen angepaßt werden. Außerdem kann eine lange Verfahrensdauer zu einem Verfassungsentwurf führen, der das Kriterium der dauerhaften Konsensfähigkeit besonders gut erfüllt; denn ein solcher Entwurf hat dann möglicherweise schon verschiedene Meinungs- und Stimmungsänderungen während der Dauer des Verfassungsgebungsverfahrens überstanden, sich also zumindest für diesen Zeitraum schon als dauerhaft konsensfähig erwiesen.

Nach diesen idealisierten Vorstellungen müßte ein Verfassungsgebungsverfahren also eine Kombination aus repräsentativen und plebiszitären Elementen darstellen, sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und schon in der Entwurfsphase die Öffentlichkeit einbeziehen.

2. Die Realität der Verfassunggebung

Dem soeben dargestellten Idealbild entspricht freilich kaum ein tatsächlich durchgeführtes Verfassungsgebungsverfahren. Diese Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis zeigte sich schon beim ersten revolutionären französischen Verfassungsgebungsverfahren: Natürlich entspricht es nicht demokratischer Idealvorstellung, wenn die Vertreter des Dritten Standes sich, obwohl sie *dazu* kein Mandat haben, zur Nationalversammlung erklären und eine Verfassung für Frankreich ausarbeiten und verabschieden. Dieses Problem hat auch Sieyes gesehen und unter der Überschrift „Was man hätte tun sollen“ in seiner Schrift über den Dritten Stand⁴⁷⁹ ein Verfahren mit Einberufung „außerordentlicher Stellvertreter“ durch die gesamte Nation – ohne ständische Gliederung – zum ausschließlichen Zweck der Verfassunggebung dargestellt. Ein solches Verfahren hielt er auch in der Situation, als die Vertreter der Stände schon zu einem anderen Zweck versammelt waren, noch für möglich und bezeichnete es als den „klarere(n) und großzügigere(n) Weg, der somit der Würde des Dritten Standes am angemessensten ist“⁴⁸⁰. Der Dritte Stand solle mit der Ausübung seiner Gewalt warten, bis die Nation entschieden hat. Gleichzeitig rechtfertigte Sieyes aber den anderen Weg, der dann schließlich eingeschlagen wurde, weil er wohl in der revolutionären Situation der einzig praktikable war: Die Erklärung allein der Vertreter des Dritten Standes zur Nationalversammlung unter Ausschluß der beiden anderen Stände und ohne Durchführung besonderer Wahlen. Diese theoretische Rechtfertigung eines nur mangels praktikabler Alternativen durchgeführten Verfahrens wirkt willkürlich und konstruiert; sie stützt sich vor allem auf die überwältigende zahlenmäßige Mehrheit der Angehörigen des Dritten gegenüber den Angehörigen der anderen beiden Stände und auf die tragende Bedeutung des Dritten Standes für die ganze Nation. Die Vertreter des Dritten Standes könnten „ohne jede Schwierigkeit für die Nation insgesamt beraten, bloße zweihunderttausend Köpfe ausgenommen“⁴⁸¹. Dem Argument, daß nach der bisherigen „Verfassung“ Frankreichs nur die Vertreter der drei Stände zusammen die Nation repräsentieren⁴⁸², begegnet Sieyes mit der Feststellung, die Nation könne durch verfassungsmäßige Regeln nicht gebunden werden, sei „von jeder Form unabhängig“, und „die bloße Äußerung ihres Willens“ genüge, um „alles positive Recht außer Kraft zu setzen“⁴⁸³.

Vor allem Carl Schmitt war es, der, wie oben gezeigt, diesen eigentlich nicht in das Gesamtkonzept der Sieyesschen Theorie passenden und mehr den revolutionären Umständen geschuldeten Aspekt herausgriff und ihm eine zentrale Position in der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt einräumte. Das durch Schmitt populär gewordene Argument von der Formfreiheit der Betätigung der verfassungsgebenden Gewalt findet sich häufig in Erörterungen über das Verfahren der Verfassunggebung: Dieses Verfahren sei ungebunden, nicht festgelegt; jede Äußerungsform der verfassungsgebenden Gewalt sei zulässig. Dabei wird jedoch häufig übersehen, daß die für andere Normsetzungen erho-

479 E. Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, S. 164 ff.

480 Ebda. S. 184.

481 Ebda. S. 182.

482 Ebda. S. 164.

483 Ebda. S. 169.

bene Forderung nach möglichst guter Anbindung an den Willen der Betroffenen auch (und sogar in besonderem Maße) für die Verfassunggebung gilt. Die Toleranz hinsichtlich der Zulässigkeit unterschiedlichster Verfahrensformen bei der Verfassunggebung – auch mit Abstrichen vom demokratischen Ideal – ist nur deswegen notwendig, weil *aus praktischen Gründen* unter den oftmals chaotischen Verhältnissen einer Situation, in der eine neue Verfassung entsteht, ein besser dem demokratischen Ideal entsprechendes Verfahren *nicht möglich* ist. Das trifft auch für das revolutionäre Frankreich zu: Die Vertreter des Dritten Standes wurden sich ihrer Lage bewußt und erkannten die Möglichkeiten der Situation; sie sahen sich vor eine Entscheidung gestellt, mußten schnell handeln. Ein demokratischeres Verfahren wie eine allgemeine Wahl zur Nationalversammlung hätte – zumal unter den Bedingungen im Frankreich des 18. Jahrhunderts – die weitere Entwicklung verzögert oder gar verhindert. *Deswegen* wurde das „schroffe“⁴⁸⁴ Verfahren gewählt, obwohl „die Kammer des Dritten Standes ... nicht sonderlich befugt (war), eine *außerordentliche Stellvertretung* des Königreichs einzuberufen“⁴⁸⁵. Von der Verfassunggebung wird also ein verzerrtes Bild entworfen, wenn, wie vor allem bei Carl Schmitt, die angebliche Beliebigkeit des Verfahrens und dessen angebliche Unabhängigkeit vom demokratischen Ideal als ihr Charakteristikum dargestellt wird.⁴⁸⁶ Aus praktischen Gründen erforderliche Abweichungen vom Ideal beseitigen nicht das Ideal; dieses dient ohnehin nur zur Orientierung und kann in realistischer Sicht nicht nach voller Verwirklichung verlangen.

Auch das Verfahren, in dem das Grundgesetz zustande kam, entspricht nicht dem oben dargestellten Idealbild einer Verfassunggebung; in mancher Hinsicht steht es zu diesem Ideal sogar in Widerspruch. Keines der beteiligten Organe ist zum Zweck der Verfassunggebung gewählt worden: Die Länderparlamente, die das Grundgesetz am Ende des Verfahrens angenommen haben (vgl. Art. 144 I GG), waren schon gewählt, bevor überhaupt von der Schaffung der Bundesrepublik und einer Verfassunggebung für den Bund die Rede war⁴⁸⁷ – wurden also von den Wählern nicht als Verfassunggebungsorgane eingesetzt; und der Parlamentarische Rat, der das Grundgesetz zuvor ausarbeitete und verabschiedete, bestand aus Vertretern eben dieser Länderparlamente. Dieser Mangel im repräsentativen Verfahren wurde auch zunächst⁴⁸⁸ nicht durch ein plebiszitäres Verfahrenselement aufgewogen: Weil das Grundgesetz nicht die Weihe einer endgültigen Verfassung erhalten sollte (sondern im Hinblick auf die Wiederherstellung der Einheit Deutschlands mit den sowjetisch besetzten Landesteilen nur vorläu-

484 Ebda. S. 184.

485 Ebda. S. 184 (Hervorhebung im Original).

486 In diese Richtung geht auch die Kritik P. Häberles an der Theorie Schmitts und ihrer Rezeption: Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse, S. 145 f.

487 D. Murswiek, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 85.

488 Als ein – wenn auch nachträgliches – plebiszitäres Verfahrenselement kann man die Wahlen zum Ersten Deutschen Bundestag ansehen, die auch als eine Abstimmung über das Grundgesetz betrachtet wurden. Dazu sogleich ausführlicher.

fig sein sollte), wurde auf ein Referendum verzichtet.⁴⁸⁹ Und schließlich widersprach die inhaltliche Einflußnahme der Westalliierten auf die Beratungen und die Beschlußfassung des Parlamentarischen Rates⁴⁹⁰ dem Prinzip der kollektiven Autonomie.

Trotz dieser Defizite gegenüber dem Idealbild eines Verfassungsgebungsverfahrens ist bis heute kein ernsthafter Zweifel an der Legitimität des Grundgesetzes laut geworden. Ein – nachträglicher – Nachweis für die Rückanbindung an den Willen der Betroffenen wurde vor allem in den Wahlen zum ersten Bundestag gesehen. Die Wahlbeteiligung war hoch, und es siegten mit ganz deutlicher Mehrheit die Parteien, die das Grundgesetz unterstützten und deren Vertreter es maßgeblich ausgearbeitet hatten.⁴⁹¹ Die Verfahrensmängel bei der Entstehung des Grundgesetzes wurden zwar immer wieder als „Geburtsmakel“ bezeichnet,⁴⁹² meist im Zusammenhang mit der politischen Forderung nach einer mit einem Referendum abzuschließenden Verfassungsrevision (so zuletzt und vor allem anlässlich der Vereinigung der beiden deutschen Staaten); niemand behauptete aber ernstlich, das Grundgesetz sei wegen der Verfahrensmängel schlechthin illegitim. Eine erfolgreiche legitime Verfassungsgebung ist also offensichtlich auch unter erheblichen Abweichungen vom Idealbild des Verfassungsgebungsverfahrens möglich. Das muß auch so sein, denn unter den realen Bedingungen der meisten Verfassungsgebungen – Revolution, kriegsbedingter Zusammenbruch des Staatsgefüges usw. – kann ein ideales Verfahren nicht durchgeführt werden. Soll ein Land, in dem solche Bedingungen herrschen, nicht auf längere Sicht im mehr oder weniger verfassungslosen Zustand bleiben, sind manchmal weitgehende Zugeständnisse im Hinblick auf das Verfahren nötig. Das alles ändert aber, wie schon erwähnt, nichts an der Leitbildfunktion des oben dargestellten idealen Verfassungsgebungsverfahrens. Abweichungen hiervon bedürfen einer Rechtfertigung mit besonderen praktischen Notwendigkeiten.

489 Dazu D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 47 ff.; H. v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 182.

490 Dazu D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 94.

491 Hierzu und zu anderen Anknüpfungspunkten für die Rückanbindung des Grundgesetzes an den Willen des deutschen Volkes B. Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, S. 156 ff. Neben den Wahlen zu ersten Bundestag werden auch die späteren Bundestagswahlen, die Annahme des Grundgesetzes durch die Landtage oder das „plébiscite de tous les jours“, nach der Wiedervereinigung außerdem die Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften zum Einigungsvertrag, die ersten Bundestagswahlen nach der Wiedervereinigung oder, in bezug auf die Bevölkerung der DDR, die ersten (und letzten) freien Volkskammerwahlen, die Beitrittsklärung der DDR zur Bundesrepublik oder die massenhafte Übersiedlung in die Bundesrepublik als „Abstimmung mit den Füßen“ genannt. Stückrath weist jedoch zu Recht auf die Problemhaftigkeit der meisten dieser vermeintlichen Anknüpfungspunkte hin. Als Akte der Willensbetätigung, die sich (zumindest indirekt) auf Verfassungsgebung beziehen, bleiben wohl nur die Wahlen nach Inkrafttreten des Grundgesetzes, durch die die Akzeptanz des Grundgesetzes (dessen Organe ja gewählt wurden) zum Ausdruck gebracht wurde. Das gilt ebenso für das Inkrafttreten des Grundgesetzes auf dem Gebiet der ehemaligen DDR.

492 So etwa von H.-P. Schneider, HStR § 158 Rn. 37 („Geburtsfehler“).

3. Mindestanforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren

Trotz der Vielfalt von denkbaren praktischen Notwendigkeiten, die jeweils bestimmte Abstriche vom Ideal des Verfassungsgebungsverfahrens rechtfertigen können, muß aus der Sicht der Theorie der Verfassungsgebung an bestimmten Mindestanforderungen an das Verfahren festgehalten werden. Der Wille der Betroffenen kann nämlich nur dann in die Entscheidung über die Verfassung einfließen, d.h. das Prinzip der kollektiven Autonomie kann nur dann verwirklicht werden, wenn dieser Wille *erkennbar* geäußert wird. Es muß also eine *aktive Willensäußerung* der Betroffenen in bezug auf die Verfassungsgebung vorliegen. Eine solche Willensäußerung setzt echte Entscheidungsfreiheit und die Existenz von Alternativen voraus – zumindest der Alternative, zu einem Verfassungsentwurf „nein“ zu sagen. Daraus, daß überhaupt „kein besonderer Wille erkennbar geäußert wird“⁴⁹³, kann eben nicht, wie Carl Schmitt es tut, „Zustimmung zur bestehenden Verfassung“ gefolgert werden. Auch die „öffentliche Meinung“⁴⁹⁴ ist keine aktive, freie Willensäußerung der Betroffenen, denn sie berücksichtigt nur diejenigen, denen es gelingt, ihre Meinung öffentlich zu machen. Und es stimmt auch nicht, daß „eine stillschweigende Zustimmung des Volkes ... immer möglich und leicht zu erkennen“⁴⁹⁵ ist, und daß diese Zustimmung etwa in der „bloßen Beteiligung an dem durch eine Verfassung bestimmten öffentlichen Leben“⁴⁹⁶ als „konkludente Handlung“ erblickt werden kann. Ein überzeugendes und sehr plastisches Argument gegen eine solche Zustimmung zur Verfassung (bzw. zum Gesellschaftsvertrag) durch bloße Teilnahme am öffentlichen Leben formulierte David Hume schon Mitte des 18. Jahrhunderts: „Können wir allen Ernstes behaupten, daß ein armer Bauer oder Handwerker die freie Wahl hat, sein Land zu verlassen, wenn er keine Fremdsprache spricht oder Umgangsformen kennt und Tag für Tag von seinem geringen Lohn lebt? Wir könnten ebenso gut behaupten, daß ein Mann durch seinen Aufenthalt auf einem Schiff die Herrschaft des Kapitäns freiwillig anerkennt, obwohl er im Schlaf an Bord getragen wurde und ins Meer springen und untergehen müßte, wenn er das Schiff verlassen wollte.“⁴⁹⁷ Nur eine allgemeine, freie,

493 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 84.

494 Ebda. S. 84, 246 ff.

495 Ebda. S. 91.

496 Ebda. S. 91.

497 D. Hume, Über den ursprünglichen Vertrag, S. 311. In dieser Abhandlung kritisiert Hume die Vertragstheorien (v.a. diejenigen von Hobbes und Locke) als wirklichkeitsfremd: Herrschaft gründe sich in der Realität auf effektive Machtausübung und die Verfolgung eigener Interessen, nicht auf die Zustimmung der Herrschaftsunterworfenen. Hierzu ist zweierlei anzumerken: Zum einen wendet sich Hume vor allem gegen den nicht-fiktiven Gesellschaftsvertrag, also die Behauptung, Herrschaft beruhe auf einem tatsächlichen Vertragsschluß. Die Idee eines *fiktiven* Gesellschaftsvertrages als Legitimitätsbegründung ist nicht Gegenstand seiner Abhandlung. Fast scheint es, als ob Hume die Grundidee eines fiktiven Gesellschaftsvertrages durchaus akzeptiert, wenn er in derselben Abhandlung schreibt: „Etwas Erfahrung und Beobachtung genügen, um uns zu zeigen, daß die Gesellschaft ohne die Autorität von Magistraten unmöglich erhalten werden könnte und daß diese Autorität der Verachtung anheimfallen würde, sobald man ihr nicht mehr genau gehorchte. Die Beachtung dieser allgemeinen und offensichtlichen Interessen ist die Quelle aller Loyalität und jener moralischen Verpflichtung, die sich daraus ableitet“ (ebda. S. 317). Die „Loyalität“ zur Herrschaft beruht nach Hume also auf Vernunftabwägungen der Herrschaftsunterworfenen, die in Verfolgung eigener Interessen zu dem Schluß kommen, daß eine dauerhafte Herrschaft für sie selbst vorteilhaft und der herrschaftslose Zustand untragbar ist. Das sind aber gerade die wesentlichen Elemente des kontraktualistischen

gleiche und möglichst auch geheime Wahl oder Abstimmung kann als ausreichende Willensäußerung der Betroffenen angesehen werden.⁴⁹⁸ Daher genügt auch die Berufung auf ein „plébiscite de tous les jours“ im Sinne Ernest Renans (der damit freilich nur sagen wollte, was eine Nation ausmacht) als *alleiniger* Anknüpfungspunkt für den verfassungsgebenden Willen der Betroffenen in keinem Fall.⁴⁹⁹

Unerheblich für die *Mindestanforderungen* ist dagegen der Zeitpunkt dieser Willensäußerung im Verfassungsgebungsverfahren (zu Beginn, im laufenden Verfahren, am Ende oder – wie beim Grundgesetz – erst im Nachhinein). Unerheblich für diese Mindestanforderungen ist auch, ob die Willensäußerung sich auf bestimmte Verfassungsinhalte bezieht (so beim Referendum am Ende des Verfahrens) oder lediglich bestimmten Personen (einer verfassungsgebenden Versammlung) die Befugnis zur (Vor-) Entscheidung über die Verfassung überträgt.

III. Typen der Verfassungsgebungsverfahren

Die soeben dargestellten Mindestanforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren lassen eine Vielzahl verschiedener Verfahrensgestaltungen zu. Die Bandbreite der möglichen Verfassungsgebungsverfahren mit ihrem jeweils verschiedenen Grad an Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie soll im folgenden in einer kleinen „Typologie“ beleuchtet werden.⁵⁰⁰ Anknüpfungspunkt für die gewählte Einteilung ist zu-

Arguments. – Zum zweiten ist anzumerken, daß Hume nicht nur die Zustimmung durch Stillschweigen, sondern die Möglichkeit der Gründung von Herrschaft auf tatsächliche Zustimmung generell in Frage stellt. Diese generellen Zweifel sind aber offensichtlich zeitbedingt; Hume fehlte noch das Anschauungsmaterial einer modernen Demokratie mit effektiver Ausübung des Stimmrechts durch die Allgemeinheit.

498 So im Ergebnis auch U. Steiner mit seiner Forderung nach einer „institutionalisierten Willensfindung“, die er in ausdrücklicher Gegenposition zu Carl Schmitt erhebt (Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 65). Zur Begründung einer solchen Forderung ist es allerdings nicht erforderlich, die verfassungsgebende Gewalt als „vorkonstitutionelle Rechtsfigur“ (ebda. S. 33) zu begreifen, in der das „verfassungsgebende Staatsvolk“ „Organqualität“ hat (ebda. S. 47) und für die bestimmte demokratische Verfahrensregeln als „Maßstäbe juristischer Natur“ (ebda.) gelten. Die schwierige Frage, ob demokratische Verfahrensregeln im Rahmen der Verfassungsgebung Rechtsnormcharakter haben, muß überhaupt nicht beantwortet werden, wenn man auf die Anforderungen abstellt, die sich aus dem Prinzip der kollektiven Autonomie ergeben.

499 Das gegen J. Isensee, *Das Volk als Grund der Verfassung*, S. 81 f. Isensee lehnt es ausdrücklich – ähnlich wie Carl Schmitt – ab, verschiedene Verfassungsgebungsverfahren nach ihrer Qualität zu unterscheiden (S. 83 ff.) und sieht das tägliche Plebiszit nicht nur als Grund für die Wirksamkeit der Verfassung, sondern auch als Legitimitätsgrund (ebda. S. 80 f.) an – und zwar offenbar als den einzigen. Isensee stellt dabei selbst in Anlehnung an Carl Schmitts theologische Überhöhung der Sieyesschen Revolutionsrhetorik fest, das tägliche Plebiszit sei „souverän, unberechenbar, an keine Regeln gebunden, auch nicht an die selbstgesetzten, gleichermaßen fähig, die bestehende Ordnung anzunehmen wie zu verwerfen“ (ebda. S. 81 f.). Das ist ein Mythos – jedenfalls in höherem Maße als die Einbeziehung des historischen Entstehungsprozesses und des Willens des historischen Verfassungsgebers (die Isensee als „demokratischen Mythos“ bezeichnet: ebda. S. 68 ff.). Kritisch gegenüber dem plébiscite de tous les jours als Legitimitätsgrund der Verfassung auch K. Merkel, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, S. 124.

500 Eine andere Einteilung von Verfahrenstypen findet sich bei Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 84 ff.; vgl. dazu E.-W. Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenz begriff des Verfassungsrechts*, S. 20 ff.

nächst der Anteil repräsentativer bzw. plebiszitärer Verfahrenselemente. Das rechtfertigt sich daraus, daß, wie sich aus den vorangegangenen Erörterungen über die Mindestanforderungen an das Verfahren ergibt, jedenfalls eine ausreichende aktive Willensäußerung der Betroffenen erforderlich ist, und daß diese Willensäußerung in zwei Varianten möglich ist: als Entscheidung über Personen (z.B. die Zusammensetzung einer verfassungsgebenden Versammlung) und als Entscheidung über Sachfragen (z.B. bei einem Verfassungsreferendum). Die erste Variante wird im allgemeinen als Wahl, die zweite als (Volks-) Abstimmung oder Referendum bezeichnet. Aus dem Anteil dieser verschiedenen Willensäußerungen am Verfassungsgebungsverfahren ergibt sich eine (grobe) Einteilung nach rein repräsentativen, rein plebiszitären und gemischt repräsentativ-plebiszitären Verfahren. Einige Besonderheiten für das Verfassungsgebungsverfahren ergeben sich bei der Bildung eines Bundesstaates aus selbständigen Einzelstaaten; diese Besonderheiten werden im Anschluß an die drei genannten Typen in einem eigenen Abschnitt erörtert.

1. Repräsentative Verfassunggebung

a) Beschreibung

Bei einer rein repräsentativen Verfassunggebung beziehen sich die Willensäußerungen der Betroffenen ausschließlich auf die Auswahl von Personen, die letztlich über die Verfassung entscheiden sollen. In der Praxis der demokratischen Verfassunggebung handelt es sich dabei immer um eine Personenmehrheit, nicht um eine Einzelperson; nur so kann erreicht werden, daß unterschiedliche Strömungen von Interessen und Meinungen der Betroffenen in ausreichendem Maße Berücksichtigung finden. Die Aufgabe einer solchen verfassungsgebenden Versammlung besteht nicht nur in der abschließenden Entscheidung über die Verfassung, sondern liegt vor allem in der Ausarbeitung und Erörterung des Verfassungstextes. Im Idealfall stellt die verfassungsgebende Versammlung ein verkleinertes „Abbild“ der Bevölkerung dar, in dem zumindest die wichtigsten Meinungen und Interessen möglichst mit einem ähnlichen zahlenmäßigen Anteil wie in der Bevölkerung vertreten sind. Die Diskussion in diesem Gremium „simuliert“ dann idealerweise eine Diskussion über die Verfassung, wie sie vielleicht in der Bevölkerung stattfinden würde, wenn dies trotz der großen Zahl der Beteiligten technisch möglich wäre.

Aus praktischen Gründen kann meist nicht die gesamte verfassungsgebende Versammlung alle anstehenden Sachfragen erörtern, sondern muß Teile der Arbeit am Verfassungstext an Ausschüsse oder externe Experten delegieren. Die Versammlung als Ganzes kommt ihrer von den Wählern gestellten Aufgabe der Erörterung des Verfassungstextes dann dadurch nach, daß sie zumindest die Ergebnisse dieser Ausschüsse bzw. Experten im Plenum erörtert und darüber abstimmt.

b) Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie

Der Grad an Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie bestimmt sich nach dem Maß der Rückanbindung der von der verfassungsgebenden Versammlung letztlich beschlossenen Verfassung an den Willen der Betroffenen. Eine solche Rückanbindung wird zunächst dadurch hergestellt, daß die Entscheidung der Wähler bei den

Wahlen zur verfassungsgebenden Versammlung oft nicht nur im Hinblick auf persönliche Eigenschaften der gewählten Personen (wie z.B. Integrität und Vertrauenswürdigkeit), sondern gerade im Hinblick auf die von diesen Personen jeweils vertretenen Meinungen und Interessen fällt. Dies trifft vor allem dann zu, wenn die gewählten Personen bestimmten Parteien oder Gruppierungen angehören, und wenn ein *Verhältniswahlsystem* Anwendung findet. Ein *Mehrheitswahlsystem*, das stärker personenbezogen ist, verspricht für das Verfassungsgebungsverfahren dagegen im allgemeinen einen geringeren Grad an kollektiver Autonomie.⁵⁰¹

Unabhängig vom Wahlsystem sind außerdem verschiedene Vorkehrungen denkbar, um die Entscheidungen der gewählten Personen in der verfassungsgebenden Versammlung stärker an den Willen der Betroffenen zu binden: im Extremfall ein (kaum praktikables) Verfahren der Bindung des Abstimmungsverhaltens des einzelnen Abgeordneten an den (durch Beratung oder Abstimmung zu ermittelnden) Willen seiner jeweiligen Wähler – womit allerdings der Boden des rein repräsentativen Verfahrens verlassen wäre; in einer praktikableren Form die Veröffentlichung der Beratungen der verfassungsgebenden Versammlung, verbunden mit einer öffentlichen Diskussion dieser Beratungen, die von der verfassungsgebenden Versammlung wiederum zur Kenntnis genommen und berücksichtigt wird.

2. Plebiszitäre Verfassungsgebung

a) Beschreibung

In einem plebiszitären Verfassungsgebungsverfahren entscheiden die Betroffenen in einer oder mehreren Abstimmungen über einzelne Sachfragen bzw. den Inhalt der gesamten Verfassung. Die ursprüngliche Form dieses Verfahrens, die inhaltliche Ausarbeitung und Verabschiedung durch alle Betroffenen, die sich zu diesem Zweck eigens versammeln, wurde bei den ersten Kolonialstatuten von Connecticut und Rhode Island angewandt,⁵⁰² kann aber selbstverständlich nur in solchen kleinen Gemeinschaften funktionieren. In modernen Flächenstaaten wäre ein solches Verfahren nicht praktikabel; an der Ausarbeitung des Verfassungsentwurfs können nicht *alle* Betroffenen beteiligt werden. Eine Beteiligung aller an *Abstimmungen* ist dagegen ohne weiteres möglich. Voraussetzung ist dann aber, daß vor der Abstimmung eine Frage oder ein Verfassungsentwurf erarbeitet wird. Fällt diese Aufgabe einem durch Wahlen legitimierten Organ (z.B. einer Nationalversammlung) zu, so handelt es sich um ein gemischt repräsentativ-plebiszitäres Verfahren, wie es im nächsten Abschnitt behandelt wird. Bei dem jetzt zu

501 Hiermit soll nur eine Tendenz angedeutet werden; selbstverständlich kann die schwierige Frage des Wahlsystems hier nicht abschließend beantwortet werden. – Die Aussage des Textes bezieht sich wohlgerneht nur auf das Verfassungsgebungsverfahren. Bei Wahlen zu einem (gesetzgebenden) Parlament kann die Mehrheitswahl der Verhältniswahl im Hinblick auf die kollektive Autonomie überlegen sein; in diesem Fall geht es nämlich auch darum, daß die gewählten Personen *in noch nicht vorhersehbaren Problemlagen* (wie sie während einer mehrjährigen Wahlperiode entstehen können – anders als bei der Verfassungsgebung, die als „zu lösendes Problem“ schon bei der Wahl feststeht) so entscheiden, wie es dem Willen der Betroffenen entspricht – und das kann vielleicht mit einer auf Vertrauen und ständigem Kontakt zum Wähler beruhenden Personenwahl besser gelingen als mit einer programmbezogenen unpersönlichen Verhältniswahl.

502 Dazu K. v. Beyme, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, S. 37.

betrachtenden rein plebiszitären Verfahren werden die zur Abstimmung zu stellenden Sachfragen bzw. der Verfassungsentwurf von einer *nicht* durch Wahl hierzu legitimierten Person bzw. Personenmehrheit formuliert. Die inhaltlichen Arbeiten im Vorfeld der Abstimmung(en) werden hier z.B. von der Regierung (im Fall der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat), von Experten oder auch von einer Besatzungsmacht erledigt. Ein Beispiel für den zuletzt genannten Fall sind die – in ihrer demokratischen Qualität allerdings äußerst zweifelhaften –⁵⁰³ napoleonischen Verfassungsplebiszite; ein Beispiel für die maßgebliche Bestimmung eines Verfassungsentwurfs durch die Regierung ist das Verfahren zur Schaffung der Verfassung der V. Republik in Frankreich.⁵⁰⁴ Das Verfahren, das zur Entstehung des deutschen Grundgesetzes führte, läßt sich als Plebiszit über einen von Experten erarbeiteten Verfassungsentwurf verstehen: Der Konvent vom Herrenchiemsee und der Parlamentarische Rat waren nicht von Wählern zur Verfassungsgebung legitimiert, also keine Repräsentativorgane; sie sind mithin als Expertengremien einzuordnen. Und die Wahl zum ersten Deutschen Bundestag erscheint nicht nur als Wahl zu einem (gesetzgebenden) Repräsentativorgan, sondern unter dem Blickwinkel der Verfassungsgebung auch als Abstimmung über die Sachfrage der Gestaltung der neuen Verfassungsordnung – also ein Plebiszit über die von den genannten Gremien ausgearbeitete Verfassung.⁵⁰⁵

b) Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie

In einem rein plebiszitären Verfahren verlangt das Prinzip der kollektiven Autonomie, daß die Betroffenen zumindest den wesentlichen Inhalt der Verfassung in einer allgemeinen, freien, gleichen und möglichst auch geheimen Abstimmung oder in mehreren solchen Abstimmungen billigen. Findet eine solche Abstimmung am Ende des Verfassungsgebungsverfahrens statt und erhält dabei die endgültige Textfassung der Verfassung die Zustimmung einer ausreichenden Mehrheit der Betroffenen, so sind jedenfalls die Mindestanforderungen des Prinzips der kollektiven Autonomie erfüllt.

Problematisch am rein plebiszitären Verfahren ist allerdings der geringe oder fehlende Einfluß der Betroffenen auf die Ausarbeitung des Entwurfs. Ein solcher Einfluß fehlt gänzlich, wenn die einzige Beteiligung der Betroffenen in der Teilnahme an einer Abstimmung besteht, in der ein bestimmter Verfassungsentwurf entweder angenommen oder abgelehnt werden kann. Es ist dann möglich, daß ein anderer Verfassungsentwurf dem einzigen zur Abstimmung gestellten und angenommenen Entwurf vorgezogen worden wäre, wenn er als Alternative zur Abstimmung gestanden hätte. Würde dieser andere Entwurf Geltung erlangen, wäre also das Prinzip der kollektiven Autonomie in höherem Maße verwirklicht.

Schon an diesem Beispiel wird deutlich, daß sich der Grad der Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie in den rein plebiszitären Verfassungsgebungsverfahren

503 Vgl. E. G. Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, S. 16 f.

504 Zu diesen Beispielen K. v. Beyme, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 38.

505 Die Tatsache, daß das Grundgesetz *formal* natürlich schon vor der Wahl zum ersten Deutschen Bundestag in Kraft trat, hindert diese Betrachtungsweise nicht; daß der legitimierende Akt erst nach dem formalen Inkrafttreten erfolgt, gehört zu den manchmal vom Ideal abweichenden Realitäten der Verfassungsgebung.

ren durch entsprechende Ausgestaltung der Abstimmung(en) steigern läßt. So wird die Übereinstimmung der schließlich in Geltung gesetzten Verfassung mit dem Willen der Betroffenen dadurch gefördert, daß bei der abschließenden Abstimmung mehrere Verfassungsentwürfe bzw. Alternativen zu einzelnen Verfassungsbestimmungen zur Auswahl gestellt werden. Eine andere Möglichkeit ist die Durchführung von Abstimmungen über einzelne Sachfragen wie die Staatsform (z.B.: Republik oder Monarchie?) vor oder während der Ausarbeitung des Entwurfs. Solche Verfahrensvarianten entsprechen dem Prinzip der kollektiven Autonomie besser als die bloße Annahme eines einzigen Verfassungsentwurfs in einer einzigen, das Verfahren abschließenden Abstimmung.

Ein plebiszitäres Verfahren ist auch ohne eine abschließende Abstimmung denkbar; in einem solchen Verfahren werden zwar einzelne Sachfragen oder einzelne Verfassungsbestimmungen zur Abstimmung gestellt, nicht jedoch die gesamte Verfassung. Es ist zweifelhaft, ob ein solches Verfahren den Mindestanforderungen des Prinzips der kollektiven Autonomie genügt. Man wird zumindest verlangen müssen, daß Abstimmungen über alle wesentlichen Verfassungsinhalte stattfinden und daß sich die einzelnen Verfassungsinhalte, die jeweils die erforderliche Mehrheit erhalten, nicht widersprechen, sondern zu einer Verfassung „aus einem Guß“ zusammenfügen lassen.

3. Repräsentativ-plebiszitäre Verfassungsgebung

a) Beschreibung

Repräsentativ-plebiszitäre Verfahren stellen eine Kombination von Personenwahlen und Abstimmungen über Sachfragen dar. Das „klassische“ Verfahren dieser Art ist das Referendum über einen von einer gewählten verfassungsgebenden Versammlung beschlossenen Verfassungsentwurf. In diesem Fall bildet die Abstimmung über die Sachfrage (den endgültigen Inhalt der Verfassung) den Abschluß des Verfahrens.

Abstimmungen über Sachfragen können aber wie bei den rein plebiszitären Verfahren auch am Beginn oder während des Verfassungsgebungsverfahrens durchgeführt werden. So kann eine wichtige Vorfrage (z.B. die Staatsform) geklärt werden, noch bevor die Detailarbeiten am Verfassungstext beginnen⁵⁰⁶. Die verfassungsgebende Versammlung ist dann an das Ergebnis eines solchen Referendums gebunden.

b) Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie

Repräsentativ-plebiszitäre Verfahren genießen im allgemeinen das höchste demokratische Ansehen unter den verschiedenen Möglichkeiten der Verfassungsgebung⁵⁰⁷. Oft wird ein rein repräsentatives Verfahren als unvollkommen oder gar unzureichend empfunden – das abschließende Referendum erscheint vielen als „natürliche“ Form der Verfassungsgebung.⁵⁰⁸ Neben dem die Verhandlungen des Repräsentativorgans abschließen-

506 Ein solches Verfahren wurde in Frankreich und in Italien nach dem Zweiten Weltkrieg angewandt. Vgl. dazu K. v. Beyme, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 39 f.

507 So auch K. v. Beyme, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 38.

508 H. v. Wedel etwa meint, ein Verfassungsreferendum sei bei einer von einer Nationalversammlung beschlossenen Verfassung „durchaus ... angebracht“: Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 54. Die Bedeutung des plebiszitären Elements wird auch hervorgehoben von T. Maunz,

den oder begleitenden Referendum werden auch andere Formen der öffentlichen Teilhabe am repräsentativen Verfassungsgebungsverfahren, vor allem die (etwa durch anstehende Abstimmungen über einzelne Sachfragen angeregten) öffentlichen Diskussionen allgemein als vorteilhaft angesehen.⁵⁰⁹

Aus dem Blickwinkel des Prinzips der kollektiven Autonomie kommt dem gemischt repräsentativ-plebiszitären Verfahren das hohe Ansehen zu Recht zu (was allerdings nicht heißen soll, daß dieses Prinzip in jedem Fall nach einem Referendum verlangt). Gegenüber einem rein repräsentativen Verfahren hat die Hinzufügung plebiszitärer Elemente den Vorteil, daß die Entscheidungen der verfassungsgebenden Versammlung in bezug auf bestimmte Sachfragen oder den Verfassungsinhalt als Ganzes zusätzlich an den Willen der Betroffenen angebunden werden. Diese Anbindung besteht nicht nur in formalisierter Form bei den Referenden vor oder während der Beratungen der verfassungsgebenden Versammlung, sondern auch im Hinblick auf ein erst nach diesen Beratungen vorgesehenes abschließendes Referendum über die Verfassung. Denn schon das Wissen der Mitglieder der verfassungsgebenden Versammlung darum, daß das Ergebnis ihrer Arbeit einem Referendum unterliegen wird, bewirkt eine besondere Aufmerksamkeit hinsichtlich der in der Bevölkerung festzustellenden Meinungen und Interessen und deren Berücksichtigung bei den Beratungen. Auf diese Weise trägt ein Referendum über die Verfassung, auch wenn es erst nach Abschluß der Beratungen über den Verfassungstext stattfindet, zur besseren inhaltlichen Übereinstimmung der Verfassung mit dem Willen der Betroffenen bei.

IV. Die Entscheidung über das Verfahren

Im vorigen Kapitel wurde eine Reihe von Verfahrensvarianten vorgestellt, die zumindest die Mindestanforderungen erfüllen, um die daraus hervorgehende Verfassung als legitim ansehen zu können. In der Praxis der Verfassungsgebung erscheint es oft mehr oder weniger als historischer Zufall, daß ein bestimmtes Verfahren durchgeführt wird; die Frage, welches Verfahren das richtige ist, wird schon mangels Zeit und Möglichkeit zu einer solchen Erörterung kaum umfassend diskutiert. Dennoch findet in jedem Fall eine Entscheidung über das durchzuführende Verfahren statt; daher ist es sinnvoll, sich mit dieser Entscheidung und ihrer Legitimität zu beschäftigen.

Selbstverständlich gelten im Fall der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat die in der „alten“ Verfassung vorgesehenen Verfahrensregeln (z.B. für das Parlament und die Parlamentswahlen) nicht ohne weiteres für das Verfassungsgebungsverfahren; diese „alten“ Regeln können zwar bewußt übernommen werden, wenn sie sich als brauchbar erwiesen haben, aber ebenso können völlig neue Verfahrensregeln angewendet werden.

Die verfassungsgebende Gewalt im Grundgesetz, S. 645, U. Scheuner, Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt, S. 584, und W. Grewe, Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit des Art. 41 der Hessischen Verfassung, S. 16. K. Loewenstein meint, daß an der logisch-dogmatischen Berechtigung der „Identifizierung des *pouvoir constituant* mit einem Akte der direkten Gesetzgebung ... nicht zu zweifeln“ sei (Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, S. 30; diese These wird von Loewenstein näher auf S. 283 f. ausgeführt).

509 So z.B. H. v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 62 ff.

Die konkrete Verfahrensgestaltung muß also anläßlich jeder Verfassungsgebung neu festgelegt werden.

Solche Verfahrensfestlegungen haben natürlich auch Einfluß auf den Inhalt der späteren Verfassung; so führt ein rein repräsentatives Verfahren, in dem das verfassungsgebende Repräsentationsorgan aufgrund einer reinen Mehrheitswahl zusammengesetzt ist, zu einer stärkeren Gewichtung der politischen Hauptströmungen auf Kosten kleinerer Gruppierungen. In manchen Fällen ist es sogar kaum möglich, Entscheidungen über das Verfahren von Entscheidungen über den Inhalt der Verfassung zu trennen: So war im Falle des Grundgesetzes mit der Festlegung der maßgeblichen Beteiligung der Länderparlamente am Verfahren zur Verfassungsgebung schon die inhaltliche Entscheidung für die Errichtung eines Bundesstaates gefallen.

Der Entscheidung über das Verfassungsgebungsverfahren kommt also eine erhebliche Bedeutung zu;⁵¹⁰ schon diese Entscheidung sollte daher dem Prinzip der kollektiven Autonomie entsprechen, der Wille der Betroffenen sollte also schon bei der Wahl des Verfassungsgebungsverfahrens berücksichtigt werden. Die Erfüllung dieses Postulats scheint allerdings sehr schwierig zu sein; denn auch für diese zu Beginn der Verfassungsgebung zu treffende Entscheidung existiert noch kein verbindliches Verfahren, d.h. auch dieses Verfahren müßte zuerst festgelegt werden – dies scheint zu einem unendlichen Regreß zu führen.

Die Praxis der Verfassungsgebung sieht in der Festlegung des Verfahrens allerdings meistens kein Problem. Das Verfahren wird einfach von denjenigen bestimmt, die die Initiative zur Verfassungsgebung ergreifen. Diesen Initiatoren fehlt es meist an einer durch ein bestimmtes Verfahren, z.B. eine Wahl, vermittelten Legitimität; etwas anderes ist zumindest im Fall der Verfassungsneuschöpfung in den oft chaotischen Verhältnissen einer verfassungsrechtlichen „Stunde Null“ auch kaum zu erwarten.⁵¹¹ Manchmal wird das Verfassungsgebungsverfahren sogar von „fremden“ Kräften bestimmt: Die Initiative zur Schaffung des Grundgesetzes kam von den Alliierten, und diese legten auch wesentliche Teile des Verfassungsgebungsverfahrens fest – insbesondere die maßgebliche Beteiligung der Länder.⁵¹²

510 H.-P. Schneider spricht hier von einer „Vorverfassung“: HStR § 158 Rn. 25.

511 Dazu H. v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 38 ff.

512 Ursprünglich waren Wahlen zu einer Nationalversammlung vorgesehen, die in den einzelnen Ländern nach von den Länderparlamenten zu bestimmenden Wahlverfahren gewählt werden sollte; dabei sollte die Zahl der Abgeordneten aus den einzelnen Ländern deren Bevölkerungszahl entsprechen. Diese Vorgaben sind im „Dokument I“ enthalten, das den Ministerpräsidenten der westdeutschen Länder am 1. Juli 1948 von den Militärgouverneuren der amerikanischen, britischen und französischen Besatzungszone übergeben wurde (das „Dokument I“ ist abgedruckt in EA 1948, 1437; Bonner Kommentar Einl. S. 40 ff.). Es enthält auch die offen ausgesprochene inhaltliche Vorgabe, ein föderales Regierungssystem zu schaffen; die Wahl eines Verfahrens, in dem die schon existierenden Länder maßgebliches Gewicht haben, korrespondiert damit und war sicher kein Zufall. – Das schließlich durchgeführte Verfahren (Entsendung von Abgeordneten in den Parlamentarischen Rat durch die Länderparlamente) war ein Kompromiß; die Alliierten berücksichtigten insoweit den Wunsch der Ministerpräsidenten, das Grundgesetz und damit den neuen deutschen (West-) Staat auch nicht durch direkte Wahlen zu einer Nationalversammlung aufzuwerten. Dazu H. v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 182 f.

Eine derartige, scheinbar zufällige oder gar „fremdbestimmte“ Festlegung des Verfassungsgebungsverfahrens scheint im Widerspruch zum Prinzip der kollektiven Autonomie zu stehen. Die Praxis der Verfassungsgebung scheint sich an diesem Punkt der Theorie zu entziehen. Möglicherweise trifft das bis zu einem gewissen Grad auch zu: Die „Initialzündung“ einer Verfassungsgebung konzentriert sich meist auf relativ wenige beteiligte Personen, und im nachhinein läßt sich nicht mehr feststellen, welchen Inhalt die neue Verfassung hätte und in welchem Verfahren sie zustande gekommen wäre, wenn die Initiatoren sich anders verhalten hätten oder wenn andere Personen die Initiative zur Verfassungsgebung ergriffen hätten. Den Initiatoren (und auch anderen, in einem späteren Stadium des Verfassungsgebungsverfahrens beteiligten Einzelpersonen)⁵¹³ kommt ein nur schwer einzuschätzender Einfluß auf das Verfassungsgebungsverfahren und sein Ergebnis, die Verfassung, zu – zunächst ohne daß dies nachweisbar dem Willen der von der Verfassungsgebung Betroffenen entsprechen würde.

Unproblematisch für das Prinzip der kollektiven Autonomie ist dies dann, wenn die aktive Beteiligung der Betroffenen *am Ende* des Verfassungsgebungsverfahrens in Gestalt eines Referendums über den fertiggestellten Verfassungsentwurf stattfindet. Erhält dieser Entwurf die Zustimmung der Betroffenen, verringert sich die Bedeutung des Verfahrens, in dem er zustande kam.

Andere Verfahrensgestaltungen, bei denen die aktive Beteiligung der Betroffenen nicht den Abschluß darstellt, die Betroffenen also nicht über die fertige Verfassung entscheiden (sondern etwa „nur“ eine verfassungsgebende Versammlung wählen), entziehen sich allerdings einer solchen Lösung des Problems. Hier greift aber ein anderer Gedanke: Nach dem Prinzip der kollektiven Autonomie ist es nicht nötig, daß die Einflußnahme der Initiatoren durch die Festlegung des Verfassungsgebungsverfahrens *schon im Zeitpunkt dieser Festlegung* nachweisbar dem Willen der Betroffenen entspricht. Die Betroffenen bestätigen nämlich *durch ihre spätere Teilnahme* am Verfahren, daß sie mit diesem Verfahren einverstanden sind. Ein Verfahren, das nicht den Vorstellungen der Betroffenen entspricht, wird auf keine Resonanz stoßen. Voraussetzung für die Interpretation der Teilnahme am Verfahren als Einverständnis mit der Verfahrensgestaltung ist aber grundsätzlich die Freiwilligkeit dieser Teilnahme.

Ist die Teilnahme nicht freiwillig, sehen die Verfahrensregelungen also etwa eine Wahlpflicht vor, so müssen die Wähler zumindest die freie Möglichkeit zur Stimmenthaltung oder Ablehnung der Kandidaten haben, um auf diese Weise auch das Fehlen ihres Einverständnisses zum Verfassungsgebungsverfahren kundtun zu können. Das ist jedenfalls dann gewährleistet, wenn die oben formulierten Mindestanforderungen an das Verfassungsgebungsverfahren erfüllt sind. Werden diese Mindestanforderungen erfüllt, kann aus einer mit großer Beteiligung und mehrheitlicher Zustimmung erfolgten Wahl selbst dann auf das Einverständnis der Beteiligten mit dem Verfahren geschlossen werden, wenn sie zur Teilnahme an der Wahl verpflichtet sind.

Auf die Art und Weise der Festlegung des Verfassungsgebungsverfahrens kommt es also letztlich im Hinblick auf das Prinzip der kollektiven Autonomie weniger an, wenn die Betroffenen am Ende des Verfahrens ihre Zustimmung zum fertigen Verfassungstext kundtun oder, bei anderen Verfahrensgestaltungen, wenn das Verfahren die genann-

513 Ausführlich dazu K. v. Beyme, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 14 ff.

ten Mindestvoraussetzungen erfüllt und eine genügend große Beteiligung und Zustimmung festzustellen ist.

V. Besonderheiten bei der Bildung eines Bundesstaates durch Zusammenschluß von Einzelstaaten

Die oben dargestellten Verfahrensgestaltungen mit ihren unterschiedlichen Anteilen an repräsentativen und plebiszitären Elementen sind auch im Falle der Bildung eines neuen Staates durch Zusammenschluß von bisher selbständigen Einzelstaaten anwendbar. Eine solche Staatsbildung zeichnet sich dadurch aus, daß die bisherigen Einzelstaaten ihre Souveränität zugunsten des neuen Staates aufgeben; dieser hat danach die alleinige Souveränität bzw. Kompetenzhoheit.⁵¹⁴ Im Regelfall wird der neue Staat ein Bundesstaat mit den bisherigen Einzelstaaten als Gliedstaaten sein. Verfassunggebung findet hier in zweifacher Weise statt: Zum einen wird die gesamtstaatliche Verfassung neugeschaffen, zum anderen ersetzen die ehemaligen Einzelstaaten – sofern sie ihre Identität zumindest als Gliedstaaten beibehalten – ihre bisherigen Verfassungen durch solche, die sie sich in ihrer neuen Eigenschaft als Gliedstaaten geben.⁵¹⁵

Weil mit der Bildung des Bundesstaates die bisherigen Verfassungen in den Einzelstaaten durch andere Verfassungen ersetzt werden, sind die verfahrensmäßigen Besonderheiten der *Verfassunggebung im Verfassungsstaat* zu berücksichtigen. Außerdem stellt sich die Frage, ob die Willensbildung in bezug auf die neue Verfassungsordnung auf einzelstaatlicher oder auf gesamtstaatlicher Ebene zu erfolgen hat. Diese beiden Problembereiche sollen im folgenden näher erörtert werden.

1. Ein Fall der Verfassunggebung im Verfassungsstaat

Wenn bei der Bildung des Bundesstaates die Verfassungen der bisherigen Einzelstaaten durch gliedstaatliche Verfassungen ersetzt werden, handelt es sich jeweils um eine Verfassunggebung im Verfassungsstaat in dem oben entwickelten Sinne. Das gilt selbst dann, wenn die neuen gliedstaatlichen Verfassungen weitgehend die gleichen Regelungen enthalten wie die jeweiligen Verfassungen der bisherigen Einzelstaaten, wenn also am Text der bisherigen einzelstaatlichen Verfassungen bei ihrer Umwandlung in gliedstaatliche Verfassungen nur geringfügige Änderungen vorgenommen werden. Denn nach dem Zusammenschluß zu einem Bundesstaat wird in den Gliedstaaten nicht nur durch deren Organe, sondern auch durch Organe des Bundes Hoheitsgewalt ausgeübt; die Ausübung von Hoheitsgewalt wird daher nicht mehr allein durch die bisherigen einzelstaatlichen Verfassungen geregelt und beschränkt, sondern auch durch die Bundesverfassung, in der gegenüber der bisherigen einzelstaatlichen Regelung völlig neue Organe und Verfahrensweisen vorgesehen sind. Die bisherigen einzelstaatlichen Verfas-

514 Dies entspricht der heute herrschenden Auffassung über die Qualität des Bundesstaates: Er besteht aus dem souveränen Bund und den nicht-souveränen Gliedstaaten; das Verhältnis zwischen beiden bestimmt sich im wesentlichen aus den bundesrechtlichen Kompetenzregelungen; beide, Bund und Gliedstaaten, haben Staatsqualität. Vgl. dazu O. Kimminich, HStR § 26 Rn. 21.

515 Der Fall, daß der neue Staat ein Zentralstaat ist, ist zum einen unwahrscheinlich, zum anderen lassen sich die Überlegungen zum Bundesstaat ohne Schwierigkeiten auf diesen Fall übertragen. Daher beziehen sich die folgenden Erörterungen auf die Bildung eines Bundesstaates.

sungen werden also durch gliedstaatliche Verfassungen und die Bundesverfassung ersetzt. Faßt man die Möglichkeiten der Ausübung von Hoheitsgewalt in den neuen Gliedstaaten durch Organe des Bundes und des jeweiligen Gliedstaates zusammen und betrachtet deren verfassungsrechtliche Normierung, so kann man auch von einem Gefüge von Gliedstaats- und Gesamtstaatsverfassung sprechen, also von einem „Verfassungsverbund“⁵¹⁶.

In jedem Fall bedeutet der Zusammenschluß zu einem Bundesstaat die Ersetzung der einzelstaatlichen Verfassungsordnungen durch eine neue, bundesstaatliche Verfassungsordnung, also eine Verfassungsgebung im Verfassungsstaat.⁵¹⁷ Unter dem Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität sind also hier die oben erörterten besonderen Anforderungen an das Verfahren zu berücksichtigen. Vor allem muß durch das Verfahren sichergestellt werden, daß die Prinzipien der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit in besonderem Maße verwirklicht werden, weil ja, wie oben gezeigt, die Verfassungsgebung im Verfassungsstaat die freiheitssichernde Funktion der (bisherigen) Verfassungen gefährdet, was mit einem erhöhten Maß an Verwirklichung der anderen Legitimitätsprinzipien aufgewogen werden muß.

2. Einzelstaatliche oder gesamtstaatliche Willensbildung?

Bei dem Verfassungsgebungsverfahren im Zusammenhang mit dem Zusammenschluß zu einem Bundesstaat stellt sich eine weitere Frage: Kommt es bei der Willensbildung in bezug auf den Inhalt der Verfassung des neuen Staates (nicht in bezug auf den Zusammenschluß als solchen – der erfordert gewiß die Zustimmung aller bislang souveränen Einzelstaaten) nur auf den Willen aller Angehörigen dieses neuen Staates an (gesamtstaatliche Willensbildung) oder muß auch der Wille der Bürger in den jeweiligen bisherigen Einzelstaaten berücksichtigt werden (einzelstaatliche Willensbildung)?

Wird lediglich eine gesamtstaatliche Willensbildung für erforderlich gehalten, so ergeben sich insoweit für die Bildung des neuen Staates aus Einzelstaaten keine Besonderheiten gegenüber anderen Verfassungsgebungsverfahren; die auf die neue Verfassung gerichtete Willensbildung erfolgt durch gesamtstaatliche Repräsentativorgane bzw. ge-

516 Diesen Begriff hat I. Pernice in anderem Zusammenhang eingeführt, nämlich zur Beschreibung der Beziehungen zwischen den Verfassungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der „Verfassung“ der Union, dem Primärrecht (vgl. nur I. Pernice, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, S. 261 ff.; ders., Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, insb. S. 29 ff.; ders., Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 214 f.). Mit diesem Begriff können aber auch die Verhältnisse im Bundesstaat beschrieben werden; vgl. dazu R. Steinberg, Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrecht, S. 360 f.

517 Es ist zwar auch denkbar, daß die Umwandlung der einzelstaatlichen Verfassungen zu einem bundesstaatlichen Verfassungsgefüge formal im Wege der Verfassungsänderung vorgenommen wird; dazu müßte in den Verfassungen der Einzelstaaten der Zusammenschluß zu einem Bundesstaat bereits vorgesehen sein, so daß die Legitimation für diesen Vorgang aus den bisherigen Verfassungen abgeleitet werden kann. Wenn jedoch in den bisherigen einzelstaatlichen Verfassungen nicht auch schon wesentliche Details der Verfassungsstruktur des künftigen Bundesstaates festgelegt sind, dürfte der Übergang zur bundesstaatlichen Verfassungsordnung die inhaltlichen Grenzen der Verfassungsänderung überschreiten, also den änderungsfesten Verfassungskern der bisherigen Verfassungen verletzen, so daß zumindest inhaltlich eine Verfassungsgebung vorliegt.

samtstaatliche Plebiszite. Wird dagegen die einzelstaatliche Willensbildung für erforderlich gehalten, muß das Verfahren anders gestaltet sein; es muß die Zustimmung der Einzelstaaten garantieren.

Für eine solche Verfahrensgestaltung sind verschiedene Varianten denkbar. So kann etwa ein gesamtstaatliches Repräsentativorgan einen Verfassungsentwurf ausarbeiten, der in einem Plebiszit zur Abstimmung gestellt wird und nur dann in Kraft tritt, wenn entsprechende Abstimmungsmehrheiten in *allen* beteiligten Einzelstaaten vorliegen bzw. nur in *den* Einzelstaaten in Kraft tritt, in denen sich eine Mehrheit ergibt; natürlich können auch zeitlich getrennte Plebiszite in den Einzelstaaten durchgeführt oder dort besondere Repräsentativorgane gewählt werden, die über die Verfassung entscheiden. Dieser letztere Weg wurde bei der Schaffung der Bundesverfassung der USA beschritten.⁵¹⁸ Eine andere Variante mit repräsentativem Charakter wäre die Beschickung einer verfassungsgebenden Versammlung mit Vertretern aus allen Einzelstaaten und die Festlegung eines Abstimmungsmodus in dieser Versammlung, nach dem zumindest die abschließende Abstimmung über die Verfassung als Ganzes bzw. über die einzelnen Verfassungsbestimmungen die Zustimmung der Vertreter aller Einzelstaaten erfordert. Eine weitere Variante ist die formale Einkleidung der Verfassungsgebung in einen *völkerrechtlichen Vertrag* der beteiligten Einzelstaaten; man kann hier von einem „Verfassungsvertrag“ sprechen.⁵¹⁹ Da ein solcher Vertrag übereinstimmende Willenserklärungen *aller* Einzelstaaten voraussetzt, kommt er nur zustande, wenn in allen Einzelstaaten eine entsprechende Willensbildung erfolgt.

Es ist also nun die Frage zu erörtern, ob es bei der Bildung eines neuen Staates aus bisher selbständigen Einzelstaaten für die inhaltliche Verfassungsgebung auf die Zustimmung aller Einzelstaaten und damit auf eine Willensbildung in den jeweiligen Einzelstaaten ankommt oder ob dabei eine Willensbildung auf der Ebene des (künftigen) Gesamtstaates genügt.⁵²⁰ Dazu soll das Problem aus verschiedenen Perspektiven betrachtet werden.

a) Verwirklichung des Prinzips der kollektiven Autonomie

Der erste Anschein spricht dafür, zur Beurteilung der Notwendigkeit einzelstaatlicher Willensbildung auf das Prinzip der kollektiven Autonomie zurückzugreifen: Das Inkraftsetzen einer gesamtstaatlichen Verfassung gegen den Willen der Bürger eines beteiligten Einzelstaates scheint gegen das Prinzip der kollektiven Autonomie zu verstoßen – die einzelstaatliche Willensbildung scheint schon aus diesem Grunde notwendig zu sein.

518 Die Bundesverfassung wurde durch den Continental Congress ausgearbeitet und durch Ratifying Conventions in den Einzelstaaten ratifiziert; vgl. oben B.I.6.

519 So auch die Terminologie im europarechtlichen Schrifttum, wenn von der Entstehung bzw. Änderung einer Europäischen Verfassung durch völkerrechtlichen Vertrag der EU-Mitgliedstaaten die Rede ist. Vgl. dazu J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, S. 1684.

520 Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß die einzelstaatliche Willensbildung die gesamtstaatliche einschließt, nicht aber umgekehrt. Denn wenn in allen Einzelstaaten jeweils eine Mehrheit der Bürger der neuen Verfassung zustimmt, so ergibt dies natürlich auch die Mehrheit im Gesamtstaat; eine Mehrheit im Gesamtstaat bedeutet aber nicht notwendig eine Mehrheit in allen Einzelstaaten.

Doch ganz so einfach ist die Sache nicht. Denn schon in dem (auf irgendeine Weise zustande gekommenen und artikulierten) Beschluß des Einzelstaates, an dem Zusammenschluß zu einem Bundesstaat und an der gemeinsamen Verfassungsgebung teilzunehmen, wird ja der Wille dieses Einzelstaates bzw. seiner Bürger deutlich, die bisherige einzelstaatliche Verfassung aufzugeben und eine neue (Bundes-) Verfassung anzunehmen, deren Inhalt in einem gesamtstaatlichen Verfahren festzulegen ist. Der Einzelstaat hätte sich in bezug auf die Verfassungsgebung der gesamtstaatlichen Willensbildung in einem freien Willensentschluß unterworfen. Das verstößt nicht notwendig gegen das Prinzip der kollektiven Autonomie.

Es ist sogar umgekehrt möglich, daß das Prinzip der kollektiven Autonomie *gegen* eine einzelstaatliche Willensbildung spricht. Denn wenn etwa einer der sich zusammenschließenden Einzelstaaten so klein ist, daß seine Bürger zahlenmäßig im Vergleich zu den Bürgern der anderen Einzelstaaten kaum ins Gewicht fallen, und wenn nur die Bürger dieses einen Staates gegen die Verfassung des Gesamtstaates sind, so wäre es eine Mißachtung des (auf die Ebene des Gesamtstaates bezogenen) Prinzips der kollektiven Autonomie, daran eine Verfassung scheitern zu lassen, die von den Bürgern der übrigen Einzelstaaten eindeutig und in starkem Maße gewollt wird.

Für die Notwendigkeit einzelstaatlicher Willensbildung müssen also noch andere Gründe sprechen.

b) Anknüpfung an das Volk als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt?

Viele Autoren knüpfen bei der Behandlung der Frage, auf welcher Ebene (Einzel- und/oder Gesamtstaat) die verfassungsgebende Willensbildung bei der Bildung eines Gesamtstaates aus Einzelstaaten erfolgen soll, an den Begriff der Volkes bzw. der Nation an.⁵²¹ Sie argumentieren etwa in folgender Weise: Die verfassungsgebende Gewalt ist einem bestimmten Subjekt eindeutig zugeordnet, nämlich dem Volk bzw. der Nation. Bei der Entstehung eines Bundesstaates aus bisher selbständigen Einzelstaaten kommt es daher für das Verfahren darauf an, wo das Volk zu diesem Zeitpunkt verortet wird. Kann man schon von einem Volk auf der Ebene des Gesamtstaates sprechen, so stellt dieses das Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt dar. Ist dagegen die Verschmelzung zu einem Gesamtvolk noch nicht gelungen, so liegt die verfassungsgebende Gewalt bei den noch existierenden Völkern der Einzelstaaten, auf deren Willen es somit ankommt.

Diese Anknüpfung an Begriffe wie „Volk“, „Nation“, „Gesamtvolk“ wirft eine Reihe von Fragen auf: Wodurch bestimmt sich ein „Volk“, an welchen Kriterien kann man erkennen, ob schon ein „Gesamtvolk“ vorliegt? Wie findet der Übergang von Einzelvölkern zu einem Gesamtvolk statt? Im Mittelpunkt steht hier der problematische Begriff des Volkes bzw. der Nation. Damit ist offenbar mehr gemeint als nur eine Bezeichnung für alle Personen, die an einer Verfassungsgebung beteiligt sind. Vielmehr geht es um eine vorgegebene Einheit, ein einheitliches verfassungsgebendes Subjekt. Das ist die subjektorientierte Sichtweise der verfassungsgebenden Gewalt. Da es Ziel dieser Arbeit ist, eine prinzipienorientierte Theorie der Verfassungsgebung zu entwickeln, die sich von

521 So etwa C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 62 f., 389; U. Steiner, *Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, S. 151 ff.; H. v. Wedel, *Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung*, S. 54 ff.; H. J. Bohl, *Verfassungsgebung im Bundesstaat*, S. 153 ff.

der subjektorientierten Sichtweise löst, soll dieser Ansatz, die Anknüpfung an die Begriffe „Volk“ bzw. „Nation“, hier nicht weiter verfolgt werden. Dennoch ist später auf diese problematischen Begriffe zurückzukommen, nämlich in der Auseinandersetzung mit ihrer argumentativen Verwendung bei der Diskussion über eine Europäische Verfassung.⁵²²

Statt dessen soll versucht werden, die Frage nach einzel- oder gesamtstaatlicher Willensbildung durch eine Betrachtung der personellen Legitimitätsgrundlage zu beantworten.

c) Wechsel der personellen Legitimitätsgrundlage

Eine Antwort ergibt sich aus der Berücksichtigung der Tatsache, daß das Postulat der Verfassungslegitimität und damit das Prinzipienmodell nicht nur für den Gesamtstaat, sondern zunächst ja auch für die Einzel- bzw. späteren Gliedstaaten Geltung beansprucht. Käme es auf den einzelstaatlichen Willen nach dem Entschluß, sich zu einem Bundesstaat zusammenzuschließen und an der gesamtstaatlichen Verfassunggebung zu beteiligen, nicht mehr an, dann könnte eine einzelstaatliche Verfassung allein aufgrund dieses inhaltlich noch unspezifischen Entschlusses der Bürger des jeweiligen Einzelstaates beseitigt und durch eine neue Verfassungsordnung ersetzt werden, die zwar die Zustimmung der Mehrheit im Gesamtstaat, aber nicht im betreffenden Einzelstaat findet.

Aus der Sicht des Einzel- bzw. späteren Gliedstaates sind die Anforderungen des Prinzipienmodells dann nicht erfüllt. Denn das besonders hohe Maß an Verwirklichung der kollektiven Autonomie, das für eine Verfassunggebung im Verfassungsstaat erforderlich ist, kann für den Einzelstaat auf diese Weise nicht erreicht werden.

Hiergegen könnte eingewendet werden, daß sich ja mit dem Übergang zum Bundesstaat der personelle Bezugspunkt der Verfassungslegitimität geändert habe: Kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit als diejenigen verfassungslegitimierenden Prinzipien, die vom Willen bzw. den Einstellungen von Personen abhängen, beziehen sich nun auf alle Bürger des Gesamtstaates in ihrer Gesamtheit, nicht mehr auf den Willen oder die Einstellungen der Bürger der jeweiligen Einzelstaaten als solche; diese könnten nun durch die übrigen Bürger überstimmt werden. Durch die Bildung des Gesamtstaates ändere sich die Art und Weise, wie die Verfassungslegitimität begründet wird, also die Legitimitätsgrundlage. Auf die Willensbildung in den Einzelstaaten komme es daher überhaupt nicht mehr an.

Begnügt man sich mit der Feststellung, daß sich aufgrund faktischer Veränderungen die Legitimitätsgrundlage eben geändert habe, so erscheint die gesamtstaatliche Willensbildung in der Tat als ausreichend. Dies bedeutet jedoch auch, daß die alte Legitimitätsgrundlage nun völlig außer acht gelassen wird. Eine solche Ignorierung der bisherigen Legitimitätsgrundlage, die immerhin bisher allgemein anerkannt war, bedarf aber einer ausreichenden Begründung. Die Behauptung, die Identität des „Volkes“ oder der „Nation“ habe sich geändert, ist dabei eine zumindest bezweifelbare Begründung.

522 Vgl. unten im Zweiten Teil B.III.

Eine ausreichende Begründung für die Aufgabe der alten Legitimitätsgrundlage liefert dagegen die Willensbildung auf einzelstaatlicher Ebene. Denn indem die Verfassung des Gesamtstaates von der Zustimmung in den Einzelstaaten abhängig gemacht wird, wird die Verfassungsgebung (auch) auf die alte personelle Legitimitätsgrundlage gestellt. Diese wird dadurch als zunächst weiterhin gültig anerkannt und legitimiert den Übergang zur neuen, gesamtstaatlichen Legitimitätsgrundlage – und damit auch den Verzicht auf künftige Beachtung ihrer selbst. Es handelt sich also um eine Selbstaufhebung der einzelstaatlichen personellen Legitimitätsgrundlage.

Die einzelstaatliche Willensbildung verhindert damit den Widerspruch zur alten Legitimitätsgrundlage, der die Legitimität auch der neuen, gesamtstaatlichen Verfassung als zweifelhaft erscheinen lassen könnte. Mit Blick auf die legitimierende Funktion der Theorie der Verfassungsgebung sollte also bei der Verfassungsgebung für den neugebildeten Gesamtstaat die Willensbildung zumindest auch auf der Ebene der bisherigen Einzelstaaten erfolgen. Die Bürger jedes Einzelstaates müssen der neuen Bundesverfassung inhaltlich zustimmen; nur dann ist gewährleistet, daß in jedem Einzelstaat ein entsprechend deutlicher Wille zur Ersetzung der jeweiligen Verfassung durch die bundesstaatliche Verfassungsordnung mit ihrem bestimmten Inhalt vorhanden ist.⁵²³

Dieses Desiderat der einzelstaatlichen Willensbildung schließt aber nicht aus, daß zusätzlich eine Willensbildung auf gesamtstaatlicher Ebene stattfindet. Eine solche Kombination beider Verfahren ist sogar wünschenswert, weil dadurch die schon angesprochenen Nachteile für die kollektive Autonomie ausgeglichen werden, die durch die einzelstaatliche Willensbildung und das damit verbundene (u.U. eine bessere Verfassung verhindernde) „Vetorecht“ der Einzelstaaten entstehen können.

Denkbar sind verschiedene Kombinationsverfahren. So kann etwa zunächst eine Einigung auf den Zusammenschluß zu einem Bundesstaat überhaupt und auf die wesentlichen Verfassungsgrundsätze der Bundesverfassung mit einzelstaatlicher Willensbildung stattfinden; in einem zweiten Schritt könnten die Details der Bundesverfassung in einem Verfahren der gesamtstaatlichen Willensbildung ausgearbeitet werden.

Das bei der Schaffung der Bundesverfassung der USA angewendete Kombinationsverfahren geht den umgekehrten Weg: Zunächst wird durch ein Organ auf der gesamtstaatlichen Ebene, z.B. eine von Abgeordneten der Einzelstaaten beschickte verfassungsgebende Versammlung, die Bundesverfassung ausgearbeitet; dann findet eine Willensbildung über diesen Entwurf in allen Einzelstaaten statt, z.B. durch Volksabstimmungen oder Entscheidungen von Repräsentativorganen.

523 Anders dagegen wohl H. v. Wedel, der meint, die Einzelstaaten müßten lediglich ihre Eigenstaatlichkeit aufgeben, also offenbar nicht inhaltlich über die neue Verfassung entscheiden. Daher seien „die Bewohner der Einzelstaaten zur Abstimmung über die Aufgabe der Eigenstaatlichkeit berufen ..., das Gesamtvolk zu (sic) Annahme der Gesamtverfassung“ (Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, S. 56).

Zweiter Teil: Legitimation supranationaler Hoheitsgewalt durch Verfassunggebung

Im Ersten Teil dieser Arbeit wurde ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität entwickelt; dieses Modell erwies sich als besonders geeignet, die Frage nach der Legitimität einer Verfassung oder Verfassunggebung auch für solche Fälle zu beantworten, die vom „klassischen“ Fall der Verfassungsneuschöpfung abweichen, also etwa für die Verfassunggebung in einem existierenden Verfassungsstaat oder für die Verfassungslegitimität im Gliedstaat eines Bundesstaates.

Im Zweiten Teil soll nun dieses Modell auf den „Fall“ der europäischen Integration angewendet werden. Dabei stellt sich zunächst die Frage, welcher Normenkomplex überhaupt als „Europäische Verfassung“ angesehen werden kann, deren Legitimität untersucht werden soll (A.). Hierfür kommt nämlich nicht nur die Verfassung eines zwar noch nicht existenten, aber möglichen künftigen Europäischen Bundesstaates in Betracht, sondern möglicherweise auch das schon existierende bzw. im Entwurf befindliche Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union.

Danach sollen drei immer wieder erhobene generelle Einwände gegen die Anwendung der Theorie der Verfassunggebung auf diese Normenkomplexe erörtert und entkräftet werden (B.): der Einwand, die völkerrechtlichen Verträge, auf denen diese Normen beruhen, seien kein Akt der Verfassunggebung, sowie der Einwand der fehlenden Souveränität der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Union und der Einwand des fehlenden europäischen Volkes bzw. der mangelnden Homogenität in Europa. Zur weiteren Entkräftung dieser Einwände soll auch auf Parallelen zur Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates hingewiesen werden.

Nachdem sich diese Einwände als nicht stichhaltig erwiesen haben werden, soll die Theorie der Verfassunggebung auf das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Union (C.) und auf die mögliche Schaffung eines künftigen Europäischen Bundesstaates (D.) angewandt werden.

Schließlich (E.) sollen zwei Umstände in die Überlegungen einbezogen werden, die miteinander verknüpft sind: zum einen der Umstand, daß die europäische Integration ein fortschreitender Prozeß ist und (bisher zumindest) nur in kleinen Schritten vorangeht und zum anderen der Umstand, daß das Grundgesetz diesen Prozeß zu regulieren versucht und ihm möglicherweise auch Grenzen setzt.

