



SCHLUSSREFERAT PROF. DR. DR. H.C. MULT. P. HÄBERLE: EINE PERSONELL UND THEMATISCH PLURALISTISCHE THEORIE DER VERFASSUNGGEBUNG*

Vorbemerkung: Zuerst ein Wort des Dankes, vor allem an die Organisatoren unseres Kongresses *F. Balaguer, A. Viala* und *S. Pinon* sowie der hiesigen Universität. Zum zweiten Mal haben sie eine Tagung unseres Kreises in meinem geliebten Montpellier organisiert. Wie sie wissen, ist Montpellier seit meinen Studienzeiten 1955/56 meine kleine französische Heimat. Der erste Kongress vor zwei Jahren ist unvergessen und in einem wunderbaren Band dokumentiert.¹ Unser zweiter Kongress führt uns erneut zusammen, zugleich kommen neue Redner bzw. Autoren hinzu, die uns freundschaftlich verbunden sind. Ich nenne nur *D. Valadés* und *F. Lanchester*, auch *A. D'Atena*, den Freund aus Rom. Wie soll ich Ihnen allen nur danken?

Über das Persönliche hinaus soll dieser Kongress in schwerster Zeit auch etwas Besonderes zum Ausdruck bringen: unsere *Solidarität mit Frankreich*. Dieses Land wurde Opfer eines entsetzlichen Terroranschlags. Frankreich ist wohl in seiner europäischen Seele schmerzlich getroffen worden. Wir können nur hoffen, dass es in der Lage ist, als große Republik der Menschenrechte und höchster wissenschaftlicher Leistungen auch in unseren Disziplinen seine Identität wiederzufinden. Das Europa im *engeren* Sinne der EU sowie im *weiteren* Sinne des Europarates – dieser wird leider oft vergessen – muss ebenso aufrichtige wie effektive Solidarität zeigen. Auch die nationalen Wissenschaftlergemeinschaften in Europa sind gefordert, z.B. indem sie wie heute in Montpellier einen gemeinsamen Kongress veranstalten. Ich kann nur hoffen, dass Frankreich seine Stimme und Sprache wiederfindet. Dazu müssen alle Teile Ihrer Republik beitragen: die viel zitierten Eliten ebenso wie der Bürger auf dem Lande und in den so wunderbaren Kulturlandschaften ihrer traditionsreichen Provinzen. Frankreich als Ort jahrhundertalter Hochkultur muss sein Gleichgewicht wiederfinden. Dazu kann die vergleichende Verfassungslehre als Wissenschaft freilich nur wenig beitragen. Wie wir am Beispiel der derzeitigen Flüchtlingskrise schmerzvoll erkennen,

* Schlussreferat, das der Verf. auf einem von der Universität Montpellier zu seinen Ehren gestalteten internationalen Kolloquium gehalten hat (13. Mai 2016).

¹ *F. Balaguer Callejón/S. Pinon/A. Viala*, *Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe*, 2015.

hat unsere Wissenschaft Grenzen. Als Europarechtler sieht man, dass es bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise keine einfache Lösung gibt und dass die Wissenschaft gegenüber der Politik an ihre Grenzen stößt. Indessen brauchen wir nach wie vor ein Mindestmaß an wissenschaftlichen Optimismus, um zu Lösungen auf nationaler und europäischer Ebene zu gelangen. Mein Aufsatz über die fünf Krisen im EU-Europa von heute erscheint in diesen Tagen in Bologna, Tübingen und in Granada. Darauf darf ich verweisen.²

Erwarten Sie in diesem „Schlusswort“ nicht zu viel. Ich kann nicht alle so ideenreichen Referenten zusammenfassend würdigen. Es gibt so viele kreative Stichworte, etwa zur „Fragmentation“ der Verfassunggebenden Gewalt (*F. Balaguer*), zur „Universalisation“ der Grundrechte, zum gewaltigen Druck der Ökonomisierung auf die Verfassung als Kultur, zur Teilhabe des Volkes an der Verfassunggebenden Gewalt oder zur Intervention der nationalen Rechtssprechungsorgane (Präsidentschaft *F. Lanchester*). Im Folgenden kann es sich nur darum handeln, meine vor Jahrzehnten entwickelte Theorie zur Verfassunggebenden Gewalt aktualisiert darzustellen und einige Einzelfragen in einen größeren Rahmen zu stellen. Jedermann ist bekannt, dass auch hier Frankreich einen Klassikertext geschaffen hat: die Lehre von *Sieyès*.

