

J. Zusammenfassung zum theoretischen Teil und Überleitung zum ungarischen Grundgesetz

I. Die Lebre vom pouvoir constituant als Richtschnur der Legitimität

Diese recht theoretischen Ausführungen hatten den Praktiker vor Augen, dessen Interesse durch das ungewöhnliche, europaweit ein großes Medienecho hervorruhende Vorgehen des Fidesz bei der Verabschiedung der Verfassung geweckt wurde. Dieser Praktiker betrachtet den *pouvoir constituant* als den Grenzbegriff, als den ihn *Böckenförde* bezeichnete. In den ruhigen Gewässern der Demokratie, in denen sich die Staaten Westeuropas seit dem Ende des Krieges und die ehemaligen sozialistischen Staaten seit den 90er Jahren bewegten, lädt dieser Grenzbegriff eher zu theoretischen Spiegelerien ein. Die Verfassungen erscheinen ebenso stabil wie die Demokratien, deren Grundgerüst sie bilden. Das Szenario einer neuen Verfassunggebung wird nur selten aktuell. Sollte dies dennoch in der Vergangenheit der Fall gewesen sein, verfolgten diese neuen Verfassungen das Ziel, die Grundstrukturen des Rechtsstaates in fortschrittliche, besser strukturierte oder den Anforderungen der Demokratie noch besser entsprechende Formen zu gießen.⁵⁰⁴

In Anbetracht des Inhalts und der Art und Weise der Verabschiedung des ungarischen Grundgesetzes drängt sich jedoch die Besorgnis auf, dass diese ruhigen Gewässer getrübt wurden. Muss eine klare Stellungnahme zur entscheidenden Frage der Legitimität dem Ende der Arbeit vorbehalten bleiben, sind eine erste Lektüre der Urkunde und eine nur flüchtige Kenntnis der Geschichte ihrer Verabschiedung ausreichend, um den Unmut desjenigen Lesers zu wecken, der den Werten der westlichen Verfassungskultur verpflichtet ist. Die auffallend schnelle Verabschiedung und die hierauf folgenden zahlreichen Verfassungsänderungen erwecken

504 Als Beispiel diene hier die Verfassung der Republik Finnlands von 2000. Diese trat an die Stelle einer komplizierten Struktur von vier Gesetzen von Verfassungsrang und machte damit das öffentliche Recht Finlands strukturierter und leichter verständlich. Daneben schränkte sie die Machtbefugnisse des Staatsoberhaupts deutlich ein und schuf einen starken Parlamentarismus anstelle des früheren semipräsidentiellen Systems. Eine inoffizielle Übersetzung der sich selbst als Grundgesetz bezeichnenden Urkunde findet sich unter <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/de19990731.pdf> (Zugriff: 01.03.2020).

den Eindruck, dass der Fidesz seine Zweidrittelmehrheit in der Landesversammlung dazu missbraucht, die Verfassung seinen eigenen tagespolitischen Belangen unterzuordnen. Im Schatten dieses Vorgehens scheint es nicht aus der Luft gegriffen, dass die Einführung neuer Materien in den Kreis der Fragen, die der Regelung durch Zweidrittelgesetze vorbehalten bleiben, ebenfalls Zeugnis der Bestrebung des Fidesz ist, eigene politische Präferenzen langfristig dem Zugriff der heutigen Opposition zu entziehen, selbst im Falle des eigenen Wahlverlustes.

Vielleicht noch auffallender ist die Symbolik des Grundgesetzes, vor allem in der Präambel. Selbst der sich mit ungarischer oder osteuropäischer Geschichte nur an Rande auseinandersetzende Leser erkennt sofort, dass die Worte Ausdruck einer Weltanschauung sind, die charakteristisch für die politische Rechte ist.

Erwecken das Verfahren der Verabschiedung und der Inhalt den Eindruck, dass das überwiegend sehr negative Echo in den deutschsprachigen Medien hinsichtlich des Grundgesetzes nicht aus der Luft gegriffen ist, muss der Jurist im Kopf behalten, dass gerade im Falle einer berechtigten Kritik eine detaillierte und dogmatisch saubere Auseinandersetzung mit dem Grundgesetz erforderlich ist.⁵⁰⁵ Die verheerenden Kritiken machen eine sachliche Bewertung und eine detaillierte Begründung des Urteils zum Gebot der Fairness. Fairness gegenüber dem ungarischen Verfassunggeber, aber auch gegenüber denjenigen Ungarn, die womöglich bei der Verfassunggebung übergangen worden sind.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass sich Küpper in seinem 2012 erschienenen Werk eine *neutrale, ausgewogene und rein rechtswissenschaftlichen Maßstäben verpflichtete Bestandaufnahme, Analyse und Bewertung des Grundgesetzes* zum Ziel gesetzt hatte. Er wies dabei aber auf die Schwierigkeiten hin, die die Eigenheiten des Grundgesetzes bereiten.⁵⁰⁶ Küpper bewältigte diese schwierige Aufgabe mit Bravour, sodass eine erneute solche Bestandaufnahme trotz der turbulenten Geschichte der Urkunde seit ihrer Verabschiedung einen allenfalls geringen Wert hätte. Küpper kam zu dem Schluss, dass das Grundgesetz sich in *Manchem von den allgemeinen westeuropäischen Verfassungsstandards entferne*⁵⁰⁷ und begründete dieses Ergebnis

505 Für eine Zusammenfassung dieser Resonanz s. Küpper, Herbert: Das ungarische Grundgesetz im Spiegel der deutschsprachigen Medien, in: Küpper, Herbert / Csehi, Zoltán / Láng, Csaba (Hrsg.): Vier Jahre ungarisches Grundgesetz, Studien des Instituts für Ostrecht München, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2016, S. 11f.

506 Küpper, 2012, S. 5.

507 Küpper, 2012, S. 195.

sehr überzeugend, indem er dogmatisch sauber und nahe am Gesetz argumentierte.

Küppers sorgfältige Begründung des Ergebnisses führt dazu, dass der Streit nunmehr auf einer anderen Ebene stattfindet und mit anderen Mitteln gefochten werden muss. Zentrales Element der Weltsicht des Fidesz ist die Ablehnung des Liberalismus, verbunden mit dem Versprechen, eine radikale Alternative zu diesem Liberalismus zu bieten.⁵⁰⁸ Das Grundgesetz und das ehrgeizige Vorgehen bei der Umgestaltung des öffentlichen Rechts tragen sehr deutlich die Spuren dieser Bestrebung. Demjenigen, der diese Bestrebungen für begrüßenswert hält, liegen unweigerlich Fragen auf der Zunge: welche sind denn die *westeuropäischen Verfassungsstandards*, von denen Küpper spricht? Weswegen sind sie begrüßenswert? Wo finden sie ihre Grundlage, und weswegen sollen sie den ambitionierten ungarischen Verfassunggeber binden?

Insbesondere die letzte Frage ist schwierig, rückt doch hier der Charakter des *pouvoir constituant* als Grenzbegriff in die Mitte. Die Unmöglichkeit, die Gültigkeit des obersten rechtlichen Dokuments aus höherrangigen geschriebenen oder ungeschriebenen Normen zu begründen, vermag zu der Annahme zu verleiten, dass der (in welcher Form auch immer bevollmächtigte) Verfassunggeber allein an den Willen des hinter ihm stehenden verfassunggebenden Macht und nicht an irgendwie geartete Normen gebunden ist. Der verbreitete Irrglaube von der Allmächtigkeit des *pouvoir constituant* gießt hier noch mehr Öl ins Feuer.

Der sich gegen die westliche Kritik wehrende Apologet des Grundgesetzes hat in Anbetracht der wesensbedingten Unbestimmtheit des Grenzbegriffs ein leichtes Spiel und kann gewichtige Gegenfragen stellen. Sind die von Küpper ins Feld geführten *westeuropäischen Verfassungsstandards* nicht lediglich besondere Ausprägungen von ohnehin nicht verpflichtenden Normen, die noch dazu in ihrer zeitlichen wie räumlichen Geltung beschränkt sind? Ist der *pouvoir constituant*, den die Landesversammlung nach 2010 ausgeübt hatte, nicht losgelöst von Bindungen und das Grundgesetz insoweit Spiegel des Willens des ungarischen Volkes, welches die Landesversammlung bevollmächtigt hatte? Ist die Zweidrittelmehrheit der Landesversammlung in einem Land, in dem die Verfassunggebung durch

508 Ebenso berühmt wie berüchtigt ist die Rede, die Viktor Orbán am 26.07.2014 in Bálványos hielt und in welcher er das erste Mal offen von seinem Gesellschaftsmodell der illiberalen Demokratie sprach. Eine Zusammenfassung des vom Fidesz vertretenen Illiberalismus lieferte er wiederum in seiner Rede in Tusványos vom 27.07.2019.