A. Zum Begriff der Europäischen Verfassung

Bevor untersucht wird, welche Normenkomplexe als Europäische Verfassung (d.h. als Verfassung auf europäischer Ebene) in Betracht kommen, ist der Begriff der Verfassung zu klären.

I. Der Begriff der Verfassung

1. Beschränkung auf einen normativen Verfassungsbegriff

Der Begriff „Verfassung“ bzw. „Konstitution“ hat ein sehr breites und buntes und sich dabei in der Begriffsgeschichte veränderndes Bedeutungsspektrum.⁵²⁴ Die Schriftlichkeit kann als notwendiges Merkmal von Verfassungen angesehen werden oder nicht; unter Verfassung läßt sich eine Einzelnorm verstehen (im Sinne der Fundamentalnorm) oder die Gesamtheit der höchsten Normen. Verfassung muß nicht einmal als Norm verstanden werden: Als Verfassung eines Gemeinwesens kann auch in einem deskriptiven Sinne der Zustand dieses Gemeinwesens bezeichnet werden, wie man ihn etwa durch die Angabe der Regierungsform beschreiben kann; insoweit klingen Parallelen zum medizinischen Begriff der „Verfassung“ eines Menschen an.⁵²⁵ In dieser deskriptiven Weise sprach Aristoteles⁵²⁶ von der Verfassung eines Gemeinwesens, und auch die als „Geisteswissenschaft“ verstandene Verfassungslehre R. Smends⁵²⁷ hat einen deskriptiven Charakter, ebenso wie Hegels Betrachtung der Verfassung als „entwickelte und verwirklichte Vernünftigkeit“⁵²⁸. Je nach Erkenntnisinteresse und Theorieumfeld kann Verfassung auch als Schnittstelle zwischen den Systemen „Recht“ und „Politik“ (Systemtheorie)⁵²⁹, als „rechtlich-institutionelle Regelungen, die sich als Restriktionen für das Handeln ökonomischer und politischer Entscheidungsträger darstellen“ (Konstitutionen-Ökonomik)⁵³⁰ oder als höchste Norm in einer Normenhierarchie betrachtet werden, deren Geltung allein auf einer fiktiven „Grundnorm“ beruht (Reine Rechtslehre)⁵³¹. Selbstverständlich ist es auch zulässig, weitere, nicht an ein bestimmtes Theorieumfeld anknüpfende Verfassungsbegriffe zu bilden.⁵³²

524 Vgl. dazu und zum folgenden H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 1 ff.; S. auch K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 1 ff.

525 Dazu H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 1 f., 25 ff.

526 Vgl. vor allem Aristoteles, Politik, 1279b ff., 1289a ff.

527 R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 119 f.

528 G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 265; zu Hegels Begriff der (politischen) Verfassung vgl. auch ebda. § 273 (weil die Verfassung etwas an und für sich Seiendes sei, könne sie nicht „gemacht“ werden – das richtet sich gegen die Theorie der Verfassungsgebung) und § 274. Daß Hegels Verfassungsbegriff dezidiert nicht-normativ ist, erkennt man etwa an seiner Gewaltenteilungslehre (ebda. § 272): Die Gewaltenteilung als Notwendigkeit der gegenseitigen Beschränkung der Gewalten aufzufassen, sei falsch und „die Ansicht des Pöbels“.

529 N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 470 ff.

530 C. Kirchner / A. Schwartze, Legitimationsprobleme in einer Europäischen Verfassung, S. 185.

531 So H. Kelsen für seinen Begriff der „Verfassung im positivrechtlichen Sinne“: Allgemeine Staatslehre, S. 248 ff.; Reine Rechtslehre, S. 228 ff.

532 Vgl. etwa den Verfassungsbegriff R. Steinbergs, der die „von einer Verfassung typischerweise wachzunehmenden Funktionen“ zugrundelegt und „fünf Stufen der Verfassung“ unterscheidet (Sicherheit, Rechtsstaat, Demokratieprinzip, Sozialstaatsprinzip, Ökologiegrundsatz): Grundgesetz und Europäische Verfassung, S. 366 ff. Steinberg kommt zu dem Ergebnis, daß die „europäischen Verträge“ eine Verfassung in diesem Sinne bilden. Ähnlich untersucht P. M. Huber zur Beantwortung der Frage, inwieweit das Primärrecht der EU bzw. EG eine Verfassung darstellt, die „Erfüllung der Verfassungsfunktionen“, nämlich der Ordnungsfunktion, Bestandssicherungsfunktion, Schutzfunktion,

Der Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit, die Vermittlung von Legitimität durch Verfassungsgebung, rechtfertigt es, diese Begriffsvielfalt für die Zwecke dieser Arbeit zu reduzieren. Denn in der Theorie der Verfassungsgebung hat eine Verfassung bestimmte Funktionen zu erfüllen und bedarf dazu bestimmter Eigenschaften. Im folgenden soll also ein Verfassungsbegriff verwendet werden, der den Anforderungen der Theorie der Verfassungsgebung genügt. (Damit soll natürlich nicht behauptet werden, dies sei der einzig mögliche oder der beste Verfassungsbegriff schlechthin.)

Der *deskriptive Verfassungsbegriff* mag für die europäische Ebene ohne weiteres anwendbar und auch nützlich sein; so haben etwa die europäische Integration und die Integration in Smends Verfassungslehre nicht nur die Bezeichnung gemeinsam, sondern benennen durchaus ähnliche Vorgänge, und die Beschäftigung mit Smends Werk kann auch bei der Lösung europäischer Probleme hilfreich sein.⁵³³ Das ist aber nicht das Thema dieser Arbeit. In der vorliegenden Untersuchung soll und kann der deskriptive Verfassungsbegriff außer Betracht bleiben, denn die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung, die hier im Zentrum des Interesses steht, versteht die Verfassung gerade als höchste *Norm* und rechtliche Grundordnung, die die Ausübung von Hoheitsgewalt regelt. Der Verfassungsbegriff dieser Theorie ist ein normativer. Die Untersuchung beschränkt sich daher auf den *normativen Verfassungsbegriff*.⁵³⁴

Charakteristisch für die Theorie der Verfassungsgebung ist auch das Verständnis von Verfassung als einheitlicher Normenkomplex, als schriftlich fixierte, umfassende rechtliche Grundordnung. Die amerikanischen Verfassungen ab 1776 und die französische Verfassung von 1791 sind Prototypen dieses Verfassungsbegriffs.⁵³⁵ Die folgenden Betrachtungen werden sich an diesem Typus von Verfassungen orientieren.⁵³⁶

Ein Merkmal des Verfassungsbegriffs der Theorie der Verfassungsgebung wird schon jetzt deutlich: Die Funktion der Verfassung besteht in erster Linie in der Organisation, Regulierung und Beschränkung der Ausübung von Hoheitsgewalt. Ob es sich dabei um *staatliche* Hoheitsgewalt handelt, ist nicht von entscheidender Bedeutung.⁵³⁷ Die Mög-

programmatischen Funktion, Legitimationsfunktion und Integrationsfunktion (Europäisches und nationales Verfassungsrecht, S. 199 ff.).

533 Vgl. I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, S. 113 ff.; T. Schilling, Die Verfassung Europas, S. 388 f.; C. Koenig, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, S. 269. Skeptisch hinsichtlich der Integrationsfähigkeit (im Smendschen Sinne) der Europäischen Verfassung ist A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 88 ff.

534 Der Übergang vom eher deskriptiven zum eher normativen Verständnis des Verfassungsbegriffs fand zeitgleich mit der Entwicklung der Theorie der Verfassungsgebung statt, nämlich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, vgl. H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 100 f.

535 H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 5

536 Damit soll nicht ausgeschlossen werden, daß auch Normen, denen die Merkmale „Einheitlichkeit“ oder „Schriftlichkeit“ fehlen, im Rahmen einer Theorie der Verfassungsgebung als „Verfassung“ betrachtet werden können. Es würde den Rahmen der Untersuchung aber sprengen, hierfür detaillierte Anforderungen zu formulieren.

537 So auch A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 79. Ähnlich M. Morlok, Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene, S. 75: „Abstrahiert man das Bezugsproblem der Verfassung, so liegt es nicht in der Bedrohlichkeit eines Steuerungsapparates gerade in den Strukturen eines Staates, sondern in den Institutionen effektiver politischer Steuerung und Herrschaft per se – grundsätzlich unabhängig davon, ob diesen staatliche Qualität beigemessen wird. Das, was

lichkeit der Abtrennung des Verfassungsbegriffs vom Staat ist freilich nicht unbestritten und bedarf daher einer eingehenderen Erörterung.

2. Beschränkung auf die Staatsverfassung?

Häufig werden allein Staaten für verfassungsfähig gehalten.⁵³⁸ Dafür lassen sich zunächst historische und begriffsgeschichtliche Gründe erkennen. Ein *historischer* Grund für die enge Verbindung von Staat und Verfassung liegt in der Tatsache, daß der moderne normative Verfassungsbegriff nicht viel später als der moderne Territorialstaat entstanden ist und zunächst nur auf diesen bezogen war. Das gilt auch und gerade für die Prototypen moderner Verfassungen in Nordamerika und Frankreich am Ende des 18. Jahrhunderts. In Deutschland wurden die ersten Erfahrungen mit dem modernen normativen Verfassungsbegriff bei der Konstitutionalisierung des monarchischen Staates gemacht – auch hier besteht also in historischer Hinsicht eine enge Verbindung zwischen dem modernen Verfassungsgedanken und dem Staat. *Begriffsgeschichtlich* ist zunächst eine Bedeutungsverwandtschaft zwischen „Staat“ und „Verfassung“ festzustellen, die am lateinischen Begriff „status“ deutlich wird; dieser Begriff, aus dem sich später der Begriff „Staat“ entwickelte, hatte in der Antike und im Mittelalter zunächst die Bedeutung „Zustand“ (eines Gemeinwesens), also die gleiche Bedeutung wie der deskriptive Verfassungsbegriff.⁵³⁹ Aber nicht nur dieser vormoderne Verfassungsbegriff weist eine enge Bindung zum Begriff des Staates auf; vielmehr sind auch wichtige Grundlegungen des modernen Verfassungsbegriffs aufs engste mit dem Staatsbegriff verbunden: Der Prototyp für G. Jellineks Theorie der Selbstverpflichtung des Staates⁵⁴⁰ etwa ist der schon erwähnte monarchische Staat; auf der Grundlage dieser Theorie wird der Staat zur „Verfassungsvoraussetzung“.⁵⁴¹

Aus solchen zeitlichen Koinzidenzen und begrifflichen Parallelen folgt aber nicht, daß die Beschränkung des Verfassungsbegriffs auf die Staatsverfassung zwingend ist.⁵⁴² Eine solche Beschränkung bedarf vielmehr einer inhaltlichen Begründung, zumal der

verfassungsrechtliche Beschränkungen wünschenswert macht, sind die institutionalisierten Chancen, für Befehle Gehorsam zu finden. Das Bezugsproblem der Verfassung liegt also nicht in der Existenz eines Staates, sondern im Vorhandensein institutionalisierter politischer Herrschaft ...“.

538 Paradigmatisch J. Isensee, HStR § 13 Rn. 1, 6, 87, 144; ebenso P. Kirchhof, HStR § 19 Rn. 18; E.-W. Böckenförde, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, S. 136 f. Im Ergebnis erkennt auch D. Grimm nur Staatsverfassungen als „Verfassung im vollen Sinn des Begriffs“ an, wenn er mit der Schaffung einer *solchen* Verfassung für Europa die „Verstaatlichung“ der Europäischen Union verbindet, die auf diese Weise die „Kompetenz-Kompetenz“ gewänne: Braucht Europa eine Verfassung?, S. 49 f.

539 Dazu H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 1 ff.

540 Vgl. zu Jellineks Theorie der Selbstverpflichtung J. Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, S. 409 ff.

541 Dazu C. Möllers, Staat als Argument, S. 261.

542 So auch etwa M. Morlok, Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene, S. 74 f.; ähnlich A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 101 ff.; C. Möllers, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, S. 18 ff.

Staat seine Bedeutung als zentraler Begriff des Verfassungsrechts, wenn er sie denn jemals zu Recht hatte, inzwischen in mancher Hinsicht verloren hat.⁵⁴³

Im folgenden ist daher die Frage zu beantworten, ob der Anwendungsbereich des an der Theorie der Verfassungsgebung orientierten Verfassungsbegriffs notwendig auf Staaten beschränkt ist, ob also (auch unter Berücksichtigung möglicher zukünftiger Entwicklungen) nur Staaten oder ob auch andere Einheiten fähig sind, eine Verfassung zu haben. Aus der Sicht des Prinzipienmodells der Verfassungslegitimität erhält diese Frage folgende Gestalt: Kann es auch in nichtstaatlichen Einheiten Verfassungen geben, die – nach den drei Prinzipien Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit – ausreichende Legitimität haben, um ihrerseits die Ausübung von Hoheitsgewalt zu legitimieren?

Von diesen drei Legitimitätsprinzipien erscheint die Freiheitssicherung hier als unproblematisch. Denn freiheitssichernde Normen wie Gewaltenteilung und Grundrechte können auf jeder Ebene und in jeder Einheit verwirklicht werden, in der Hoheitsgewalt durch besondere Organe ausgeübt wird; dabei müssen diese Normen natürlich den Besonderheiten der jeweiligen Einheit, vor allem auch ihrer Größe, angepaßt sein.

Als problematisch und letztlich entscheidend für die Frage nach der Möglichkeit nichtstaatlicher Verfassungen erweisen sich dagegen die kollektive Autonomie und die dauerhafte Konsensfähigkeit. Denn diese Prinzipien betreffen die Willensbildung bzw. den Konsens der Menschen, die von der jeweiligen Einheit umfaßt sind; die Voraussetzungen und die Möglichkeit einer solchen Willensbildung bzw. eines solchen Konsenses hängen natürlich von den beteiligten Menschen und damit von der Beschaffenheit der jeweiligen Einheit ab. So betrachtet, lautet die Frage also: Ist die für eine Verfassungsgebung erforderliche Willensbildung bzw. ist der dauerhafte Verfassungskonsens auch auf einer nichtstaatlichen Ebene möglich?

Diese Fragestellung steht offensichtlich in engem Zusammenhang mit der Frage nach der Möglichkeit von *Demokratie* auf einer nichtstaatlichen Ebene. Denn das Ideal der Demokratie besteht gerade in der Verwirklichung kollektiver Autonomie und, damit verbunden, in der Herstellung eines möglichst weitgehenden, im Idealfall dauerhaften Konsenses bei der Ausübung von Hoheitsgewalt. Dieses Demokratieideal erfaßt allerdings einen weiteren Anwendungsbereich als die Verfassungsgebung; es bezieht sich ganz allgemein auf die Steuerung der Ausübung von Hoheitsgewalt – nicht nur durch eine Verfassung, sondern auch durch einfache Gesetze oder andere Normen und durch Einzelakte.⁵⁴⁴ Demgegenüber erscheint die Verfassungsgebung als ein Spezialfall.

Daher soll im folgenden zunächst kurz die allgemeinere Frage der Möglichkeit von Demokratie auf nichtstaatlicher Ebene erörtert werden; erst danach werden die spezifischen Probleme aufgegriffen, die sich durch den Bezug auf die Verfassung ergeben.

543 Dazu H. Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung? – Eine Verteidigung des Staatsbegriffs aber bei J. Isensee, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates.

544 Zum Begriff und Ideal der Demokratie vgl. E.-W. Böckenförde, HStR § 22.

a) Ist Demokratie nur in einem souveränen Staat möglich?

Die Frage, ob Demokratie notwendig an den souveränen Staat gebunden ist, läßt sich nur beantworten, wenn die Demokratie zunächst unabhängig vom Staatsbegriff definiert wird. Demokratie kann in diesem Sinne als eine Form der Ausübung und Einrichtung von Hoheitsgewalt bezeichnet werden, die stets vom Willen der Betroffenen hergeleitet bzw. auf ihn zurückgeführt werden kann.⁵⁴⁵

Diese Definition entspricht der ursprünglichen vertragstheoretischen Begründung der Legitimität von Hoheitsgewalt, wie sie etwa von Kant, Locke und in gewissem Sinne auch von Rousseau entwickelt wurde:⁵⁴⁶ Die Freiheit des Individuums, die individuelle Autonomie, darf durch die Ausübung von Hoheitsgewalt nur dann eingeschränkt werden, wenn dieses Individuum der Ordnung, dem „Gesetz“ bzw. dem Gesellschaftsvertrag zugestimmt hat, nach der bzw. demzufolge die Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Diese zunächst theoretische Legitimitätsbegründung soll durch das Demokratieprinzip möglichst weitgehend in der Praxis realisiert werden; dies ist der eigentliche Anspruch der Demokratie. In demokratischen Herrschaftsformen soll der mit dem Unterworfenen unter die Hoheitsgewalt verbundene Freiheitsverlust durch die Teilnahmemöglichkeit an der Setzung der Regeln, nach denen Hoheitsgewalt ausgeübt wird, kompensiert werden: individuell-autonome Freiheit geht über in demokratische Mitwirkungsfreiheit.⁵⁴⁷

Das Demokratieverständnis, soweit es bis hierher beschrieben ist, entspricht ganz der ursprünglichen philosophischen Legitimitätsbegründung. Und es läßt sich in dieser Form ohne weiteres auf nicht-staatliche Personenverbände anwenden; vorauszusetzen ist lediglich, daß diese Personenverbände Hoheitsgewalt ausüben und die Art und Weise, wie das geschieht, selbst regeln können.

Dennoch wird Demokratie in der Staatsrechtslehre häufig in einen ausschließlichen Zusammenhang mit dem souveränen Staat gestellt.⁵⁴⁸ Nach dieser Ansicht muß die Ausübung von Hoheitsgewalt in jedem Fall auf den Willen eines Staatsvolkes zurückgeführt werden können – auch wenn dieses nicht mit den (potentiell) Betroffenen, also den Hoheitsunterworfenen übereinstimmt. Das hat etwa zur Folge, daß Ausländer in keinem

545 Dies entspricht der Demokratiedefinition bei E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 1, allerdings unter Ersetzung der staatsbezogenen Begriffe „Staatsgewalt“ und „Volk“ durch „Hoheitsgewalt“ bzw. „Betroffene“. Die Ersetzung ist sicher nicht in Böckenfördes Sinn; sie rechtfertigt sich hier durch die Einnahme eines zunächst staatsunabhängigen Standpunkts.

546 Auf diese vertragstheoretische Begründung bezieht sich auch E.-W. Böckenförde, HStR § 22, Rn. 5 f., 36 ff.

547 So die erste Stufe in E.-W. Böckenfördes „Metamorphose der individuellen zur demokratischen Freiheit“: HStR § 22 Rn. 37.

548 Dezidiert E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 26 ff., 47 f.; P. Kirchhof, HStR § 183 Rn. 33 („Demokratie setzt eine Vergemeinschaftung im Staatsvolk voraus“); U. Di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, S. 201, 206 („Staatlichkeit, Demokratie und Souveränität (bilden) eine verfassungsrechtlich durch Art. 20 Abs. 2 GG gewollte Einheit“; „der souveräne Staat und die Volkssouveränität, die im Demokratieprinzip verankert ist, (sind) im Grunde identisch“). Auch M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 38 ff., 414 ff., 468 ff. vertritt diese Ansicht. Dagegen (mit Bezug auf die Europäische Union) etwa M. Zuleeg, Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft.

Fall an der demokratischen Willensbildung in einem Staat mitwirken dürfen, auch wenn sie dauerhaft in dem Staat leben und daher Hoheitsunterworfenen sind – sie gehören eben nicht zum Staatsvolk.⁵⁴⁹ Eine andere Konsequenz dieser Ansicht ist, daß eine Rückführung der durch die Europäische Union bzw. die Europäischen Gemeinschaften ausgeübten Hoheitsgewalt auf die Gesamtheit der Unionsbürger dem Demokratieprinzip *widerspricht*; auch diese Hoheitsgewalt muß durch die Staatsvölker (z.B. mittels der Zustimmungsgesetze zu den Gründungsverträgen oder durch personelle Legitimation der Staatsvertreter in den europäischen Organen) legitimiert werden.⁵⁵⁰

Diese Ansicht weicht von der oben dargestellten, auf die Kompensation der Einschränkung individueller Autonomie abstellenden Legitimitätsbegründung ab, denn sie bestimmt den Kreis der an der demokratischen Willensbildung Beteiligten nicht nach der (kompensationsbedürftigen) Herrschaftsunterworfenheit, sondern nach der Zugehörigkeit zu einer vorgegebenen Einheit „Staatsvolk eines souveränen Staates“. Die Begründungen für diese Abweichung vom ursprünglichen Ideal der Demokratie knüpfen vor allem an die Lehren von Rousseau und von Carl Schmitt an.⁵⁵¹

Die Gesellschaftsvertragslehre Rousseaus, die in wesentlichen Punkten von den Vertragstheorien etwa bei Locke oder Kant abweicht und genau genommen überhaupt keinen „Vertrag“, sondern den Übergang in eine andere (fiktive) Daseinsform der „Vertragschließenden“ zum Gegenstand hat, formuliert zunächst das oben dargestellte demokratische Ideal: Durch den Gesellschaftsvertrag soll eine Gesellschaftsform gefunden werden, in der „jeder einzelne, mit allen verbündet, nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie zuvor“⁵⁵². Die Freiheit bleibt unter der Herrschaft des Gemeinwillens erhalten, denn es gilt: „Gehorsam dem Gesetz gegenüber, das man sich selbst gegeben hat, ist Freiheit.“⁵⁵³ Durch die Vergesellschaftung findet ein Übergang von individueller in kollektive Freiheit statt, und zwar total: Die individuelle Freiheit geht vollständig verloren

549 Vgl. die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum kommunalen Ausländerwahlrecht in Schleswig-Holstein und Hamburg: BVerfGE 83, 37; 83, 60. Allerdings stellt das Bundesverfassungsgericht diese im wesentlichen aus den positiv-rechtlichen Regelungen des Grundgesetzes abgeleitete Beschränkung der Demokratie auf das Staatsvolk in einem obiter dictum unter einen „Europavorbehalt“. Die (später mit dem neuen Art. 28 I 3 GG tatsächlich erfolgte) Einführung eines kommunalen Wahlrechts für ansässige Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten verstoße nicht notwendig gegen das Demokratieprinzip, soweit es durch Art. 79 III GG geschützt ist. Auch in der Maastricht-Entscheidung hält es das Bundesverfassungsgericht offenbar für möglich, daß eine demokratische Legitimation durch das Europäische Parlament zumindest zur Legitimation durch die Parlamente der Mitgliedstaaten „hinzutritt“, also zumindest *neben* der demokratischen Legitimation durch das Staatsvolk auch eine demokratische Legitimation durch eine Gemeinschaft verschiedener Völker möglich ist: BVerfGE 89, 155, 184. Dazu auch U. Fink, *Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?*, S. 137.

550 Zur Kritik an dieser „Volksdemokratie“ vgl. auch B.-O. Bryde, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*.

551 So bezieht sich E.-W. Böckenförde etwa auf Rousseaus Lehre von der Volkssouveränität (HStR § 22 Rn. 3 f.) und auf C. Schmitts Volksbegriff mit seinem „politischen Charakter“ (ebda. Rn. 27). Vgl. zu diesem theoretischen Hintergrund der Homogenitätsanforderungen, die auch das Bundesverfassungsgericht in der Maastricht-Entscheidung aufstellte, I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, S. 103 ff.

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

553 Ebda. I.8.

(„vollständige Überäußerung eines jeden Mitglieds mit all seinen Rechten an die Gemeinschaft“)⁵⁵⁴, auf der anderen Seite ist der dann herrschende Gemeinwille souverän, unveräußerlich und unteilbar.⁵⁵⁵ Die totale Selbstentäußerung des Individuums wird kompensiert durch die totale Volkssouveränität; an die Stelle des autonomen Individuums tritt die souverän herrschende Einheit „Volk“.⁵⁵⁶

Carl Schmitt knüpft an diese Vorstellung an und fügt ihr seine Lehre des Politischen hinzu.⁵⁵⁷ Die für politisches Handeln im Sinne Schmitts erforderliche Einheit wird durch eine spezifische Abgrenzung gegenüber anderen hergestellt.⁵⁵⁸ Dabei handelt es sich um die Abgrenzung gegenüber dem „Feind“. Das ist durchaus im kriegerischen Sinne gemeint: Die für politisches Handeln erforderliche Einheit entsteht bei Schmitt letztlich durch die Bereitschaft, im Kampf gegen den gemeinsamen Feind zu sterben. Diese Art von existentieller Zusammengehörigkeit findet sich für Schmitt nur im Staat; der Staat wird durch Schmitts Begriff des Politischen geradezu definiert. Die notwendige Einheit des Volkes muß dabei auf der „substantiellen Gleichheit“ der Volkzugehörigen beruhen.⁵⁵⁹ Diese „substantielle Gleichheit“ kann sich auf verschiedene Merkmale beziehen, z.B. Rasse, Glauben, gemeinsames Schicksal, Tradition. Die auf diese Weise erfolgte Einheitsbildung ist die Grundlage für die Souveränität des Volkes.

Die Konzeptionen von Rousseau und Schmitt finden sich etwa in der Demokratielehre E.-W. Böckenfördes wieder:⁵⁶⁰ Wenn er die „Metamorphose der individuellen zur demokratischen Freiheit“⁵⁶¹ beschreibt und sich dabei nicht auf den „Übergang von der individuell-autonomen Freiheit zur demokratischen Mitwirkungsfreiheit“ (erste Stufe der „Metamorphose“) beschränkt, sondern danach auch einen „Übergang von der demokratischen Mitwirkungsfreiheit zur kollektiv-autonomen Freiheit“ sieht, so bezieht er sich hinsichtlich dieser zweiten Stufe der „Metamorphose“ auf den Übergang des Individuums in den gesellschaftlichen Zustand im Sinne Rousseaus: „Die individuell-autonome Freiheit der einzelnen überträgt sich auf die politische Gemeinschaft und kehrt wieder in der kollektiv-autonomen Freiheit des Volkssouveräns“.⁵⁶² Und wenn

554 Ebda. I.6.

555 Ebda. II.1, 2.

556 Diese Argumentation übernimmt auch M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 43 (Kelsen zitierend): „Indem die ursprüngliche individuelle Freiheit in die kollektive Freiheit des Staatsbürgers überführt wird, ist ‘die Souveränität des Volkes ...’ grundlegende Bedingung der Verwirklichung des legitimatorischen Ideals der Demokratie.“

557 Hierzu und zum folgenden H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, S. 101 ff., 131 ff.; auch E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 393 f.

558 Diese Abgrenzung wird freilich bei Schmitt auch zu einer Ausgrenzung, und zwar im übelsten denkbaren Sinne: „Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen“ (C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 14).

559 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 226 ff.

560 Zur Kritik dieser Lehre im Hinblick auf die ausschließliche Anknüpfung an das Volk E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 396 ff.

561 E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 37 ff.

562 Ebda. Rn. 38.

Böckenförde als maßgeblich für die „demokratische Gleichheit“ nicht nur die formale Staatsangehörigkeit, sondern eine „vor-rechtliche Gleichartigkeit“, die „sogenannte substantielle Gleichheit“ verlangt⁵⁶³ und dem Volksbegriff „politischen Charakter“ gibt,⁵⁶⁴ so ist das nicht nur in der Diktion, sondern auch dem Inhalt nach die Konkretisierung des Volksbegriffs durch Carl Schmitt.⁵⁶⁵ Abgeschwächt wird diese Konzeption bei Böckenförde dann allerdings – nicht ganz konsequent, aber bemerkenswert –⁵⁶⁶ durch die Anerkennung von „Teilvölkern“ in den kommunalen Gebietskörperschaften.⁵⁶⁷

Hinsichtlich der Frage nach der Möglichkeit von Demokratie ohne Verknüpfung mit dem souveränen Staat fällt auf, daß bei Rousseau und auch bei Schmitt die *Souveränität* der demokratischen Herrschaft ein grundlegendes, aber selbst kaum begründetes Theorieelement ist; und das gilt auch für die moderne, diese beiden Lehren aufnehmende Konzeption Böckenfördes.⁵⁶⁸ In Rousseaus „Gesellschaftsvertrag“ ergibt sie sich aus dem totalen Charakter der Selbstentäußerung des Individuums: eine solche vollständige Aufgabe der (theoretisch bei Rousseau zunächst unbeschränkten) individuellen Freiheit kann nur durch die unbeschränkte kollektive Freiheit kompensiert werden, also durch die Souveränität des Volkskörpers. Und für Schmitt ist politisches Handeln – und solches stellt die Demokratie dar – ohnehin allenfalls durch den „Feind“ beschränkbar, also grundsätzlich souverän.

Diese theoretischen Voraussetzungen sind aber nicht zwingend. Ein mit *begrenzter* Hoheitsgewalt ausgestatteter Personenverband setzt keineswegs die Rousseausche totale

563 Ebda. Rn. 47.

564 Ebda. Rn. 27.

565 Vgl. auch ebda. Rn. 7 mit Fn. 10: die (von Böckenförde so vertretene) Lehre vom Volk als einem „menschlichen Subjekt“, das „die volle Verfügungsmacht über die Gestaltung der politisch-sozialen Ordnung“ hat, sei ein Fall „politischer Theologie“ (im Sinne Schmitts).

566 Die Besonderheit der Gebietskörperschaften ist für Böckenförde die „unbestimmte Allgemeinheit“ der Gebietsansässigen; die Gemeinde- und Kreisbürger zeichnen sich nicht durch persönliche, funktions- oder interessenbestimmte Merkmale aus. Dem steht die Zuständigkeit der Gebietskörperschaften für „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ gegenüber. Darin sieht Böckenförde ein „strukturähnliches Element zum politischen Verband des Staates“, das es erlaube, von „Teilvölkern“ zu sprechen. – Böckenfördes Argumentation läßt sich – wohl gegen seine Absicht – auf die europäische Ebene übertragen. Die genannten Strukturähnlichkeiten sind nämlich auch auf der Ebene der Europäischen Union anzutreffen: Deren Mitglieder, die Unionsbürger, stellen eine unbestimmte Allgemeinheit dar, weil sich ihr Mitgliederkreis nur nach der Staatsangehörigkeit zu einem Mitgliedstaat bestimmt. Und die Zuständigkeit der Union ist schon durch das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 (ex-Art. 3b) EGV) grundsätzlich auf „überstaatliche Belange“ begrenzt. Diese Strukturähnlichkeit zum Staatsvolk scheint vergleichbar mit derjenigen der kommunalen „Teilvölker“; in diesem Sinne könnte man von einem europäischen „Gesamtvolk“ sprechen.

567 Ebda. Rn. 32.

568 Vgl. E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 85: Der (rechtsstaatliche) Demokratiebegriff der USA, der nicht ganz Böckenfördes (und Carl Schmitts) Konzeption entspricht, sei „auf die aus kontinentaleuropäischer Tradition erwachsene Staatlichkeit, die stets mit Souveränität verschwistert war und noch ist, nicht ohne weiteres übertragbar“. Deutlich auch M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 43: „Damit steht Souveränität nach außen in einer Verwirklichungsfunktion für das demokratische Prinzip“ und ebda. S. 415: „Das Demokratieprinzip ist in spezifischer, normativ qualifizierter Weise mit der Garantie souveräner Staatlichkeit verwoben.“

Selbstentäußerung seiner Mitglieder voraus;⁵⁶⁹ daher muß ein solcher Personenverband auch nicht als Kompensation für einen solchen existentiellen Eingriff die totale Souveränität des Kollektivs bieten. Und die Ausübung von (begrenzter) Hoheitsgewalt muß auch keineswegs einen existentiell-politischen Charakter wie bei Carl Schmitt haben. Vielmehr ist es durchaus denkbar, daß Hoheitsgewalt in einem Personenverband nur in bestimmten, von außen festgelegten oder begrenzten Bereichen ausgeübt wird – wie etwa in der Europäischen Union oder auch in der kommunalen oder funktionalen Selbstverwaltung.⁵⁷⁰ Die Willensbildung, aufgrund derer in solchen Personenverbänden Hoheitsgewalt ausgeübt wird, mag zwar in mancher Hinsicht schwierig sein; aber sie setzt keine gegenseitigen Bindungen voraus, die – wie bei Schmitt – einer Kriegskameradschaft gleichkommen.

Die Demokratielehren Rousseaus und Schmitts mögen, wenn man ihre (durchaus zweifelhaften) Prämissen akzeptiert, als Anknüpfungspunkt für eine Theorie der Demokratie *im souveränen Staat* dienen können; eine überzeugende Begründung dafür, daß Demokratie *nur* im souveränen Staat möglich ist, können sie nicht geben.⁵⁷¹

b) Die Möglichkeit einer Verfassung auf nichtstaatlicher Ebene

Betrachtet man die (nichtstaatliche) demokratische Willensbildung im Rahmen der *Verfassungsgebung*, treten allerdings zusätzliche Schwierigkeiten im Hinblick auf die kollektive Autonomie und damit mögliche Gründe *gegen* die Möglichkeit einer Verfassung auf nichtstaatlicher Ebene hinzu. Die Schwierigkeiten liegen in der Reichweite und Bedeutung der verfassungsgebenden Willensbildung. Während die obigen Ausführungen zur allgemeinen demokratischen Willensbildung jegliche Art der Regulierung der Ausübung von Hoheitsgewalt betrafen, geht es jetzt um die grundlegende Einrichtung von Organen und Verfahren und um die grundlegende Festlegung der Rechtsverhältnisse zwischen Individuum und Verband. Die Verfassung soll die Ordnung der Ausübung von Hoheitsgewalt umfassend und dauerhaft festlegen. Es fragt sich, ob eine derart weitreichende Entscheidung nicht doch nur im staatlichen Verband möglich ist.

Die besondere Bedeutung der verfassungsgebenden Willensbildung wurde vor allem von Carl Schmitt hervorgehoben. Für ihn spitzt sich die allgemeine Legitimitätsproblematik, die er mit seiner Lehre des Politischen und der Homogenität zu lösen glaubt, in der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes zu.⁵⁷² Die „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“ ist nun einmal die bedeutendste Entscheidung, die eine politische Einheit treffen kann. Gerade für diese Entscheidung müssen die Voraus-

569 Auch die Erhaltung des Rechtsfriedens verlangt keine solche totale Selbstentäußerung (so aber die Begründung von M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 34, 415): Selbst wenn man nämlich die Hobbesche Lehre (auf die dieses Argument abstellt) wörtlich nimmt, kann der Rechtsfrieden auch durch einen anderen *souveränen* Verband (den Staat) garantiert werden, der *neben* dem betreffenden mit *begrenzter* Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverband existiert.

570 Zum Problem der Demokratie in der funktionalen Selbstverwaltung umfassend E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Gegen autonome demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung E.-W. Böckenförde, HSTR § 22 Rn. 35.

571 Im Ergebnis ähnlich wie hier I. Pernice, Maastricht, Staat und Demokratie, S. 477 ff.; W. Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, S. 37 ff.

572 H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, S. 147.

setzungen politischen Handelns nach Schmitt gegeben sein. Dementsprechend wird auch in der heutigen Staatsrechtslehre betont, daß die besondere Entscheidung der Verfassungsgebung Einheitlichkeit und politische Handlungsfähigkeit voraussetze, wie sie nur in einem Staat gegeben seien.⁵⁷³

Dennoch taugt Carl Schmitt nicht unbedingt als Zeuge für die notwendige Anknüpfung des Verfassungsbegriffs an den souveränen Staat. Denn Schmitt spricht in seiner – etwas eigenartigen und hier nicht weiter zu vertiefenden – Bundeslehre auch von einer „Bundesverfassung“.⁵⁷⁴ Der „Bund“, um den es dort geht, ist aber nicht etwa der Bundesstaat im heutigen Sinne; vielmehr handelt es sich dabei um eine Staatenverbindung, die sich dadurch auszeichnet, daß „die Frage der Souveränität zwischen Bund und Gliedstaaten immer offenbleibt“.⁵⁷⁵ Ein Bundesstaat im heutigen Sinne, in dem der Bund souverän ist, wäre dagegen in Schmitts Terminologie ein „souveräner Einheitsstaat“.⁵⁷⁶ Auch ein solches Gebilde wie der „Bund“, also eine Staatenverbindung, die gegenüber dem Bundesstaat lockerer ist und in der die Gesamtheit (noch) nicht souverän gegenüber den Gliedstaaten ist, kann also nach Schmitt eine „Verfassung“ haben.

Auch unabhängig von Schmitts Verfassungslehre bleibt aber der eingangs dargelegte Einwand der besonderen Reichweite der verfassungsgebenden Entscheidung. Es mag durchaus sein, daß eine Willensbildung mit weiterreichenden Konsequenzen höhere Anforderungen z.B. an die „Homogenität“ der daran Beteiligten stellt. Die Reichweite solcher Entscheidungskonsequenzen bestimmt sich aber nicht allein aus dem Charakter der Entscheidung als Festlegung einer dauerhaften Ordnung. Vielmehr kommt es auch auf die Bedeutung des Sachbereichs an, den diese Ordnung regelt. Wird in einem Personenverband nur *begrenzte*, von außen beschränkte Hoheitsgewalt ausgeübt, dann ist auch die Reichweite und Bedeutung der verfassungsmäßigen Einrichtung der Ausübung dieser begrenzten Hoheitsgewalt von entsprechend geringer Bedeutung. Eine Entscheidung über die Art und Weise, wie begrenzte Hoheitsgewalt ausgeübt wird, wird nicht dadurch zu einer existentiellen Entscheidung, daß diese Entscheidung grundlegenden Charakter hat und auf Dauer angelegt ist; es geht eben doch nur um *begrenzte* Hoheitsgewalt.

Es ist also durchaus sinnvoll, den Verfassungsbegriff auch unabhängig vom souveränen Staat zu verwenden.⁵⁷⁷ Dauerhafte rechtliche Grundordnungen werden in vielen Bereichen festgelegt, auch in Bereichen, in denen autonom (begrenzte) Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Und zu Recht werden solche Grundordnungen „Verfassung“ genannt. Es sei nur an die Verfassungen der nicht-souveränen Gliedstaaten im Bundesstaat erinnert oder

573 So z.B. J. Isensee, HStR § 13 Rn. 6.

574 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 63, 367 und passim.

575 Ebda. S. 373.

576 Ebda. S. 373.

577 So auch I. Pernice, der einen „postnationalen“ Verfassungsbegriff verwendet und den Verfassungsbegriff „nicht mehr auf Staat und Nation zentriert, sondern auf die Selbstbestimmung des einzelnen“ sieht: Europäisches und nationales Verfassungsrecht, S. 155 ff. (mit dem Zitat auf S. 160); ders., Die Europäische Verfassung, S. 1324; ders., Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 210 ff.

auch an die „Kommunalverfassungen“ oder die manchmal als „Verfassung“ bezeichnete Grund- oder Hauptsatzung von Universitäten.

Darüber hinaus kann es in einer als Theorie der Verfassungslegitimität verstandenen Theorie der Verfassunggebung nicht auf die theoretisch aus soziologischen Gegebenheiten abgeleitete, nur behauptete Fähigkeit eines Personenverbandes zu einer verfassungsbezogenen Willensbildung ankommen, sondern letztlich nur auf die tatsächlich stattfindende Willensbildung. Findet eine solche Willensbildung auf nichtstaatlicher, also z.B. auf europäischer Ebene tatsächlich statt, verlieren alle Erörterungen über die *Möglichkeit* einer solchen Willensbildung ihre Bedeutung. Der tatsächlich vorhandene Verfassungskonsens ist ein unwiderlegliches Argument gegen die Behauptung seiner Unmöglichkeit. Eine allgemeine Theorie der Verfassungslegitimität sollte daher immer mit der Möglichkeit eines solchen Verfassungskonsenses rechnen; für eine solche Theorie ist ein wesentliches Legitimitätskriterium das tatsächlich vorhandene Ausmaß eines Verfassungskonsenses, nicht dessen Möglichkeit.⁵⁷⁸ Wird – wegen Änderungen oder auch Fehleinschätzungen der soziologischen Gegebenheiten – ein zuvor als unmöglich erscheinender Verfassungskonsens tatsächlich hergestellt, so sollte das lediglich zu einer Neubewertung der Verfassungslegitimität, nicht zu einem begrifflichen Umbau der Theorie oder gar deren Verwerfung führen.

Im Hinblick auf die Entwicklung der Europäischen Union ist in diesem Zusammenhang auch ein praktischer Aspekt von großer Bedeutung: Die Behauptung, auf europäischer Ebene könne mangels bestimmter soziologischer Voraussetzungen keine legitime Verfassung hervorgebracht werden, verhindert unter Umständen schon die Schaffung der für eine ausreichende Willensbildung auf europäischer Ebene erforderlichen organischen Strukturen. Vieles spricht dafür, daß z.B. eine stärkere Angleichung des Europäischen Parlaments hinsichtlich Funktion und Bedeutung an herkömmliche staatliche Parlamente auch die Qualität und Bedeutung der politischen Auseinandersetzung auf europäischer Ebene erhöhen würde;⁵⁷⁹ die Aussage, verfassungsbezogene Willensbildung auf europäischer Ebene sei nicht möglich, ist daher sehr spekulativ, weil die organischen Strukturen einer solchen Willensbildung bisher noch mangelhaft sind. Einer Legitimitätstheorie steht es eher an, die Entwicklung einer verfassungsbezogenen

578 Das klingt auch bei J. Isensee an, wenn er den „Willen der beteiligten Menschen zu staatlicher Gemeinsamkeit“ als „subjektive Basis der nationalen Einheit“ bezeichnet und als vorrangig gegenüber „objektiven Momente(n) der nationalen Gemeinsamkeit“ (damit meint er z.B. „ethische, sprachliche, religiöse Gemeinsamkeiten“) hervorhebt: HStR § 13 Rn. 111. An anderer Stelle (ebda. Rn. 163 f.) weist Isensee darauf hin, daß die „Gesellschaft“ keinen (zur Willensbildung fähigen) „Verband“ darstelle; das „Volk“ unterscheide sich von der Gesellschaft durch seine körperchaftliche Organisation, durch die in Wahlen und Abstimmungen gebildete Entscheidungseinheit. Ausschlaggebend für diese Unterscheidung soll also offenbar die Fähigkeit zur Willensbildung sein. Wenn Isensee an gleicher Stelle die Homogenität als Voraussetzung der „Repräsentation“ (gemeint ist hier: der repräsentierenden Willensbildung) bezeichnet, so ist dies nicht eigentlich Bestandteil der begrifflichen Abgrenzung von Gesellschaft und Volk, sondern eine Aussage auf anderer Ebene: nämlich über die angenommenen, weiter erläuterungsbedürftigen und auch dem Beweis zugänglichen soziologischen Voraussetzungen, unter denen eine gemeinsame Willensbildung (also ein „Volk“) zu erwarten ist. Findet eine solche Willensbildung entgegen dieser Erwartung tatsächlich statt, dann handelt es sich auch nach Isensees Definition um ein „Volk“, nicht mehr nur um eine „Gesellschaft“; entgegenstehende, auf soziologischen Einschätzungen beruhende Erwartungen müssen dann eben korrigiert werden.

579 Vgl. dazu M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 274 ff.

politischen Willensbildung abzuwarten und deren Legitimität im nachhinein auf sicherer Grundlage zu beurteilen, als von vornherein ihre Unmöglichkeit zu behaupten und ihr damit aufgrund einer spekulativen Einschätzung die Chance der Erprobung zu nehmen.

Auch die ausdrücklich oder unterschwellig oft zur Begründung der Beschränkung des Verfassungsbegriffs auf die Staatsverfassung herangezogene *Begriffstradition*, die schon oben angesprochen wurde, kann diese Beschränkung nicht ausreichend begründen. Denn auch wenn der Verfassungsbegriff ursprünglich für den Staat entwickelt wurde: Warum sollte er in abgewandelter bzw. erweiterter Form nicht ebenso auf neue, nichtstaatliche Einheiten anwendbar sein?

Das gilt auch für die Verfassungsbegrifflichkeit der von Hans Kelsen begründeten Reinen Rechtslehre: Das Stufenmodell der Normen, an deren Spitze die Verfassung steht, als deren einziger Geltungsgrund eine „Grundnorm“ fingiert wird, ist auf die Rechtsordnung des souveränen Staates zugeschnitten.⁵⁸⁰ Schon die Schwierigkeiten, die Kelsen selbst mit der Einordnung des Völkerrechts in dieses Stufenmodell hatte,⁵⁸¹ belegen dies – Kelsens bevorzugte Lösung war die „Souveränität ... des gesamten Rechtssystems“⁵⁸², einschließlich des Völkerrechts: also ein Analogon zum souveränen Staat, nur auf Weltebene. Ein solches Stufenmodell und der damit verbundene Verfassungsbegriff kann kaum auf das Recht der nichtsoveränen Union übertragen werden.⁵⁸³ Das

580 Kelsen identifiziert sogar den Staat mit dem Recht: H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 14 ff. Zum „Stufenbau der Rechtsordnung“, die offensichtlich der Normenhierarchie im souveränen Staat nachgebildet ist, vgl. ders., *Reine Rechtslehre*, S. 228 ff.

581 Im Stufenbau der Rechtsordnung kann es nach Kelsen nur einen höchsten Geltungsgrund geben. Das Völkerrecht kann daher nur entweder dem Staatsrecht der Staaten übergeordnet, also deren Geltungsgrund sein („Primat des Völkerrechts“), oder das Völkerrecht wird aus dem Staatsrecht abgeleitet („Primat des Staatsrechts“). Im letzteren Fall ergibt sich das Problem, daß als Geltungsgrund des Völkerrechts eigentlich nur das Staatsrecht eines einzigen Staates in Betracht kommt, der sich natürlich nicht objektiv bestimmen läßt; das macht die Beschränkung auf die Binnenperspektive eines bestimmten (beliebigen) Staates erforderlich. Diese monistische Betrachtungsweise (die Kelsen im Grundsatz auch nach der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre 1960 beibehalten hat – lediglich das Hierarchieverhältnis zwischen den Rechtsordnungen wurde etwas abgeschwächt), der Primat des Völkerrechts oder der Primat des Staatsrechts (Kelsen bevorzugte den Primat des Völkerrechts, schloß aber den Primat des Staatsrechts nicht aus), wirken sehr künstlich und können den jeweiligen Besonderheiten des Völker- und des Staatsrechts kaum gerecht werden. Vgl. H. Kelsen, Artikel „Souveränität“; ders., *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*. Vgl. dazu W. Pauly, *Souveräner Staat und Staatenverbindungen*, S. XII ff.

582 H. Kelsen, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, S. 178.

583 Dies ist wohl die Problematik der Argumentation T. Schillings, mit der er zu dem Ergebnis kommt, daß Europa gegenwärtig keine Verfassung habe (*Die Verfassung Europas*, S. 387, 393). Auffällig ist schon die Formulierung: Während er in der Einleitung den Nachweis ankündigt, daß „die EG heute keine Verfassung hat“ (S. 387), kommt er später zu dem Ergebnis, daß es „eine Verfassung der EG im Sinne einer Staatsverfassung derzeit nicht gibt“ (S. 393, Hervorhebung von mir). Es drängt sich der Eindruck auf, daß Schilling im wesentlichen nicht die Verfassungsqualität des Primärrechts, sondern die (souveräne) Staatsqualität der EG untersucht. Der Grund für die offenbar zugrundeliegende Ineinsetzung von „Verfassung“ mit „Staatsverfassung“ scheint hier die Anlehnung an Kelsens Reine Rechtslehre zu sein: Schilling übernimmt von Kelsen die Prämisse, daß eine (Staats-) Verfassung eine rechtliche Grundordnung ist, deren Geltung auf keine andere Norm als die „Grundnorm“ zurückgeführt werden kann, die in diesem Sinne also autonom ist. Schilling spricht hier – unter Einbeziehung der Effektivitätsvoraussetzungen einer Rechtsordnung – von „autonomer Effektiv-

heißt aber nicht, daß das Primärrecht nicht einem anderen Verfassungsbegriff entspricht, der durch Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre gewonnen werden kann.⁵⁸⁴

Ähnliches gilt für die vor allem von J. Isensee vertretene Vorstellung, der Staat liege der Verfassung voraus, sei „bloße Machtorganisation“, die der Bändigung durch eine Verfassung bedürfe – im Gegensatz zur Europäischen Union, die allein aufgrund des vertraglichen Primärrechts existiere und damit schon gebändigt sei.⁵⁸⁵ Ganz abgesehen davon, daß man wohl mit Recht die Frage stellen kann, ob nicht auch der moderne Staat seine Existenz im wesentlichen dem Recht, der Verfassung verdankt (wie sollte ein Staat im Stadium der Vor-Verfassungsmäßigkeit aussehen?), besteht kein Grund, warum nicht auch einem rechtlich schon gebändigten Träger von Hoheitsgewalt die Vorteile einer noch besseren Bändigung durch eine Verfassung mit ihren besonderen Qualitäten zukommen sollten.

Schon das eingangs angedeutete Spektrum des Begriffs „Verfassung“ zeigt, daß dieser Begriff sich in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen und Bedeutungsvarianten verwenden läßt. Es gibt insofern keinen „richtigen“ Verfassungsbegriff, der sich notwendig auf den Staat beziehen müßte. Entscheidend ist nur, daß die jeweils verwendete Bedeutungsvariante dem jeweiligen Thema oder Untersuchungsgegenstand angemessen ist. Im Rahmen dieser Arbeit muß daher ein Verfassungsbegriff verwendet werden, der für die Theorie der Verfassungsgebung geeignet ist. Diesen gilt es nun zu definieren.

tät“ (S. 391). Kelsen setzt aber die Rechtsordnung mit dem Staat gleich; die Kelsensche Lehre und Begrifflichkeit ist, wie schon gesagt, auf souveräne Staaten zugeschnitten; „Autonomie“ entspricht „Souveränität“ (vgl. dazu auch W.-D. Grussmann, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, S. 55). Die Prüfung der an diese Lehre angelehnten Merkmale eines Verfassungsbegriffs ist daher letztlich nichts anderes als die Prüfung, ob das Zuordnungsobjekt der betreffenden Normen ein souveräner Staat ist – oder, unter Zuhilfenahme von Kelsens Terminologie: ob der Primat des Gemeinschaftsrechts gelte. Hinter Schillings Aussage, die EG habe keine Verfassung „im Sinne einer Staatsverfassung“, verbirgt sich also im wesentlichen nur die (sicher zustimmungsfähige) Feststellung, daß die EG kein (souveräner) Staat ist.

584 Ansätze zu einer an die Reine Rechtslehre angelehnten Theorie der Supranationalität, die auf das Merkmal der Souveränität verzichtet und sich mit einer Teilsouveränität für Union und Mitgliedstaaten begnügt (was dann u.a. zur Annahme mehrerer Grundnormen führt), finden sich bei W.-D. Grussmann, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration – (insb. S. 63). – Dazu kritisch M. Kaufmann, Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, S. 527, 539 ff. Kaufmann spricht hier offenbar dem Primärrecht (bzw. überhaupt dem Gemeinschaftsrecht) seine Wirksamkeit ab: Es existiere gar nicht als „Gegenstand der Rechtserkenntnis“, weil eine „effektive Zwangsordnung nicht auszumachen“ sei (ebda. S. 540). Weil für Kaufmann das Primärrecht damit nicht als Grundnorm in Betracht kommt, bleibt es, Kaufmanns (staaten-) pluralistischem Ansatz entsprechend, bei den staatlichen Grundnormen als einzigem Geltungsgrund des Unionsrechts. Es fragt sich aber, ob diese Sichtweise nicht an der Realität des supranationalen Rechtslebens vorbeigeht.

585 J. Isensee, Integrationsziel Europastaat?, S. 580 ff.

3. Verfassung als rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes

a) Definition elementarer Begriffe

Für die Definition des Verfassungsbegriffs werden einige elementare Begriffe benötigt, die zuvor kurz definiert und erläutert werden sollen.

Personengesamtheit ist eine Mehrzahl natürlicher Personen. Sie bilden eine „Gesamtheit“ nur deswegen, weil sie als Gesamtheit betrachtet werden. Die Betrachtung als Gesamtheit muß dabei selbstverständlich an mindestens ein Kriterium anknüpfen, das die jeweilige Gesamtheit von anderen Personengesamtheiten unterscheidet. Dieses Kriterium ist jedoch beliebig; es kann z.B. die Staatsbürgerschaft in einem bestimmten Staat oder in einem von mehreren Staaten sein oder die Ansässigkeit in einem bestimmten Gebiet. Bestimmte oder besonders intensive gemeinsame Eigenschaften oder Beziehungen zueinander werden hier nicht vorausgesetzt.

Unter *Personenverband* soll eine auf eine gewisse Dauer angelegte Personengesamtheit verstanden werden, die so strukturiert ist, daß sie mit Hilfe von Organen in den Angelegenheiten der Verbandsmitglieder handeln kann.⁵⁸⁶

Hoheitsgewalt wird im folgenden als die Fähigkeit verstanden, eine Entscheidung legitimerweise auch gegen den Willen einer natürlichen Person durchzusetzen, indem gegen diese Person unter Inanspruchnahme eines Gewaltmonopols in einem bestimmten Verfahren unwiderstehlicher Zwang ausgeübt wird. Ein „Gewaltmonopol“ setzt dabei nicht voraus, daß die Hoheitsgewalt immer beim selben Träger liegt; vielmehr können auch verschiedene Träger von Hoheitsgewalt je nach ihrer Zuständigkeit die Hoheitsgewalt ausüben. Mit der Voraussetzung des „Gewaltmonopols“ soll lediglich eine Situation ausgeschlossen werden, in der einer legitimen Hoheitsgewalt eine andere legitime Gewalt mit entgegengesetzter Zielrichtung gegenübersteht, also ein letztlich gewaltsam auszutragender Konflikt verschiedener legitimer Gewalten. Die Hoheitsgewalt kann auch (z.B. auf bestimmte Sachgebiete) beschränkt sein; Souveränität bzw. Kompetenzhoheit ist kein Definitionsmerkmal.

Als *Betroffener* soll jede natürliche Person bezeichnet werden, die der Hoheitsgewalt für eine gewisse Dauer unterworfen und daher potentieller Adressat des aufgrund der Hoheitsgewalt ausgeübten Zwanges ist.⁵⁸⁷

586 Die Verwendung des Begriffs „Personenverband“ soll hier *nicht* an die „Verbandseinheit“ des „soziologischen“ Staatsbegriffs anknüpfen, den Jellinek dem „juristischen“ Staatsbegriff der Drei-Elemente-Lehre entgegensetzt. Es ist auch *nicht* der Personenverband des mittelalterlichen Lehnswesens gemeint, der sich „auf ein gegenseitiges, durch Befehlsgewalt und Gehorsampflicht bestimmtes Treueverhältnis stützt“ (P. Kirchhof, HStR § 183 Rn. 24 in Abgrenzung zum Territorialstaat). Überhaupt ist der Personenverband im hier verwendeten Sinne nicht als Gegenbegriff zur Gebietskörperschaft zu verstehen: Die den Personenverband bildende Personengesamtheit kann sich auch durch die Ansässigkeit der betreffenden Personen in einem bestimmten Gebiet bestimmen (dann kann der Personenverband gleichzeitig eine Gebietskörperschaft sein), muß es aber nicht.

587 Die „Betroffenheit“ in diesem Sinne ist also kein unpraktikables, weil zu unbestimmtes Kriterium. Gemeint ist nicht die nur indirekte Betroffenheit durch die *Auswirkungen* eines Hoheitsaktes (wie sie z.B. für spätere Generationen gegeben sein mag), sondern die Möglichkeit, auf Dauer hoheitlichem Zwang ausgesetzt zu sein. Die entsprechenden Bedenken von A. Peters (Elemente einer Theorie der

b) Definition der Verfassung

Das aus den Prinzipien der Freiheitssicherung, der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit folgende wesentliche Anliegen der Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung ist die wirksame rechtliche Regulierung und damit Beschränkung der Ausübung von Hoheitsgewalt, einschließlich der Gesetzgebung, durch die Verfassung; diese Regulierung soll in einer Art und Weise erfolgen, die dem Willen derjenigen, die der Hoheitsgewalt unterworfen sind, möglichst gut und möglichst dauerhaft entspricht und deren Freiheit möglichst wirksam schützt.

Die Regulierung soll und kann (wegen ihrer besonderen Dauerhaftigkeit) nur grundlegend sein, d.h. sich auf Wesentliches beschränken; detailliertere und speziellere Normen sind durch den Gesetzgeber unter Beachtung der Verfassung zu erlassen. Die Verfassung ist also eine *rechtliche Grundordnung*. In dem Begriff der „Grundordnung“ kommt dabei nicht nur der *grundlegende Charakter* der Normen zum Ausdruck, sondern auch deren herausgehobene Stellung an der *Spitze der Normenhierarchie*,⁵⁸⁸ diese Stellung in der Normenhierarchie ist notwendig, um, den zuvor genannten Anforderungen entsprechend, auch den Gesetzgeber binden zu können.⁵⁸⁹

Einige spezifische Probleme, mit denen sich die Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung beschäftigt, treten nur dann auf, wenn die Hoheitsgewalt von Organen der Gesamtheit derjenigen Personen ausgeübt wird, die ihr auch unterworfen sind. Nur

Verfassung Europas, S. 660 ff.) bezüglich der „Betroffenheitsdemokratie“ greifen für den hier verwendeten Begriff der „Betroffenheit“ also nicht.

588 J. Isensee bezeichnet die Normen, die sich durch den grundlegenden Charakter auszeichnen (er nennt als Beispiele etwa die Staatsform, die Grundlagen der Staatsorganisation, die machtwerteilende Kompetenzordnung, das Recht der höchsten Organe oder Ziele und Grenzen der Herrschaft), als „materielle Verfassung“, während das Zuhöchstsein einer Norm in der Normenhierarchie sie als „formelle Verfassung“ qualifiziert: HStR § 13 Rn. 136 ff., 139. Diese Unterscheidung soll hier nicht aufgegriffen werden, weil sie im Rahmen der Theorie der Verfassunggebung keinen Erkenntnisgewinn bringt.

589 Mit diesem Begriffsmerkmal des höchsten Ranges in der Normenhierarchie (und der damit verbundenen Unterordnung einfacher Parlamentsgesetze unter die Verfassung) fragt sich, ob z.B. Großbritannien mit seiner Parlamentsouveränität überhaupt eine Verfassung in diesem Sinne hat. Zweifel daran sind durchaus berechtigt, sollen aber nicht zu einer Abwertung des britischen Rechts etwa als „rückständig“ führen. Großbritannien hat vielmehr eine andere, „gewachsene“ Rechtstradition, die offenbar solche Sicherungsmechanismen, wie sie die Theorie der Verfassunggebung vorsieht, (bisher) nicht im gleichen Maße benötigte wie andere Länder. Die Ausübung von Hoheitsgewalt in Großbritannien gründet sich eben auf eine andere Art von Legitimität als etwa in den USA oder im revolutionären Frankreich (vgl. dazu auch H.-P. Schneider, HStR § 158 Rn. 4). Das läßt allerdings erwarten, daß die Vorstellung einer europäischen Verfassungslegitimität im Vereinigten Königreich auf keine große Resonanz stößt, so wie man sich dort allgemein mit dem Begriff einer Europäischen Verfassung bislang schwertat (dazu J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 28 f.). – Merkwürdig mutet die Auffassung an, Frankreich habe keine Verfassung, die höhere Gesetzeskraft besitze und von einem besonderen „Pouvoir constituant“ geschaffen sei, und diese Form verfassungsloser Volkssouveränität entspreche genau der „revolutionären Tradition“ (dazu – und diese Auffassung vertretend – W. Leisner, Verfassunggebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, S. 214 f.). Schließlich war doch gerade die *Verfassunggebung* von 1789-91 das zentrale Ereignis, an dem sich die Revolution kristallisierte; der *Pouvoir constituant* war ein zentraler Begriff der politischen Diskussion der Revolutionszeit. Wozu bräuchte man einen *Pouvoir constituant*, wenn man keine Verfassung braucht?

bei dieser Konstellation stellt sich z.B. das Problem der Abgrenzung zwischen gesetzgebendem Organ und verfassungsgebendem Organ, weil beide Organe hier dieselbe Personengesamtheit repräsentieren. Verfassungsgebung ist eben letztlich die Selbstorganisation legitimer Ausübung von Hoheitsgewalt durch eine Personengesamtheit gegenüber ihren Mitgliedern.

Im Rahmen einer Theorie der Verfassungsgebung genügt es daher, für den Träger der Hoheitsgewalt, dessen Handeln durch die Verfassung reguliert werden soll, zu verlangen, daß es sich um eine Gesamtheit von Personen handelt, die als Gesamtheit in einer Weise handlungsfähig ist, daß ihre Organe Hoheitsgewalt gegenüber den ihr zugehörigen Einzelpersonen ausüben können. Die erforderliche Handlungsfähigkeit hat definitionsgemäß ein *Personenverband*; es genügt daher, von einem *mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverband* zu sprechen.

Für die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung soll „Verfassung“ also als die *rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes* verstanden werden.⁵⁹⁰

c) Unterschied zur Staatsverfassung

Der soeben definierte Verfassungsbegriff unterscheidet sich vom herkömmlichen Begriff der Staatsverfassung durch den Verzicht auf die Bezugnahme zum Staat; Bezugspunkt ist vielmehr der allgemeinere Begriff „mit Hoheitsgewalt ausgestatteter Personenverband“. Der Unterschied soll kurz erläutert werden, ohne dabei den (wohl aussichtslosen) Versuch unternemen zu wollen, eine abschließende und allgemeingültige Definition des Staatsbegriffs zu geben.⁵⁹¹

Der Einfachheit halber soll im folgenden auf den im großen und ganzen auch heute noch gültigen⁵⁹² Staatsbegriff G. Jellineks zurückgegriffen werden.⁵⁹³ Ein *Staat* zeichnet sich nach Jellinek⁵⁹⁴ durch die Elemente Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt aus. Das territoriale Element (*Staatsgebiet*) fehlt in obiger Verfassungsdefinition, weil es für

590 Eine ähnlich allgemeine, auch inhaltlich ähnliche Verfassungsdefinition findet sich bei G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 505: „Jeder dauernde Verband bedarf einer Ordnung, der gemäß sein Wille gebildet und vollzogen, sein Bereich abgegrenzt, die Stellung seiner Mitglieder in ihm und zu ihm geregelt wird. Eine derartige Ordnung heißt eine *Verfassung*.“ (Hervorhebung im Original).

591 J. Isensee hält den Staat für begrifflich nicht faßbar; er sei „Wirklichkeit“ und liege als solche „aller Begrifflichkeit voraus“ (HStR § 13 Rn. 27).

592 Vgl. zur heutigen Rezeption der Drei-Elemente-Lehre Jellineks D. Kettler, Die Drei-Elemente-Lehre, S. 72 ff. Zumindest in methodologischer Hinsicht größere Bedeutung noch als die Drei-Elemente-Lehre hatte ein anderer Aspekt des Staatsbegriffs Jellineks, nämlich die sog. Zwei-Seiten-Lehre, nach der der Staat zugleich von der sozialwissenschaftlichen und von der juristischen Seite zu betrachten sei. Dazu H. Hofmann, Artikel „Jellinek“, Sp. 213 f.

593 Jellineks Staatsbegriff hat vor allem im Völkerrecht unverändert eine zentrale Bedeutung. Das zeichnet diesen Staatsbegriff als handhabbar und auch allgemein genug aus, um der Staatenvielfalt auf dieser Welt gerecht zu werden. Vgl. dazu J. Isensee, HStR § 13 Rn. 28 ff.; zu anderen Bestimmungsmöglichkeiten des Staatsbegriffs ebda. Rn. 41 ff.

594 G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 394 ff., 406 ff., 427 ff. Dazu J. Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, S. 282 ff., 286 ff., 294 ff.; D. Kettler, Die Drei-Elemente-Lehre, S. 22 ff., 26 ff., 35 ff.

den hier verwendeten Verfassungsbegriff keine eigenständige Bedeutung hat. Hoheitsgewalt ist zwar in den meisten Fällen auf ein bestimmtes Territorium bezogen, aber das ist für die Definition der Verfassung keine begriffliche Notwendigkeit. Jellinek zählt das Staatsgebiet zu den konstitutiven Elementen des Staates, weil sich für ihn staatliche Herrschaft als die Herrschaft über ein Gebiet darstellt; nur die Herrschaft über einen Raum von bestimmter Ausdehnung ermögliche die Ausschließlichkeit der Herrschaft nach außen und nach innen, die den Staat auszeichne.⁵⁹⁵ Diese Sichtweise mag die Verhältnisse zur Zeit der Entstehung von Jellineks „Allgemeiner Staatslehre“ (also vor dem Ersten Weltkrieg) richtig wiedergeben, kann in dieser Form aber heute mit guten Gründen angezweifelt werden. Denn aufgrund moderner Verkehrs-, Nachrichten- und Militärtechnik sowie der Globalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft kann heute kein Staat mehr auf seinem Gebiet die ausschließliche Herrschaft im Sinne Jellineks ausüben.⁵⁹⁶ Es wäre daher zu fragen, ob an dem Element „Gebiet“ für die Definition des Staates überhaupt festgehalten werden muß; aber eine solche Erörterung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und erübrigt sich hier schon deswegen, weil der Anwendungsbereich des Verfassungsbegriffs nach hier vertretener Auffassung ja nicht auf Staaten beschränkt ist.⁵⁹⁷ – Dennoch wäre es, wollte man auf das Element des Gebiets nicht verzichten, natürlich ohne weiteres möglich, mit den genannten Einschränkungen ein Herrschaftsgebiet etwa auch für die Europäische Union zu konstatieren: Dieses wäre dann die Gesamtheit der Staatsgebiete aller Mitgliedstaaten.⁵⁹⁸

595 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 396, 398.

596 Vgl. dazu nur U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, S. 97 ff.

597 Zur immer geringeren Bedeutung der Territorialität für die EU wie auch für den Staat vgl. A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 106 ff, 111 ff. Unter einem anderen Aspekt stellt A. v. Bogdandy dagegen eine „massive Verstärkung des territorialen Bezugs der Union“ durch die jüngeren Integrationschritte fest: Durch den Maastrichter und den Amsterdamer Vertrag sei ein „konkret erfahrbares einheitliches Territorium“ entstanden, ein einheitlicher Rechtsraum, in dem die regionalen Differenzierungen verschiedener zunächst außerhalb des Unionsrechts entstandener völkerrechtlicher Abkommen der Mitgliedstaaten durch deren Einbeziehung in das Unionsrecht abgebaut worden seien (Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, S. 29 f.).

598 Diese Definition eines „Unionsgebietes“ erfüllt durchaus die Merkmale, die G. Jellinek mit einem „Staatsgebiet“ verbindet. So wenig wie Jellinek die Souveränität als ein konstitutives Merkmal des Staates ansieht, fordert er für das „Gebiet“ als ein Begriffsmerkmal des Staates die souveräne Herrschaft in diesem Gebiet. Vielmehr unterscheiden sich die Merkmale des Staats-Gebietes nicht von denen des Gebietes von Gemeinden (das diese zu *Gebietskörperschaften* macht) oder von denen des Gebietes der nicht-souveränen Gliedstaaten eines Bundesstaates: G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 394 f., 397. Es stellt daher eine Jellineks Staatsbegriff nicht gerecht werdende Vermengung mit dem Merkmal der Souveränität dar, aus dem Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeiten und der daraus resultierenden Tatsache, daß der EG „keine umfassende Gebietshoheit zusteht“, zu folgern, das „Unionsgebiet“ sei kein Gebiet im Sinne der drei Staatselemente Jellineks (so aber offenbar S. Hobe, *Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht*, S. 264 f.). Entscheidend für Jellineks Staatselement des „Gebietes“ ist nicht die souveräne Ausübung von Herrschaft auf diesem Gebiet, sondern vielmehr die Ausübung von Herrschaft *über alle Personen auf diesem Gebiet*, unabhängig von deren Staats- oder Verbandszugehörigkeit (vgl. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 398). Diese territoriale Herrschaft zeichnet den neuzeitlichen Staat gegenüber den personalen Herrschaftsverhältnissen im Feudalstaat des Mittelalters aus. Will man dieses Kriterium auf die Europäischen Gemeinschaften anwenden, so muß man nicht nach der Souveränität der Herrschaft der Gemeinschaften auf dem Unionsgebiet fragen, sondern danach, ob sich diese Herrschaft auf alle Per-

Das *Staatsvolk* bildet in der Theorie Jellineks das personale Element des Staatsbegriffs. Es erscheint nicht als dem Staat vorausgehende Einheit, sondern bildet und definiert sich erst durch die einheitliche Staatsgewalt; sein Bestand ist insoweit von den anderen Elementen der Staatsdefinition abhängig.⁵⁹⁹ Zum Staatsvolk zählen diejenigen, die in einer doppelten Beziehung zur Staatsgewalt stehen, nämlich einerseits als Objekt, als „Gegenstand staatlicher Tätigkeit“ und andererseits als Subjekt und damit als Träger subjektiver (öffentlicher) Rechte;⁶⁰⁰ zu den subjektiven Rechten zählt Jellinek dabei Abwehrrechte und Leistungsansprüche gegen den Staat sowie das Recht auf Mitwirkung an staatlicher Tätigkeit.⁶⁰¹ Diese Merkmale, die Jellinek dem Staatsvolk beimißt, treffen auch für die Mitglieder des „mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes“ zu. Auch diese sind einerseits der Hoheitsgewalt unterworfen (der Personenverband soll definitionsgemäß Hoheitsgewalt gerade über seine Mitglieder haben); andererseits sind sie nach der Lehre von der Verfassungslegitimität nicht nur Träger von subjektiven Rechten in Gestalt von Abwehr- und Leistungsansprüchen gegen den Verband, sondern sie sind auch selbst – entweder direkt als Organwalter oder indirekt z.B. durch Wahlen – an der Ausübung der Hoheitsgewalt beteiligt, also Träger entsprechender Mitwirkungsrechte.

Das dritte Element schließlich, die *Staatsgewalt*, ähnelt der „Hoheitsgewalt“. Die Staatsgewalt zeichnet sich nach Jellinek zunächst dadurch aus, daß sie „Herrscher-gewalt“ ist, also unwiderstehliche, notfalls Zwang ausübende Gewalt.⁶⁰² Dieses Merkmal hat definitionsgemäß auch die „Hoheitsgewalt“ im hier gebrauchten Sinne. Die Staatsgewalt ist nach Jellinek ferner *nicht ableitbare, ursprüngliche* Herrschergewalt „aus eigener Macht“.⁶⁰³ Was Jellinek damit meint, ist nicht ganz klar. Vor dem Hintergrund etwa seiner Ausführungen zur Entstehung der Staatsgewalt durch „Aufsaugen“ anderer Herrschergewalten auf dem Staatsgebiet (z.B. der Kirche oder von Feudalherren)⁶⁰⁴ erhält die Ursprünglichkeit auch eine historische Komponente: Der Staat muß sich die Staatsgewalt auf seinem Gebiet selbst angeeignet haben. Die Ursprünglichkeit bzw. fehlende Ableitbarkeit kann aber auch als „Souveränität“ verstanden werden – so jeden-

sonen auf dem Unionsgebiet erstreckt, also auch auf Personen, die nicht Unionsbürger sind. Eine Antwort auf diese Frage findet sich z.B. in Art. 249 (ex-Art. 189) II EGV; nach Satz 2 dieser Bestimmung gelten EG-Verordnungen „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ (und nicht etwa „für alle Unionsbürger“). Aus dieser Regelung läßt sich erkennen, daß durch die Gemeinschaften Hoheitsgewalt *gebietsbezogen* ausgeübt wird.

