

H. Kritik der Lehre vom *pouvoir constituant*

I. Einführung

Die Lehre des Abbé Sieyès stellte die Lehre vom *pouvoir constituant* in ihrer frühen Reinform dar. Die kurze Vorstellung der Sieyèsschen Lehre hat gezeigt, dass diese das Produkt zahlreicher Einflüsse war, von denen die Trias der Vertragstheorien Lockes, Rousseaus und Montesquieus sicherlich am wichtigsten ist. Allerdings wurde auch klar, dass die reine Lehre des *pouvoir constituant* sich zwar als ein für die Praxis geschaffenes, auf seine Realisierung wartendes Programm präsentierte, diesem an sich selbst gestellten Anspruch (zumindest in ihrer dogmatisch lupenreinen Form) allerdings nicht uneingeschränkt gerecht werden konnte.

Obwohl Sieyès mit seinem Programm eher auf die Bedürfnisse der Praxis einging und im Vergleich zu den Vertragstheoretikern einen pragmatischeren Ansatz verfolgte, wirft sein Werk zahlreiche Fragen auf. Sieyès erkannte diese Unzulänglichkeiten selbst. Wie erörtert, machte er bereits in der Schrift über den Dritten Stand und noch deutlicher im *Préliminaire* zu der geplanten Verfassung Schritte zurück, mit denen er seine radikale Konzeption von der Macht des *pouvoir constituant* zu mäßigen und an die politische Realität anzupassen bestrebt war. Es wurde dargelegt, dass die Idee vom allmächtigen *pouvoir constituant* auch im System des Abbé Sieyès eine Übertreibung darstellt, die primär das Ziel verfolgte, den Vertretern des *Tiers État* das intellektuelle und emotionale Rüstzeug zu liefern, um den unvermeidbaren Schritt in die Richtung der Herrschaft des Volkes zu wagen. Blendete Carl Schmitt diese historischen Gegebenheiten aus und schuf so das erschreckende Bild der unkontrollierbaren Macht des Volkes, verbannt die genauere Lektüre von Sieyès' Schriften und die Kenntnis der Umstände von deren Entstehung Carl Schmitts verfälschende Darstellung schnell aus dem verfassungsrechtlichen Diskurs. Insbesondere der *Préliminaire* hat erkennbar gemacht, dass Sieyès stark von den Idealen der Aufklärung, den Vertragstheorien und durch diese auch von der Idee eines objektiv wahren und gerechten Naturrechts beeinflusst worden war. Ein *pouvoir constituant*, der „tut was er will“ und eine von diesen Idealen und Konzepten losgelöste Verfassung schafft, ist mit Sieyès' Weltsicht deswegen unvereinbar.

Ist mit dieser Feststellung *Carl Schmitts* staatsrechtliches Monster gebändigt, bleiben trotzdem immer noch viele Fragen. Der den Idealen der Aufklärung und der Demokratie verpflichtete Leser mag den zwingenden Charakter der *verfassungsstaatlichen Vorbestimmtheit* (*Isensee*)⁴³⁸ als zivilisatorische Errungenschaft begrüßen, objektiv betrachtet ist diese aber eine der wichtigsten Grenzen der verfassungsgebenden Gewalt. Die Gestaltungsmöglichkeiten reduzieren sich auf jenen Spielraum, den der *Typus des Verfassungsstaates* offenhält, und die Verfassungsurkunde ist *von vornherein ausgerichtet auf den Verfassungsstaat, wie ihn die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 vorwegnimmt*.⁴³⁹

Stellt diese Vorbestimmtheit ein begrüßenswertes Korrektiv der Utopie vom allmächtigen *pouvoir constituant* dar, wecken andere Einwände Zweifel an den Glauben an eine vom Volk geschaffene unverfälschte Verfassungsurkunde. Diese beziehen sich auf den Begriff des Volkes bzw. der Nation als Inhaber der verfassungsgebenden Macht, auf die Handlungsfähigkeit dieser schwer definierbaren Entität sowie auf die praktische Realisierbarkeit eines Verfahrens zur Ausarbeitung einer Verfassungsurkunde, im Rahmen dessen die Mitglieder des Volkes oder der Nation in angemessener Weise ihren Willen einbringen können.⁴⁴⁰

Diese Einwände erwecken starke Skepsis an der Eignung der Doktrin von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, für sich allein den Grund einer Verfassung zu erklären und ihr so die erforderliche Legitimität zu verleihen. Sieyès' Lehre vom *pouvoir constituant* präsentierte sich im Jahre 1789 als Ausweg aus der Dunkelheit des *Ancien Régime* und als fortschrittliche Lehre, die die traditionellen Legitimationsansätze endgültig zu überwinden berufen war. Bei nüchterner Betrachtung in den ruhigen Gewässern der heutigen Demokratie wirkt die Doktrin allerdings weniger überzeugend und durchaus kritikwürdig.

Der Legitimität der modernen europäischen Verfassungen tut diese Feststellung allerdings keinen Abbruch. Wie sich zeigen wird, lassen sich alter-

438 *Isensee*, 1992, S. 52.

439 Beide Zitate *Isensee*, 1992, S. 53. *Isensee* stellt sich hier die Frage, ob in Anbetracht dieser großen inhaltlichen Begrenzung Sieyès' theoretischer Aufwand nicht *überzogen* und der *exzessive Voluntarismus* nicht mehr sei als *revolutionäre Kraftmeierei*. Nach der hier vertretenen Auffassung war diese Kraftmeierei jedoch in Anbetracht der revolutionären Umstände nicht unbedingt fehl am Platz.