J. Zusammenfassung zum theoretischen Teil

Konvente oder andere Körperschaften außerhalb des zentralen Legislativorgans keine Tradition hat, nicht die einzige zur Vollziehung dieses Volkswillens berufene Gewalt? Und bleibt es dieser verfassunggebenden Gewalt in Anbetracht ihrer Unbeschränktheit nicht unbenommen, das Verfahren der Verfassunggebung selbst zu wählen und den Kreis der an dieser Beteiligten selbst zu ziehen?

Das geschriebene nationale Recht vermag auf diese Fragen nicht zu antworten. Dennoch sollte der den Idealen des Liberalismus verpflichtete Jurist unverzagt sein. Die umfangreichen Ausführungen haben gezeigt, dass auch diesen zunächst plausibel klingenden Argumenten sehr gewichtige Gegenargumente entgegengehalten werden können. Beruht die Lehre vom *pouvoir constituant* des Volkes, die heute im westlichen Kulturreis durchaus mit dem Anspruch der Ausschließlichkeit auftreten kann, eher auf Tradition als auf geschriebenen Rechtssätzen, liegt hierin trotz der schwierigeren Fassbarkeit auch ein großer Vorteil: Tradition ist beständiger als das geschriebene Recht. Die vorhergehenden Kapitel haben gezeigt, dass die Verfassungstradition des Westens das Produkt der Bestrebungen der brillantesten Denker spätestens seit John Locke ist und dass es günstige historische Ereignisse waren, die der Lehre zu ihrem Durchbruch verholfen haben. Die Glorious Revolution, die Unabhängigkeitsbewegung der Vereinigten Staaten und schließlich die Französische Revolution gelten insoweit nicht ohne Grund als Wendepunkte der Verfassungsgeschichte. Die klassische Lehre vom *pouvoir constituant* muss deswegen als Richtschnur für die Beurteilung der Legitimität des ungarischen Grundgesetzes dienen.

II. Isensees Kritik und der Versuch einer Synthese

Der Verfasser vertraut darauf, dass die obigen Ausführungen die Entwicklung der Lehre vom *pouvoir constituant* und ihre allerwichtigsten Inhalte dem Leser näherbringen konnten. Die Darstellung verfolgte hierbei stets das Ziel, aufzuzeigen, dass bei der Entwicklung der Lehre Theorie und Praxis Hand in Hand gingen.

Es darf allerdings nicht verschwiegen werden, dass voneinander sehr unterschiedliche Strömungen Einzug in den großen Fluss der Lehre vom *pouvoir constituant* gefunden haben. Deutlich geworden ist, dass die Lehren von Locke, Montesquieu und Rousseau sich sehr stark voneinander unterscheiden und vor allem der Einfachheit halber unter dem Oberbegriff der

Vertragstheorien zusammengefasst werden.⁵⁰⁹ Ebenso wurde ersichtlich, dass die Lehre in ihrer Sieyesschen Reinform aus vorwiegend pragmatischen Gründen bestrebt war, diese sehr unterschiedlichen Theorien unter einen Hut zu bringen. Mag dies eklektisch wirken, ist es dennoch der Weg, den die Lehre eingeschlagen hat. Vor allem deswegen, weil sich die Kombination aus der Rückkopplung an den Willen des Volkes einerseits und der Vorgabe von konkreten inhaltlichen Anforderungen in Gestalt der Menschenreche, der Partizipationsmöglichkeiten und vor allem der Gewaltenteilung als Legitimationsansatz andererseits in der Praxis bewährt hat. Sieyès als Vater der Lehre in ihrer klassischen Form ging großzügig mit den Ideen seiner Wegbereiter um, warf vieles in einen bunten Topf und schreckte nicht einmal davor zurück, sich selbst zu widersprechen, wenn es die Ziele der Revolution erforderten. Zumindest in den ersten beiden Punkten waren ihm auch die Gründerväter der Vereinigten Staaten nicht unähnlich.

Zu berücksichtigen ist, dass die Vertragstheorien und die Lehre vom *pouvoir constituant* nicht das Ziel verfolgten, vollständig geschlossene, einer Überprüfung anhand der strengsten Gesetze der Logik standhaltende Systeme zu schaffen. Sie waren vielmehr bestrebt, Grundsätze für ein als gut und gerecht empfundenes Gemeinwesen zu finden. Mehr oder weniger stark versuchten sie hierbei, auf bewährte Grundsätze der Logik zurückzugreifen und so Argumente für die Richtigkeit ihrer Forderungen zu finden. Von dem Anspruch Sieyès', die menschgemachte Welt *comme une machine ordinaire* zu analysieren war bereits die Rede. Auch davon war die Rede, wie stark Lockes umfangreiche erkenntnistheoretische Kenntnisse der Struktur und der Symmetrie den *Two Treatises* zugutekamen. Trotzdem finden sich – wie dargelegt – in allen Werken Widersprüche. Nicht einmal das deutlich weniger strukturierte Vorgehen Montesquieus und besonders Rousseaus vermochten jedoch, die Bedeutung des *Esprit des Lois* und des *contrat social* zu schmälern. Beide Werke übten einen immensen

509 Dargestellt wurden nur diese für das vorliegende Thema wohl wichtigsten Vertragstheoretiker. Neben ihnen verdienen zahlreiche andere Denker Erwähnung, allerdings würde selbst eine Beschränkung auf die wichtigsten den Rahmen dieser Arbeit ausufern lassen. Rückte wegen des herrschenden Positivismus und wegen des Einflusses von Max Webers soziologischem Ansatz das Denkmuster des Gesellschaftsvertrages ab dem 19. Jahrhundert in den Hintergrund, erlebte es nach dem Zweiten Weltkrieg eine Renaissance. Neben John Rawls sei hier auf David Gauthier (*1932) sowie im deutschen Sprachraum auf Peter Stemmer (*1954) hingewiesen, die ihre Modelle der Moralphilosophie beide mithilfe von sehr stark vertragstheoretisch geprägten Ansätzen begründen.

Einfluss auf die Verfassungstheorie und auf die Verfassungsgeschichte des Westens aus.

Hierin liegt nicht zwingend ein Kritikpunkt. Der Anspruch der Analyse der Gesellschaft *comme une machine* muss zwingend an der Realität einer irrationalen Welt und an den Zwängen der Politik scheitern. Fragte Sieyès danach, was denn *hätte getan werden sollen*, gesteht er hiermit selbst ein, dass sein Ideal vom unverfassten Urvolk als unmittelbarem Schöpfer der Verfassung ein Ideal bleiben muss. Ebenso lassen Lockes versteckte Seitenhiebe auf die Stuarts, Montesquieus ebenso versteckte Kritik des *Ancien Régime* und Rousseaus großes Interesse für die Ereignisse auf Korsika und in Polen erkennen, dass sie allesamt das Ziel verfolgten, in der Praxis funktionierende Grundsätze der gesellschaftlichen Organisation auszuarbeiten. Die systematische Philosophie und die Logik fassten sie eher als Dienerinnen auf, deren Rolle es war, ihre Vorschläge im Zeitalter der *philosophes des Lumières* in möglichst überzeugender und für die Leser attraktiver Weise zu begründen.

Erkennt man diese Versuche der Schaffung eines in der Praxis funktionierenden (und nicht zwingend eines logisch vollkommen geschlossenen) Systems als befolgungswertes Ziel an, können *Isensees* Kritik viele Argumente entgegengehalten werden. Es ist auffallend, dass Zielpunkt seines Angriffs gerade die Sieyéssche Lehre in ihrer Reinform ist. Hält man jedoch die großzügigen Zugeständnisse des Vaters dieser Lehre an die Realität vor Augen, ist die Feststellung nicht übertrieben, dass gerade diese Reinform nur eine Art Idealtypen darstellt. Somit ist *Isensees* Kritik gegen eine Variante der Lehre vom *pouvoir constituant* gerichtet, die nie wirklich mit dem Anspruch aufgetreten ist, in völlig kompromissloser Weise in die Praxis umgesetzt zu werden.