599 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 426 f. Wenn verlangt wird, daß das Staatsvolk ein bestimmtes Maß an Homogenität aufweisen und eine dem Staat vorausgehende Einheit bilden müsse, so ist dies also eine Forderung, die über die Drei-Elemente-Lehre Jellineks hinausgeht.

600 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 406.

601 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 419 ff. Das durch diese Rechte zum Ausdruck kommende Verhältnis des einzelnen zum Staat wird dementsprechend durch die Statusverhältnisse: status passivus (für das Objektverhältnis) sowie status negativus, status positivus und status activus (für die verschiedenen Arten subjektiver Rechte) bezeichnet. Diese Einteilung Jellineks hat sich bis in die Grundrechtstheorie der Gegenwart erhalten. Vgl. H. Hofmann, Artikel „Jellinek“, Sp. 213.

602 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 429 f.

603 Ebda. S. 430 f., 489 ff.

604 Ebda. S. 431.

falls die Auslegung von H. Kelsen.⁶⁰⁵ Dann stünde aber dieses Merkmal der Staatsgewalt in eklatantem Widerspruch zur (gleich noch zu erörternden) Aussage Jellineks, die Souveränität sei *keine* notwendige Eigenschaft des Staates bzw. der Staatsgewalt.⁶⁰⁶ Jellinek kann schließlich auch so verstanden werden, daß die Staatsgewalt dann ursprünglich und unableitbar ist, wenn der Staat die *Organisationshoheit* über die Staatsgewalt hat, soweit diese ihm zusteht, wenn er sich also selbst eine Verfassung geben kann, die die Ausübung der Hoheitsgewalt regelt.⁶⁰⁷ Ob bzw. inwieweit sich Jellineks Begriff der Staatsgewalt von der oben definierten Hoheitsgewalt unterscheidet, hängt also von der Auslegung des Merkmals „Ursprünglichkeit“ bzw. „Unableitbarkeit“ in Jellineks Theorie ab. Für die oben definierte Hoheitsgewalt ist jedenfalls deren Entstehung und Herkunft kein Definitionsmerkmal; sie kann auch z.B. von einem anderen Verband auf den Staat übertragen worden sein. Die Hoheitsgewalt in obiger Definition entspricht weitgehend der Staatsgewalt bei Jellinek, wenn das Merkmal der „Ursprünglichkeit“ als Organisationshoheit bezüglich der Ausübung der Staatsgewalt ausgelegt wird; denn der Personenverband muß definitionsgemäß die Ausübung der Hoheitsgewalt selbständig organisieren und regeln können.

Ausdrücklich sagt Jellinek, daß die Souveränität *kein* wesentliches Merkmal der Staatsgewalt sei.⁶⁰⁸ Die Staatsgewalt kann äußeren Beschränkungen unterliegen; auch eine durch äußere Vorgaben (z.B. im Gliedstaat eines Bundesstaates durch das Bundesrecht) beschränkte Herrschergewalt kann Staatsgewalt im Sinne Jellineks sein. (Aus diesem Grunde betrachtet Jellinek auch die Glieder eines Bundesstaates als Staaten im Sinne seiner Drei-Elemente-Lehre.) Das trifft auch für die Hoheitsgewalt nach obiger Definition zu: Sie kann äußeren Beschränkungen unterliegen, ihre Unabhängigkeit oder Souveränität wird nicht verlangt. Es genügt, daß sie, *soweit* sie dem Personenverband zusteht, diesem die Durchsetzung von Entscheidungen gegenüber seinen Mitgliedern ermöglicht.

Die Kritik an Jellineks Drei-Elemente-Lehre in der heutigen Literatur bezieht sich vor allem auf das Fehlen eines „einenden Bandes“ für den Staat. Dieses Band wird z.B. in einer Werthaftigkeit oder in bestimmten Staatsfunktionen oder Staatszwecken gesehen⁶⁰⁹ oder in bestimmten Homogenitätsanforderungen an das Staatsvolk⁶¹⁰. Entsprechende Merkmale werden dann oft – Jellineks Theorie ergänzend oder im Rahmen einer alternativen Theorie – als konstitutiv bzw. zentral für den Staatsbegriff betrachtet. Für den „mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverband“ im oben definierten Sinne sollen solche zusätzlichen Merkmale *kein* Begriffsbestandteil sein. Das Vorliegen dieser Merkmale mag zwar für einen konkreten Personenverband wünschenswert sein, um die Legitimität der Ausübung von Hoheitsgewalt durch diesen Personenverband zu stei-

605 H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, S. 54 ff.

606 Diesen Widerspruch wirft Kelsen denn auch Jellinek vor.

607 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 489 ff.; Jellinek nennt das „Fähigkeit zur Selbstorganisation und Selbstherrschaft“. Dazu J. Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, S. 297 ff.

608 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 486 ff.

609 Vgl. die Integrationslehre von R. Smend (*Verfassung und Verfassungsrecht*), dem es um ein solches „einendes Band“ geht.

610 Vgl. zu diesen Homogenitätsanforderungen unten B.III.

gern; aber es ist keine Voraussetzung für die Anwendung des Verfassungsbegriffs und der Theorie der Verfassunggebung. Ist das „einende Band“ nur schwach, so wirkt sich das vor allem auf den zu erreichenden Verwirklichungsgrad der Legitimitätsprinzipien der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit aus; die Verfassung eines solchen „lockeren“ Verbandes hat dann eben nur eine geringe Legitimität. Die Anwendung dieser Theorie und damit die Möglichkeit der Beurteilung der Legitimität wird aber nicht von vornherein ausgeschlossen – selbst dann nicht, wenn die Legitimität gering sein sollte.

4. Gehört die demokratische Legitimation zum Begriff der Verfassung?

Oft wird angenommen, es sei ein Merkmal des modernen Verfassungsbegriffs, daß eine Verfassung durch das Volk gesetzt wird oder zumindest auf den Willen des Volkes zurückgeführt und in diesem Sinne demokratisch legitimiert werden kann.⁶¹¹ Diese Annahme liegt deswegen nahe, weil heute eine andere Legitimitätsbegründung für eine Verfassung als die Rückführung auf den Willen des Volkes kaum denkbar ist.

Dennoch ist es ohne weiteres möglich, die Art der Legitimität einer Verfassung vom Begriff der Verfassung zu trennen.⁶¹² Die „rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes“ kann dann eben etwa auch von außen, z.B. durch eine Besatzungsmacht, kriert werden. Eine *begriffliche* Notwendigkeit, die demokratische Legitimation in die Definition von „Verfassung“ hineinzunehmen, besteht nicht.

Ein Vorteil der Trennung des Verfassungsbegriffs von der Art der Legitimität der Verfassung liegt darin, daß die Legitimität eingehend untersucht werden kann, ohne die begriffliche Unsicherheit „mitschleppen“ zu müssen, ob die untersuchte Norm überhaupt einen geeigneten Untersuchungsgegenstand darstellt. Ein weiterer Vorteil dieser Trennung ist die Möglichkeit, die Legitimitätsfrage statt mit der Alternative „ja“ oder „nein“ auch differenzierter, d.h. in Zwischenstufen beantworten zu können. Diese Möglichkeit geht verloren, wenn die Legitimitätsfrage in den Verfassungsbegriff integriert wird; denn dann wird die Legitimitätsfrage zur begrifflichen Frage, ob ein Normenkomplex eine Verfassung ist, und diese Frage läßt sich nur mit „ja“ oder „nein“ beantworten.

Weil das wesentliche Erkenntnisinteresse dieser Arbeit bei der Legitimitätsfrage liegt, und weil diese Legitimitätsfrage einer differenzierten Antwort bedarf, soll der hier verwendete Verfassungsbegriff unabhängig von der Art der Legitimität sein. Es soll also

611 Das gehört auch nach Grimm „zu einer Verfassung im vollen Sinn des Begriffs“: D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 31 (m.w.N.); ders., Vertrag oder Verfassung, S. 16. Grimm weist dabei ausdrücklich darauf hin, daß für ihn nicht die „homogene Volksgemeinschaft“ oder die gemeinsame ethnische Abstammung Voraussetzung einer Verfassung ist, sondern die „kollektive Identität“, „ein Bewußtsein der Zusammengehörigkeit ..., welches Mehrheitsentscheidungen und Solidarleistungen zu tragen vermag“ sowie die Fähigkeit, „sich über ... Ziele und Probleme diskursiv zu verständigen“ (Braucht Europa eine Verfassung?, S. 46 f.; Vertrag oder Verfassung, S. 23). Zur Kritik an Grimms Auffassung s. J. Habermas, Braucht Europa eine Verfassung? – Für eine Beschränkung des Verfassungsbegriffs auf Normen, die sich auf das Volk zurückführen lassen, auch H. H. Rupp, Europäische „Verfassung“ und demokratische Legitimation, S. 270 f.

612 Diese Trennung vollzieht auch A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 70.

keine Voraussetzung für die Bezeichnung eines Normenkomplexes als „Verfassung“ sein, daß er sich auf das Volk zurückführen läßt.

II. Das geltende Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union als Europäische Verfassung

Die Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung läßt sich möglicherweise nicht nur auf die Verfassung eines möglichen künftigen Europäischen Bundesstaates anwenden, der den „klassischen“ Bundesstaaten nachgebildet ist, sondern schon auf das heute geltende Gemeinschaftsrecht. Bevor daher mögliche künftige Europäische Verfassungen erörtert werden (unten III.), soll zunächst untersucht werden, ob das geltende Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union als Europäische Verfassung angesehen werden kann.

Dabei wird der soeben entwickelte Verfassungsbegriff zugrundegelegt. Zunächst soll das Primärrecht kurz dargestellt und dabei auf seinen Charakter als „rechtliche Grundordnung“ untersucht werden (1.). Sodann wird erörtert, ob bzw. auf welche Weise die Gemeinschaften und die Union als handlungsfähiger Personenverband angesehen werden können (2.). Die Ausstattung der Gemeinschaften (3.) bzw. der Union (4.) mit Hoheitsgewalt wird in getrennten Abschnitten untersucht. Das Ergebnis dieser Betrachtungen wird schließlich mit anderen Auffassungen über den Verfassungscharakter des Primärrechts verglichen (5.).

1. Das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union als rechtliche Grundordnung

Eine *rechtliche Grundordnung* ist, wie bei der Definition des Verfassungsbegriffs im Ersten Teil der Arbeit schon ausgeführt, ein Komplex von Rechtsnormen, der sich von der übrigen Rechtsordnung in zweifacher Weise unterscheidet: Er ist Maßstab für die übrige Rechtsordnung, steht in der Normenhierarchie des jeweiligen Personenverbandes also an oberster Stelle, und seine Regelungen haben grundlegenden Charakter.

a) Überblick über das Primärrecht

Das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union besteht aus den Gründungsverträgen der ursprünglich drei Gemeinschaften⁶¹³ EGKS,

613 Als „Europäische Gemeinschaften“ wurden ursprünglich die drei Gemeinschaften „Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl“ (EGKS), „Europäische Wirtschaftsgemeinschaft“ (EWG) und „Europäische Atomgemeinschaft“ (Euratom) bezeichnet. Seit die EWG durch den Vertrag über die Europäische Union in „Europäische Gemeinschaft“ umbenannt wurde, wird für sie die Abkürzung „EG“ verwendet. Die EGKS existiert seit dem Ablauf des EGKS-Vertrages am 23.7.2002 nicht mehr (Art. 97 EGKSV legte die Vertragsdauer auf 50 Jahre vom Zeitpunkt des Inkrafttretens an fest; der EGKSV trat am 23.7.1952 in Kraft), so daß es nunmehr noch zwei „Europäische Gemeinschaften“ gibt. Der Ausdruck „Europäische Gemeinschaften“ als Sammelbezeichnung für die Gemeinschaften soll hier nicht abgekürzt werden, um Verwechslungen mit der Europäischen Gemeinschaft (EG), also der früheren EWG, zu vermeiden. Auch die Verwendung des Ausdrucks „Europäische Gemeinschaft“ (Singular) als Sammelbezeichnung für alle drei (bzw. nunmehr zwei) Gemeinschaften, wie sie sich im politischen Sprachgebrauch vor Gründung der Europäischen Union etabliert hatte, soll

E(W)G und Euratom sowie aus den späteren Ergänzungen und Änderungen dieser Verträge.⁶¹⁴ Zum Primärrecht gehört auch der Vertrag über die Europäische Union („Vertrag von Maastricht“) von 1992, durch den nicht nur die Gründungsverträge der Gemeinschaften geändert wurden, sondern auch die Europäische Union gegründet wurde. Der Vertrag über die Europäische Union und der EG-Vertrag wurden geändert durch den „Vertrag von Amsterdam“ von 1997⁶¹⁵ und durch den „Vertrag von Nizza“ von 2001⁶¹⁶. Die durch den Vertrag von Maastricht geschaffene Europäische Union stellt sich dar als gemeinsames „Dach“ und institutioneller Rahmen⁶¹⁷ für die weiter fortbestehenden Gemeinschaften, ergänzt durch die mit dem EUV eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit,⁶¹⁸ nämlich die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP)⁶¹⁹ und die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJJS bzw. vor dem Amsterdamer Vertrag die „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres“, ZBJJ)⁶²⁰.

Zum Primärrecht werden auch das ungeschriebene primäre Gemeinschaftsgewohnheitsrecht und die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ gerechnet.⁶²¹ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze wurden vor allem vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) gefunden und formuliert;⁶²² zu ihnen zählen auch die sogenannten Gemeinschaftsgrundrechte.⁶²³

b) Stellung des Primärrechts an der Spitze der Normenhierarchie

Während das Primärrecht im wesentlichen aus den von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen besteht, handelt es sich beim *Sekundärrecht* um

hier vermieden werden. Vgl. zu den terminologischen Problemen S. Hölscheidt / C. Baldus, EU und EG als terminologisches Problem.

614 Zum Primärrecht vgl. T. Oppermann, Europarecht, Rn. 473 ff.; R. Streinz, Europarecht, Rn. 3, 347 ff. Zur Entstehungsgeschichte der Gründungsverträge und den mit ihren Änderungen und Ergänzungen verbundenen politischen Entwicklungen vgl. Oppermann, ebda. Rn. 12 ff.; Streinz, ebda. Rn. 14 ff.

615 Vgl. den Überblick über die Neuerungen dieses Vertrages bei T. Oppermann, Europarecht, Rn. 47. Der Vertrag von Amsterdam ist am 1.5.1999 in Kraft getreten. Durch diesen Vertrag wurde auch die Numerierung der Vorschriften im EGV und im EUV geändert.

616 ABl. C 80/2001, S. 1 ff. Der Vertrag von Nizza ist am 1.2.2003 in Kraft getreten.

617 Art. 3 I (ex-Art. C) EUV.

618 Art. 1 III (ex-Art. A III) EUV.

619 Titel V des EUV.

620 Titel VI des EUV. Dieser Bereich ist durch den Vertrag von Amsterdam weitgehend geändert worden; das drückt sich schon in der Bezeichnung aus. Die frühere Bezeichnung war „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (ZBJJ)“. Durch den Vertrag von Amsterdam sind die Bereiche Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken des freien Personenverkehrs (auch die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen), die vorher zur ZBJJ zählten, „vergemeinschaftet“, d.h. in den EGV aufgenommen worden (jetzt Art. 61 ff. EGV).

621 Vgl. dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 479 ff.

622 Vgl. T. Oppermann, Europarecht, Rn. 482 ff.

623 Vgl. T. Oppermann, Europarecht, Rn. 489 ff.

Rechtsakte der durch diese Verträge zur Rechtsetzung ermächtigten Organe der Gemeinschaften bzw. der Union. Diese Rechtsakte können Einzelentscheidungen oder Normen sein, und sie können entweder nur die Mitgliedstaaten als solche oder (auch) direkt die Bürger der Mitgliedstaaten binden. Die Kompetenzen der Rechtsetzungsorgane der Gemeinschaften bzw. der Union ergeben sich aus dem Primärrecht; das Primärrecht ist auch inhaltlicher Maßstab für das durch diese Rechtsetzungsorgane erlassene Sekundärrecht. Im Gemeinschaftsrecht (also dem Recht der Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union einschließlich des Sekundärrechts) besteht daher eine ausgeprägte Normenhierarchie, an deren Spitze das Primärrecht steht.

c) Grundlegender Charakter des Primärrechts

Das Primärrecht enthält zahlreiche Regelungen, die für die Gemeinschaften bzw. für die Union ähnlich grundlegenden Charakter haben wie die Staatsverfassung für einen Staat.

So normiert das Primärrecht die Bildung und die Tätigkeit der Gemeinschaftsorgane⁶²⁴ Rat, Kommission, Europäisches Parlament, Gerichtshof und Rechnungshof und organähnlicher Einrichtungen⁶²⁵ wie Wirtschafts- und Sozialausschuß, Ausschuß der Regionen oder Europäische Zentralbank. Als Organ der *Europäischen Union* mit spezifischen Kompetenzen im Bereich der GASP und der PJZS, also den Politiken und Formen der Zusammenarbeit, die neben den Gemeinschaften die Europäische Union bilden, ist der Europäische Rat anzusehen.⁶²⁶

Der grundlegende Charakter des Primärrechts zeigt sich auch in den Formulierungen von Werten und Zielen nicht nur in den Präambeln der Verträge, sondern auch in einzelnen Vertragsvorschriften.⁶²⁷

624 Zu diesen Organen T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 247 ff.

625 Zu diesen Institutionen T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 395 ff.

626 Vgl. Art. 4 (ex-Art. D) EUV; dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 299 ff. Ob daneben die oben genannten Organe der Gemeinschaften gleichzeitig als Organe der Union anzusehen sind, ist umstritten; dazu R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 230c ff. Die Tatsache, daß der Rat sich selbst als „Rat der Europäischen Union“ und die Kommission sich selbst als „Europäische Kommission“ bezeichnen, hat in dieser Hinsicht keine juristische Bedeutung. Diese Bezeichnungen entsprechen nicht der Diktion des Primärrechts und werden auch nicht in juristischen und formellen Texten verwendet; vgl. dazu R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 230e. Art. 5 (ex-Art. E) EUV legt fest, daß die Gemeinschaftsorgane ihre Befugnisse auch „nach Maßgabe und im Sinne“ des EUV ausüben; ihre Kompetenzen außerhalb der Gemeinschaften, also im Bereich der GASP und der PJZS, waren bisher aber eher gering. Durch den Amsterdamer Vertrag ist jetzt allerdings eine Verschiebung eingetreten; das Gemeinschaftsorgan Rat hat durch diesen Vertrag im Bereich der PJZS eine zentrale Bedeutung erlangt (vgl. Art. 34 EUV) und handelt in diesem Bereich wie ein Organ der Europäischen Union. Vgl. dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 311 ff.

627 Werte bzw. Ziele nach dem EGV sind etwa der Gemeinsame Markt bzw. Binnenmarkt und die Wirtschafts- und Währungsunion, verbunden mit bestimmten gemeinsamen Politiken, z.B. auf den Gebieten des Verkehrs und der Umwelt (vgl. Art. 2, 3, 4 (ex-3a), 14 (ex-7a) EGV). Im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion werden z.B. die Grundsätze der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb und der Preisstabilität genannt (Art. 98 (ex-102a), 105 I EGV). Die Regelungen über die GASP und die PJZS im EUV (Art. 11 ff. (ex-J ff.), 29 ff. (ex-K ff.) EUV) stellen nicht nur einen institutionellen Rahmen zur Verfügung, sondern geben auch das Ziel vor, diese gemeinsamen Politiken bzw. Zusammenarbeiten zur verwirklichen, und nennen hierfür eine Reihe von Werten und Zielen wie die Stärkung der Sicherheit der Union und ihrer Mitgliedstaaten, die Wahrung des Friedens

Schließlich enthält das Primärrecht eine Reihe von grundlegenden Rechten des einzelnen, nämlich in Gestalt der in erster Linie gegenüber den Mitgliedstaaten geltenden ausdrücklich normierten Grundfreiheiten⁶²⁸ und in Gestalt der in erster Linie gegenüber den Gemeinschaften bzw. der Union geltenden bislang ungeschriebenen⁶²⁹ Grundrechte⁶³⁰.

und die Förderung der internationalen Zusammenarbeit (Art. 11 I EUV) oder ein hohes Maß an Sicherheit (Art. 29 EUV). Neuerdings nennt auch der durch den Amsterdamer Vertrag eingefügte Art. 6 I EUV die „Grundsätze(n) der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit“ als gemeinsame Grundsätze aller Mitgliedstaaten, auf denen die Union beruhe, und Art. 16 EGV (ebenfalls durch den Amsterdamer Vertrag eingefügt) spricht in abstrakter Weise von den „gemeinsamen Werte(n) der Union“. Vgl. dazu I. Pernice, Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 209 Fn. 19 m.w.N. R. Bieber spricht angesichts der Wert- und Zielformulierungen von einer „eigenen Wertordnung“, die durch das Primärrecht begründet wird (R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 293). Skeptisch gegenüber dem Umfang, in dem solche europaweit gemeinsamen Werte tatsächlich vorhanden sind, ist allerdings A. v. Bogdandy (Zweierlei Verfassungsrecht, S. 171 ff.).

628 Dazu R. Streinz, Europarecht, Rn. 652 ff. Bei den Grundfreiheiten handelt sich um die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39-42 (ex-Art. 48-51) EGV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 43-48 (ex-Art. 52-58) EGV), die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art. 49-55 (ex-Art. 59-66) EGV), des Warenverkehrs (Art. 28-31 (ex-Art. 30-37) EGV) und des Kapital- und Zahlungsverkehrs (Art. 56-60 (ex-Art. 67-73h) EGV). Diese Grundfreiheiten sind unmittelbar geltende und damit grundsätzlich in den Mitgliedstaaten gerichtlich durchsetzbare Rechte von Bürgern der Mitgliedstaaten; der Zweck dieser Rechte ist die Beseitigung von Behinderungen entsprechender grenzüberschreitender Tätigkeiten bzw. von Diskriminierungen bei diesen Tätigkeiten aufgrund der Staatsangehörigkeit. Dabei werden die Grundfreiheiten durch das ihnen gegenüber subsidiäre allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 (ex-Art. 6) EGV ergänzt. Ihrem Zweck entsprechend richten sich diese Rechte in erster Linie gegen die Mitgliedstaaten, nicht gegen die Gemeinschaft. Die EG ist aber im Rahmen der Sekundärrechtssetzung im Bereich der Grundfreiheiten auch Verpflichtete; vgl. dazu R. Streinz, Europarecht, Rn. 709.

629 Die im Dezember 2000 durch den Europäischen Rat in Nizza feierlich verkündete Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist bislang nicht ins Primärrecht inkorporiert worden; das dazu erforderliche Vertragsänderungsverfahren wurde nicht in Gang gesetzt. Ob als Ergebnis der Arbeiten des seit März 2002 auf der Grundlage der „Erklärung von Laeken“ tagenden Konvents auch Grundrechte in das geschriebene Primärrecht aufgenommen werden, bleibt abzuwarten.

630 Vgl. zu den Gemeinschaftsgrundrechten T. Oppermann, Europarecht, Rn. 489 ff.; H.-W. Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Die Gemeinschaftsgrundrechte sind zwar nicht Bestandteil des *geschriebenen* Primärrechts, wurden aber vom EuGH als allgemeine Rechtsgrundsätze formuliert, die den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, und werden zum ungeschriebenen Primärrecht gezählt. Bei den Gemeinschaftsgrundrechten handelt es sich im wesentlichen um die Menschenwürde, die Achtung der Privatsphäre, die Unverletzlichkeit der Wohnung, den Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote, die Religions-, Vereinigungs-, Meinungs- und Berufsfreiheit, das Eigentum, den Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und auf fairen Prozeß und das Rückwirkungsverbot für Strafgesetze. Diese Gemeinschaftsgrundrechte stellen – ähnlich wie Grundrechte in Staatsverfassungen – grundlegende Regelungen des Verhältnisses zwischen Bürgern und den Gemeinschaften bzw. der Union dar. Sie unterscheiden sich von den Grundrechten in den meisten Staatsverfassungen allerdings dadurch, daß sie lediglich „Richterrecht“ darstellen; die Konsequenzen, die hieraus auch unter dem Gesichtspunkt der Legitimität zu ziehen sind, sollen noch erörtert werden.

d) Einbeziehung von Primärrechtsnormen, die keinen grundlegenden Charakter haben

Neben den angesprochenen Normen mit grundlegendem Charakter enthält das Primärrecht eine Vielzahl von Normen, die inhaltlich eher dem Wirtschafts-, Verwaltungs- oder Verfahrensrecht zuzuordnen sind als dem Verfassungsrecht und keinen grundlegenden Charakter haben. Es fragt sich, ob auch diese Normen zur „rechtlichen Grundordnung“ und damit möglicherweise zur Verfassung gerechnet werden können.⁶³¹

Für eine Einbeziehung auch dieser Normen spricht schon ihre Stellung an der Spitze der Normenhierarchie – ein wesentliches Merkmal einer rechtlichen Grundordnung. Sie sollten aber auch deshalb in die Verfassung einbezogen werden, weil nur in diesem Fall ein klares Kriterium zur Abgrenzung der Verfassung von der übrigen Rechtsordnung zur Verfügung steht: der vertragliche Ursprung des (mit der Verfassung dann identischen) Primärrechts.⁶³²

Die Einbeziehung von Primärrechtsnormen ohne grundlegenden Charakter nimmt auch nicht dem Primärrecht im ganzen seinen grundlegenden Charakter. Es ist zwar sicher richtig, daß solche Normen die *Wahrnehmung* des Primärrechts als grundlegende Rechtsordnung und damit als Verfassung erheblich erschweren,⁶³³ weil sie den Blick auf die grundlegenden Vorschriften verstellen; das ändert jedoch nichts am Vorhandensein dieser grundlegenden Vorschriften im Primärrecht (und nur dort). Auch in vielen Staatsverfassungen finden sich Normen, die nach ihrem Regelungsbereich eher dem einfachen Gesetzesrecht zuzuordnen wären, ohne daß diesen Normen deswegen die Zugehörigkeit zur Verfassung abgesprochen würde.⁶³⁴

Aus diesen Gründen können auch „technische“ Primärrechtsnormen ohne grundlegenden Charakter als Bestandteil der rechtlichen Grundordnung und damit der „Verfassung“ betrachtet werden.⁶³⁵ – Dennoch ist es sicher wünschenswert und der Wahrnehm-

631 R. Bieber etwa rechnet solche „rein technischen“ Normen nicht zur „Verfassung der Union“. Vgl. R. Bieber, Die Vereinfachung der Verträge zur Errichtung der Europäischen Union, S. 1338; ders., Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 293 f.

632 Ein Abgrenzungsproblem besteht hier nur hinsichtlich des „ungeschriebenen Primärrechts“, das vor allem durch den EuGH formuliert wurde. Die Qualifizierung vom EuGH entwickelter Rechtssätze als Primärrecht ergibt sich aus ihrem grundlegenden Charakter, also nicht aus einem formalen (und damit klaren) Kriterium wie dem vertraglichen Ursprung.

633 So R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 294.

634 Beispiele aus dem Grundgesetz sind Art. 27: „Alle deutschen Kauffahrteischiffe bilden eine einheitliche Handelsflotte“ oder Art. 48 III 2: „Sie (sc. die Abgeordneten des Bundestages) haben das Recht der freien Benutzung aller staatlichen Verkehrsmittel“.

635 Anders A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 57 f.: Die Verträge stellten keine Verfassung im formellen Sinne dar, vielmehr sei die Europäische Verfassung rein materiell zu bestimmen; die eher technischen Normen zählen nach Ansicht von Peters dabei nicht zur materiellen Verfassung. Darüber hinaus möchte Peters offenbar den Normenbestand der materiellen Europäischen Verfassung weiter einengen: Innerhalb des Primärrechts gebe es eine Normenhierarchie, wie z.B. in den neugefaßten Art. 6 und 7 sowie 43 I Buchst. b) EUV und in den beiden EWR- und dem EMRK-Gutachten des EuGH deutlich werde (ebda, S. 341 ff.). In diesen Vorschriften bzw. Gutachten ist von „Grundsätzen“ bzw. „Grundlagen“ der Gemeinschaft die Rede, die einen umfassenderen Geltungsbereich haben bzw. – so die Auslegung der EuGH-Gutachten durch Peters – einer erschwerenden Abänderbarkeit unterliegen. Nur diese grundlegenden Normen haben nach Ansicht von Peters

barkeit des Primärrechts als Verfassung förderlich, dieses übersichtlicher zu gestalten und auf grundlegende Regelungen zu reduzieren.

2. Die Europäischen Gemeinschaften bzw. die Europäische Union als handlungsfähiger Personenverband

Im folgenden soll die Frage erörtert werden, ob die Gemeinschaften bzw. die Union als Personenverband angesehen werden können, also als Personengesamtheit, die mit Hilfe von Organen in der Lage ist, in den Angelegenheiten der Verbandsmitglieder zu handeln; inwieweit sie gegenüber Einzelpersonen mit *Hoheitsgewalt* handeln können, wird im nächsten Abschnitt erörtert (unten 3.).

Die Qualifizierung als *Personengesamtheit*, also als Gesamtheit von Einzelpersonen, ist im Hinblick auf die Entstehung und die ursprüngliche Beschaffenheit der Gemeinschaften bzw. der Union dem ersten Anschein nach problematisch. Beruhen die Gemeinschaften und die Union doch auf völkerrechtlichen Verträgen zwischen den Mitgliedstaaten; ihre Mitglieder sind Staaten, nicht deren Bürger. Allerdings lassen sich die Mitgliedstaaten selbst ohne weiteres jeweils als Personengesamtheit verstehen, nämlich als die Gesamtheit ihrer jeweiligen Staatsangehörigen. Faßt man die Staatsangehörigen aller Mitgliedstaaten zusammen, so ergibt sich eine größere Personengesamtheit. Mit Hilfe der *Gemeinschaftsorgane* ist diese auch in den Angelegenheiten ihrer Mitglieder *handlungsfähig*. Die Organe der Gemeinschaften bzw. der Union repräsentieren nämlich nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch – zumindest indirekt – deren Staatsangehörige, für die die Mitgliedstaaten ja letztlich handeln. Das gilt in besonderem Maße für das Europäische Parlament, das seit 1979 direkt von den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten gewählt wird. Auch der Abschluß der Gründungsverträge und damit die Schaffung des Primärrechts als möglicher Verfassung läßt sich aus der Perspektive der einzelnen Bürger der Mitgliedstaaten betrachten und damit als ein Akt des aus ihnen gebildeten Personenverbandes verstehen;⁶³⁶ denn die entsprechenden völkerrechtlichen Verträge sind von Regierungsvertretern abgeschlossen worden, die ja nicht nur für die jeweiligen Mitgliedstaaten, sondern auch für deren Bürger handelten, und sie sind entsprechend den Verfassungen der einzelnen Mitgliedstaaten durch Parlamentsbeschluß oder Referendum ratifiziert worden, also durch Akte, die den Bürgern (direkt oder indirekt) zugerechnet werden können.⁶³⁷

Verfassungsqualität. – Eine solche Einschränkung der Europäischen Verfassung auf „Grundsätze“ oder „Grundlagen“ erscheint aber als zu weitgehend, weil sie eine zu große Ungewißheit über den Normbestand und den Inhalt der Verfassung mit sich bringt.

636 So auch A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 563 f.

637 Auf diese Weise kann die Schaffung des Primärrechts vielleicht auch als „Contrat social“, als Gesellschaftsvertrag der Bürger der Mitgliedstaaten verstanden werden; vgl. I. Pernice, *Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung*, S. 208 f. A.A. W. Hertel, *Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung*, S. 246 und ders., *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, S. 137: Das Primärrecht sei nicht durch einen Willensakt der vereinigten europäischen Staatsbürger geschaffen worden, sondern „durch einen Willensakt der europäischen Staaten“ (Hervorhebung im Original); ähnlich ebda. S. 120 f.: „die ‘verfassungsgebende Gewalt’ liegt ... ausschließlich bei den Mitgliedstaaten“. – Im vorliegenden Zusammenhang kommt es nur auf die Möglichkeit an, das Handeln der Gemeinschaften bzw. der Union und auch die Schaffung des Primärrechts indirekt den Unionsbürgern zuzuordnen. Ob diese auch eine besondere „Einheit“ im Sinne ei-

Gegen die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaften bzw. der Union als Personenverband könnte eingewendet werden, auf der europäischen Ebene fehlten die Voraussetzungen demokratischer Willensbildung.⁶³⁸ Selbst wenn diese Behauptung zutreffen sollte, geht der Einwand fehl. Denn mit „Handlungsfähigkeit“ ist hier zunächst nicht mehr gemeint als die Möglichkeit, dem Personenverband Handlungen bestimmter Organe zuzurechnen; ob dieses Organhandeln auch dem Willen der Mitglieder des Personenverbandes entspricht, ist eine andere Frage (nämlich die Frage nach dem Grad der Verwirklichung der kollektiven Autonomie). Mit anderen Worten: Für das Kriterium der bloßen Handlungsfähigkeit im hier verwendeten Sinne genügt die Möglichkeit der Repräsentation durch Organe; es muß sich dabei nicht um *demokratische* Repräsentation handeln. Die Gemeinschaften bzw. die Union können demnach als handlungsfähiger Personenverband betrachtet werden.

Der Personenverband der Gemeinschaften bzw. der Union besteht aus den *Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten*. Auch die „Unionsbürgerschaft“, die durch den Vertrag von Maastricht in den EGV aufgenommen wurde, wird durch das Kriterium der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates definiert.⁶³⁹ Der Begriff der Unionsbürgerschaft ist insoweit mißverständlich, als er das gleiche rechtliche Verhältnis zwischen den Gemeinschaften bzw. der Union und den „Unionsbürgern“ suggeriert wie zwischen einem Staat und seinen Bürgern. Richtig ist diese Analogie nur insoweit, als die Unionsbürgerschaft *überhaupt* Rechte (und Pflichten) der einzelnen Unionsbürger begründet;⁶⁴⁰ diese Rechte sind aber nicht die gleichen wie die Rechte, die mit einer *Staatsbürgerschaft* verbunden sind – schon deswegen nicht, weil die Union eben kein *Staat* ist. An die Unionsbürgerschaft knüpfen dennoch Rechte an, die auch für eine Staatsbürgerschaft (dann aber mit dem Staat als Bezugspunkt) wesentlich sind: die (nicht an eine wirtschaftliche Betätigung geknüpfte, aber einem sekundärrechtlichen Regelungsvorbehalt unterliegende) Freizügigkeit⁶⁴¹ im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, der (durch die verschiedenen Diskriminierungsverbote konkretisierte) Anspruch auf Gleichbehandlung mit anderen Unionsbürgern⁶⁴², das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen⁶⁴³ und bei Wahlen zum Europäischen Parlament⁶⁴⁴, sowie diplomatischer und konsularischer Schutz⁶⁴⁵ und das Petitionsrecht⁶⁴⁶. Daher ist die Unionsbürgerschaft – *mutatis mutandis*

nes besonderen gesellschaftlichen Zustandes bilden, ist hier zunächst unerheblich. Den Übergang in einen solchen besonderen gesellschaftlichen Zustand wollte Rousseau aber mit seinem Begriff „*Contrat social*“ bezeichnen; daher wäre dieser Begriff hier nicht im rousseauschen Sinne, sondern im Sinne eines allgemeineren Gesellschaftsvertragsgedankens zu verwenden.

638 Zum Problem der demokratischen Willensbildung auf europäischer Ebene ausführlich und unter Berücksichtigung vieler argumentativer Varianten M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*.

639 Art. 17 I (ex-Art. 8 I) EGV.

640 Vgl. I. Pernice, *Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung*, S. 215 f.

641 Art. 18 (ex-Art. 8a) EGV; im Unterschied hierzu ist die („ältere“) Freizügigkeit nach Art. 39 ff. (ex-Art. 48 ff.) EGV an eine unselbständige bzw. selbständige Erwerbstätigkeit geknüpft.

642 Art. 12 I EGV (ex-Art. 6 EGV).

643 Art. 19 (ex-Art. 8b) I EGV.

644 Art. 19 (ex-Art. 8b) II EGV.

645 Art. 20 (ex-Art. 8c) EGV.

– durchaus mit der Staatsbürgerschaft vergleichbar.⁶⁴⁷ Auf den Grad dieser Vergleichbarkeit soll es hier aber nicht weiter ankommen. Die Unionsbürgerschaft dient hier nur als ein Abgrenzungskriterium, um den Kreis der zur Gesamtheit gehörigen Mitglieder festzulegen; der Umfang der damit verbundenen Rechte und Pflichten gegenüber der Union ist dafür ohne Bedeutung.

Die Mitglieder des Personenverbandes der Gemeinschaften bzw. der Union sollen hier aus Gründen der einfacheren Benennung als „Unionsbürger“ bezeichnet werden. Wie sich aus dem Gesagten ergibt, soll damit keine Aussage über die Staatsähnlichkeit der Gemeinschaften oder der Union gemacht werden.

3. Die Ausstattung der Gemeinschaften mit Hoheitsgewalt

Nach Art. 23 II 2 GG kann der Bund zur Mitwirkung bei der Entwicklung der Europäischen Union durch Gesetz Hoheitsrechte übertragen; dies ist nach einhelliger Auffassung z.B. durch das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Maastricht (etwa bezüglich der Währungshoheit) geschehen. Vor Inkrafttreten des Art. 23 GG n.F. wurde die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften auf Art. 24 I GG gestützt; auf diesem Wege wurden Hoheitsrechte etwa durch die Gründungsverträge der Gemeinschaften bzw. die entsprechenden Zustimmungsgesetze übertragen.

Aufgrund dieser Übertragung von Hoheitsrechten üben die Gemeinschaften Hoheitsgewalt aus. Das wird besonders deutlich bei Rechtsakten der Gemeinschaften, die unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten entfalten, wie der Verordnung⁶⁴⁸ und der Entscheidung⁶⁴⁹.

Die Hoheitsgewalt der Gemeinschaften ist dabei sachlich beschränkt. Das ergibt sich schon daraus, daß die Mitgliedstaaten Hoheitsrechte nur für bestimmte Regelungsbereiche auf die Gemeinschaften übertragen haben; dieser Umstand spiegelt sich wider im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.⁶⁵⁰ Nach diesem Prinzip dürfen die Gemeinschaftsorgane nur auf denjenigen Gebieten außenverbindlich tätig werden, für die ihnen das Primärrecht eine Kompetenz gibt. Eine Kompetenzhoheit oder Kompetenz-Kompetenz (also das Recht, sich neue Kompetenzen zu schaffen), steht den Gemeinschaften also nicht zu. Hierin unterscheiden sich die Gemeinschaften deutlich von einem Staat.

646 Art. 21 (ex-Art. 8d) EGV.

647 Zu diesem Ergebnis kommt auch C. Tomuschat, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft: Die Unionsbürgerschaft habe jedenfalls mehr Gemeinsamkeiten mit der Staatsbürgerschaft als mit einer „Weltbürgerschaft“. Etwas anders S. Hobe, Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht, S. 267: Die Unionsbürgerschaft sei nur die „Vorstufe“ einer „Europa’staats’angehörigkeit“.

648 Vgl. Art. 249 (ex-Art. 189) II EGV, Art. 161 II EAGV. Dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 539 ff.; R. Streinz, Europarecht, Rn. 377 ff.

649 Vgl. Art. 249 (ex-Art. 189) IV EGV, Art. 161 IV EAGV. Dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 563 ff.; R. Streinz, Europarecht, Rn. 413 ff.

650 Dieses Prinzip ist nicht als solches ausdrücklich normiert; es ergibt sich vielmehr aus dem System des Primärrechts. Dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 513 ff.; H. D. Jarass, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, S. 174 f.

4. Ist auch die Europäische Union mit Hoheitsgewalt ausgestattet?

Aus der Ausstattung der Gemeinschaften mit Hoheitsgewalt läßt sich noch nicht unmittelbar folgern, daß auch die Europäische Union mit Hoheitsgewalt ausgestattet ist. Denn die Union ist von den Gemeinschaften verschieden: Die Gemeinschaften bilden nach Art. 1 III 1 EUV⁶⁵¹ die „Grundlage“ der Union, ergänzt durch die GASP und die PJZS. Die Union ist also weder eine andere Bezeichnung für die Gemeinschaften noch deren Rechtsnachfolger; die Gemeinschaften existieren auch nach der Gründung der Union fort, die Union ist ihnen gegenüber ein „aliud“. ⁶⁵² Auch wenn man zu Recht am Sinn dieser rechtlichen Trennung zweifeln kann: ⁶⁵³ Die Frage, ob auch die Union Träger von Hoheitsgewalt ist bzw. sein kann, bedarf de lege lata einer gesonderten Prüfung.

Zweifel an der *Fähigkeit* der Union, Träger von Hoheitsrechten zu sein, können sich aus ihrer mangelhaften Rechtspersönlichkeit ergeben. So ist die Union mangels ausdrücklicher Regelung, anders als die Gemeinschaften, ⁶⁵⁴ für das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten nicht rechts- und geschäftsfähig; ⁶⁵⁵ auch ihre Eigenschaft als Völkerrechtssubjekt ist zumindest sehr umstritten. ⁶⁵⁶ Allerdings lassen sich weder aus der innerstaatlichen Rechts- und Geschäftsfähigkeit noch aus der Völkerrechtssubjektivität Rückschlüsse hinsichtlich der Fähigkeit ziehen, Träger von Hoheitsgewalt zu sein: Die erste Eigenschaft betrifft die Fähigkeit, am innerstaatlichen Rechtsverkehr teilzunehmen – und zwar gerade nicht als Hoheitsträger, sondern als Subjekt, das zumindest teilweise (z.B. im Hinblick auf die Verwirklichung zivilrechtlicher Rechtspositionen) der innerstaatlichen Hoheitsgewalt unterworfen ist bzw. sich ihr unterwirft. Die zweite Eigenschaft betrifft die Fähigkeit, am völkerrechtlichen Verkehr mit Staaten und anderen Völkerrechtssubjekten teilzunehmen; auch diese Eigenschaft ist, wie die Völkerrechts-

651 Ex-Art. A III 1 EUV.

652 Die Ansicht, daß mit der Gründung der Union die bisherigen Gemeinschaften als eigenständige Rechtspersönlichkeiten untergegangen sind, wird kaum ernsthaft vertreten. Die Auffassungen, die für eine möglichst weitgehende *terminologische* Gleichsetzung von Union und Gemeinschaften plädieren (vor allem A. v. Bogdandy / M. Nettesheim, Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung), halten zumindest die Möglichkeit des Fortbestehens der Gemeinschaften als eigene Rechtspersönlichkeiten offen (vgl. v. Bogdandy / Nettesheim ebda. S. 23, 26). Gegen jede Gleichsetzung von Union und Gemeinschaften M. Pechstein / C. König, Die Europäische Union, Rn. 7 ff. Unter Einbeziehung der Weiterentwicklung der Union aufgrund des Amsterdamer Vertrages spricht A. v. Bogdandy nun von der Union (mit den Gemeinschaften) als „einer einzigen Organisation“ und konstatiert eine „organisatorische Einheit“ von Union und Gemeinschaften: Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, S. 41 ff.

653 So I. Pernice, Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 222.

654 Vgl. Art. 282 (ex-Art. 211) EGV, Art. 185 EAGV.

655 R. Streinz, Europarecht, Rn. 121b; H. Lecheler, Der Rechtscharakter der „Europäischen Union“, S. 390 ff.

656 Gegen eine Rechtspersönlichkeit der Union D. König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, S. 249 ff. m.w.N. Auch H. Lecheler verneint die Völkerrechtssubjektivität der Union: Der Rechtscharakter der „Europäischen Union“, S. 392 f. Vgl. dazu auch R. Streinz, Europarecht, Rn. 121b. A.A. etwa A. v. Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, S. 40: Die Völkerrechtspersönlichkeit sei in Art. 24 EUV „deutlich angelegt“; ebenso I. Pernice, Art. 23 Rn. 42.

subjektivität nichtstaatlicher internationaler Organisationen zeigt, unabhängig von Hoheitsbefugnissen.

Für die Frage, ob die Union Träger von Hoheitsrechten ist, kommt es also in erster Linie weniger auf ihre Rechtspersönlichkeit als vielmehr darauf an, ob sie zur Ausübung von Hoheitsgewalt ermächtigt ist. Solche Ermächtigungen sind in dem speziell die Union betreffenden Gemeinschaftsrecht zu suchen, also in den entsprechenden Teilen des Unionsvertrages und seines rechtlichen Umfeldes.

Der EUV enthält unionspezifische Regelungen im wesentlichen in den Art. 1-7⁶⁵⁷ (gemeinsame Bestimmungen) und 46-53⁶⁵⁸ (Schlußbestimmungen) sowie 11-28⁶⁵⁹ (GASP) und 29-42⁶⁶⁰ (PJZS). Die gemeinsamen Bestimmungen (Art. 1-7) enthalten allgemeine Vorschriften, z.B. über Grundlagen, Ziele und Organe der Union; insoweit sind keine Hoheitsbefugnisse normiert. Lediglich Art. 6 enthält – neben dem Bekenntnis zur Wahrung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten – zwei Regelungen, die mit Hoheitsbefugnissen in Verbindung gebracht werden könnten: die Achtung der Grundrechte durch die Union (Abs. 2) und das Recht der Union zur Ausstattung mit Mitteln (Abs. 4). Die letztere Regelung begründet indes kein Recht zur Erhebung von Abgaben direkt beim Unionsbürger, also auch keine Hoheitsbefugnis.⁶⁶¹ Die erstere Regelung, die Achtung der Grundrechte, deutet dagegen scheinbar an, daß „die Union“ gegenüber den Unionsbürgern hoheitlich tätig werden kann, denn nur dann ergibt streng genommen die Rede von Grundrechten in diesem Zusammenhang Sinn. Diese Regelung ist durch den Amsterdamer Vertrag sogar verfahrensmäßig gestärkt und abgesichert worden, indem der EuGH im Bereich des Art. 6 II EUV eine Zuständigkeit erhalten hat.⁶⁶² Allerdings kann Art. 6 II EUV durchaus auch dann einen Sinn ergeben, wenn die Union selbst keine Hoheitsbefugnisse hat. Denn einerseits kann die Union Grundrechte auch dadurch „achten“, daß sie ihre intergouvernementale Tätigkeit darauf ausrichtet, daß die *Mitgliedstaaten* die Grundrechte achten, und andererseits kann Art. 6 II EUV dahingehend ausgelegt werden, daß mit der Bezeichnung „Union“ hier zumindest auch die Gemeinschaften als Träger von Hoheitsgewalt gemeint sind.⁶⁶³ Jedenfalls spricht die Regelung in Art. 6 II EUV nicht zwingend für eine Ausstattung der Union mit Hoheitsgewalt.

657 Ex-Art. A-F.

658 Ex-Art. L-S.

659 Ex-Art. J-J.11.

660 Ex-Art. K-K.9.

661 Vgl. R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 121; BVerfGE 89, 155, 195 f.

662 Vgl. Art. 46 Buchst. d EUV. Allerdings besteht diese Zuständigkeit des EuGH nur „in bezug auf Handlungen der Organe, sofern der Gerichtshof im Rahmen der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften oder im Rahmen dieses Vertrags zuständig ist“; diese anderweitig zu begründende Zuständigkeit des EuGH wird durch Art. 46 Buchst. d also nur um den Prüfungsmaßstab der Grundrechte für das Handeln der Organe erweitert.

663 Für die letztere Auslegung spricht auch, daß nach Art. 5 (ex-Art. E) EUV die dort genannten Organe (die gleichzeitig Unions- und Gemeinschaftsorgane sind) an die Bestimmungen des EUV gebunden sind – ohne Unterscheidung danach, ob sie als Organ einer der Gemeinschaften oder als Unionsorgan handeln. Dem entspricht jetzt Art. 46 Buchst. d, der voraussetzt, daß ein Handeln der Organe auch im Bereich der Gemeinschaften gegen Art. 6 II EUV verstoßen kann.

Die Schlußbestimmungen des Unionsvertrages (Art. 46-53) enthalten keine Regelungen hinsichtlich einer Ausstattung der Union mit Hoheitsgewalt.⁶⁶⁴

Einen wesentlichen Bestandteil der die Union betreffenden Regelungen stellen die Vorschriften zu den beiden „Säulen“⁶⁶⁵ dar, durch die die Gemeinschaften zur Union ergänzt werden:⁶⁶⁶ GASP und PJZS. In diesen Vorschriften werden Ziele formuliert⁶⁶⁷ und bestimmte Verfahren bereitgestellt, mit deren Hilfe die Politik der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaften in den Bereichen Äußeres und Sicherheit bzw. Polizei und Justiz (Strafsachen) koordiniert und auf längere Sicht zusammengeführt werden soll.

Die Außen- und Sicherheitspolitik hat dabei schon begrifflich keine Bedeutung für die Frage nach der Hoheitsgewalt gegenüber den Unionsbürgern. Polizei und Strafjustiz sind dagegen geradezu die „klassischen“ Bereiche, in denen ein *Staat* Hoheitsgewalt gegenüber den Bürgern ausübt; es fragt sich aber, ob dies auch für die Union im Verhältnis zu den Unionsbürgern gilt.

Die Formulierung der Ziele der Union für die Bereiche Polizei und Strafjustiz in Art. 29 EUV stellt noch keine Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Union dar. Aber auch in den übrigen Vorschriften über die PJZS finden sich keine Regelungen, durch die oder aufgrund derer die Union unmittelbar gegenüber den Unionsbürgern hoheitlich tätig werden könnte.⁶⁶⁸ Die PJZS stellt eben – wie die GASP – lediglich einen rechtlichen und institutionellen Rahmen für die intergouvernementale Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in diesen Bereichen dar,⁶⁶⁹ auch wenn durch den Amsterdamer Vertrag die Gemeinschaftsorgane Rat, EuGH und Parlament in diese Zusammenarbeit verstärkt einbezogen wurden.⁶⁷⁰ Aufgrund dieser Zusammenarbeit sind dann zwar die Mitgliedstaaten möglicherweise zu hoheitlichem Tätigwerden gegenüber ihren Bürgern verpflichtet;⁶⁷¹

664 Zu Art. 46 Buchst. d EUV vgl. die vorhergehenden beiden Fußnoten.

665 Vgl. Art. 11-28 (ex-Art. J-J.11) EUV zur GASP und 29-42 (ex-Art. K-K.9) EUV zur PJZS.

666 Vgl. Art. 1 (ex-Art. A) III EUV: „Grundlage der Union sind die Europäischen Gemeinschaften, ergänzt durch die mit diesem Vertrag eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit.“

667 Vor allem in Art. 11 und 29 (ex-Art. J.1 und K.1) EUV.

668 So hat die Annahme eines gemeinsamen Standpunktes oder ein Rahmenbeschluß oder anderer Beschluß durch den Rat (Art. 34 II Buchst. a-c EUV) keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Unionsbürger, sondern begründet nur Pflichten für die Mitgliedstaaten. Das ist für die Rahmenbeschlüsse und anderen Beschlüsse ausdrücklich geregelt (Art. 34 II Buchst. b und c EUV: „nicht unmittelbar wirksam“) und ergibt sich für die gemeinsamen Standpunkte aus deren Natur als bloße Formulierung politischer Ziele (vgl. Art. 37 EUV: die Mitgliedstaaten vertreten die gemeinsamen Standpunkte in internationalen Organisationen und auf internationalen Konferenzen).

669 Dazu R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 121a.

670 Vgl. Art. 34, 35, 39 EUV. Dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 1576.

671 Die Mitgliedstaaten können dabei selbst tätig werden oder ihrerseits Hoheitsrechte auf eine andere Einrichtung übertragen, die dann Hoheitsgewalt ausübt. Das gilt auch für das „Einholen, Speichern, Verarbeiten, Analysieren und Austauschen sachdienlicher Informationen“ nach Art. 30 I Buchst. b EUV: Soweit diese Tätigkeiten personenbezogene Daten betreffen, stellen sie Grundrechtseingriffe dar; Art. 30 I Buchst. b EUV enthält nun dementsprechend auch den Hinweis auf Datenschutzvorschriften. Diese Tätigkeiten werden nicht von der Union, sondern in koordinierter Form von den Mitgliedstaaten bzw. von der von ihnen geschaffenen Einrichtung Europol (dazu sogleich im Text) vorgenommen.

Hoheitsgewalt wird in diesem Fall aber nur von den Mitgliedstaaten selbst ausgeübt, nicht von der Union.⁶⁷²

So verhält es sich auch mit Übereinkommen, die im Bereich der PJZS zwischen den Mitgliedstaaten abgeschlossen werden;⁶⁷³ zu diesen Übereinkommen zählt auch das Europol-Abkommen⁶⁷⁴, das den Aufbau eines unionsweiten Systems zum Austausch von Informationen im Rahmen eines Europäischen Polizeiamts (Europol) vorsieht.⁶⁷⁵ Diese Übereinkommen stellen völkerrechtliche Verträge dar, die gegenüber den Bürgern erst durch staatlichen Transformationsakt wirksam werden können; im Rahmen dieser Verträge wird Hoheitsgewalt durch die Mitgliedstaaten oder auch durch besondere Einrichtungen wie Europol⁶⁷⁶ ausgeübt, nicht jedoch durch die Union selbst.⁶⁷⁷

Auch aufgrund der Regelung in Art. 42 EUV erhält die Union keine Hoheitsgewalt. Nach dieser Vorschrift können einzelne Materien aus dem Bereich der PJZS dergestalt „vergemeinschaftet“ werden, daß sie aufgrund eines einstimmigen, von allen Mitgliedstaaten zu ratifizierenden Ratsbeschlusses unter den EGV fallen. Maßnahmen in diesen Bereichen können zwar auch hoheitlichen Charakter haben; sie fallen aber nach der Vergemeinschaftung nicht mehr in den Regelungsbereich des Unionsvertrages, sondern eben des EGV. Gerade die Regelung des Art. 42 EUV kann damit als Beleg dafür herangezogen werden, daß der Unionsvertrag für die *Union* keine Hoheitsbefugnisse vorsieht: Sobald die einheitliche Ausübung von Hoheitsgewalt im Bereich der PJZS nötig erscheint, soll nämlich nicht die Union, sondern die *Europäische Gemeinschaft* entsprechende Befugnisse erhalten.

Im Unionsvertrag und seinem rechtlichen Umfeld finden sich also keine Ermächtigungen der Union zur Ausübung von Hoheitsgewalt. Die Union als solche ist daher nicht mit Hoheitsgewalt ausgestattet.⁶⁷⁸ Nach dem hier verwendeten Verfassungs begriff

672 Das meint offenbar auch I. Pernice, wenn er sagt, daß die Rahmenbeschlüsse und anderen Beschlüsse nach Art. 34 II Buchst. b und c EUV „verbindlich sind und Grundrechtseingriffe gegenüber dem Bürger zumindest mittelbar bewirken können“, weshalb auch in diesem Bereich „die Bindung an die Grundrechte unerlässlich“ sei (Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, S. 855). Pernice meint in diesem Zusammenhang eine Bindung *der Mitgliedstaaten* an die Gemeinschaftsgrundrechte (bzw. die Grundrechte einer Charta) im Rahmen ihrer intergouvernementalen Zusammenarbeit und bei der Umsetzung der Beschlüsse. Die eigentliche, unmittelbare Ausübung von Hoheitsgewalt erfolgt in diesem Bereich erst auf der mitgliedstaatlichen Ebene, nicht bereits durch die Union.

673 Vgl. Art. 34 II Buchst. d (ex-Art. K.3 II Buchst. c) EUV.

674 Übereinkommen vom 26.7.1995 über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts, BGBl. 1997 II, S. 2150; dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 1556 und R. Streinz, Europarecht, Rn. 422d.

675 Der EUV in der Fassung des Amsterdamer Vertrages nimmt nun Bezug auf Europol in Art. 29 II, 1. Spiegelstrich, 30, 32 EUV.

676 Europol ist keine Gemeinschafts- oder Unionseinrichtung, sondern eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Einrichtung im Rahmen intergouvernementaler Kooperation; vgl. T. Oppermann, Europarecht, Rn. 1556.

677 Zur Rechtslage nach dem Amsterdamer Vertrag vgl. auch M. Pechstein, Amsterdamer Vertrag und Grundgesetz, S. 575 f.

678 Ebenso im Ergebnis R. Streinz, Europarecht, Rn. 121a. Anders aber wohl W. Schroeder, Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Europäischer Union und Europäischen Gemeinschaften, S. 411: Das Unionsrecht entfalte eine „einheitliche Wirkung“ (d.h. es unterscheidet sich in seiner Wirkung nicht vom Recht der Gemeinschaften), und daher „gilt es unmittelbar und ohne nationale

stellt das Primärrecht daher lediglich für die Gemeinschaften eine Verfassung dar, nicht für die Union.⁶⁷⁹ Daraus rechtfertigt sich auch die im folgenden beibehaltene terminologische Unterscheidung zwischen Union und Gemeinschaften.⁶⁸⁰

5. Ergebnis zum Verfassungscharakter des Primärrechts und Vergleich mit anderen Auffassungen

a) Ergebnis des eigenen Ansatzes

Entsprechend dem hier verwendeten Verfassungsbegriff war zu prüfen, ob das Primärrecht die rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes darstellt. Es hat sich herausgestellt, daß die Gesamtheit der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, also der Unionsbürger, einen handlungsfähigen Personenverband darstellt; das Primärrecht als Bestandteil des für diesen Personenverband direkt oder indirekt geltenden Gemeinschaftsrechts hat den Charakter einer rechtlichen Grundordnung; im rechtlichen Rahmen der Gemeinschaften (nicht der Union als solcher) ist der Verband der Unionsbürger mit begrenzter Hoheitsgewalt gegenüber seinen Mitgliedern ausgestattet. Damit sind in der hier verwendeten Begrifflichkeit die Voraussetzungen erfüllt, nach denen das Primärrecht als Verfassung der Gemeinschaften angesehen werden kann.

b) Vergleich mit anderen Auffassungen

Die Auffassungen in der Literatur und Rechtsprechung zum Verfassungscharakter des Primärrechts lassen sich vereinfacht gesprochen zwei gegensätzlichen Richtungen zuordnen: die „europaorientierte“ und die „staatsorientierte“ Richtung.⁶⁸¹

Transformationsakte in allen Mitgliedstaaten, bindet alle seine Adressaten und verdrängt im Konfliktfall nationales Recht“.

679 Skeptisch hinsichtlich der Bezeichnung des Vertrages über die Europäische Union als Verfassung ist auch T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, S. 309 f. Giegerich weist auf die strukturellen Unterschiede der „kooperativ-gouvernementalen“ Säulen der Union zur ersten Säule der Integrationsgemeinschaften hin und möchte allenfalls von einer „europäischen Verfassungsebene“ mit „zwei noch verschieden strukturierten Komponenten (EG und EU)“ sprechen.

680 A. v. Bogdandy und M. Nettesheim führen zwar eine Reihe von guten Gründen für die terminologische Gleichsetzung von Gemeinschaften und Union an (*Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung*); unter dem Aspekt der Ausübung von Hoheitsgewalt führt aber nach der gegenwärtigen Rechtslage wohl kein Weg an der Unterscheidung vorbei.

681 Vgl. zu zum folgenden auch T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, S. 304 ff.

Die „europaorientierte“ Richtung (insbesondere der EuGH)⁶⁸² geht davon aus, daß das Gemeinschaftsrecht eine einheitliche, durch einen „Gesamtakt“ der Mitgliedstaaten begründete,⁶⁸³ autonome, d.h. auch von ihrer völkerrechtlichen Grundlage losgelöste und vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH weiterentwickelte Rechtsordnung darstellt⁶⁸⁴ und das Primärrecht innerhalb dieser autonomen Rechtsordnung die höchste Norm, also die Verfassung.⁶⁸⁵ Von den Autoren dieser Richtung wird auch darauf hingewiesen, daß das Primärrecht bestimmte Funktionen erfüllt, die sonst von (Staats-) Verfassungen erfüllt werden, z.B. die Organisation der Erzeugung von Rechtssätzen, die Bändigung hoheitlicher Macht oder die „Regelung der Selbstregelung der beteiligten Gesellschaften“,⁶⁸⁶ auch die Einbeziehung der Bürger,⁶⁸⁷ die Kompetenzabgrenzung, die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips, die Formulierung politischer Ziele und die

682 Der EuGH bezeichnet in diesem Sinne zumindest den E(W)GV schon im Urteil „Les Verts“ (EuGHE 1986, 1339, 1365) und seit dem sog. 1. EWR-Gutachten (EuGHE 1991, I-6079) in ständiger Rspr. als „Verfassung“ (ebda. Rn. 21): „Dagegen stellt der EWG-Vertrag, obwohl er in der Form einer völkerrechtlichen Übereinkunft geschlossen wurde, nichtsdestoweniger die Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft dar. ... Die wesentlichen Merkmale der so verfaßten Rechtsordnung der Gemeinschaft sind ihr Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten und die unmittelbare Wirkung zahlreicher für ihre Staatsangehörigen und für sie selbst geltender Bestimmungen.“ Die These von der Autonomie und dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts formulierte der EuGH – noch ohne Bezugnahme auf den Verfassungsbegriff – schon in der insoweit grundlegenden Entscheidung EuGHE 1964, 1251 (Costa/ENEL), Rn. 8, 12. – Die Tatsache, daß der EuGH jeweils nur den E(W)G-Vertrag und nicht das gesamte Primärrecht als „Verfassung“ bezeichnet hat, erklärt sich wohl damit, daß der EuGH sich nur veranlaßt sah, auf das in dem jeweils zu entscheidenden Fall anzuwendende Recht einzugehen. Die Einbeziehung auch der übrigen Verträge und von Teilen des ungeschriebenen Rechts in den Verfassungsbegriff ist daher in der europarechtlichen Literatur unstrittig. Vgl. dazu G. C. Rodriguez Iglesias, Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft, S. 125. Zur Verfassungsbegrifflichkeit des EuGH allgemein vgl. M. Zuleeg, Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, und grundlegend P. Pescatore, Die Gemeinschaftsverträge als Verfassungsrecht – ein Kapitel Verfassungsgeschichte aus der Perspektive des europäischen Gerichtshofs, systematisch geordnet. Auch das Bundesverfassungsgericht hatte in einer früheren Entscheidung (BVerfGE 22, 293, 296) formuliert: „Der EWG-Vertrag stellt gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar“.

683 H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 58 ff.; dazu C. Tomuschat, Zweitebearbeitung Art. 24, Rn. 15 ff.

684 Vgl. A. v. Bogdandy / M. Nettesheim, Art. 1 EGV Rn. 8 f. Kritisch zu den Begründungen für die Autonomie des Gemeinschaftsrechts T. Schilling, The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations; dagegen wiederum J. H. H. Weiler, / U. R. Haltern, The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass.

685 So etwa D. H. Scheuing, Zur Verfassung der Europäischen Union, S. 139, der allerdings auch auf die Probleme der Übertragung staatsbezogener Begriffe hinweist (ebda. S. 143); A. v. Bogdandy, Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, S. 25; ders. / M. Nettesheim, Art. 1 EGV Rn. 61; J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 23 ff.; auch K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 541: Die Verträge seien „Grundnormen (Verfassungsnormen)“ einer eigenständigen Rechtsordnung.

686 So A. v. Bogdandy, Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, S. 24. v. Bogdandy nennt hier auch die systemtheoretische „Scharnierfunktion“ zwischen Recht und Politik und die vertragliche Konstituierung der Macht.

687 A. v. Bogdandy / M. Nettesheim, Art. 1 EGV Rn. 61.

demokratische Legitimation des Primärrechts werden als Charakteristika einer Verfassung genannt, die für das Primärrecht zutreffen.⁶⁸⁸

Die in dieser Arbeit vertretene Auffassung stimmt im Ergebnis mit der „europaorientierten“ Richtung überein: Das Primärrecht stellt eine Verfassung dar. Die Begründung unterscheidet sich allerdings von den dargestellten „europaorientierten“ Auffassungen durch eine Schwerpunktsetzung: Es wird nicht das gesamte Spektrum möglicher gemeinsamer Merkmale des Primärrechts und einer Staatsverfassung betrachtet; der Blick konzentriert sich vielmehr auf solche Verfassungsmerkmale, die aus der Perspektive der Legitimation durch Verfassunggebung von Bedeutung sind. Sicher gibt es weitere Parallelen zwischen dem Primärrecht und einer Staatsverfassung, und deren Untersuchung kann in einem anderen Zusammenhang fruchtbringend sein; in dieser Arbeit, deren Thema die Legitimation durch Verfassunggebung ist, sollen sie außer Betracht bleiben. Im übrigen kann der Versuch, möglichst viele und möglichst weitgehende Parallelen zwischen dem Primärrecht und dem Staatsverfassungsbegriff zu ziehen, letztlich den Besonderheiten der supranationalen Rechtsordnung im ganzen kaum gerecht werden;⁶⁸⁹ die Beschränkung auf den Aspekt der Verfassungslegitimität läßt dagegen genug Raum für diese Besonderheiten und erfaßt dennoch die wohl wichtigste Funktion auch einer Europäischen Verfassung: die Legitimation der Ausübung von Hoheitsgewalt.

Die „staatsorientierte“ Richtung lehnt es ab, den Verfassungsbegriff im europäischen Zusammenhang zu verwenden, weil dieser Begriff nur für (souveräne) Staaten passe und die Gemeinschaften bzw. die Union eben kein (souveräner) Staat seien bzw. weil die Voraussetzungen zur Bildung eines Staates oder Staatsvolkes fehlten.⁶⁹⁰ Umgekehrt (aber mit ähnlichem argumentativem Ziel) wird von dieser Richtung die „Gefahr“ beschworen, Europa könnte eine Verfassung bekommen (oder schon haben), weil damit angeblich ein neuer Staat entstehen würde und dadurch die Eigenstaatlichkeit der Mitgliedstaaten gefährdet sei.⁶⁹¹

688 Zu den letztgenannten Verfassungsfunktionen des Primärrechts G. C. Rodriguez Iglesias, Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft.

689 Gegen solche Vergleiche und die bloße Anwendung des „Modells der Staatsverfassung“ auf eine Europäische Verfassung auch W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 55 ff.; ders., Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung, S. 240 ff. (aber mit einem anderen Lösungsvorschlag; der von Hertel postulierte „fundamentale Unterschied“ zwischen der „Integration der Mitgliedstaaten“, die sich in der Formulierung von offenen Zielsetzungen äußere, und der „Integration der Bürger“, die in der Form der rechtlichen Sicherung und Kontrolle geschehe (ebda. S. 246 ff., 251), erscheint allzu künstlich).

690 So etwa C. Koenig, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, S. 275 (mit Hinweis vor allem auf die Notwendigkeit einer „Nation“ als Subjekt der verfassunggebenden Gewalt und auf die fehlende Kompetenz-Kompetenz der Union; vgl. ebda. S. 272 f.); ders., Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden „Verfassungsbedarf“, S. 549 (sinnvoll sei der Verwendung des Verfassungsbegriffs nur dann, wenn er „auf die (künftige) Erreichung von Staatlichkeit ausgerichtet wäre“). Auch A. Anzon lehnt – unter Aufzählung einer Anzahl von entsprechenden Einzelbegründungen – eine „europäische Verfassung“ letztlich mit der Begründung ab, daß der (normative) Verfassungsbegriff nur für souveräne Staaten passe: Die „europäische Verfassung“ als Rechtsproblem, insb. S. 111, 124.

691 So etwa H.-P. Schneider, Föderative Gewaltenteilung in Europa, S. 1406, der die „Verstaatung“ der Europäischen Union als „unvermeidliche Konsequenz“ der Ausarbeitung einer Europäischen Verfassung bezeichnet. In dieser Richtung offenbar auch H. H. Rupp, Maastricht – eine neue Verfassung?

Der wesentliche Unterschied der hier vertretenen Auffassung zur „staatsorientierten“ Richtung besteht darin, daß die von dieser Richtung postulierte notwendige Verbindung zwischen Verfassung und Staat abgelehnt wird. Auch andere Personenverbände können Verfassungen haben. Verfassung wird nicht als Grundordnung eines Staates, sondern – allgemeiner – als Grundordnung eines Personenverbandes verstanden, der gegenüber seinen Mitgliedern in irgendeiner Form Hoheitsgewalt ausübt. Diese Hoheitsgewalt kann dem Personenverband auch von anderen Hoheitsträgern (z.B. Staaten) übertragen und auf bestimmte Bereiche beschränkt sein. Die Frage der Staatsqualität oder Staatsähnlichkeit der Gemeinschaften und der Union braucht daher hier nicht diskutiert zu werden. Es wird also nicht behauptet, die Gemeinschaften bzw. die Union seien ein Staat oder staatsähnlich; vielmehr wird ein anderer Verfassungsbegriff verwendet, für den diese Frage unerheblich ist.⁶⁹² Dies entspricht dem Anliegen dieser Arbeit, den Gedanken der Legitimation durch Verfassungsgebung auch für das Gemeinschaftsrecht fruchtbar zu machen, und sich dabei von der gegenwärtig offenbar nicht weiterführenden Frage der – zukünftigen oder bis zu einem gewissen Grade schon vorhandenen – Staatsqualität der Gemeinschaften zu lösen.⁶⁹³

III. Mögliche zukünftige Europäische Verfassungen

Mit Hilfe der Ergebnisse des vorigen Abschnitts hinsichtlich der Qualität des geltenden Primärrechts der Gemeinschaften als Europäische Verfassung (nach dem hier verwendeten Verfassungsbegriff) läßt sich auch die Frage nach der Verfassungsqualität entsprechender möglicher künftiger Normenkomplexe beantworten.

1. Bisherige Verfassungsentwürfe

Schon im Vorfeld der geplanten – und schließlich an der Ablehnung der französischen Nationalversammlung gescheiterten – Europäischen Verteidigungsgemeinschaft hatte die sog. „Ad-hoc-Versammlung“ in den Jahren 1952/53 auf der Basis der EGKS einen Verfassungsentwurf für eine „Europäische Gemeinschaft übernationalen Charakters“ erarbeitet, die staatsähnliche Züge tragen sollte.⁶⁹⁴ Die vorgesehene Organstruktur bestand im wesentlichen aus einem Zweikammerparlament mit alleiniger Gesetzgebungs-

Etwas zurückhaltender, aber mit ähnlicher Tendenz P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 896 ff.