Das Thema könnte nicht aktueller sein. In vielen Erdteilen kam oder kommt es zu neuen Verfassungen (nach dem *annus mirabilis* 1989 und seinen zahlreichen Verfassungen in Osteuropa setzt sich das Verfassungszeitalter fast weltweit fort): in Europa (Kosovo, Serbien und Island³), in Afrika (z.B. Kenia), in Lateinamerika (z.B. Ecuador, Venezuela), in arabischen Ländern (besonders erfolgreich in Tunesien).⁴ Freilich gibt es auch schmerzliche Rückschritte: In der Türkei wird seit kurzem über eine „religiöse Verfassung“ diskutiert, die dem bisherigen Prinzip des freiheitlichen Laizismus widerspräche,⁵ in Polen droht eine schleichende Entwertung der normativen Kraft der Verfassung durch die „Reformgesetze“ in Sachen Verfassungsgerichtsbarkeit, Ähnliches geschieht in Ungarn. In Asien gibt es heftige Diskussionen um eine neue Verfassung in Nepal; Burma scheint bislang in Sachen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit Glück zu haben.

² *P. Häberle*, *Le cinque crisi nell'Europa dell'UE, Percorsi costituzionali*, 2015, S. 319 ff.; *ders.*, *Fünf Krisen im EU-Europa*, AVR 2015, Heft 4.

³ *P. Häberle*, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsgeber – Das Beispiel eines Verfassungsentwurfs für Island* (2013), in: *ders.*, *Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis*, 2016, S. 153 ff.

⁴ Zu all diesen Verfassungen meine Beiträge in: *Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis*, aaO., S. 127 ff., 138 ff., 161 ff.

⁵ Dazu FAZ vom 28. April 2016, S. 2.

Im *Europa der EU* ist es schwer, die Theorie der Verfassunggebenden Gewalt zu beweisen. Die EU als „Verfassungsgemeinschaft“ lebt ja nur aus *Teilverfassungen*, nachdem 2005 die EU-Verfassung gescheitert ist. Ideell sollte auf lange Sicht der Unionsbürger das Bezugssubjekt einer EU-Verfassung sein, im Sinne von: „Die Bürger der EU geben sich diese Verfassung“!

I. Ein Problemkatalog, Fragenkreise und Antworten

1. Die Fragestellung

Der weltoffene demokratische Verfassungsstaat von heute versteht sich und lebt von der verfassunggebenden Gewalt des Volkes als Summe der Bürger her. Sie ist teils in den Verfassungstexten ausdrücklich als solche ausgewiesen, – sie wurde in der Verfassungsgeschichte des Typus „Verfassungsstaat“ bald revolutionär, bald evolutionär (vor allem gegen die verfassunggebende Gewalt der Monarchen) durchgesetzt – , teils wurde sie „ungeschrieben“ von Wissenschaft und Praxis entwickelt, auf Begriffe gebracht, verfeinert und ganz oder teilweise in Verfassungstexte umgesetzt. Wie kaum sonst ergibt sich das für den Typus Verfassungsstaat „in Sachen Verfassunggebung“ Charakteristische aus einem Ensemble und „Kräfteparallelogramm“ von politischen Ideen, wissenschaftlichen Doktrinen, geschriebenen Verfassungstexten und ungeschriebener Praxis. So groß die Unterschiede von Land zu Land je nach der nationalen Verfassungsgeschichte auch in der Gegenwart sind: Heute hat sich ein Konzentrat von „Lehren“ und von Praxis zur verfassunggebenden Gewalt des Volkes entwickelt, das bei allen „Variationen“ einen Grundtypus erkennen lässt. Er ist vorrangig aus den sich in der Geschichte wandelnden und von Nation zu Nation je nach Kulturzustand verschiedenen Verfassungstexten zu erarbeiten – doch bedarf es dabei der Berücksichtigung der (Verfassungs-)Geschichte der „politischen Lehrmeinungen“ (ohne dass diese alle im Einzelnen dargestellt werden könnten); denn sie haben zu bestimmten Verfassungstexten geführt und diese fortentwickelt, wie umgekehrt diese Verfassungstexte als „Material“ und Herausforderung für die weitere Theoriebildung gewirkt haben bzw. wirken sollten. Speziell im Deutschland des 19. Jahrhunderts kam es überdies zu Formen des „Paktierens“ zwischen den die Verfassunggebung beeinflussenden „Subjekten“ (Monarch und Stände bzw. Volk), an die die - heute wieder aktuellen – Gedanken von der „Verfassung als Vertrag“ erinnern.⁶