Vielmehr war diese Lehre bereit zu Kompromissen. Und in ihrer durch diese Kompromisse entschärften Form bietet sie ein weniger gut fassbares Ziel für *Isensees* Angriff. Hier ergänzen sich Punkt und Gegenpunkt. Es wird sich zeigen, dass die Legitimität einer Verfassung keine Frage von „alles oder nichts“ ist. Das unbefleckte Weiß der makellos legitimierten Verfassung bleibt ebenso ein bloßes gedankliches Konstrukt wie das tiefe Schwarz der völligen Nichtigkeit. Es wird vielmehr deutlich werden, dass jede westliche Verfassung einem Grauton zuzuordnen ist, der heller oder dunkler sein kann.

Als Beispiel diene hier der Mythos des unverfassten Volkes. *Isensees* drastische Töne von der Realität der selbstermächtigten Eliten bilden hier eher einen extremen Gegenpol als eine wirkliche Kritik. Solch eine Anmaßung seitens der Eliten bleibt ebenso Fantasie wie ein Volk, das im Urzustand

seinen natürlichen Willen äußert. Bereits die Ausführungen zur rohen Faktizität haben gezeigt, dass jede Macht auf eine freiwillige Befolgung angewiesen ist. Selbst undemokratische Systeme und deren Eliten erkennen dies und sind bestrebt, auf irgendeine Weise eine Verbindung zum „Volk“ herzustellen⁵¹⁰ – wenn dieser Versuch sich auch oft in leeren Floskeln in den Präambeln der als Verfassung bezeichneten Urkunden erschöpft.

Die Kritik Isensees an der Doktrin muss trotz ihrer zugespitzten Natur als konstruktiv aufgefasst werden. Indem sie auf Schwierigkeiten und auf die unbestreitbar vorhandenen Widersprüche hinweist, vergegenwärtigt sie die Wichtigkeit der Suche von Strängen zur Legitimierung der Verfassung nur noch mehr. Hat es der Abbé Sieyès gewagt, im Jahre 1789 Locke, Montesquieu und Rousseau trotz ihrer Unterschiedlichkeit nebeneinander ins Feld zu führen, lieferte er genau hierdurch ein Beispiel, dass gerade wegen der Praxisbezogenheit der Lehre von *pouvoir constituant* mehrere, scheinbar einander widersprechende Ansätze nebeneinander in ihr leben können. Dies sollte das nötige Selbstbewusstsein dazu geben, die Kritik Isensees neben der klassischen Lehre bestehen zu lassen. Sie soll diese nicht ersetzen, sondern ergänzen, indem sie neue Stränge bietet, die bei der Beurteilung der Legitimität der Verfassung zur Hilfe gezogen werden können.

Hat die Lehre sich im Laufe der Jahre bewährt, darf auch nicht verschwiegen werden, dass sie an die Realität einer Verfassunggebung des 21. Jahrhunderts angepasst werden muss. Die nachfolgende Darstellung wird zeigen, dass die hierzu erforderlichen logischen Sprünge nicht zwingend zu unauflösbaren Widersprüchen führen und so auch nicht den Zusammenbruch des gesamten Systems zur Folge haben.

510 Neben der noch detailliert vorzustellenden bolschewistischen Verfassung Ungarns in ihrer Form von 1949 diene hier als Beispiel die Verfassung Chiles von 1980, die einzig das Ziel verfolgte, die Macht von General Pinochet und seiner Junta abzusichern. Die Junta war bestrebt, der Urkunde durch ein Referendum Legitimität zu verschaffen, welches jedoch wegen des unfairen Verfahrens und des kaum übersehbaren Betrugs bei der Abstimmung lediglich traurige Bekanntheit erlangte. Auch der Text berief sich zu seiner Legitimierung auf Volk, Gemeinwohl und sogar auf die Pflicht des Staates, dem Individuum zu dienen. Insbesondere der letzte Punkt wirkt in Kenntnis der Brutalität von Pinochets Junta und des Kollektivismus dieser Zeit zynisch und beinahe absurd.

III. Die einzelnen Stränge der Legitimation

1. Verfassungsstaatliche Grundprinzipien als Grenzen des *pouvoir constituant*

Vom Korrektiv der verfassungsstaatlichen Vorbestimmtheit war bereits die Rede. Im westlichen Kulturkreis ist diese Einschränkung des *pouvoir constituant* eine Selbstverständlichkeit. Es steht nicht zur Diskussion, dass die systematische Missachtung der Grundrechte, des Neutralitätsgebots des Staates, des Grundsatzes der Gewaltenteilung oder des Demokratieprinzips im heutigen Europa eine Unmöglichkeit darstellen.

Eine Berufung auf derartige Extremfälle mag zwar bequem sein, kann aber zu Thema der vorliegenden Arbeit nicht viel beitragen. Vielmehr sind deutlich strengere Maßstäbe zur Beurteilung jeder europäischen Verfassung – und somit auch des ungarischen Grundgesetzes – angebracht. Ist die Lehre vom *pouvoir constituant* ein Kind des Liberalismus, sind die Anforderungen genau dieses Liberalismus auf ein Dokument anzuwenden, das mit dem Anspruch auftritt, sich in den westlichen Kulturkreis einzufügen. Wie deutlich gemacht wurde, setzt der Liberalismus hohe inhaltliche Anforderungen an die grundlegenden Regeln für das Gemeinwesen.

Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass der gegen den Liberalismus gerichtete Vorwurf des „moralischen Relativismus“ einen der Grundpfeiler der Weltsicht des Fidesz darstellt, ist hier noch einmal vor Augen zu führen, was aus den bisherigen Ausführungen hervorgegangen ist: dieser Relativismus ist mit zentralen Elementen der Vertragstheorien und somit auch der Lehre vom *pouvoir constituant* unvereinbar. Die Rolle des Naturrechts in der *Second Treatise* zeigte, dass das Streben nach dem Guten und Richtigen zentral in Lockes Welt war. Montesquieus Ansichten zur Rolle der Gesetze und sein Bestehen auf die *virtu* als tragendem Prinzip sprachen eine ähnliche Sprache. Folgt man dem hier vertretenem Verständnis der *volonté générale*, ist Rousseaus System vom gleichen Gedanken durchdrungen: neben dem Mehrheitswillen sind auch die unabdingbaren Werte zu respektieren.

Diese klassischen Theorien erwiesen sich in der Praxis als geeignet, ein Staatsmodell zu schaffen, welches jedem Menschen die Möglichkeit dazu bietet, in Würde zu leben und entsprechend seiner Möglichkeiten nach Glück zu streben. Heute gilt dieser Konsens für Anhänger sämtlicher demokratischer Strömungen. Der linken oder liberalen Idealen Verpflichtete sieht in diesem Modell des liberalen Verfassungsstaates den Sieg von Aufklärung und Demokratie, der Konservative mag den Erfolg des Modells

auf seine langjährige Bewährung zurückführen und es deswegen als durch Tradition erprobt hinnehmen oder sogar begrüßen.

Isensees verfassungsstaatliche Vorbestimmtheit ist als neutraler Begriff für alle Strömungen akzeptabel, stellt er doch lediglich das fest, was alle wissen: kein Staat und keine politische Kraft können im luftleeren Raum leben. Zu der Realität der Bindung an das internationale und europäische Recht und der drohenden politischen Sanktionierung im Falle der Missachtung rechtsstaatlicher Standards gesellt sich als vielleicht allerwichtigste Realität – um die Worte Montesquieus erneut aufzugreifen – das Damoklesschwert von *Zorn und Apathie* des Volkes. Insbesondere im Falle einer unzureichenden Beachtung des Demokratieprinzips sind diese Reaktionen ebenso verständlich wie berechtigt. Eine Verfassung können sie nicht so leicht beseitigen wie sie eine Regierung stürzen können, allerdings ist dies keinesfalls unmöglich. Der Absturz der Verfassung ist in solch einem Fall nicht bloß eine Gefahr, sondern wird früher oder später zur Realität.