440 Vgl. hierzu *Isensee*, 1992, S. 43ff; *von Beyme, Klaus*: Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Demokratische Doktrin und politische Wirklichkeit, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, S. 7ff.

native Stränge, die legitimitätsstiftende Wirkung haben, leicht finden. Hält man die Einwände vor Augen, die gegen die Zusammensetzung der verfassungsgebenden Körperschaft und generell gegen Art und Weise der Verabschiedung des ungarischen Grundgesetzes erhoben wurden, erlangen diese Stränge Aktualität. Ob sie geeignet sind, das Szenario des Absturzes des ungarischen Grundgesetzes auch langfristig zu verhindern, steht auf einem anderen Blatt.

II. Das Volk als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt – eine Illusion?

1. Selbstermächtigung der Eliten als politische Realität

Dass Inhaber der verfassungsgebenden Gewalt nur das Volk sein kann, kann heute kaum in Zweifel gezogen werden. Ist der Begriff des *pouvoir constituant* ein *demokratischer und revolutionärer Begriff* (Böckenförde), folgt hieraus, dass er nur im Rahmen einer demokratischen Verfassungstheorie Platz hat.⁴⁴¹

Allerdings ist der Begriff des Volkes sehr offen. Er ist mithin einer der am schwierigsten auszulegenden Begriffe des gesamten Verfassungsrechts. Böckenförde verweist hier auf den Kontext der Entstehung der Sieyèsschen Lehre und auf die damalige Notwendigkeit, dem Volk als einer Art lebendigem, handlungsfähigem Subjekt eine *volle Verfügungsmacht über die Gestaltung der politisch-sozialen Ordnung* zuzuerkennen, sodass es zu deren *Urheber im eigentlichen Sinn* werden konnte.⁴⁴²

Böckenförde bezeichnet diesen Ansatz Sieyès' als *politische Theologie*. Er erhebt den Einwand, dass Sieyès bestrebt war, Attribute Gottes, die zuvor in der christlichen Theologie entwickelt worden waren, auf das Volk zu übertragen, um es so allmächtig erscheinen zu lassen.⁴⁴³ War dieses Vorge-

441 Böckenförde, 2011, S. 101. In der Zeit nach dem Wiener Kongress von 1815 haben die reaktionären Kräfte zu begründen versucht, weshalb die verfassungsgebende Gewalt nunmehr dem Monarchen (und nicht dem Volk) zustehen sollte. Hierbei bewegten sie sich allerdings in demjenigen Koordinatensystem, welches der Abbé Sieyès abgesteckt hatte und spielten somit nach den Regeln, die die Revolution geschaffen hat. Ein Zeugnis dafür, dass die traditionellen Ansätze spätestens nach 1789 nur noch als reaktionär bezeichnet werden konnten und überholt waren; vgl. hierzu Böckenförde, 2011, S. 102.

442 Böckenförde, 2011, S. 101.

443 Böckenförde, 2011, S. 101; der Begriff *politische Theologie* lässt hier den Einfluss Carl Schmitts erkennen.

hen Sieyès' revolutionären Bestrebungen geschuldet und lassen sich seine Formulierungen leicht entschärfen, so bleiben doch wichtige Fragen offen: was bedeutet Volk in diesem Zusammenhang? Wo lässt sich dieses Volk finden? Auf welche Weise kann es sich artikulieren, wenn es gefunden ist?⁴⁴⁴

Böckenförde lehnt die Annahme ab, dass der verfassungsrechtliche Volksbegriff mit dem natürlichen oder ethnischen Volksbegriff als einer *durch gemeinsame Sprache, Abstammung oder Kultur verbundenen Gruppe von Menschen* identisch sei. Vielmehr geht er von einem Volk *im politischen Sinn* aus und definiert das Volk als die *(politisch sich zusammenfindende und abgrenzende) Gruppe von Menschen, die sich ihrer selbst als politische Größe bewusst ist und als solche handelnd in die Geschichte eintritt*.⁴⁴⁵ Diesen Begriff des Volkes in politischem Sinn hält er mit dem Begriff der Nation für synonym⁴⁴⁶ und folgt damit dem Sieyèsschen Verständnis von *nation* und *peuple*, wie es auch hier vertreten wird.

Allerdings liefert diese Definition keine Antwort auf die Frage, wo denn dieses Volk im politischen Sinne konkret zu finden ist und auf welche Weise es seinen verfassungsgebenden Willen artikulieren kann. Auch Isensee stellt die sehr direkten Fragen, *wo in der Stunde Null das Volk denn ist, wen es dazu beruft, in seinem Namen zu handeln, und wie die Berufung zu erkennen ist?*⁴⁴⁷ Seine Antwort klingt sehr ernüchternd: dem Ideal des sich selbst eine Verfassung gebenden Volkes stand oft die Realität einer Elite gegenüber, die sich selbst dazu ermächtigte, die Macht des *pouvoir constituant* auszuüben.⁴⁴⁸

Dieses Urteil ist für den prototypischen Anwendungsfall der Lehre vom *pouvoir constituant* im Jahre 1789 kaum anzweifelbar. Weder das französische Volk noch die Mitglieder dieses Volkes traten in Erscheinung, von einer unmittelbaren Möglichkeit, ihrerseits Einfluss auf den Inhalt der geplanten Verfassung zu nehmen, konnte nicht die Rede sein. Auch konnten die Vertreter des *Tiers État*, die sich zur *Assemblée nationale* formierten und das Recht zur Verfassungsgebung für sich in Anspruch nahmen, hierfür kein Mandat des Volkes vorweisen. Ihre Bevollmächtigung bezog sich lediglich auf die Wahrnehmung der Interessen ihres Standes innerhalb des von der Verfassung des *Ancien Régime* abgesteckten Bewegungsspielraums.