⁶ Dazu *P. Saladin*, Verfassungsreform und Verfassungsverständnis, AöR 104 (1979), S. 345 ff.; *P. Häberle*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 438 ff.

2. Der Problemerkatalog: Fünf Fragenkreise als Kontinuum im Wandel der Verfassungstexte

Im Einzelnen ergeben sich die folgenden fünf, anhand der im historischen und aktuellen Vergleich weltweit erarbeiteten Verfassungstexte typologisch aufgeschlüsselten Problemkreise, die einerseits das im völkerrechtsverbundenen Verfassungsstaat Typische in Sachen „verfassunggebende Gewalt des Volkes“ , andererseits aber auch die große Bandbreite denkbarer verfassungspolitischer Problemlösungen erkennen lassen:

a) An *welchen* „*Stellen*“ bzw. in welchen Abschnitten behandeln die einzelnen Verfassungswerke textlich-systematisch das Problem der verfassunggebenden Gewalt des Volkes? „Schon“ in der Präambel (vgl. das GG), in Grundsatz- oder erst bzw. auch in Schlussbestimmungen (so in Art. 146 GG und Art. 115 Verf. Brandenburg), am Ende oder in einem eigenen Kapitel (zuletzt Art. 441 Verf. Ecuador von 2008 als eigenes Kapitel, ähnlich Art. 409 bis 411 Verf. Bolivien von 2007 und Art. 342 bis 350 Verf. Venezuela von 1999) oder überhaupt nicht (wird sie also „systemimmanent“ vorausgesetzt und „praktiziert“ - in Orientierung an der seit 1789 entwickelten Lehre (*Sieyès*), die in immer neuen Textvarianten um einen Grundtypus kreist)?

b) Wer ist in *welchen Verfahren* als „Subjekt“ in die Prozesse der Verfassunggebung eingeschaltet? In diesem Pluralismus wirken heute Parteien, Verbände, Kirchen, einzelne Persönlichkeiten (wie *N. Mandela* in Südafrika), die Wissenschaft (im Spanien und Portugal der 70er Jahre, in der Türkei der 80er Jahre [auch] das Militär) mit.⁷ In Brandenburg (1992) haben sich die „Bürgerinnen und Bürger des Landes“, also nicht das Volk „diese Verfassung“ gegeben (Präambel), s. auch Präambel Verf. Mecklenburg-Vorpommern (1993). Im Ungarn von 2011/ 12 ist es die mit Zweidrittelmehrheit im Parlament herrschende Regierungspartei von Ministerpräsident *V. Orbán*, gegen dessen Verfassung die Bürger im Frühjahr 2012 demonstriert haben - ein wohl einzigartiger Vorgang.

Verfassungsgeschichtlich kämpften - im Spiegel der Verfassungstexte ablesbar - in Deutschland Fürst und Stände bzw. Volksvertretungen darum, „Subjekt“ der Verfassunggebung zu sein. Oktroyierte Verfassungen (wie die preußische von 1848) waren Ausdruck der verfassunggebenden Gewalt des Monarchen, paktierte (wie die revidierte preußische von 1850) bildeten einen Vertrag bzw. Kompromiss zwischen Fürst und Ständen