Eine schlichte Berufung auf die *verfassungsstaatliche Vorbestimmtheit* als Beschränkung der Möglichkeiten der Verfassunggebers ist für das Thema der vorliegenden Untersuchung also gerade wegen des unzureichenden Charakters dieser Messlatte nicht ergiebig. Keiner warf dem ungarischen Verfassunggeber eine systematische Missachtung der Prinzipien des demokratischen Rechtsstaates oder eine offene und eindeutige Abkehr von westlichen Standards vor. Gerade der Gedanke der Vorbestimmtheit sollte jedoch nicht nur als Beschränkung verstanden werden. Sehr nützlich ist er auch als Gradmesser. Sind Menschenrechte, Gewaltenteilung und Demokratieprinzip nicht der Disposition des Verfassunggebers unterworfen, folgt hieraus noch nicht, dass er keine weit gehende Freiheit bei der konkreten Ausgestaltung der Rahmenbedingungen hätte, die für eine größtmögliche Realisierung dieser Ideale zu schaffen sind. Die Betonung liegt hier sehr stark auf größtmöglich. Gerade bei der Beurteilung der Erfüllung der Anforderungen, die die Vorbestimmtheit in ihrer an die heutige Realität der Demokratie angepassten Form stellt, gibt es nicht nur schwarz und weiß. Vielmehr sind genau hier zahlreiche der erwähnten Grautöne vorstellbar. Und es sind diese Töne, die den Lackmustest der Legitimität bilden. Je weiter sich die konkrete Verfassung von der *verfassungsstaatlichen Vorbestimmtheit* entfernt und je weniger sie den (heute ungemein hohen) westlichen Standards entspricht, desto weniger kann sie auf Legitimität hoffen.

Diese Anforderung an den Inhalt des Dokuments wird gut ergänzt durch den Gedanken vom getragenen Werden durch den Willen der Beherrschten und der Angewiesenheit der Verfassung auf deren Zustim-

J. Zusammenfassung zum theoretischen Teil

mung. Der Bürger des heutigen Europas kennt die Standards von Demokratie, Partizipation und Rechtsstaatlichkeit oder spürt zumindest deren Abwesenheit am eigenen Leibe. Auch hat er einen Anspruch auf ihre Einhaltung seitens der Mächtigen. Dementsprechend kann von ihm nicht erwartet werden, eine Verfassung in seinen Willen aufzunehmen, die diesen Standards nicht entspricht. Anders formuliert: je besser, je demokratischer und je „westlicher“ eine Verfassung ist, desto stärker kann sie auf ein getragen Werden seitens der Beherrschten hoffen.

Sind diese westlichen Standards kaum abschließend aufzählbar und ist der zu ihrer Ausgestaltung zur Verfügung stehende Spielraum des Verfassunggebers groß, lassen sich anhand der skizzierten Entwicklungsgeschichte des *pouvoir constituant* einige große Stränge dennoch leicht finden. Namentlich sind dies die Gewaltenteilung, die Partizipationsmöglichkeiten und die Angebote zur Identifizierung für alle sowie die Gewährleistung der Grundrechte. Wirft der dritte dieser Stränge im Zusammenhang mit der Legitimität des ungarischen Grundgesetzes keine ernsthaften Probleme auf, bilden die ersten beiden Stränge Schwerpunkte der zweiten Hälfte der Arbeit. Daneben ist ebenso detailliert auf das Verfahren der Verfassunggebung und auf die Einbettung des Werkes in Geschichte und Tradition des beherrschten Volkes einzugehen. Diese beiden Stränge mögen im Vergleich zur Gewaltenteilung und zum Demokratieprinzip weniger im Vordergrund stehen. Allerdings wird sich zeigen, dass sie wegen der Besonderheiten, die ihre Gründe nicht zuletzt in der ungarischen Rechtsgeschichte haben, ebenso wichtig sind. Schließlich ist auf die Stabilität sowie auf die handwerkliche Qualität der Verfassung in deren Rolle als juristisches Grundlagedokument als ergänzende Legitimationsstränge einzugehen.

2. Gewaltenteilung als Grundlage des Verfassungsstaates

Die Ausführungen zur *Second Treatise* und zum *Esprit des Lois* haben gezeigt, dass die Gewaltenteilung zum modernen Verfassungsstaat gehört. Ob der Leser der sauberen Ableitung des Prinzips aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrages durch Locke oder dem pragmatischen Ansatz Montesquieus den Vorzug gibt, bleibt ihm überlassen. Der Erfolg in Übersee und ihre Rolle in den ideengeschichtlichen Grundlagen der Französischen Revolution zeigten, dass sich der Siegeszug der Idee von der Gewaltenteilung nicht aufhalten ließ. Sah Sieyès in der Gewaltenteilung *raison d'être*

der Verfassung, ist die Feststellung ihrer Unabdingbarkeit in der Erklärung der Menschenrechte zum Allgemeinplatz geworden.

Der Grund dieser Unabdingbarkeit lässt sich leicht finden. Der Frage ist mit Montesquieus *peut arrêter le pouvoir* genüge getan. Die Übergriffigkeiten, die selbstverständliche Folge der Macht sind, lassen sich nur durch die Verteilung der Macht auf mehrere Schultern bremsen. Deutlich schwieriger findet sich hingegen die Antwort auf die Frage, wie denn diese Gewaltenteilung im konkreten Fall ausgestaltet werden soll bzw. wie weit die Freiheit des Verfassunggebers bei dieser Entscheidung reichen kann.

Die Zeitlosigkeit der Werke Lockes und Montesquieus, die gerade ihre Stärke bildet, bereitet hier etwas Arbeit. Lockes Primat des Parlaments war – wie dargelegt wurde – nicht zuletzt auf den Umstand zurückzuführen, dass zu seiner Zeit das starke Parlament die wirksamste Gegenmacht zu den Machtbestrebungen der Stuarts bildete. In Anbetracht der Gleichrangigkeit der Machtzweige im modernen Staat ist dieses Primat nicht mehr haltbar. Ähnlich verhält es sich mit dem Votorecht des Monarchen oder *horribile dictu* mit dem aristokratischen Oberhaus des *Esprit des Lois*. Galt diese zweite Bestrebung des aufgeklärten Aristokraten Montesquieu zu ihrer Zeit als Fortschrittlich, ist sie mit dem heutigen Gleichheitssatz völlig unvereinbar.

Dennoch hilft das richtige Verständnis beider Werke sehr viel bei der Beantwortung der Frage nach der heute richtigen Ausgestaltung der Gewaltenteilung. Beiden war daran gelegen, keinen dominanten Machtfaktor im Staat entstehen zu lassen, da hierdurch die Gefahr entsteht, dass dieser an den Kompetenzen der anderen Institutionen nagt. Als Gefahr gilt in Montesquieus Werk nicht nur die Exekutive als Inhaberin der physischen Gewalt, sondern auch eine Legislative, die im Besitz der Allmächtigkeit über die Gesetzgebung Gesetze schafft, mit denen sie sich mehr und mehr Kompetenzen anmaßt und damit die anderen Institutionen lähmt.

Dieser Gedanke bedeutet übertragen auf die modernen Verhältnisse zunächst, dass jede der drei traditionellen Zweige ihre „typischen“ Aufgabenbereiche haben muss. Eine Einengung der Kompetenzen der Legislative ist hier besonders problematisch, da sie in solch einem Fall ihre wichtige Kontrollbefugnis verlieren würde.

Auch ein falscher Schritt in die entgegengesetzte Richtung einer übermächtigen Legislative ist gefährlich. Ist die Forderung nach einem Votorecht des Monarchen heute nicht mehr relevant, ist der Gedanke, der hinter dieser Forderung steht, aktueller denn je. Ebenso, wie eine Legislative mit eingeschränkten Kompetenzen ist auch ein Gesetzgeber untragbar, der „tut, was er will“ und dabei nicht an rechtliche Vorgaben gebunden ist.

Mag das Pramat der Verfassung diese Gefahr lindern, darf nicht verschwiegen werden, dass sich der Grad dieser Linderung wegen der gebotenen Knappheit der Verfassung und wegen des Grades der Abstraktion in Grenzen hält. Gibt es niemanden, der die Bestimmungen der Verfassungen auslegt, wird diese jede Institution – einschließlich der Legislative – in einem für sie günstigen Licht auslegen, um immer mehr Kompetenzen für sich in Anspruch zu nehmen.