444 Auch Böckenförde stellt sich diese Fragen; Böckenförde, 2011, S. 103f.

445 Böckenförde, 2011, S. 103.

446 Böckenförde, 2011, S. 103.

447 Isensee, 1992, S. 43.

448 Isensee, 1992, S. 43.

Anknüpfungspunkte für eine Ermächtigung zur Schaffung einer neuen Verfassung unmittelbar durch das Volk sucht man vergebens.⁴⁴⁹

Das Problem wird dadurch vertieft, dass die Versammlung des *Tiers État* auch in ihrer Rolle als Volksvertretung unter Legitimitätsmängeln litt. Sie trat mit dem Anspruch auf, die gesamte französische Nation zu vertreten, konnte sich in Wirklichkeit aber nur auf einen kleinen Teil dieser Nation stützen. Sie vertrat zwar im Vergleich zu den beiden anderen Ständen eine größere Zahl von Aktivbürgern, allerdings war diese Zahl im Vergleich zur Gesamtheit des französischen Volkes sehr gering. Die Hürden für das Wahlrecht waren so hoch, dass von den damals 26 Millionen Franzosen lediglich 4 Millionen zur Wahl berechtigt waren.⁴⁵⁰ Sieyès erkannte diesen Widerspruch, konnte ihm aber kaum dogmatisch haltbare Argumente entgegenhalten. Er argumentierte sehr leidenschaftlich und sprach schon in den ersten Zeilen der Schrift über den Dritten Stand über den Alleinvertretungsanspruch des *Tiers État*.⁴⁵¹ Dennoch liegt in dieser Diskrepanz einer der wichtigsten Widersprüche der Französischen Revolution, der auch von Anfang an eine Angriffsfläche für Kritik darstellte.⁴⁵²

Dieses Bemängeln von Partizipationsmöglichkeiten des Volkes bei der Ausübung des *pouvoir constituant* mag in der Theorie sehr überzeugend klingen, leidet allerdings unter einem Mangel. Wendet man sie undifferenziert auf sämtliche Fälle der Verfassungsgebung in der Praxis an, ist sie ebenso realitätsfern, wie die von ihr kritisierte Annahme, dass das Volk als solches ohne jegliche Einschränkung fähig wäre, den *pouvoir constituant*

449 *Isensee*, 1992, S. 44.

450 Das aktive Wahlrecht setzte französische Staatsangehörigkeit und Volljährigkeit, daneben aber auch männliches Geschlecht, Selbstständigkeit, soziale Unabhängigkeit und einen bestimmten Bildungsstand voraus; vgl. zum Thema des Legitimitätsmangels der Nationalversammlung *Isensee*, 1992, S. 44.

451 Er argumentierte dementsprechend sehr leidenschaftlich und sprach er schon in den ersten Zeilen seiner Schrift über den Dritten Stand über den Alleinvertretungsanspruch des *Tiers État*: *Le plan est assez simple. Nous avons trois questions à nous faire. 1. Qu'est-ce que le Tiers État? – TOUT. 2. Qu'a-t-il été jusqu'au présent dans l'ordre politique? RIEN. 3. Que demande-t-il? À ÊTRE QUELQUE CHOSE*; S. 1; wenig später schreibt er: *Le Tiers embrasse donc tout ce qui appartient à la nation; et tout ce qui n'est pas le Tiers ne peut pas se regarder comme étant de la nation. Qu'est-ce que le Tiers? TOUT*; TE, S. 7.

452 Der erste und bis heute wohl einflussreichste dieser Kritiker ist der irisch-britische Whig-Politiker und Staatsphilosoph *Edmund Burke* (1729- 1797), der von vielen als Vater des modernen Konservatismus angesehen wird. In seinen *Reflections on the Revolution in France* von 1790 heißt es: *A government of five hundred country attornies and obscure curates is not good for twenty-four millions of men*; *Reflections*, Para. 84.

auszuüben. Bereits in ihrem ersten praktischen Anwendungsfall zeichnete sich die Lehre vom *pouvoir constituant* dadurch aus, dass sie das *Ancien Régime* zu überwinden bestrebt war und das geeignete Mittel hierfür in einer demokratischen Verfassung sah. Die hierzu berufene Versammlung des *Tiers État* hatte jedoch innerhalb der alten, festgefahrenen Strukturen nicht die Möglichkeit, sich hierzu einer irgendwie gearteten demokratischen Partizipation des Volkes zu bedienen.⁴⁵³ Hätte die Versammlung im Jahre 1789 auf eine solche bestanden, wäre dies wegen der Unrealisierbarkeit dieses Anspruchs einem politischen Suizid gleichgekommen.