⁷ Zur Rolle der Streitkräfte, vgl. Präambel Verf. Portugal (1976/82) und Präambel Verf. Türkei (1982); diese nahmen sie 1997 erneut wahr. Erst 2011 zeigt sich ein Wandel: Die Mehrheitspartei von Ministerpräsident *R. Erdogan* drängt die Macht der Militärs zurück und plant eine neue Verfassung der Türkei (seit 2012), insbesondere mit dem Ziel der Einführung eines Präsidialsystems.

bzw. dem sie repräsentierenden Volk. Erst spät, d.h. seit 1918 rückte in Deutschland das Volk in die alleinige „Subjektstellung“ in Sachen verfassunggebende Gewalt ein.⁸

c) Wird die verfassunggebende Gewalt des Volkes schon textlich auf bestimmte Verfahren festgelegt oder nicht? Gibt es ausdrücklich-textlich bestimmte Verfahrensvarianten? Zum Beispiel: Wahlen zur verfassunggebenden Versammlung mit anschließendem Plebiszit bzw. ohne ein solches. Oder sind diese vom Typus Verfassungsstaat immanent gefordert? Denkbar ist auch das Fehlen jeder direkt demokratischen ex ante-Legitimation des Verfassungsgebers (so für das GG von 1949). Die Schweiz ist in der „Prozessualisierung“ der Verfassunggebung insofern besonders weit vorgestoßen, als sie einen festen Kanon von geschriebenen Verfahrensregeln zur „Totalrevision“ entwickelt hat, die heute zur „Substanz“ dieses Verfassungsstaates gehören dürften: auf Bundesebene ebenso wie kantonale (zuletzt etwa Art. 129 Verf. Bern von 1993; Art. 82 bis 90 Verf. Tessin von 1997; Art. 173 und 174 KV Neuenburg von 2000; Art. 114 bis 116 KV Schaffhausen von 2002; Art. 101 KV Graubünden von 2003; §§ 137 bis 140 KV Basel-Stadt von 2005).

d) Ist die verfassunggebende Gewalt des Volkes textlich in einen „Kontext“ bestimmter – normativer – Inhalte (wie Menschenwürde, Gerechtigkeit, historische Vorgänge, Völkerfrieden) eingebettet (z.B. meist in Präambeln oder durch „Bekennnisartikel“), die damit die Konturen des Typus kooperativer Verfassungsstaat umreißen, oder erscheint sie als ungebundene, freie, „normativ aus dem Nichts“ entscheidende „Gewalt“?

e) Damit zusammenhängend: Gibt es geschriebene oder ungeschriebene („selbstgegebene“ oder kulturell aufgegebene) Grenzen der verfassunggebenden Gewalt des Volkes: abgelesen aus den Verfassungstexten (besonders in Präambeln), Verfassungsgerichtsentscheidungen (BVerfGE 1, 14 (61 f.): 1. Neugliederungsurteil!) bzw. entwickelt von der Wissenschaft, die sich ihrerseits an den Texten bzw. einem Konzentrat des Typus Verfassungsstaat in Sachen Verfassunggebung orientiert? – Grenzen etwa aus dem Völkerrecht aktuell in der Schweiz?

3. Antworten

Eine im Lichte der Textstufenentwicklung arbeitende und aus Geschichte und Gegenwart Regelungsalternativen „ anbietende“ Theorie kann das Problem der verfassunggebenden Gewalt des Volkes wirklichkeitsnäher lösen als so manche Ideologie. Der Typus

⁸ K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I (1984), S. 147, trifft die Feststellung, die Lehre vom *pouvoir constituant* sei der wichtigste Anwendungsfall der Idee der Volkssouveränität, sie sei im demokratischen Verfassungsstaat selbstverständlich, „aber der Weg dorthin war ein dornenreicher“.