Die Antwort des modernen Staates ist das Verfassungsgericht. Wie keine andere Institution ist es dazu geeignet, die Balance der anderen Machtzweige aufrecht zu erhalten, insbesondere, indem es die Verfassung verpflichtend auslegt und – noch wichtiger – dem übergriffigen Gesetzgeber seine Grenzen aufzeigt.

Es fällt schwer, das Verfassungsgericht als klassischen Zweig im Gefüge der Gewaltenteilung zu sehen. Die hier am meisten relevante Befugnis zur Vernichtung von verfassungswidrigem Recht hat keine Ähnlichkeit mit den klassischen Aufgaben eines herkömmlichen Gerichts. Ihre Stellung als Gegenpol zur Legislative macht die Zuordnung dieser Institution auch nicht einfacher, ebenso wenig die Tatsache, dass ihre wichtige Kompetenz gerade kein aktives Tun, sondern die Verhinderung von verfassungswidrigem staatlichem Handeln ist.

Für das vorliegende Thema reicht hier ein pragmatischer Ansatz aus. Das Verfassungsgericht kann schlicht als moderne Institution *sui generis* betrachtet werden, die für das Funktionieren des Rechtsstaates unentbehrlich ist. Sind die wichtigsten Kompetenzen des modernen Verfassungsgerichts negativer Natur, sind sie ebenso wichtig, wie diejenigen der traditionellen Machtzweige. Es reicht aus, danach zu fragen, ob es über genügend Macht und Ansehen verfügt, um diese Aufgaben zu erfüllen und somit ein wirklicher (juristischer wie politischer) Gegenpol insbesondere zur Legislative zu sein.

Indizien, mithilfe derer hierüber ein Urteil gefällt werden kann, sind primär die Kompetenzen, die dem Verfassungsgericht von Verfassung oder von Gesetzes wegen gewährt werden. Daneben spielt insbesondere die Art und Weise der Vergabe der Sitze am Gericht eine entscheidende Rolle. Stellt sich die Wahl der Richter als realer, möglichst alle relevanten politischen Kräfte berücksichtigender Kompromiss dar, ist dies ungemein vorteilhafter als eine einseitige politische Dominanz am Gericht. Ist diese dominante Strömung von ähnlicher politischer Couleur wie die amtierende Regierung, ist zu befürchten, dass die Richter allzu großzügig urteilen werden. Andere für die Bedeutung des Verfassungsgerichts und somit mittelbar auch für die Legitimität des gesamten Gemeinwesens wichtige Fak-

toren sind die hohe fachliche Kompetenz der Richter, sowie der respektvolle Umgang mit der (älteren) Rechtsprechung des Verfassungsgerichts.

3. Partizipation

Demokratie ist, wenn zwei Wölfe und ein Schaf über die nächste Mahlzeit abstimmen. Freiheit ist, wenn das Schaf bewaffnet ist und die Abstimmung anficht! – dieser Benjamin Franklin zugeschriebene Ausspruch mag sehr zugespitzt sein, bringt aber eine der wesentlichen Legitimitätsanforderungen der modernen Verfassung auf den Punkt: die Gewährleistung von Partizipationsmöglichkeiten für sämtliche politischen Kräfte.

Wie dargelegt, sprach die *Second Treatise* nicht nur von den Grenzen der Macht der Mehrheit, sondern auch vom *trust* als Voraussetzung für die Machtausübung einer bestimmten politischen Kraft. Wird dieser Gedanke der Abhängigkeit der Macht vom Vertrauen der Beherrschten auf den modernen Verfassungsstaat übertragen, ergibt sich das Erfordernis, dass der unterlegenen Minderheit die realistische Chance gegeben werden muss, zur Mehrheit zu werden. Die Betonung liegt hier auf „realistisch“. Zu einem formellen Sieg muss sich die Möglichkeit gesellen, die bisherige Marschrichtung des politischen Körpers zu ändern und einen neuen Weg einzuschlagen. Insbesondere ist hier abträglich, wenn alte, festgefahrenen Strukturen und Entscheidungen gar nicht oder nur zu unverhältnismäßig schwierigen Bedingungen geändert werden können. Die Waffengleichheit zwischen Mehrheit und Minderheit, d.h. im modernen Staat faktisch zwischen Regierung und Opposition, ist keineswegs die einzige Voraussetzung für das auf dem Grundsatz der Partizipation aller Beherrschten beruhende zivilisierte Gemeinwesen. Allerdings stellt sie in dieser Hinsicht das absolute Minimum dar.

Der *Esprit des Lois* spricht ähnliche Worte, indem er die *égalité* primär als politische *égalité* und damit als Partizipationsrecht beschreibt. Auch Rousseaus *volonté générale* weist in diese Richtung: gerade die (idealisierten) „antiken“ Werte sind auf die heutigen Bedürfnisse übertragen nichts anderes als die Idee des getragenen Werdens durch alle und der Partizipationsmöglichkeit für alle. Die deutlichsten Worte spricht hier Sieyès. Bei ihm sind die *droits politiques*, die den modernen Teilhaberrechten sehr genau entsprechen, Grundpfeiler der politischen Gemeinschaft.

Ebenso war es Sieyès, der Lockes Versuch aufgriff, zu einem Einvernehmen zwischen dem Einstimmigkeitserfordernis beim (idealisierten) Eintritt in den organisierten Zustand und der Herrschaft der Mehrheit in

der Gesellschaft zu gelangen. Die Schlüsse, zu denen er kommt, ähneln denen in der *Second Treatise* sehr: von den Beteiligten kann nur dann erwartet werden, sich einem Willen zu fügen, wenn dieser tatsächlich der Wille einer Mehrheit – und nicht einer Minderheit – ist. Auch muss jeder Minderheit die Möglichkeit gegeben werden, in Zukunft die Mehrheit zu erlangen und somit die Marschrichtung des politischen Körpers neu zu bestimmen.

Auch *Isensee* sieht den Widerspruch zwischen Einstimmigkeitserfordernis und Mehrheitsprinzip. Sein Vorschlag der pragmatischen Reduktion und der Verwendung des Konsenserfordernisses anstelle der Einstimmigkeit steht nur auf dem ersten Blick im Widerspruch mit dem Weg, den Locke und Sieyès gegangen sind. Diejenigen Verfassungsinhalte, die für einen größtmöglichen Konsens erforderlich sind, sind den Anforderungen, die aus dem Mehrheitsprinzip folgen, sehr ähnlich. Wurde die Verfassung nie durch „alle“ Beherrschten angenommen und kann sie nie von „allen“ als optimal empfunden werden, ist sie umso mehr darauf angewiesen, wenn auch nicht von allen, so doch von möglichst vielen derjenigen Menschen, die ihr unterworfen sind, zumindest angenommen zu werden. Es liegt auf der Hand, dass sie nur dann auf diese Art der Zustimmung (also einen weiten Konsens) hoffen kann, wenn sie allen Bürgern die Möglichkeit dazu bietet, ihre Belange in angemessener Weise zu artikulieren. Vielleicht noch wichtiger ist die Möglichkeit für alle, mit gleichen Waffen um die politische Macht zu kämpfen. Eine Verfassung, die eine bestimmte Strömung begünstigt oder es anderen schwieriger macht, an der Macht teilzuhaben, kann verständlicherweise nicht mit Akzeptanz seitens der ausgegrenzten Gruppen unter den Beherrschten rechnen. Und diese Teilhabe ist genau das, was mit *Bestimmung der Marschrichtung des politischen Körpers* in die Sprache der *Second Treatise* zu übersetzen ist.

4. Symbolik und Identifizierung

Die Legitimationsstränge der Gewaltenteilung und der Partizipationsmöglichkeiten sind rein staatsorganisationsrechtlicher Natur und somit einer rechtsdogmatischen Analyse gut zugänglich. Die Legitimierung des rechtlichen Grundlagedokuments mithilfe seiner symbolischen Inhalte als dritter großer Strang ist hingegen schwieriger zu erfassen, dreht er sich doch gerade um diejenigen Inhalte der Verfassung, die nicht normativ-rechtlicher Natur sind.