Isensee spricht in diesem Zusammenhang – wie erwähnt – von einer *Realität selbstermächtigter politischer Eliten* und führt mehrere Beispiele an.⁴⁵⁴ Allerdings fällt auf, dass diese sich allesamt auf Prozesse der Verfassungsgebung in schwierigen politischen Zeiten beziehen. Neben dem Paradebeispiel von 1789 erwähnt er den Sturz Napoleons III. im Jahre 1870,⁴⁵⁵ sowie die Rolle der Massendemonstrationen, die 1989/90 zum Zusammenbruch der DDR führten.⁴⁵⁶ Schließlich spricht *Isensee* auch vom Missbrauch der Errungenschaften der Lehre vom *pouvoir constituant* durch *linke, [...] sozialistische Ideologien, die sich gewiss sind, das Volk auf ihrer Seite zu haben, wenn nicht immer in seinem empirischen, so doch in seinem wahren Willen* sowie durch die jakobinische Revolutionsoligarchie in der Endphase der Französischen Revolution.⁴⁵⁷

Auf die beiden letzten Beispiele soll hier nicht eingegangen werden. Offensichtlich sind weder jakobinische noch bolschewistische Ideologien dazu geeignet, Legitimität für die Verfassung eines heutigen demokratischen Rechtsstaates zu schaffen. Interessant sind jedoch die beiden ersten Beispiele, da sie Zeugnis über ein wichtiges Phänomen liefern: sind die politischen Umstände schwierig, fällt es politischen Eliten, die auf der „guten Seite der Geschichte“ stehen, relativ leicht, mit einem Alleinvertre-

453 So auch *Isensee*, 1992, S. 44.

454 *Isensee*, 1992, S. 43.

455 In diesem Jahr wurde die französische Armee bei Sedan von den Truppen Moltkes des Älteren vernichtend geschlagen. Als Reaktion hierauf rief die republikanische Minderheit in der *Assemblée nationale* die Republik aus und stürzte das Kaisertum, welches faktisch sehr deutliche Züge einer Diktatur trug. Die kaisertreue Mehrheit in der *Assemblée nationale* leistete keinen nennenswerten Widerstand; s. *Isensee*, 1992, S. 44f.

456 *Isensee* bestreitet nicht, dass die damaligen Massendemonstrationen wichtige Anstöße lieferten. Allerdings merkt er an, dass es sich auch in ihrem Fall um *politisch aktive Minderheiten* handelte, die nicht mit dem gesamten Volk der ehemaligen DDR gleichgesetzt werden können; s. *Isensee*, 1992, S. 45.

457 *Isensee*, 1992, S. 46.

tungsanspruch für das ganze Volk aufzutreten und so durch ein Vorgehen, das von der weit überwiegenden Mehrheit der Staatsbürger als „richtig“ empfunden wird, Legitimität für ihr Vorgehen – auch im Zusammenhang mit der Verabschiedung einer neuen Verfassung – zu schaffen. Es besteht allerdings keine Veranlassung dazu, eine derartige Großzügigkeit im Zusammenhang mit einer politischen Selbstermächtigung der Eliten auch in ruhigen politischen Zeiten walten zu lassen, in denen eine Partizipation größerer Teile des Volkes ohne große Schwierigkeiten möglich wäre. Die Bezugnahme auf die Ursünde von 1789 und auf weitere, den Umständen der jeweiligen historischen Situation geschuldeten Szenarien vermag somit für sich allein noch lange nicht die Selbstermächtigung von Eliten als normales Drehbuch der Verfassungsgebung zu legitimieren. Vielmehr ist es für den Legitimitätsglauben nicht förderlich, wenn der Anschein eines Alleingangs der Eliten erweckt wird. In diesem Zusammenhang gewinnt der zuweilen populistisch in Feld geführte Vorwurf der „Abgehobenheit“ des „Establishments“ bedrückende Plausibilität.

2. Das unverfasste Volk – ein Zirkelschluss?

Das zweite gewichtige Argument gegen die Möglichkeit der Annahme eines Volkes im natürlichen, nicht verrechtlichten Sinn ist der Teufelskreis, den *Isensee* als den *Zirkel der unverfassten Volkes als Verfassungsgeber* bezeichnet. Das Volk kann als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt sich nur dann eine Verfassung geben, wenn es handlungsfähig ist. Diese Handlungsfähigkeit setzt allerdings ein Mindestmaß an Organisation voraus, was wiederum mit dem vollständigen Fehlen einer Verfassung unvereinbar ist. Wesentliches Merkmal einer Verfassung ist nämlich gerade das Vorhandensein von Vorschriften zur Organisation.⁴⁵⁸ *Isensee* formuliert hier sehr direkt: *Das Volk muss [...] schon vorab verfasst sein, damit es sich eine neue Verfassung geben kann.*⁴⁵⁹ Das Erscheinen des *pouvoir constituant* in seiner ursprünglichen, ungebundenen Form würde einen kompletten Bruch mit der alten Ordnung und eine neue „Stunde Null“ voraussetzen, was allerdings illusorisch bleiben muss. Vielmehr treten bereits vom Volk bevollmächtigte oder zumindest anerkannte Personen als eine verfasste

458 *Isensee*, 1992, S. 47.

459 *Isensee* verweist hier darauf, dass bereits Hegel in seinen *Grundlinien der Philosophie des Rechts* von 1821 auf diesen Teufelskreis hinwies; *Isensee*, 1992, S. 47.

Gruppe auf, die für sich das Recht in Anspruch nimmt, die neue Verfassung zu verabschieden.