demokratischer Verfassungsstaat vermag so ein Stück weit über die je konkrete Verfassung eines individuellen Volkes hinauszudenken und Handlungsalternativen bereitzuhalten, die offene Fortentwicklungen der je konkreten Verfassung erlauben. Dass es dabei letztlich auch zu einer Entwicklung des Typus „Verfassungsstaat“ selbst kommen kann, ist nicht auszuschließen – man denke nur an die Grundwertekataloge, in die sich der Verfassungsstaat bzw. der Verfassungsgeber seit 1945 bzw. 1989 (prägnant Präambel Verf. Polen von 1997) zunehmend einbindet: sie sind eine neue Textstufe und ein Gewinn für den Verfassungsstaat, ebenso wie die schweizerischen Verfahrensinstrumente unter dem Stichwort „Totalrevision“ und die österreichische „Gesamtrevision“ bzw. das „Modell Spanien“. Sobald eine konkrete verfassungsstaatliche Verfassung Wirklichkeit geworden ist und sich damit auf den „Gleisen“ des Typus „Verfassungsstaat“ (weiter)entwickelt, kann es nur noch *evolutionäre* Verfassungsgebung geben – eben weil die kulturwissenschaftlich arbeitende Verfassungslehre Inhalte und Verfahren auch jenseits der positiven Texte bereit hält, die den Weg zu einer neuen konkreten Beispielsverfassung erlauben. Sobald es zu (Kultur-) Revolutionen kommt, die ein Schritt weg vom und gegen den Verfassungsstaat sind, im Zeichen totalitären Staatsdenkens von links oder rechts, versagt die Verfassungslehre. Der „große Sprung“ zurück (besser: vorwärts) zum Typus kooperativer „Verfassungsstaat“ kann dann nur durch die oben entwickelte Argumentation geleistet werden: ausnahmsweise Verzicht auf vorgängige Wahlen zu einer Nationalversammlung, aber Unverzichtbarkeit eines späteren Plebiszits oder Wahlen: weil der neue Zustand „näher“ am Typus weltoffener Verfassungsstaat ist als der frühere (Beispiele: Deutschlands GG von 1949 und die Türkische Verfassung von 1982).⁹ Einer „Werkstatt“ gleichen seit 2011 die Prozesse in arabischen Ländern wie Tunesien und Ägypten¹⁰, wobei die (konstitutionellen) Monarchien wie Marokko und Bahrain nach wie vor praktisch-politisch sich selbst die Verfassung geben.

Die These von der alleinigen „Subjektstellung“ des Volkes in den materiell vorgeprägten und normativ vorstrukturierten Verfahren seiner verfassungsgebenden Gewalt wird durch die Ersetzung der traditionellen „Willenseinheit des Volkes“ durch den heutigen Pluralismus des Volkes¹¹ nicht widerlegt. Der im Verfassungsstaat typische Anspruch des Volkes, alleiniges Subjekt bzw. „Träger“ der verfassungsgebenden Gewalt zu sein, macht die Einsicht nicht

⁹ In Anlehnung an BVerfGE 4, 157 (169 f.): „näher beim Grundgesetz“; ständige Rechtsprechung.

¹⁰ Aus der Lit. N. Naeem, Vom Abgang des Staatspräsidenten bis zur Verkündung der verfassungsrechtlichen Erklärung für die Übergangszeit, JöR 60 (2012), S. 643 ff.; P. Häberle, Der „arabische Frühling“ (2011) – in den Horizonten der Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, JöR 60 (2012), S. 605 ff.

¹¹ Dazu K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 5 ff., 62 (Neudruck 1999).