Bereits im Zusammenhang mit der Ablehnung der rohen Faktizität als Grund der Macht wurde darauf hingewiesen, dass jede Einrichtung auf das Moment des Dafürhaltens, also auf freie Befolgung angewiesen ist. Logische Folge hiervon ist, dass diese Notwendigkeit der freien Befolgung in jedem Zeitalter von den Mächtigen erkannt wurde und somit jede Einrichtung bestrebt war, ein Gefühl des Wollens und Dafürhaltens bei den Beherrschten zu erwecken. In Zeiten vor der Aufklärung beriefen sich die Mächtigen zu diesem Zweck auf Übernatürliches, mit dem Siegeszug der Demokratie wurde dieser Weg allerdings immer weniger begehbar.

Isensee sprach von einem *demokratischen Mythos* als Geschöpf der Aufklärung zur Absicherung des modernen Staates und verglich so die Lehre vom *pouvoir constituant* mehr oder weniger direkt mit den primitiven Legitimationsansätzen dunkler Zeiten.

Hierin sollte allerdings primär nicht eine Kritik der Sieyesschen Lehre gesehen werden, sondern eher die Erkenntnis, dass das Erfordernis der Zustimmung der Beherrschten für alle Systeme gilt. Vom säkularen Staat wurde er aus der alten Ordnung importiert und an seine eigenen Bedürfnisse angepasst. In Anbetracht der offensichtlich erforderlichen Rückkopplung der Macht an den Willen der Beherrschten ist es nicht verwunderlich, dass das Element des Dafürhaltens in den Werken von praktisch allen Denkern trotz deren Verschiedenheit auftaucht, die hier vorgestellt wurden: Lockes *trust* kann hier ebenso als Beispiel dienen, wie Montesquieus *amour de la république* und – zumindest dann, wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt – Rousseaus *volonté générale*.

Eine ähnliche Sprache spricht auch der sehr einflussreiche Aufsatz *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* aus der Feder *Böckenfördes*.⁵¹¹ Dieser liefert eine moderne Interpretation des Problems. Ähnlich wie *Isensee* spricht auch *Böckenförde* vom Wegfall der traditionellen Ansätze zur Legitimierung des Staates und erkennt die Erforderlichkeit der Suche nach alternativen Legitimationssträngen. Er fragt, worin der moderne Staat die *ihn tragende, homogenitätsverbürgende Kraft und die inneren Regulierungskräfte der Freiheit* findet, deren er bedarf, *nachdem die Bindungskraft der*

511 *Böckenförde, Ernst Wolfgang*: Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte (= Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft. Nr. 914). Suhrkamp, Frankfurt, 1991, erweiterte Ausgabe 2006. Tatsächlich ist die Kernthese der Arbeit deutlich älter und wurde von *Böckenförde* bereits 1964 formuliert; s. hierzu *Mangold, Anna Katharina*: Das Böckenförde-Diktum, VerfBlog, 2019/5/09, <https://doi.org/10.17176/20190517-144003-0> (Zugriff: 01.03.2020).

Religion für ihn nicht mehr essenziell ist. Böckenförde lässt die Frage offen und kommt so zu seinem berühmten Diktum:

Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat.⁵¹²

Es ist von geringem praktischem Nutzen, das Diktum als Paradox anzusehen. Stellt Böckenförde fest, dass staatliche Autorität und Rechtszwang nicht geeignet sind, Legitimität zu stiften, sollte hierin eher eine Aufforderung gesehen werden, mittels sonstiger Mittel sämtliche Mitglieder der Gesellschaft dazu zu ermutigen, das Gemeinwesen als das ihrige anzuerkennen.

Sind Autorität und Zwang (sprich: das normative Recht) hierzu denkbar ungeeignet, sind es gerade die symbolischen Verfassungsbestimmungen, die diese „Voraussetzung“ des Diktums schaffen können. Ist die geschriebene Verfassung Grundordnung des Gemeinwesens, sind es gerade die an dieser obersten Stelle stehenden Identifikationsangebote, die Legitimität schaffen.

Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung gibt es zwei extreme Gegenpole, die allerdings beide geeignet sind, die Legitimation zu fördern. Dies sind die möglichst vollständig wertneutrale Verfassung auf der einen und die im Gegensatz hierzu zahlreiche Werte diverser Natur enthaltende Verfassung auf der anderen Seite.

Die erste dieser idealtypischen Verfassungen ist ein schlankes Dokument, welches möglichst überhaupt keine symbolischen Bestimmungen enthält. Diese verschreckt keinen Bürger, es ist aber möglich, dass sie Legitimität stiftet, wenn die staatsorganisationsrechtlichen normativen Bestimmungen das Dokument als *level ground* präsentieren und keine politische oder weltanschauliche Strömung unangemessen bevorzugen. Spielregeln, die gleich und fair sind, werden von allen akzeptiert, sodass ein Gefühl von „wir alle“ entstehen kann.

512 Böckenförde, 2006. S. 112f.

Den anderen Idealtypen bildet hier eine Verfassung, die Wertvorstellungen genau festlegt. Auch diese kann geeignet sein, Legitimität zu erzeugen. Unbedingte Voraussetzung hierfür sind jedoch zu einem die Pluralität der aufgenommenen Werte und Symbole und zu anderem die Distanz zu stark polarisierenden Inhalten.

Pluralität bedeutet hier z.B., dass neben „konservativen“ Werten auch solche Inhalte in das Dokument aufgenommen werden, die „links“ oder „progressiv“ denkenden Bürgern wichtig sind.⁵¹³ Hierbei kommt es nicht primär auf die absolut korrekte Darstellung historischer Ereignisse oder ähnlicher Inhalte an, sondern darauf, wie der Bürger den Verfassungstext auffasst, versteht und welche Emotionen er in ihm weckt. Legitimität von Macht wird nicht im Elfenbeinturm der Wissenschaft, sondern in der täglichen Bewährung geschaffen, die wiederum von den Emotionen der Beherrschten abhängig ist.

Allerdings ist gerade wegen dieser Emotionen die Aufnahme von symbolisch-deklarativen Bestimmungen eine Gratwanderung. Es ist stets vor Augen zu halten, dass anstelle des „wir alle“ der neutralen Verfassung diese Lösung das Ziel verfolgen muss, den Eindruck des „wir auch“ bei sämtlichen Bürgern zu wecken. So müssen zum Beispiel eindeutig konservative Werte durch deutliche Zugeständnisse an die progressive Seite aufgewogen werden. Ist die Präferenz des Verfassunggebers für eine der politischen Strömungen erkennbar, kippt die Verfassung leicht zu einer Seite und wird von Anhängern der anderen Seite abgelehnt, was es in den Augen der Bürger sehr schwierig macht, sie als *level ground* und als „Verfassung für alle“ zu akzeptieren. Eine verheerende Wirkung können hier polarisierende politische Inhalte sowie Zugeständnisse an extreme politische Richtungen haben. Diese können den (berechtigten) Zorn der anderen Seite wecken, der zu einer offenen Ablehnung der Verfassung führt.

Diese symbolische Dimension der Legitimität hat auf den ersten Blick etwas Ähnlichkeit mit dem Erfordernis der Partizipationsmöglichkeiten für alle, sollte aber von dieser getrennt und als selbstständiger Strang der Legitimation behandelt werden. Ist die Verfassung auf freiwillige Be-

⁵¹³ Diese Zweiteilung stellt natürlich eine extreme Vereinfachung dar. Sie erhebt keinen wissenschaftlichen Anspruch, sondern dient nur der Illustration. Um das Verständnis mit einer weiteren groben Vereinfachung zu fördern: als Beispiele für konservative Werte können Bezugnahmen auf die nationale Kultur, auf die Größe vergangener Tage, auf Autorität und auf den nationalen Zusammenhalt genannt werden, während Werte, die aus den Idealen der *liberté, égalité, fraternité* folgen, eher für linke und progressive Strömungen attraktiv sind.

folgung seitens der Beherrschten angewiesen, muss sie nicht nur tatsächliche staatsorganisationsrechtliche Partizipationsmöglichkeiten für sämtliche Strömungen bieten, sondern ebenso für Anhänger sämtlicher Strömungen ansprechend oder zumindest hinnehmbar sein. Das objektiv „Gute“ reicht hier nicht aus. Zu ihm muss sich auch das subjektive Empfinden von „gut“ seitens der Beherrschten gesellen.