3. Verzerrung des Willens des Volkes durch das freie Mandat

Drittens ist problematisch, dass durch das den Regelfall bildende freie Mandat der Mitglieder des verfassungsgebenden Organs der Wille des Volkes noch mehr verzerrt werden kann.⁴⁶⁰

Grund hierfür ist, dass die Abgeordneten wegen der im Laufe der Ausarbeitung der Verfassungsurkunde zwangsweise auftretenden Unvorhersehbarkeiten und wegen der unvermeidbaren politischen Kompromisse den durch das freie Mandat gewährten Bewegungsspielraum zu nutzen gezwungen sind. Ist durch die Freiheit des Mandats der Auftrag ohnehin vage, kann der ursprüngliche Wille durch die Ausnutzung des den sämtlichen Abgeordneten gewährten Bewegungsspielraums – oft in sehr unterschiedliche Richtungen – noch mehr verfremdet werden.

III. Das Verfahren zur Verabschiedung der Verfassung – Sieyès' Ideal und politische Realität

1. Unauffindbarkeit des Volkswillens

Die zweite große Schwierigkeit der Lehre vom *pouvoir constituant* ist neben der Ungreifbarkeit des Volkes das Problem des richtigen Entscheidungsverfahrens. Obwohl sich Sieyès im Zusammenhang mit dieser Frage etwas widersprüchlich äußert und – wie gezeigt – in der Schrift vom Dritten Stand ein hypothetisches ideales Verfahren skizziert, entspricht es der Idee vom nicht eingrenzbaren *pouvoir constituant* selbstverständlich besser, wenn davon ausgegangen wird, dass das Volk seinen Verfassungswillen in beliebiger Form äußern kann.

Sprach Sieyès im Revolutionsjahr 1789 in Interesse einer starken Legitimierung der verfassungsgebenden Macht der Nationalversammlung von

460 v. Beyme, 1968, S. 8. v. Beyme weist hier darauf hin, dass ein imperatives Mandat zwar häufig gefordert wurde, sich jedoch ebenso wenig wie im Falle der herkömmlichen Legislativorgane durchsetzen konnte. Anhänger des Imperativmandats waren z.B. in Frankreich die Anhänger *Léon Gambettas* (1838–1882) und in Italien diejenigen *Giuseppe Mazzinis* (1805–1872).

einer derartigen Freiheit des Verfahrens, ist diese Annahme einer absoluten Gestaltungsfreiheit ebenso utopisch wie die Annahme eines unmittelbar in Erscheinung tretenden Volkes. Selbst dann, wenn man von einem tatsächlich und unmittelbar auftretenden Volk als Subjekt der Verfassunggebung ausgehen würde, das seinen Willen artikulieren kann, wäre kein Verfahren realistisch dazu geeignet, diesen verfassungsgebenden Willen in vollkommen reiner Form zu erfassen und die Verfassungsurkunde entsprechend zu gestalten. Erstens ist der Inhalt dieses verfassungsgebenden Willens nicht zu erfassen, und zweitens sind mehrere Faktoren vorhanden, die selbst im Falle der Auffindbarkeit solch eines hypothetischen Willens diesen verzerren würden.

Zunächst zur Unmöglichkeit der Erfassung des verfassungsgebenden Willens des Volkes: solch ein Wille in einer konkreten, auf die Schaffung einer Verfassungsurkunde mit einem bestimmten Inhalt gerichteten Form ist eine Illusion. Dieses Problem wird auch nicht dadurch gelöst, dass der Wille des Volkes mit der „öffentlichen Meinung“ gleichgesetzt wird.⁴⁶¹ Dieser Begriff ist noch schwammiger und noch anfälliger für ideologischen Missbrauch. Die Faktoren, die diese Meinung beeinflussen und evtl. auch dazu führen, dass bestimmte Gruppen im gegebenen Augenblick ihre Anliegen mit einer Berufung auf die öffentliche Meinung begründen, sind kaum zu ergründen.⁴⁶² Zu der Schwammigkeit dieses Begriffs gesellt sich die verzerrende Wirkung, die Folge der Existenz von großen Organisationen in den modernen Demokratien ist. An die Stelle der großen Summe von Einzelwillen tritt ein Wille, der Rousseaus bereits zitierte Vorahnung bestätigt, gemäß der *der Wille jeder dieser Gesellschaften in Beziehung auf ihre Mitglieder ein allgemeiner und dem Staate gegenüber ein einzelner* wird.⁴⁶³

461 So aber Henke, Wilhelm: Die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes, Friedrich Vorwerk Verlag, Stuttgart, 1957, S. 25f.

462 v. Beyme, 1968, S. 7; offenbar erkennt auch Henke diese Schwierigkeit, da er ein Eingehen auf die *zahlreichen Faktoren* ausdrücklich ablehnt, die zur Bildung dieser öffentlichen Meinung führen. Als Quellen beruft er sich auf die Soziologie und auf *Traditionen und Umstände aller Art*; Henke, 1957, S. 25.

463 Auch Henke verweist auf die verzerrende Wirkung der großen Organisationen im Staat, S. Henke; S. 25.

2. Brechungen des verfassungsgebenden Willens

Als zweite große Schwierigkeit zeigt sich die Gruppe von Faktoren, die *von Beyme* unter dem Oberbegriff der *Brechungen des verfassungsgebenden Willens des Volkes* zusammenfasst.⁴⁶⁴ Von diesen sind für die Beantwortung der Fragen, die das ungarische Grundgesetz aufwirft, zwei von besonderer Relevanz: die Bedeutung von kleineren, mit der Ausarbeitung der Verfassung beauftragten Kommissionen, sowie der Einfluss der dominantesten Stimmen innerhalb dieser Kommissionen.⁴⁶⁵ Auf diese soll später eingegangen werden.