unrichtig, dass das Volk eine pluralistische Größe ist. Im modernen Verfassungsstaat arbeitet eine Vielheit pluralistischer „Faktoren“ bzw. „Beteiligter“ an dem Grund-Konsens, auf dem letztlich die Verfassung „gebaut“ wird. Man mag von einem Pluralismus „der“ Verfassungsgeber sprechen, von einem Kompromiss und Vertrag(en) aller mit allen: in diesen Vorgängen und Beteiligten „ist“ bzw. wirkt heute „das Volk“ („We, the people!“). Die Renaissance des Gedankens der paktierten Verfassung trifft also den Pluralismus der Inhalte und der an Verfassunggebung Beteiligten besser als die Ideologie vom (unbeschränkten) Willen „des“ Verfassungsgebers, der „sich“ die Verfassung „gibt“. Sie ist jedenfalls kein „Rückschritt“ in die Zeit des deutschen Dualismus Fürst/Stände und kein „stände-staatlicher“ Irrweg, so sehr viele Verfassungstexte noch von der Ideologie „des“ Verfassungsgebers geprägt sein mögen, der freilich vom Völkerrecht her eingebunden ist. Als Konsequenz des bisher Gesagten ergeben sich aber auch Antworten auf die Frage Nr. 5 des obigen Problemerkatalogs nach etwaigen geschriebenen und ungeschriebenen, vom Typus kooperativer Verfassungsstaat bzw. kulturell vorgegebenen Grenzen der verfassunggebenden Gewalt des Volkes. Sie folgen daraus, dass sich „Verfassunggebung“ auf die Konstituierung eines konkreten Beispiels für den abstrakteren Typus „Verfassungsstaat“ beziehen muss: andernfalls wären Wort und Begriff „Verfassunggebung“ irreführend und nichtssagend, ein bloßer Formalakt. Aus bis heute überzeugenden Gründen formuliert und normiert Art. 16 der französischen Menschen- und Bürgerrechte-Erklärung von 1789 (die in die Verfassung von 1791 integriert wurde und über die Präambel der Verfassung von 1958 auch heute noch in Frankreich gilt): „Eine jede Gesellschaft, in der weder die Gewährleistung der Rechte zugesichert noch die Trennung der Gewalten festgelegt ist, hat keine Verfassung“. Dies ist ein geltender Verfassungsrechtssatz im heutigen Frankreich (im Rahmen des jetzigen „Kriegs gegen den Terror“ freilich gefährdet) und kulturgeschichtlich gesehen zugleich ein kultureller „Klassikertext“ des Typus Verfassungsstaat. Völker, deren verfassunggebende Gewalt eine verfassungsstaatliche Verfassung einrichten konnten, haben sich damit – immanent – mindestens für diesen typusmitbestimmenden Basissatz von 1789 entschieden. Es handelt sich um ein Element des universalen Konstitutionalismus (ebenso wie beim absoluten Folterverbot), der auch vom Völkerrecht her mitgeprägt ist. „Mittelbarer“ Akteur werden auch Europarat und die UN (z.B. Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung und Apartheid (1966/1973)).

4. Die zwei Ebenen: Verfassunggebung im Typus Verfassungsstaat – Verfassunggebung eines konkreten Volkes im Kontext seiner kulturelle Individualität und Identität

Stets ist auf zwei – voneinander zu unterscheidenden (in der geschichtlichen Entwicklung sich aber wechselseitig beeinflussenden) – Ebenen zu arbeiten: auf der abstrakteren des Typus kooperativer Verfassungsstaat und auf der konkreteren eines konkret verfassten und sich individuell verfassenden Volkes. So ist das Bundesstaatsprinzip (noch?) nicht immanenter Bestandteil jedes typusgerechten Vorgangs der „Verfassunggebung des Volkes“: Es gibt große bzw. traditionsreiche Verfassungsstaaten wie England oder Frankreich, die keine Bundesstaaten sind, allenfalls Vorformen entwickeln (Regionen!). Wohl aber finden sich individuelle Verfassungsstaaten wie die USA oder die Schweiz, in denen das Bundesstaatsprinzip ein Strukturelement jeder Art von Verfassunggebung bzw. Totalrevision des Volkes bildet, seitdem dieses Volk konstituiert ist: Was juristisch (wie in der Schweiz) als „Grenze“ der Totalrevision bzw. Verfassunggebung erscheint, ist in der Sache freilich mehr: lebendiger, ohne Kulturrevolution und Kulturverlust nicht hinterschreitbarer Ausdruck der konkreten „Verfassung als Kulturzustand“. Und die Nation bzw. das Volk befindet sich in diesem sich weiterentwickelnden Kulturzustand, nicht im Natur- bzw. Ausnahmezustand i. S. der Lehren von *Sieyès* bis *C. Schmitt*.¹² Entsprechendes gilt für die Alternative „parlamentarische Monarchie“ (Spanien) oder „Republik“ (Frankreich, das deutsche GG) insofern, als beide Verfassungsstaaten ihrer heutigen kulturellen bzw. verfassungsstaatlichen Entwicklungsstufe gemäß nur konstitutionelle Monarchien bzw. Republiken sein können.