692 Wird der Verfassungsbegriff in dieser Weise auf das für die Legitimitätsfrage Notwendige reduziert, besteht auch keine Gefahr „enttäuschter Erwartungen“, vor denen C. Koenig bei Anwendung des Verfassungsbegriffs auf das Primärrecht warnt (C. Koenig, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, S. 275).

693 Diese Unterscheidung von Staatlichkeit und Verfaßtheit und die Hinwendung zu den Fragen der Verfaßtheit ist auch ein Anliegen bei U. Di Fabio, Eine europäische Charta, S. 737, 739. D. T. Tsatsos will die Unterschiede zur Staatsverfassung und die Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts dadurch herausstreichen, daß er nicht von Europäischer Verfassung, sondern von „Europäischer Unionsgrundordnung“ spricht, die aber „verfassungsqualitative Momente“ habe: Die Europäische Unionsgrundordnung, S. 292 ff.

694 Dazu J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 66 f.; der Entwurf ist im gleichen Sammelband abgedruckt: J. Schwarze / R. Bieber (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, S. 397-433.

kompetenz (Art. 52 des Entwurfs) und einem Exekutivrat, der „die Regierung der Gemeinschaft wahr(nimmt)“ (Art. 27 des Entwurfs); der Ministerrat sollte lediglich Koordinierungsfunktion für die Regierungstätigkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten haben (Art. 35 des Entwurfs). Auch ein Gerichtshof war vorgesehen, der u.a. von natürlichen und juristischen Personen wegen Verletzung der in der EMRK vorgesehenen Rechte durch Gemeinschaftsorgane angerufen werden kann (Art. 45 des Entwurfs).

Nach dem Scheitern dieser Bemühungen wurde der Verfassungsgedanke erst wieder in den achtziger Jahren aufgegriffen, als die Perspektive einer die Gemeinschaften übergreifenden politischen Union ins Blickfeld trat. Bedeutung und Aufmerksamkeit haben vor allem die verschiedenen Entschlüsse zu „Verfassungsentwürfen“ des Europäischen Parlaments bzw. seines Institutionellen Ausschusses erlangt. Zu nennen sind hier v.a. die Entwürfe bzw. Entschlüsse aus den Jahren 1984⁶⁹⁵, 1990⁶⁹⁶ und 1994⁶⁹⁷. Angesichts der Kompetenzen des Europäischen Parlaments stellen diese Entwürfe nicht mehr als unverbindliche Vorschläge dar, durch die das Parlament Wünsche an die Mitgliedstaaten äußert, die für entsprechende Vertragsänderungen zuständig sind. So wurden diese Entwürfe denn auch jeweils im Vorfeld von Regierungskonferenzen beschlossen, die zu wesentlichen Vertragsänderungen führten (1986: Einheitliche Europäische Akte, 1993: Vertrag von Maastricht, 1997: Vertrag von Amsterdam). Der Einfluß dieser Parlamentsentwürfe auf die beschlossenen Vertragsänderungen war jedoch gering.⁶⁹⁸

Die Bezeichnung „Verfassung“ wird in den genannten Parlamentsentschlüssen offenbar nicht nur gewählt, um den Entwürfen eine gewisse Bedeutung schon durch die Bezeichnung zu verleihen, sondern auch, um die Tendenz der vom Parlament gewünschten Vertragsänderungen deutlich zu machen. Diese Tendenz betrifft die rechtstechnische Gestalt des Primärrechts, seinen Inhalt und seine Legitimitätsgrundlage.

Hinsichtlich der rechtstechnischen Gestalt wird schon seit längerem die Zusammenführung der verschiedenen Verträge zu einem einheitlichen Vertragswerk bei gleichzeitiger Reduzierung und Vereinfachung der Normen („Konsolidierung“) gefordert.⁶⁹⁹

695 Entwurf v. 14.2.1984, ABl. C 77/1984, S. 33 („Entwurf Spinelli“); dazu A. Spinelli, Das Verfassungsprojekt des Europäischen Parlaments. Der Entwurf ist im gleichen Sammelband abgedruckt: J. Schwarze / R. Bieber (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, S. 317-357. Kritisch zu dem Entwurf H. P. Ipsen, Europäische Verfassung – nationale Verfassung, S. 202 ff.; Ipsen wirft dem Europäischen Parlament „etatistische Präjudikation“ vor und sieht in dem Entwurf zu große Ähnlichkeit zu einer Staatsverfassung. Vgl. zu dem Entwurf auch I. Pernice, Verfassungsentwurf für eine Europäische Union.

696 Entschlüsse v. 11.7. und vom 12.12.1990, ABl. C 231/1990, S. 91 und ABl. C 19/1991, S. 65. Dazu (und zu dem Entwurf aus dem Jahr 1994) W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 220 ff.

697 Entschluß v. 10.2.1994, ABl. C 61/1994, S. 155; dazu R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 291 f.; I. Pernice, HStR § 191 Rn. 68 ff.

698 Vgl. R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 291; J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, S. 1677 f.

699 So wurde 1996 von einer Arbeitsgruppe am Robert Schumann-Zentrum des Europäischen Hochschulinstituts in Florenz unter der Leitung von A. v. Bogdandy im Auftrag des Europäischen Parlaments ein Entwurf für eine „konsolidierte Fassung“ der Verträge erarbeitet. Es zeigte sich, daß die Konsolidierung des geltenden Vertragsrechts ohne wesentliche inhaltliche Änderung möglich ist.

Ein derart gestaltetes Primärrecht hätte zumindest nach seiner rechtstechnischen Gestalt mehr Ähnlichkeit zu einer (Staats-) Verfassung als das bisherige Primärrecht – und damit auch bessere Chancen auf Beachtung und Anerkennung durch die Unionsbürger.

In bezug auf gewünschte inhaltliche Änderungen des Primärrechts bringt die Bezeichnung „Verfassung“ eine Tendenz zum Ausdruck, die sich auch in den vorgeschlagenen Änderungen widerspiegelt: die Annäherung der Funktionsverteilung der Gemeinschaftsorgane an die von Staatsorganen, vor allem hinsichtlich des Rechtsetzungsverfahrens. Die Abhängigkeit von den einzelnen Mitgliedstaaten soll durch die Reduzierung des Einstimmigkeitserfordernisses im Rat und durch die Stärkung der Stellung des Europäischen Parlaments vermindert werden; dieses soll idealerweise zum Hauptrechtsetzungsorgan werden.

Hinsichtlich der Legitimitätsgrundlage wird in der Bezeichnung „Verfassung“ der Wunsch deutlich, das Primärrecht nicht nur in der Theorie, sondern auch formal, durch einen entsprechenden Rechtssetzungsakt, von der völkerrechtlichen Grundlage zu lösen; dementsprechend forderte das Europäische Parlament wiederholt die Durchführung eines besonderen „Verfassungsgebungsverfahrens“, z.B. die Einsetzung eines „Verfassungskonvents“.⁷⁰⁰

Trotz der in diesen Verfassungsentwürfen vorgesehenen z.T. weitgehenden Änderungen des Primärrechts und trotz der damit beabsichtigten Annäherung an staatsähnliche Strukturen ist das Ziel dieser Entwürfe nach ihrem Selbstverständnis und dem Verständnis ihrer Befürworter nicht etwa die Schaffung eines Staates.⁷⁰¹ Die Gemeinschaften bzw. die Union sollen nach diesen Entwürfen eine neue Gestalt bekommen, ohne den Schritt zu einem europäischen Staat zu machen.

Die bisher angesprochenen Verfassungsentwürfe hatten eine integrationsfreundliche Zielrichtung. Die entgegengesetzte Zielrichtung ist aber ebenfalls möglich: So wurde im Vorfeld des Maastrichter Vertrages von einer Gruppe von Wissenschaftlern ein 10-Punkte-Programm für eine Europäische Verfassung erarbeitet, das sich gegen die Supranationalität richtete und für die Wiedergewinnung nationaler Zuständigkeiten eintrat; die intendierte Verfassung sollte den Bestand der Nationalstaaten gegen integrierende Tendenzen rechtlich absichern.⁷⁰²

Die Elemente des in der vorliegenden Arbeit verwendeten, dem Prinzipienmodell entsprechenden Verfassungsbegriffs liegen beim staatsverfassungsähnlichen Entwurf

Vgl. dazu A. v. Bogdandy / C.-D. Ehlermann, Zur Konsolidierung der Europäischen Gründungsverträge. Ein weiterer Entwurf eines „konsolidierten Vertrages über die Europäische Union“ im Auftrag des Europäischen Parlaments – ebenfalls 1996 erstellt – stammt von einer von R. Bieber geleiteten Arbeitsgruppe; dazu ders., Die Vereinfachung der Verträge zur Errichtung der Europäischen Union. Zum Konsolidierungsgedanken vgl. auch ders., Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 293 f. Zu beiden Entwürfen ausführlich W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 233 ff.

700 Vgl. etwa die Entschließung des Parlaments v. 10.2.1994, Nr. 2-5.

701 Vgl. J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, S. 1683.

702 Vgl. zu diesen Vorschlägen der „European Constitutional Group“ M. Schröder, Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, S. 509, 515 f.

der Ad-hoc-Versammlung offensichtlich vor. Sie sind aber auch bei den übrigen oben erwähnten Verfassungsentwürfen vorhanden – ebenso wie beim geltenden Primärrecht, das durch diese Entwürfe lediglich abgewandelt wird, aber keinen anderen Charakter erhält. Die Ausführungen des vorangegangenen Kapitels lassen sich daher auf diese Entwürfe übertragen; diese Entwürfe können ohne weiteres als „Verfassung“ im Sinne der hier verwendeten Begrifflichkeit verstanden werden.

In jüngster Zeit ist der Verfassungsgedanke zunächst wieder anlässlich der Fertigstellung und der feierlichen Verkündung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union durch den Europäischen Rat in Nizza im Dezember 2000 ins öffentliche Bewußtsein gerückt.⁷⁰³ Diese Charta wurde von einem aufgrund eines Beschlusses des Europäischen Rates vom Juni 1999 eingesetzten Gremium, das sich selbst „Konvent“ nannte und mit Vertretern der Gemeinschaftsorgane und der Parlamente der Mitgliedstaaten besetzt war, innerhalb eines Jahres erarbeitet. Inhaltlich knüpft sie nach ihrer Präambel u.a. an die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie an die Europäische Menschenrechtskonvention und an die Rechtsprechung des EuGH sowie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte an. Sie soll die Organe der Union (bzw. der Gemeinschaften) binden und auch die Organe der Mitgliedstaaten, soweit diese Gemeinschaftsrecht durchführen. Die Charta wurde immer wieder als ein erster Schritt zu einer Europäischen Verfassung bezeichnet, und zwar nicht nur wegen ihres Inhalts – die Grundrechte sollen einen wesentlichen Teil dieser Verfassung bilden –, sondern auch wegen des Verfahrens, in dem sie zustande gekommen ist. Schon die Bezeichnung „Konvent“ knüpft an die Tradition der verfassungsgebenden Versammlungen an, und in der Tat hat das Gremium durch seine begrenzte Aufgabenstellung, seine Größe und seine Verfahrensweise eine gewisse Ähnlichkeit mit diesen Versammlungen.⁷⁰⁴ Allerdings ist die Grundrechtecharta mit der feierlichen Verkündung in Nizza nicht rechtsverbindlich geworden; sie wurde nicht im Rahmen eines Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 EUV (das eine Ratifizierung in den Mitgliedstaaten erfordern würde) in die Verträge aufgenommen, sondern stellt bisher noch eine unverbindliche Proklamation dar; die durch sie formulierten Rechte sind nicht direkt einklagbar, sondern können allenfalls eine „politische“ Bindungswirkung für die Gemeinschaftsorgane bzw. die Organe der Mitgliedstaaten erzeugen. In dieser Form stellt die Charta keine Rechtsnorm dar und hat damit auch keinen Verfassungscharakter. Sollte sie in das Vertragsrecht übernommen werden, so würde sie für sich genommen auch noch keine Verfassung darstellen; sie würde aber das geltende Primärrecht, das ja auch schon Verfassungscharakter hat, in

703 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 364/2000, S. 1 ff. Zur Grundrechtecharta und ihrer Entstehung vgl. nur C. Calliess, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit; A. Weber, Die Europäische Grundrechtecharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung; I. Pernice, Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union; U. Di Fabio, Eine europäische Charta; S. Baer, Grundrechtecharta ante portas; K. Ritgen, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union; J. F. Lindner, EG-Grundrechtecharta und gemeinschaftsrechtlicher Kompetenzvorbehalt; T. Stein, „Gut gemeint ...“ – Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union; zuletzt die Beiträge in A. Duschanek / S. Grillier (Hrsg.), Grundrechte für Europa, Wien / New York 2002. Zusammenfassend zu den jüngeren Verfassungsvisionen auch aus der Politik J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht.

704 Vgl. zum Konventsverfahren unten D.III.3.

einer wesentlichen Hinsicht ergänzen und damit die Qualität der aus dem Primärrecht gebildeten Verfassung verbessern.⁷⁰⁵

Seit dem Frühjahr 2002 tagt der auf der Grundlage der „Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union“⁷⁰⁶ eingesetzte Konvent⁷⁰⁷, um einen „Verfassungsvertrag“ zu entwerfen. Der Entwurf des Konvents, dessen Fertigstellung im Juni 2003 erwartet wird, soll einen Anstoß geben für eine Umgestaltung der Verträge, die u.a. die Union „demokratischer, transparenter und effizienter“ machen und die Erweiterung der Union auf etwa 30 Mitgliedstaaten vorbereiten soll. Der Konventsentwurf wird unverbindlich sein; er soll eine „Empfehlung“ an die seiner Fertigstellung folgende Regierungskonferenz darstellen, die das erforderliche Vertragsänderungsverfahren einleiten kann. Trotz der Bezeichnung „Verfassungsvertrag“ bzw. „Verfassung“ und trotz möglicher umfassender institutioneller und sachlicher Änderungen wird sich dabei am Charakter des Primärrechts nichts ändern; insbesondere ist in keiner Weise geplant, einen Europäischen Bundesstaat mit einer Staatsverfassung zu errichten. Das möglicherweise aufgrund eines Konventsentwurfs künftig geänderte Primärrecht kann aus den gleichen Gründen wie das geltende Primärrecht als Verfassung in dem in der vorliegenden Arbeit verwendeten Sinne angesehen werden.

2. Die Verfassung eines künftigen Europäischen Bundesstaates

Die Schaffung eines Europäischen Bundesstaates scheint – anders als in den Anfangsjahren der Gemeinschaften –⁷⁰⁸ gegenwärtig außerhalb einer realitätsorientierten Perspektive zu liegen;⁷⁰⁹ H. P. Ipsens Charakterisierung der Gemeinschaften als „Zweckver-

705 Allerdings bedarf ein effektiver Grundrechtsschutz nach der Charta auch eines entsprechenden gerichtlichen Individualrechtsschutzes. Die gegenwärtigen Verfahren reichen dazu kaum aus; daher müßte die Charta noch um entsprechende Verfahrensvorschriften ergänzt werden. Dazu näher N. Reich, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde.

706 Diese Erklärung hat der Europäische Rat am 14./15. Dezember 2001 in Laeken angenommen. Sie ist abgedruckt in EuGRZ 2001, S. 662-665.

707 Dem Konvent gehören neben seinem Vorsitzenden und seinen beiden Stellvertretern 15 Vertreter der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten, 30 Mitglieder der nationalen Parlamente, 16 Mitglieder des Europäischen Parlaments und zwei Vertreter der Kommission an. Vgl. zum Konventsverfahren auch unten D.III.3.

708 Vgl. den Titel der ersten Auflage des Werkes von W. Hallstein aus dem Jahre 1969: Der unvollendete Bundesstaat. Winston Churchill sagte schon in seiner Züricher Rede am 19.9.1946 den vielzitierten Satz: „Wir müssen eine Art Vereinigter Staaten von Europa errichten“ – freilich, wie Churchill meinte, ohne Beteiligung des Vereinigten Königreichs (zit. nach T. Oppermann, Europarecht, Rn. 12; zum ganzen vgl. ebda. Rn. 12 ff.). Zur Vorgeschichte der europäischen Einigungsidee vgl. R. H. Foerster, Europa.

709 Anders noch manche Einschätzungen im Vorfeld des Maastrichter Vertrages, z.B. C. Eiselstein, Europäische Verfassungsgebung, S. 21: „Die europäische (politische) Union wird ohne jeden Zweifel ein Bundesstaat sein, wobei die Zentrale in Brüssel die Ebene des ‘Bundes’ und die Mitgliedstaaten die Ebene der ‘Länder’ bilden werden.“ M. Seidel war nach Abschluß des Unionsvertrages der Ansicht, daß die in diesem Vertrag vorgesehene (inzwischen ja erfolgte) Übertragung der Währungshoheit auf die Gemeinschaft deren Staatsqualität erfordere, so daß die Staatswerdung eine Aufgabe für die nachfolgende Regierungskonferenz sei (Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft nach Maastricht, S. 138 f.). Auch in der Sachverständigenanhörung der Gemeinsamen Verfassungskommission im Vorfeld der Einfügung des Art. 23 n.F. bestand „im Grunde Einigkeit ..., daß sich hinter

band funktionaler Integration⁶⁷¹⁰ trifft auch heute noch zumindest insoweit zu, als daß sie die Staatlichkeit der Gemeinschaften – auch als Ziel der Integration – ausschließt. Dennoch erlaubt und verlangt die Befassung mit der Legitimation durch Verfassunggebung im Kontext der europäischen Integration auch die Betrachtung eines solchen zumindest für eine fernere Zukunft denkbaren Gebildes. Es handelt sich dabei um eine souveräne politische Einheit (die dennoch bundesstaatlich gegliedert sein kann), auf die die Hoheitsgewalt auf ihrem Territorium übergegangen ist. Ein solches Gebilde wäre ein souveräner Staat nach herkömmlichem Verständnis, und seine rechtliche Grundordnung wäre eine Staatsverfassung. Selbstverständlich würde eine solche Staatsverfassung die Merkmale des hier verwendeten, umfassenderen Verfassungsbegriffs erfüllen.

Damit erschließt sich also ein ganzes Spektrum von Normkomplexen, angefangen vom geltenden Primärrecht bis hin zur Verfassung eines Europäischen Bundesstaates, einschließlich denkbarer Zwischenstufen, einer Betrachtung als Verfassung im hier zugrundegelegten Sinne der rechtlichen Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes.

B. Die Möglichkeit der Legitimation einer Europäischen Verfassung durch Verfassunggebung

Der in dieser Arbeit verwendete Verfassungsbegriff orientiert sich zwar an der Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung; dennoch ist die spezifische Art der Verfassungslegitimität kein konstitutiver Begriffsbestandteil. Obwohl das geltende Primärrecht bzw. entsprechende denkbare künftige Normenkomplexe soeben als „Verfassung“ identifiziert wurden, ist es daher nicht selbstverständlich, daß sie ihre Legitimität mit der Verfassunggebung begründen können bzw. sich überhaupt einer Legitimitätsbeurteilung nach der Theorie der Verfassunggebung erschließen.

Gegen die Legitimation einer Europäischen Verfassung durch Verfassunggebung werden verschiedene Einwände vorgebracht. Der erste Einwand, der vor allem gegen die Anwendung dieser Theorie auf das geltende Primärrecht sprechen könnte, ergibt sich aus der Tatsache, daß (bisher) kein ausdrücklicher verfassunggebender Akt durch die Unionsbürger stattgefunden hat, daß vielmehr das Primärrecht formal auf völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten beruht.

Der zweite Einwand, die fehlende Souveränität der Gemeinschaften bzw. der Union, bezieht sich ebenfalls in erster Linie auf den gegenwärtigen Zustand und das geltende

der europäischen Integration mit und nach Maastricht zunehmend deutlicher der ‘Nationalstaat Europa’, der Bundesstaat abzeichnet“ (so die Einschätzung von U. Di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, S. 194 Fn. 14). Vgl. zu den Perspektiven eines Europäischen Bundesstaates T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 887 ff.; wenn Giegerich der Europäischen Gemeinschaft allerdings jetzt schon „Ähnlichkeit zum Bundesstaat“ zuspricht (ebda. S. 730 ff.), dann meint er damit nicht, daß der EG schon jetzt Souveränität zugesprochen werden könne; vielmehr geht er von einer geteilten Souveränität aus und möchte mit der Rede von der „Ähnlichkeit zum Bundesstaat“ offenbar v.a. die Ähnlichkeit der Normstrukturen der bundesstaatlichen Verfassung und des EG-Primärrechts zum Ausdruck bringen.

710 H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 197 ff.; ders., Europäische Verfassung – nationale Verfassung, S. 203.

Primärrecht. Das Argument ist hier, daß die Souveränität bei den Mitgliedstaaten und nicht bei den Gemeinschaften oder der Union liege, so daß allein die Mitgliedstaaten über deren Verfassung zu bestimmen haben.

Der dritte Einwand bezieht sich auch auf künftige Verfassungen: Legitimation durch Verfassunggebung sei hier deswegen unmöglich, weil es an einem europäischen „Volk“ als Subjekt einer solchen Verfassunggebung fehle.

Die drei Einwände müssen in den hier entwickelten argumentativen Zusammenhang gestellt werden. Es muß also geprüft werden, ob das Fehlen eines verfassunggebenden Aktes, die fehlende Souveränität auf europäischer Ebene oder das Fehlen eines europäischen „Volkes“ die Legitimation durch Verfassunggebung in bezug auf das (gegenwärtige und künftige) Primärrecht ausschließt. Es wird sich zeigen, daß die drei Einwände eine solche Art der Legitimation *nicht* ausschließen. Zur Bekräftigung dieses Ergebnisses sollen dann abschließend einige Parallelen zur Verfassunggebung im Gliedstaat eines Bundesstaates hergestellt werden – ein Fall, auf den die Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung von vielen Autoren angewendet wird.

I. Erster Einwand: Völkerrechtlicher Vertrag ist kein Akt der Verfassunggebung

Unbestreitbar beruht das Primärrecht – zumindest das geschriebene – formal auf völkerrechtlichen Verträgen. Man kann diese Verträge zwar mit H. P. Ipsen als „Gesamtakt staatlicher Integrationsgewalt“ charakterisieren,⁷¹¹ damit die rechtlichen Besonderheiten der „Übertragung“ von Hoheitsrechten nach Art. 24 I GG auf eine gemeinschaftlich gegründete „zwischenstaatliche Einrichtung“ zum Ausdruck bringen, auf diese Weise die „autonome“ Entstehung und den Vorrang auch des sekundären Gemeinschaftsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht erklären und damit schließlich eine „Loslösung“ des Gemeinschaftsrechts von seiner völkerrechtlichen Grundlage begründen –⁷¹² am ursprünglichen Vertragscharakter der Gründungsverträge ändert das nichts.⁷¹³

Ein solcher Vertrag zwischen Staaten kann nach Ansicht vieler Autoren nicht als Akt der Verfassunggebung angesehen werden; durch einen solchen Vertrag kann keine Verfassung entstehen. Exemplarisch sei das an der Argumentation von D. Grimm in seiner Schrift „Braucht Europa eine Verfassung?“ dargestellt. Grimm formuliert das so: „Zu einer Verfassung im vollen Sinn des Begriffs gehört es ..., daß sie auf einen Akt zurückgeht, den das Staatsvolk setzt oder der ihm zumindest zugerechnet wird und in dem dieses sich selbst politische Handlungsfähigkeit beilegt. Eine solche Quelle fehlt dem primären Gemeinschaftsrecht. Es geht nicht auf ein europäisches Volk, sondern auf die einzelnen Mitgliedstaaten zurück und bleibt auch nach seinem Inkrafttreten von diesen abhängig. Während Nationen sich selbst eine Verfassung geben, wird der Europäischen

711 H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 58 ff.

712 Diese Erklärung beruht auf der Auslegung der „Übertragung“ von Hoheitsrechten nach Art. 24 I GG als Zurücknahme der eigenen Hoheitsgewalt und Einräumung der Möglichkeit für die zwischenstaatliche Einrichtung, deren autonom begründete Hoheitsgewalt im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland auszuüben. Grundlegend dazu H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 53 ff.

713 So auch I. Pernice, Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 208 f.

Union eine Verfassung von Dritten gegeben.⁷¹⁴ Gegen die letztere Formulierung kann man freilich einwenden, daß ja die Regierungsvertreter bzw. Parlamente *aller* Mitgliedstaaten die Verträge in Vertretung für ihre Bürger abgeschlossen haben (bei Ratifizierungen durch Volksabstimmung haben sogar die Bürger selbst gehandelt), so daß letztlich die Verträge nicht „Dritten“ als Urheber zuzurechnen sind, sondern den Bürgern aller Mitgliedstaaten und damit den Unionsbürgern selbst.⁷¹⁵

Aber das trifft vielleicht noch gar nicht den Kern der Sache. Bei der Kritik am völkerrechtlichen Vertrag als Verfassungserzeugung geht es nämlich letztlich nicht um die Zurechnung von Willenserklärungen, sondern um die Frage der *Souveränität*.

Dieser Zusammenhang wird etwa bei der „klassischen“ Behandlung des Problems der Verfassungsentstehung durch Vertrag in G. Jellinek „Lehre von den Staatenverbindungen“ deutlich.⁷¹⁶ Jellinek begründet seine Ansicht, „noch weniger als ein Staat (könne) die Staatsverfassung durch Vertrag entstehen“ damit, daß man durch Vertrag „keinen höheren Willen über sich und keinen selbständigen Willen neben sich hervorbringen“ könne; der Vertrag bestehe „nur so lange, als es mit den höchsten Interessen der Contrahenten ... verträglich ist“.⁷¹⁷ Die mit Vertrag „eingesetzte Societätsgewalt (könne) daher nie das hervorragendste Merkmal einer Staatsgewalt haben: sie (könne) nicht *herrschen*, nicht bedingungslos befehlen, sondern (sei) immer auf den guten Willen der Gesellschaftsglieder angewiesen.“⁷¹⁸ Es bestehe weiterhin ein Austrittsrecht der vertragsschließenden Staaten, und das „principielle Postulat der Staatsidee, dass sie höher stehe als jedes Particularinteresse, dass daher im Falle des äussersten Conflictes ihr jedes ihren Zwecken widerstrebende Interesse eines Staatsgliedes aufgeopfert werden müsse, hat einem derart konstruirten Gebilde gegenüber keine Berechtigung.“⁷¹⁹ Mit anderen Worten: durch völkerrechtlichen Vertrag souveräner Einzelstaaten kann kein souveräner Bundesstaat entstehen.

Die Bildung eines (souveränen) Staates geschieht nach Jellinek vielmehr dadurch, „dass ein Volk, welches sich als Einheit fühlt und weiss, diese Einheit dadurch zum Ausdruck bringt, dass es sich als solche organisirt und demgemäss als Staat darstellt.“⁷²⁰ Souveränität kann also nur durch ein als einheitliches Subjekt gedachtes Volk hervorgebracht werden: „Wer die Existenz vertragsmässiger Grundlagen des Bundesstaates behauptet, der muss in ihnen nothwendig eine Schranke für die Kompetenzerweiterung desselben aus eigenem Rechte finden und demgemäss die Souveränität des Bundes leugnen. Wenn man hingegen den Bundesstaat als Staat und zwar als die zur souveränen

714 D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 31.

715 So auch I. Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, S. 164; ders., Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 208 f.

716 G. Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, S. 257 ff.; dazu W. Pauly, Souveräner Staat und Staatenverbindungen, S. XXI.

717 G. Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, S. 257 f.

718 Ebda. S. 258; Hervorhebung im Original.

719 Ebda. S. 259.

720 Ebda. S. 263.

Gesamtpersönlichkeit organisierte Nation erfasst, so lassen sich für seine Kompetenz nur diejenigen Schranken ziehen, welche sie sich selbst gesetzt hat.⁷²¹

Auch Carl Schmitt schließt die Möglichkeit der Verfassungsgebung für einen souveränen Bundesstaat durch völkerrechtlichen Vertrag aus. Er kennt zwar die Kategorie des „Verfassungsvertrages“, doch ein solcher Verfassungsvertrag ist ein „Bundesvertrag“, durch den ein „Bund“ gebildet wird.⁷²² Schmitt verwendet dabei einen eigenartigen Begriff des Bundes. Ausdrücklich verweigert er diesen Begriff einer Einordnung in den Gegensatz Bundesstaat – Staatenbund.⁷²³ Voraussetzung für die Bildung eines „Bundes“ ist die „substantielle Homogenität“ der Gliedstaaten („meistens ... eine nationale Gleichartigkeit der Bevölkerung“),⁷²⁴ die mit der in seiner Demokratielehre entwickelten „demokratischen Homogenität“ vergleichbar ist. Der Bund im Sinne Schmitts zeichnet sich insbesondere dadurch aus, daß im Verhältnis zwischen den Gliedstaaten und dem Bund die Frage der Souveränität offenbleibt.⁷²⁵

Für Schmitt ist nun ein „Bund“, „in welchem nicht die Mitgliedstaaten, sondern der Bund als solcher souverän ist, ... in Wahrheit ein souveräner Einheitsstaat“.⁷²⁶ Wird ein solcher Einheitsstaat durch Vertragsschluß gebildet, dann wird dessen Verfassung zwar „bei Gelegenheit dieses Vertrages ... vereinbart“, aber diese Verfassung beruht „in ihrer Weitergeltung doch nicht auf jenem Vertrag, sondern auf dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt des neuen Einheitsstaates“.⁷²⁷

Jellineks und auch Schmitts Bundesstaatstheorie liegt also die Vorstellung zugrunde, daß die Verfassung eines souveränen Bundesstaates (bei Schmitt heißt das dann: „Einheitsstaat“) nur durch ein homogenes, souveränes Subjekt begründet werden kann: das Volk des Gesamtstaates. Dieses Subjekt ist letztlich die Quelle der Souveränität des Bundesstaates.

Genau diese Vorstellung legt offenbar auch D. Grimm seinen Ausführungen zur Unmöglichkeit der vertraglichen Begründung einer Europäischen Verfassung zugrunde: Die Europäische Union könne nicht über ihre (vertraglich begründete) Grundordnung (das Primärrecht) verfügen; Herren der Verträge blieben vielmehr die Mitgliedstaaten, „die nicht etwa in der Union aufgegangen sind“.⁷²⁸ Der Unterschied zur „Verfassung im Vollsinn des Begriffs“ liege „in der Rückführung auf den Willen der Mitgliedstaaten statt auf den des Unionsvolks“. Die Verträge seien daher nicht „Ausdruck der Selbstbe-

721 Ebda. S. 301.

722 Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 63. Zu Schmitts Bundeslehre vgl. auch ebda. S. 363 ff.; dazu H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, S. 139.

723 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 366.

724 Ebda. S. 375 f.

725 Ebda. S. 373, 379.

726 Ebda. S. 373.

727 Ebda. S. 62.

728 D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 31.

stimmung einer Gesellschaft über Form und Ziel ihrer politischen Einheit“.⁷²⁹ Dies ist die oben skizzierte Lehre der Bundesstaatsverfassung nach G. Jellinek und C. Schmitt.

Nur: Jellineks und auch Schmitts Lehre bezieht sich, soweit sie ein einheitliches Volk zur Voraussetzung macht, auf den *souveränen* Bundesstaat (bzw. Bund), es geht letztlich um die Verfassung eines souveränen Staates. Für die Entstehung der Verfassung eines *souveränen* Staates mag man die Existenz einer souveränen Einheit „Volk“ für erforderlich halten – das soll hier offenbleiben und nicht weiter vertieft werden. Aber bei der Europäischen Union handelt es sich nach wohl einhelliger Ansicht *nicht* um ein souveränes Gebilde. Daher kann eine auf den souveränen Staat bezogene Lehre auch nicht auf die Union angewendet werden.⁷³⁰ Selbst nach der Lehre Carl Schmitts ist es möglich, die Verfassung eines „Bundes“, der noch keinen „Einheitsstaat“ darstellt, durch „Verfassungsvertrag“ zu begründen, und dieser Bundesvertrag ist nach Schmitt sogar ein „Akt der verfassungsgebenden Gewalt“^{731, 732}

729 D. Grimm, ebda. Ähnlich Grimms Formulierung: „Verfassungen ... sind Festlegungen einer Gesellschaft über Art und Form ihrer politischen Einheit.“ (Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, S. 258). Diese Formulierungen Grimms stimmen im übrigen wörtlich mit dem Verfassungsbegriff Carl Schmitts überein („Gesamtentcheidung über Art und Form der politischen Einheit“), vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 20 f. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang Grimms Bemerkung: „Auch die europäischen Verträge sind eine Festlegung über Art und Form der politischen Einheit“ (Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, S. 258); Grimm sieht den Unterschied zur Verfassung nur im „Zurechnungsobjekt“, das nicht in einem europäischen Volk, sondern in den Mitgliedstaaten bestehe.

730 Vgl. auch den Hinweis von M. Morlok (Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene, S. 80 f.) auf die manchmal stillschweigende oder unbewußte Anreicherung des Verfassungsbegriffs mit Eigenheiten des souveränen Staates und den darin versteckten „Etatismus“ unseres Verfassungsdenkens. Gerade in bezug auf die Problematik der Europäischen Verfassung fordert Morlok insoweit ein Überdenken des Verfassungsbegriffs.

731 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 368.

732 Hier drängt sich der Gedanke auf, Schmitts Bundeslehre auf die Europäische Union zu übertragen. Das ist jedoch nicht so einfach. Es fällt nämlich schwer, den „Einheitsstaat“ im Sinne Schmitts vom „Bund“ zu unterscheiden. Beide sind im Inneren homogen und nach außen souverän. Die Gliedstaaten des Bundes, d.h. auch: deren Bürger, müssen in offenbar ganz ähnlicher Weise „substantiell homogen“ sein wie die Bürger in einem Einheitsstaat. Liegt die erforderliche „substantielle Homogenität“ der Gliedstaaten vor, dann ist der Übergang zum Einheitsstaat fließend, ja es besteht nach Schmitt sogar eine Tendenz zur allmählichen Herausbildung eines Einheitsstaates (Verfassungslehre, S. 388 f.) Der dazu erforderliche Übergang der Souveränität von den Gliedstaaten auf den Bund läßt sich allerdings nur durch einen „existentiellen Konflikt“ feststellen, und ein solcher wird aufgrund der Homogenität im Bund eigentlich gerade vermieden (Verfassungslehre, S. 379). Der Übergang vom Bund zum Einheitsstaat findet also offenbar im Verborgenen statt. Es drängt sich auch der Eindruck auf, daß sich Schmitts „Verfassungsvertrag“ des Bundes allenfalls durch Verfahrensbesonderheiten, aber nicht dem Wesen nach von einem Akt der Verfassungsgebung im Einheitsstaat unterscheidet. Die Verfassung wird jedenfalls auf eine homogene Gesamtheit von Gliedstaaten bzw. deren Bürgern zurückgeführt; die angebliche Zergliederung dieser Gesamtheit in „politische Einheiten“ ist kaum erkennbar. – Letztlich zeigt sich hier wohl der innere Widerspruch einer Theorie, die die „Einheit“ zum zentralen Begriff macht und dann versucht, eine aus Einheiten zusammengesetzte Einheit zu konstruieren. Die Auflösung der Untereinheiten (der Gliedstaaten), die Schmitt als einen historischen Vorgang darzustellen versucht, ist wohl in Wahrheit der Versuch einer Bereinigung der Theorie von diesem inneren Widerspruch. – Zu den Schwierigkeiten, Carl Schmitts Bundeslehre auf die Europäische Union anzuwenden, und zu dem inneren Widerspruch dieser Bundeslehre vgl. auch ausführlich I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, S. 109 ff.

Der Verfassungsbegriff, den Grimm in seiner Schrift „Braucht Europa eine Verfassung?“ verwendet, ist, das wird hier deutlich, nicht so offen, wie es anfangs den Anschein hat. Grimm stellt zwar zunächst die Frage, „ob das von der Verfassung befriedigte Verrechtlichungsbedürfnis sich auf die Herrschaftsform des Staates oder auf das Herrschaftsmittel der Hoheitsgewalt bezieht“⁷³³ und gibt sogleich die – eigentlich überzeugende – Antwort: „Was der Verrechtlichung bedarf, ... ist also die Hoheitsgewalt, und zwar unabhängig davon, ob sie dem Staat oder einem überstaatlichen Gebilde zusteht“. An dieser Stelle sieht es noch so aus, als ob eine europäische Verfassung möglich und auch nötig sei. Dann argumentiert Grimm aber mit der notwendigen Rückführung der Verfassung auf einen Akt des Staatsvolkes,⁷³⁴ und diese scheinbar nur auf die demokratische Willensbildung und deren Schwierigkeiten auf europäischer Ebene bezogene Argumentation⁷³⁵ bringt bei genauem Hinsehen in der oben geschilderten Weise den Aspekt der Souveränität ins Spiel. Die Rückführung auf den Willen des Staatsvolkes in der Weise, wie Grimm dies fordert (und wie es Jellinek und Schmitt auch fordern), ist nämlich (akzeptiert man die Prämissen) allenfalls für die Verfassung eines *souveränen* Gemeinwesens notwendig. Dadurch verengt sich Grimms zunächst offener Verfassungsbegriff auf den Begriff der Verfassung eines souveränen Gemeinwesens. Ganz deutlich wird das am Schluß seiner Schrift, wo er konstatiert: „Soweit die Forderung ‘Vom Vertrag zur Verfassung’ jedoch darauf zielt, den Verträgen diejenigen Elemente hinzuzufügen, welche sie bislang noch von einer Verfassung im vollen Sinn des Begriffs trennen, würde dies gerade auf die Verstaatlichung der Europäischen Union hinauslaufen.“⁷³⁶ Und: „Mit der Verfassung im vollen Sinn des Begriffs gewänne die Union die Kompetenz-Kompetenz.“⁷³⁷ An anderer Stelle: „Die Frage nach der europäischen Verfassung wird auf diese Weise zu der Frage nach einem europäischen Staat. Wer eine Verfassung im vollen Sinne des Begriffs anstrebt, entscheidet sich damit zugleich für eine Umwandlung der Europäischen Union in einen Staat, ob er das will oder nicht.“⁷³⁸ In Kurzform gebracht liest sich Grimms Argumentation also so: *Verfassung „im vollen Sinn des Begriffs“ ist die Verfassung eines souveränen Staates. Die Europäische Union ist kein souveräner Staat. Daher hat und braucht sie keine Verfassung.* Das eigentlich entscheidende Teilargument ist dabei die Verengung des Verfassungsbegriffs auf die Staatsverfassung.

Diese Argumentationsweise findet sich nicht nur bei D. Grimm. Sie wird vielmehr von vielen Autoren verwendet, wenn der Stand und die Entwicklungsaussichten der europäischen Integration mit Hilfe der Begriffe „Verfassung“ oder „Verfassungsgebung“

733 D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 27.

734 Ebda. S. 31.

735 Vgl. Grimms – möglicherweise für sich genommen durchaus berechtigte – Zweifel an der Qualität demokratischer Strukturen in der Union in diesem Zusammenhang: D. Grimm, Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, S. 262. Gewiß erreichen die demokratischen Strukturen auf europäischer Ebene nicht die Qualität der Demokratie in einem klassischen Nationalstaat. Eine solche Qualität ist aber angesichts der beschränkten Zuständigkeiten der Gemeinschaften bzw. der Union auch nicht erforderlich.

736 D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 49.

737 Ebda. S. 50; ähnlich ders., Vertrag oder Verfassung, S. 27 f.

738 D. Grimm, Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, S. 261.

aufgezeigt werden sollen.⁷³⁹ Es wird dann gesagt, solange die Mitgliedstaaten über das Primärrecht und damit über die „Verfassung“ der Union bestimmen können und nicht die Union selbst bzw. ihre Bürger, habe die Union keine echte Verfassung. Das könne sich erst dann ändern, wenn die Souveränität oder die Kompetenz-Kompetenz auf die Union übergegangen sei. Das Argument läßt sich in zwei Richtungen verwenden: Einerseits kann gefolgert werden, die Union habe keine echte Verfassung, solange sie nicht souverän ist; andererseits kann aber auch gefolgert werden, die Union könne nicht souverän werden, solange sie keine echte, auf das Unionsvolk zurückgehende Verfassung hat. Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings, daß bei diesen Argumentationen nicht die Verfassung und auch nicht die legitimierende Funktion der Verfassungsgebung im Mittelpunkt stehen, sondern die *Souveränität*. Die Möglichkeit, über die Verfassung zu bestimmen, steht hier gleichsam stellvertretend für die Souveränität. Beruht die Verfassung der EU bzw. der Gemeinschaften auf einem völkerrechtlichen Vertrag, dann liegt die Bestimmungsmacht über die Verfassung und damit die Souveränität bei den vertragsschließenden Mitgliedstaaten, beruht sie dagegen auf einem einheitlichen Willensakt aller Unionsbürger, so liegt diese Bestimmungsmacht und damit die Souveränität bei der EU bzw. den Gemeinschaften. Die scheinbar leicht zu treffende Unterscheidung zwischen der Begründung des Primärrechts durch völkerrechtlichen Vertrag und durch verfassungsgebenden Akt soll in dieser Sichtweise die eigentlich viel schwierigere Frage nach der Souveränität beantworten. Diese Argumentation wird allerdings der differenzierten Legitimierungsfunktion der Verfassungsgebung nicht gerecht und setzt außerdem die Souveränität des verfassungsgebenden Subjekts voraus; gerade auf diese Voraussetzung soll in dieser Arbeit aber verzichtet werden.

Hier sollen vielmehr der Begriff der Verfassung und die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung – im Unterschied zum Verfassungsbegriff etwa von D. Grimm – vom souveränen Staat losgelöst verwendet werden; daher müssen Jellineks und Schmitts Lehren der Bundesstaatsverfassung – selbst wenn man deren Prämissen akzeptiert – nach dem zuvor Gesagten nicht angewendet werden. Damit erscheint die Verfassungsgebung auch durch völkerrechtlichen Vertrag zwischen souveränen Staaten als möglich.⁷⁴⁰

II. Zweiter Einwand: Keine Souveränität auf europäischer Ebene

Der in der soeben erörterten Argumentation gegen die vertragliche Verfassungsgebung versteckte Einwand, die Europäische Union bzw. die Europäischen Gemeinschaften seien nicht souverän, ist auch für sich genommen beachtlich.⁷⁴¹ Die Gemeinschaften bzw. die Union sind in der Tat nicht souverän; sie sind vielmehr in vielfältiger Weise

739 Als Beispiel vgl. nur C. Möllers, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, S. 14 f.: „Das zentrale Problem des Verfassungsvertrags besteht in der Frage, inwieweit sich der durch Vertrag neu entstandene Hoheitsträger von den Vertragsparteien verselbständigen kann, anders gesagt: ob es sich beim Verfassungsvertrag tatsächlich um eine Verfassung handelt oder nur um einen völkerrechtlichen Vertrag.“ Ähnlich E. Klein, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, S. 70 f.

740 Im Ergebnis ebenso – allerdings im Schwerpunkt mit völkerrechtlicher Argumentation – A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 220 ff., insb. 239 ff.

741 Vgl. zu diesem Einwand M. Pechstein / C. Koenig, Die Europäische Union, Rn. 574 ff.

vom Willen der Mitgliedstaaten abhängig. Diese Abhängigkeit wird vor allem am Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung deutlich, nach dem die Kompetenzen zwischen den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaften verteilt sind: Die Gemeinschaften haben grundsätzlich nur solche Kompetenzen, die ihnen durch die Mitgliedstaaten übertragen werden; sie haben keine Kompetenzhoheit. Dies alles wurde schon oben angesprochen.

Wäre es möglich, sich die Unionsbürger als Urheber des Primärrechts zu denken, dann wären sie in ihren Kompetenzen und Handlungsmöglichkeiten beschränkt: Sie könnten als Verfassungsgeber nur im Rahmen der Vorgaben der Mitgliedstaaten tätig werden. Diese fehlende (äußere) Souveränität der Gemeinschaften bzw. eines europäischen Verfassungsgebers entspricht in der Tat nicht dem urheberorientierten Bild der allmächtigen, allkompetenten verfassungsgebenden Gewalt, wie es vor allem von Carl Schmitt und von Teilen der heutigen Staatslehre gezeichnet wird. Folgt man dieser Sichtweise, so erscheint die Legitimation nichtstaatlicher Formen Europäischer Verfassungen, insbesondere des geltenden Primärrechts, durch Verfassungsgebung ausgeschlossen. In dieser Sichtweise ist eine Bindung des Verfassungsgebers an bestimmte Vorgaben nicht denkbar, die Legitimation durch Verfassungsgebung scheint tatsächlich auf souveräne Staaten beschränkt zu sein.⁷⁴²

Dem sind zunächst die weiter oben angestellten Überlegungen zur Souveränität des Verfassungsgebers insbesondere in den Gliedstaaten eines Bundesstaates entgegenzuhalten. Wie gezeigt, kann auch die Verfassung eines Gliedstaates durch Verfassungsgebung legitimiert werden, obwohl dieser nicht souverän ist. Die Legitimität der gliedstaatlichen Verfassung kann nach den Prinzipien der Freiheitssicherung, der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit beurteilt werden, obwohl sich der Gliedstaat und seine Verfassung nach den bundesrechtlichen Vorgaben zu richten haben; insbesondere die Vorgabe bzw. Beschränkung der gliedstaatlichen Kompetenzen durch das Bundesrecht ist dafür kein Hindernis. Souveränität im Sinne der Unbeschränktheit einer erst durch die Verfassung zu beschränkenden, ursprünglichen Hoheitsgewalt ist also keine Voraussetzung für die Legitimation durch Verfassungsgebung. Der Verfassungsgeber ist nicht notwendig allmächtig. Legitimation durch Verfassungsgebung verlangt nicht die Souveränität des betreffenden Personenverbandes in jeder Hinsicht, sondern lediglich die möglichst weitgehende Verwirklichung seines Willens bei der verfassungsrechtlichen Normierung der Ausübung von Hoheitsgewalt *in dem Rahmen, in dem er über diese Hoheitsgewalt verfügen kann*. Inwieweit dies der Fall ist, läßt sich beim Primärrecht und anderen denkbaren nichtstaatlichen Europäischen Verfassungen überprüfen. Mangelnde Souveränität auf europäischer Ebene schließt daher die Legitimation durch Verfassungsgebung für diese Ebene nicht aus.

742 Eine Möglichkeit, unter Beibehaltung der urheberorientierten Sichtweise Verfassungsgebung auf europäischer Ebene zu denken, besteht in der Annahme geteilter Souveränität. Diesen Ansatz verfolgt T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionsprozess, S. 475 ff.: Die Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt sei zwischen den Mitgliedstaaten und den Mitgliedstaatsvölkern geteilt. So zutreffend der Gedanke geteilter Souveränität sein mag: Dieses Bild der verfassungsgebenden Gewalt kann zwar das Problem fehlender (Gesamt-) Souveränität auf europäischer Ebene lösen, läßt aber das reichhaltige legitimitätsstiftende Potential der Theorie der Verfassungsgebung – wie andere urheberorientierte Theorien auch – weitgehend brach liegen.

Außer der Analogie zum Gliedstaat eines Bundesstaates – auf die gleich noch einmal zurückzukommen ist – spricht ein weiterer Grund dagegen, die Legitimation durch Verfassunggebung von der Souveränität des betreffenden Gemeinwesens abhängig zu machen: Das Bild vom souveränen Staat, das dieser Sichtweise zugrunde liegt, trifft auch für „normale“ Staaten heute nicht mehr zu.⁷⁴³ Die politischen, ökonomischen, ökologischen und auch militärischen Interdependenzen zwischen den Staaten sind heute so stark, daß man sie eigentlich nicht mehr als „souverän“ im ursprünglichen Sinne bezeichnen kann. W. v. Simson hat das schon 1965 festgestellt,⁷⁴⁴ und die Interdependenzen haben seitdem deutlich zugenommen.⁷⁴⁵ Heute weist die Problematik der „Globalisierung“ vor allem auf einen Verlust der Steuerungsfähigkeit des einzelnen Staates in bestimmten Bereichen hin.⁷⁴⁶ In bezug auf die EU und ihre Mitgliedstaaten wird jetzt von „geteilter Souveränität“⁷⁴⁷ gesprochen: Wichtige „Staats“-Funktionen *können* nicht mehr allein von den Mitgliedstaaten wahrgenommen werden, also werden sie gemeinschaftlich ausgeübt, und nur diese gemeinschaftliche Ausübung ist, wenn überhaupt, „souverän“. Vielleicht ist die Kategorie der Souveränität inzwischen auch überholt und sollte völlig aufgegeben werden.⁷⁴⁸ Ein Volk ist, auch wenn es innerhalb bestimmter Staatsgrenzen lebt, nicht mehr frei von äußeren Einflüssen und Bedingungen. Hielte man am Bild der allmächtigen verfassunggebenden Gewalt fest, so müßte man schon zweifeln, ob die Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung auf „normale“ Staaten heute überhaupt noch anwendbar ist. Solche Zweifel werden jedoch (richtigerweise) kaum geäußert.

III. Dritter Einwand: Es gibt kein „europäisches Volk“

Der dritte Einwand gegen die Legitimation einer Europäischen Verfassung durch Verfassunggebung ergibt sich aus dem scheinbaren Fehlen eines geeigneten verfassunggebenden Subjekts: Es gibt kein „europäisches Volk“ (bzw. keine „europäische Nation“).⁷⁴⁹ Diese Aussage scheint dem ersten Anschein nach richtig zu sein, wenn man eine

743 Dazu und zum folgenden schon W. v. Simson, Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart. Vgl. auch J. Isensee, HStR § 13 Rn. 99.

744 Ebda.

745 Vgl. etwa (mit Bezug auf die daraus für das Demokratieprinzip entstehenden Probleme) J. Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie.

746 Vgl. dazu mit Bezug auf daraus resultierende Demokratiedefizite A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 743 ff.

747 Dazu S. Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, S. 433 ff.; I. Pernice, Verfassungsentwurf für eine Europäische Union, S. 138 und ders., Art. 23 Rn. 21 m.w.N. in Fn. 121; T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 366 ff. Vgl. auch M. Hilf, Die Europäische Union und die Eigenstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten, S. 79; S. Oeter, Föderalismus, S. 91 f.

748 So E. Denninger, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, S. 1125.

749 Vgl. zur Problematik eingehend A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union. Zur Begründung, warum es gegenwärtig kein „europäisches Volk“ im herkömmlichen Sinne gibt, vgl. auch H. Lübbe, Abschied vom Superstaat, S. 100. Eine kritische Darstellung der „Kein-Demos-These“ mit zahlreichen Nachweisen gibt J. H. H. Weiler, Der Staat „über alles“, S. 97 ff. Vgl. auch T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 931 ff.

urheberorientierte Theorie der verfassungsgebenden Gewalt zugrundelegt und sich beim Begriff „Volk“ am üblichen Sprachgebrauch orientiert. Denn dann kann man kaum von einer verfassungsgebenden Gewalt „des Volkes“ auf europäischer Ebene sprechen, weil es unüblich ist, von *dem* europäischen Volk zu sprechen. Nach wie vor existieren die Völker der einzelnen Mitgliedstaaten, ein irgendwie gearteter Übergang zu einem einzigen „europäischen Volk“ hat nach allgemeiner Ansicht (noch) nicht stattgefunden⁷⁵⁰ und ist nach Ansicht vieler auch für die (absehbare) Zukunft ausgeschlossen.

Dieser Sichtweise läßt sich entgegenhalten, daß die Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung nicht urheberorientiert sein sollte, daß sie vielmehr, wie in dieser Arbeit gezeigt, besser als prinzipienorientierte Lehre verstanden werden kann, die kein vorgegebenes Subjekt mit bestimmten Eigenschaften zum Ausgangspunkt hat. Das Fehlen eines solchen Subjekts ist – für sich genommen – unschädlich für die Anwendbarkeit einer prinzipienorientierten Theorie der Verfassunggebung.

Bei näherer Betrachtung hat der Einwand eines fehlenden europäischen Volkes jedoch auch für die prinzipienorientierte Theorie Bedeutung. Das wird deutlich, wenn man die Argumentationsstruktur der urheberorientierten Theorie und des Prinzipienmodells vergleicht. Die urheberorientierte Theorie postuliert die Notwendigkeit eines vorgegebenen, eine Einheit bildenden Subjekts, das die Verfassung kreiert. In dieser Theorie werden vor allem die Voraussetzungen zur Bildung eines solchen einheitlichen Subjekts herausgestellt. Sind diese Voraussetzungen gegeben, stellt die Schaffung der Verfassung durch dieses Subjekt, also eine entsprechende Willensbildung, kein Problem mehr dar; denn daß dieses Subjekt die Fähigkeit zur Willensbildung in bezug auf eine Verfassung hat, wird aufgrund der „Einheitlichkeit“ dieses Subjekts als selbstverständlich vorausgesetzt; der Verfassungsgeber wird wie eine einzige Person betrachtet. In der Tat läßt sich eine Personenmehrheit auch als einzelne Person, sozusagen als „black box der Willensbildung“ behandeln, *wenn man davon ausgehen kann, daß diese Personenmehrheit zur gemeinsamen Willensbildung fähig ist*. Genau darauf – und nicht auf weitere Attribute der Einheitlichkeit – kommt es der prinzipienorientierten Theorie an: Die Fähigkeit des Personenverbandes zur Bildung eines gemeinsamen verfassungsbezogenen Willens ist eine entscheidende Voraussetzung für die Verwirklichung der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit. Daher haben diejenigen Anforderungen der urheberorientierten Theorie an das einheitliche verfassungsgebende Subjekt, *die auf die Möglichkeit der kollektiven Willensbildung auf europäischer Ebene bezogen sind* – und nur diese! –, auch Bedeutung für das Prinzipienmodell und bedürfen hier einer Erörterung.

Der Einwand des fehlenden europäischen Volkes kann zunächst im Sinne der bloßen Feststellung verstanden werden, daß sich (noch) kein gemeinsamer politischer Wille auf europäischer Ebene herausgebildet hat, sich zu einem *Staat* zusammenschließen – es gibt eben (noch) kein „europäisches Staatsvolk“, so wie es (noch) keinen europäischen Staat gibt. Ein solcher Einwand steht und fällt mit der Annahme, eine Verfassung könne

750 Anders aber S. Oeter, Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, S. 682 ff.: Die Abgeordneten des Europäischen Parlaments seien inzwischen „Repräsentanten‘ des Volkes (‘Volk‘ als Gesamtheit der Herrschaftsunterworfenen) im Hinblick auf eine die ganze Union umfassende Hoheitsgewalt“ (Zitat auf S. 683; Hervorhebung im Original).

es nur in einem Staat geben. Weil der in dieser Arbeit verwendete Verfassungsbegriff nicht an den Staat gebunden ist, kann ein so verstandener Einwand des fehlenden europäischen Volkes für das hier entwickelte Verfassungsverständnis nicht durchgreifen: Eines *Staatsvolkes* bedarf es zur Verfassunggebung nicht.

Die zweite Bedeutung des Einwands, die fehlende Einheitlichkeit bzw. Homogenität⁷⁵¹ der Unionsbürger, bezieht sich dagegen auf die Möglichkeit, die faktischen Voraussetzungen der kollektiven verfassungsbezogenen Willensbildung und ist daher auch für eine Verfassunggebung von Bedeutung, die nicht auf den Staat beschränkt ist. Häufig werden Anforderungen an das verfassunggebende Subjekt formuliert, die sich auf die technischen oder kommunikativen Voraussetzungen einer verfassunggebenden bzw. überhaupt einer demokratischen Willensbildung beziehen: z.B. die Forderung nach gemeinsamer Sprache⁷⁵² und gemeinsamen Kommunikations- und Medienstrukturen,⁷⁵³ zu denen auch europaweit wirkende Parteien und Verbände gehören.⁷⁵⁴ Auch wirtschaftliche und soziale⁷⁵⁵ Homogenität wird gefordert.⁷⁵⁶ Darüber hinaus werden Anforderungen an die vorgegebene Einheitlichkeit genannt, die sich eher auf die psychische Disposition für einen verfassunggebenden Willensakt beziehen; so etwa die geistige, politische oder Wertegemeinschaft⁷⁵⁷ oder eine Schicksals-,⁷⁵⁸ Traditions-,⁷⁵⁹ Geschichts-,⁷⁵⁹ Religions- oder Abstammungsgemeinschaft,⁷⁶⁰ ein bestimmter „Volkscharakter“⁷⁶¹ Überein-

751 Vgl. zu diesen Homogenitätsanforderungen M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 49 ff., 261 ff.; ders., Verfassungspatriotismus, substantielle Gleichheit und Demokratieprinzip im europäischen Staatenverbund, S. 43 ff.; A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 653 ff., 700 ff.; P. Kirchhof, HStR § 183 Rn. 37. Schon in bezug auf den Staat werden Homogenitätsanforderungen für die Herausbildung einer „Nation“ bzw. eine demokratische Willensbildung formuliert: J. Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat – wechselseitige Bedingtheit, S. 147 ff.; C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 226 ff.

752 So J. Isensee, Staat im Wort (insb. S. 572 f.); D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 42 ff. Zum Sprachkriterium A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 139 ff.; A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 706 f.

753 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 142 ff.

754 Vgl. zu diesen kommunikativen Anforderungen M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 268 ff.

755 Zum Begriff H. Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität.

756 Dazu T. Schilling, Die Verfassung Europas, S. 399 f. Auch das Bundesverfassungsgericht forderte im Maastricht-Urteil allem Anschein nach „relative“ soziale Homogenität des Volkes: BVerfGE 89, 155, 186.

757 Im Maastricht-Urteil verlangte das Bundesverfassungsgericht offenbar auch die – „relative“ – geistige und politische Homogenität: BVerfGE 89, 155, 186. Zu dem irreführenden Zitat von Hermann Heller, das das Bundesverfassungsgericht als Beleg für seine Homogenitätsforderungen anführt, obwohl es allenfalls für den Bereich der sozialen Homogenität zutrifft und eigentlich Carl Schmitt hätte zitiert werden müssen, I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, S. 103 ff. Kritisch zu den Homogenitätsanforderungen des Bundesverfassungsgerichts M. Zuleeg, Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, S. 16 ff.

758 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 133 ff.

759 Dazu A. Augustin, ebda. S. 135 ff.

760 Vgl. zum Kriterium der Abstammungsgemeinschaft A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 114 ff. Auch Carl Schmitts Forderung nach völkischer Homogenität gehört hierher: C. Schmitt,

stimmung der Lebensbedingungen und -stile,⁷⁶² ein gemeinsamer „Mythos“⁷⁶³ bzw. die Zugehörigkeit zu einer auf gemeinsamer Kultur basierenden (Kultur-) Nation⁷⁶⁴ oder

Verfassungslehre, S. 223 ff., 361 ff. Schmitts Homogenitätskonzept erweist sich bei näherem Hinsehen allerdings als inhaltsleer, rein formal und auch widersprüchlich, weil es auf seiner Lehre vom Politischen und damit auf der Unterscheidung zwischen Freund und Feind basiert. Abgesehen davon, daß die Abgrenzung zum „Feind“ die Bestimmung des homogenen Kreises der „Freunde“ nur in negativer und damit inhalts- und substanzloser Weise ermöglicht und außerdem von der kontingenten Beschaffenheit des „Feindes“ abhängt, erfordert die Abgrenzung selbst die Entscheidung durch eine Einheit, die durch die Abgrenzung erst hergestellt werden soll. Zum ganzen eingehend H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, S. 138 ff.; vgl. auch T. Schilling, Die Verfassung Europas, S. 401. – Daß Schmitts Homogenitätsforderung schließlich in die Forderung nach Art- bzw. Rassegleichheit mündet, sei nur am Rande erwähnt; vgl. dazu H. Hofmann, ebda., S. 195 ff.

761 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 116 ff.

762 Ebda. S. 118 ff.

763 Dazu W. v. Simson, Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, S. 3, 6.

764 Hinter der Forderung nach kultureller Gemeinschaft als Voraussetzung der Verfassungsgebung bzw. überhaupt der demokratischen Willensbildung steht das auch in einer Gegenbewegung zur napoleonischen Fremdherrschaft in Deutschland entstandene (vgl. R. Brubaker, Staats-Bürger, S. 33; U. Scheuner, Nationalstaatsprinzip und Staatenordnung seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts, S. 115; B. Schönemann, Volk, Nation, Nationalismus, Masse, S. 325 ff.) und u.a. von Herder und Schiller formulierte (vgl. B. Schönemann, a.a.O., S. 316 ff., 328 f.) Konzept der *Kulturnation*. Danach definiert sich die „Nation“ durch bestimmte objektive Merkmale wie gemeinsame Sprache, Geschichte, Religion usw. Demgegenüber stellt das (ursprünglich französische) Konzept der *Staatsnation* den politischen Willen der Bürger zur Bildung eines gemeinsamen Staates in den Vordergrund (vgl. B. Schönemann, a.a.O., S. 321 ff.; auch Sieyes hatte eine solche Vorstellung von der Nation, wenn er schreibt: „Für die erste Epoche (sc. der Bildung einer politischen Gesellschaft) ist eine mehr oder weniger beträchtliche Anzahl von Individuen anzunehmen, die sich vereinigen möchten. Schon allein durch diese Tatsache bilden sie eine Nation ...“: Was ist der Dritte Stand?, S. 165) – die „Nation“ definiert sich durch den gemeinsamen politischen Willen (dieses Konzept wurde etwa als Rechtfertigung für die Eingliederung des päpstlichen Avignon in die französische Nation 1791 aufgrund eines Votums der Bevölkerung angeführt: Diese Eingliederung stelle keine Eroberung dar, sondern entspreche dem Selbstbestimmungsrecht der Völker; vgl. dazu E. Schulin, Die Französische Revolution, S. 109 f.; U. Scheuner, a.a.O., S. 113). Vgl. zu den verschiedenen Konzepten der Nation U. Scheuner, a.a.O., insb. S. 106; Scheuner weist darauf hin, daß auch die „Kulturnationen“ durch politische Vorgänge mitgestaltet wurden, die den Kern der Bewußtseinsbildung bildeten – insofern stehen die beiden Nationsbegriffe durchaus in einer Wechselbeziehung, so daß es sich verfehlt ist, das Konzept der Kulturnation für allein maßgeblich zu halten. Ähnlich weist W. Pauly darauf hin, daß das französische und das deutsche Modell der Nation „konvergieren“ (Zu Grund und Grenzen der Legitimität von Nationalstaatlichkeit, S. 46 f.). Ausführlich zu den verschiedenen Begriffen von Nation E.-W. Böckenförde, Die Nation – Identität in Differenz; Böckenförde weist insbesondere darauf hin, daß das deutsche Konzept der Kulturnation zunächst unpolitisch war und erst im Zuge des Kampfes gegen die napoleonische Herrschaft in Deutschland politisiert wurde (a.a.O., S. 48 f.); er schlägt einen allgemeineren Nationenbegriff vor: „Nation (ist) eine abgegrenzte Gruppe von Menschen, die durch gemeinsames politisches Selbstbewußtsein miteinander verbunden ist und als politisches Subjekt (politische Willensgemeinschaft) handelt oder handeln will“ (a.a.O., S. 37); von untergeordneter Bedeutung seien die verschiedenen Anknüpfungspunkte für die Bildung einer solchen Nation; diese Anknüpfungspunkte (Sprache, Geschichte, die Zugehörigkeit zu einem Staat als solche, aber auch der „Unterschied oder Gegensatz zu anderen“) würden je nach der konkreten historischen Situation von der Nation selbst bestimmt (a.a.O., S. 41 f.). Eine *europäische* Nation gibt es nach Böckenfördes Ansicht noch nicht; ihre Bildung sei allerdings möglich – wenn er dies auch offenbar in zeitlicher Hinsicht für eine Frage von Generationen hält (ders., Welchen Weg geht Europa?, S. 39 f.). – Kritisch zum Konzept der Kulturnation etwa R. Grawert, Der Deutschen supranationaler Nationalstaat, S. 131 ff.; für Grawert führen „die dunklen Wege in die Tiefe nationaler Existenz nur zu

zumindest einer politisch-rechtlichen Kulturgemeinschaft⁷⁶⁵. Hier wird argumentiert, daß nur bei Erfüllung dieser Voraussetzungen die Bereitschaft und damit die Möglichkeit zu gemeinsamer politischer Willensbildung, insbesondere zur Verfassunggebung bestehen. Ein abgeschwächtes Homogenitätskonzept, nämlich das der „relativen Homogenität“⁷⁶⁶, legt sich nicht auf bestimmte Homogenitätskriterien fest, sondern trägt der Tatsache Rechnung, daß in der Geschichte die unterschiedlichsten Gemeinsamkeiten zur Nationenbildung geführt haben; relative Homogenität wird als „sozialpsychologischer Zustand“ verstanden, es genüge ein ausreichendes „Wir-Gefühl“; damit sei gleichzeitig eine „Abgrenzung gegenüber anderen“ gegeben. Ein solches Homogenitätsverständnis knüpft nicht in erster Linie an objektive Gemeinsamkeiten an, sondern an subjektive Dispositionen. Es kommt etwa dann zum Ausdruck, wenn darauf abgestellt wird, ob (trotz oder wegen vorhandener Gegensätzlichkeiten bzw. Gemeinsamkeiten) die Bereitschaft zu einem gemeinsamen Willensakt vorhanden ist,⁷⁶⁷ oder ob die (potentielle) Minderheit bereit ist, das Mehrheitsvotum zu akzeptieren.⁷⁶⁸ Ähnlich ist der Hinweis auf die Notwendigkeit eines allgemeinen Einverständnisses zu verstehen, das es erlaubt, Kontroversen auszuklammern und ein Leben mit unbeantworteten Fragen zu ermöglichen⁷⁶⁹ bzw. Entscheidungsgewalt als Ausdruck des eigenen Wesens und Wollens anzusehen und hinzunehmen;⁷⁷⁰ auch die Forderung nach „kollektiver Identität“,⁷⁷¹ nach einem „Bewußtsein der Zusammengehörigkeit“, das „Mehrheitsentscheidungen und Solidarleistungen zu tragen vermag“,⁷⁷² geht in diese Richtung. Auch bei solchen Formulie-

Ungewißheiten“, wenn Völker in nicht-rationaler Weise „vorstaatlich“ definiert werden. Statt dessen weist Grawert auf die Vorteile der Bestimmung des „Volkes“ mit Hilfe eines zweckmäßigen Staatsangehörigkeitsrechts hin. Kritisch gegenüber der Idee der Kulturnation ebenfalls J. Nida-Rümelin, Demokratie als Kooperation, S. 104 f.; ebenso gegen ein „vordemokratisches, ethnisch-kulturelles Volksverständnis“ B.-O. Bryde, Verfassunggebende Gewalt des Volkes und Verfassungsänderung im deutschen Staatsrecht: Zwischen Überforderung und Unterforderung der Volkssouveränität, S. 334 ff.; ähnlich S. Oeter, Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, S. 690 ff. Vgl. zum Nationsbegriff und den verschiedenen Nationskonzepten jetzt die eingehende Darstellung bei A. Siehr, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, S. 126 ff., insb. S. 233 ff. Vgl. auch H. Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, S. 1070, und besonders zur historischen Entwicklung der Nationskonzepte R. Brubaker, Staats-Bürger.

765 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 122 ff.

766 E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 47 f., 63 ff.; ders., Die Zukunft politischer Autonomie, S. 111 ff.; vgl. auch ders., Die Nation – Identität in Differenz. Böckenförde ist der Auffassung, eine „relative Homogenität“ auf europäischer Ebene, die für die Bildung einer europäischen Nation ausreichen würde, sei derzeit nicht gegeben (a.a.O., S. 125).

767 Dazu auch T. Schilling, Die Verfassung Europas, S. 401 f., der hier auch von „formeller Homogenität“ spricht und diese auf europäischer Ebene für gegeben hält.

768 Vgl. A. v. Bogdandy, Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatstheoretischer Perspektive, S. 222 (mit einiger Skepsis hinsichtlich der Akzeptanz von Mehrheitsvoten auf europäischer Ebene).

769 W. v. Simson, Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, S. 6 f.

770 Ebda. S. 18.

771 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 155 ff.

772 So D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 46 f.; allerdings ist für Grimm u.a. eine gemeinsame Sprache Voraussetzung zur Erfüllung der genannten Kriterien, insofern handelt es sich nicht

rungen bleibt freilich die Frage, ob bzw. in welchem Maße denn die genannten Anforderungen erfüllt sind; hier besteht die Gefahr, daß die Homogenität letztlich nur aufgrund eigener Einschätzungen bestimmt wird und damit argumentativ in sehr verschiedene Richtungen gewendet werden kann.⁷⁷³

Über den Grad an Homogenität der Menschen in Europa läßt sich freilich streiten.⁷⁷⁴ Es gibt vielfältige kulturelle Gemeinsamkeiten und gemeinsame geschichtliche Wurzeln; die grundlegenden Wertvorstellungen⁷⁷⁵, gerade in bezug auf Recht und Verfassung, können als im wesentlichen homogen bezeichnet werden.⁷⁷⁶ Die Kommunikationsmöglichkeiten sind durch erweiterte Fremdsprachenkenntnisse und die gesteigerte internationale Mobilität im Rahmen von Studium und Beruf in den letzten Jahrzehnten deutlich verbessert worden.⁷⁷⁷ Ein europäischer politischer Diskurs findet statt – zumindest auf der Ebene der „Europäischen Parteien“;⁷⁷⁸ eine europaweite öffentliche Mei-

um ein rein subjektives Konzept. Grimm betont dabei aber ausdrücklich, daß er nicht auf die „homogene Volksgemeinschaft“ abstellt.

773 So auch die Kritik von W. Hertel, *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, S. 178 ff.

774 Die ausführliche Untersuchung von A. Augustin, *Das Volk der Europäischen Union*, kommt zu dem Ergebnis, daß in der EU zwar keine Sprachengemeinschaft vorliege, wohl aber eine Willensgemeinschaft im Sinne einer europaweiten Akzeptanz der EU und ihrer Einrichtungen (ebda. S. 187 ff.). Die übrigen Homogenitätsmerkmale seien indifferent und das Ergebnis abhängig von den jeweiligen Prämissen. In bezug auf die Verfassungsgebung (in Gestalt eines singulären Aktes der Unionsbürger) ist Augustin der Auffassung, daß sie eine Willens-, Kommunikations- und Handlungsgemeinschaft voraussetze; die Selbstkonstitution einer solchen Gemeinschaft sei zwar möglich, aber sei bisher noch nicht erfolgt (ebda. S. 302 ff.). – A. Peters kommt zu dem Ergebnis, ein für die Demokratie ausreichend homogener europäischer Demos (nicht aber ein europäischer Ethnos) sei „in Ansätzen vorhanden und entwicklungsfähig“: Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 655; vgl. auch die Darstellung und Bewertung der verschiedenen Homogenitätsanforderungen ebda. S. 700 ff.