3. Bedeutung eines vorhergehenden Verfassungsauftrags oder eines nachträglichen Plebiszits

In Anbetracht dieser vielen Schwierigkeiten bei der Findung des Volkes als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt und der Übertragung seines Willens in die geschriebene Verfassung mutet es fast naiv an, einen vorhergehenden Verfassungsauftrag oder ein nachträgliches Plebiszit als geeignet anzusehen, die Verknüpfung zwischen Subjekt und Objekt der verfassungsgebenden Gewalt herzustellen.

Als die verfassungsgebende Gewalt im Jahre 1789 ihre Feuertaufe erlebte, musste sie – wie dargelegt – ohne einen vorhergehenden ausdrücklichen Auftrag des Volkes auskommen. Allerdings ist aus den Versuchen Sieyès' in der Schrift über den Dritten Stand klar erkennbar, wie sehr er bestrebt war, diesen Makel zu mindern und alternative Argumente für die Befugnis der Versammlung des *Tiers État* zur Verfassungsgebung zu finden. Auch Oliver Cromwells Versuch, sich im Zusammenhang mit seinem *Instrument of Government* auf ein vorhergehendes konkludentes Plebiszit zu berufen zeigt, dass solch eine Bevollmächtigung für die Machthaber – und wohl

464 *v. Beyme*, S. 7. Dieser Begriff mag in einer politikwissenschaftlichen Untersuchung wie derjenigen *v. Beye*s passend sein, kann aber für die Ohren des Juristen etwas dissonant klingen. Brechen können einen Willen im juristischen Sinn Faktoren wie Zwang oder Drohung. Bei der hier relevanten Frage geht es hingegen darum, dass ein von derartigen Einflüssen unabhängiger, freier Wille durch andere Umstände verzerrt wird.

465 *v. Beyme* führt als dritten solchen Faktor die Wahrnehmung der verfassungsgebenden Tätigkeit durch die verfassungsgebende Versammlung an. Dieser ist deckungsgleich mit dem bereits diskutierten Problem der Selbstermächtigung politischer Eliten, *v. Beyme*, 1968, S. 7ff.

auch für die Beherrschten – ein wichtiges Argument zugunsten der Legitimität einer Verfassung darstellt. In Unkenntnis der Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Findung des Volkes und der Sondierung seines Willens klingt dies auch plausibel. Das Volk erteilt so der verfassungsgebenden Körperschaft eine Art Auftrag, die ausgearbeitete Verfassungsurkunde stellt sich somit eher als das „Werk“ des Volkes dar.

Wohl noch stärker wird dieser Legitimitätsglaube durch eine nachträgliche Volksabstimmung über einen ausgearbeiteten Verfassungsentwurf gefördert. Kann sich wegen der mit dem freien Mandat verbundenen Schwierigkeiten die Verfassungsurkunde in ihrer finalen Form erheblich von den ursprünglichen Plänen unterscheiden, hat im Falle des nachträglichen Plebiszits das Volk (faktisch: die Gesamtheit der wahlberechtigten Bürger) tatsächlich das „letzte Wort“, sodass ein unerwünschter Entwurf verworfen und somit die Gefahr der Oktroyierung einer ungewollten Verfassung praktisch ausgeschlossen werden kann.

Allerdings ist auch die Eignung eines nachträglichen Referendums zur Erstellung einer Verknüpfung zwischen Volk und Verfassung zumindest fragwürdig. Schwer wiegt hier die Tatsache, dass das Volk faktisch keinen Einfluss auf den Inhalt des endgültigen Entwurfs nehmen, sondern diesen nur ablehnen kann.⁴⁶⁶ Im Verfassungsreferendum äußert es sich nach Maßgabe vorher festgelegter Verfahrensregeln, die nur die Alternativen „Ja“ oder „Nein“ zulassen.⁴⁶⁷ Isensee formuliert erneut sehr direkt: *Souverän ist hier nicht, wer die Frage beantwortet, sondern wer die Frage stellt.*⁴⁶⁸

Trotz dieser Einschränkung verfügt das Verfassungsreferendum über eine große Tradition, die bis heute fortwirkt. Den ersten wichtigen Präzedenzfall schufen die Jakobiner in der späten Phase der Revolution. Der Nationalkonvent erklärte bereits 1792 die Bestätigung einer Verfassung durch das Volk zu deren unbedingter Wirksamkeitsvoraussetzung.⁴⁶⁹ Im Einklang hiermit legten die Jakobiner den neuen Entwurf der Verfassung am 24. Juni 1793 den Versammlungen der Wähler vor, die diese annahmen.

466 Auf dieses Problem verweist auch von Beyme, 1968, S. 7.

467 Isensee, 1992, S. 46.

468 Isensee, 1992, S. 46.

469 So sprach das Dekret vom 21. September 1792: *qu'il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple*; s. hierzu Isensee, 1992, S. 49.