Inkurs: Würdigung von Arbeitsweise und Ergebnissen des *Parlamentarischen Rates* und sonstiger Beteiligter in verfassungstheoretischer und -praktischer Sicht (Bonn 1948/49) – zur Entstehungsgeschichte des *deutschen Grundgesetzes* von 1949¹³:

- (1) Die Mütter und Väter des Grundgesetzes leisten Verfassungsvergleichung in „Zeit und Raum“. Beobachten lässt sich eine Bezugnahme auf deutsche Verfassungen in Geschichte und Gegenwart; ebenso eine Bezugnahme auf ausländische Verfassungen.
- (2) Eingearbeitet werden Klassikertexte, ältere und neuere sowie wissenschaftliche Dogmatik und Judikatur als Rezeptionsgegenstände.
- (3) Nachweisen lässt sich eine Öffnung des personalen Beteiligtenkreises über die Mitglieder des Parlamentarischen Rates hinaus
- (4) Atypisch sind freilich die Interventionen der Militärgouverneure.

¹² Vgl. *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 79: „Die verfassunggebende Gewalt ist immer Naturzustand, wenn sie in dieser unveräußerlichen Eigenschaft auftritt.“

¹³ Neuausgabe des JöR Band 1 (1951), 2010, S. VI-XXVI, Einleitung von P. Häberle.

(5) Im Ganzen agiert der Parlamentarische Rat als begrenzt offene Gesellschaft der Verfassungsgeber.

(6) Nachweisbar sind entstehungsgeschichtliche Textstufen und Methoden mit einer genauen sprachlichen Arbeit an den Texten und Begriffen. Zu beobachten sind vier bzw. fünf Arbeitsmethoden der Verfassunggebung – analog zu den Auslegungsmethoden der Verfassungsinterpretation. Wir sehen einen gemeinsamen Topoi-Katalog (etwa Rechtssicherheit, Kultur, Geschichtlichkeit, Erfahrungen, Praxis und Wissenschaft).

(7) Die Väter und Mütter des Grundgesetzes wenden die vier klassischen Methoden *Savignys* (1840) an: Sie feilen am Wortlaut, arbeiten an der Systematik, führen sich den Sinn und Zweck ihrer Regelungen vor Augen und suchen historisch nach positiven oder negativen Beispielen – Verfassungvergleichung in der Zeit (Positives aus Weimar, Negatives als Abkehr von der NS-Zeit). Schon hier wurde aus einem gemeineuropäischen Fundus und kulturellem „Humus“ in Sachen Verfassungsstaat geschöpft.

(8) Größtes Interesse hätte den erwähnten neuesten Verfassungen zu gelten, insbesondere im Hinblick darauf, wie stark sich (in Europa) die Europäisierung bzw. die Internationalisierung und die Globalisierung in den Textstufen niederschlägt.

5. Normativierung und Konstitutionalisierung der verfassungsgebenden Gewalt

Theorie und Praxis der hier verfochtenen Normativierung und Konstitutionalisierung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes¹⁴ auf der Folie der sie kontextartig „umgebenden“ Bekenntnisartikel in Sachen Grundwerte bzw. ihrer „Klassikertexte“ von 1789 bzw. von 1776/1787 und der Schweizer Texte zu den prozessualen Maximen der „Totalrevision“ können auch nicht mit dem Argument widerlegt werden, es handele sich dabei nur um eine „Selbstverpflichtung“ (auf dem Hintergrund „grundsätzlich unbeschränkter Gewalt“) des jeweiligen konkreten Verfassungsgebers, nicht um die Normalität und Normativität eines typusimmanenten Verfassungsprinzips des Verfassungsstaates. Nur formal und äußerlich betrachtet verpflichtet „sich“ der Verfassungsgeber bzw. das (pluralistische) Volk „selbst“: In

¹⁴ *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 1975, liefert einen eindrucksvollen Entwurf des demokratischen Verfassungsstaates. Doch eliminiert er letztlich Volkssouveränität und verfassungsgebende Gewalt des Volkes in den Sätzen (S. 226): „Die Volkssouveränität tritt nur am Anfang oder am Ende des Verfassungsstaates auf, bei seiner Konstituierung und bei seiner Abschaffung“, „Die demokratische Souveränität ruht, solange der Verfassungsstaat besteht“.