775 D. König (Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, S. 608 f.) stellt etwa auf gemeinsame Werte ab, „die transeuropäischer Art sind“, und beruft sich für deren Vorhandensein auf ihre Nennung in Art. 6 I EUV: die Grundsätze der Freiheit und Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit. Den Kern dieser Grundsätze sieht sie im „Selbstbestimmungsrecht der einzelnen Unionsbürger“.

776 Vgl. in rechtshistorischer Perspektive M. Stolleis, *Das „europäische Haus“ und seine Verfassung*. P. Häberle spricht in diesem Zusammenhang vom „gemeineuropäischen Verfassungsrecht“; grundlegend sein so betitelter Aufsatz; vgl. auch ders., *Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft* und ders., *Europäische Verfassungslehre*, S. 103 ff. Ergänzend dazu M. Heintzen, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union* (mit Konzentration auf das Unionsrecht – vgl. ebda. S. 5). Zu den im Text angesprochenen Gemeinsamkeiten auch M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 264 ff.; Kaufmann hält sie allerdings für nicht ausreichend. Eher zweifelnd hinsichtlich des Umfangs gemeinsamer Wertvorstellungen A. v. Bogdandy, *Zweierlei Verfassungsrecht*, insb. S. 181 f. (an die Stelle gemeinsamer Werte habe das funktionale Äquivalent der Akzeptanz von Verfahrensergebnissen zu treten).

777 Sehr skeptisch – gerade in bezug auf die Sprachkompetenzen der Unionsbürger – beurteilt diese Kommunikationsmöglichkeiten und auch deren Entwicklungsfähigkeit allerdings D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, S. 39 ff.

778 Nach Art. 191 (ex-Art. 138a) EGV tragen „politische Parteien auf europäischer Ebene“ dazu bei, „den politischen Willen der Bürger der Union zum Ausdruck zu bringen“. Tatsächlich bildeten politisch verwandte Parteien aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EG bzw. EU seit den siebziger Jahren Vereinigungen (z.B. die Sozialdemokratische Partei Europas oder die Europäische Volkspartei),

nung zu bestimmten Themen ist im Ansatz erkennbar.⁷⁷⁹ ebenso eine „europäische Öffentlichkeit“⁷⁸⁰. Homogenität ist auch insoweit vorhanden, als sich keine „fixen Spaltungen“ feststellen lassen, die das Funktionieren von Mehrheitsentscheidungen verhindern könnten – auch nicht entlang der Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten.⁷⁸¹ Auch bleibt offen, ob bzw. in welchem Maße der Grad an Homogenität in Zukunft steigen wird – angeregt vielleicht durch Kompetenzerweiterungen und den Ausbau demokratischer Verfahren auf europäischer Ebene;⁷⁸² möglicherweise wird durch das Argument, die Homogenität reiche für eine solche Vertiefung der europäischen Integration nicht aus, gerade das Entstehen einer solchen Homogenität verhindert.⁷⁸³ Man sollte dabei bedenken, daß es historisch oft der Staat war, der – z.B. durch Sprachenregelungen oder eine bestimmte Bildungspolitik – eine Nation konstituierte, nicht umgekehrt.⁷⁸⁴ Vielleicht bedarf eine europäische Verfassungsgebung angesichts der begrenzten Kompetenzen der Gemeinschaften und wegen der daraus folgenden geringeren Bedeutung der gemein-

die auf europapolitischem Gebiet eng zusammenarbeiten. Diesen „Europäischen Parteien“ korrespondieren entsprechende Fraktionen im Europäischen Parlament. Wenn auch diese Europäischen Parteien bislang lediglich gut strukturierte und verfestigte Arbeitsgemeinschaften der nationalen Parteien darstellen (die Mitgliedschaft von einzelnen Bürgern ist nur in einzelnen dieser Parteien möglich und ist die Ausnahme), bilden sie unter Vermittlung durch die jeweiligen nationalen Parteien auch einen „Transmissionsriemen“ für die politische Willensbildung auf europäischer Ebene. Vgl. zum ganzen G. Jasmut, Die politischen Parteien und die europäische Integration, insb. S. 179 ff. (zur Entwicklung der Zusammenarbeit von Parteien in Europa und zur Geschichte der „Europäischen Parteien“), S. 221 ff. (zum Begriff der „Europäischen Partei“), 231 ff. (zur Stellung der Mitgliedsparteien in einer „Europäischen Partei“).

779 R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 301 f.; ders., Verfassungsgebung und Verfassungsänderung in der Europäischen Union, S. 325 f. Sehr skeptisch in dieser Hinsicht dagegen C. Koenig, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, S. 271.

780 P. Häberle, Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, S. 16 ff.; ders., Europäische Verfassungslehre, S. 162 ff.; A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 714 ff.

781 Für A. Peters stellt die Abwesenheit von „fixen Spaltungen“ eine zentrale Demokratievoraussetzung dar. Sie weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, daß für das Abstimmungsverhalten in den Organen der EU bzw. EG keineswegs allein die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Mitgliedstaat maßgeblich ist, sondern eine Vielzahl anderer Faktoren bzw. Zugehörigkeiten eine Rolle spielen: Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 711 f.

782 Dies ist ein wesentlicher Teil der Kritik von J. Habermas (Braucht Europa eine Verfassung?) an der gegenüber einer Europäischen Verfassung skeptischen Haltung D. Grimms (Braucht Europa eine Verfassung?). Habermas hält die Gewichtung der Schwierigkeiten für falsch, die sich daraus ergibt, daß „man eine als kulturelles Substrat in Anschlag gebrachte kollektive Identität, die sich ... nur *artikulierte*, für notwendig hält“. Statt dessen sei „zu erwarten, daß die politischen Institutionen, die durch die Europäische Verfassung geschaffen würden, eine *induzierende* Wirkung haben“ (ebda. S. 191, Hervorhebungen im Original). Zu diesem Gedanken vgl. auch M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 274 ff.; zu den Gegenargumenten (zunehmende „Sichtbarkeit“ der nicht akzeptierten EU führt zu weiterer Entfremdung) ebda. S. 325 ff. C. D. Classen weist darauf hin, daß sich eine demokratische Infrastruktur nur dort entwickeln kann, wo bereits gewisse institutionelle Strukturen vorhanden sind: Europäische Integration und demokratische Legitimation, S. 257. E.-W. Böckenförde meint, daß „Institutionen auf europäischer Ebene, sind sie richtig gebaut, (zur Bildung eines europäischen Volkes oder einer europäischen Nation) ... beitragen (können)“ (Die Zukunft politischer Autonomie, S. 125).

783 Ähnlich W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 178 ff.

784 Dazu J. H. H. Weiler, Der Staat „über alles“, S. 113 f.

schaftlichen im Vergleich zur staatlichen Hoheitsgewalt auch nicht des gleichen Maßes an Homogenität, wie sie für die staatliche Verfassungsgebung gefordert wird.⁷⁸⁵ Vielleicht ist als Folge der gegenseitigen kulturellen Durchdringung heute nicht einmal mehr für die *staatliche* Verfassungsgebung ein solches Maß an Homogenität erforderlich (bzw. möglich), wie bisher angenommen wurde.⁷⁸⁶ Vielleicht ist es durchaus möglich, gleichzeitig Mitglied zweier Bürgergemeinschaften zu sein – der mitgliedstaatlichen und der europäischen.⁷⁸⁷ Und schließlich besteht bei einer *einzelstaatlichen* verfassungsgebenden Willensbildung (also einer Willensbildung, die eine Zustimmung in *allen* Mitgliedstaaten zur Voraussetzung macht), wie sie bei der Setzung bzw. Änderung des Primärrechts gegenwärtig praktiziert wird,⁷⁸⁸ keine Gefahr der Majorisierung eines Mitgliedstaates durch die übrigen; damit wäre die Bereitschaft der Minderheit zur Annahme des Mehrheitsvotums lediglich auf einzelstaatlicher Ebene notwendig, so daß unter diesem Aspekt die – ja ausreichend vorhandene – Homogenität auf einzelstaatlicher Ebene ausreichen würde.

Dennoch: Die von den urheberorientierten Theorien formulierten Homogenitätsanforderungen haben ohne Zweifel Bedeutung für die *Qualität* kollektiver verfassungsgebender Willensbildung. Die einzelstaatliche Willensbildung, die keine Homogenität auf europäischer Ebene erfordern würde, hat nämlich den Nachteil, daß durch die Beschränkung auf das in *allen* Mitgliedstaaten Zustimmungsfähige das erreichbare Maß an kollektiver Autonomie reduziert wird: Der Minimalkonsens entspricht dem Willen der *Gesamtheit* der Unionsbürger sehr wahrscheinlich weniger als eine in europaweitem Diskurs gefundene und von der Mehrheit der Unionsbürger angenommene Verfas-

785 Ähnlich C. D. Classen, Europäische Integration und demokratische Legitimation, S. 256. Das Argument läßt sich auch in umgekehrter Richtung formulieren: Die Kompetenzen der Gemeinschaften dürfen nur so weit reichen, wie sich das beim gegebenen Grad an Homogenität vertreten läßt; so etwa W. v. Simson, Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, S. 13 (der offenbar zumindest für solche begrenzten Gemeinschaftskompetenzen die Homogenität für ausreichend hält). – Der Begriff der Europäischen Verfassung wird sicher überbeansprucht und zu sehr an die Staatsverfassung angelehnt, wenn verlangt wird, daß das Primärrecht als „identitätsstiftender Gründungsakt einer alle Lebens- und Rechtsbereiche umfassenden Gemeinschaft bzw. Union“ gesehen wird. So aber M. Schröder, Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, S. 512.

786 Ein Indiz dafür ist die Anerkennung kultureller Vielfalt, z.B. in Form des Minderheitenschutzes, in vielen nationalstaatlichen Verfassungen; P. Häberle spricht hier von der „Verfassung des Pluralismus“: Die europäische Verfassungsstaatlichkeit, S. 484 ff. Vgl. zu dem (Bedeutungs-) Verlust der Homogenität schon innerhalb des Staates bzw. der „Nation“ C. Grewe, Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, S. 61 ff.; U. R. Haltern, Europäischer Kulturkampf, S. 596 ff.

787 J. H. Weiler spricht etwa von einem europäischen Demos und entwirft ein Konzept der „multiplen Demoi“, das eine gleichzeitige Identifikation und Loyalität mit Europa *und* dem jeweiligen Mitgliedstaat erlaube (Der Staat „über alles“, S. 130 ff.) und so die demokratische Legitimation *beider* Ebenen hoheitlichen Handelns, der europäischen wie der mitgliedstaatlichen, ermögliche; ähnlich J. Nida-Rümelin, Demokratie als Kooperation, S. 134 ff. Zum Konzept „multipler Loyalitäten“ vgl. auch U. R. Haltern, Europäischer Kulturkampf, S. 608 ff. Ähnliches deutet W. v. Simson an: Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, S. 12 („Aufteilung des Volksbegriffs in zwei verschiedene Kategorien“). Dieser allgemein auf die politische Willensbildung bezogene Gedanke gilt natürlich auch für die Verfassungsgebung.

788 Vgl. dazu unten C.I.4.a).

sung.⁷⁸⁹ Aus der Sicht der kollektiven Autonomie ist also die europaweite Willensbildung zu bevorzugen. Eine solche europaweite Willensbildung ist aber mühsamer, wenn keine einheitliche Sprache gesprochen wird oder kaum Medien vorhanden sind, die im gesamten Personenverband verbreitet sind. Gemeinsamkeiten in den Anschauungen, die durch gemeinsam erlebte Geschichte, Erziehung in derselben Wertegemeinschaft sowie durch Schicksals- oder Abstammungsgemeinschaft erzeugt werden, können die kollektive verfassunggebende Willensbildung fördern. Diese Faktoren, die auch in der Diskussion über das angebliche „Demokratiedefizit“ in der EU eine große Bedeutung haben,⁷⁹⁰ können also die Verwirklichung des Legitimitätskriteriums der kollektiven Autonomie verbessern und verdienen daher Berücksichtigung in einem Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität.⁷⁹¹

Allerdings kann das (vermutete oder behauptete) Fehlen eines oder mehrerer dieser Faktoren nicht dazu führen, daß schon die *Anwendbarkeit* eines Prinzipienmodells der Legitimation durch Verfassunggebung ausgeschlossen wird. Denn die Theorie der Verfassunggebung gibt Kriterien zur Beurteilung der Legitimität einer (in welchem Verfahren auch immer geschaffenen) Verfassung an die Hand, und die möglicherweise schlechte Verwirklichung dieser Kriterien (mit der Folge möglicherweise geringer Legitimität dieser Verfassung) ist kein Grund, die Lehre nicht anzuwenden – im Gegenteil: Erscheint die Legitimität einer Verfassung als problematisch, so verlangt dies geradezu nach Anwendung des Prinzipienmodells der Legitimation durch Verfassunggebung, um eine genauere Aussage über die Legitimität (und die Möglichkeiten ihrer Verbesserung) machen zu können. Das schließt nicht aus, daß das Ergebnis einer solchen Anwendung der Lehre die Feststellung geringer (oder fehlender) Legitimität ist.

Der von der urheberorientierten Theorie der verfassunggebenden Gewalt formulierte Einwand gegen die Anwendung des Gedankens der Verfassunggebung, es fehle an einem europäischen Volk als Subjekt der verfassunggebenden Gewalt, hat für die *Anwendbarkeit* des Prinzipienmodells also keine Bedeutung. Aus dem Einwand ergeben sich für das Prinzipienmodell allerdings Hinweise auf Probleme bei der Verwirklichung der Legitimitätskriterien der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit auf europäischer Ebene. Diese Probleme resultieren aus faktischen Schwierigkeiten bei einer verfassunggebenden kollektiven Willensbildung auf europäischer Ebene. Die Untersuchung dieser Schwierigkeiten ist eine Aufgabe verschiedener Disziplinen wie Soziologie, Psychologie und Demokratietheorie;⁷⁹² eine solche Untersuchung könnte, so ist zu hoffen, im einzelnen Aufschluß darüber geben, inwieweit und auf welchem Weg

789 S. zu dem Defizit an kollektiver Autonomie bei einzelstaatlicher Willensbildung oben im Ersten Teil, G.V.2.

790 Eine erschöpfende und systematisch weitgehend überzeugende, allerdings etwas unkritische Analyse des Problembereichs „Demokratiedefizit in der Europäischen Union“ findet sich jetzt in der schon zitierten Arbeit von M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip.

791 Ähnlich fordert H. Hofmann die differenzierte Untersuchung der komplexen Voraussetzungen von Geltung und Wirksamkeit einer Verfassung anstelle einer Subjektivierung dieser Voraussetzungen unter dem Namen des Staates: Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, S. 1066 Fn. 18.

792 Zu den Hilfestellungen, die die Demokratietheorie hier geben kann, vgl. M. G. Schmidt, Demokratietheorien, S. 438 ff.

es möglich ist, die kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit und damit die Legitimität einer Europäischen Verfassung zu steigern.

In der vorliegenden Arbeit kann eine derart umfassende Untersuchung nicht geleistet werden; sie beschränkt sich allein auf die Frage, ob und in welchem Maße gegenwärtige und zukünftige Europäische Verfassungen durch Verfassunggebung legitimiert werden können. Prognosen über die künftige Entwicklung der soziologischen Legitimitätsvoraussetzungen können und sollen hier nicht aufgestellt werden.

IV. Parallelen zur Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates

Für die Gliedstaaten eines Bundesstaates ist die Möglichkeit der Legitimation durch Verfassunggebung oben schon begründet worden. Zur Bekräftigung der hier vertretenen These, daß auch eine Europäische Verfassung durch Verfassunggebung legitimiert werden kann, soll daher noch kurz auf einige staats- und verfassungstheoretische Parallelen zwischen den Europäischen Gemeinschaften⁷⁹³ und den Gliedstaaten eines Bundesstaates hingewiesen werden.

Ebenso wie der Gliedstaat eines Bundesstaates können die Gemeinschaften, wie gezeigt, als Personenverband bzw. – juristisch gesehen – als Körperschaft betrachtet werden, die über *beschränkte Hoheitsgewalt* verfügt. Beide – die Gemeinschaften und der Gliedstaat – verfügen über Kompetenzen in bestimmten Bereichen und auch über die organisatorischen und verfahrensmäßigen Mittel, um in diesen Kompetenzbereichen – notfalls mit Zwang gegenüber den Bürgern – zu handeln; sie sind aber nicht souverän.

Der wesentliche Unterschied zwischen den Gemeinschaften und dem Gliedstaat in einem Bundesstaat besteht – zumindest dem ersten Anschein nach – in der Organisationshoheit bei der Ausübung der Hoheitsgewalt:⁷⁹⁴ Der Gliedstaat gibt sich – unter Beachtung der ihm vom Bund gesetzten Grenzen – selbst eine Verfassung, die wiederum die Grundlage seiner ebenfalls autonom gesetzten einfachen Gesetze ist; auf diese Weise bestimmt der Gliedstaat weitgehend autonom über die Ausübung der Hoheitsgewalt, soweit sie ihm zusteht. Für die Europäischen Gemeinschaften trifft dies scheinbar nicht zu: Ihre Verfassung, das Primärrecht, entsteht weitgehend durch völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten, die ja keine Organe der Gemeinschaften sind; die Verfassung,

793 Der Vergleich bezieht sich auf die Gemeinschaften und nicht auf die Union, weil nur erstere mit Hoheitsgewalt ausgestattet sind.

794 Das Merkmal der Organisationshoheit verwendet übrigens auch G. Jellinek zur Abgrenzung der Staatlichkeit der Gliedstaaten von der Nichtstaatlichkeit etwa der Gemeinden. Er nennt dies die „Fähigkeit zur Selbstorganisation und Selbstherrschaft“ (Allgemeine Staatslehre, S. 489 ff.). Ein Staat zeichnet sich nach Jellinek dadurch aus, daß er die Ausübung der Staatsgewalt, soweit er über sie verfügen kann, selbst organisiert und regelt. Das bedeutet vor allem, daß die Verfassung eines Staates auf autonomer Rechtsetzung durch den Staat selbst beruht. Bei den Gliedstaaten eines Bundesstaates ist das der Fall; diese sind nach Jellinek „Staaten, denn sie können sich durch ihre eigenen, ausschließlich auf ihrem Willen beruhenden Verfassungen organisieren“ (Allgemeine Staatslehre, S. 491). Als Beispiel für die fehlende Organisationshoheit nennt Jellinek die Gemeinden: „Wo hingegen ein Herrschergewalt übender Verband seine Organisation von einem über ihm stehenden Staate als dessen Gesetz empfangen hat, da ist kein Staat vorhanden. So vor allem bei den Kommunen, deren Verfassung stets auf Staatsgesetzen ruht, die höchstens in untergeordneten Dingen eine begrenzte Organisationsbefugnis zugestehen.“ (Ebda.)

auf der das übrige Gemeinschaftsrecht beruht, wird den Gemeinschaften also gleichsam „von außen“ vorgegeben. Die Mitgliedstaaten setzen den Gemeinschaften durch das Primärrecht nicht nur kompetenzielle Grenzen, sondern bestimmen auch maßgeblich über die Organisation und die Art und Weise der Ausübung der gemeinschaftlichen Hoheitsgewalt. Diese Situation scheint mit dem Fall vergleichbar zu sein, daß ein „Gliedstaat“ eines Bundesstaates seine Verfassung nicht selbst setzt, sondern vom Bund erhält. In einem solchen Fall einer oktroyierten gliedstaatlichen Verfassung, den man in der historischen Realität vor allem in den unselbständigen Kolonien wiederfindet, wäre die Anwendung der Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung in der Tat nicht sinnvoll.

Bei näherem Hinsehen erweist sich ein solcher Vergleich aber als zu voreilig. In formaler Hinsicht trifft es zwar zu, daß das Primärrecht nicht von den Gemeinschaften selbst, sondern „von außen“ gesetzt wird. Dieser formale Aspekt ist aber nur ein Indiz für die Antwort auf die eigentlich interessierende Frage, inwieweit die Gemeinschaften selbst über die Organisation und die grundsätzlichen Fragen der Ausübung ihrer Hoheitsgewalt bestimmen können. Für diese Frage kommt es wesentlich darauf an, inwieweit das Primärrecht auf den Willen der Individuen zurückgeht, die „Mitglieder“ der Gemeinschaft sind, also auf den Willen der Unionsbürger. Hier unterscheiden sich die Gemeinschaften von der oben exemplarisch genannten unselbständigen Kolonie: Deren Organisationsstatut wird tatsächlich von außen vorgegeben, die Einwohner der Kolonie haben darauf keinen oder, wenn sie denn im Bund mitbestimmen können, nur geringen Einfluß; dagegen *sind die Bürger der das Primärrecht setzenden Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit identisch mit den Unionsbürgern*. Wird die Beteiligung eines Mitgliedstaates am Abschluß eines primärrechtsetzenden völkerrechtlichen Vertrages – dem demokratischen Anspruch gemäß – auf den Willen *seiner* Bürger zurückgeführt, so liegt es nicht fern, einen solchen Vertragsschluß, zu dem notwendig alle Mitgliedstaaten zustimmen müssen, auf den Willen der Bürger aller einzelnen Mitgliedstaaten und damit auf den Willen der Unionsbürger insgesamt zurückzuführen.⁷⁹⁵ Das trifft erst recht in

795 Die Verbindung zwischen dem Primärrecht als Europäischer Verfassung und den Unionsbürgern, auf deren Willen es letztlich zurückzuführen ist, wird also nicht an der Stelle durchbrochen, an der die Organe der Mitgliedstaaten an der Primärrechtsetzung beteiligt sind. Im Gegenteil: Durch diese Beteiligung wird die Verbindung gerade hergestellt. Daß es sich um eine mittelbare Verbindung und keine direkt-demokratische Rechtsetzung handelt, hindert selbstverständlich nicht die Betrachtung dieses Vorganges als Verfassungsgebung. – Dagegen sieht M. Kaufmann einen kategorialen Unterschied zwischen der Konstituierung durch Bürger (bezogen auf den Staat) und der Konstituierung durch Staaten (bezogen auf die EU): M. Kaufmann, *Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund*, S. 531 ff., insb. 534 f. Kaufmann bezeichnet die Staaten als „kollektive Akteure“, die – im Gegensatz zu „menschlichen Akteuren“ mit ihrem „psychisch konstituierten Binnensystem“ – eine „höhere Fähigkeit zum normgeleiteten Handeln“ haben. Die Staaten erscheinen hier als entmenschte, jedenfalls ihren eigenen Bürgern völlig fremde Wesen. Dabei bleibt unklar, wo genau der wesensmäßige Unterschied zwischen der Verfassungsgebung durch gemeinsames Handeln der Organe mehrerer Mitgliedstaaten und der Verfassungsgebung durch Organe in einem Staat (z.B. das Zusammenwirken von verfassungsgebenden Versammlungen auf Bundes- und auf Gliedstaatsebene) liegt. Im übrigen gibt es genügend historische Beispiele für diktatorische Staaten, denen man eine „höhere Fähigkeit zum normgeleiteten Handeln“ durchaus absprechen kann – ebenso wie den Organen, die für sie handelten und letztlich den Bürgern, die diese Organe unterstützten.

den Fällen zu, in denen in einzelnen Mitgliedstaaten Referenden zur Vertragsratifizierung durchgeführt werden.

Verläßt man also die formal-juristische Perspektive und richtet den Blick auf die Bürger der Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als Unionsbürger, dann läßt sich die Aussage, den Gemeinschaften sei ihre Verfassung „von außen“ vorgegeben, nicht mehr halten. In dieser Sichtweise haben die Gemeinschaften in bezug auf die Verfassungsgebung (und übrigens auch in bezug auf die unter diesem Gesichtspunkt vielleicht neu aufzuwerfende Frage der Staatlichkeit)⁷⁹⁶ also gewisse Ähnlichkeit mit dem Gliedstaat eines Bundesstaates – nur daß das Verhältnis zwischen dem Teil und dem Ganzen gleichsam „umgestülpt“ ist.⁷⁹⁷ Damit soll nicht behauptet werden, das geltende Primärrecht habe das gleiche Maß an verfassungsrechtlicher Legitimität wie die Verfassung eines Gliedstaates in einem demokratischen Bundesstaat, die z.B. durch Beschluß einer verfassungsgebenden Versammlung mit anschließendem Referendum zustande gekommen ist. Es soll nur behauptet werden, daß die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung auf das Primärrecht angewendet werden kann und auf diese Weise, wie bei der Verfassung eines Gliedstaates, Aussagen über das Maß an dessen verfassungsrechtlicher Legitimität (das nicht von vornherein gleich Null ist) gewonnen werden können – und auch Aussagen über die Möglichkeiten, diese Legitimität zu steigern.

C. Die Verfassungslegitimität des (geltenden) Primärrechts

Im folgenden soll die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung auf das Primärrecht angewendet werden; auf diese Weise sollen Aussagen über die Verfassungslegitimität des Primärrechts bzw. der durch das Primärrecht normierten Ausübung von Hoheitsgewalt gewonnen werden. An dieser Stelle muß noch einmal hervorgehoben werden, daß die Legitimation durch Verfassungsgebung nur *ein* (wenn auch zentrales) Legitimitätskriterium darstellt; unter anderen Gesichtspunkten können andere Legitimitätskriterien genannt werden. Ein Legitimitätsgrund, der gerade in bezug auf die Europäische Union häufig genannt wird, ist der Wohlfahrtsgewinn: Die Ausübung von Hoheitsgewalt auf europäischer Ebene kann vielleicht auch dadurch (zumindest zum Teil) gerechtfertigt werden, daß die Wohlfahrt der Bürger gegenüber der nur einzelstaatlichen

796 Der im Text angestellte Vergleich legt den Gedanken nahe, den Staatsbegriff *in Analogie zum Gliedstaat eines Bundesstaates* tatsächlich auch auf die Gemeinschaften anzuwenden und damit die These von der Staatlichkeit der Gemeinschaften zu begründen. Denn wenn die herrschende Lehre den nichtsouveränen Gliedern eines Bundesstaates das Merkmal „Staatlichkeit“ zuspricht, warum sollte das nicht auch in bezug auf die nichtsouveränen Gemeinschaften möglich sein? Es greift offenbar zu kurz, die Frage der Staatlichkeit der Gemeinschaften allein als eine Frage ihrer Souveränität zu verstehen (so aber z.B. M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 135 ff.). – Diese Problematik braucht hier aber nicht weiter vertieft werden, weil die mögliche Staatlichkeit der Gemeinschaften, wie der Staatsbegriff überhaupt, für die hier entwickelte Theorie keine maßgebliche Bedeutung hat.

797 Die zeitliche Abfolge der Bildung von Gliedstaaten und Bundesstaat einerseits und der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaften andererseits spricht nicht gegen den Vergleich; denn es trifft nicht zu, daß Bundesstaaten immer durch Zusammenschluß der Gliedstaaten entstanden sind. G. Jellinek weist z.B. auf das Beispiel der Umwandlung Brasiliens von einem Zentralstaat zu einem Bundesstaat aufgrund der Verfassung von 1891 hin (*Allgemeine Staatslehre*, S. 780). Für den Vergleich der Gemeinschaften mit einem Gliedstaat ist es also unerheblich, daß die Gemeinschaften zeitlich erst nach den Mitgliedstaaten (die ja im Vergleich dem Bund entsprechen) entstanden sind.

und damit in bestimmten Bereichen weniger wirkungsvollen Ausübung von Hoheitsgewalt zunimmt.⁷⁹⁸ Mit stärkerem Bezug zur Verfassung, aber ohne direkte Rekurrerung auf die Verfassungsgebung kann man auch die „Bewährung“ einer Verfassung als Legitimitätskriterium betrachten.⁷⁹⁹ Das ist aber nicht das Thema dieser Arbeit; ihr geht es nicht um eine umfassende und abschließende Bewertung der Legitimität (europäischer) Hoheitsgewalt, sondern nur um eine zentrale Argumentationsfigur, die bei der Bewertung dieser Legitimität hilfreich ist, nämlich die Legitimation durch Verfassungsgebung.

Entsprechend den früheren Ausführungen zum Primärrecht beschränkt sich der folgende Abschnitt auf das Recht der Gemeinschaften; denn das spezifische *Unionsrecht* läßt sich, wie gezeigt, nicht als eine Verfassung (in dem in dieser Arbeit verwendeten Sinne) verstehen und entzieht sich damit auch einer Anwendung der Theorie der Verfassungsgebung.

Die folgende Darstellung muß sich außerdem auf einige wesentliche Punkte beschränken. Zwar können die Kriterien des Prinzipienmodells der Verfassungslegitimität auch bei der Bewertung vieler Detailregelungen des Primärrechts herangezogen werden – das würde aber den Umfang dieser Arbeit sprengen und deren eigentlichen Gegenstand, die Legitimation durch Verfassungsgebung, in den Hintergrund drängen.

Nur in einigen wichtigen Bereichen soll daher im folgenden exemplarisch demonstriert werden, wie die Legitimität des Primärrechts nach den Kriterien der Freiheitssicherung, der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit beurteilt werden kann.

I. Freiheitssicherung

Die freiheitssichernde Funktion des Primärrechts soll im folgenden in fünf Hinsichten untersucht werden: Grundrechte (1.), gewaltenteilende Einrichtung von Organen und Verfahren (2.), Festlegung der Kompetenzen der Gemeinschaften und ihrer Organe (3.), Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und verfaßten Gemeinschaftsorganen (4.) und änderungsfester Verfassungskern (5.).

1. Grundrechte

Die Gemeinschaftsgrundrechte werden im allgemeinen, wie schon erwähnt, zum (ungeschriebenen) Primärrecht gezählt; sie sollen daher hier als (ungeschriebenes) Verfassungsrecht der Gemeinschaften betrachtet werden. Die freiheitssichernde Funktion der

798 Skeptisch gegenüber dem Wohlfahrtsargument C. Kirchner / A. Schwartze, Legitimationsprobleme in einer Europäischen Verfassung, S. 200 f.; vgl. dazu auch W. v. Simson, Der Staat als Teil und als Ganzes.

799 So A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 580 ff.: „Legitimation durch Bewährung heißt, daß eine Verfassung dann gerechtfertigt ist, wenn sie durch ihre (weitgehend indirekten) Leistungen, also ihren *Output*, zum Wohlergehen (einschließlich Selbstbestimmung) der Bürger beiträgt. Dabei kommt es wesentlich auf den realen, nicht den bloß erwarteten Output an. Dieser kann nur *ex post* und in letzter Instanz nur *von den Bürgern* festgestellt werden.“ (Hervorhebungen im Original.) Dieses Legitimitätskonzept hat dort Berührungspunkte mit dem Konzept der Verfassungsgebung, wo es sich auf die Bürger als „letzte Instanz“ zur Beurteilung der „Bewährung“ und damit auf deren Willen, also in gewisser Weise auf die kollektive Autonomie bezieht.

Grundrechte ist an ihrer *rechtlichen Wirksamkeit* zu messen. Diese Wirksamkeit soll im folgenden anhand der rechtlichen Verankerung der Gemeinschaftsgrundrechte und der dieser Verankerung entsprechenden Bindungswirkungen untersucht werden.

Dem Wortlaut nach sind die Grundrechte bis zu einem gewissen Grade auch im geschriebenen Primärrecht verankert. In Art. 6 II EUV⁸⁰⁰ heißt es nämlich, die „Union“ achte die „Grundrechte“, wie sie in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährleistet sind und wie sie sich „aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“.⁸⁰¹ Diese Norm hat aber eher den Charakter einer Formulierung von Werten und Zielen und bedeutet wohl auch keine einseitige Bindung an die EMRK⁸⁰²; jedenfalls enthält sie keine ausdrücklich normierten Grundrechte. Auch die gemeinsame Erklärung von Parlament, Rat und Kommission zum Grundrechtsschutz⁸⁰³ und die Entschließung des Parlaments zu Grundrechten und Grundfreiheiten von 1989⁸⁰⁴ stellen keine Grundrechtsnormen dar, sondern Absichtserklärungen, allenfalls Selbstverpflichtungen der jeweiligen Gemeinschaftsorgane;⁸⁰⁵ da sie nicht direkt auf eine Vertragsnorm rückführbar sind, sind sie auch kein Bestandteil des geschriebenen Primärrechts. Das gilt auch für die schon mehrfach angesprochene im Dezember 2000 durch den Europäischen Rat in Nizza feierlich verkündete Charta der Grundrechte der Europäischen Union; diese ist bislang nicht ins Primärrecht inkorporiert worden und kann daher allenfalls eine Appellwirkung entfalten.⁸⁰⁶ Eine rechtlich bindende, über eine Absichtserklärung hinausgehende Normierung einzelner Gemeinschaftsgrundrechte findet sich also nicht im geschriebenen Primärrecht.

Formulierungen von Grundrechten, die als rechtlich verbindlich angesehen werden, finden sich dagegen in der Rechtsprechung des EuGH.⁸⁰⁷ Dieser hat in einer ganzen Reihe von Leitentscheidungen in Wahrnehmung seiner Kompetenz zur „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ des EGV (Art. 220 EGV)⁸⁰⁸ einzelne Grundrechte entwickelt und formuliert; er betrachtet die Gemeinschaftsgrundrechte dabei als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Verfassungsüberlieferun-

800 Ex-Art. F II EUV.

801 Dazu, daß Art. 6 II EUV auch die Organe der Gemeinschaften bindet, vgl. oben A.II.4.

802 Vgl. R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 358.

803 Vom 5.4.1977, *Abl. C* 103/1.

804 Vom 12.4.1989, *Abl. C* 120/51.

805 Dazu A. Weber, *Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung*, S. 537.

806 Eine solche Appellwirkung ist allerdings bereits jetzt festzustellen; vgl. I. Pernice, *Die Europäische Verfassung*, S. 1334, mit einigen Beispielen, in denen das spanische Verfassungsgericht bzw. Generalanwälte beim EuGH auf die Charta Bezug nehmen.

807 Vgl. dazu etwa T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 489 ff.; H.-W. Rengeling, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*.

808 Ex-Art. 164 EGV.

gen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.⁸⁰⁹ Bei der Findung und Formulierung der Gemeinschaftsgrundrechte nimmt der EuGH eine wertende Rechtsvergleichung vor: Er beschränkt sich nicht darauf, den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ der Grundrechte in den einzelnen Mitgliedstaaten zu finden, sondern versucht, die „beste“ Regelung im nationalen Recht zu finden, die sich in die Struktur und Ziele der Gemeinschaften einfügt.⁸¹⁰ Dabei bedient er sich als „Quellen der Inspiration“ auch internationaler Menschenrechtsabkommen, an denen die Mitgliedstaaten beteiligt sind, insbesondere der EMRK.

Es fragt sich also, welches Maß an Wirksamkeit den so begründeten Gemeinschaftsgrundrechten zukommt. Die Grundrechtsrechtsprechung des EuGH ist verschiedentlich kritisiert worden wegen ihrer Unbestimmtheit, insbesondere wegen des Fehlens einer Schrankensystematik.⁸¹¹ Soweit diese Kritik zutrifft, ist auch die Wirksamkeit der Gemeinschaftsgrundrechte beeinträchtigt; denn unbestimmte Grundrechtsnormen lassen Raum für Auslegungen, die den Freiheitsschutz verringern könnten. Der EuGH hat es insoweit in der Hand, den Grundrechtsschutz im Zuge der Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung durch größere Bestimmtheit der Formulierung von Gemeinschaftsgrundrechten zu verbessern.

Von größerer Bedeutung für die Frage der Wirksamkeit der Gemeinschaftsgrundrechte ist aber ihr Charakter als Richterrecht. Dem EuGH kommt zwar faktisch die Funktion eines „Supreme Court“ der Gemeinschaften zu, dessen Entscheidungen auch über den jeweils entschiedenen Einzelfall hinaus von den Gemeinschaftsorganen (und grundsätzlich auch von den Mitgliedstaaten) beachtet werden.⁸¹² Seine zahlreichen Grundsatzentscheidungen, mit denen er die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts mit dem Ziel der Förderung der Integration vorantrieb, waren zweifelsohne von großer Wirksamkeit; das gilt auch für die Grundrechtsrechtsprechung. Dennoch ist der EuGH *selbst* formal nicht an seine eigene Rechtsprechung gebunden. Das dem EuGH zu unterstellende Bestreben, einen Selbstwiderspruch zu vermeiden und der eigenen Rechtsprechung eine gewisse Kontinuität zu geben, kann diesen Mangel kaum ausgleichen. Es bliebe dem EuGH unbenommen, mit entsprechender Begründung (etwa mit dem Hinweis auf eine wirtschaftliche Notlage) den erreichten Grundrechtsstandard wieder zu verringern. In bezug auf den EuGH selbst bleibt also die Wirksamkeit der ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechte deutlich hinter der Wirksamkeit eines geschriebenen Grundrechtskatalogs auf Primärrechtsebene zurück.

809 Vgl. die Formulierung in Art. 6 II EUV (ex-Art. F II EUV). Diese durch den Vertrag von Maastricht entstandene Vorschrift erkennt also die schon in längerer Rechtsprechungstradition vorgenommene Qualifizierung der Gemeinschaftsgrundrechte an.

810 Vgl. dazu und zum folgenden T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 491, 483; T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, S. 262 ff., 1051 ff. Zur Methode der Herleitung von Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere von Grundrechten eingehend C. Sobotta, *Transparenz in den Rechtsetzungsverfahren der Europäischen Union*, S. 290 ff. (mit dem Versuch, unter Anwendung dieser Methode ein „Grundrecht auf Zugang zu Informationen“ herzuleiten, ebda. S. 321 ff.).

811 Dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 492 m.w.N.

812 Zur Rolle und Bedeutung des EuGH vgl. etwa T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 381 ff., insb. 384 ff.

Allerdings ist angesichts der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH gegenwärtig kaum zu erwarten, daß das Gericht den erreichten Grundrechtsstandard tatsächlich wesentlich reduziert; diese Einschätzung teilt auch das Bundesverfassungsgericht und sieht aus diesem Grund gegenwärtig keine Gefahr für den Grundrechtsschutz, wenn die Wahrung der Grundrechte gegenüber der auf die Gemeinschaftsorgane übertragenen Hoheitsgewalt ausschließlich dem EuGH obliegt.⁸¹³

Dennoch ist festzustellen: Der Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht ist rechtlich weniger wirksam als ein in der Verfassung (dem Primärrecht) ausdrücklich festgeschriebener Grundrechtskatalog. Nach den Legitimitätskriterien der Theorie der Verfassungsgebung ist ein solcher (geschriebener) Grundrechtskatalog daher wünschenswert, die Legitimität des Europäischen Verfassungsrechts ließe sich dadurch deutlich steigern.⁸¹⁴

2. Gewaltenteilende Einrichtung von Organen und Verfahren

Ein wesentlicher freiheitssichernder Gesichtspunkt bei der Einrichtung von Organen und Verfahren ist die gegenseitige Kontrolle und Machtbalance verschiedener Hoheitsträger, also die Gewaltenteilung. Die Hoheitsträger der Gemeinschaften haben freilich – nicht zuletzt als Ausdruck der Beteiligung der Mitgliedstaaten an der Ausübung gemeinschaftlicher Hoheitsgewalt – andere Funktionen und stehen zueinander in einem anderen Verhältnis als die „klassischen“ drei Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative im modernen demokratischen Verfassungsstaat. So ist nicht das direkt gewählte Europäische Parlament das Hauptrechtsetzungsorgan, sondern der aus Regierungsvertretern der Mitgliedstaaten zusammengesetzte Rat, der gleichzeitig (neben der Kommission) exekutive Aufgaben wahrnimmt⁸¹⁵; diese Kompetenz- und Machtkonzentration im Rat widerspricht nicht nur der herkömmlichen Zuweisung der Gesetzgebungsfunktion an das Parlament, sondern auch überhaupt der „klassischen“ Trennung von Gesetzgebung und Gesetzesvollzug.

813 Das Bundesverfassungsgericht ist seit der „Solange II“-Entscheidung (BVerfGE 73, 339, 377) der Auffassung, die Grundrechtsprechung des EuGH gewährleiste generell einen so wirksamen und dem Grundgesetz gleichzuachtenden Grundrechtsschutz gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften, daß es selbst auf die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit über das Sekundärrecht, d.h. auf die Prüfung des Sekundärrechts am Maßstab deutscher Grundrechte verzichtet. Vgl. auch BVerfGE 89, 155, 174 f. (Maastricht) und BVerfGE 102, 147, 162 ff. (Bananenmarktordnung). – Allerdings bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung des EuGH in neuen, nicht wirtschaftlichen Politikfeldern, etwa bei der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickeln wird. Es ist durchaus möglich, daß sich in diesen Bereichen größere Abweichungen von nationalen Grundrechtsstandards ergeben werden; vgl. die entsprechenden Bedenken bei A. v. Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, S. 92 f.

814 Die Einführung eines geschriebenen Grundrechtskataloges würde auch keinen „Schritt in Richtung Staatlichkeit“ bedeuten, wie oft befürchtet wird. Ein Grundrechtskatalog stellt vielmehr ein Desiderat für die Ausübung von Hoheitsgewalt durch Organe jeder Art dar – seien sie staatlich oder nicht. – Die im Dezember 2000 vom Europäischen Rat proklamierte Grundrechtecharta könnte dem Mangel abhelfen – wenn sie rechtlich verbindlich wäre. Das ist aber gegenwärtig (noch) nicht der Fall.

815 So z.B. in Gestalt der einzelfallbezogenen Entscheidungen nach Art. 249 (ex-Art. 189) IV EGV, etwa bezüglich mitgliedstaatlicher Subventionen gem. Art. 88 (ex-Art. 93) II EGV.

Das heißt aber nicht, daß das Gefüge von Organen und Verfahren in den Gemeinschaften den Grundsatz der Gewaltenteilung, soweit er der Freiheitssicherung dient,⁸¹⁶ in schwerwiegender Weise verletzen würde.⁸¹⁷ Denn zum einen schreibt der Grundsatz der Gewaltenteilung – auch und gerade, wie oben gezeigt, in seiner ursprünglichen Formulierung bei Montesquieu – keine *bestimmte* Verteilung von „Gewalten“ vor; schon ein Vergleich moderner Verfassungsstaaten zeigt eine Vielfalt möglicher Konstellationen, die dem Grundsatz der Gewaltenteilung nach allgemeiner Ansicht entsprechen. Und zum anderen besteht auch zwischen den Gemeinschaftsorganen ein zum Teil sehr ausgefeiltes System von Kontroll- und Mitwirkungsbefugnissen und anderen Instrumenten gegenseitiger Einflußnahme; solche gegenseitige Kontrolle und Einflußnahme in Gestalt eines „institutionellen Gleichgewichts“⁸¹⁸ ist aber die für die Freiheitssicherung zentrale Forderung des Gewaltenteilungsgrundsatzes.⁸¹⁹

So ermöglichen die weitreichenden Zuständigkeiten des EuGH⁸²⁰ eine effektive freiheitssichernde Kontrolle der übrigen Hoheitsträger der Gemeinschaften durch dieses Gericht. Die Kommission hat eine Reihe von klagebewehrten Kontrollbefugnissen gegenüber anderen Gemeinschaftsorganen und gegenüber den Mitgliedstaaten.⁸²¹ Die Kommission selbst wiederum kann nur mit Zustimmung des Europäischen Parlaments ernannt werden⁸²² und unterliegt dessen Mißtrauensvotum⁸²³. Auch die Kontrollbefugnisse des Rechnungshofs müssen hier genannt werden;⁸²⁴ diese Kontrollbefugnisse sind mit dem Amsterdamer Vertrag durch die Einführung eines Klagerechts für den Rechnungshof verstärkt worden.⁸²⁵ Die Mitgliedstaaten wiederum haben aufgrund der Zuständigkeit ihrer Organe für die Konkretisierung des Gemeinschaftsrechts (vor allem bei den Richtlinien, aber auch bei der Anwendung unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts durch Behörden und Gerichte) eigene Gestaltungsmöglichkeiten, durch die sie – trotz der Überordnung des Gemeinschaftsrechts nach Art. 10 EGV⁸²⁶ – eigene Akzente setzen können; bei Auseinandersetzungen mit den Gemeinschaften in diesem Zusammenhang haben sie auch Klagerechte vor dem EuGH.⁸²⁷ Diese Form „vertikaler“ oder „föderaler“ Gewaltenteilung wird ergänzt durch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, einstimmig

816 Gewaltenteilung ist nicht nur ein Mittel der Freiheitssicherung, sondern kann auch z.B. als eine Methode effektiver Aufgabenverteilung angesehen werden.

817 So auch H. P. Ipsen, Europäische Verfassung – nationale Verfassung, S. 198 f.

818 Kritisch zu diesem Begriff T. Oppermann, Europarecht, Rn. 243.

819 Allerdings hat in den Gemeinschaften der Freiheitsschutz durch Gewaltenteilung inzwischen gegenüber dem Freiheitsschutz durch Grundrechte an Bedeutung verloren; die Gewaltenteilung dient heute zu einem großen Teil „dem Schutz und der Förderung der spezifischen Aufgaben der Organe“ (so A. v. Bogdandy, Europäische Prinzipienlehre, S. 170).

820 Vgl. Art. 220 ff. (ex-Art. 164 ff.) EGV, Art. 46 (ex-Art. L) EUV.

821 Vgl. Art. 230 (ex-Art. 173) II, 226 (ex-Art. 169) EGV.

822 Art. 214 (ex-Art. 158) II UAbs. 1, 3 EGV.

823 Art. 201 (ex-Art. 144) EGV.

824 Vgl. Art. 248 (ex-Art. 188c) EGV.

825 Vgl. die neue Fassung des Art. 230 (ex-Art. 173) III EGV.

826 Ex-Art. 5 EGV.

827 Vgl. Art. 230 (ex-Art. 173) II EGV.

oder gegebenenfalls mit Mehrheit im Rat gewissermaßen „von oben“ maßgeblichen Einfluß auf die Gemeinschaften und deren Rechtsakte zu nehmen.

Trotz dieser vielfältigen Kontroll- und Einflußmöglichkeiten verschiedener „Gewalten“ der Gemeinschaften ist die Freiheitssicherung durch Gewaltenteilung hier gewiß nicht in optimaler Weise verwirklicht. Das gilt vor allem für die Stellung des Europäischen Parlaments, dessen Möglichkeiten der Kontrolle und Einflußnahme auf exekutive, ja sogar legislative Hoheitsakte der übrigen Organe deutlich hinter entsprechenden Möglichkeiten herkömmlicher nationaler Parlamente zurückbleiben. Hier wird nicht nur ein „Demokratiedefizit“ deutlich, sondern eben auch ein Mangel in der Gewaltenbalance: Das direkt gewählte Parlament hat zwar die erforderliche Unabhängigkeit, um die von den Regierungen der Mitgliedstaaten beschickten Organe Rat und Kommission wirkungsvoll zu kontrollieren – ihm fehlt es aber an ausreichenden Instrumenten einer solchen Kontrolle. Diese Problematik kann hier aber (ebenso wie andere mögliche Defizite der Gewaltenteilung in den Gemeinschaften) nicht näher untersucht werden.⁸²⁸

3. Festlegung der Kompetenzen der Gemeinschaften und ihrer Organe

Die Verfassungsfunktion der Freiheitssicherung wird in grundlegender Weise durch die Festlegung von Verbands- und Organkompetenzen in der Verfassung erfüllt. Freiheitsbeeinträchtigungen durch Handlungen der Träger von Hoheitsgewalt sind dann zumindest auf den durch diese Kompetenzen abgesteckten Rahmen beschränkt. Die Qualität dieser Beschränkung – und damit das Maß der dadurch bewirkten Freiheitssicherung als Kriterium der Verfassungslegitimität – hängt vor allem von der Bestimmtheit der Kompetenzvorschriften ab. Unbestimmte Kompetenznormen erzeugen Ungewißheit über die Befugnisse von Hoheitsträgern und tragen in entsprechend geringerem Maße zur Freiheitssicherung bei.

Im Fall der Gemeinschaften stellt sich bei der *Verbandskompetenz* das Problem der primärrechtlichen Kompetenzabgrenzung zu den Mitgliedstaaten. Die *Organkompetenz* wirft demgegenüber kaum zusätzliche Fragen auf, weil die maßgeblichen primärrechtlichen Vorschriften mit der Verbands- gleichzeitig die Organkompetenz regeln (z.B. Art. 308 EGV⁸²⁹: „Erscheint ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich ..., so erläßt der Rat ... die geeigneten Vorschriften“). Allerdings überträgt sich durch diese rechtstechnische Kopplung von Verbands- und Organkompetenz jede Unbestimmtheit der Verbandskompetenz auf die Frage der Organzuständigkeit. Dadurch können zusätzliche Probleme entstehen, wenn z.B. eine Regelungsmaterie jedenfalls einer von mehreren Kompetenzen zugeordnet werden kann und nur unsicher ist, welche von diesen Kompetenzen einschlägig ist; denn in diesem Fall steht zwar die Verbandskompetenz fest, die Organkompetenz kann aber zweifelhaft sein (wenn verschiedene dieser Kompetenzen durch unterschiedliche Organe wahrgenommen werden). Auch im Hinblick auf das an-

828 Vgl. dazu etwa T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 263 ff. Problematisch ist etwa, daß der Rat beim Haushaltsrecht eine stärkere Position als das Parlament hat, daß das Parlament kaum Einsetzungs- und Wahlrechte gegenüber regierenden und verwaltenden Organen hat (Ausnahme: Zustimmung zur Benennung des Kommissionspräsidenten und zur Ernennung der Kommission als Gesamtkollegium, Art. 214 EGV n.F.) oder daß eine Kontrolle nur gegenüber der Kommission, dem Rat gegenüber aber nur in Ansätzen stattfindet.

829 Ex-Art. 235 EGV.

zuwendende Verfahren können unbestimmte Kompetenzvorschriften Unsicherheit erzeugen und damit die Freiheitssicherung zusätzlich beeinträchtigen. Viele primärrechtliche Kompetenznormen legen nämlich nicht nur das Organ fest, das in dem jeweiligen Bereich tätig wird, sondern auch das anzuwendende Verfahren (z.B. die erforderlichen Mehrheiten oder die Einbeziehung weiterer Organe)⁸³⁰. Das gleiche gilt für die Rechtsform: Oft hängt es von der einschlägigen Kompetenz ab, ob durch Richtlinie, Verordnung, Entscheidung oder in anderer Form gehandelt werden kann.⁸³¹ Auch in dieser Frage kann sich daher eine Unbestimmtheit von Kompetenzvorschriften auswirken und dadurch die Freiheitssicherung beeinträchtigen.

Die primärrechtliche Regelung der Gemeinschaftskompetenzen ist oben schon kurz angesprochen worden.⁸³² Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erhebt zwar den Anspruch, daß jeweils einzelne Kompetenzbereiche primärrechtlich bestimmt werden; eine völlig unbestimmte Generalemächtigung ist dadurch ausgeschlossen. Allerdings wird dieses Prinzip nicht immer konsequent eingehalten. Im Hinblick auf die Bestimmtheit problematisch sind – neben den ungeschriebenen Kompetenzen –⁸³³ insbesondere die Vorschriften der Art. 94, 95 EGV⁸³⁴ (Rechtsangleichung bezüglich des Ge-

830 Z.B. Art. 93 (ex-Art. 99) EGV (Harmonisierung von Steuern): „Der Rat erläßt auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses einstimmig die Bestimmungen zur Harmonisierung ...“

831 Z.B. Art. 52 (ex-Art. 63) EGV (Dienstleistungsfreiheit): „Der Rat erläßt ... Richtlinien zur Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung“.

832 S.o. A.II.3. Dazu und zum folgenden vgl. auch T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 344 ff.

833 Ungeschriebene Kompetenzen ergeben sich z.B. aus der implied-powers-Lehre; vgl. dazu etwa T. Oppermann, Europarecht, Rn. 527 ff. Diese Lehre wurde in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt; vgl. EuGHE 1956, II-297; 1960, VI-681. Es handelt sich um „stillschweigende Hilfskompetenzen“, die an ausdrücklich durch das Primärrecht zugewiesene Kompetenzen anknüpfen. Ähnlich der Lehre von der „Kompetenz kraft Sachzusammenhangs“ im deutschen Verfassungsrecht sollen die Gemeinschaften auch für solche Materien zuständig sein, für die sie keine ausdrückliche Kompetenz haben, deren Regelung aber zur effektiven Wahrnehmung einer anderen, ausdrücklich zugewiesenen Kompetenz erforderlich ist. Die Lehre von den implied powers fand bisher vor allem in zwei Bereichen Anwendung: bei der Einrichtung von Hilfsorganen der Gemeinschaften (vgl. R. Streinz, Europarecht, Rn. 344.) und bei der Begründung der Kompetenz zum Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen mit Dritten („Parallelität von Innen- und Außenkompetenz“; vgl. R. Streinz, Europarecht, Rn. 594).

834 Ex-Art. 100, 100a EGV; vgl. zu diesen Vorschriften T. Oppermann, Europarecht, Rn. 1208 ff. Welchen Umfang die Kompetenzen nach Art. 94, 95 EGV letztlich haben, hängt von der Auslegung dieser insoweit etwas unklaren Vorschriften ab. Aus dem Wortlaut ist nämlich nicht zu ersehen, ob die Rechtsangleichung nur dann erfolgen soll, wenn das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bzw. des Binnenmarktes durch Unterschiede in den nationalen Vorschriften ernsthaft beeinträchtigt ist, oder schon dann, wenn die Angleichung seine Verwirklichung in irgendeiner Weise fördert (unabhängig davon, ob schon nationale Regelungen existieren oder nicht); vgl. zu diesem Problem T. Oppermann, Europarecht, Rn. 1210 f. Eine solche weite Auslegung ist aber im Hinblick auf das im EGV vorherrschende Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung problematisch; außerdem spricht die Aufgabennorm des Art. 3 Buchst. h EGV, nach der die Gemeinschaft die Aufgabe der Rechtsangleichung hat, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes „erforderlich“ ist, für eine entsprechend enge Auslegung der Art. 94, 95 EGV. Die allgemeinen Vorteile jeder Angleichung binnenmarktrelevanten nationalen Rechts genügen jedenfalls allein nicht für eine Kompetenzbegründung nach Art. 94, 95 EGV.

meinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes) und Art. 308 EGV⁸³⁵ (Kompetenzergänzung bzw. -abrundung), auch wenn diese Vorschriften heute zurückhaltender angewendet werden.⁸³⁶ Bei diesen Vorschriften wird auch ein Merkmal deutlich, das – mehr oder weniger deutlich – ebenso die anderen primärrechtlichen Kompetenzvorschriften auszeichnet: Kompetenzen werden nicht als begrenzte sachliche Regelungsbereiche, sondern *zielorientiert*, also *final* formuliert.⁸³⁷ Diese Regelungstechnik der finalen Kompetenznormierung entspricht zwar dem ursprünglichen, dynamischen, auf Entwicklung ausgerichteten Charakter der Gemeinschaften, ist aber im Vergleich etwa zu den sachbereichsbezogenen Kompetenzkatalogen des Grundgesetzes ungenau – nicht nur wegen der ungenaueren Formulierung der Ziele, sondern auch wegen der Ungewißheit der für die Anwendung finaler Kompetenzvorschriften erforderlichen Prognose über die Förderung der einschlägigen Ziele durch die jeweiligen Maßnahmen.⁸³⁸ Diese Unbestimmtheit

835 Ex-Art. 235 EGV; vgl. zu dieser Vorschrift T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 523 ff.; T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, S. 456 ff. Welche einzelnen Kompetenzen aus Art. 308 EGV hergeleitet werden können, hängt von der Beschaffenheit und dem Umfang der „Ziele“ der EG ab, auf die sich diese Vorschrift bezieht. Fraglich ist, ob nur die konkreten Aufgaben der EG gemeint sind, wie sie etwa in Art. 3 EGV festgelegt sind, oder etwa auch die politischen Fernziele, wie sie z.B. in der Präambel des EGV genannt sind. Die volle Einbeziehung dieser Fernziele könnte dazu führen, daß sich aus Art. 308 EGV fast unbeschränkte Kompetenzen ableiten ließen. Derart umfangreiche Kompetenzen sollen aber durch Art. 308 EGV nicht übertragen werden; das ergibt sich schon aus der Zusammenschau der zahlreichen begrenzten Einzelermächtigungen im EGV, die kaum einen eigenen Regelungsgehalt hätten, würden sich die Kompetenzen bereits aus Art. 308 EGV ergeben. Art. 308 EGV ist daher restriktiv auszulegen; die Einbeziehung aller Fernziele bei gleichzeitiger Einräumung einer weitgehenden Einschätzungsprärogative für den Rat hinsichtlich der Erforderlichkeit zur Zielverwirklichung geht jedenfalls zu weit. Eine restriktive Auslegung entspricht auch der neueren Rspr. des EuGH (vgl. EuGHE 1996, I-1759 – Gutachten zum Beitritt zur EMRK), der bei politisch besonders bedeutsamen Vorhaben die Anwendung des Art. 308 EGV ausschließt und auf die Vertragsänderung nach Art. 48 (ex-Art. N) EUV verweist; vgl. dazu näher U. Häde / A. Puttler, *Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung*.

836 Auf Anregung der Gipfelkonferenz der Staats- und Regierungschefs 1972 in Paris wurde Art. 235 EWGV (jetzt Art. 308 EGV) neben anderen Vertragsbestimmungen einige Jahre lang „weitestgehend ausgeschöpft“, um trotz fehlender ausdrücklicher primärrechtlicher Kompetenzzuweisung den bis dahin fast ausschließlich wirtschaftspolitisch orientierten EWG-Vertrag durch die Einbeziehung neuer Politiken abzurunden, so etwa der Umwelt-, Forschungs-, Regional-, Sozial- und Währungs politik. Nach der Schaffung entsprechender ausdrücklicher primärrechtlicher Kompetenznormen durch die EEA und den EUV wurde eine Heranziehung des Art. 235 (jetzt Art. 308) zunehmend überflüssig. Die rechtliche Problematik besteht allerdings fort. Vgl. dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 523 ff.

837 Auf diesen Aspekt weist besonders H. D. Jarass hin: Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, S. 178 ff. (mit einer Zusammenstellung der finalen Formulierungen von Kompetenzen im EGV auf S. 179). Auch U. Hufeld erörtert das Problem „final strukturierte(r) Querschnittskompetenz(en)“ (Die *Verfassungsdurchbrechung*, S. 149); ob man jedoch mit Hufeld die Wirkung solcher Kompetenznormen als (letztlich wohl gerechtfertigte, vgl. ebd. S. 222 f.) „*Verfassungsdurchbrechung*“ des Grundgesetzes charakterisieren (S. 122 f.) und die Situation mit „*Weimarer Zeiten*“ (S. 126) vergleichen muß, mag dahinstehen. Vgl. zur Problematik unbestimmter Kompetenzvorschriften im Gemeinschaftsrecht auch C. W. Beyer, *Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften*, und M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 317 ff.

838 H. D. Jarass, *Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten*, S. 180. Auf die geringe Normativität „*politischer Zielformeln*“ in (Staats-) Verfassun-

ist ein generelles Problem bei der Betrachtung des Primärrechts als Verfassung: Sie entspricht der ursprünglich beabsichtigten Entwicklungsoffenheit des Gemeinschaftsrechts (daher auch der Begriff der „Wandelverfassung“ für das Primärrecht)⁸³⁹, steht aber im Widerspruch zu herkömmlichen Vorstellungen von einer stabilen Verfassung und mindert die auf das Primärrecht zurückzuführende Legitimität der Ausübung von gemeinschaftlicher Hoheitsgewalt.⁸⁴⁰

Die strukturelle Unbestimmtheit gemeinschaftsrechtlicher Kompetenzvorschriften wird zwar abgeschwächt durch die kompetenzbeschränkenden Prinzipien der Subsidiarität (Art. 5 II EGV⁸⁴¹) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 III EGV⁸⁴²). Dennoch wäre im Interesse der Bestimmtheit und damit der Freiheitssicherung eine möglichst sachbereichsbezogene, jedenfalls klarere Formulierung der Gemeinschaftskompetenzen wünschenswert.⁸⁴³

4. Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und den verfaßten Organen

Ein eng mit der Freiheitssicherung verbundenes Prinzip der Verfassungslegitimität ist, wie schon dargestellt, die Trennung zwischen dem verfassungsgebenden Organ und den

gen, gerade wenn es um Kompetenzfragen geht, weist schon W. Kägi hin: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 99.

839 H. P. Ipsen, Europäische Verfassung – Nationale Verfassung, S. 201.

840 Vgl. zu dieser Dynamik des Primärrechts und den Auswirkungen auf seinen Verfassungscharakter J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 35 ff. Schwarze spricht in diesem Zusammenhang von „Verfassungsentwicklung“.

841 Ex-Art. 3b II EGV.

842 Ex-Art. 3b III EGV.

843 Für einen Kompetenzkatalog daher I. Boeck, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union, S. 245; K. Heckel, Der Föderalismus als Prinzip überstaatlicher Gemeinschaftsbildung, S. 161 ff. Boeck und Heckel weisen dabei aber auch (mit unterschiedlicher Akzentuierung) auf die mit der Einführung eines solchen Kompetenzkataloges verbundenen Schwierigkeiten hin. Skeptisch M. Schröder, Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, S. 516 f.: Ein fester Kompetenzkatalog könne sich wegen der nicht abgeschlossenen Entwicklung der Integration als zu rigide erweisen. Für eine differenzierte Lösung mit enger abgegrenzten Kompetenzen in ausgewählten Bereichen J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, S. 1685 f. Differenzierend und mit interessanten Vorschlägen I. Pernice, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, insb. S. 872 ff.; ders., Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 221 f.; ders., Die Europäische Verfassung, S. 1327 ff. Pernice weist auch auf die Vorteile einer „finalen“ Kompetenzregelung hin; diese sei nicht nur dem Entwicklungscharakter der Union angemessen, sondern könne auch eine stärkere Kompetenzbeschränkung darstellen als mancher weit gefaßte Sachbereich aus den Kompetenzkatalogen des Grundgesetzes. Insgesamt plädiert Pernice jedoch auch für eine bessere Abgrenzung der Zuständigkeiten; diese sei auch als Ausgleich für die Erweiterung von Mehrheitsentscheidungen im Rat notwendig. Im einzelnen macht er dazu differenzierte Vorschläge; neben Kompetenzkatalogen nach Sachbereichen könnten auch z.B. Negativabgrenzungen oder prozedurale Lösungen („Subsidiaritätsausschuß“) hilfreich sein. Außerdem müsse differenziert werden zwischen „exklusiven bzw. konkurrierenden Kompetenzen zu supranationaler Rechtsetzung in einigen Bereichen und den Koordinierungs- und Förderkompetenzen hinsichtlich der Politik der Mitgliedstaaten in anderen Bereichen“. – Deziert gegen einen Kompetenzkatalog wendet sich H.-P. Schneider, Föderative Gewaltenteilung in Europa, S. 1415 ff.

verfaßten Organen. In bezug auf die Gemeinschaften bedeutet dies eine (möglichst durch die Verschiedenheit der Organe und der Verfahren zum Ausdruck kommende) Trennung zwischen Primärrechtsetzung und an das Primärrecht gebundenem Handeln der Gemeinschaftsorgane. Die Primärrechtsetzung erfolgt durch völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten bzw. im Verfahren nach Art. 48, 49 EUV; außerdem hat der EuGH das Primärrecht nicht nur verbindlich ausgelegt, sondern – vor allem im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte – rechtsschöpferisch weiterentwickelt. Diese beiden „Quellen“ des Primärrechts sollen im folgenden betrachtet werden.

a) Primärrechtsetzung durch die Mitgliedstaaten bzw. im Verfahren nach Art. 48, 49 EUV⁸⁴⁴

Die Unterscheidung zwischen Primärrechtsetzung durch die Mitgliedstaaten und Sekundärrechtsetzung durch die gemäß dem Primärrecht eingerichteten und handelnden Organe der Gemeinschaften scheint – zumindest dem ersten Anschein nach und im Ergebnis – genau der Idee von der Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und den verfaßten Organen zu entsprechen. Denn das Primärrecht wird grundsätzlich von einem außerordentlichen und im „normalen“ Rechtsleben nicht in Erscheinung tretenden „Organ“ (der Gesamtheit der Mitgliedstaaten bzw. deren Vertretern) in einem besonderen Verfahren (nach Art. 48 bzw. – im Rahmen eines Beitrittsverfahrens – Art. 49 EUV oder durch „normalen“ völkerrechtlichen Vertrag)⁸⁴⁵ gesetzt. In dieser Hinsicht ist es sinnvoll, von den Mitgliedstaaten nicht nur als den „Herren der Verträge“, sondern auch als „verfassungsgebender Gewalt“ (im Sinne eines verfassungsgebenden Organs) für

844 Ex-Art. N, O EUV.

845 Die Gründungsverträge sind in dem für völkerrechtliche Verträge üblichen Verfahren geschlossen worden. Anschließend *Vertragsänderungen* sollten dagegen an ein bestimmtes Verfahren gebunden sein, wie es im heutigen Art. 48 EUV vorgesehen ist, d.h. durch eine Konferenz von Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten unter vorheriger Beteiligung der Gemeinschaftsorgane Parlament, Rat und evtl. Kommission (die ein Initiativrecht hat) und anschließende Ratifizierung in den Mitgliedstaaten erfolgen. Die Einhaltung dieses Verfahrens für Vertragsänderungen ist nach Ansicht des EuGH zwingend (EuGHE 1971, 1003; 1976, 455 – Defrenne II); auch nach der WVRK, insbesondere Art. 40 WVRK, stellt dieses Revisionsverfahren eine abschließende Regelung dar, erlaubt also keine Vertragsänderung in einem anderen Verfahren (dazu M. Herdegen, Vertragliche Eingriffe in das „Verfassungssystem“ der Europäischen Union, S. 453 f.). Dennoch sind in der Vergangenheit immer wieder kleinere Vertragsänderungen „beinahe versehentlich“ durch „normalen“ völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten, also unter Abweichung von Art. 48 EUV (bzw. den entsprechenden Vorgängerregelungen) durchgeführt worden, und auch eine Vertragsänderung „großen Stiles“, etwa die Umwandlung der EU in einen Bundesstaat, wäre wohl nicht an Art. 48 EUV gebunden, sondern würde z.B. durch völkerrechtlichen Vertrag oder durch ein besonderes Verfassungsgebungsverfahren unter direkter Beteiligung der Unionsbürger erfolgen. Vgl. dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 218, 501 ff. – Es fällt außerdem schwer, einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Verfahren nach Art. 48 EUV und einem völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten unter Außerachtlassung des Art. 48 zu erkennen. Das Europäische Parlament und gegebenenfalls die Kommission werden nach Art. 48 lediglich angehört; nur der Rat hat scheinbar die Möglichkeit, durch Verweigerung der befürwortenden Stellungnahme die Vertragsänderung zu verhindern. Allerdings kann die Vertragsänderung sowohl nach Art. 48 als auch durch „normalen“ völkerrechtlichen Vertrag ohnehin nur mit Zustimmung aller Mitgliedstaaten bzw. deren Regierungsvertreter erfolgen – der Rat setzt sich aber gerade aus Regierungsvertretern zusammen; die Vorstellung, daß der Rat gegen den Willen der Mitgliedstaaten bzw. deren Regierungsvertreter die befürwortende Stellungnahme verweigert, ist geradezu paradox.

die Gemeinschaften zu sprechen.⁸⁴⁶ Dabei ist allerdings schon zweifelhaft, ob bei den Verfahren nach Art. 48, 49 EUV überhaupt von Verfassungsgebung gesprochen werden kann; handelt es sich doch um im geltenden Primärrecht, also in der bestehenden Verfassung vorgesehene Verfahren und damit eigentlich um Verfassungsänderungen.⁸⁴⁷ Dagegen könnte man allerdings einwenden, die durch den Vertrag von Maastricht eingeführte Regelung der Art. 48, 49 EUV habe (abgesehen von der dort vorgesehenen – sehr beschränkten – Beteiligung von Rat, Parlament und Kommission) nur deklaratorischen Charakter und bringe nur die auch ohne ausdrückliche Regelung jederzeit bestehende Möglichkeit der Vertragsänderung bzw. Schaffung neuer vertraglicher Regelungen durch die Mitgliedstaaten zum Ausdruck.

Auch wenn man von der Einordnung als Verfassungsgebung oder Verfassungsänderung absieht, wird aber die Trennung von verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen durch die Verfahren nach Art. 48, 49 EUV nur eingeschränkt verwirklicht. Das wird vor allem an der Funktion und Bedeutung des Rates deutlich: Dieses Gemeinschaftsorgan ist zwar selbstverständlich nicht identisch mit der Gesamtheit der Mitgliedstaaten und kann von sich aus auch kein Primärrecht setzen (auch wenn in dem Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 II EUV die Einberufung einer Regierungskonferenz zur Änderung des Primärrechts von der befürwortenden Stellungnahme des Rates abhängig ist bzw. der Rat nach Art. 49 I EUV einen einstimmigen Beschluß fassen muß); aber es besteht eben aus Regierungsvertretern der Mitgliedstaaten, und letztlich sind es Regierungsvertreter der Mitgliedstaaten (zusammen mit den in den Mitgliedstaaten für die Ratifizierung zuständigen Organen, die aber praktisch nur ein Vetorecht haben), die auch die Primärrechtsetzung durchführen. Ein Unterschied besteht zwar in der Notwendigkeit der Ratifizierung in den Mitgliedstaaten (Art. 48 III, 49 II 2 EUV) und damit der engeren Bindung der Regierungsvertreter an die gesetzgebenden Organe (in einigen Fällen auch an das zu erwartende Ergebnis eines Referendums) im jeweiligen Mitgliedstaat. Dieser Unterschied ist jedoch nur graduell, weil die Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten auch bei ihrer Mitwirkung im Rat gemäß den demokratischen Regeln den jeweiligen gesetzgebenden Organen bzw. dem Volk des jeweiligen Mitgliedstaates verantwortlich sind.