Das unglückliche Schicksal⁴⁷⁰ dieser (inhaltlich sehr fortschrittlichen⁴⁷¹) Verfassung tat der Verbreitung des Gedankens von der Wichtigkeit des Referendums keinen Abbruch. Allerdings ist diese Forderung nach einem Referendum nicht zwingend im Einklang mit der Realität. Die Geschichte hat gezeigt, dass eine Verfassung mit demokratischem Inhalt sich nicht nur auf demokratischem Wege schaffen lässt. Das Paradebeispiel für eine Verfassung mit problematischer Entstehungsgeschichte und trotzdem demokratischem Inhalt ist wohl das deutsche Grundgesetz.

4. Problem der Verfassungsgebung durch Mehrheitsentscheid

Bereits die Ausführungen in der *Second Treatise* über die Gebundenheit der Minderheit an Mehrheitsentscheide ließen erkennen, dass diese zwar unverzichtbar für die Volksherrschaft ist, jedoch eine unangenehme Einschränkung für die Unterlegenen darstellt. Locke erkannte, dass diese Freiheitsbeschränkung nur dann mit der naturgegebenen Freiheit des Menschen in Einklang zu bringen ist, wenn derselbe Mensch zuvor eingewilligt hat, sich der Entscheidung der Mehrheit zu fügen.

Ist das Mehrheitsprinzip geeignet, die Marschrichtung zu bestimmen, in die eine bereits organisierte Körperschaft schreitet, versagt es dann, wenn es darum geht, die Bindewirkung des Mehrheitsprinzips für eine Gruppe zu begründen, die sich noch im vorvertraglichen Zustand befindet und somit keine gemeinsamen Regeln kennt. Eine Entscheidung der Mehrheit der unabhängigen Individuen vermag es nicht, die Minderheit dieser unabhängigen Individuen in den organisierten Zustand mit sich zu ziehen, wo sie sich dem Willen der Mehrheit zu fügen haben. Vielmehr

470 Die Schwierigkeiten fingen mit dem Plebiszit selbst an. Von den 7 Millionen Wahlberechtigten äußerten sich lediglich etwa 2 Millionen, primär wegen des nicht-geheimen Charakters des Plebiszits. Wegen des im März 1793 beginnenden Vendée-Aufstandes und der äußeren Angriffe im Rahmen des Ersten Koalitionskrieges trat die neue Verfassung niemals in Kraft. Am Ende dieser Entwicklung stand die Herrschaft des Wohlfahrtausschusses, die spätestens ab dem Beginn der *Zeit des Terrors* im September 1793 als äußerst brutal bezeichnet werden muss.

471 Am meisten beeindruckt das allgemeine, lediglich an Volljährigkeit und an das männliche Geschlecht geknüpfte Wahlrecht (Art. 29). Auch das Widerstandsrecht gegen Unterdrückung als Ausfluss der Grundrechte (Art. 33) und der umfangreiche Katalog an Grundrechten können als sehr fortschrittlich bezeichnet werden.

muss jeder der sich Vertragenden seine Zustimmung hierzu geben. Der Gesellschaftsvertrag setzt also Einstimmigkeit voraus.

Locke erkennt die faktische Unmöglichkeit solch einer Einstimmigkeit, ist aber trotzdem nicht bereit, von der Erforderlichkeit des Vertragsschlusses durch alle abzuweichen. Zudem erscheint der Vertragsschluss in der *Second Treatise* nicht als Fiktion oder als Mittel, mithilfe dessen Locke seine Vorstellungen zu veranschaulichen versucht.⁴⁷² Vielmehr sieht Locke im Vertragsschluss ein historisches Faktum⁴⁷³ und setzt eine Beitrittserklärung sogar für Generationen voraus, die nach dem Abschluss geboren worden sind.

Den Ausweg findet Locke darin, dass er eine konkludente Zustimmungserklärung (*tacit consent*) derjenigen ausreichen lässt, die nicht am Vertragsschluss teilnehmen konnten oder wollten. Die Voraussetzungen für diese Zustimmung setzt er hierbei sehr niedrig an.⁴⁷⁴ So lässt er z.B. Grundstückseigentum, aber auch die bloße Nutzung der Verkehrswege als konkludente Zustimmungserklärungen zum Gesellschaftsvertrag ausreichen.⁴⁷⁵

Ist in dieser Großzügigkeit Lockes Bestrebung erkennbar, die Geltung des Gesellschaftsvertrages und damit der staatlichen Ordnung für alle zu begründen, und mag sie geeignet sein, die Widerspruchsfreiheit von Lockes System aufrecht zu erhalten, stellt sie eine der Schwächen der *Second Treatise* dar und ist mit der Realität kaum vereinbar.⁴⁷⁶ Es fällt schwer, solch eine konkludente Zustimmung etwa bei denjenigen Bürgern zu finden, die sich schlicht auf dem Staatsgebiet aufhalten und über Eigentum verfügen, da viele von ihnen eventuell die staatliche Ordnung ablehnen, ihnen allerdings die Möglichkeit fehlt, das Staatsgebiet zu verlassen. Eine derartige mit Schweigen verbundene Ablehnung kann kaum als konkludente Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag ausgelegt werden.⁴⁷⁷

Von den Schwierigkeiten, die Gedanken der Vertragstheoretiker auf die moderne Verfassungsgebung zu übertragen, war bereits die Rede. Aber ge-

472 So auch *Herbst*, 2003, S. 47.

473 Vgl. hierzu seine Versuche, historische Präzedenzfälle für den Vertragsschluss zu finden; *Second Treatise*, Chap. VIII., Sect. 101ff.