5. Die Erfassung des Begriffs des Volkes und das Verfahren der Verfassunggebung

Sind die Gewaltenteilung, die Partizipationsmöglichkeiten und die symbolisch-deklarativen Bestimmungen Legitimationsstränge, die sich innerhalb der Verfassung zeigen, d.h. über die mithilfe der Auslegung des Verfassungstextes entschieden werden kann, ist der vierte große Legitimationsstrang anderer Natur. Das Verfahren der Verfassunggebung muss außerhalb des Verfassungstextes erforscht werden, und die Methoden, die bei der Prüfung anzuwenden sind, ähneln eher denjenigen der Verfahrensrechte.

Ist dieser Strang nicht weniger wichtig als die drei anderen großen Stränge, ist er es, der die vielleicht größte Angriffsfläche für Kritiker der Lehre vom *pouvoir constituant* bot und immer noch bietet. Die richtige Antwort auf diese Kritik zu finden ist tatsächlich schwierig. Obwohl der unzähmbare und völlig freie *pouvoir constituant* ins Reich der Märchen gehört, ist nicht von der Hand zu weisen, dass wegen der Besonderheit und wegen des Ausnahmecharakters des Prozesses der Verfassunggebung es absurd wäre, von einem exakten Verfahrensrecht der Verfassunggebung zu sprechen.

Überraschend mag anmuten, dass auch in dieser prozeduralen Frage die Vorstellungen und Emotionen der Bürger eine wichtige Rolle spielen. Eine makellose Geburt kann der Verfassung zu Beliebtheit und somit zu starker Legitimität verhelfen, während ein Geburtsmakel lange schlechte Erinnerungen der Beherrschten weckt.

Eine makellose Geburt der Verfassung ist hierbei nicht viel mehr als der prozedurale Aspekt des Zerrbildes vom allmächtigen *pouvoir constituant*. Dies entspräche dem Drehbuch vom Volk schlechthin, welches sich in dem von *Isensee* als Stunde Null bezeichneten Moment findet, um sich selbst eine Verfassung zu geben. Dieses Drehbuch muss ein Gedankenspiel bleiben. Tatsächlich ist das Volk schlechthin ein schwierig auszulegender Begriff. *Isensees* Einwand vom Zirkelschluss des unverfassten Volkes klingt

hier besonders gewichtig. Auch dieser Einwand trifft aber nur dann vollständig zu, wenn der Kritiker das idealisierte Bild des von Bindungen losgelösten, ungebundenen *pouvoir constituant* vor Augen hat und dieses angreift.

Wie gezeigt, hat dieses Bild mit der politischen Realität nichts zu tun. Der Realist und Praktiker muss sich hier erneut vergegenwärtigen, dass die Sieyèsche Lehre ein Kind der klassischen Vertragstheorien ist. Ebenso, wie für diese Theorien bedeutet auch für sie der Übergang vom Naturzustand in den verfassten Zustand ein Gedankenexperiment, das erklären soll, in welcher Form und warum genau in dieser Form das Gemeinwesen auszustalten ist. In den Bedürfnissen der Realität angepassten Lehre vom *pouvoir constituant* verfolgt das Experiment einen ergänzenden Zweck. Nicht nur das abstrakte Verhältnis zwischen Herrschern und Beherrschten soll erklärt werden, sondern auch auf die konkretere (und praktisch relevantere) Frage eine Antwort gefunden werden, wie denn die Verknüpfung zwischen der Verfassung als dem Instrument dieser Herrschaft und den Beherrschten hergestellt werden soll.

Im Einklang hiermit wäre es verfehlt, an dem von Sieyès skizzierten Erfordernis der Existenz des Volkes als unverfasste Urgewalt festzuhalten. Dieses Vorgehen trüge ebenso karikaturistische Züge wie die Entwertung der Lehren Rousseaus oder Lockes durch das starre Festhalten am Erfordernis eines real abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages.

Anstatt die reale Existenz des unverfassten Volkes zu erkunden ist es zielführend, der Frage nachzugehen, wie denn das Volk als Subjekt des *pouvoir constituant* möglichst präzise juristisch erfasst werden kann und wie danach der Inhalt seines Willens im Zusammenhang mit der Verfassunggebung zu erkunden ist. Es besteht hier die Möglichkeit, die als Volk bezeichnete und als Quelle des *pouvoir constituant* betrachtete Gesamtheit von Beherrschten in hinreichendem Maße zu umreißen. Dieser Begriff vom Volk ist Grundlage und Referenzsubjekt der zu schaffenden Verfassung und ist als solcher zwingend ein juristischer Begriff, der nie ganz deckungsgleich mit dem natürlichen Begriff des Volkes sein kann, wie er in der Alltagssprache Verwendung findet.

Es ist wohl auch dieses Volk im natürlichen Sinne, dessen Fehlen *Isensee* beim Prozess der Verfassunggebung bemängelt. Ist dieses Volk schlechthin juristisch nicht greifbar, bleibt der verrechtlichte Volksbegriff. Betritt der Begriff des Volkes die Domäne des Rechts, ist er der rechtlichen Analyse gut zugänglich. Die richtige Auslegung führt hier zu einem sehr eindeutigen Ergebnis. Das Volk als *pouvoir constituant* ist gleichzusetzen mit dem Volk im politischen Sinne, d.h. mit der Gesamtheit aller Staatsbürger.

Ist das getragen Werden der Macht vom Willen der Beherrschten Voraussetzung für das Bestehen des Gemeinwesens, folgt hieraus, dass ausschließlich die Zustimmung derjenigen Personen erforderlich sein kann, deren rechtliche Belange die Verfassung regelt. Anders ausgedrückt ist der Kreis der Beherrschten deckungsgleich mit demjenigen der Personen, auf deren Zustimmung die Verfassung zum Zwecke ihrer eigenen Legitimierung Anspruch erhebt.

Jede Verfassung ist zugleich Staatsverfassung und muss als solche in ihrem Geltungsanspruch auf ihr eigenes Staatsgebiet und auf ihr eigenes Staatsvolk beschränkt bleiben. Hieraus folgt, dass sie sich zu ihrer eigenen Legitimierung nicht auf die Zustimmung derjenigen berufen kann, die außerhalb der Landesgrenzen leben und über keine Staatsangehörigkeit verfügen, auch dann nicht, wenn diese Personen ihre vermeintliche ethnische Herkunft und Kultur mit der als *pouvoir constituant* agierenden Gruppe teilen. Bezugnahmen auf diese Personen, die aus historischen Gründen auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates leben und vor allen der Ausdruck der Verbundenheit mit ihnen können als symbolisch-deklarative Verfassungsinhalte eine wichtige legitimierende Wirkung entfalten, sind allerdings bei der Fixierung des Volkes als Inhaber des *pouvoir constituant* nicht zu berücksichtigen.

Kommt somit als *pouvoir constituant* die Nation im ethnischen Sinne nicht in Betracht, verbleibt als Anknüpfungspunkt die Nation im politischen Sinne. Hierunter ist zwingend die Gesamtheit aller Staatsbürger zu verstehen, unabhängig von ihrer ethnischen Herkunft oder ihrer kulturellen Identität. Dieser letzte Punkt verdient in Wirklichkeit kaum Erwähnung. Jeder Schritt in eine andere Richtung würde einen eklatanten Verstoß gegen das Gebot der Gleichheit der Beherrschten bedeuten.

Nicht zum *pouvoir constituant* zu zählen sind hingegen diejenigen, die auf dem Staatsgebiet leben, allerdings nicht über die Staatsangehörigkeit verfügen. Bleibt ihnen die Teilnahme an politischen Wahlen, d.h. die Bestimmung der Marschrichtung des politischen Körpers verwehrt, muss dies *a minori ad maius* auch für die Ausgestaltung dieses Körpers gelten.