Lediglich die Beteiligung des Europäischen Parlaments bzw. der Kommission an den Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48, 49 EUV scheint den Einfluß der Regierun-

846 So z.B. M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 143 f. („konstitutionelle Gewalt“ bzw. „pouvoir constituant“); T. Oppermann, Europarecht, Rn. 218, 501; H. Steinberger, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, S. 22 f. – Einen etwas anderen Akzent hat der Gedanke, den J. H. Kaiser auf der Staatsrechtslehrertagung 1964 formuliert hat. Er sprach davon, daß aufgrund von Art. 24 GG (der damals für die Schaffung der Gemeinschaften und weitere Integrationsschritte einschlägigen Vorschrift) und entsprechender Regelungen in den Verfassungen der anderen Mitgliedstaaten ein „internationaler Verfassungsgeber“ tätig wird, der eine internationale Gemeinschaft konstituiert. Dieser neue „pouvoir constituant“ bestehe aus den Völkern der Mitgliedstaaten, die vor allem durch ihre nationalen Parlamente handelten (J. H. Kaiser, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, S. 17 ff.). Kaiser nahm hier offenbar Bezug auf die von der staatlichen Ebene her bekannte Vorstellung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes (bzw. hier: der Völker).

847 So T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 486 f. Zum Unterschied zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung vgl. oben im Ersten Teil E.I.

vertreter der Mitgliedstaaten auf die inhaltliche Ausgestaltung des Primärrechts zu beschränken. Bei näherem Hinsehen reicht diese Beschränkung aber nicht sehr weit. Denn die Kommission wird in beiden Verfahren allenfalls angehört; auch das Parlament hat im Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 nur ein Anhörungsrecht (Abs. 2). Im Beitrittsverfahren nach Art. 49 bedarf der Beitritt und damit die Vertragsänderung zwar der Zustimmung des Parlaments (Abs. 1), aber dabei handelt es sich nur um ein Vetorecht, das dem Parlament keine eigenen inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten gibt; außerdem sind die anlässlich der Beitrittsverfahren vorgenommenen Vertragsänderungen bisher eher unbedeutend (abgesehen von den notwendigen technischen Vertragsänderungen).

Es sind also die Mitgliedstaaten bzw. ihre Regierungsvertreter, die zunächst das Primärrecht maßgeblich inhaltlich festlegen und dann im Rat als (zentralem) Gemeinschaftsorgan auf der Ebene des Sekundärrechts tätig werden. Die Mitgliedstaaten sind eben nicht nur „Herren der Verträge“⁸⁴⁸ sondern gleichzeitig „Herren des Rates“. Diese Verbindung steht im Gegensatz zum freiheitssichernden Prinzip der Trennung von verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen.⁸⁴⁹ Daran wird deutlich, daß bei der Schaffung des Primärrechts nicht die änderungsfeste rechtliche Sicherung der Freiheiten der Unionsbürger gegenüber den Gemeinschaftsorganen im Vordergrund stand, sondern wohl eher die Sicherung des Einflusses der Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaften und deren Organe.

b) Rechtsschöpferische Fortentwicklung des Primärrechts durch den EuGH

Schon im Abschnitt über die Freiheitssicherung durch Grundrechte wurde festgestellt, daß die vom EuGH formulierten Gemeinschaftsgrundrechte insoweit vom Ideal abweichen, als daß der EuGH selbst rechtlich nicht an sie gebunden ist. Dieses Defizit an Freiheitssicherung kann auch unter dem Gesichtspunkt der Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen betrachtet werden: Durch die „Findung“ primärrechtlicher allgemeiner Rechtsgrundsätze und die Fortentwicklung bzw. Konkretisierung weiter Teile des geschriebenen Primärrechts⁸⁵⁰ wird der EuGH auf der Ebene des Primärrechts rechtsschöpferisch tätig, er betätigt sich in diesem Bereich im Ergebnis wie ein Verfassungsgebungsorgan, und zwar in einem Maße, das über die übliche rechtsschöpferische Tätigkeit staatlicher Verfassungsgerichte wohl hinausgeht;⁸⁵¹ gleichzeitig

848 Wenngleich auch die Verfügbarkeit der Verträge durch die Mitgliedstaaten wohl Einschränkungen unterliegt, z.B. durch geschaffene Besitzstände der Unionsbürger; so I. Pernice, Art. 23 Rn. 21.

849 Die Feststellung M. Kaufmanns, „Verfassungsgeber und verfassungsändernder Gesetzgeber“ fielen bei der Union bzw. den Gemeinschaften zusammen (Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 143), erfaßt daher nur einen Teil der Legitimitätsproblematik. Zutreffend ist jedenfalls die Feststellung, die Europäische Union befinde sich „im Zustand permanenter Verfassung(s)gebung“ (ebda. und ders., Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, S. 530 ff.).

850 Beispielhaft für die Fortentwicklung des geschriebenen Primärrechts durch den EuGH seien hier nur das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht, der Rechtsschutz, die Staatshaftung oder die Grundfreiheiten genannt; vgl. dazu A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 403 ff.

851 Auch wenn die „Findung“ der allgemeinen Rechtsgrundsätze durch den EuGH vor allem darin besteht, daß er die im Gemeinschaftsrecht und in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten schon angelegten und quasi latent vorhandenen Grundsätze lediglich ausformuliert und konkretisiert (vgl. da-

ist er ein „verfaßtes“, nämlich durch das Primärrecht eingerichtetes und aufgrund des Primärrechts handelndes Organ. Diese Doppelfunktion mag zwar zumindest aus pragmatischer Sicht notwendig sein;⁸⁵² sie steht aber im Gegensatz zum Prinzip der Trennung von verfassunggebendem Organ und verfaßten Organen.

5. Änderungsfester Verfassungskern

Das Prinzip der Freiheitssicherung muß sich auch in einem änderungsfesten Verfassungskern widerspiegeln. Einer solchen Änderungsfestigkeit scheint der Charakter des Primärrechts als „Wandelverfassung“ direkt zu widersprechen. Einer Verfassung, deren Änderung und Fortentwicklung geradezu zu ihrem Wesenskern gerechnet wird, die im wesentlichen ihre eigene Wandlung normiert, scheint ein änderungsfester Kern fremd zu sein.

Dennoch ist die Existenz eines solchen änderungsfesten Kerns weder begrifflich noch nach dem Selbstverständnis des Primärrechts ausgeschlossen. Der „Wandelcharakter“ des Primärrechts muß nicht seinen gesamten Inhalt umfassen, sondern kann auch einen Teil aussparen, der als grundlegend, dauerhaft und keiner Wandlung bedürftig angesehen wird.⁸⁵³

In Gestalt ausdrücklicher Normierungen (wie Art. 79 III GG) finden sich zwar keine änderungsfesten Teile des Primärrechts. Allerdings finden sich im I. EWR-Gutachten⁸⁵⁴ des EuGH Formulierungen, die so verstanden werden können, daß das Primärrecht nicht geändert werden darf, wenn dadurch „die Grundlagen der Gemeinschaft selbst beeinträchtigt“ werden.⁸⁵⁵ Das wäre der Sache nach tatsächlich ein änderungsfester Kern des Primärrechts.

zu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 482 ff.), handelt es sich aus der Perspektive der anderen Gemeinschaftsorgane und der Unionsbürger dabei um einen Akt der Rechtsschöpfung; denn ohne die „Ausformulierung“ durch den EuGH gäbe es keine Rechtsgrundsätze, die bestimmt genug wären, um von den übrigen Gemeinschaftsorganen beachtet zu werden. Außerdem besteht die „Findung“ durch den EuGH immerhin auch in einem Ermitteln der „besten“ Grundsätze aus den einzelnen Rechtsordnungen, und das erfordert in nicht unerheblichem Maße eine Bewertung und eigene Entscheidung des EuGH.

852 A. Peters diskutiert verschiedene Begründungen für die Befugnis des EuGH zur Verfassungsrechtsfortbildung (Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 414 ff.), hält diese Befugnis letztlich aber nur für „pragmatisch rechtfertigbar“ (ebda. S. 421).

853 Vgl. dazu A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 442 ff.; M. Heintzen, *Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft*.

854 Vom 14.12.1991, EuGHE 1991, I-6079. Dazu M. Herdegen, *Vertragliche Eingriffe in das „Verfassungssystem“ der Europäischen Union*; M. Heintzen, *Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft*, S. 37 ff.; T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, S. 509 ff.

855 Ebd. Rn. 71 f. Diese Auslegung des Gutachtens ist freilich umstritten; vgl. dazu A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 452 ff. m.w.N. Peters geht davon aus, daß der EuGH hier keine absolute Änderungsfestigkeit der „Grundlagen“ festlegen möchte, sondern für Änderungen der „Grundlagen“ lediglich die Förmlichkeit der Vertragsänderung, jetzt also die Einhaltung des Verfahrens nach Art. 48 EUV verlangt.

Allerdings erfüllt der änderungsfeste Kern, um den es dem EuGH – folgt man der entsprechenden Auslegung – in dem Gutachten ging, kaum Funktionen der Freiheitssicherung. Der EuGH bezog sich vor allem auf die „Regeln ..., die für die Wirtschafts- und Handelsbeziehungen innerhalb der Gemeinschaft gelten und bei denen es sich in ihrer Mehrzahl um grundlegende Bestimmungen der Rechtsordnung der Gemeinschaft handelt“.⁸⁵⁶ Hier geht es um die effektive Regulierung von Wirtschafts- und Handelsbeziehungen nach den Vorstellungen der E(W)G, nicht um individuelle Freiheitsrechte oder die freiheitssichernde Bindung von Organen.⁸⁵⁷

Ein *solcher* änderungsfester Kern hat keine legitimierende Wirkung im Sinne des Prinzips der Freiheitssicherung. Legitimitätsstiftend in diesem Sinne wäre erst ein änderungsfester Kern des Primärrechts, der die für Vertragsänderungen zuständigen Organe mit freiheitssichernder Zielrichtung bei der Vertragsänderung bindet.⁸⁵⁸ Das wäre etwa dann der Fall, wenn primärrechtliche Grundrechte oder das System der Gewaltenteilung als änderungsfest angesehen werden müßten. Vertragliche Bekenntnisse zu Freiheit, Menschen- und Grundrechten wie etwa in Art. 6 I und II EUV⁸⁵⁹ genügen dafür alleine noch nicht; es müßte vielmehr deutlich werden, daß im Primärrecht der Schutz der Freiheit gerade *Vorrang* vor den wirtschaftlichen und sonstigen Zielen hat und den primären Verfassungszweck darstellt.⁸⁶⁰ Angesichts des Zögerns der Mitgliedstaaten, die Grundrechtecharta oder sonst einen geschriebenen Grundrechtekatalog in das geltende Primärrecht aufzunehmen, kann gegenwärtig sicher nicht von einem solchen Vorrang des Freiheitsschutzes ausgegangen werden. Gegenwärtig fehlt es daher noch an einem legitimitätsstiftenden änderungsfesten Kern; er kann aber entstehen, sobald die Freiheitssicherung zu den änderungsfesten „Grundlagen der Gemeinschaft“ gerechnet werden kann.⁸⁶¹

856 Ebd. Rn. 41 (vgl. die Bezugnahme auf die diesen Gedanken einleitende Rn. 40 in Rn. 70).

857 Die „immanenten Schranken einer Änderung der Gemeinschaftsverfassung“, die T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 514 ff. skizziert (v.a. „kein Rückbau der demokratischen und rechtsstaatlichen Struktur der Gemeinschaftsverfassung“), erscheinen zwar als wünschenswert und könnten durchaus Legitimität im Sinne des Prinzips der Freiheitssicherung stiften, aber zumindest im I. EWR-Gutachten finden sich keine Anhaltspunkte für einen *solchen* änderungsfesten Verfassungskern.

858 Die Existenz eines solchen änderungsfesten Kerns nimmt schon für das geltende Primärrecht A. Peters an, und zwar in Gestalt der von ihr zum „überpositiven Bereich“ gerechneten und völkerrechtlich abgesicherten „fundamentalen Menschenrechte“ (Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 447).

859 Ex-Art. F I und II EUV.

860 Mit der Forderung nach einem solchen Vorrang des Freiheitsschutzes und damit der Grundrechte ist *nicht* gemeint, daß die EG bzw. EU eine aktive, progressive Grundrechtspolitik betreiben sollte, im Sinne eines vorrangigen Politikfeldes „Grundrechte“ neben anderen Politikfeldern wie Umwelt- oder Verbraucherschutz und womöglich mit eigenen Organen wie etwa einem „Grundrechtekommissar“. Vgl. dazu die berechtigte Kritik an entsprechenden Vorschlägen bei A. v. Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, S. 73 ff. Gemeint ist vielmehr ein wirksamer Freiheitsschutz durch das Primärrecht selbst, mit die Organe bindenden, klaren und einklagbaren Regelungen.

861 Insoweit kann das I. EWR-Gutachten auch Anlaß für Hoffnung auf die Entstehung eines legitimitätssteigernden änderungsfesten Verfassungskerns geben. Die damit verbundene Beschränkung der Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als „Herren der Verträge“ ist dann allerdings die notwendige Konsequenz. Wenn die Änderungsfestigkeit wie beschrieben der Freiheitssicherung dient, ist diese Beschränkung nicht nur hinnehmbar, sondern unter dem Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität

II. Kollektive Autonomie

Angewandt auf die Gemeinschaften, verlangt das Prinzip der kollektiven Autonomie, daß das Primärrecht möglichst weitgehend dem Willen der Unionsbürger entspricht. Die Unionsbürger sind der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften dauerhaft unterworfen, sie sind also *dauerhaft Betroffene* und damit die maßgebliche Bezugsgruppe für die kollektive Autonomie im Rahmen der Theorie der Verfassunggebung. Ob neben den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten auch andere dauerhaft Betroffene einbezogen werden sollten, wie z.B. die auf Dauer in den Mitgliedstaaten lebenden Angehörigen von Drittstaaten, kann im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben.⁸⁶²

Wie die möglichst weitgehende Übereinstimmung einer Verfassung mit dem Willen der Bürger durch geeignete Verfahrensweisen erreicht werden kann, wurde bereits dargestellt. Die bei der Schaffung des *Primärrechts* angewandten Verfahren sind im wesentlichen völkerrechtlicher Natur und unterscheiden sich von diesen Verfahrensweisen. Das Primärrecht wurde ursprünglich durch völkerrechtliche Verträge geschaffen; auch das jetzt in Art. 48, 49 EUV vorgesehene Verfahren zur Änderung der Verträge folgt diesem Muster im wesentlichen. In diesem Sinne kann man die verschiedenen zum Primärrecht gehörenden Verträge auch als *Verfassungsverträge* bezeichnen, denn durch sie wurde Verfassungsrecht im Wege des völkerrechtlichen Vertrages geschaffen. Zu Recht werden daher auch einige neuere Vorschläge für eine Europäische Verfassung, die kein europäisches verfassungsgebendes Organ vorsehen, sondern das bisherige völkerrechtliche Verfahren anwenden wollen, als „Verfassungsvertrag“ bezeichnet.⁸⁶³

Das völkerrechtliche Verfahren ist freilich im Hinblick auf die mit ihm zu verwirklichende kollektive Autonomie problematisch. Im wesentlichen handelt es sich bei diesem Verfahren um die Ausarbeitung, Aushandlung und Unterzeichnung eines Entwurfs durch die Regierungen der Mitgliedstaaten und die anschließende Ratifizierung durch die Parlamente der Mitgliedstaaten bzw. durch Referenden. Dies sind zwar Elemente repräsentativer bzw. plebiszitärer Willensbildung, jedoch werden sie in nicht sehr effektiver Weise eingesetzt: Die Erarbeitung des Entwurfs und damit die inhaltliche Gestaltung obliegt ausschließlich den Regierungen, während die Ratifikation durch nationale Parlamente bzw. Referenden auf die bloße Zustimmung oder Ablehnung beschränkt

begrüßenswert. Jedenfalls stellen solche Beschränkungen für die Mitgliedstaaten nicht notwendig eine Katastrophe dar, die das Fortbestehen der Gemeinschaften gefährdet; so aber offenbar M. Schweizer, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, S. 51 f.: Wenn die „Grundlagen der Gemeinschaft“ eine Schranke für die Änderung des Primärrechts bildeten, „(d)ann würden die Mitgliedstaaten ihre Rolle als ‘Herren der Verträge’ verlieren. Das wäre der vielgesuchte point of no return und im übrigen eine Konstruktion, die auch noch Art. 79 Abs. 3 in den Schatten stellt. Selbst der integrationsfreundlichste Mitgliedstaat müßte hier eine Vollbremsung einleiten.“ (S. 52).

862 In der hier vertretenen Theorie kommt es in erster Linie auf die Dauerhaftigkeit des Betroffenseins an, nicht auf die Staatsangehörigkeit. Die Staatsangehörigkeit ist aber ein ausreichender Nachweis des dauerhaften Betroffenseins. Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein solcher Nachweis auch ohne das Merkmal der Staatsangehörigkeit geführt werden kann, bedürfte einer eigenen Untersuchung, die den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

863 Vgl. zu diesen Vorschlägen und zu dieser Bezeichnung J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, insb. S. 1684.

ist.⁸⁶⁴ Die in Art 48 II EUV vorgesehene Anhörung des Europäischen Parlaments ändert auch nichts an diesem Befund, weil sie unverbindlich ist und dem Parlament keinen maßgeblichen Einfluß auf das Verfahren gibt. Besonders auffällig ist dieses demokratische Defizit bei der Ratifikation durch die Parlamente der Mitgliedstaaten: Diese sind ihrem Zweck nach Foren politischer Auseinandersetzung, in deren Verlauf das zu Beschließende inhaltlich gestaltet wird, wobei Kompromisse gefunden werden können. Die „Degradierung“ zu einem Organ, das eine vorgegebene Regelung lediglich annehmen oder ablehnen, aber nicht inhaltlich auf sie einwirken kann, entspricht nicht der eigentlichen Aufgabe und den Möglichkeiten eines Parlaments.⁸⁶⁵ Die Einflußmöglichkeiten der gewählten nationalen Parlamentarier auf das Primärrecht sind gering. Etwas besser kann die Verwirklichung der kollektiven Autonomie in denjenigen Mitgliedstaaten gelingen, die zur Ratifizierung ein Referendum vorsehen. Hier wirkt der auch sonst bei Referenden meist anzutreffende Mechanismus, daß das Wissen um die später notwendige plebiszitäre Bestätigung bei den Verfassern des zur Abstimmung stehenden Entwurfs (hier: bei der mitgliedstaatlichen Regierung) eine engere Bindung an die mutmaßlichen Meinungen der Bürger bewirkt; außerdem haben die Bürger durch ihr „Vetorecht“ zumindest verfahrensabschließend noch einmal die direkte Kontrolle über den Akt der Primärrechtsetzung.

Dennoch: Auch das Referendum ist – ebenso wie die parlamentarische Ratifikation – auf den jeweiligen Mitgliedstaat und damit dessen Perspektive beschränkt. Die Regierungsvertreter müssen nur das Referendum in ihrem jeweils eigenen Mitgliedstaat in ihre Überlegungen einbeziehen, das nationale Parlament beurteilt den zu ratifizierenden Entwurf vorwiegend aus der nationalen Perspektive. Die solcherart zustande gekommenen Akte der Primärrechtsetzung entsprechen daher nicht in erster Linie dem Willen der Gesamtheit der Unionsbürger, sondern sind so beschaffen, daß sie – soweit dies möglich ist – dem Willen der Bürger in jedem einzelnen Mitgliedstaat entsprechen. Das klingt zwar nach mehr kollektiver Autonomie, ist aber in Wirklichkeit weniger: Im Vordergrund steht dann nämlich die Suche nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner – und diese Rücksichtnahme auf jeden einzelnen Mitgliedstaat kann leicht zu einer Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten führen, die nicht dem Willen der *Gesamtheit* der Unionsbürger entspricht.⁸⁶⁶

864 Darüber hinaus kann es eine gesteigerte Rückanbindung der Regierungsvertreter an das nationale Parlament geben, wie dies z.B. Art. 23 II, III GG vorsieht: Der Bundestag soll demnach durch die Bundesregierung unterrichtet werden und Gelegenheit zur Stellungnahme haben; diese Stellungnahme soll von der Bundesregierung bei den Verhandlungen berücksichtigt werden. Wie wirkungsvoll eine solche Rückanbindung allerdings ist, sei dahingestellt; welche Position die Regierungsvertreter in den nichtöffentlichen Verhandlungen des Rates vertreten, kann der Bundestag nicht überprüfen.

865 In ähnlicher Weise wurde das Verfahren der Verfassungsänderungen kritisiert, die im Zuge der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands erfolgten. Diese Verfassungsänderungen wurden durch den Einigungsvertrag, also einen völkerrechtlichen Vertrag, vorgenommen; der Bundestag (und der Bundesrat) stimmten nur im Rahmen des Verfahrens nach Art. 59 II 1 GG über das Ergebnis der Verhandlungen zwischen der Bundesregierung und der Regierung der DDR ab. Zu dieser Kritik H. Hofmann, Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 156 f.

866 Die Rücksichtnahme auf nationale Interessen ist auch ein Grund für das „Demokratiedefizit“ auf der Ebene des Sekundärrechts. Dort äußert sich diese Rücksichtnahme z.B. in der häufigen Notwendigkeit einstimmiger Ratsbeschlüsse und auch in der Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, in dem kleinere Mitgliedstaaten mit überproportional vielen Abgeordneten vertreten sind.

Insgesamt sind die bisher angewandten Verfahren der Primärrechtsetzung also nur bedingt zur Verwirklichung der kollektiven Autonomie geeignet.⁸⁶⁷ Diese Situation ließe sich etwa durch obligatorische Plebiszite in allen Mitgliedstaaten verbessern. Auch eine stärkere Mitwirkung des Europäischen Parlaments könnte die kollektive Autonomie steigern; dann wäre allerdings das Europäische Parlament gleichzeitig verfassunggebendes und verfaßtes Organ, wodurch wiederum die Freiheitssicherung gefährdet würde. Vorzugswürdig wäre demgegenüber die maßgebliche Einbeziehung der Parlamente (oder von Parlamentariern) der Mitgliedstaaten in den Prozeß der Primärrechtsetzung; deren Beitrag sollte nicht auf die abschließende Zustimmung beschränkt sein.

III. Dauerhafte Konsensfähigkeit

Das Prinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit fordert einen Verfassungsinhalt, der objektiv geeignet erscheint, die Zustimmung der Bürger für einen längeren Zeitraum zu erhalten. Vieles spricht dafür, daß dies für das Primärrecht eher nicht zutrifft. So ist das Primärrecht nicht nur häufig in grundlegender Weise geändert worden – die Wandelbarkeit ist sogar ein Prinzip, das bei der Schaffung des Primärrechts bewußt eingeführt wurde und das wie ein Leitmotiv in vielen Regelungsbereichen des Primärrechts anzutreffen ist.⁸⁶⁸ Die Gemeinschaften sind eben von Anfang an auf eine fortschreitende „Integration“ angelegt, heute insbesondere auf eine „Erweiterung“ und „Vertiefung“⁸⁶⁹. Das ist nur möglich, wenn auch das Primärrecht veränderten Umständen und Möglichkeiten möglichst weitgehend angepaßt werden kann. Die bisherigen institutionellen Reformen und die mehrmalige Erweiterung der Gemeinschaften um neue Mitgliedstaaten einschließlich der damit notwendigen Änderungen des Primärrechts waren denn auch rechtlich weitgehend unproblematisch: Sie stellten keinen Bruch mit dem bisherigen Primärrecht dar, sondern waren in diesem schon angelegt. Das Primärrecht erscheint auf diese Weise als eine Verfassung, die ihre eigene Veränderbarkeit zum Prinzip und ihre Veränderung zum Ziel erklärt. Dauerhaft – und dauerhaft konsensfähig – scheint in dieser Perspektive lediglich die Wandelbarkeit zu sein;⁸⁷⁰ die Anforderungen des Prinzips der dauerhaften Konsensfähigkeit wären damit wohl nicht erfüllt.

Dennoch lassen sich im Primärrecht außer der abstrakten und allein nicht ausreichenden Wandelbarkeit auch konkretere Werte und Ziele finden, die offenbar dauerhaft konsensfähig sind. So ist die Beseitigung von Handelsschranken und die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes von Anfang an ein Ziel der Gemeinschaften gewesen, das sich primärrechtlich nicht nur in den Präambeln⁸⁷¹, sondern auch in Einzelvor-

867 Eine Reihe von Vorschlägen zur Verbesserung des Verfahrens der Primärrechtsetzung macht R. Bieber, *Verfassungsgebung und Verfassungsänderung in der Europäischen Union*, S. 318 ff.

868 Das wird schon in verschiedenen Formulierungen in den Präambeln der Gründungsverträge deutlich, die sich auf angestrebte Änderungsprozesse beziehen. So spricht die Präambel des EGV im ersten Erwägungsgrund von einem „immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker“.

869 Zu diesen Stichworten und der „Finalität“ der Europäischen Union T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 912 ff.

870 Daher der Begriff „Wandelverfassung“ bei H. P. Ipsen, *Europäische Verfassung – Nationale Verfassung*, S. 201.

871 Vgl. Präambel des EGV, 4. und 6. Erwägungsgrund.

schriften⁸⁷² niedergeschlagen hat. Auch Frieden und Freiheit in Europa und die Besserung der Lebensbedingungen gehören zu diesen ursprünglichen, langfristigen Zielen. Inzwischen sind weitere Ziele wie die Demokratie⁸⁷³ und der Umweltschutz⁸⁷⁴ sowie Freiheit, Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und die Rechtsstaatlichkeit⁸⁷⁵ hinzugekommen. Insgesamt hat eine Verlagerung der Gewichtung stattgefunden: Stand anfänglich die wirtschaftliche Einigung im Vordergrund, so rückt nun – nach dem Erreichen eines wichtigen Ziels der wirtschaftlichen Einigung, nämlich der Währungsunion – die politische Einigung ins Blickfeld. Das ist aber keine Änderung der Zielvorstellungen, die von mangelnder Dauerhaftigkeit des Konsenses über diese Ziele zeugen würde, sondern eher Ausdruck der Zielkontinuität: Das Ziel der wirtschaftlichen Einigung verliert seine zentrale Stellung nicht deswegen, weil es aufgegeben wird, sondern weil es in weiten Teilen erreicht ist; und die politische Einigung ist keine neue Idee, sondern war schon bei der Gründung der Gemeinschaften eine langfristige Zielvorstellung⁸⁷⁶. Die politische Einigung erscheint so als konsequente Fortführung der wirtschaftlichen Einigung – eben als Realisierung einer fortschreitenden Integration im weiteren Sinne.

Während also in bezug auf die Werte und Ziele im Primärrecht bei genauerer Betrachtung eine dauerhafte Konsensfähigkeit festgestellt werden kann, gilt dies nicht im gleichen Maße für die im Primärrecht vorgesehenen Organe und Verfahren. Diese werden nicht mit dem Anspruch langfristiger, sondern allenfalls mittelfristiger Konsensfähigkeit eingerichtet; die Einrichtung erfolgt immer unter dem Vorbehalt aufgrund veränderter Umstände notwendig werdender institutioneller Reformen. Das ist allerdings kein Zeichen mangelnder Rücksicht auf dauerhafte Konsensfähigkeit bei der Primärrechtsetzung, sondern eine Folge der beabsichtigten fortschreitenden Integration, die immer wieder Änderungen bei den Organen und Verfahren erforderlich machen kann.

Dennoch: Aus der Sicht des Legitimitätsprinzips der dauerhaften Konsensfähigkeit leidet das Primärrecht an dem Mangel, daß Organe und Verfahren für wandelbar angesehen werden (müssen). Das wird sich wohl erst dann ändern, wenn die Gemeinschaften nicht mehr in erster Linie auf fortschreitende Integration, also auf Veränderung angelegt sind, sondern eine als langfristig stabil geltende Struktur erreicht haben.

IV. Ergebnis

Die Anwendung des Prinzipienmodells auf das geltende Primärrecht zeigt eine Reihe von Legitimitätsmängeln auf. Mängel bezüglich des Prinzips der Freiheitssicherung können durch eine bessere inhaltliche Ausgestaltung des Primärrechts beseitigt werden,

872 Vgl. nur die in Art. 2, 3 I EGV genannten Ziele oder die Rechtsangleichungsvorschriften der Art. 94, 95 EGV (ex-Art. 100, 100a EGV), die die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bzw. des Binnenmarktes zum Ziel haben.

873 Dritter und sechster Erwägungsgrund in der Präambel des EUV sowie jetzt auch Art. 6 I EUV.

874 Achter Erwägungsgrund in der Präambel des EUV.

875 Art. 6 I EUV (eingefügt durch den Vertrag von Amsterdam).

876 Vgl. zur Europaidee in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg, der die Vorstellung „Vereinigter Staaten von Europa“ (Churchill) oder einer „Europäischen Föderation“ (Schuman) nicht fremd war, T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 12 ff.

z.B. durch die Aufnahme eines Katalogs verbindlicher Grundrechte oder die Stärkung der Kontrollbefugnisse des Europäischen Parlaments. Die kollektive Autonomie könnte durch eine Änderung des Verfahrens zur Primärrechtsetzung gesteigert werden: Statt des völkerrechtlich geprägten Verfahrens könnten etwa obligatorische Plebiszite in allen Mitgliedstaaten eingeführt und die nationalen Parlamente stärker beteiligt werden. Eine Verbesserung der dauerhaften Konsensfähigkeit ist dann zu erwarten, wenn das Primärrecht seinen Charakter als „Wandelverfassung“ verliert und die institutionelle Struktur der Gemeinschaften bzw. der Union sich verfestigt.

Insgesamt kann das Primärrecht zwar keinesfalls als „illegitim“ bezeichnet werden. Seine Legitimität ist jedoch in beachtlichem Umfang verbesserungsbedürftig und auch verbesserungsfähig.

D. Die Legitimation durch Verfassunggebung für einen möglichen künftigen Europäischen Bundesstaat

Im folgenden soll die Theorie der Verfassunggebung auf den Fall angewendet werden, daß sich die Mitgliedstaaten durch einen singulären Akt, also in einem Schritt (und nicht als Abschluß einer langfristigen, kontinuierlich fortschreitenden Integrationsentwicklung) zu einem souveränen Europäischen Staat zusammenschließen – genauer: zu einem Bundesstaat, denn ein europäischer Zentralstaat liegt wohl nicht im Horizont des Möglichen und wird auch von kaum jemandem gewünscht. Es geht also um die Überführung der gegenwärtigen Gemeinschaften in einen Bundesstaat und um die Frage, welche Anforderungen die Theorie der Verfassunggebung an den Inhalt und das Zustandekommen der Verfassung dieses Bundesstaates stellt.

Eine solche Entstehung eines Europäischen Bundesstaates ist gegenwärtig allerdings unwahrscheinlich;⁸⁷⁷ wahrscheinlicher ist die Entwicklung, die bisher auch ein Leitbild für das geltende Primärrecht darstellt, nämlich eine immer weiter fortschreitende wirtschaftliche und politische Einigung der Mitgliedstaaten, die in fernerer Zukunft zur Bildung eines Bundesstaates führen kann, aber nicht muß (diese Entwicklung in kleinen Schritten wird Gegenstand des folgenden Abschnitts sein). Dennoch erscheint auch die Betrachtung eines hypothetischen direkten Übergangs von den Gemeinschaften in ihrem gegenwärtigen Integrationsstadium zu einem Europäischen Bundesstaat lohnenswert, und zwar nicht nur als vielleicht unter außergewöhnlichen Umständen in Betracht kommende, zumindest denkbare Möglichkeit, sondern vor allem als Extremfall, an dem Zusammenhänge deutlich werden, die auch für eine kontinuierlich fortschreitende Integration bedeutsam werden können. Dabei kann diese Betrachtung direkt auf Ergebnisse aus dem Ersten Teil der Arbeit zurückgreifen.

877 So auch H.-J. Blanke, Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?. Eine engagierte Aufzählung von Gründen gegen die Bildung eines Europäischen Bundesstaates findet sich bei H. Lübke, Abschied vom Superstaat. Einen Überblick über das juristische Meinungsspektrum hinsichtlich der künftigen Bildung eines Europäischen Bundesstaates gibt M. Hilf, Die Europäische Union und die Eigenstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten, S. 83 ff. Zu gegenwärtigen Entwicklungsperspektiven für die Europäische Union allgemein T. Oppermann, Der Europäische Traum zur Jahrhundertwende.

Die Frage, ob ein (souveräner) Europäischer Bundesstaat und dessen Verfassung nur dann entstehen kann, wenn es ein „souveränes“ „europäisches Volk“ gibt, und die Frage nach den Kriterien, an denen ein solches „europäisches Volk“ zu erkennen ist, soll hier bewußt außer Betracht bleiben. Es handelt sich dabei um faktische Fragen der Macht und der Soziologie, auf die das hier entwickelte Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität keine Antwort geben kann. Es sollen nur die Fragen erörtert werden, die sich mit einer Theorie der Verfassungsgebung nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis beantworten lassen.

I. Ein Fall der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat

Bei der mit der Bildung eines Europäischen Bundesstaates verbundenen Schaffung der Bundesverfassung handelt es sich um einen Fall der *Verfassungsgebung im Verfassungsstaat*. Denn die Verfassungen der bisherigen Mitgliedstaaten werden aufgehoben und durch neue (dann gliedstaatliche) Verfassungen ersetzt. Das gilt selbst dann, wenn die neuen gliedstaatlichen Verfassungen inhaltlich weitgehend den jeweiligen vorherigen gliedstaatlichen Verfassungen entsprechen würden.⁸⁷⁸

Daher sind für das Verfassungsgebungsverfahren die schon oben dargelegten Besonderheiten der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat zu berücksichtigen: Durch die mit der Schaffung der gesamtstaatlichen Verfassung einhergehende Beseitigung der bisherigen Verfassungsordnungen in den Mitgliedstaaten wird die verfassungsrechtliche Freiheitssicherung potentiell gefährdet; die dieser Freiheitsgefährdung zuzuschreibende Minderung der Legitimität kann durch ein erhöhtes Maß an kollektiver Autonomie (und, wenn möglich, dauerhafter Konsensfähigkeit) in bezug auf die neue Verfassungsordnung ausgeglichen werden. Das bedeutet, daß die mit der Bildung eines Europäischen Bundesstaates verbundene Verfassungsgebung nach den Legitimitätskriterien der Verfassungsgebung grundsätzlich zulässig ist. Dabei muß aber, soll die delegitimierende Wirkung der Beseitigung der bisherigen Verfassungsordnung ausgeglichen werden, auf einen besonders hohen Grad an Zustimmung (und, soweit möglich, dauerhafte Zustimmungsfähigkeit) durch die Unionsbürger geachtet werden. Dazu würde es nicht genügen, wenn die neue Verfassungsordnung nur eine ähnliche Zustimmung wie die alte erfahren würde; erforderlich ist vielmehr ein deutlich ausgeprägtes und erkennbares Votum der Unionsbürger für eine neue Verfassungsordnung. Eine solche erhöhte Zustimmung kann durch entsprechende Verfahrensgestaltungen im Vorfeld und beim eigentlichen Akt der Verfassungsgebung gefördert werden: Ein besonders hohes Maß an kollektiver Autonomie läßt sich etwa, wie schon oben gezeigt, idealerweise durch eine Kombination repräsentativer und plebiszitärer Verfahrensweisen erreichen, also z.B. die Einberufung einer gewählten verfassungsgebenden Versammlung auf europäischer Ebene oder mehrerer solcher Versammlungen auf der Ebene der Mitgliedstaaten, verbunden mit intensiver öffentlicher Diskussion, gegebenenfalls Referenden über Vorfragen und einem abschließenden Referendum über die neue Verfassungsordnung.

878 Es ist wohl zu erwarten, daß die bisherigen Mitgliedstaaten beim Zusammenschluß zu einem Bundesstaat ihre bisherigen Verfassungsordnungen – dann als Gliedstaaten – möglichst weitgehend beibehalten würden.

Dies ist, wie gesagt, eine Idealvorstellung, die, auch wenn sie nicht zu verwirklichen sein sollte, zumindest einen Orientierungspunkt für die Verfahrensgestaltung bilden kann. Die Realität der Verfassungsgebung entspricht oft, wie schon oben in bezug auf die staatliche Verfassungsgebung festgestellt, nicht dem Idealbild. Sollte die Verfassungsgebung zur Bildung eines Europäischen Bundesstaates in einem Verfahren zustande kommen, das die erhöhten Anforderungen an die kollektive Autonomie nicht ausreichend berücksichtigt (also etwa unter maßgeblicher Führung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten bei Vernachlässigung der Beteiligung der Unionsbürger), so wäre dieser Vorgang aus dem Blickwinkel der Verfassungslegitimität zwar bedauerlich; dennoch bleibt dann die Hoffnung, daß die neue Verfassungsordnung in Zukunft zumindest die gleiche Zustimmung wie die gegenwärtige erfährt, und daß mit der neuen Verfassungsordnung ein zumindest gleich wirksames System der Freiheitssicherung errichtet wird. Stellt sich später heraus, daß dies der Fall ist, dann erweist sich damit die stattgefundene Verfassungsgebung (einschließlich der Beseitigung der Verfassungen der Mitgliedstaaten) zumindest im nachhinein als legitim: Die kollektive Autonomie hat sich dann eben *trotz* des mangelhaften Verfahrens verwirklicht, und die Gefährdung der Freiheitssicherung hat sich, so wird dann festzustellen sein, eben nicht zu tatsächlichen Freiheitsverletzungen verdichtet.

II. Notwendigkeit einzelstaatlicher Willensbildung

Oben⁸⁷⁹ wurde schon festgestellt, daß vom Standpunkt der Verfassungslegitimität das Verfahren der Verfassungsgebung für den neuen Bundesstaat so ausgestaltet werden sollte, daß die Willensbildung auf der Ebene der Einzelstaaten (also der Mitgliedstaaten) erfolgt; eine rein gesamtstaatliche Willensbildung würde die Anforderungen des Prinzipienmodells in bezug auf die Verfassungen der Einzel- bzw. späteren Gliedstaaten nicht erfüllen.⁸⁸⁰

Einige Verfahrensvarianten mit einzelstaatlicher Willensbildung wurden bereits oben in allgemeiner Form vorgestellt; sie kommen auch für die Bildung eines Europäischen Bundesstaates in Betracht. Hierbei ergibt sich die Besonderheit, daß mit den Gemeinschaftsorganen, insbesondere dem Rat und dem Europäischen Parlament, schon gemeinschaftsübergreifende Organe vorhanden sind, die in der Lage wären, etwa einen Verfassungsentwurf zu erarbeiten und zu beschließen. Auch bei dieser Verfahrensvariante ist eine einzelstaatliche Willensbildung möglich, nämlich durch die (auf repräsentativem oder plebiszitärem Wege erfolgende) Zustimmung aller Mitgliedstaaten zu einem solchen Entwurf. Allerdings kann die Beteiligung von Gemeinschaftsorganen aus anderen Gründen Probleme aufwerfen; diese sollen sogleich erörtert werden.

879 Erster Teil, G.V.2.

880 Im Ergebnis ist daher M. Schröder zuzustimmen, wenn er feststellt, daß als „Bezugspunkt der verfassungsgebenden Gewalt ... nur die europäischen Völker und diese gemeinsam mit den Mitgliedstaaten in Betracht“ kommen: Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, S. 521.

III. Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsorgane am Verfassungsgebungsverfahren

Die Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaften am Verfassungsgebungsverfahren ist in verschiedenen Formen denkbar: So kann ein Organ eines Mitgliedstaates oder ein Gemeinschaftsorgan lediglich einen unverbindlichen Verfassungsentwurf ausarbeiten oder eine unverbindliche Stellungnahme abgeben; dann ist dieses Organ als „Experte“ zu betrachten, der an der Verfassungsgebung beteiligt wird; dies ist eine nach der Theorie der Verfassungsgebung legitime Verfahrensgestaltung, wie früher schon gezeigt wurde.

Die Verfahrensbeteiligung kann aber auch so ausgestaltet sein, daß das Organ einen verfahrensmäßig abgesicherten Einfluß auf den Inhalt der künftigen Verfassung hat; dann wird die Legitimität dieser Beteiligung problematisch. Diese Legitimitätsprobleme sollen im folgenden für die Organe der Mitgliedstaaten und für die Gemeinschaftsorgane getrennt betrachtet werden.

1. Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten

Im Zusammenhang mit der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat ist die Problematik der Beteiligung der Staatsorgane an der Verfassungsgebung früher schon ausführlicher erörtert worden. Die dort angestellten Überlegungen treffen auch für die Beteiligung der Staatsorgane der Mitgliedstaaten an der Verfassungsgebung für einen Europäischen Bundesstaat zu. Denn die Auswirkungen einer solchen Beteiligung auf die Verfassungslegitimität sind die gleichen: Die Freiheitssicherungsfunktion der bestehenden mitgliedstaatlichen Verfassung wird zwar dadurch in besonderem Maße gefährdet, daß die Bindung der Staatsorgane an die existierende Verfassung durch ihre Beteiligung an der Beseitigung dieser Verfassung gelockert wird; aber diese Unsicherheit beim Übergang zu einer neuen Verfassungsordnung und der damit verbundene Nachteil für die Legitimität einer solchen Verfassungsgebung kann durch ein besonders hohes Maß an kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit – garantiert etwa durch ein geeignetes Verfahren – aufgewogen werden.

2. Beteiligung der Gemeinschaftsorgane

Etwas anders gestaltet sich die Problematik bei der Beteiligung der Gemeinschaftsorgane an der Verfassungsgebung für den Bundesstaat. Das Problem der Freiheitssicherung, das bei der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat und auch, wie gerade gesehen, bei der Beteiligung von Organen der Mitgliedstaaten an der Verfassungsgebung für einen neuen Bundesstaat im Zentrum steht, hat hier eine geringere Bedeutung; dafür treten andere mögliche Probleme hinzu.

a) Gefährdung der Freiheitssicherung

Die oben zur Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten angestellten Überlegungen hinsichtlich der Gefährdung der Freiheitssicherung treffen grundsätzlich auch auf die – aus praktischen Gründen vielleicht besonders wünschenswert scheinende – Beteiligung der *Gemeinschaftsorgane* am Verfassungsgebungsverfahren für den neuen Bundesstaat zu. Denn die neue bundesstaatliche Verfassungsordnung ersetzt nicht nur die Verfas-

sungsordnungen in den bisherigen Mitgliedstaaten, sondern auch die bisherige Verfassung der Gemeinschaft, das Primärrecht, dem die Gemeinschaftsorgane unterworfen sind. Allerdings ist bei der Beteiligung der Gemeinschaftsorgane an der Ersetzung des bisherigen Primärrechts durch eine neue bundesstaatliche Verfassung zu berücksichtigen, daß das gegenwärtige Primärrecht die weitere Integration der Union und damit seine eigene Veränderung zum Ziel hat; darauf wurde schon hingewiesen. Die Gemeinschaftsorgane, insbesondere die Kommission, haben demnach die Aufgabe, auf entsprechende Änderungen hinzuwirken. Die Bindung der Gemeinschaftsorgane an das Primärrecht kann daher letztlich auch kein Hindernis für ihre Beteiligung an der Verwirklichung der höchstmöglichen Integrationsstufe (eben des Bundesstaates) darstellen. Die Bindungswirkung des Primärrechts ist insoweit geringer als die Bindungswirkung einer herkömmlichen Staatsverfassung. Die durch die Beteiligung der Gemeinschaftsorgane an der Verfassungsgebung verursachte *zusätzliche* Freiheitsgefährdung ist also nicht so hoch einzustufen wie bei der Beteiligung von Staatsorganen an einer Verfassungsgebung.

b) Insbesondere: Mängel im Hinblick auf die Trennung von verfassunggebendem Organ und verfaßten Organen

Die Beteiligung von Gemeinschaftsorganen an der Verfassungsgebung scheint dem ersten Anschein nach aber gegen den Grundsatz der Trennung von verfassunggebendem Organ und verfaßten Organen zu sprechen. Hier ist jedoch eine differenzierende Betrachtungsweise notwendig: Der Grundsatz ist nur dann verletzt, wenn ein beteiligtes Gemeinschaftsorgan auch in dem neuen Bundesstaat weiterexistiert, also auch in der neuen Verfassungsordnung ein „verfaßtes Organ“ ist. Der Trennungsgrundsatz soll lediglich verhindern, daß ein Organ an der Setzung von Verfassungsnormen maßgeblich beteiligt ist, die es selbst zu beachten hat; eine solche Möglichkeit der Selbstgesetzgebung könnte nämlich die Wirksamkeit verfassungsrechtlicher Normierung und Beschränkung der Organtätigkeit verringern und dadurch die Freiheitssicherung gefährden. Es ist für den Trennungsgrundsatz daher unschädlich, wenn ein in einer zu beseitigenden Verfassungsordnung verfaßtes Organ an der Schaffung einer neuen Verfassungsordnung beteiligt ist, in der dieses Organ keine hoheitlichen Funktionen mehr hat. Das dürfte für die gegenwärtigen Gemeinschaftsorgane der Fall sein, denn es ist nicht anzunehmen, daß sie im neuen Bundesstaat mit den gleichen Aufgaben und der gleichen Struktur erhalten bleiben; ein Bundesstaat erfordert eben andere Organe als eine supranationale Gemeinschaft. Unter der Voraussetzung der Diskontinuität der Gemeinschaftsorgane beim Übergang zum Bundesstaat ist ihre Beteiligung an der Verfassungsgebung unter dem Gesichtspunkt der Trennung von verfassunggebendem Organ und verfaßten Organen also unproblematisch.

c) Mängel im Hinblick auf das Prinzip der kollektiven Autonomie

Ein weiteres Problem bei der Beteiligung von Gemeinschaftsorganen an der Verfassungsgebung kann sich aus dem ergeben, was gemeinhin als „Demokratiedefizit“ der Gemeinschaftsorgane und ihrer Tätigkeit bezeichnet wird. Als problematisch werden hier etwa die nur indirekte demokratische Legitimation des Rates und die Abstimmungsarithmetik angesehen, die nicht nur im Rat, sondern auch im Europäischen Parlament dafür sorgt, daß kleine Mitgliedstaaten ein überproportional großes Gewicht

haben. Solche demokratischen Schwächen der Gemeinschaftsorgane in ihrer jetzigen Gestalt sind – in bezug auf ihre „normale“, nicht verfassungsgebende Tätigkeit – andernorts ausführlich erörtert worden;⁸⁸¹ hier kann und soll nicht näher darauf eingegangen werden. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß die maßgebliche Beteiligung eines Gemeinschaftsorgans, dem im Hinblick auf seine Struktur ein „Demokratiedefizit“ bescheinigt wird, zu einem Defizit an kollektiver Autonomie im Verfassungsgebungsverfahren führen kann.

3. Die Idee des Verfassungskonvents

Eine Verfahrensvariante, bei der die direkte Beteiligung von Gemeinschaftsorganen oder Organen der Mitgliedstaaten und die damit verbundenen Legitimitätsprobleme vermieden werden, ist die Schaffung eines Verfassungskonvents. Bei einem solchen Verfahren, das an die in der Amerikanischen Revolution begründete Tradition der Verfassungskonvente anknüpft, wird eine Versammlung einberufen, die die künftige Verfassung berät, einen Entwurf erstellt und möglichst auch die Annahme dieses Entwurfs als Verfassung beschließt. Das Charakteristikum eines solchen Verfassungskonvents ist seine Aufgabenstellung: Er ist einzig zur Schaffung der Verfassung einberufen und hat keine weiteren Aufgaben. Damit ist die Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und den verfaßten Organen gewährleistet.

Ein solches Konventsverfahren wurde ansatzweise bei der Schaffung der im Dezember 2000 proklamierten „Grundrechtecharta“ der Europäischen Union angewendet; der auf die „Erklärung von Laeken“ zurückgehende gegenwärtig tagende Verfassungskonvent ist dem Grundrechtekonvent in Zusammensetzung und Verfahren sehr ähnlich.

Wenn auch diese beiden Konvente ihrer Bezeichnung nach an die Verfassungskonvente der Amerikanischen und der Französischen Revolution anknüpfen, unterscheiden sie sich bei näherem Hinsehen erheblich von ihren historischen Vorbildern. Der Unterschied besteht vor allem darin, daß die beiden Europäischen Konvente keine Kompetenz zur verbindlichen Verfassungssetzung haben; ihre Beschlüsse stellen lediglich Empfehlungen für die zur Änderung des Primärrechts zuständige Regierungskonferenz dar.⁸⁸²

Daher geht bei diesem Verfahren der Vorteil, den ein Verfassungskonvent bezüglich der Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen bieten kann, verloren; denn letztlich setzt nicht der Konvent, sondern die Regierungskonferenz (zusammen mit den für die Ratifizierung zuständigen Organen der Mitgliedstaaten) die

881 Besonders eingehend Marcel Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip; W. Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union.

882 Die Grundrechtecharta wurde bis heute nicht in geltendes Recht umgesetzt. Zum Charakter der Beschlüsse, die am Ende der Arbeit des Verfassungskonvents stehen sollen, heißt es in der „Erklärung von Laeken“: „Der Konvent prüft die verschiedenen Fragen. Er erstellt ein Abschlussdokument, das entweder verschiedene Optionen mit der Angabe, inwieweit diese Optionen im Konvent Unterstützung gefunden haben, oder – im Falle eines Konsenses – Empfehlungen enthalten kann. Zusammen mit den Ergebnissen der Debatten in den einzelnen Staaten über die Zukunft der Union dient das Abschlussdokument als Ausgangspunkt für die Arbeit der Regierungskonferenz, die die endgültigen Beschlüsse fassen wird.“

Verfassung.⁸⁸³ Die beiden Europäischen Konvente stellen funktional also ein Expertengremium dar, das einen unverbindlichen Verfassungsentwurf ausarbeitet.

Wegen dieser eingeschränkten Funktion der beiden Konvente ist es auch unerheblich, daß deren Vertreter nicht direkt gewählt wurden.⁸⁸⁴ Hätten die Konvente die Kompetenz zur verbindlichen Verfassungssetzung, so wäre aus dem Blickwinkel der kollektiven Autonomie eine direkte demokratische Wahl der Konventsmitglieder zu fordern; auf eine solche Wahl könnte allenfalls verzichtet werden, wenn die neue Verfassung einem Referendum unterliegt.⁸⁸⁵ Die Zusammensetzung eines Expertengremiums, das einen unverbindlichen Entwurf erstellt, hat dagegen kaum eine Bedeutung für die kollektive Autonomie. Deren Verwirklichung hängt maßgeblich von den Verfahrensschritten ab, die *nach* der Entwurfserstellung, also nach Abschluß der Tätigkeit des Konvents erfolgen. Diese Verfahrensschritte entsprechen bei beiden Konventen dem „normalen“ Vertragsänderungsverfahren der Art. 48, 49 EUV.

Damit zeigt sich, daß die beiden Europäischen Konvente aus der Sicht der Theorie der Verfassungsgebung nur dem Namen nach an die historischen Verfassungskonvente anknüpfen. Der Sache nach wird dem üblichen Vertragsänderungsverfahren lediglich die Erarbeitung eines unverbindlichen Entwurfs durch ein Expertengremium vorgeschaltet. Immerhin eröffnet sich auf diese Weise aber die Möglichkeit, einen Entwurf zu erstellen, der für die Gesamtheit der Unionsbürger in höherem Maße konsensfähig ist als das Ergebnis von Verhandlungen zwischen Regierungsvertretern, die direkt in nationale politische Verantwortlichkeiten eingebunden sind.⁸⁸⁶

E. Kompetenzübertragungen in der allmählich fortschreitenden europäischen Integration

Während die Erörterung der Legitimation durch Verfassungsgebung sich bisher auf das Primärrecht und auf die Schaffung eines Bundesstaates durch einen singulären Akt beschränkte, ist der nun zu behandelnde Gegenstand komplexer. Es geht um ein Szenario, das zumindest in den letzten Jahren als die wahrscheinlichste Entwicklung in Europa

883 Vgl. zu den damit verbundenen Problemen bezüglich der Trennung von verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen oben C.I.4.a).

884 Beide Konvente setzen sich aus Vertretern der Gemeinschaftsorgane und der Regierungen und Parlamente der Mitgliedstaaten zusammen.

885 Vgl. zur Verwirklichung der kollektiven Autonomie bei den verschiedenen Verfahrensvarianten die Ausführungen oben im Ersten Teil G.III.

886 T. Stein („Gut gemeint ...“ – Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 1432) ist allerdings bezüglich der Qualität der durch den ersten Konvent erarbeiteten Grundrechtecharta skeptisch: Das Konventsverfahren mit seiner Einbeziehung „aller möglichen gesellschaftlichen Gruppen“ habe zu einem „Innovationsdruck“ und zu einem „Inhalt geführt, der eine baldige Inkorporierung der Charta in die Verträge unwahrscheinlich macht“. Statt dessen hätte die Charta nach Ansicht Steins besser von Experten erarbeitet werden müssen. – So viel Skepsis gegenüber der Beteiligung von Bürgern erstaunt. Die (angeblich) fehlende Ratifizierungsfähigkeit der Charta rührt, wenn sie überhaupt richtig diagnostiziert ist, weniger von einer exzessiven Bürgerbeteiligung als wohl eher von einem anderen „Geburtsfehler“ her, den Stein auch anspricht (ebda. S. 1426): Der Auftrag an den Konvent lautete nicht, eine ratifizierungsfähige Vertragsergänzung zu erarbeiten, sondern zunächst nur eine „feierliche Grundrechteerklärung“, deren Inkorporierung in das Primärrecht offen blieb.

angesehen wurde: die allmählich fortschreitende Integration, die nun nicht mehr in erster Linie in wirtschaftlicher Hinsicht, sondern vor allem auf politischem Gebiet erfolgt und mit der Übertragung von zusätzlichen Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union und wohl auch mit Änderungen im institutionellen Gefüge der Gemeinschaften und der Union verbunden ist.⁸⁸⁷ Der oben erörterte Schritt der Schaffung eines Bundesstaates kann am Ende einer solchen Entwicklung stehen, muß es aber nicht.

Im folgenden soll also das Entwicklungsstadium erörtert werden, in dem noch kein Bundesstaat existiert, vielmehr die Gemeinschaften bzw. die Union und die Mitgliedstaaten nebeneinander bestehen und zusätzliche Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union übergehen. In diesem Stadium existieren auf beiden Ebenen Verfassungen: das Primärrecht und die Verfassungen der Mitgliedstaaten. Die Ausübung von Hoheitsgewalt wird teils durch das Primärrecht, teils durch die mitgliedstaatlichen Verfassungen normiert; dieser Zustand kann als „Verfassungsverbund“⁸⁸⁸, „Verfassungsgemeinschaft“⁸⁸⁹ oder „Doppelverfassung“⁸⁹⁰ bezeichnet werden.

Die verfassungstheoretische Problematik dieser Situation liegt vor allem darin begründet, daß die verfassungsrechtliche Vermittlung der Legitimität der Ausübung von Hoheitsgewalt gleichzeitig auf zwei unterschiedlichen Grundlagen beruht: dem gemeinschaftsrechtlichen und dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht. Gehen Kompetenzen

887 Vgl. T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 31 ff. Diese Integration in kleinen Schritten, deren Endziel offen ist, wird inzwischen von manchen als untauglich für die Bewältigung der durch die gleichzeitige Erweiterung und Vertiefung der Union entstehenden Probleme angesehen. So hat der Bundesminister des Auswärtigen, Joschka Fischer, in einer vielbeachteten Rede am 12. Mai 2000 in der Humboldt-Universität zu Berlin (abgedruckt in: F. Ronge (Hrsg.), *In welcher Verfassung ist Europa – Welche Verfassung für Europa?*, Baden-Baden 2001, S. 299-309) die Vision eines Endzustandes der Union als „Europäische Föderation“ mit einem Zweikammerparlament und einer Regierung gezeichnet. Diese Föderation wäre kein souveräner Bundesstaat; vielmehr würden die Nationalstaaten fortbestehen, und die Souveränität wäre zwischen ihnen und der Föderation geteilt. Der Weg zu dieser Föderation könne auch über einen „Europäischen Grundvertrag“ führen, der zunächst nur von einer Staatengruppe innerhalb der Union abgeschlossen wird und dem sich weitere Mitgliedstaaten anschließen könnten. Der wesentliche Unterschied zu der bisherigen, als „Methode Monnet“ bezeichneten Integrationspolitik ist die über abstrakte Ziele (wie den Frieden in Europa) hinausgehende Formulierung eines Endzustandes der Union, wobei diese Formulierung auch konkrete Organisationsstrukturen einschließt. In politischer Hinsicht mag dieser Ansatz wesentliche Vorteile bringen; die verfassungstheoretische Problematik ist aber die gleiche wie bei der bisherigen Integrationspolitik, denn nach wie vor geht es um die partielle Übertragung von Kompetenzen auf die Union und die verfassungsrechtliche Normierung ihrer Ausübung.

888 Der Begriff wurde von I. Pernice geprägt. S. nur I. Pernice, *Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, S. 261 ff.; ders., *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, S. 29 ff.; ders., *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, S. 870 mit weiteren Nachweisen in Fn. 46; ders., *Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung*, S. 214 f.; ders., *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, S. 163 ff. und ders., *Die Europäische Verfassung*, S. 1326 f. – Vgl. auch mit anderer Akzentuierung P. M. Huber, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, S. 208 f.; Huber nimmt den Begriff von Pernice auf, betrachtet aber das Primärrecht im Gegensatz zu diesem nicht als autonome, sondern als „staatenvermittelte“ Verfassungsordnung (ebda. S. 221).

889 P. Häberle, *Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft*, S. 841 („Verfassungsgemeinschaft sui generis“).

890 Der Ausdruck wird vorwiegend in der österreichischen Literatur verwendet; vgl. die Nachweise bei I. Pernice, *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, S. 870 Fn. 46.

von den Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaften bzw. die Union über, so bedeutet dies, daß auch die verfassungsrechtliche Normierung und Beschränkung der Kompetenzzusübung von der mitgliedstaatlichen Ebene auf die europäische Ebene wechselt – also eine Änderung der mitgliedstaatlichen (und gleichzeitig natürlich der Europäischen) Verfassung bewirkt wird.⁸⁹¹ Dieser Wechsel des verfassungsrechtlichen Bezugspunktes für einzelne Kompetenzbereiche wirft im Hinblick auf die Legitimität der Ausübung der entsprechenden Hoheitsgewalt vor allem zwei Fragen auf: Wie weit wird der Übergang von Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union von den Verfassungen der Mitgliedstaaten, insbesondere vom Grundgesetz, gedeckt? Und unter welchen Voraussetzungen kann eine Kompetenzübertragung nach der Theorie der Verfassungsgebung auch dann als legitim angesehen werden, wenn sie gegen eine mitgliedstaatliche Verfassung verstößt? Diese beiden Fragen sollen im folgenden erörtert werden.

I. Die Zulässigkeit von Kompetenzübertragungen nach dem Grundgesetz

Gehen Kompetenzen von einem Mitgliedstaat auf die Gemeinschaften bzw. die Union über, so hat dies zur Folge, daß die mit der Wahrnehmung dieser Kompetenzen verbundene Hoheitsgewalt nicht mehr von den Organen des Mitgliedstaates nach der mitgliedstaatlichen Verfassung, sondern von den Gemeinschaftsorganen nach der gemeinschaftsrechtlichen Verfassung ausgeübt wird. Die verfassungsrechtliche Normierung der Hoheitsgewalt ändert sich also für diesen Kompetenzbereich grundlegend. Da nach der Theorie der Verfassungsgebung die Ausübung von Hoheitsgewalt möglichst wirkungsvoll und dauerhaft verfassungsrechtlich normiert werden sollte, ist eine solche grundlegende Änderung der Normierung grundsätzlich unzulässig.

Allerdings kann die Übertragung von Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union (oder auf Militärbündnisse, internationale Organisationen, „zwischenstaatliche Einrichtungen“ oder ähnliches) ausnahmsweise in einer Verfassung vorgesehen sein. So kann eine Verfassungsvorschrift eine solche Kompetenzübertragung ausdrücklich bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erlauben, oder die Verfassung sieht ein allgemeines Verfassungsänderungsverfahren vor, das für den Zweck der Kompetenzübertragung angewendet werden kann.

Solche Regelungen stellen natürlich eine „Aufweichung“ der verfassungsrechtlichen Normierung von Hoheitsgewalt dar; ihre Legitimität nach dem Prinzipienmodell, vor allem nach dem Kriterium der Freiheitssicherung, ist daher problematisch. Dennoch sind solche Verfassungsregelungen oft notwendig und auch legitim, weil sie geeignet sind, ein durch den allgemeinen Wunsch nach Übertragung von Kompetenzen mögli-

891 Deshalb ist richtigerweise die Übertragung von Hoheitsrechten i.S.v. Art. 23, 24 GG als (materielle) Verfassungsänderung zu qualifizieren: U. Hufeld, Die Verfassungsdurchbrechung, S. 115 ff.; I. Pernice, Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 219. Ebenso wohl auch C. Tomuschat, Zweitbearbeitung Art. 24, Rn. 34, der aber darauf besteht, daß „es sich bei der Anwendung des Art. 24 Abs. 1 GG rechtlich weder um eine Verfassungsänderung noch um eine Verfassungsdurchbrechung“ handelt und davor warnt, diese Anwendung des Art. 24 I in die Nähe einer Verfassungsgebung zu rücken, die von den Bindungen des Art. 79 III freigestellt wäre. Vgl. auch die Nachweise bei A. Randelzhofer, Art. 24 I, Rn. 8 ff. (der selbst die Frage der Charakterisierung der Übertragung als Verfassungsänderung offenläßt).

cherweise entstehendes Spannungsverhältnis zur aktuell bestehenden Verfassung abzubauen.

Im folgenden soll untersucht werden, welche Kompetenzübertragungen auf die Gemeinschaften bzw. die Union nach dem *Grundgesetz*⁸⁹² zulässig sind. Die Betrachtung konzentriert sich dabei auf die Vorschriften der Art. 23, 79 III und 146 GG sowie den änderungsfesten Verfassungskern des Grundgesetzes.

1. Art. 23 GG

Diese Vorschrift wurde im Zusammenhang mit der Ratifikation des Vertrages von Maastricht in das Grundgesetz eingefügt⁸⁹³; sie sollte eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Gründung und die weitere Entwicklung der Europäischen Union bieten und insoweit die bisher für die Gründung und Entwicklung der Gemeinschaften angewandte Vorschrift des Art. 24 I GG ersetzen⁸⁹⁴, der Art. 23 nun als Spezialvorschrift vorgeht. Während Art. 24 I die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen (als solche galten bisher auch die Europäischen Gemeinschaften) durch einfaches Gesetz ohne weitere Voraussetzungen⁸⁹⁵ zuläßt, normiert Art. 23 zusätzliche⁸⁹⁶ Anforderungen an die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften.⁸⁹⁷

892 Hinsichtlich der Verfassungen der übrigen Mitgliedstaaten vgl. etwa P. Häberle, *Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe – der Ausbau von nationalem „Europaverfassungsrecht“*; S. Hobe, Art. 23 Rn. 88 ff.

893 Durch Gesetz vom 21.12.1992, BGBl. I S. 2086.

894 Vgl. D. König, *Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes*, S. 138 f.

895 Nach wohl h.M. in der Literatur (vgl. etwa D. König, *Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes*, S. 439 ff.; H. Mosler, *HStR* § 175 Rn. 65 ff.) unterliegt allerdings die Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 I GG zumindest den Beschränkungen des Art. 79 III GG (das Bundesverfassungsgericht bezog sich in den „Solange“-Entscheidungen allerdings nicht auf Art. 79 III, sondern sah die Grenze in der Unantastbarkeit der „Identität“ des Grundgesetzes bzw. dem „Grundgefüge“ der Verfassungsordnung: BVerfGE 37, 271, 279 – Solange I; BVerfGE 73, 339, 375 f. – Solange II; die Literatur knüpfte meist an diese Rspr. an und konkretisierte die „Identität“ bzw. das „Grundgefüge“ durch den nach Art. 79 III GG geschützten Bereich). Daraus läßt sich folgern, daß die Übertragung unzulässig ist, wenn die zwischenstaatliche Einrichtung bestimmte Strukturanforderungen nicht erfüllt (z.B. hinsichtlich des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips oder des Grundrechtsschutzes). Diese Auffassung kommt bei der Auslegung des Art. 24 I hinsichtlich *materieller* Übertragungsbeschränkungen zu Ergebnissen, die der ausdrücklichen Regelung in Art. 23 weitgehend entsprechen.

896 Tatsächlich stellt Art. 23 n.F. gegenüber Art. 24 I eher eine verfahrensmäßige und inhaltliche *Erschwerung* der weiteren Übertragung von Hoheitsrechten dar (so auch etwa S. Magiera, *Die Grundgesetzänderung von 1992 und die Europäische Union*, S. 8). Die Einschätzung, Art. 23 Abs. 1 GG sei „gerade deshalb geschaffen worden, um die Beschränkungen, die Art. 24 Abs. 1 GG ... enthält, ... zu überwinden“, trifft also nicht zu (so aber D. Murswiek, *Maastricht und der pouvoir constituant*, S. 166).

897 Art. 23 erfaßt dabei nicht nur die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften selbst, sondern auch auf andere zwischenstaatliche Einrichtungen wie z.B. Europol, wenn diese im Rahmen der Europäischen Union tätig sind.

a) Anwendungsbereich

Die damit notwendige Abgrenzung zwischen Art. 23 GG und Art. 24 I GG knüpft an den Begriff „Europäische Union“ an, der in Art. 23 I 1 erwähnt ist. Art. 23 war nach seiner Entstehungsgeschichte zunächst auf die Gründung der Europäischen Union in der Gestalt anwendbar, die sie durch den Vertrag von Maastricht erhalten sollte. Dabei umfaßt der Begriff der Union auch die Gemeinschaften; gemeint sind also nicht allein die unionsspezifischen Strukturen, die erst durch den Vertrag von Maastricht eingeführt wurden (Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres bzw. polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik), denn auf diese Strukturen sind, wie oben gezeigt, durch den Vertrag von Maastricht gerade *keine* Hoheitsrechte übertragen worden.⁸⁹⁸

Nachdem die Gründung nun vollzogen ist, ist Art. 23 GG für die weitere „Entwicklung“ der Europäischen Union anzuwenden, wobei durch diese Entwicklung die Union ihre Gestalt natürlich ändern kann. Art. 23 sieht mit der Verwendung des Begriffs „Entwicklung“ eine solche Änderung offensichtlich vor; eine Beschränkung auf die Gestalt, die die Union durch den Gründungsakt erhalten hat, ist nicht vorgesehen. Für den Anwendungsbereich des Art. 23 stellt sich damit die Frage, welche Änderungen zulässig sind, um überhaupt noch von einer „Europäischen Union“ im Sinne von Art. 23 sprechen zu können.

Der Begriff kann enger (im Sinne einer größeren Nähe zu der Gestalt, die die Union ursprünglich im Vertrag von Maastricht erhalten hat) oder weiter ausgelegt werden.⁸⁹⁹ Auch bei der engeren Auslegung muß aber berücksichtigt werden, daß der Vertrag von Maastricht selbst eine dynamische Entwicklung der Union vorsieht, so daß zumindest die in diesem Vertrag schon angelegte Entwicklung von Art. 23 umfaßt ist.⁹⁰⁰ Im übrigen ist zu bedenken, daß sich eine Reihe von Anforderungen an die Union, die die Entwicklungsmöglichkeiten in eine bestimmte Richtung lenken, in der (noch zu erörternden) sog. Struktursicherungsklausel des Art. 23 I 1, 2. Hs. findet, so daß eine weitergehende Einschränkung schon des Begriffs „Europäische Union“ nicht notwendig ist. Außerdem kann für die Übertragung von Hoheitsrechten auf ein Gebilde, das nicht mehr als „Europäische Union“ bezeichnet werden kann, die Spezialvorschrift des Art. 23 keine Vorrangwirkung entfalten, so daß möglicherweise (wenn es sich noch um eine „zwischenstaatliche Einrichtung“ handeln würde) wieder Art. 24 I GG mit seinen geringeren Voraussetzungen anwendbar wäre; diese Konsequenz entspräche aber wohl nicht der Absicht des verfassungsändernden Gesetzgebers, der die mit der Gründung der Union begonnene Entwicklung dichter regulieren wollte als in der bisherigen Regelung in Art. 24 I GG.

Der Begriff „Europäische Union“ in Art. 23 muß also weit ausgelegt werden und jede Weiterentwicklung des durch den Vertrag von Maastricht entstandenen Gebildes

898 Der Begriff „Europäische Union“ in Art. 23 ist also weiter gefaßt als in dieser Arbeit, in der er auf die unionsspezifischen Strukturen beschränkt ist.

899 Für eine weitere Auslegung offenbar R. Scholz, Art. 23 Rn. 40 ff.; für eine engere Anlehnung an den Vertrag von Maastricht I. Pernice, Art. 23 Rn. 40.

900 Darauf weist I. Pernice a.a.O. hin.

umfassen. Das gilt allerdings nicht mehr für einen Europäischen Bundesstaat.⁹⁰¹ Mag man diesen auch in dem schon in der Präambel des Grundgesetzes genannten Staatsziel „Vereintes Europa“ perspektivisch angelegt sehen,⁹⁰² so handelt es sich bei der „Europäischen Union“ im Sinne von Art. 23 GG doch nicht um einen souveränen Bundesstaat. Das läßt sich schon an der in Art. 23 GG vorgesehenen Kompetenzübertragung auf die Union erkennen, einer Regelung, die für einen Gliedstaat in einem souveränen Bundesstaat gegenstandslos wäre (dieser könnte den Gliedstaaten Kompetenzen einfach entziehen). Die Schaffung eines Europäischen Bundesstaates ist also nicht mehr von Art. 23 GG erfaßt.

b) Die Übertragung von Hoheitsrechten

Im Zentrum der Regelung des Art. 23 GG steht die „Übertragung“ von Hoheitsrechten. Dieser Ausdruck wird schon in Art. 24 I GG verwendet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹⁰³ und nach herrschender Lehre⁹⁰⁴ ist er nicht in einem quasi dinglichen Sinne zu verstehen, also nicht, wie es der Wortlaut nahelegt, im Sinne eines Wechsels des Rechtsträgers, verbunden mit der endgültigen Entäußerung der Hoheitsrechte.⁹⁰⁵ Vielmehr besteht die „Übertragung“ nach dieser Ansicht in einem Zurücknehmen der Ausübung der eigenen, unveräußerlichen Hoheitsgewalt, wobei dem „Empfänger“ in entsprechendem Umfang die Möglichkeit zur Ausübung *seiner* Hoheitsgewalt eingeräumt wird.