474 *Second Treatise*, Chap. VIII Sect. 119.

475 *Second Treatise*, Chap. VIII, Sect. 119.

476 Sehr deutlich kritisiert *Kersting* Lockes Konzept der stillschweigenden Zustimmung; vgl. *Kersting, Wolfgang*: Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, Academic Wissenschaftliche Buchgesellschaft (WBG), Darmstadt, 1994, S. 137ff.

477 *Kersting*, a.a.O., *Herbst*, 2003, S. 47.

rade Lockes Ablehnung, Mehrheitsherrschaft durch Mehrheitsentscheid zu begründen, war sehr einflussreich, wenn es um die Kritik der Lehre vom *pouvoir constituant* ging: *Mehrheit aus Mehrheit abzuleiten, wäre ein Zirkel, Mehrheitsherrschaft durch Mehrheit einzuführen, ein Diktat. Das erste unvereinbar mit der Vernunft, das zweite unvereinbar mit dem Freiheitsgedanken (Isensee).*⁴⁷⁸ Die Schwierigkeit, die sich hier im Zusammenhang mit der Verfassungsgebung stellt, ist ähnlich wie das Problem in der *Second Treatise*. Das Mehrheitsprinzip vermag auch hier nicht zu erklären, weshalb die Minderheit sich die Entscheidung der Mehrheit zu eigen machen muss.⁴⁷⁹

Wegen der Ähnlichkeit des Problems lässt sich auch Lockes Lösungsansatz gut übertragen. Dank der im Vergleich zum Gesellschaftsvertrag konkreteren und besser greifbaren Natur der modernen geschriebenen Verfassung ist das Erfordernis der Zustimmung hier sogar leichter zu erfassen. Die Unterlegenen – gemeint sind Parteien ebenso, wie ihre Wähler – sind bereit, sich der Entscheidung der Mehrheit zu fügen, wenn sie *vorab die demokratische Verfassung als gemeinsame Spielregel anerkennt*⁴⁸⁰ haben. Und über diese Spielregel müssen sich alle Akteure der Politik, d.h. die Angehörigen potenzieller Mehrheiten wie potenzieller Minderheiten, geeinigt haben.⁴⁸¹

Lockes Forderung nach einer Einstimmigkeit bleibt auch in diesem Zusammenhang eine Utopie, allerdings ist ihr zentraler Gedanke sehr wertvoll, wenn es darum geht, Legitimität für die Verfassung zu schaffen. Kann diese zwar nicht von ausnahmslos allen Akteuren durch ein *tacit consent* angenommen werden, ist es für ihre Legitimität abträglich, wenn sie von großen Teilen des politischen Spektrums abgelehnt wird, da diese Kräfte sich so die Entscheidung der nach den Regeln dieser Verfassung zustande gekommenen Mehrheit nicht bzw. nur äußerst ungern zu eigen machen werden. Auf der anderen Seite kann ein starker Legitimationsstrang geschaffen werden, wenn die Verfassung von allen Akteuren zumindest als ein realistischer, fairer Kompromiss anerkannt wird. Dieser Gedanke hat auch Ähnlichkeit mit der *volonté générale* Rousseaus in der hier vertretenen Auffassung, die in ihr primär das Element des gegenseitigen Wollens und Dafürhaltens für das Gemeinwesen sieht.

Dieser alternative Legitimationsstrang der Akzeptanz ist umso wichtiger, als das Erfordernis einer Einstimmigkeit das Volk und die Verfassung

478 Isensee, 1992, S. 50.

479 Isensee, 1992, S. 50.

480 So Isensee, 1992, S. 50.

481 Isensee, 1992, S. 50.

als das vermeintliche Produkt seiner verfassungsgebenden Gewalt noch weiter voneinander entfernt: zu der Unmöglichkeit, dass das Volk als Verfassungsgeber unmittelbar in Erscheinung tritt und der weiteren Unmöglichkeit, dass es seinen Willen ohne verzerrende Faktoren artikuliert, kommt als dritte Unmöglichkeit die Einholung einer expliziten Zustimmung zum Inhalt der Verfassung seitens aller Mitglieder dieses ungreifbaren Volkes.

5. Vorbestimmtheit durch äußere Umstände

Ähnlich wie die Erwartungen, die heute an einen europäischen Verfassungsstaat gestellt werden, bedeuten auch die historischen Gegebenheiten, die die Verfassung zu beachten hat, eine erhebliche Verengung der Bahnen, innerhalb der der *pouvoir constituant* sich zu bewegen hat. Jede Verfassung ist notwendig das Produkt der historischen Gegebenheiten, unter denen sie entsteht.⁴⁸² Zwingend greift die Verfassung bestimmte Probleme der Zeit ihrer Entstehung auf und sucht eine Antwort auf diese.⁴⁸³

482 *Isensee*, 1992, S. 57.

483 *Isensee* verweist hier darauf, dass die Französische Revolution, die wohl den *tiefs-ten epochenschnitt* überhaupt darstellte, nicht imstande war, komplett mit den Strukturen des *Ancien Régime* zu brechen. Vielmehr übernahm sie die Strukturen des modernen Staates, d.h. die Produkte des französischen Absolutismus und interpretierte die Herrschaftsbefugnisse neu; s. hierzu *Isensee*, 1992, S. 57.