Isensees Einwand der Ungreifbarkeit des Volkes als Subjekt des *pouvoir constituant* ist somit entschärft, wenn man die Gesamtheit der Staatsbürger als Volk betrachtet. Hierdurch ist auch seine Auffassung, gemäß welcher dem handelnden Volk als *pouvoir constituant* in der Realität ein Vorgehen selbstermächtigter Eliten gegenübersteht, einiges entgegenzuhalten. Ist nämlich das Volk im politischen Sinne *pouvoir constituant*, ist dieses Volk durchaus imstande, seinen Willen bzw. seine Vorstellungen über Verfassung und Verfassunggebung zu artikulieren. *Isensees* Vorwurf der

Selbstermächtigung mag für die Manifestierung des *pouvoir constituant* im Jahre 1789 zutreffend gewesen sein, steht aber mit der Realität der modernen Informationsgesellschaft und der Teilnahme aller an den Entscheidungsprozessen der Politik nicht zwingend im Einklang. War damals der Großteil des französischen Volkes wörtlich wie bildlich „weit weg von Paris“ und verblieb der *Assemblée nationale* somit nur die Selbstermächtigung, gehört eine Sondierung des Volkswillens heute zum Standardrepertoire der Demokratien.

Es ist hier weder möglich noch sinnvoll, allgemeingültige Aussagen über Identität und Zusammensetzung des verfassunggebenden Organs, über die Art seiner Bevollmächtigung oder über die Ausgestaltung der Verfahren zu treffen, mithilfe welcher das Volk seinen Willen und seine Bedürfnisse in den Prozess der Verfassunggebung einbringen kann. All diese Faktoren werden zu stark von den im jeweiligen Staat herrschenden Bräuchen und von der konkreten historischen und politischen Situation beeinflusst. Statt nach allgemeingültigen Formalitäten zu suchen, ist hier vielmehr die Antwort auf folgende Frage zu suchen: wie deutlich stellt sich in Anbetracht der gesamten Prozedur der Verfassunggebung die fertige Verfassung als das Werk des Volkes dar, d.h. als ein Werk, welches dieses Volk durch seine Vertreter geschaffen hat?

Das erste Kriterium, welches förderlich für die Legitimität ist, ist das Vorgehen des als hierzu würdig empfundenen Organs. Gerade dies hängt sehr stark von den nationalen Traditionen und Bräuchen ab. So ist z.B. der Legitimität der Verfassung eine Identität des verfassunggebenden Organs und der Legislative nicht zwingend abträglich, wenn eine besondere verfassunggebende Nationalversammlung in dem in Frage stehenden Staat nie existierte. Eine Bestätigung des Verfassungsentwurfs auf plebisцитärem Wege kann für die Legitimität selbstverständlich förderlich sein, ist aber ebenfalls kein zwingendes Kriterium.

Ebenso existieren auch mehrere Möglichkeiten für die Einbringung des Willens des Volkes. Förderlich ist hier jedes Verfahren, welches Pluralität gewährleistet, d.h. welches sicherstellt, dass Vertreter möglichst sämtlicher weltanschaulicher und politischer Richtungen ihre Vorstellungen auf effiziente Weise in den Prozess einbringen können. Auch die Berücksichtigung der Vorschläge von Menschen, die außerhalb des Machtzentrums des Prozesses der Verfassunggebung stehen, allerdings wegen ihres Ansehens als Stimmen des Volkes gelten, spielt eine wichtige Rolle. Insbesondere gilt dies für Personen des öffentlichen Lebens, die sich wegen ihrer moralischen Haltung oder wegen überragender Leistungen in den Augen der Bevölkerung verdient gemacht haben. Gerade *Isensees* zutreffender

Einwand des freien Mandates bei der Redaktion der Verfassung vermag gelindert werden, wenn an der Ausarbeitung der Urkunde auch Personen mit anerkannt hoher Kompetenz und Autorität mitwirken.⁵¹⁴

Diese starke Betonung des Verfahrens zur Verfassunggebung ist schließlich auch für den Konsensgedanken sehr wichtig. Ist die Verfassung auf Zustimmung der Beherrschten angewiesen, ist für einen diesbezüglichen größtmöglichen Konsens sehr förderlich, wenn die Bürger (oder ggf. sogar ihre Nachfahren) eine positive Erinnerung an den Akt der Verfassunggebung als sauber, volksnah und demokratisch hegen.

6. Historische Einbettung

Die historische Einbettung, d.h. der Versuch, Legitimität durch Kontinuität mit vergangenen Epochen oder bedeutenden historischen Ereignissen zu schaffen, ist im Vergleich zu den oben diskutierten großen Strängen eher zweitrangig. Wie sich jedoch zeigen wird, greift gerade das ungarische Grundgesetz in einem Ausmaß auf diese Quelle der Legitimität zurück, welches für eine Verfassung im 21. Jahrhundert eher untypisch ist.

Der Gedanke der Legitimität durch Kontinuität ist plausibel. Vermag eine Macht sich auf Althergebrachtes zu berufen, wird sie von den Beherrschten eher hingenommen. Max Weber bezog sich neben der charismatischen und der rationalen Herrschaft auf die Tradition als Drittem Ansatz zur Legitimierung von Herrschaft und beschrieb diese als die *auf Überlieferung gegründete Überzeugung von der Rechtmäßigkeit von Macht*.⁵¹⁵

Dieser Ansatz der Legitimierung von Macht erweckt zunächst den Eindruck, eher für die Begründung von Herrschaftsansprüchen in Monarchien typisch zu sein. Dynastien berufen sich bei der Begründung ihrer Ansprüche oft auf Vererbtes. Allerdings ist der Ansatz auch bei der Legitimierung von modernen Einrichtungen und somit auch Verfassungen nicht

514 Das Bestehen auf ein vollständig gebundenes Mandat ist ohnehin illusorisch. Die Ausarbeitung einer Verfassung stellt selbst für überragende Juristen eine Herausforderung dar, und somit kann von einem im öffentlichen Recht durchschnittlich bewanderten Bürger nicht erwartet werden, mittels eines gebundenen Mandates seinen an der Verfassunggebung unmittelbar beteiligten Vertretern genaue Anweisungen zu geben. Darüber hinaus würde ein gebundenes Mandat wegen der Unvermeidbarkeit von Kompromissen den Prozess in der Praxis faktisch lähmen.

515 Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. 5. rev. Aufl., hrsg. von Johannes Winckelmann, Mohr/ Siebeck, Tübingen, 1976, S. 19f, 122f.

irrelevant. Ist das Gemeinwesen in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung fähig, Kontinuität zu vergangenen, als positiv empfundenen Zeiten herzustellen, erkennen die Beherrschten die Daseinsberechtigung der Macht eher an als im Falle eines totalen Bruchs mit dieser Zeit.⁵¹⁶

Ist dieser Strang sehr eng verwandt mit der symbolischen Dimension der Verfassung, ist es für das Thema der vorliegenden Untersuchung förderlich, ihn gesondert zu erwähnen. Grund hierfür ist schlicht, dass das ungarische Grundgesetz von äußerst stark historisierender Natur ist.

7. Stabilität und handwerkliche Qualität

Schließlich sind auch die rechtstechnische und handwerkliche Qualität sowie vor allem die Stabilität, die Folge eines sorgfältigen Umgangs mit dem Dokument ist, nicht zu vernachlässigen. Dies folgt aus der berechtigten Erwartung der politischen Kräfte, dass die Verfassung die Rolle des *level ground* als Spielwiese der politischen Kämpfe erfüllt. Ist dieser Grund von geringer Qualität, ist er wackelig. Ändert er sich dazu noch fortwährend, kann weder von den Akteuren der Politik noch von den Bürgern erwartet werden, sich auf die Verfassung einzulassen. Vertrauen setzt Stabilität voraus, und nur ein Dokument von hoher handwerklicher Qualität, welches nicht fortwährend Änderungen bedarf, vermag diese Art von Stabilität zu gewährleisten.

516 Im Einklang hiermit kann auch der totale Bruch mit der Vergangenheit und der Gedanke von einem radikalen Neubeginn Legitimität schaffen. Das prominteste Beispiel hierfür ist das deutsche Grundgesetz, welches gerade eine radikale Abkehr von der verbrecherischen Zeit des Nationalsozialismus darstellte. Insbesondere die Betonung der Unantastbarkeit der Menschenwürde an oberster Stelle der Urkunde und der umfangreiche Grundrechtskatalog sprechen hier eine deutliche Sprache, welche durchaus auch symbolische Wirkung entfaltet.