Art. 23 GG knüpft an die Zulässigkeit der Übertragung von Hoheitsrechten eine Reihe von Anforderungen; zunächst sollen die verfahrensmäßigen, später die materiellen Anforderungen dargestellt werden.

c) Verfahrensvorschriften

Verfahrensanforderungen nehmen in Art. 23 GG vom Textumfang her den weitaus größten Raum ein. So ist eine (möglichst frühzeitige) Beteiligung des Bundestages (Abs. 2 S. 2, Abs. 3) und – in ihren jeweiligen Interessenbereichen – die Beteiligung des Bundesrates (Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Abs. 4, Abs. 5 S. 1 u. 2), der Länder (Abs. 6) und der Bundesregierung (Abs. 5 S. 3, Abs. 6 S. 2) vorgesehen. Diese – für eine Verfassung ungewöhnlich umfangreichen und detaillierten – Regelungen werden durch das in Abs. 7 vorgesehene Bundesgesetz weiter konkretisiert.⁹⁰⁶

901 So auch etwa C. D. Classen, Art. 23 Rn. 4. Diese Auslegung des Begriffs „Europäische Union“ in Art. 23 I entbindet allerdings nicht von der Notwendigkeit, auch die in Art. 23 I 3 i. V. m. Art. 79 III normierten Grenzen für eine Entwicklung in Richtung eines Europäischen Bundesstaates zu untersuchen und zu beachten; Classen hält das offenbar für überflüssig (ebda. Rn. 25).

902 I. Pernice, Art. 23 Rn. 35.

903 Vgl. BVerfGE 37, 271, 279.

904 Vgl. H. Mosler, HStR § 175 Rn. 41 ff.; I. Pernice, Art. 23 Rn. 82 ff.; C. Tomuschat, Zweitbearbeitung Art. 24, Rn. 18; grundlegend H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 53 ff.

905 So aber T. Flint, Die Übertragung von Hoheitsrechten, S. 142 ff.

906 Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union v. 12.3.1993, BGBl. I S. 313.

An einzelnen Formulierungen⁹⁰⁷, aber auch aus der Gesamtschau der Verfahrensregelungen ist die Regelungsabsicht des Art. 23 zu erkennen, den Bundestag und gegebenenfalls den Bundesrat und die Länder möglichst *frühzeitig* an dem Verfahren zu beteiligen. Werden diese Organe zu spät einbezogen, so besteht die Gefahr, daß sie inhaltlich keinen Einfluß mehr auf den von Regierungsvertretern der Mitgliedstaaten ausgehandelten Entwurf nehmen können; diese Gefahr besteht vor allem dann, wenn, wie bisher bei Art. 24 I GG, die Beteiligung lediglich in einer das Verfahren abschließenden Zustimmung besteht. Die Positionen des Bundestages, des Bundesrates und der Länder sollen daher, soweit diese Organe zu beteiligen sind, schon bei den Verhandlungen mit den anderen Mitgliedstaaten einfließen, um ihnen die Chance der Berücksichtigung zu geben. Dieses Anliegen ist nicht nur etwa aus der Sicht des Gewaltenteilungsgrundsatzes oder des föderalen Prinzips zu begründen, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität: Vor allem über den Bundestag können auf diese Weise die Bürger schon frühzeitig in die Willensbildung bezüglich der Kompetenzübertragung einbezogen werden, wodurch das vom Prinzip der kollektiven Autonomie vorgegebene Ziel besser erreicht werden kann: daß die mit der Kompetenzübertragung verbundene Verfassungsumgestaltung dem Willen der Bürger möglichst gut entspricht. Ob das durch die Regelungen des Art. 23 GG im Einzelfall auch gelingt, bleibt allerdings abzuwarten.

Nach den verfahrensrechtlichen sollen nun die materiellen Anforderungen erörtert werden, die Art. 23 GG an die Übertragung von Hoheitsrechten knüpft.

d) Die Struktursicherungsklausel

Die sog. Struktursicherungsklausel in Art. 23 I 1, 2. Hs. GG verpflichtet die deutschen Staatsorgane zur Mitwirkung an der Entwicklung der „Europäischen Union“, die „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“. Diese Regelung beinhaltet außer der *Verpflichtung* der deutschen Staatsorgane, die Entwicklung einer so beschaffenen Union aktiv zu fördern⁹⁰⁸, vor allem eine *Schranke* für die Übertragung von Hoheitsrechten: Hoheitsrechte dürfen auf eine Union, die den genannten Grundsätzen *nicht* entspricht, nicht übertragen werden.

Bei der Auslegung dieser Grundsätze ist zu berücksichtigen, daß Art. 23 schon auf die Gründung der Union anwendbar war, also jedenfalls auf ein nichtstaatliches Entwicklungsstadium. Es wäre daher falsch, diese Grundsätze so zu verstehen, wie es in bezug auf einen Staat angemessen wäre oder gar wie sie im Grundgesetz konkretisiert sind.⁹⁰⁹ Art. 23 I 1, 2. Hs. verlangt also nicht, daß *demokratische Grundsätze* dadurch verwirklicht werden, daß das Europäische Parlament die gleichen Befugnisse erhält wie der Bundestag; vielmehr genügen die Selbstbestimmung der Unionsbürger und die Verantwortlichkeit der Gemeinschaftsorgane gegenüber den Unionsbürgern in dem Maße

907 Abs. 2 S. 2: „zum frühestmöglichen Zeitpunkt“; Abs. 3 S. 1: „vor ihrer Mitwirkung an Rechtssetzungsakten“.

908 Insoweit geht die Regelung über Art. 24 I GG hinaus, der lediglich die Möglichkeit der Übertragung von Hoheitsrechten vorsieht („kann ... übertragen“); vgl. I. Pernice, Art. 23 Rn. 39.

909 Ebenso I. Pernice, Art. 23 Rn. 50; BVerfGE 89, 155, 182.

und mit den Mitteln, die einem „Staatenverbund“ wie der Union angemessen sind. Grundsätzlich zulässig ist daher auch das in der Union praktizierte Nebeneinander von zwei demokratischen „Legitimationssträngen“ für die Rechtsetzung, nämlich der direkten Legitimation des direkt gewählten Europäischen Parlaments und der indirekten Legitimation der Regierungsvertreter im Rat über die nationalen Parlamente, denen sie verantwortlich sind.⁹¹⁰

Als *rechtsstaatliche Grundsätze* i.S.v. Art. 23 I 1, 2. Hs. ist nicht die klassische Gewaltenteilung mit Parlament, Regierung / Verwaltung und Gerichten im herkömmlichen Sinn zu verstehen, weil eine solche Funktionsverteilung in einem Staatenverbund, in dem z.B. auch die Mitgliedstaaten einen ausreichenden Einfluß für sich beanspruchen, kaum zu realisieren ist; statt dessen kann man in der Union ein komplexes System von horizontaler und vertikaler Gewaltenteilung feststellen, in das die verschiedenen Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedstaaten eingebunden sind. Hinsichtlich der Gewaltenteilung ist also nur die Funktionsverteilung auf verschiedene Organe zu verlangen, die in einem effektiven Balanceverhältnis zueinander stehen. Darüber hinaus beinhalten die rechtsstaatlichen Grundsätze vor allem die Bindung der Organe der Union an Gesetz und Recht sowie den Grundsatz der Rechtssicherheit und einen effektiven Rechtsschutz durch unabhängige (gegebenenfalls auch nationale) Gerichte mit der Garantie rechtlichen Gehörs.⁹¹¹

Der Verweis auf die *sozialen Grundsätze* in Art. 23 I 1, 2. Hs. ist problematisch, weil dieser Begriff unbestimmt und kaum justitiabel ist.⁹¹² Insbesondere ist nicht verlangt, daß die Union selbst auf dem Gebiet der Sozialpolitik tätig wird.⁹¹³ Letztlich lassen sich wohl nur extreme Situationen ausschließen, etwa die Errichtung eines Wirtschaftssystems, das es auch den Mitgliedstaaten unmöglich macht, weiterhin angemessen sozialpolitisch tätig zu sein.

Die *föderativen Grundsätze* haben das Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten im Blick, nicht die föderale Struktur von Mitgliedstaaten.⁹¹⁴ Sie sollen das Fortbestehen und eine gewisse Selbständigkeit und Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten gewährleisten. Ein europäischer Zentralstaat wäre damit ausgeschlossen, nicht jedoch ein Bundesstaat, in dem die Mitgliedstaaten als Gliedstaaten weiterbestehen würden. Andererseits kann aber nicht gefolgert werden, daß ein Europäischer Bundesstaat das Ziel der Entwicklung sein soll;⁹¹⁵ denn föderative Grundsätze lassen sich auch etwa in einem Staatenverbund verwirklichen.

Auch der *Grundsatz der Subsidiarität* betrifft das Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten. Er besagt im wesentlichen, daß Aufgaben grundsätzlich auf der „niedrigeren“, bürgernäheren, d.h. hier: mitgliedstaatlichen Ebene wahrzunehmen sind und nur

910 I. Pernice, Art. 23 Rn. 52.

911 R. Scholz, Art. 23 Rn. 59.

912 I. Pernice, Art. 23 Rn. 67.

913 I. Pernice, ebda.

914 I. Pernice, Art. 23 Rn. 69 f.; M. Zuleeg, Art. 23 Rn. 29 ff. mit Nachweisen auch zur Gegenansicht, daß die föderalen Strukturen der Mitgliedstaaten gemeint und zu schützen seien.

915 I. Pernice, Art. 23 Rn. 69.

dann auf die Unionsebene übertragen werden können, wenn hierfür eine Notwendigkeit besteht.⁹¹⁶

Schließlich muß die Union einen *dem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz* gewährleisten. Schon dem Wortlaut nach wird hier nicht der *gleiche* Grundrechtsschutz wie nach dem Grundgesetz verlangt, sondern lediglich eine funktionale Äquivalenz.⁹¹⁷ Es müssen also nicht inhaltlich die gleichen Grundrechte gewährleistet sein, sondern nur ein in seiner Wirksamkeit dem Grundgesetz insgesamt vergleichbarer Grundrechtsschutz. Das Kriterium entstammt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹¹⁸, das seit der Solange II-Entscheidung diese Äquivalenz in der gegenwärtigen Union aufgrund der Grundrechtsrechtsprechung des EuGH für gegeben hält. Ein geschriebener Grundrechtskatalog ist nach diesem Kriterium nicht erforderlich.

e) Die Verweisung auf Art. 79 II, III GG

Art. 23 I 3 GG verweist für die (inzwischen erfolgte) Gründung der Union und für Vertragsänderungen und vergleichbare Regelungen, durch die das Grundgesetz geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, auf Art. 79 II und III GG.⁹¹⁹ Das bedeutet für diese Fälle, daß für das Gesetz, durch das Hoheitsrechte übertragen werden, Zweidrittelmehrheiten in Bundestag und Bundesrat erforderlich sind (Art. 79 II; im Bereich des Art. 23 I 2 genügen dagegen jeweils einfache Mehrheiten) und daß die materiellen Änderungsgrenzen des Art. 79 III zu beachten sind. Weil Art. 79 I bewußt aus der Verweisung ausgespart wurde, ist eine Änderung des Grundgesetzentextes dabei nicht erforderlich.⁹²⁰

Eine schwierige Auslegungsfrage ist die Abgrenzung zwischen Art. 23 I 2 und Art. 23 I 3. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen soll es offenbar einen Unterschied geben zwischen „einfachen“ Übertragungen von Hoheitsrechten nach Satz 2 und „verfassungsändernden“ Übertragungen von Hoheitsrechten nach Satz 3 (genauer: Übertragungen von Hoheitsrechten, „durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird“). Nun stellt aber, wie oben gezeigt, *jede* Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften bzw. die Union (wenn nicht einen Akt der Verfassungsgebung, so doch zumindest) eine Verfassungsänderung dar, weil dadurch die verfassungsrechtliche Regelung der Ausübung von Hoheitsgewalt zumindest im Hinblick auf die übertragenen Hoheitsrechte geändert wird: Diese werden nicht mehr von den im Grundgesetz dafür vorgesehenen Organen nach dem dort geregelten Verfahren ausgeübt, sondern von Gemeinschaftsorganen nach gemeinschaftsrechtlichen Verfahren. Nimmt man Satz 3 wörtlich, bleibt für Satz 2 also eigentlich kein Anwendungsraum mehr.

916 Ebda. Rn. 71 ff.

917 Ebda. Rn. 75.

918 BVerfGE 37, 271, 280 ff. – Solange I; BVerfGE 73, 339, 376 f. – Solange II; auch BVerfGE 89, 155, 174 f. – Maastricht und BVerfGE 102, 147, 162 ff. – Bananenmarktordnung.

919 Hierzu und zum folgenden I. Pernice, Art. 23 Rn. 89 ff.

920 Hierfür gibt es vor allem praktische Gründe. Vgl. dazu und zur damit verbundenen Problematik U. Hufeld, Die Verfassungsdurchbrechung, S. 132 ff.

Weil das aber zur Konsequenz hätte, daß die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften bzw. die Union in jedem Fall nicht nur die materiellen Grenzen des Art. 79 III beachten müßte, sondern auch Zweidrittelmehrheiten in Bundestag und Bundesrat erfordern würde, käme dies im Ergebnis einer deutlichen Erschwerung weiterer Integrations Schritte gegenüber der bisherigen Regelung in Art. 24 I gleich, nach der eine einfache Mehrheit im Bundestag allein genügt. Das stünde im Widerspruch zur insgesamt integrationsfreundlichen Tendenz des Art. 23 (vgl. Abs. 1 S. 1: „Zur Verwirklichung eines vereinten Europas ...“) und anderer Regelungen im Grundgesetz (z.B. der Präambel). Deswegen, und weil andernfalls die Differenzierung zwischen Art. 23 I 2 und Art. 23 I 3 überflüssig wäre, ist Art. 23 I 3 restriktiv auszulegen:⁹²¹ „Inhaltsänderung“ bzw. „ergänzung“ des Grundgesetzes im Sinne dieser Vorschrift⁹²² ist demnach nicht jede Kompetenzübertragung, sondern nur eine solche, durch die eine im Grundgesetz ausdrücklich geregelte Kompetenzzuordnung geändert wird⁹²³ oder die mit einer über die bloße Kompetenzübertragung hinausgehenden Verfassungsänderung verbunden ist⁹²⁴ oder die schon so weitreichend ist, daß der materielle Verfassungskern bzw. der von Art. 79 III geschützte Bereich berührt ist⁹²⁵. Auch Primärrechtsänderungen, durch die die Stellung Deutschlands in der Union geändert wird (genauer: durch die der Einfluß Deutschlands und des Grundgesetzes auf die Ausübung gemeinschaftlicher Hoheitsrechte verringert wird), können unter Art. 23 I 3 GG fallen;⁹²⁶ das gilt auch für Beitrittsverträge, in deren Folge das Stimmengewicht der deutschen Vertreter in den Organen der Gemeinschaften verringert wird.⁹²⁷

Die materiellen Änderungs schranken, die sich durch die Verweisung auf Art. 79 III ergeben, sollen im folgenden Abschnitt erörtert werden.

921 Vgl. R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 210c; U. Hufeld, *Die Verfassungsdurchbrechung*, S. 118 f.; I. Pernice, *Art. 23 Rn. 92*. A.A. O. Rojahn, *Art. 23 Rn. 47*; R. Streinz, *Art. 23 Rn. 64 ff.*; C. D. Classen, *Art. 23 Rn. 21*; B. Schmidt-Bleibtreu / F. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz*, *Art. 23 Rn. 16*.

922 Es bietet sich an, die „Inhaltsänderung“ bzw. „ergänzung“ i.S.v. Art. 23 I 3 GG von der (allgemeineren) Verfassungsänderung begrifflich und terminologisch zu unterscheiden (obwohl die Bezugnahme auf den „Inhalt“ in diesem Zusammenhang sicher nicht selbsterklärend ist); so wohl auch U. Hufeld, *Die Verfassungsdurchbrechung*, S. 118 f. (insb. Fn. 22).

923 Dieses Kriterium wird – als eines von mehreren – von I. Pernice a.a.O. benannt.

924 So wohl R. Streinz a.a.O. und U. Hufeld a.a.O.

925 Dieses letztgenannte Kriterium wird sinngemäß auch von I. Pernice a.a.O. benannt, nicht jedoch von den anderen zitierten Autoren. Es ist aber ein wichtiges Kriterium, weil schon eine Kompetenzübertragung allein so weit gehen kann, daß materielle Grenzen der Verfassungsänderung erreicht werden, z.B. der Anwendungsbereich von Art. 79 III beginnt (Extrembeispiel: Übertragung der „Hausgut“-Kompetenzen der Länder auf die Union). Wäre dies kein Fall von Art. 23 I 3, so wäre vom Wortlaut her zweifelhaft, ob Art. 79 III Anwendung findet – Art. 79 III muß aber in jedem Fall Anwendung finden, weil der nachträglich ins Grundgesetz eingefügte Art. 23 den Anwendungsbereich des selbst änderungsfesten Art. 79 III nicht einschränken kann (vgl. dazu auch den nächsten Abschnitt).

926 So H. D. Jarass / B. Pieroth, *Grundgesetz*, *Art. 23 Rn. 23* (allerdings ohne die Einschränkung auf die Verringerung des Einflusses auf die Ausübung der Hoheitsrechte). A.A. M. Zuleeg, *Art. 23 Rn. 48* (*Art. 23 I 3* betreffe allenfalls Hoheitsrechtsübertragungen).

927 A.A. S. Hobe, *Art. 23 Rn. 50*.

2. Art. 79 III GG

Art. 79 III GG stellt eine materielle Änderungsschranke⁹²⁸ auch für die Übertragung von Hoheitsrechten dar. Das gilt nach inzwischen ganz überwiegender Ansicht für den Anwendungsbereich von Art. 24,⁹²⁹ und das gilt jedenfalls auch für den Anwendungsbereich von Art. 23, denn diese nachträglich in das Grundgesetz eingefügte Vorschrift unterliegt selbst den Änderungsschranken des Art. 79 III, kann also ihrerseits die Anwendung des Art. 79 III weder einschränken noch anordnen. Die Verweisung in Art. 23 I 3 ist daher nur deklaratorisch.⁹³⁰

a) Die geschützten Grundsätze

Nach Art. 79 III ist eine Änderung des Grundgesetzes unzulässig, durch die bestimmte Grundsätze berührt werden⁹³¹. Hierbei handelt es sich um die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung und die in Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze. Die Gliederung des Bundes in Länder wäre etwa dann berührt, wenn die Bundesrepublik Deutschland in einen Zentralstaat umgewandelt würde oder den Ländern ein Kern eigener Aufgaben (das „Hausgut“) entzogen würde; unschädlich wäre dagegen die in Art. 29, 118, 118a vorgesehene Neugliederung der Bundesländer.⁹³² Die „grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung“ bezieht sich auf die Gesetzgebung des Bundes; dabei ist nicht der Bestand der hierfür vom Grundgesetz vorgesehenen Einrichtungen und Verfahren (z.B. Bundesrat und Vermittlungsausschuß) geschützt, sondern lediglich ein Mindestmaß an Mitspracherechten.⁹³³

Der Schutz der in Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze umfaßt nicht den gesamten Regelungsgehalt dieser Vorschriften und auch nicht deren Konkretisierungen in anderen Verfassungsvorschriften; geschützt ist nur ihr substantieller Kerngehalt,⁹³⁴ dessen Bestimmung im einzelnen freilich problematisch sein kann. In bezug auf Art. 1 umfaßt dieser Kerngehalt jedenfalls den – ohnehin schon elementaren – Schutz der Menschenwürde in vollem Umfang (Art. 1 I), nicht jedoch die diesen Schutz zum Teil konkretisierenden Grundrechte der Art. 2 ff. im einzelnen. Diese einzelnen Grundrechte werden

928 Vgl. zu Inhalt und Funktion des Art. 79 III auch H. Dreier, Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, S. 746 ff.; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 165 ff.

929 C. Tomuschat, Zweitebearbeitung Art. 24, Rn. 50 f.; umfangreiche Nachweise bei A. Randelzhofer, Art. 24 I, Rn. 84 ff. Das Bundesverfassungsgericht bezog sich vor Inkrafttreten des Art. 23 GG n.F. zwar nicht ausdrücklich auf Art. 79 III als Grenze für die Übertragung von Hoheitsrechten, sprach aber von den „konstituierenden Strukturen“ und von der „Identität“ der Verfassung, die änderungsfest seien: BVerfGE 37, 271, 279 f.; 73, 339, 375 f.

930 Vgl. H. Dreier, Art. 79 III Rn. 8.

931 Das Merkmal „berührt werden“ ist nach umstrittener Ansicht des Bundesverfassungsgerichts restriktiv auszulegen. Näher dazu H. Dreier, Art. 79 III Rn. 15.

932 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 16 f.

933 Ebda. Rn. 19 f.

934 Vgl. hierzu und zum folgenden H. Dreier, Art. 79 III Rn. 21 ff.

auch nicht über Art. 1 III in den Schutz des Art. 79 III einbezogen; die „Grundsätze“ des Art. 1 III umfassen lediglich einen Mindestbestand an unmittelbar geltenden und prozessual durchsetzbaren Grundrechten, nicht aber den gegenwärtigen Bestand im einzelnen. Gegenüber Abs. 1 und Abs. 3 hat das Bekenntnis zu den Menschenrechten nach Art. 1 II im Rahmen des Art. 79 III kaum eine eigenständige Bedeutung.⁹³⁵

Hinsichtlich des Art. 20 sind die nicht-monarchische Staatsform („Bundesrepublik“⁹³⁶, Grundelemente der Sozialstaatlichkeit⁹³⁷ und (in Bekräftigung und Ergänzung der durch Art. 79 III ausdrücklich geschützten Gliederung des Bundes in Länder und deren Mitwirkung bei der Gesetzgebung) die Grundsubstanz der Eigenstaatlichkeit der Länder („Bundesstaat“⁹³⁸ geschützt sowie – inhaltlich wohl am bedeutsamsten – die Grundsätze des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips. Die geschützten Grundsätze des *Demokratieprinzips*⁹³⁹ umfassen dabei u.a. die Volkssouveränität im Sinne der Rückführbarkeit allen Staatshandelns auf das Volk, das Mehrheitsprinzip, evtl. auch bestimmte Wahlrechtsgrundsätze wie Allgemeinheit, Freiheit und Gleichheit der Wahl⁹⁴⁰. Nicht geschützt sind dagegen z.B. das im BWahlG normierte Wahlsystem der kombinierten Verhältnis- und Mehrheitswahl oder der Bestand an zulässigen Referenden. Das *Rechtsstaatsprinzip* wird in Art. 20 nicht ausdrücklich erwähnt; Art. 20 II, III nennt jedoch einige wichtige Bestandteile. Umstritten ist daher, inwieweit auch andere, in Art. 20 nicht ausdrücklich genannte Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips (wie z.B. der Bestimmtheitsgrundsatz oder das Rückwirkungsverbot) von Art. 79 III geschützt werden.⁹⁴¹ Geschützt ist jedenfalls die Gewaltenteilung, und zwar nicht nur als abstraktes Prinzip, sondern auch bezüglich der in Art. 20 II 2 und III genannten Dreiteilung und der Funktionsaufteilung in Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung – nicht jedoch bezüglich der Funktionszuweisung *im einzelnen*, die das Grundgesetz an anderer Stelle vornimmt. Geschützt sind auch der Vorrang der Verfassung, die Bindung der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt an das Gesetz und wohl auch der Vorbehalt des Gesetzes gegenüber dem Handeln der Verwaltung in bestimmten Fällen.⁹⁴²

Nach einhelliger Auffassung wird das nachträglich ins Grundgesetz eingefügte Widerstandsrecht nach Art. 20 IV *nicht* vom Schutz des Art. 79 III erfaßt.⁹⁴³

b) Schutz der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?

Heftig umstritten ist die Frage, ob Art. 79 III GG auch den Bestand der Bundesrepublik Deutschland als souveräner Staat schützt und damit etwa die Eingliederung in einen

935 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 25.

936 Ebda. Rn. 29.

937 Ebda. Rn. 38.

938 Ebda. Rn. 39.

939 Vgl. zum folgenden im einzelnen H. Dreier, Art. 79 III Rn. 30 ff.

940 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 32.

941 Dazu H. Dreier, Art. 79 III Rn. 44.

942 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 43.

943 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 45.

Europäischen Bundesstaat (zumindest im Wege der Verfassungsänderung) bzw. die allmähliche Aufgabe der souveränen Staatlichkeit im Wege sukzessiver Übertragungen von Hoheitsrechten verhindern würde. Eine ausdrückliche Regelung hierzu enthält Art. 79 III nicht.

Als Argument für den Schutz der Staatlichkeit wird zunächst der Verweis des Art. 79 III auf die Grundsätze des Art. 20 GG i.V.m. der dort (in Art. 20 I) verwendeten Bezeichnung „Bundesstaat“ genannt; der Wortbestandteil „Staat“ weise auf den Staat als Schutzgut des Art. 79 III hin.⁹⁴⁴ Diese Argumentation ist aber durchaus zweifelhaft. Art. 20 I legt das Bundesstaatsprinzip als eine Staatsfundamentalnorm fest; damit ist in erster Linie das Verhältnis des Bundes zu den Ländern angesprochen, nicht das Verhältnis des Bundes nach außen (also etwa zur Europäischen Union oder als Teil der Völkerrechtsgemeinschaft). Zu den „Grundsätzen“, die Art. 79 III schützt, sollte daher nur dieses Verhältnis des Bundes zu den Ländern gehören, nicht die „Staatlichkeit“ des Ganzen.⁹⁴⁵

Ein anderes Argument für den Schutz der Staatlichkeit bezieht sich auf den Regelungsadressaten des Art. 79 III GG: den verfassungsändernden Gesetzgeber.⁹⁴⁶ Art. 79 III setze „das Vorhandensein dieses verfassungsändernden Gesetzgebers und dessen Fähigkeit zur Beachtung der Ewigkeitsgarantie voraus“. Gehe die Staatlichkeit der Bundesrepublik aber unter, dann gebe es auch keinen verfassungsändernden Gesetzgeber mehr. Das ist jedoch eine seltsame Argumentation: Einer Norm, die dem Normadressaten (hier: dem verfassungsändernden Gesetzgeber) etwas verbietet (hier: Änderungen in dem durch Art. 79 III geschützten Bereich), kann kein Gebot entnommen werden, daß der Normadressat sich selbst erhalte, um der Norm weiterhin als Adressat zur Verfügung stehen zu können; denn einer solchen Norm wäre selbstverständlich genüge getan, wenn überhaupt kein Adressat mehr existieren würde, der gegen das normierte Verbot verstoßen könnte.

Für einen Schutz der Staatlichkeit durch Art. 79 III GG wird weiter das Argument angeführt, die durch Art. 79 III geschützten Grundsätze, vor allem das Demokratieprinzip, könnten nur im Rahmen des konkreten souveränen Staates verwirklicht werden, für den das Grundgesetz geschaffen wurde. Dafür wiederum werden letztlich vor allem drei Begründungen gegeben: Erstens lege der durch Art. 79 III geschützte Art. 20 II 1 GG fest, daß die Staatsgewalt auf das deutsche Staatsvolk zurückgeführt werden müsse;⁹⁴⁷ bei Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat sei das nicht mehr gewährleistet.⁹⁴⁸ Zweitens könnten Demokratie und Volkssouveränität überhaupt nur in einem

944 P. Kirchhof, HStR § 19 Rn. 71. Dazu U. Fink, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, S. 138 f.

945 Ausführlich dazu und im Ergebnis wie hier C. Möllers, Staat als Argument, S. 383 ff.

946 So U. Fink, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, S. 139; in diese Richtung wohl auch W. Heyde, Art. 23 Rn. 64 f. (Art. 79 III werde „gegenstandslos“).

947 So etwa D. Murswiek, Maastricht und der *pouvoir constituant*, S. 162 f. Nach Murswiek ergibt sich sogar „aus Art. 20 Abs. 1 GG der Verfassungsgrundsatz der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland“ (ebda. S. 176).

948 Das Bundesverfassungsgericht ist in der Maastricht-Entscheidung dieser Argumentation offenbar nicht ganz gefolgt, wenn es auch eine demokratische Legitimation durch die Staatsvölker der Mitgliedstaaten (repräsentiert durch das Europäische Parlament) zumindest dann für möglich hält, wenn sie zur Legitimation durch die mitgliedstaatlichen Parlamente „hinzutritt“ (BVerfGE 89, 155, 184).

Nationalstaat und nur von einem Staatsvolk verwirklicht werden;⁹⁴⁹ das treffe zwar für die Bundesrepublik Deutschland zu, die über ein Staatsvolk verfüge, nicht aber für die europäische Ebene: Es gebe eben keinen europäischen Nationalstaat und kein „europäisches Volk“.⁹⁵⁰ Und drittens beziehe sich Art. 79 III, auch wenn er nur abstrakt formulierte Grundsätze nennt, nach seiner Regelungsabsicht zumindest stillschweigend auf die Bundesrepublik Deutschland als den Handlungszusammenhang, in dem diese Grundsätze zu schützen seien.⁹⁵¹

Die erste Begründung für die angebliche Nationalstaatsbezogenheit der durch Art. 79 III geschützten Grundsätze argumentiert mit der Auslegung der positiv-rechtlichen Norm des Art. 20 II 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner Entscheidung zum schleswig-holsteinischen kommunalen Ausländerwahlrecht getan und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß „Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG bestimmt, daß das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland Träger und Subjekt der Staatsgewalt ist“.⁹⁵² Selbst wenn man dieser Auslegung folgt, so schützt Art. 79 III doch nur die *Grundsätze* des Art. 20 II 1. Schon weil sich die vom Bundesverfassungsgericht gefundene Auslegung des Art. 20 II 1 offenbar erst unter Einbeziehung weiterer Normen des Grundgesetzes ergibt, die *nicht* vom Schutz des Art. 79 III erfaßt werden (v.a. des Art. 116 I)⁹⁵³, ist es sehr zweifelhaft, ob die Anknüpfung der demokratischen Willensbildung an das deutsche Staatsvolk auch durch Art. 79 III geschützt ist. Das Bundesverfassungsgericht scheint jedenfalls nicht dieser Ansicht zu sein, wenn es in einem obiter dictum erklärt: „Daraus folgt nicht, daß die derzeit im Bereich der Europäischen Gemeinschaften erörterte Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer nicht Gegenstand einer nach Art. 79 Abs. 3 GG zulässigen Verfassungsänderung sein kann“⁹⁵⁴. Gerade für dieses Kommunalwahlrecht hatte das Bundesverfassungsgericht die Beschränkung der Wahlberechtigten auf Angehörige des deutschen Staatsvolkes vor allem aus Art. 20 II 1 GG abgeleitet – eine Beschränkung, die offenbar nicht zu den nach Art. 79 III geschützten „Grundsätzen“ zählt.⁹⁵⁵

Auch die zweite Begründung für die Nationalstaatsbezogenheit der durch Art. 79 III geschützten Grundsätze, die behauptete objektive (also von der Regelungsabsicht des Art. 79 III bzw. des Art. 20 unabhängig bestehende) Notwendigkeit eines Nationalstaats

949 Vgl. U. Pensi, Bestand nationaler Staatlichkeit als Bestandteil der Änderungsgrenzen in Art. 79 III GG, S. 192 m.w.N. in Fn. 1.

950 Zu diesem Argument jetzt umfassend A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union.

951 So argumentieren etwa U. Pensi (Bestand nationaler Staatlichkeit als Bestandteil der Änderungsgrenzen in Art. 79 III GG) und U. Fink (Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, S. 140 f.).

952 BVerfGE 83, 37, 37 (Leitsatz); vgl. auch BVerfGE 83, 60, 71 (Ausländerwahlrecht zu den Bezirksversammlungen in Hamburg). Ebenso mit ausführlicher Begründung M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 155 ff. – allerdings nicht mit Bezug auf die Problematik der Beteiligung von Ausländern, sondern auf die Problematik pluralistischer, mit staatlichen und privaten Mitgliedern besetzter Entscheidungsträger.

953 BVerfGE 83, 37, 51.

954 BVerfGE 83, 37, 59.

955 Vgl. dazu auch U. Fink, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, S. 137.

mit einem Staatsvolk für die Verwirklichung der durch Art. 79 III geschützten Grundsätze, trifft bei näherer Betrachtung unter Einbeziehung der bisherigen Ergebnisse dieser Arbeit nicht zu: Die föderativen Grundsätze, vor allem die Gewährleistung eines „Hausgutes“ an Länderaufgaben, lassen sich auch z.B. in einem dreigliedrigen Europäischen Bundesstaat verwirklichen, in dem die Länder mit ihren Aufgaben im wesentlichen bestehen bleiben. Der Schutz von Menschenwürde, Grundrechten, Rechtsstaatlichkeit und sozialen Prinzipien läßt sich in einem Europäischen Bundesstaat mit Organen, die effektiv an entsprechende Normen gebunden sind, ebensogut gewährleisten wie in einem Nationalstaat. Und auch das in diesem Zusammenhang am stärksten problematisierte Schutzgut des Art. 79 III, das Demokratieprinzip, läßt sich auf europäischer Ebene verwirklichen; das haben die weiter oben angestellten Überlegungen gezeigt, in denen begründet wurde, daß das Demokratieprinzip auch außerhalb des Handlungszusammenhangs eines souveränen Staates verwirklicht werden kann.

Zur dritten Begründung ist festzustellen, daß die Annahme nicht zwingend ist, die in Art. 79 III geschützten Grundsätze bezögen sich nach der Regelungsabsicht des Art. 79 auf den Staat „Bundesrepublik Deutschland“. Denn das Grundgesetz enthielt schon in seiner ursprünglichen Fassung Formulierungen und Regelungen, die über den nationalstaatlichen Horizont hinausweisen: So spricht die Präambel schon immer von einem „vereinten Europa“, in dem die Bundesrepublik ein „Glied“ sein sollte, und Art. 24 I sah von Anfang an die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen vor. Die Einordnung in einen übernationalen Zusammenhang und die Ausübung von Hoheitsgewalt durch übernationale Einrichtungen sind dem Grundgesetz also nicht fremd.⁹⁵⁶ Es ist daher möglich und auch angemessen, Art. 79 III so auszulegen, daß die dort genannten Grundsätze für jede Form der Ausübung von Hoheitsgewalt gelten, also auch dann, wenn etwa Hoheitsrechte nach Art. 24 I (oder nun nach Art. 23) übertragen worden sind. Es entspricht der spezifischen Regelungsabsicht des Art. 79 III insgesamt sogar besser, wenn auch die auf eine zwischenstaatliche Einrichtung (oder die Gemeinschaften bzw. die Union) übertragenen Hoheitsrechte nur unter Beachtung der geschützten Grundsätze ausgeübt werden können; andernfalls müßten die übertragenen Hoheitsrechte von der Bindung an diese Grundsätze schlechthin freigestellt werden.⁹⁵⁷ Diese Sichtweise spiegelt sich auch im neuen Art. 23 I 1 wider: Die Struktursicherungsklausel nennt gerade die „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätze(n)“ *in bezug auf die Europäische Union*, also jenseits des nationalstaatlichen Zu-

956 Zur Entstehungsgeschichte vgl. M. Bermanseder, Die europäische Idee im Parlamentarischen Rat. Bermanseder beschäftigt sich mit den Vorstellungen des Parlamentarischen Rates über die zukünftige Entwicklung Europas und den hierzu vor allem durch die Übertragung von Hoheitsrechten zu leistenden Beitrag Deutschlands. Die Einigung Europas wurde im Parlamentarischen Rat als wichtiges Ziel angesehen, und zwar nicht nur in wirtschaftlicher, sondern auch in politischer Hinsicht. Konkrete Vorstellungen über den Endzustand dieser Einigung gab es kaum; vorrangig war das Bestreben, das Grundgesetz für mögliche künftige Entwicklungen offen zu halten.

957 Weil Art. 79 III direkt nur deutsche Staatsorgane verpflichten kann, besteht die Bindung an die Grundsätze in bezug auf die übertragenen Hoheitsrechte natürlich im wesentlichen darin, daß die Übertragung nicht erfolgen darf, wenn die Verwirklichung der Grundsätze aufgrund der Struktur der zwischenstaatlichen Einrichtung (bzw. der Gemeinschaften oder der Union) nicht gewährleistet ist.

sammenhangs.⁹⁵⁸ Zwar kann Art. 23 nicht ohne weiteres zur Auslegung des Art. 79 III herangezogen werden, weil er nachträglich eingefügt wurde und daher selbst den Bindungen des Art. 79 III unterliegt; aber die Tatsache, daß sich Art. 23 ohne großen Bruch in das Grundgesetz einfügt, bestätigt zumindest, daß diese Sichtweise dem Grundgesetz nicht fremd ist.

Nach dem Gesagten ist also die These, der Schutz des Art. 79 III beziehe sich nicht nur auf die dort genannten Grundsätze, sondern auch auf den konkreten Staat, in dessen Rahmen diese Grundsätze zu schützen seien, nicht haltbar.⁹⁵⁹ Insoweit würde Art. 79 III selbst der Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat nicht im Weg stehen, wenn die Verwirklichung der geschützten Grundsätze in diesem neuen Bundesstaat gewährleistet wäre. *Nach* der Einordnung in den neuen Bundesstaat könnte allerdings Art. 79 III GG – selbst wenn das Grundgesetz als gliedstaatliche Verfassung insoweit weitergelten sollte – wegen der Überordnung des Bundesrechts über das Recht der Einzelstaaten (einschließlich deren Verfassungsrecht) und wegen des unmittelbaren Durchgriffs der Bundesstaatsgewalt auf die Bürger die Verwirklichung der geschützten Grundsätze auf der neuen Bundesebene nicht mehr auf Dauer gewährleisten. Das kann nur durch eine dem Art. 79 III GG entsprechende Ewigkeitsklausel in der Verfassung des neuen Europäischen Bundesstaates erreicht werden. Daher ließe Art. 79 III GG die Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat nur unter der Voraussetzung zu, daß die Verfassung dieses neuen Bundesstaates eine dem Art. 79 III GG entsprechende Regelung enthält.⁹⁶⁰ Geschieht die Aufgabe der souveränen Staatlichkeit nicht durch einen singulären Akt, sondern sukzessiv durch die Übertragung weitreichender Hoheitsrechte, so muß darauf geachtet werden, daß auf europäischer Ebene eine dem Art. 79 III GG entsprechende Regelung existiert, sobald Hoheitsrechte in einem solchen Umfang übertragen werden, daß bezüglich der deutschen Unionsbürger eine Verletzung der in Art. 79 III GG genannten Grundsätze durch die Gemeinschaften bzw. die Union als möglich erscheint.

958 Daher können die „demokratischen Grundsätze“ in Art. 23 I 1 GG auch nicht in dem „eingeschränkten Sinne“ verstanden werden, daß damit „nicht die Bildung eines europäischen Volkes als Subjekt von Hoheitsgewalt der Union gemeint“ sei (so aber U. Penski, ebda. S. 195).

959 Im Ergebnis wie hier T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 1409 ff.; H. D. Jarass / B. Pieroth, Grundgesetz, Art. 23 Rn. 29; S. Hobe, Art. 23 Rn. 53; B. Schmidt-Bleibtreu / F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rn. 5a; M. Zuleeg, Art. 23 Rn. 51 ff. A.A. J. Isensee, Integrationsziel Europastaat?, S. 588 f. m.w.N.

960 So auch E. Wiederin, Verfassungsgebung im wiedervereinigten Deutschland, S. 445 f. Wiederin ist dabei pessimistisch hinsichtlich der Aussicht, daß die übrigen Mitgliedstaaten einer solchen Regelung zustimmen würden, weil Ewigkeitsklauseln dem Verfassungsrecht der meisten Mitgliedstaaten fremd sind.

3. Art. 146 GG

Die etwas schillernde Vorschrift des Art. 146 GG⁹⁶¹ bezieht sich nach ihrem Wortlaut auf einen Akt der Verfassungsgebung. Sie ist im hier untersuchten Zusammenhang deswegen interessant, weil sie möglicherweise eine Regelung auch für den Fall trifft, daß eine Übertragung von Hoheitsrechten stattfindet, die den *sonstigen* Vorschriften des Grundgesetzes widerspricht. Denn eine solche eigentlich verfassungswidrige Übertragung von Hoheitsrechten könnte als Akt der Verfassungsgebung anzusehen sein⁹⁶² und daher einen möglichen Anwendungsfall von Art. 146 darstellen.

Seine jetzt geltende Fassung hat Art. 146 im Zuge der deutschen Wiedervereinigung erhalten.⁹⁶³ Für seine Auslegung ist es unerlässlich, zunächst die ursprüngliche Fassung zu betrachten. Art. 146 a.F. hatte den Wortlaut: „Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“ Die neue Fassung unterscheidet sich davon zwar nur durch einen eingeschobenen Relativsatz, der klarstellt, daß das Grundgesetz „nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt“; nach dem Wortlaut scheint sich der Regelungsgehalt des Art. 146 also nicht geändert zu haben. Dennoch ist hier eine genauere und differenziertere Betrachtung nötig:

Art. 146 a.F. bezog sich nach ganz einhelliger Auffassung⁹⁶⁴ auf den Fall der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands. Das ergibt sich nicht nur aus der Entstehungsgeschichte,⁹⁶⁵ sondern auch aus dem Zusammenhang mit der Präambel des Grundgesetzes (alter Fassung), in der es heißt, das deutsche Volk habe das Grundgesetz beschlossen, „um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben“, und habe bei diesem Beschluß „auch für jene Deutschen gehandelt, denen mitzuwirken versagt war“, und das „gesamte Deutsche Volk bleib(e) aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden“. In dieser Sichtweise konnte eine freie Entscheidung des deutschen Volkes, wie sie Art. 146 a.F. voraussetzte, nur von *allen* Deutschen, also unter Mitwirkung der Deutschen in der DDR, getroffen werden – dies ist eben eine Verfassungsgebung aus Anlaß der Wiedervereinigung. Eine Verfassungsgebung etwa aus Gründen der Beseitigung des verfahrensmäßigen „Ge-

961 Mit der plötzlichen Aktuellwerdung des Art. 146 anläßlich der deutschen Wiedervereinigung ist die Literatur zu diesem früher eher vernachlässigten Grundgesetzartikel (eine Ausnahme ist etwa der Aufsatz von U. Scheuner aus dem Jahr 1953, Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt) innerhalb kurzer Zeit um zahlreiche Aufsätze und Abhandlungen vermehrt worden. Einen Überblick bieten K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes; H. Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz; J. Isensee, HStR § 166; ders., Braucht Deutschland eine neue Verfassung?; M. Heckel, HStR § 197 Rn. 86 ff.; H. Dreier, Art. 146.

962 Vgl. dazu unten II.

963 Durch das Einigungsvertragsgesetz i.V.m. Kap. II Art. 4 Einigungsvertrag v. 23.9./31.8.1990, BGBl. II 885, 890.

964 H. Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz, S. 54 ff. m.w.N.

965 So H. Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz, S. 55; zur Entstehungsgeschichte vgl. K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 40 ff.

burtsmakels“ des Grundgesetzes, ohne Bezug auf den Anlaß der Wiedervereinigung, sah Art. 146 a.F. nicht vor.⁹⁶⁶

Während nahezu Einigkeit über den Anwendungsfall des Art. 146 a.F. herrschte, war seine normative Bedeutung umstritten. Nach einer Auffassung⁹⁶⁷ hatte Art. 146 a.F. keinen eigenen normativen Gehalt, sondern stellte nur deklaratorisch fest, daß durch einen Akt der Verfassungsgebung das Grundgesetz eben seine Gültigkeit verliere. Nach anderer Auffassung⁹⁶⁸ stellte Art. 146 a.F. eine Legitimitätsbrücke zwischen dem Grundgesetz und einer nach Art. 146 a.F. beschlossenen Verfassung her: Wird im Zuge der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands eine neue Verfassung beschlossen, so soll nach dieser Auffassung dieser Akt aus der Sicht des Grundgesetzes als legitim gelten: Nach Art. 146 a.F. „verliert“ das Grundgesetz „seine Gültigkeit“, d.h. es gibt für diesen Fall selbst seinen Geltungsanspruch auf.

Aus der Sicht der Theorie der Verfassungsgebung ist der zweiten Auslegung des Art. 146 a.F. der Vorzug zu geben. Durch diese Vorschrift hat der Verfassungsgeber des Grundgesetzes zum Ausdruck gebracht, daß die errichtete Verfassungsordnung im Hinblick auf eine mögliche Wiedervereinigung vorläufig sein sollte. Für den Fall der Wiedervereinigung sollten die Staatsorgane nicht mehr an das Grundgesetz gebunden sein – nicht zuletzt um zu verhindern, daß das Grundgesetz zu einem Hindernis für die Wiedervereinigung wird. Diese Zurücknahme des Geltungsanspruchs des Grundgesetzes gilt nicht nur für die Zeit nach Beschluß einer neuen Verfassung, sondern, und dies ist die eigentlich wichtige normative Bedeutung des Art. 146 a.F., schon für die *Vorbereitung* dieses Aktes der Verfassungsgebung. Denn eine Beteiligung von Staatsorganen an einer Verfassungsgebung im Verfassungsstaat (um eine solche handelt es sich hier nach der in dieser Arbeit verwendeten Terminologie) ist, wie schon oben festgestellt wurde, aus der Sicht der Theorie der Verfassungsgebung zwar nicht schlechthin unzulässig, aber im Hinblick auf ihre Legitimität problematisch: Es stellt eine Gefährdung der Freiheits-sicherung dar, wenn Staatsorgane an der Aufhebung eines Normenkomplexes beteiligt sind, dessen freiheitssichernder Zweck gerade darin liegt, sie, die Staatsorgane, zu binden. Art. 146 a.F. räumte von vornherein solche Legitimitätszweifel für den dort geregelten Fall der Wiedervereinigung aus dem Weg: Die Vorbereitung der Wiedervereinigung sollte für die Staatsorgane (die nach der Präambel im übrigen zur Ermöglichung der Wiedervereinigung verpflichtet waren)⁹⁶⁹ legitim sein.

Angesichts dieser Verknüpfung des Art. 146 a.F. mit der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands ist der Regelungsinhalt der *Neufassung* dieser Vorschrift nicht ohne weiteres klar.⁹⁷⁰ Denn inzwischen ist die Wiedervereinigung erfolgt; darauf wird in Art. 146 n.F. sogar ausdrücklich hingewiesen. Sollte sich der Regelungsinhalt durch die

966 So auch etwa J. Isensee, HStR § 166 Rn. 32 ff.

967 Vgl. K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 72 ff. m.w.N.

968 Dazu H. Dreier, Art. 146 Rn. 36.

969 BVerfGE 36, 1 – Wiedervereinigung.

970 Zu den verschiedenen Ansichten, die dazu vertreten werden, vgl. im einzelnen H. Dreier, Art. 146 Rn. 29 ff.; J. Isensee, HStR § 166 Rn. 53 ff.; M. Heckel, HStR § 197 Rn. 86 ff. Zur Auslegung der Neufassung vgl. auch H. Hofmann, Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 158 ff.; K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 87 ff.

Neufassung nicht geändert haben – und dafür spricht eben die weitgehende Identität des Wortlauts – dann bleibt für Art. 146 n.F. kein Anwendungsraum mehr; der einzige Fall, in dem Art. 146 Anwendung finden konnte, ist schon eingetreten und wird in der Zukunft nicht mehr eintreten. Man kann hier zwar das Argument einwerfen, die durch Art. 146 gegebene Möglichkeit zur Verfassunggebung sei noch nicht „verbraucht“, weil die Einheit Deutschlands im Wege des Beitritts der DDR nach Art. 23 a.F. wiederhergestellt wurde, ohne daß eine Verfassunggebung nach Art. 146 a.F. stattgefunden hat.⁹⁷¹ Eine nachträgliche Anwendung⁹⁷² des Art. 146 (n.F.) aus Anlaß der erfolgten Wiedervereinigung wäre dann aber, wenn überhaupt, nur in einem engen sachlichen und auch zeitlichen Zusammenhang mit dieser Wiedervereinigung möglich – andernfalls ginge der Bedingungszusammenhang zwischen der Verfassunggebung nach Art. 146 und der Wiedervereinigung verloren. Dieser Zusammenhang ist zumindest in zeitlicher Hinsicht inzwischen wohl nicht mehr gegeben.⁹⁷³ Um zu diesem Ergebnis zu kommen, bedarf es nicht der Annahme, Art. 23 a.F. und Art. 146 a.F. hätten sich gegenseitig ausgeschlossen, so daß die Wiedervereinigung nur entweder nach Art. 23 oder nach Art. 146 hätte erfolgen können; in einem solchen Ausschließlichkeitsverhältnis standen die beiden Vorschriften in der Tat wohl nicht.⁹⁷⁴

Soll also Art. 146 n.F. mangels Anwendungsfall nicht leerlaufen, so müßte er einen anderen Regelungsinhalt als die ursprüngliche Fassung haben. Nach seinem Wortlaut kann Art. 146 n.F. auch so ausgelegt werden, daß die Möglichkeit zur Verfassunggebung im Verfassungsstaat nun auch *unabhängig vom Fall der Wiedervereinigung* bestehen soll.⁹⁷⁵ Ist das nicht bloß deklaratorisch gemeint, dann bedeutet diese Ausle-

971 Diese Ansicht vertritt offenbar C. Enders, *Offene Staatlichkeit unter Souveränitätsvorbehalt*, S. 44 ff., und hält Art. 146 GG (dessen Regelungsgehalt nach seiner Ansicht wegen Art. 79 III GG durch die Neufassung nicht wesentlich geändert werden konnte) für ein geeignetes rechtliches Instrument, um die nach seiner Ansicht die europäische Integration hindernden Fesseln des Art. 79 III im Rahmen einer Verfassunggebung abzustreifen. Dabei bleibt Enders aber eine überzeugende Erklärung für den Zusammenhang einer solchen Verfassunggebung mit der Wiedervereinigung Deutschlands schuldig; denn nur für *diesen* Fall läßt Art. 146 a.F. (auf den sich Enders letztlich beruft) eine Verfassunggebung zu. – Auch H. Moelle vertritt die Ansicht, daß die Möglichkeit der legalen Verfassunggebung nach Art. 146 (n.F.) nach der Wiedervereinigung zeitlich unbefristet fortbestehe: H. Moelle, *Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz*, S. 196 f.; ebenso H. Dreier, Art. 146 Rn. 29 ff. Aber: Eine *unbegrenzte* Weitergeltung des Ablösungsvorbehalts des Art. 146 würde den konditionalen Zusammenhang mit der Wiedervereinigung, der ja unzweifelhaft bestand, letztlich lösen: Hundert Jahre nach der Wiedervereinigung ließe sich eine Verfassunggebung nach Art. 146 wohl kaum mit dem Hinweis auf das längst vergangene Ereignis rechtfertigen.

972 Das ist die sog. „Draufsatteltheorie“; dazu J. Isensee, *HStR* § 166 Rn. 28.

973 Dazu H. Hofmann, *Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 160 (m.w.N.); a.A. H. Dreier, Art. 146 Rn. 35.

974 So aber J. Isensee, *HStR* § 166 Rn. 26.; dazu wie hier ablehnend H. Dreier, Art. 146 Rn. 30.

975 Für diese Auslegung H. Moelle, *Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz*, S. 196 f. Moelle argumentiert mit dem Wortlaut des Art. 146 n.F., der keinen Hinweis auf eine zeitliche Beschränkung enthalte, sowie mit dem Hinweis darauf, daß Art. 146 a.F. (und auch n.F.) die Möglichkeit offenhalten wolle, den vorläufigen Charakter bzw. den Legitimationsmangel des Grundgesetzes zu beseitigen. Weiterhin sei die zeitliche Grenze des Art. 5 des Einigungsvertrages (der eine Frist von zwei Jahren für die Befassung mit den Fragen des Art. 146 vorsah) verfassungsrechtlich unerheblich; außerdem sei der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht befugt, dem ursprünglich unbefristeten Art. 146 a.F. nun eine Befristung beizufügen – dazu sei nur der *pouvoir constituant* befugt.

gung, daß das Grundgesetz seinen eigenen Geltungsanspruch gegenüber den Staatsorganen immer dann zurücknimmt, wenn eine Verfassungsgebung im Verfassungsstaat stattfindet. Jeder Akt der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat – und damit auch dessen Vorbereitung durch die Staatsorgane – erscheint dann aus der Sicht des Grundgesetzes als legitim; dabei trifft Art. 146 n.F. keinerlei Festlegungen bezüglich des Inhalts oder des Verfahrens einer solchen Verfassungsgebung. Das Grundgesetz könnte jederzeit in einem beliebigen (demokratischen) Verfahren durch eine andere Verfassung ersetzt werden; die Staatsorgane dürften ein solches Verfahren legitimerweise vorbereiten und durchführen. Dabei wären keine erhöhten Anforderungen etwa bezüglich des Prinzips der kollektiven Autonomie zu beachten, also keine besonderen Mehrheiten, Quoren o.ä.; eine „freie Entscheidung“ würde genügen, also z.B. ein demokratischer Beschluß mit einfacher Mehrheit.⁹⁷⁶

Hätte Art. 146 n.F. einen solchen Regelungsinhalt, so wäre dadurch das im Grundgesetz eingerichtete System der Freiheitssicherung erheblich geschwächt. Der absolute

Zu der Argumentation Moelles ist folgendes zu sagen: Der Anlaß für eine Anwendung des Art. 146 a.F. sollte nach ganz überwiegender Meinung die Wiedervereinigung sein. Art. 146 a.F. hatte vor allem den Zweck, den Weg zur Wiedervereinigung verfassungsrechtlich offenzuhalten: das Grundgesetz sollte kein Hindernis auf diesem Weg sein; Art. 146 a.F. hob den vorläufigen Charakter des Grundgesetzes hervor, um die Wiedervereinigung zu ermöglichen. Zwar wurden auch die Souveränitätsbeschränkungen und die „Verfahrensmängel“ bei der Schaffung des Grundgesetzes als legitimatorischer Mangel empfunden (wobei die „Verfahrensmängel“ von deutscher Seite beabsichtigt waren, um den *im Hinblick auf die Wiedervereinigung* vorläufigen Charakter des Grundgesetzes hervorzuheben). Das ändert aber nichts daran, daß Art. 146 a.F. allein an die Wiedervereinigung anknüpfte; eine Anwendung des Art. 146 a.F. etwa schon aus Anlaß einer Erlangung der vollen Souveränität der Bundesrepublik vor der Wiedervereinigung wäre nicht möglich gewesen, wie Moelle selbst feststellt (ebda. S. 54 f.). Der Zweck des Art. 146 a.F., die Wiedervereinigung zu ermöglichen, ist nun erreicht, ohne daß Art. 146 a.F. angewendet wurde. Damit ist der als die Bindung der gesamten Verfassung lockernde Ausnahmenvorschrift sehr eng auszulegende Art. 146 a.F. gegenstandslos geworden. Der verfassungsändernde Gesetzgeber konnte, wie Moelle zu Recht feststellt, nicht über seine Handlungsmöglichkeiten hinausgehen und nicht als *pouvoir constituant* tätig werden. Das bedeutet aber, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber die Anwendbarkeit des Art. 146 a.F. nicht *erweitern* konnte. Die Verknüpfung mit der Wiedervereinigung als Anlaß der Verfassungsgebung bleibt bestehen, auch wenn der Wortlaut der Neufassung keinen Hinweis darauf enthält. Und daß Art. 5 EV keinen Verfassungsrang hat, ist zwar richtig; aber diese Regelung gibt immerhin einen Hinweis darauf, in welchem zeitlichen Rahmen vernünftigerweise von einem Zusammenhang mit der Wiedervereinigung ausgegangen werden konnte. – Moelle versucht, die Konsequenzen seiner Ansicht, nämlich die jederzeit ohne besonderen Anlaß bestehende legale Möglichkeit einer Verfassungsgebung ohne Bindung an die Grenzen des Art. 79 III GG, dadurch abzumildern, daß er eine Bindung des Verfassungsgebers an völkerrechtliche Vorgaben postuliert; aus dieser Bindung folge eine Bindung des Verfassungsgebers an inhaltliche Vorgaben, die „bis auf das Fehlen einer Pflicht zur Fortschreibung des föderalistischen Prinzips den in Art. 79 Abs. 3 GG festgehaltenen Grundsätzen“ entsprechen (ebda. S. 69). Diese Argumentation ist unhaltbar: Abgesehen davon, daß Moelle eine Begründung für die behaupteten Auswirkungen der völkerrechtlichen Vertragsbindungen auf die Verfassungsgebung schuldig bleibt (immerhin handelt es sich beim Völkerrecht und der durch Verfassungsgebung erzeugten Verfassungslegitimität um zwei verschiedene normative Kategorien), genügt der kurze Hinweis auf Art. 7 II des Deutschlandvertrages sowie auf das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Verfassungshomogenität und die Menschenrechtspakte (S. 68 f.) nicht, um daraus exakt die in Art. 79 III GG festgelegten Änderungsgrenzen (bis auf das föderale Prinzip) zu folgern.

976 Ein *Bundestagsbeschluß* allein würde allerdings wohl nicht genügen, denn der Bundestag wird nicht mit dem Auftrag der Verfassungsgebung gewählt, so daß die Rückkopplung an den Willen der Bürger und Wähler nicht ausreichend gewährleistet wäre.

Geltungsanspruch gegenüber allen Staatsorganen (einschließlich der Gesetzgebung) wäre dahingehend zurückgenommen, daß den Staatsorganen jederzeit und ohne bestimmten Anlaß das legale Mittel der Vorbereitung und Durchführung einer Verfassungsgebung zur Verfügung steht, wenn sie die durch das Grundgesetz errichteten Schranken überschreiten wollen. Die Bindung aller Staatsorgane an das Grundgesetz wäre damit gelockert.

Durch eine solche mit der Neufassung des Art. 146 bewirkte Lockerung wäre das im Grundgesetz normierte System der Freiheitssicherung grundlegend geändert und abgeschwächt; damit wäre die Schwelle des änderungsfesten Verfassungskerns überschritten.⁹⁷⁷ Dies wäre nur durch einen Akt der Verfassungsgebung möglich, nicht im Wege einer Verfassungsänderung nach Art. 79. Der verfassungsändernde Gesetzgeber, der Art. 146 neugefaßt hat, konnte daher eine solche Lockerung (in Gestalt der Ablösung von der Bedingung der Wiedervereinigung) nicht vornehmen – sie lag außerhalb seiner Kompetenz. Das gilt auch dann, wenn man Art. 146 n.F. als Normgrundlage für eine zwar inhaltlich an Art. 79 III, aber verfahrensmäßig nicht an Art. 79 II gebundene „Totalrevision“ versteht;⁹⁷⁸ denn auch über das Verfassungsänderungsverfahren kann der verfassungsändernde Gesetzgeber nach der Theorie der Verfassungsgebung, wie schon festgestellt, nicht selbst verfügen.⁹⁷⁹

Damit scheidet die Auslegung des Art. 146 n.F. als anlaßunabhängige Legitimierung jeder Verfassungsgebung im Verfassungsstaat aus. Es bleibt nur die oben erörterte – und aus der zeitlichen Perspektive des verfassungsändernden Gesetzgebers damals sinnvolle – Auslegung, daß die Möglichkeit eines Aktes der Verfassungsgebung *im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Wiedervereinigung* weiterhin offengehalten werden sollte.⁹⁸⁰ Nachdem dieser Zusammenhang nun nicht mehr besteht, kann Art. 146 n.F. allenfalls noch deklaratorische Bedeutung haben: Er gibt also die – selbstverständliche – Aussage wieder, daß nach einer erfolgreichen Verfassungsgebung im Verfassungsstaat

977 Ob auch die Grenzen des Art. 79 III GG überschritten sind, kann hier offenbleiben. Jedenfalls trifft es nicht zu, daß Art. 146 GG n.F. gerade deswegen als Ermöglichung anlaßunabhängiger Verfassungsgebung auszulegen ist, weil dadurch nur der „bereits in Art. 79 III angelegte“ Rückgriff auf den *pouvoir constituant* ausgestaltet werde (so aber P. M. Huber, Art. 146 Rn. 12 f.). Art. 79 III unterscheidet richtigerweise zwischen verfassungsänderndem Gesetzgeber und Verfassungsgeber; das bedeutet aber keine „Anerkennung“ des Verfassungsgebers im Sinne seiner Legitimation.

978 So M. Heckel, HStR § 197 Rn. 114 ff.; ähnlich H. D. Jarass / B. Pieroth, Grundgesetz, Art. 146 Rn. 3 ff. Etwas abgeschwächt S. Speckmaier, Art. 146 Rn. 22 ff.: Volksabstimmung über einen im Verfahren nach Art. 79 II GG erarbeiteten Entwurf (*ohne* vorherige Änderung des Art. 79 II, durch die ein Verfahren der Volksabstimmung eingeführt würde).

979 Daher kommt auch die Auslegung von S. Speckmaier (s. vorherige Fn.) nicht in Betracht. Das Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 II GG sieht keine Volksabstimmung vor, und Art. 146 n.F. kann daran nichts ändern. Im übrigen ist keineswegs klar, daß der „Beschluß des deutschen Volkes“ nach Art. 146 in Form eines Plebiszits ergehen müßte (Speckmaier setzt das offenbar voraus); auch ein repräsentatives Verfahren wäre im Rahmen des Art. 146 a.F. denkbar gewesen.

980 Zur Entstehungsgeschichte vgl. B. Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, S. 97 ff.

das Grundgesetz nicht mehr gilt, hat aber für eine solche Verfassungsgebung keinerlei legitimierende Wirkung.⁹⁸¹

Art. 146 n.F. hat daher auch für die Übertragung von Hoheitsrechten keine eigenständige Bedeutung.⁹⁸² Auf diese Vorschrift kann auch nicht etwa der Beitritt zu einem Europäischen Bundesstaat gestützt werden.⁹⁸³

4. Der änderungsfeste Verfassungskern des Grundgesetzes

Die oben im Zusammenhang mit der Verfassungsänderung entwickelten Überlegungen waren – dort noch ohne Bezug zum Grundgesetz – zu dem Ergebnis gekommen, daß eine Verfassung nach der Theorie der Verfassungsgebung einen Kern enthalten muß, der einem etwaigen in der Verfassung selbst normierten Verfassungsänderungsverfahren entzogen ist.

Auch das Grundgesetz, das seine Legitimität auf den Gedanken der Verfassungsgebung stützt, muß demnach einen änderungsfesten Verfassungskern haben. Zum Teil ist dieser theoretisch begründete Verfassungskern ausdrücklich im oben erörterten Art. 79 III GG normiert. Der Verfassungskern stimmt jedoch nicht notwendig mit der Regelung in Art. 79 III überein; der Schutz des Art. 79 III kann zum Teil über den Verfassungskern hinausgehen, muß ihn aber auch nicht erschöpfen. Im folgenden soll sich die Betrachtung des änderungsfesten Verfassungskerns auf solche Änderungsschranken konzentrieren, die für den hier untersuchten Fall der Übertragung von Hoheitsrechten eine Bedeutung haben.

Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des änderungsfesten Verfassungskerns ist vor allem das Legitimitätsprinzip der Freiheitssicherung; daraus ergeben sich z.B. Grenzen

981 So auch i.E. A. v. Campenhausen, Art. 146 Rn. 16 ff. Vgl. zu dieser Ansicht auch H. Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz, S. 21 f. m.w.N. (Moelle ist allerdings anderer Ansicht: ebda. S. 196 f.). In bezug auf eine Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat durch einen verfassungsgebenden Akt wird die Ansicht von der lediglich deklaratorischen Bedeutung des Art. 146 n.F. auch von M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 417 f. vertreten.

982 A.A. B. Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, S. 251 ff. Stückrath zieht, wie viele andere Autoren, die Möglichkeit nicht einmal in Erwägung, daß Verfassungsgebung im Rahmen der europäischen Integration tatsächlich außerhalb und im Widerspruch zur bestehenden Verfassung erfolgen (und dennoch legitim sein) könnte. Stückrath sieht vielmehr Art. 146 n.F. als „conditio sine qua non für den künftigen europäischen Bundesstaat“; mit Hilfe von Art. 146 sollen die Fesseln des Art. 79 III bei der Bildung eines europäischen Bundesstaates abgeworfen werden; das habe vor allem Bedeutung für den durch Art. 79 III geschützten Föderalismus, der „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ nicht in die „zu schaffende Verfassung Europas“ übernommen werde.

983 So aber etwa D. Murswiek, Maastricht und der pouvoir constituant, S. 188 f.; P. M. Huber, Art. 146 Rn. 19; J. Wolf, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht, S. 600 f. Wolf erblickt in Art. 146 GG sogar ein *Grundrecht* auf Beteiligung an einer Volksabstimmung über den Vertrag von Maastricht. Wie hier dagegen i.E. J. Isensee, HStR § 166 Rn. 68. Isensee stellt allerdings auf die Normierung der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes in der Formulierung „gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“ aus der ursprünglichen Präambel des Grundgesetzes ab; damit sei nicht „Gliedstaat Europas“ gemeint. Ebenfalls gegen eine Aktivierung des Art. 146 GG für den Beitritt zu einem Europäischen Bundesstaat P. Lerche, Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes, S. 144 ff.; A. v. Campenhausen, Art. 146 Rn. 22 f.

hinsichtlich der Aufhebung des Grundrechtsschutzes oder der Gewaltenteilung und hinsichtlich grundlegender Änderungen am System freiheitssichernder Regelungen; auch die Revisionsnormen sind als änderungsfest zu betrachten.

Die letztgenannte Grenze, die Änderungsfestigkeit der Revisionsnormen, hat für Kompetenzübertragungen insofern eine Bedeutung, als die Verfassungsvorschriften, die Kompetenzübertragungen ermöglichen, als Revisionsnormen angesehen werden müssen. Denn die Übertragung von Hoheitsrechten stellt, wie schon festgestellt, eine materielle Verfassungsänderung dar. Die ursprüngliche Übertragungsnorm des Grundgesetzes, Art. 24 I, ist also änderungsfest. Genauer gesagt dürfen die durch Art. 24 I eröffneten Übertragungsmöglichkeiten zwar eingeschränkt, aber nicht erweitert werden; eine Einschränkung ist deswegen unproblematisch, weil dadurch der Umfang zulässiger materieller Verfassungsänderungen verringert, die Verfassung also eher stabilisiert und damit die Freiheit besser gesichert wird.⁹⁸⁴ Daher war die Einfügung des Art. 23 n.F. in das Grundgesetz zulässig: Zwar betrifft diese Vorschrift Kompetenzübertragungen und stellt insoweit inhaltlich eine Änderung des vorher allein einschlägigen Art. 24 I dar; aber diese Änderung geschah in Form einer *Einschränkung* der Übertragungsmöglichkeiten – die zusätzlichen formellen und materiellen Voraussetzungen einer Kompetenzübertragung auf die Union waren in Art. 24 I nicht vorgesehen. Unzulässig wäre dagegen eine *Erweiterung* der Kompetenzübertragungsmöglichkeiten gegenüber der – allerdings schon sehr weiten – ursprünglichen Regelung in Art. 24 I.

Während die völlige Aufhebung des Grundrechtsschutzes oder der Gewaltenteilung im Rahmen von Kompetenzübertragungen auf die Gemeinschaften bzw. die Union kaum zu erwarten sind (und im übrigen auch leicht feststellbar wären), stellt der *Schutz des Gesamtsystems der Freiheitssicherung* hier wohl die praktisch bedeutsamste Änderungsgrenze dar.⁹⁸⁵ Diese Grenze läßt sich allerdings kaum umfassend und gleichzeitig

984 Natürlich kann die Einschränkung durch Verfassungsänderung wieder rückgängig gemacht werden, ist also selbst nicht änderungsfest.

985 Das Bundesverfassungsgericht hatte in den beiden Solange-Entscheidungen hinsichtlich des einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 I GG (Art. 23 n.F. existierte zu dieser Zeit noch nicht) geschützten Bereichs des Grundgesetzes nicht auf Art. 79 III verwiesen, sondern eine solche Übertragung von Hoheitsrechten für unzulässig erklärt, „die die Identität der geltenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in die sie konstituierenden Strukturen aufheben würde“ (BVerfGE 37, 271, 279 – Solange I; die Formulierung wird in BVerfGE 73, 339, 375 f. – Solange II wiederholt; das Bundesverfassungsgericht sprach hier zusätzlich vom „Grundgefüge“ der Verfassungsordnung). Weiter heißt es in der Solange I – Entscheidung (BVerfGE 37, 271, 280): „Ein unaufgebbares, zur Verfassungsstruktur des Grundgesetzes gehörendes Essentiale der geltenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ist der Grundrechtsteil des Grundgesetzes.“ Dabei soll aber nicht jede Änderung des Grundrechtsteils, sondern nur dessen „Relativierung“ ausgeschlossen sein. Vgl. dazu auch P. Kirchhof, HStR § 183 Rn. 59. Auch wenn diese Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts oft lediglich als Umschreibung der Grenzen des Art. 79 III verstanden wurden (maßgeblich von H. Mosler, HStR § 175 Rn. 65 ff.), ist in ihnen doch die Idee eines änderungsfesten Verfassungskerns erkennbar, der unabhängig von Art. 79 III besteht, in erster Linie an die Verfassungsfunktion der Freiheitssicherung anknüpft und sich aus dem Gesamtsystem der Verfassung ergibt. Ähnlich argumentiert auch A. Randelzhofer mit dem „materiellen Verfassungsbegriff“ als absolute Grenze für Übertragungen von Hoheitsrechten nach Art. 24 I (Art. 24 I, Rn. 95 ff.). – Auch H. Dreier nimmt offenbar an, daß Art. 79 III GG selbst kein unüberwindliches Hindernis für eine Fortentwicklung der Europäischen Union zu einem Bundesstaat wäre; der Schutz der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland liege außerhalb des Regelungsbereichs des Art. 79 III. Viel-

konkret beschreiben. Das System der Freiheitssicherung wird im Grundgesetz – wie in jeder Verfassung – durch die dort vorgesehenen Staatsorgane und die freiheitssichernden Verfassungsnormen gebildet, die für sie gelten; dazu zählen etwa Zuständigkeits- und Verfahrensnormen, aber auch z.B. die Grundrechte. Nicht *jede* Änderung dieser Normen stellt eine Überschreitung der Änderungsschranke dar; es geht vielmehr um das gesamte System, das durch diese Organe und die sie regelnden ineinandergreifenden Normen gebildet wird und vor grundlegenden Änderungen geschützt sein soll.⁹⁸⁶ Ein wesentlicher Bestandteil dieses Systems ist etwa die Machtbalance zwischen verschiedenen Organen; demnach wäre z.B. eine Änderung der Organstruktur, durch die diese Balance deutlich verschoben wird, ebenso unzulässig wie die Abschaffung eines Verfassungsorgans, z.B. des Bundesrates, oder ein weitgehender Entzug seiner Kompetenzen.

Die soeben exemplarisch genannten Grenzen können auch durch Kompetenzübertragungen überschritten werden. So kann ein Organ wesentliche Kompetenzen dadurch verlieren, daß seine Kompetenzen, die es bisher im innerstaatlichen Bereich wahrgenommen hat, nun auf die Union übertragen werden. Das kann in extremen Fällen zur Störung der Balance zwischen den Organen oder zum Bedeutungsverlust und damit zur faktischen Abschaffung eines Organs führen. Auch der effektive Grundrechtsschutz kann verlorengehen, wenn zu umfangreiche Kompetenzen auf eine Union übertragen werden, die selbst keinen ausreichenden Grundrechtsschutz gewährt.⁹⁸⁷ Wo genau die Grenzen liegen, müßte allerdings anhand der jeweils übertragenen Kompetenzen im einzelnen erörtert werden; das würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Abstrakt läßt sich nur sagen, daß die einzelnen Organe, die im Grundgesetz mit Kompetenzen ausgestattet werden, genug von diesen Kompetenzen behalten müssen, um ihre Funktion effektiv im Rahmen des Grundgesetzes und in der vom Grundgesetz vorgesehenen Balance mit anderen Organen wahrnehmen zu können.⁹⁸⁸

mehr sieht Dreier – ähnlich zur hier vertretenen Ansicht – das Problem im „Identitätswechsel der Bundesrepublik Deutschland“, in der „Wesensveränderung der Staatlichkeit“, im „Gegenstandsverlust der staatlichen Bestimmungen“; ein Vorgang mit solchen Konsequenzen bedürfe einer Verfassungsgebung und sei nicht mehr im Rahmen einer Verfassungsänderung möglich: H. Dreier, Art. 79 III Rn. 46; ders., Art. 146 Rn. 16.

986 In bezug auf das Grundgesetz könnte man hier an die vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Parteienverbot entwickelte freiheitlich-demokratische Grundordnung denken (vgl. BVerfGE 2, 1, 12 f. – SRP; 5, 85, 140 – KPD). Wegen der unterschiedlichen Zielrichtung (Verhinderung des Mißbrauchs von Parteiprivilegien einerseits, Freiheitssicherung andererseits) läßt sich der Begriff jedoch im hier untersuchten Zusammenhang nicht ohne weiteres übernehmen.

987 Vgl. die entsprechende Regelung in Art. 23 I 1 GG.

988 M. Kaufmann sieht dagegen – unter dem Blickwinkel der Verwirklichung des Demokratieprinzips – im Rahmen des bestehenden Verfassungsrechts und des Art. 79 III GG offenbar erheblich weitergehende Möglichkeiten für die Übertragung von Kompetenzen auf die Union bzw. die Gemeinschaften (Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 420 ff.). Für ihn liegt die Grenze für Kompetenzübertragungen erst bei Sachbereichen mit „funktionaler Zuordnung zum Demokratieprinzip“; dazu zählt er neben den Staatsorganisationsnormen und dem Wahl- und Parteienrecht sowie den demokratiebezogenen Grundrechten auch das Bildungswesen und etwa Bestimmungen über die Gerichtssprache (ebda. S. 424). Diese Beschränkung des übertragungsfesten Kompetenzbereichs auf Normen mit direktem Bezug zu demokratischer Willensbildung resultiert aus einem sehr formalen Verständnis des (für Kaufmann allein durch Art. 79 III GG bestimmten) änderungsfesten Verfas-

Die Grenze des änderungsfesten Verfassungskerns ist jedenfalls dann überschritten, wenn die Kompetenz-Kompetenz oder *Kompetenzhoheit* auf die Gemeinschaften bzw. die Union übergehen sollte. Denn in diesem Fall würde es den Gemeinschaften bzw. der Union freistehen, beliebige bisher von Organen der Mitgliedstaaten wahrgenommene Kompetenzen an sich zu ziehen und nach eigenem Ermessen auszuüben; die verfassungsmäßige Regulierung der Ausübung von Hoheitsgewalt durch das Grundgesetz (und die Verfassungen der anderen Mitgliedstaaten) ginge verloren – das Grundgesetz könnte seine freiheitssichernde Funktion nicht mehr wahrnehmen. Die Übertragung der Kompetenzhoheit wäre daher jedenfalls als Akt der Verfassungsgebung zu qualifizieren und könnte nur als solcher legitimiert werden.

II. Zur Legitimität verfassungswidriger Kompetenzübertragungen als sukzessive Verfassungsgebung

Im vorherigen Abschnitt wurden die Grenzen zulässiger Kompetenzübertragungen nach dem Grundgesetz aufgezeigt; entsprechende Grenzen können sich für die übrigen Mitgliedstaaten aus ihren jeweiligen Verfassungsordnungen ergeben. Verstößt eine Kompetenzübertragung gegen solche verfassungsrechtlichen Grenzen, so ist sie nicht nur verfassungswidrig, sondern selbstverständlich grundsätzlich auch illegitim. Dennoch: Auch eine Verfassungsgebung „im großen Stil“ verstößt schon begrifflich gegen die bestehende Verfassungsordnung, kann sich aber unter besonderen Voraussetzungen als legitim erweisen. Kriterien für diese Legitimität eines verfassungswidrigen Aktes liefert das Prinzipienmodell. Es liegt daher der Gedanke nahe, verfassungswidrige Kompetenzübertragungen als „kleine Akte der Verfassungsgebung“ zu betrachten und deren Legitimität mit Hilfe des Prinzipienmodells zu untersuchen. Dadurch kann die Theorie der Verfassungsgebung über den Fall der Schaffung einer völlig neuen Verfassung z.B. im Rahmen des Zusammenschlusses zu einem Europäischen Bundesstaat hinaus auch für eine fortschreitende Integration in Gestalt einer „sukzessiven Verfassungsgebung“ fruchtbar gemacht werden. Im folgenden sollen dazu einige Überlegungen angestellt werden.

Erfolgt eine Kompetenzübertragung unter Verstoß gegen die geltende Verfassung, so bedeutet dies einen Umbau der Verfassungsordnung, der sich außerhalb der durch die jeweilige mitgliedstaatliche Verfassung selbst vermittelten Legitimität vollzieht. Aus verfassungstheoretischer Sicht ist dies tatsächlich ein Akt der Verfassungsgebung – auch wenn der Umbau nur geringfügig zu sein scheint. Bei der sukzessiven Übertragung von Kompetenzen unter Verstoß gegen eine mitgliedstaatliche Verfassung handelt es sich dann eben um eine Verfassungsgebung in kleinen Schritten – wobei jeder Schritt für sich schon einen Akt der Verfassungsgebung darstellt.⁹⁸⁹

sungskerns und vernachlässigt den Umstand, daß durch allzu umfangreiche Kompetenzübertragungen in verschiedenen materiellen Sachbereichen die Zuständigkeit, Bedeutung und Funktionen der bestehenden Staatsorgane, die nach der Verfassung eigentlich für diese Sachbereiche zuständig wären, ausgehöhlt werden und damit die in der Verfassung vorgesehene Organ- und Verfahrensstruktur immer mehr umgangen wird, so daß letztlich auch durch die bloße Übertragung materieller Sachbereiche der änderungsfeste Verfassungskern verletzt werden kann.

989 Die österreichische Verfassungslehre beschäftigte sich schon länger mit einem ähnlichen Problem – allerdings bezogen auf die schrittweise Verlagerung von Kompetenzen von den Bundesländern auf

Die Charakterisierung einer solchen verfassungswidrigen Kompetenzübertragung als Verfassunggebung verhilft zu den Kriterien, anhand derer die Legitimität dieses Vorgangs beurteilt werden kann. Es handelt sich nämlich um einen Fall der Verfassunggebung im Verfassungsstaat, mit der Besonderheit, daß die maßgeblichen Legitimitätskriterien gleichzeitig auf zwei verschiedene Ebenen bezogen werden müssen: die mitgliedstaatliche und die Europäische Verfassung.

Im einzelnen: Die verfassungswidrige Kompetenzübertragung verletzt das bisherige Freiheitssicherungssystem und bedeutet daher, wie jede Verfassunggebung im Verfassungsstaat, eine Gefährdung der Freiheitssicherung. Diese Gefährdung eines der drei Legitimitätsprinzipien kann nur dann hingenommen werden, wenn sie durch eine entsprechend bessere Verwirklichung der Legitimitätsprinzipien in der neuen Verfassungsordnung ausgeglichen wird. An diesem Ausgleich können wiederum alle drei Legitimitätsprinzipien beteiligt sein:

1. Freiheitssicherung

Bis zu einem gewissen Grade ist ein Ausgleich dadurch möglich, daß die Freiheitssicherung in der neuen Verfassungsordnung, in der die verfassungsrechtliche Normierung der übertragenen Kompetenzen auf der europäischen Ebene erfolgt, besser verwirklicht wird als vorher. Es ist allerdings kaum zu erwarten, daß der Kompetenzübergang *allein* durch diesen Aspekt der besseren Freiheitssicherung legitimiert werden kann. Denn zum einen wird die Freiheitssicherung gegenwärtig auf der europäischen Ebene jedenfalls kaum besser verwirklicht als in den Verfassungen der Mitgliedstaaten, so daß eine weitgehende Umgestaltung des Primärrechts erforderlich wäre, um die mitgliedstaatlichen Verfassungen hinsichtlich der Freiheitssicherung zu übertreffen – falls dies überhaupt in nennenswertem Umfang möglich ist; und zum anderen wäre die bessere Verwirklichung der Freiheitssicherung auf der europäischen Ebene, selbst wenn sie gelingen sollte, nicht ohne weiteres ein ausreichendes Argument, um den Kompetenzübergang zu legitimieren: Immerhin wird durch den verfassungswidrigen Kompetenzübergang die betroffene mitgliedstaatliche Verfassung, die ja im übrigen grundsätzlich weitegelt, als Ganzes in Frage gestellt und damit die Freiheitssicherung, soweit sie durch *diese* Verfassung auch zukünftig zu gewährleisten ist, zusätzlich gefährdet.⁹⁹⁰

den Bund („schleichende Gesamtänderung“); vgl. dazu P. Pernthaler, Der Verfassungskern, S. 70 ff. Richtigerweise betont Pernthaler, daß die Gesamtänderung nicht aus einer bloßen Häufung von für sich genommen jeweils zulässigen Kompetenzverschiebungen besteht, sondern nur in den einzelnen Kompetenzverschiebungen selbst gefunden werden kann, von denen eben eine, mehrere oder alle als (einfache) Verfassungsänderungen unzulässig sind (ebda. S. 73 f.).

990 Auf die besondere Gefährdung der Freiheitssicherung bei der Verfassunggebung im Verfassungsstaat wurde schon früher hingewiesen; dort wurde die Verfassunggebung im Verfassungsstaat in allgemeiner Form als Beseitigung einer Verfassung und ihre Ersetzung durch eine andere behandelt. In dem jetzt erörterten Zusammenhang handelt es sich um einen speziellen Fall der Verfassunggebung im Verfassungsstaat: Die bisherige Verfassung wird nicht komplett beseitigt, sondern nur hinsichtlich der zu übertragenden Kompetenzen; im übrigen gilt sie (im großen und ganzen) weiter. Hier ist die Freiheitsgefährdung in einer Hinsicht schwächer, in anderer Hinsicht stärker als im Fall der vollständigen Verfassungsbeseitigung: Einerseits gilt ja auch während und nach der Verfassunggebung im Verfassungsstaat die bisherige Verfassung mit ihrem System der Freiheitssicherung größtenteils fort, so daß keine ungewisse, völlig unregelte Übergangssituation entsteht; andererseits wird durch

Angesichts dieser Schwierigkeiten ist es sogar möglich, daß die Freiheitssicherung nach dem Kompetenzübergang nicht nur kaum besser, sondern insgesamt *schlechter* verwirklicht wird als vorher. Jedenfalls ist nicht zu erwarten, daß die Freiheitssicherung in der neuen Verfassungsordnung so viel besser verwirklicht wird als in der alten, daß allein dadurch der verfassungswidrige Kompetenzübergang legitimiert werden könnte. Daher ist wohl in jedem Fall ein (zusätzlicher) Ausgleich durch die anderen Legitimitätskriterien (kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit) notwendig.

2. Kollektive Autonomie

Das Legitimitätskriterium, das bei der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat am besten geeignet ist, die Gefährdung der Freiheitssicherung auszugleichen, ist die kollektive Autonomie. Diese kann im hier betrachteten Fall auf zwei verschiedene Ebenen bezogen werden: einerseits die Bürger des jeweiligen Mitgliedstaates, andererseits die Unionsbürger. Weil die übertragenen Kompetenzen auf der europäischen Ebene ausgeübt werden, kommt es für die Legitimität der neuen Verfassungsordnung jedenfalls darauf an, daß die verfassungsrechtliche Normierung dieser Kompetenzausübung *auf der europäischen Ebene* möglichst gut dem Willen der Betroffenen entspricht; hinsichtlich der übertragenen Kompetenzen findet also ein Wechsel der Bezugsebene der kollektiven Autonomie von den Bürgern der jeweiligen Mitgliedstaaten zu den Unionsbürgern statt.

Allerdings bleiben die mitgliedstaatlichen Verfassungen im übrigen (also abgesehen vom Kompetenzübergang) grundsätzlich bestehen. Die immer noch umfangreichen bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen werden durch die *mitgliedstaatlichen* Verfassungen normiert und beschränkt; deren Legitimität beruht auf der kollektiven Autonomie auf mitgliedstaatlicher Ebene. Daher müssen entsprechend dem Kriterium der kollektiven Autonomie die mitgliedstaatlichen Verfassungen auch *nach* ihrer durch den Kompetenzübergang bewirkten Umgestaltung möglichst gut dem Willen der Bürger des jeweiligen Mitgliedstaates entsprechen; die Bürger in *allen* Mitgliedstaaten müssen also mit dem Kompetenzübergang soweit wie möglich einverstanden sein.

Der Kompetenzübergang ist daher nur dann legitim, wenn er möglichst gut auch dem Willen der Bürger in allen Mitgliedstaaten entspricht. Auf dieses größtmögliche Einverständnis der Bürger in den Mitgliedstaaten kann nicht verzichtet werden. Es ist also nicht möglich, ein nur mäßiges Einverständnis der Bürger eines bestimmten Mitgliedstaates etwa mit dem Hinweis darauf zu kompensieren, daß die Normierung auf europäischer Ebene in besonders hohem Maße dem Willen der *Gesamtheit der Unionsbürger* entspricht.

Solange die Mitgliedstaaten fortbestehen, kommt es also für die Legitimität eines Kompetenzübergangs auf *beide* Ebenen an: Unverzichtbar ist ein möglichst gutes Einverständnis der Bürger in allen Mitgliedstaaten mit dem Kompetenzübergang; darüber hinaus muß die verfassungsrechtliche Normierung der Kompetenzausübung auf europäischer Ebene möglichst gut dem Willen der Unionsbürger entsprechen.⁹⁹¹ Ein Ausgleich

die teilweise Beseitigung der bisherigen Verfassung deren Legitimität in Zweifel gezogen, wodurch die zukünftige Wirksamkeit ihres Freiheitssicherungssystems verringert werden kann.

991 Dabei kann die europäische Bezugsebene mit der Zeit immer mehr Gewicht bekommen: Je mehr Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union übergehen, desto größer wird die Bedeutung

der mit der verfassungswidrigen Kompetenzübertragung verbundenen Gefährdung der Freiheitssicherung ist daher nur durch einen besonders hohen Grad an Verwirklichung der kollektiven Autonomie auf *beiden* Ebenen möglich, also durch eine besonders starke und deutliche Willensbildung auf der mitgliedstaatlichen und auf der europäischen Ebene. Dies läßt sich z.B. durch die oben dargestellten Verfahren der einzelstaatlichen (d.h. hier: mitgliedstaatlichen) Willensbildung erreichen.

Dabei ist allerdings zu beachten, daß sich die Willensbildung in aller Deutlichkeit gerade auf einen Akt der *Verfassungsgebung* beziehen muß; es muß klar sein, daß die betreffende Kompetenzübertragung den Rahmen der geltenden Verfassung und die Möglichkeiten zur Verfassungsänderung überschreitet, daß also ihre Legitimität nicht durch die bisherige Verfassung, sondern allein durch den Verfassungsgebungsakt vermittelt wird. Dieser Charakter als Akt der Verfassungsgebung dürfte nur bei wenigen, besonders bedeutsamen Kompetenzübertragungen deutlich hervortreten. In der Regel wird die Frage, ob eine Kompetenzübertragung nach der geltenden Verfassung noch zulässig oder schon unzulässig ist, einer genaueren juristischen Prüfung bedürfen – dann fehlt es aber an der notwendigen Klarheit der Charakterisierung als Verfassungsgebung.

Diese Klarheit ist aber etwa dann gegeben, wenn nicht einzelne Kompetenzen, sondern die *Kompetenzhoheit* übertragen wird. Daß damit der Rahmen der bisher geltenden Verfassung überschritten wird, bedarf keiner eingehenden Prüfung, sondern ist ohne weiteres einsichtig; damit ist der Charakter eines Aktes der Verfassungsgebung hinreichend deutlich. Ähnliches dürfte für die Übertragung eines größeren Bündels an wesentlichen Kompetenzen gelten. Eine weitere Variante ist die Schaffung der Möglichkeit, in Zukunft durch Verfassungsänderung bzw. Übertragungsgesetz erheblich weitergehende Kompetenzen zu übertragen. So könnte etwa eine dem Art. 23 I 2 bzw. 24 I GG entsprechende Regelung in das Grundgesetz aufgenommen werden, die die Übertragung von Hoheitsrechten unter Überschreitung der Grenzen insbesondere des Art. 79 III GG in bestimmten auch wesentlichen Sachbereichen bis hin zur vollständigen Übertragung dieser Sachbereiche ausdrücklich ermöglicht. In jedem Fall sollte ein solcher verfassungsgebender Schritt in einem Verfahren erfolgen, das sich deutlich von der herkömmlichen Gesetzgebung oder Verfassungsänderung absetzt; hier wäre etwa an ein Referendum zu denken.⁹⁹²

3. Dauerhafte Konsensfähigkeit

Wie die kollektive Autonomie bezieht sich auch die dauerhafte Konsensfähigkeit, solange die Mitgliedstaaten fortbestehen, auf beiden Ebenen: Der dauerhafte Konsens

der gemeinschaftsrechtlichen Verfassung für eine legitime Normierung und Beschränkung der Ausübung von Hoheitsgewalt.

992 Solche Akte in den „Formen der verfassungsgebenden Gewalt“ sollen nach S. Oeter (Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, S. 689) in der Europäischen Union entbehrlich sein. Oeter verweist auf den „in der Praxis eher unmerklichgleitenden Charakter“ der Etablierung einer europäischen Demokratie und kann sich die Verfassungsgebung in der Europäischen Union eher als „Prozeß schleichender Akkumulation wichtiger Grundentscheidungen im Stil der englischen Verfassungsentwicklung“ vorstellen. Diese Sichtweise mag zwar der bisherigen Praxis entsprechen; jedoch ist eine solche schleichend akkumulierte Verfassung kaum in der Lage, Legitimität durch Verfassungsgebung zu vermitteln.

muß sowohl bei den Bürgern der einzelnen Mitgliedstaaten, als auch bei der Gesamtheit der Unionsbürger als möglich erscheinen. Bei der Übertragung von Kompetenzen muß die dauerhafte Konsensfähigkeit im Hinblick auf eben diese Kompetenzübertragung selbst verlangt werden: Es muß ein dauerhafter Konsens auf beiden Ebenen über das Verbleiben der übertragenen Kompetenzen auf der europäischen Ebene als möglich erscheinen. Eine Kompetenzübertragung allein zum Zwecke der Bewältigung kurzzeitig auftretender Probleme würde daher gegen das Prinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit verstoßen.

4. Ergebnis

Eine Übertragung von Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union, die gegen eine mitgliedstaatliche Verfassung verstößt, erscheint als legitimer Schritt sukzessiver Verfassungsgebung, wenn die Legitimitätsprinzipien bei und nach der Kompetenzübertragung in besonders hohem Maße verwirklicht werden. Das kann in erster Linie vom Prinzip der kollektiven Autonomie erwartet werden. Gelingt durch eine geeignete Ausgestaltung des Verfahrens eine besonders deutliche verfassungsgebende Willensbildung der Bürger sowohl auf mitgliedstaatlicher als auch auf europäischer Ebene, so kann dadurch die mit dem Verfassungsbruch verbundene Freiheitsgefährdung ausgeglichen und so die verfassungswidrige Kompetenzübertragung legitimiert werden.

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.

Literaturverzeichnis

- Abromeit, Heidrun*, Volkssouveränität, Parlamentssoveränität, Verfassungssouveränität: Drei Realmodelle der Legitimation staatlichen Handelns, in: PVS 1995, S. 49-66
- Adam, Armin*, Souveränität und Sittlichkeit. Eine Anmerkung zum Mythos des Staates, in: Der Staat 33 (1994), S. 395-408
- Adams, Willi Paul*, Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit. Die Verfassungen und politischen Ideen der amerikanischen Revolution, Darmstadt / Neuwied 1973
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. Frankfurt/M. 1994
- Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1995, S. 177-212
- Anschütz, Gerhard*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Vierte Bearbeitung, 14. Aufl. Berlin 1933 (Nachdruck Darmstadt 1965)
- Anzon, Adele*, Die „europäische Verfassung“ als Rechtsproblem, in: JöR NF 49 (2001), S. 103-124
- Arendt, Hannah*, Über die Revolution, 3. Aufl. München 1986
- Aristoteles, Politik*, übers. u. hrsgg. v. Franz F. Schwarz, Stuttgart 1989
- Arneil, Barbara*, John Locke and America, Oxford 1996
- Augustin, Angela*, Das Volk der Europäischen Union. Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs, Berlin 2000
- Badura, Peter*, Arten der Verfassungsrechtssätze, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992, § 159 (zit.: HStR § 159)
- Verfassung und Verfassungsgesetz, in: Ehmke / Kaiser / Kewenig / Meessen / Rübner (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 19-39
 - Verfassung, in: Herzog, Roman / Kunst, Hermann / Schlaich, Klaus / Schneemelcher, Wilhelm (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Bd. II (N-Z), 3. Aufl. Stuttgart 1987, Sp. 3737-3760
 - Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992, § 160 (zit.: HStR § 160)
- Baer, Susanne*, Grundrechtecharta ante portas, in: ZRP 2000, S. 361-408
- Bartlspenger, Richard*, Verfassung und verfassungsgebende Gewalt im vereinten Deutschland, in: DVBl. 1990, S. 1285-1301

- Beaud, Olivier*, Föderalismus und Souveränität. Bausteine zu einer verfassungsrechtlichen Lehre der Föderation, in: *Der Staat* 35 (1996), S. 45-66
- Bermanseder, Markus*, Die Europäische Idee im Parlamentarischen Rat, Berlin 1998
- Beyer, Thomas C. W.*, Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften, in: *Der Staat* 35 (1996), S. 189-220
- Beyme, Klaus von*, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Demokratische Doktrin und politische Wirklichkeit (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 367/368), Tübingen 1968
- Bieber, Roland*, Die Vereinfachung der Verträge zur Errichtung der Europäischen Union, in: *DVBl.* 1996, S. 1337-1342
- Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, in: Ipsen / Rengeling / Mössner / Weber (Hrsg.), *Verfassungsrecht im Wandel. Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus: Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, Köln / Berlin / Bonn / München 1995*, S. 291-304
 - Verfassungsgebung und Verfassungsänderung in der Europäischen Union, in: Bieber, Roland / Widmer, Pierre (Hrsg.), *L'espace constitutionnel européen = Der europäische Verfassungsraum*, Zürich 1995, S. 313-327
- Blanke, Hermann-Josef*, Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?, in: *DÖV* 1993, S. 412-423
- Boeck, Ilka*, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union. Zur Notwendigkeit und zu den Vorteilen bzw. Nachteilen der Aufstellung eines Kompetenzkataloges in den Gemeinschaftsverträgen, Baden-Baden 2000
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, in: ders., *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M. 1999, S. 127-140 (zuerst erschienen in: Morsey / Quaritsch / Siedentopf (Hrsg.), *Staat, Politik, Verwaltung in Europa. Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin 1997, S. 137-147)
- Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung*, Heidelberg 1987, § 22 (zit.: *HStR* § 22)
 - Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes*, Heidelberg 1987, § 30 (zit.: *HStR* § 30)
 - Die Nation – Identität in Differenz, in: ders., *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M. 1999, S. 34-58
 - Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtslehre und Rechtssoziologie 4), Frankfurt/M. 1986 (auch abgedruckt in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie* 4).

- Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl. Frankfurt/M. 1992, S. 90-112)
- Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Demokratisierung, Europäisierung und Individualisierung, in: ders., Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1999, S. 103-126
 - Welchen Weg geht Europa?, München 1997 (Privatdruck der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, auch abgedruckt in: ders., Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1999, S. 68-102)
- Boehl, Henner Jörg*, Verfassungsgebung im Bundesstaat. Ein Beitrag zur Verfassungslehre des Bundesstaates und der konstitutionellen Demokratie, Berlin 1997
- Bogdandy, Armin von*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders., Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin / Heidelberg / New York 2003, S. 149-203
- Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union, in: Duschanek, Alfred / Griller, Stefan (Hrsg.), Grundrechte für Europa. Die Europäische Union nach Nizza, Wien / New York 2002, S. 69-113
 - Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, in: v. Danwitz / Heintzen / Jestaedt / Koriath / Reinhardt (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit. 33. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“, Stuttgart / München / Hannover / Berlin / Weimar 1993, S. 9-29
 - Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatstheoretischer Perspektive, in: Integration 16 (1993), S. 210-224
 - Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam, Baden-Baden 1999
 - Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses?, in: Der Staat 39 (2000), S. 163-184
 - / *Ehlermann, Claus-Dieter*, Zur Konsolidierung der Europäischen Gründungsverträge, in: EuZW 1996, S. 737
 - / *Nettesheim, Martin*, Art. 1 EGV, in: Grabitz / Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Archivband 1, Stand: August 2002
 - / *Nettesheim, Martin*, Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, in: EuR 1996, S. 3-26
- Breuer, Stefan*, Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyès und Carl Schmitt, in: ARSP LXX (1984), S. 495-517
- Brosius-Gersdorf, Frauke*, Die doppelte Legitimationsbasis der Europäischen Union – Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der demokratischen Legitimation der Europäischen Union –, in: EuR 1999, S. 133-169

- Brubaker, Rogers*, Staats-Bürger. Frankreich und Deutschland im historischen Vergleich, übers. v. Wiebke Schmaltz, Hamburg 1994
- Brugger, Winfried*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. München 2001
- Bryde, Brun-Otto*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: StWStP 5 (1994), S. 305-330
- Verfassunggebende Gewalt des Volkes und Verfassungsänderung im deutschen Staatsrecht: Zwischen Überforderung und Unterforderung der Volkssouveränität, in: Bieber, Roland / Widmer, Pierre (Hrsg.), L'espace constitutionnel européen = Der europäische Verfassungsraum, Zürich 1995, S. 329-343
 - Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982
- Calliess, Christian*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, in: EuZW 2001, S. 261-268
- Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union. Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex-Art. 3b) EGV nach dem Vertrag von Amsterdam, 2. Aufl. Baden-Baden 1999
- Campanhausen, Axel von*, Art. 146, in: Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz. Kommentar (begründet von H. v. Mangoldt und F. Klein), Bd. 3, 4. Aufl. München 2001
- Classen, Claus Dieter*, Art. 23, in: Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz. Kommentar (begründet von H. v. Mangoldt und F. Klein), Bd. 2, 4. Aufl. München 2000
- Europäische Integration und demokratische Legitimation, in: AöR 119 (1994), S. 238-260
- Commichau, Michael Friedrich*, Nationales Verfassungsrecht und europäische Gemeinschaftsverfassung, Baden-Baden 1995
- Dahl, Robert Alan*, A Preface To Democratic Theory, 12. Aufl. Chicago 1973
- Degenhart, Christoph*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, München 1976
- Denninger, Erhard*, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, in: JZ 2000, S. 1121-1126
- Denzer, Horst*, Bodin, in: Maier, Hans / Rausch, Heinz / Denzer, Horst (Hrsg.), Klassiker des politischen Denkens, Erster Band: Von Plato bis Hobbes, 6. Aufl. München 1986, S. 245-265
- Di Fabio, Udo*, Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, Tübingen 1998

- Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?, in: *Der Staat* 32 (1993), S. 191-217
 - Eine europäische Charta. Auf dem Weg zur Unionsverfassung, in: *JZ* 2000, S. 737-743
- Dorau, Christoph*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union. Möglichkeiten und Grenzen der europäischen Verfassungsentwicklung nach Nizza, Baden-Baden 2001
- Dreier, Horst*, Art. 79 III, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, Tübingen 1998
- Art. 146, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, Tübingen 2000
 - Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, in: *JZ* 1994, S. 741-752
- Dworkin, Ronald*, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts 1986
- *Taking Rights Seriously*, 2. Aufl. London 1978 (dt. u. d. T. *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt/M. 1984)
- Ehmke, Horst*, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin 1953
- Eiselstein, Claus*, Europäische Verfassungsgebung, in: *ZRP* 1991, S. 18-24
- Emde, Ernst Thomas*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 1991
- Enders, Christoph*, Offene Staatlichkeit unter Souveränitätsvorbehalt – oder: Vom Kampf der Rechtsordnungen nach Maastricht, in: Grawert, Rolf / Schlink, Bernhard / Wahl, Rainer / Wieland, Joachim (Hrsg.), *Offene Staatlichkeit*. Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag, Berlin 1995, S. 29-49
- Esser, Josef*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen 1974
- Euchner, Walter*, Einleitung des Herausgebers, in: Locke, John, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, hrsgg. v. Walter Euchner, übers. v. Hans Jörn Hoffmann, 6. Aufl. Frankfurt/M. 1995, S. 9-59
- Locke, in: Maier, Hans / Rausch, Heinz / Denzer, Horst (Hrsg.), *Klassiker des politischen Denkens*, Zweiter Band: Von Locke bis Max Weber, 5. Aufl. München 1987, S. 9-26
- Everling, Ulrich*, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, in: *DVB1* 1993, S. 936-947
- Fetscher, Iring*, *Rousseaus politische Philosophie*, 7. Aufl. Frankfurt/M. 1993
- Fink, Udo*, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, in: *DÖV* 1998, S. 133-141

- Flint, Thomas*, Die Übertragung von Hoheitsrechten. Zur Auslegung der Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG, Berlin 1998
- Foerster, Rolf Hellmut*, Europa. Geschichte einer politischen Idee. Mit einer Bibliographie von 182 Einigungsplänen aus den Jahren 1306 bis 1945, München 1967
- Fromont, Michel*, Europa und nationales Verfassungsrecht nach dem Maastricht-Urteil – Kritische Bemerkungen, in: JZ 1995, S. 800-803
- Gebhardt, Jürgen*, „The Federalist“, in: Maier, Hans / Rausch, Heinz / Denzer, Horst (Hrsg.), Klassiker des politischen Denkens, Zweiter Band: Von Locke bis Max Weber, 5. Aufl. München 1987, S. 58-79
- Giegerich, Thomas*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung, Berlin / Heidelberg / New York / Barcelona / Hongkong / London / Mailand / Paris / Tokio 2003
- Götz, Volkmar*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: JZ 1993, S. 1081-1086
- Grawert, Rolf*, Der Deutschen supranationaler Nationalstaat, in: ders. / Schlink, Bernhard / Wahl, Rainer / Wieland, Joachim (Hrsg.), Offene Staatlichkeit. Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag, Berlin 1995, S. 125-143
- Grewe, Constance*, Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl, Josef / Kreuzer, Karl F. / Scheuing, Dieter H. / Sieber, Ulrich (Hrsg.), Europäische Demokratie, Baden-Baden 1999, S. 59-70
- Grewe, Wilhelm*, Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit des Artikels 41 der Hessischen Verfassung, Wiesbaden 1951
- Grimm, Dieter*, Braucht Europa eine Verfassung?, München 1995 (Privatdruck der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, auch abgedruckt in: JZ 1995, S. 581-591 und in ders., Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen, München 2001, S. 215-254)
- Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866. Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, Frankfurt/M. 1988
 - Die Zukunft der Verfassung, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. Frankfurt/M. 1994, S. 399-439 (zuerst erschienen in: StWStP 1 (1990), S. 5-33)
 - Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, in: ders., Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen, München 2001, S. 255-263
 - Vertrag oder Verfassung. Die Rechtsgrundlage der Europäischen Union im Reformprozess Maastricht II, in: ders. / Hesse, Joachim Jens / Jochimsen, Reimut / Scharpf, Fritz W. (Hrsg.), Zur Neuordnung der Europäischen Union: Die Regierungskonferenz 1996/97, Baden-Baden 1997, S. 9-31 (auch in: StWStP 6 (1995), S. 509-531)

Grussmann, Wolf-Dietrich, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, in: v. Danwitz / Heintzen / Jestaedt / Koriath / Reinhardt (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit. 33. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“, Stuttgart / München / Hannover / Berlin / Weimar 1993, S. 47-64

Häberle, Peter, Die europäische Verfassungsstaatlichkeit, in: ders., Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik: Ausgewählte Studien zur vergleichenden Verfassungslehre in Europa, Baden-Baden 1996, S. 477-495 (zuerst erschienen in: KritV 1995, S. 298-312)

- Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse, in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Berlin 1992, S. 139-175 (zuerst erschienen in: AöR 112 (1987), S. 54-92)
- Europa – eine Verfassungsgemeinschaft?, in: ders., Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien, Baden-Baden 1999, S. 84-112
- Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, in: DVBl 2000, S. 840-847
- Europäische Verfassungslehre, Baden-Baden 2001/2002
- Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe – der Ausbau von nationalem „Europaverfassungsrecht“, in: ders., Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik: Ausgewählte Studien zur vergleichenden Verfassungslehre in Europa, Baden-Baden 1996, S. 445-475
- Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Berlin 1992, S. 71-104 (zuerst erschienen in: EuGRZ 1991, S. 261-274)
- Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, Berlin / New York 2000

Habermas, Jürgen, Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt/M. 1999, S. 185-191

- Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, Frankfurt/M. 1998, S. 91-169
- Faktizität und Geltung, 4. Aufl. Frankfurt/M. 1994

Häde, Ulrich / Puttler, Adelheid, Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung. Neue Erkenntnisse durch das Gutachten 2/94 des EuGH vom 28.3.1996?, in: EuZW 1997, S. 13-17

Hafen, Thomas, Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyès, Bern / Stuttgart / Wien 1994

Haltern, Ulrich R., Europäischer Kulturkampf. Zur Wahrung „nationaler Identität“ im Unions-Vertrag, in: Der Staat 37 (1998), S. 591-623

- Gestalt und Finalität, in: Bogdandy, Armin von, *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin / Heidelberg / New York 2003, S. 803-845
- Haug, Hans*, Die Schranken der Verfassungsrevision. Das Postulat der richtigen Verfassung als normative Schranke der souveränen verfassungsgebenden Gewalt (Betrachtung zum Wiederaufbau einer materialen Rechtslehre), Diss. Zürich 1947
- Haverkate, Görg*, Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, München 1992
- Heckel, Katharina*, Der Föderalismus als Prinzip überstaatlicher Gemeinschaftsbildung, Berlin 1998
- Heckel, Martin*, Die deutsche Einheit als Verfassungsfrage. Wo war das Volk?, Heidelberg 1995
- Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VIII: Die Einheit Deutschlands – Entwicklung und Grundlagen –, Heidelberg 1995, § 197 (zit.: HStR § 197)
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe), 2. Aufl. Frankfurt/M. 1989
- Heintzen, Markus*, Die „Herrschaft“ über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?, in: AöR 119 (1994), S. 564-589
- Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, in: EuR 1997, S. 1-16
- Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft, in: EuR 1994, S. 35-49
- Heller, Hermann*, Politische Demokratie und soziale Homogenität (1928), in: ders., *Gesammelte Schriften*, hrsgg. v. Christoph Müller, 2. Bd., 2. Aufl. Tübingen 1992, S. 421-433
- Henke, Wilhelm*, Das Ende der Revolution und die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, in: *Der Staat* 31 (1992), S. 265-280
- Die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes, Stuttgart 1957
- Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes in Lehre und Wirklichkeit, in: *Der Staat* 7 (1968), S. 165-182
- Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt, in: *Der Staat* 19 (1980), S. 181-211
- Herdegen, Matthias*, Vertragliche Eingriffe in das „Verfassungssystem“ der Europäischen Union, in: Due, Ole / Lutter, Marcus / Schwarze, Jürgen (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Band I, Baden-Baden 1995, S. 447-461
- Hereth, Michael*, Montesquieu zur Einführung, Hamburg 1995

- Hertel, Wolfram*, Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung. Ein Beitrag zur Entwicklung einer Europäischen Verfassungstheorie, in: JöR NF 48 (2000), S. 233-251
- Supranationalität als Verfassungsprinzip. Normativität und Legitimation als Elemente des europäischen Verfassungsrechts, Berlin 1999
- Herzog, Roman*, Art. 20, in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, Stand: Oktober 2002
- Hesse, Konrad*, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Heidelberg 1995
- Heyde, Wolfgang*, Art. 23, in: Umbach, Dieter C. / Clemens, Thomas (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band 1, Heidelberg 2002
- Hilf, Meinhard*, Die Europäische Union und die Eigenstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten, in: Hommelhoff, Peter / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union. Beiträge und Diskussionen des Symposions am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg, Heidelberg 1994, S. 75-85
- Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, in: VVDStRL 53 (1994), S. 7-25
- Hobbes, Thomas*, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, hrsgg. v. Iring Fetscher, übers. v. Walter Euchner, 5. Aufl. Frankfurt/M. 1992 (zit. nach Kapitel und ggf. Seitenzahl)
- Vom Bürger, in: ders., Vom Menschen. Vom Bürger, hrsgg. v. Günter Gawlick, 3. Aufl. Hamburg 1994 (zit. nach Kapitel und Abschnitt)
- Hobe, Stephan*, Art. 23, in: Friauf, Karl Heinrich / Höfling, Wolfram (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Berlin 2000
- Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz. Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler institutionalisierter Kooperation, Berlin 1998
 - Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht. Auf dem Weg zum europäischen Bundesstaat?, in: Der Staat 32 (1993), S. 245-268
- Höffe, Otfried*, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, München 1999
- Hofmann, Hasso*, Bemerkungen zur Hobbes-Interpretation, in: ders., Recht – Politik – Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie, Frankfurt/M. 1986, S. 58-73 (zuerst erschienen in: AöR 91 (1966), S. 122-135)
- Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, Berlin 1998
 - Die Grundrechte 1789-1949-1989 (1989), in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven. Aufsätze aus den Jahren 1980-1994, Tübingen 1995, S. 23-50 (zuerst erschienen in: NJW 1989, S. 3177-3187)

- Die klassische Lehre vom Herrschaftsvertrag und der „Neo-Kontraktualismus“, in: Engel, Christoph / Morlok, Martin (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie*, Tübingen 1998, S. 257-277
 - Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt 2000
 - Jellinek, in: *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 7. Aufl., Bd. 3, Freiburg / Basel / Wien 1987, Sp. 212-214
 - Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 2. Aufl. Berlin 1992
 - Legitimität und Rechtsgeltung. Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie, Berlin 1977
 - Menschenrechte und Demokratie oder: Was man von Chrysipp lernen kann, in: *JZ* 2001, S. 1-8
 - Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert, 3. Aufl. Berlin 1998
 - Repräsentation in der Staatslehre der frühen Neuzeit. Zur Frage des Repräsentativprinzips in der „Politik“ des Johannes Althusius, in: *Politische Theorie des Johannes Althusius*, hrsgg. v. Karl-Wilhelm Dahm u.a. (= *Rechtstheorie*, Beiheft 7), Berlin 1988, S. 513-542
 - Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, in: *JZ* 1999, S. 1065-1074
 - Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen (1988), in: ders., *Verfassungsrechtliche Perspektiven. Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, Tübingen 1995, S. 3-22 (zuerst erschienen in: *JuS* 1988, S. 841-848)
 - Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: *Recht – Politik – Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt/M. 1986, S. 261-295
 - Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, in: *StWStP* 6 (1995), S. 155-181
- Hölscheidt, Sven / Baldus, Christian*, EU und EG als terminologisches Problem, in: *DVBl* 1996, S. 1409-1412
- Huber, Peter M.*, Art. 146, in: *Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar*, 2. Aufl. München 1999
- Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: *VVDStRL* 60 (2001), S. 194-245
 - Maastricht – Ein Staatsstreich?, Stuttgart 1993
- Hufeld, Ulrich*, Die Verfassungsdurchbrechung. Rechtsproblem der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung. Ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung, Berlin 1997
- Hume, David*, Über den ursprünglichen Vertrag, in: ders., *Politische und ökonomische Essays*, hrsgg. v. Udo Bermbach, übers. v. Susanne Fischer, Teilband 2, Hamburg 1988, S. 301-324

Ipsen, Hans Peter, Europäische Verfassung – nationale Verfassung, in: EuR 1987, S. 195-213

– Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972

– Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, in: EuR 1994, S. 1-19

Isensee, Josef, Braucht Deutschland eine neue Verfassung? Überlegungen zur neuen Schlußbestimmung des Grundgesetzes, Art. 146, Köln 1992

– Das Volk als Grund der Verfassung – Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt – (Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 334), Opladen 1995

– Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates. Stationen in einem laufenden Prozeß, in: JZ 1999, S. 265-278

– Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders. / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung, Heidelberg 1990, § 98 (zit.: HStR § 98)

– Integrationsziel Europastaat?, in: Due, Ole / Lutter, Marcus / Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band I, Baden-Baden 1995, S. 567-592

– Nationalstaat und Verfassungsstaat – wechselseitige Bedingtheit, in: Stober, Rolf (Hrsg.), Recht und Recht. Festschrift für Gerd Roellecke zum 70. Geburtstag, Stuttgart / Berlin / Köln 1997, S. 137-163

– Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146, in: ders. / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992, § 166 (zit.: HStR § 166)

– Staat im Wort. Sprache als Element des Verfassungsstaates, in: Ipsen / Rengeling / Mössner / Weber (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel. Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus: Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, Köln / Berlin / Bonn / München 1995, S. 571-590

– Staat und Verfassung, in: ders. / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, § 13 (zit.: HStR § 13)

Jarass, Hans D., Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, in: AöR 121 (1996), S. 173-199

– /Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 6. Aufl. München 2002

Jasmut, Gunter, Die politischen Parteien und die europäische Integration. Der Beitrag der Parteien zur demokratischen Willensbildung in europäischen Angelegenheiten, Frankfurt a.M. / Berlin / Bern / New York / Paris / Wien 1995

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 7. Neudruck der 3. Aufl., Bad Homburg v.d.H. 1960

- Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, in: Schnur, Roman (Hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, Darmstadt 1964, S. 1-77
- Die Lehre von den Staatenverbindungen, hrsgg. u. eingeleitet v. Walter Pauly, Goldbach 1996 (Nachdr. d. Ausg. Wien 1882)

Jestaedt, Matthias, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung. Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, Berlin 1993

Kägi, Werner, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Zürcher Habilitationsschrift 1945

Kaiser, Joseph H., Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, in: VVDStRL 23 (1966), S. 1-33

Kant, Immanuel, Der Streit der Fakultäten (1798), Akademie-Ausgabe Bd. VII S. 1-116

- Die Metaphysik der Sitten (1797), Akademie-Ausgabe Bd. VI S. 203-494
- Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Akademie-Ausgabe Bd. IV S. 385-464
- Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), Akademie-Ausgabe Bd. VIII S. 273-314 (zit.: Über den Gemeinspruch ...)

Kaufmann, Marcel, Europäische Integration und Demokratieprinzip, Baden-Baden 1997

- Integrierte Staatlichkeit als Staatsstrukturprinzip, in: JZ 1999, S. 814-822
- Permanente Verfassunggebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, in: Der Staat 36 (1997), S. 521-546
- Verfassungspatriotismus, substantielle Gleichheit und Demokratieprinzip im europäischen Staatenverbund, in: Brockmöller / Buchwald / v.d. Pfordten / Tappe, Ethische und strukturelle Herausforderungen des Rechts. Referate der 2. Tagung der Initiative Junger Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus den Bereichen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie vom 10. bis zum 12. November 1995 in Göttingen, Stuttgart 1997, S. 40-64

Kelsen, Hans, Allgemeine Staatslehre, Wien 1993 (unveränd. Nachdruck der 1. Aufl. 1925)

- Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Aalen 1960 (unveränd. Neudruck der 2. Aufl. 1928)
- Der Wandel des Souveränitätsbegriffes, in: Kurz, Hanns (Hrsg.), Volkssouveränität und Staatssouveränität, Darmstadt 1970, S. 164-178

- Reine Rechtslehre, Wien 1967 (unveränd. Nachdruck der 2. Aufl. 1960)
 - Souveränität, in: Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Dritter Band, Berlin 1962, S. 278-285
 - Vom Wesen und Wert der Demokratie, Aalen 1981 (Neudruck der 2. Aufl. 1929)
- Kersten, Jens*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, Tübingen 2000
- Kersting, Wolfgang*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt 1994
- Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, 1. Aufl. Frankfurt/M. 1993
- Kettler, Dietmar*, Die Drei-Elemente-Lehre. Ein Beitrag zu Jellineks Staatsbegriff, seiner Fortführung und Kritik, Diss. Münster 1995
- Kielmansegg, Peter Graf*, Das Verfassungsparadox. Bemerkungen zum Spannungsverhältnis zwischen Demokratieprinzip und Verfassungsprinzip, in: Maier / Matz / Sontheimer / Weinacht (Hrsg.), Politik, Philosophie, Praxis. Festschrift für Wilhelm Hennis zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1988, S. 397-411
- Volkssouveränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität, Stuttgart 1977
- Kimminich, Otto*, Der Bundesstaat, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, § 26 (zit.: HStR § 26)
- Kirchhof, Paul*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Hommelhoff, Peter / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union. Beiträge und Diskussionen des Symposions am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg, Heidelberg 1994, S. 11-24
- Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Isensee, Josef / ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992, § 183 (zit.: HStR § 183)
 - Deutsche Sprache, in: Isensee, Josef / ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, § 18 (zit.: HStR § 18)
 - Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, in: JZ 1998, S. 965-974
 - Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Isensee, Josef / ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, § 19 (zit.: HStR § 19)
 - Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, in: Bogdandy, Armin von, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin / Heidelberg / New York 2003, S. 893-929

- Kirchner, Christian / Schwartz, Andreas*, Legitimationsprobleme in einer Europäischen Verfassung. Wohlfahrtsvorteile versus Legitimationseinbußen im Prozeß der europäischen Integration, in: *StWStP* 6 (1995), S. 183-207
- Klein, Eckart*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, in: *VVDStRL* 50 (1991), S. 56-96
- Kluth, Winfried*, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union. Eine Analyse der These vom Demokratiedefizit der Europäischen Union aus gemeineuropäischer Verfassungsperspektive, Berlin 1995
- Koller, Peter*, Neue Theorien des Sozialkontrakts, Berlin 1987
- Theorie des Rechts. Eine Einführung, 2. Aufl. Wien / Köln / Weimar 1997
 - Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen, in: Kern, Lucian / Müller, Hans-Peter (Hrsg.), *Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt? Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie*, Opladen 1986, S. 7-34
- Koenig, Christian*, Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden „Verfassungsbedarf“, in: *NVwZ* 1996, S. 549-552
- Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, in: *DÖV* 1998, S. 268-275
- König, Doris*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, Berlin 2000
- Kriele, Martin*, Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 5. Aufl., Opladen 1994
- Krüger, Herbert*, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Ehmke / Kaiser / Kewenig / Meessen / Rübner (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin 1973, S. 285-306
- Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 2, 5. Aufl. Tübingen 1911 (Neudr. Aalen 1964)
- Lecheler, Helmut*, Der Rechtscharakter der „Europäischen Union“, in: Ipsen / Rengeling / Mössner / Weber (Hrsg.), *Verfassungsrecht im Wandel. Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus: Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, Köln / Berlin / Bonn / München 1995*, S. 383-393
- Leisner, Walter*, Verfassunggebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, Diss. München 1957
- Volk und Nation als Rechtsbegriffe der französischen Revolution, in: Obermayer, Klaus / Hagemann, Hans Rudolf (Hrsg.), *Festschrift für Hans Liermann zum 70. Geburtstag*, Erlangen 1964, S. 96-123
- Lemke, Volker*, Aktualisierung der verfassunggebenden Gewalt nach dem Grundgesetz, Diss. Kiel 1974

Lerche, Peter, „Kompetenz-Kompetenz“ und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Ipsen / Rengeling / Mössner / Weber (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel. Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus: Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, Köln / Berlin / Bonn / München 1995, S. 409-424

– Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes, in: Bender, Bernd / Breuer, Rüdiger / Ossenbühl, Fritz / Sendler, Horst (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 131-147

Lindner, Josef Franz, EG-Grundrechtscharta und gemeinschaftsrechtlicher Kompetenzvorbehalt, in: DÖV 2000, S. 543-550

Locke, John, Zwei Abhandlungen über die Regierung, hrsgg. v. Walter Euchner, übers. v. Hans Jörn Hoffmann, 6. Aufl. Frankfurt/M. 1995 (zit. nach Abhandlung und Paragraph)

Loewenstein, Karl, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789. Studien zur Dogmengeschichte der unmittelbaren Volksgesetzgebung, München 1922

Lübbe, Hermann, Abschied vom Superstaat. Vereinigte Staaten von Europa wird es nicht geben, Berlin 1994

Luhmann, Niklas, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1993

Lutz, Donald S., The Origins of American Constitutionalism, Baton Rouge / London 1988

Madison, James / Hamilton, Alexander / Jay, John, The Federalist Papers, hrsgg. v. Isaac Kramnick, Harmondsworth 1988

Magiera, Siegfried, Die Grundgesetzänderung von 1992 und die Europäische Union, in: Jura 1994, S. 1-11

Mahrenholz, Ernst Gottfried, Die Verfassung und das Volk, München 1991 (Privatdruck der Carl Friedrich von Siemens Stiftung)

Maier, Hans, Rousseau, in: Maier, Hans / Rausch, Heinz / Denzer, Horst (Hrsg.), Klassiker des politischen Denkens, Zweiter Band: Von Locke bis Max Weber, 5. Aufl. München 1987, S. 80-100

Maunz, Theodor, Die verfassungsgebende Gewalt im Grundgesetz, in: DÖV 1953, S. 645-648 (auch abgedruckt in: Kurz, Hanns (Hrsg.), Volkssouveränität und Staatssouveränität, Darmstadt 1970, S. 311-322)

– Die Verfassungsmäßigkeit der Hessischen Verfassung, Rechtsgutachten, Wiesbaden 1952

– Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung, Heidelberg 1990, § 94 (zit.: HStR § 94)

- Merkel, Karlheinz*, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Grundlagen und Dogmatik des Artikels 146 GG, Baden-Baden 1996
- Moelle, Henning*, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz, Paderborn / München / Wien / Zürich 1996
- Mohnhaupt, Heinz / Grimm, Dieter*, Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. Berlin 2002
- Möllers, Christoph*, Staat als Argument, München 2000
- Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa, in: Bogdandy, Armin von, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin / Heidelberg / New York 2003, S. 1-57
- Montesquieu, Charles de*, Vom Geist der Gesetze, Bd. 1, übers. u. hrsgg. v. Ernst Forsthoff, 2. Aufl. Tübingen 1992 (Nachdr. d. 1. Aufl. Tübingen 1951)
- Morlok, Martin*, Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene, in: Häberle, Peter / Morlok, Martin / Skouris, Wassilios (Hrsg.), Staat und Verfassung in Europa. Erträge des wissenschaftlichen Kolloquiums zu Ehren von Prof. Dr. Dimitris Th. Tsatsos aus Anlaß seines 65. Geburtstages, Baden-Baden 2000, S. 73-90
- Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, Berlin 1988
- Mosler, Hermann*, Die Übertragung von Hoheitsgewalt, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992, § 175 (zit.: HStR § 175)
- Müller, Friedrich*, Fragment (über) Verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Elemente einer Verfassungstheorie V, hrsgg. v. Klaus Rohrbacher, Berlin 1995
- Murswiek, Dietrich*, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978
- Maastricht und der pouvoir constituant, in: Der Staat 32 (1993), S. 161-190
- Nida-Rümelin, Julian*, Demokratie als Kooperation, Frankfurt/M. 1999
- Oeter, Stefan*, Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union. Fragen aus Verfassungstheorie und Verfassungsgeschichte an die deutsche Debatte um Souveränität, Demokratie und die Verteilung politischer Verantwortung im geeinten Europa, in: ZaöRV 55 (1995), S. 659-712
- Föderalismus, in: Bogdandy, Armin von, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin / Heidelberg / New York 2003, S. 59-119
- Öhlinger, Theo*, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, Wien / New York 1999
- Oppermann, Thomas*, Der Europäische Traum zur Jahrhundertwende, in: JZ 1999, S. 317-326

– Europarecht, 2. Aufl. München 1999

Ossenbühl, Fritz, Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungsrechtliche Wende?, in: DVBl 1993, S. 629-637

Palmer, Robert Roswell, The Age of the Democratic Revolution. A Political History of Europe and America. Vol. 1: The Challenge, Princeton, New Jersey 1959

Pasquino, Pasquale, Die Lehre vom „pouvoir constituant“ bei Emmanuel Sieyès und Carl Schmitt, in: Quaritsch, Helmut (Hrsg.), Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1988, S. 371-385

– Sieyès et l’invention de la constitution en France, Paris 1998

Pauly, Walter, Souveräner Staat und Staatenverbindungen, in: Jellinek, Georg, Die Lehre von den Staatenverbindungen, hrsgg. u. eingeleitet v. Walter Pauly, Goldbach 1996, S. VII-XLV

– Zu Grund und Grenzen der Legitimität von Nationalstaatlichkeit, in: KritV 1995, S. 42-57

Pechstein, Matthias / Koenig, Christian, Die Europäische Union, 3. Aufl. Tübingen 2000

Peine, Franz-Joseph, Systemgerechtigkeit. Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle. Baden-Baden 1985

Penski, Ulrich, Bestand nationaler Staatlichkeit als Bestandteil der Änderungsgrenzen in Art. 79 III GG. Zugleich eine auf das Thema bezogene Stellungnahme zur Maastricht-Entscheidung des BVerfG, in: ZRP 1994, S. 192-196

Pernice, Ingolf, Art. 23, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Tübingen 1998

– Art. 24, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Tübingen 1998

– Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: Bieber, Roland / Widmer, Pierre (Hrsg.), L’espace constitutionnel européen = Der europäische Verfassungsraum, Zürich 1995, S. 225-264

– Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, in: AöR 120 (1995), S. 100-120

– Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung. Verfassungsrechtliche Ausgangslage und Vorschläge für die institutionelle Reform der Europäischen Union vor der Osterweiterung, in: JöR NF 48 (2000), S. 205-232

– Deutschland in der Europäischen Union, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII: Die Einheit Deutschlands – Entwicklung und Grundlagen –, Heidelberg 1995, § 191 (zit.: HStR § 191)

– Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, in: EuR 1996, S. 27-43

- Die Europäische Verfassung, in: Cremer / Giegerich / Richter / Zimmermann (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin / Heidelberg / New York / Barcelona / Hongkong / London / Mailand / Paris / Tokio 2002, S. 1319-1345
- Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, in: DVBl 2000, S. 847-859
- Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: VVDStRL 60 (2001), S. 148-193
- Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, in: JZ 2000, S. 866-876
- Maastricht, Staat und Demokratie, in: Die Verwaltung 1993, S. 449-488
- Verfassungsentwurf für eine Europäische Union, in: EuR 1984, S. 126-142

Pernthaler, Peter, Der Verfassungskern. Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur, Wien 1998

Pescatore, Pierre, Die Gemeinschaftsverträge als Verfassungsrecht – ein Kapitel Verfassungsgeschichte aus der Perspektive des europäischen Gerichtshofs, systematisch geordnet, in: Grewe, Wilhelm G. / Rupp, Hans / Schneider, Hans (Hrsg.), Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher, Baden-Baden 1981, S. 319-338

Peters, Anne, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin 2001

Pohlmann, Rosemarie, Autonomie, in: Ritter, Joachim (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, Basel 1971, Sp. 701-720

Quaritsch, Helmut, Souveränität im Ausnahmezustand. Zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitts, in: Der Staat 35 (1996), S. 1-30

- Souveränität, in: Ritter, Joachim / Gründer, Karlfried (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 9, Basel 1995, Sp. 1104-1109
- Staat und Souveränität I, Frankfurt/M. 1970

Randelzhofer, Albrecht, Art. 24 I, in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. III, Stand: Oktober 2002

- Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, § 15 (zit.: HStR § 15)

Rausch-Gast, Regine, Selbstbindung des Gesetzgebers, Frankfurt/M. 1983

Rawls, John, Eine Theorie der Gerechtigkeit, übers. v. Hermann Vetter, 9. Aufl. Frankfurt/M. 1996 (Originaltitel: A Theory of Justice, 1971)

Redslob, Robert, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789. Ihre Grundlagen in der Staatslehre der Aufklärungszeit und in den englischen und amerikanischen Verfassungsgedanken, Leipzig 1912

- Reich, Norbert*, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde, in: ZRP 2000, S. 375-378
- Rengeling, Hans-Werner*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, München 1993
- Ritgen, Klaus*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, in: ZRP 2000, S. 371-375
- Rodriguez Iglesias, Gil Carlos*, Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft, in: EuGRZ 1996, S. 125-131
- Roellecke, Gerd*, Verfassungsgebende Gewalt als Ideologie, in: ders., Aufgeklärter Positivismus. Ausgewählte Schriften zu den Voraussetzungen des Verfassungsstaates, hrsgg. v. Otto Depenheuer, Heidelberg 1995, S. 149-164 (zuerst erschienen in: JZ 1992, S. 929-934)
- Roggemann, Herwig*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrecht in Osteuropa, in: ROW 1996, S. 177-187
- Rojahn, Ondolf*, Art. 23, in: Münch, Ingo von / Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. München 2001
- Rossi, Simona*, La rappresentanza nello stato costituzionale. La rappresentazione degli interessi in Germania, Torino 2002
- Rousseau, Jean-Jacques*, Vom Gesellschaftsvertrag oder Prinzipien des Staatsrechtes, in: ders., Politische Schriften, übers. v. Ludwig Schmidts, 2. Aufl. Paderborn / München / Wien / Zürich 1995, S. 59-208 (zit. nach Buch und Kapitel)
- Diskurs über die Ungleichheit / Discours sur l'inégalité, hrsgg. u. übers. v. Heinrich Meier, 3. Aufl. Paderborn / München / Wien / Zürich 1993
- Rupp, Hans Heinrich*, Europäische „Verfassung“ und demokratische Legitimation, in: AöR 120 (1995), 269-275
- Maastricht – eine neue Verfassung?, in: ZRP 1993, S. 211-213
 - Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?, in: NJW 1993, S. 38-40
- Sachs, Michael*, Landesverfassungen im Rahmen der bundesstaatlichen Rechts- und Verfassungsordnung, in: ThürVBl. 1993, 121-124
- Sacksofsky, Ute*, Landesverfassungen und Grundgesetz – am Beispiel der Verfassungen der neuen Bundesländer, in: NVwZ 1993, S. 235-240
- Sauerwein, Herbert*, Die „Omnipotenz“ des pouvoir constituant. Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungstheorie, Diss. Frankfurt/M. 1960
- Schachtschneider, Karl Albrecht / Emmerich-Fritsche, Angelika / Beyer, Thomas C. W.*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, in: JZ 1993, S. 751-760

- Scheuing, Dieter H.*, Zur Verfassung der Europäischen Union, in: Böhm, Winfried / Lindauer, Martin (Hrsg.), *Europäischer Geist – Europäische Verantwortung: Ein Kontinent fragt nach seiner Identität und Zukunft*, Sechstes Würzburger Symposium der Universität Würzburg 2./3. Juli 1992, Stuttgart / Düsseldorf / Berlin / Leipzig 1993, S. 135-156
- Scheuner, Ulrich*, Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt, in: DÖV 1953, S. 581-585 (auch abgedruckt in: Kurz, Hanns (Hrsg.), *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, Darmstadt 1970, S. 288-300)
- Nationalstaatsprinzip und Staatenordnung seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts, in: ders., *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, hrsgg. v. Joseph Listl und Wolfgang Rübner, Berlin 1978, S. 101-133
- Schilling, Theodor*, Die deutsche Verfassung und die europäische Einigung, in: AöR 116 (1991), S. 32-71
- Die Verfassung Europas, in: StWStP 7 (1996), S. 387-417
 - The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations, in: *Harvard International Law Journal* Vol. 37 (1996), S. 389-410
- Schmidt, Manfred G.*, *Demokratietheorien*, 3. Aufl. Opladen 2000
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz*, *Kommentar zum Grundgesetz*, 9. Aufl. Neuwied / Kriftel 1999
- Schmitt Glaeser, Alexander*, *Grundgesetz und Europarecht als Elemente Europäischen Verfassungsrechts*, Berlin 1996
- Schmitt, Carl*, *Der Hüter der Verfassung*, 3. Aufl. Berlin 1985 (unveränd. Nachdruck der 1. Aufl. 1931)
- Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 5. Aufl. Berlin 1989 (unveränd. Nachdruck der 4. Aufl. 1978, basierend auf der 2. Aufl. 1928)
 - Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 7. Aufl. Berlin 1991 (unveränd. Nachdruck der 2. Aufl. 1926)
 - Politische Theologie, 6. Aufl. 1993 (Neudruck der 2. Aufl. 1934)
 - Verfassungslehre, 8. Aufl. Berlin 1993 (Neusatz auf Basis der 1928 erschienenen 1. Aufl.)
- Schmitt, Eberhard*, *Repräsentation und Revolution. Eine Untersuchung zur Genesis der kontinentalen Theorie und Praxis parlamentarischer Repräsentation aus der Herrschaftspraxis des Ancien régime in Frankreich (1760-1789)*, München 1969
- Sieyes, in: Maier, Hans / Rausch, Heinz / Denzer, Horst (Hrsg.), *Klassiker des politischen Denkens, Zweiter Band: Von Locke bis Max Weber*, 5. Aufl. München 1987, S. 101-117
- Schneider, Hans-Peter*, Die verfassungsgebende Gewalt, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VII:

- Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992, § 158 (zit.: HStR § 158)
- Föderative Gewaltenteilung in Europa. Zur Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, in: Cremer / Giegerich / Richter / Zimmermann (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin / New York / Barcelona / Hongkong / London / Mailand / Paris / Tokio 2002, S. 1401-1424
- Scholz, Rupert*, Art. 23, in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. III, Stand: Oktober 2002
- Schönemann, Bernd*, Volk, Nation, Nationalismus, Masse VI-XII, in: Brunner, Otto / Conze, Werner / Kosellek, Reinhart (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 7, Stuttgart 1992, S. 281-380
- Schröder, Meinhard*, Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, in: Ipsen / Rengeling / Mössner / Weber (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel. Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus: Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, Köln / Berlin / Bonn / München 1995, S. 509-524
- Schroeder, Werner*, Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Europäischer Union und Europäischen Gemeinschaften, in: Bogdandy, Armin von, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin / Heidelberg / New York 2003, S. 373-414
- Schulin, Ernst*, Die Französische Revolution, München 1988
- Schuppert, Gunnar Folke*, The Constituent Power, in: Starck, Christian (Hrsg.), Main Principles of the German Basic Law. The Contributions of the Federal Republic of Germany to the First World Congress of the International Association of Constitutional Law, Baden-Baden 1983, S. 37-54
- Zur Staatswerdung Europas. Überlegungen zu Bedingungsfaktoren und Perspektiven der europäischen Verfassungsentwicklung, in: StWStP 5 (1994), S. 35-76 (engl., gekürzte Fassung u.d.T. On the Evolution of a European State: Reflections on the Conditions of and the Prospects for a European Constitution, in: Hesse, Jens Joachim / Johnson, Nevil (Hrsg.), Constitutional Policy and Change in Europe, Oxford 1995, S. 329-368)
- Schwarze, Jürgen*, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, in: DVBl 1999, S. 1677-1689
- Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, in: ders. / Bieber, Roland (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa. Von der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union, Baden-Baden 1984, S. 15-48
- Schweitzer, Michael*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, in: VVDStRL 53 (1994), S. 48-69

- Seidel, Martin*, Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft nach Maastricht, in: EuR 1992, S. 125-144
- Siehr, Angelika*, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes. Bürgerrechte im Spannungsfeld von Menschenrechtsidee und Staatsmitgliedschaft, Berlin 2001
- Sieyes, Emmanuel Joseph*, Einleitung zur Verfassung. Anerkennung und erklärende Darstellung der Menschen- und Bürgerrechte. Am 20. und 21. Juli 1789 im Verfassungsausschuß verlesen, in: Politische Schriften 1788-1790, übers. u. hrsgg. v. Eberhard Schmitt u. Rolf Reichardt, 2. Aufl. München / Wien 1981, S. 241-256. Zitierte französische Ausgabe: *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen. Lu les 20 et 21 juillet 1789, au comité de constitution*, in: Emmanuel-Joseph Sieyes, *Écrits politiques, Choix et présentation de Roberto Zapperi*, 2. Aufl. Bruxelles / Paris 1994, S. 189-206
- Was ist der Dritte Stand?, in: Politische Schriften 1788-1790, übers. u. hrsgg. v. Eberhard Schmitt u. Rolf Reichardt, 2. Aufl. München / Wien 1981, S. 117-195. Zitierte französische Ausgabe: *Qu'est-ce que le Tiers État?*, in: Emmanuel-Joseph Sieyes, *Écrits politiques, Choix et présentation de Roberto Zapperi*, 2. Aufl. Bruxelles / Paris 1994, S. 115-188
- Simson, Werner von*, Der Staat als Teil und als Ganzes, Baden-Baden 1993
- Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, Berlin 1965
- Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, in: EuR 1991, S. 1-18
- Smend, Rudolf*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. Berlin 1968, S. 119-276
- Sobotta, Christoph*, Transparenz in den Rechtsetzungsverfahren der Europäischen Union. Stand und Perspektiven des Gemeinschaftsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtes auf Zugang zu Informationen, Baden-Baden 2000
- Speckmaier, Sabine*, Art. 146, in: Umbach, Dieter C. / Clemens, Thomas (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band 2, Heidelberg 2002
- Spinelli, Altiero*, Das Verfassungsprojekt des Europäischen Parlaments, in: Schwarze, Jürgen / Bieber, Roland (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, Baden-Baden 1984, S. 231-246
- Stein, Torsten*, „Gut gemeint ...“ – Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: Cremer / Giegerich / Richter / Zimmermann (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin / New York / Barcelona / Hongkong / London / Mailand / Paris / Tokio 2002, S. 1425-1436
- Steinberg, Rudolf*, Grundgesetz und Europäische Verfassung, in: ZRP 1999, S. 365-374
- Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrecht, in: Eichel, Hans / Möller, Klaus Peter (Hrsg.), 50 Jahre Verfassung des Landes Hessen. Eine Festschrift, Wiesbaden 1997, S. 356-382
- Steinberger, Helmut*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, in: VVDStRL 50 (1991), S. 9-55

- Steiner, Udo*, Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes, Berlin 1966
- Steinvorth, Ulrich*, Stationen der politischen Theorie, 3. Aufl. Stuttgart 1994
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl. München 1984
- Stolleis, Michael*, Das „europäische Haus“ und seine Verfassung, in: KritV 1995, S. 275-297
- Storr, Stefan*, Verfassunggebung in den Ländern – Zur Verfassunggebung unter den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes –, Stuttgart / München / Hannover / Berlin / Weimar / Dresden 1995
- Streinz, Rudolf*, Art. 23, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. München 1999
- Das „Kooperationsverhältnis“ zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof nach dem Maastricht-Urteil, in: Ipsen / Rengeling / Mössner / Weber (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel. Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus: Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, Köln / Berlin / Bonn / München 1995, S. 663-679
 - Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992, § 182 (zit.: HStR § 182)
 - Europarecht, 5. Aufl. Heidelberg 2001
- Stückrath, Birgitta*, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, Berlin 1997
- Talmon, Jacob L.*, Die Ursprünge der totalitären Demokratie, Köln / Opladen 1961 (übers. v. Efrath B. Kleinhaus; Originaltitel: The Origins of Totalitarian Democracy, London 1952)
- Tocqueville, Alexis de*, Über die Demokratie in Amerika, ausgewählt u. hrsgg. v. Jacob P. Mayer, Stuttgart 1985
- Tomuschat, Christian*, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992, § 172 (zit.: HStR § 172)
- Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Drexler, Josef / Kreuzer, Karl F. / Scheuing, Dieter H. / Sieber, Ulrich (Hrsg.), Europäische Demokratie, Baden-Baden 1999, S. 73-87
 - Zweitbearbeitung Art. 24, in: Dolzer, Rudolf / Vogel, Klaus (Hrsg.), Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Stand: Dezember 2002

- Tosch, Erich*, Die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Willen des historischen Verfassungsgebers, Berlin 1979
- Tsatsos, Dimitris Th.*, Die Europäische Unionsgrundordnung, in: EuGRZ 1995, S. 287-296
- Waechter, Kay*, Studien zum Gedanken der Einheit des Staates. Über die rechtsphilosophische Auflösung der Einheit des Subjektes, Berlin 1994
- Weber, Albrecht*, Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, in: NJW 2000, S. 537-544
- Wedel, Henning von*, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung. Dargestellt am Beispiel Deutschlands 1848/49, 1919, 1948/49, Berlin 1976
- Wegge, Georg*, Zur normativen Bedeutung des Demokratieprinzips nach Art. 79 Abs. 3 GG. Ein verfassungsdogmatischer Beitrag zur Rationalität des Rechts, Baden-Baden 1996
- Weiler, Joseph H. H.*, Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: JöR NF 44 (1996), S. 91-135
- / *Haltern, Ulrich R.*, The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass, in: Harvard International Law Journal Vol. 37 (1996), S. 411-448
- Wiederin, Ewald*, Verfassungsgebung im wiedervereinigten Deutschland. Versuch einer dogmatischen Zwischenbilanz zu Art. 146 GG n.F., in: AöR 1992, S. 411-448
- Wolf, Joachim*, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht. Ein Anwendungsfall des Art. 146 GG, in: JZ 1993, S. 594-601
- Wood, Gordon S.*, The Creation of the American Republic 1776-1787, Chapel Hill 1969
- Zülch, Wilhelm*, Das Verbot von Verfassungsänderungen nach dem Bonner Grundgesetz (Ist ein so weitgehendes Verbot von Verfassungsänderungen, wie es Art. 79 Abs. 3 GG enthält, mit den demokratischen Ordnungsprinzipien des Grundgesetzes selbst vereinbar?), Düsseldorf o.J. (Diss. jur. Marburg 1957)
- Zuleeg, Manfred*, Art. 23, in: Denninger, Erhard (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Bd. 2, Neuwied / Kriftel 2001
- Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft, in: JZ 1993, S. 1069-1074
- Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl, Josef / Kreuzer, Karl F. / Scheuing, Dieter H. / Sieber, Ulrich (Hrsg.), Europäische Demokratie, Baden-Baden 1999, S. 11-25
- Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: BB 1994, S. 581-587

- Die Vorzüge der Europäischen Verfassung, in: Bogdandy, Armin von, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin / Heidelberg / New York 2003, S. 931-957
- Zweig, Egon*, Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution, Tübingen 1909