der Sache und kulturgeschichtlich gesehen votiert es für Inhalte und Verfahren, die weit „objektiver“ gegeben und aufgegeben sind als ein ungeschichtlicher Dezisionismus wahrnehmen will.¹⁵ Die Eingebundenheit in einen bestimmten Entwicklungszustand einer Kultur schafft „Realien“ und „Ideelles“, dem die Theorie der bloß subjektiven „Selbstbindung“ und voluntaristischen „Selbstbeschränkung“ nicht gerecht werden kann. Die intensive „Verinnerlichung“ bestimmter Grundwerte wie „Menschenrechte“, „Friede“ etc., die sich an textlichen Präamblelementen wie „Absicht“, „Bewusstsein“, „von dem Willen beseelt“ zeigt, schlägt ins Objektive, in kulturelle Determinanten um. Es sind die Bürger, die bereits im „Kulturzustand“ „sich“ ihre Verfassung geben! (Auch die Teilverfassungen des Völkerrechts wie das Seerechtsübereinkommen, die Kinderschutz- oder die Behindertenkonvention, die zwei Wiener Verträge (1961/69) sowie die Weltkulturrechtskonventionen in Sachen Schutz von Kultur und Natur erwachsen aus einem Kulturzustand.)

II. Verfassungspolitische Erwägungen

Die bisherigen theoretischen Überlegungen und in sie integrierten vergleichenden Analysen der Verfassungstexte sowie der Praxis der verfassunggebenden Gewalt des Volkes blieben halbherzig, wenn sie nicht in verfassungspolitische Konsequenzen mündeten. Denn die weltweit vergleichende Verfassungslehre schließt die Dimension der Verfassungspolitik in einem „letzten Schritt“ nicht aus, sondern ein. Die Wissenschaft kann und soll künftigen Verfassunggebern praktische Handreichungen bieten bei der Ausgestaltung ihrer Texte, wo möglich auch im Sinne von Alternativen, wie sie in den Totalrevisionsvorhaben der Schweiz als „Varianten“ üblich geworden sind.¹⁶ Eine völkerrechtsoffene universale Verfassungslehre kann von dieser Technik viel lernen.

Auf diesem Hintergrund sei Folgendes empfohlen:

1. Die nationalen (bundesstaatlichen, auch gliedstaatlichen bzw. kantonalen) Verfassungsgeber sollten sowohl in den Präambeln ihrer Verfassungen als auch in den

¹⁵ S. auch K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., S. 149: „Ein Grundbestand dieser Vorstellungen (sc. der europäisch-atlantischen Verfassunggebung) besitzt rational und historisch begründbare Objektivität: Menschenrechte, freiheitliche demokratische Grundordnung, Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit.“ Aus der Lit. zur Verfassunggebung im Übrigen: H.-P. Schneider, Die verfassunggebende Gewalt, HStR VII 1992, § 158; C. Winterhoff, Verfassung – Verfassunggebung – Verfassungsänderung, 2007; P. Häberle, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse, AöR 112 (1987), S. 54ff.

¹⁶ Vgl. die „Varianten“ im Totalrevisionsentwurf für eine Bundesverfassung (1977) und für eine Kantonsverfassung wie Solothurn (1985) und Glarus (1977), abgedruckt in JöR 34 (1985), S. 536 ff. bzw. 497 ff. und 480 ff.

Schlussartikeln auf die verfassunggebende Kompetenz des Volkes als solche eingehen¹⁷: Sie „umrahmen“ so gleichsam ihr Verfassungstextwerk. Dabei ist der jeweils historisch-kulturelle Vorgang der Verfassunggebung i. S. des Postulats der Verfassungstextwahrheit und -klarheit so zu beschreiben wie er sich tatsächlich ereignet hat - dies selbst dann, wenn sich – nach dem Ideal des Verfassungsstaates – eigentlich „inkompetente Instanzen“ wie „Streitkräfte“ und „Besatzungsmächte“ in den Vorgang der Verfassunggebung gedrängt und ein Stück der allein beim Volk liegenden Kompetenz angeeignet haben (wie in Portugal 1976 oder in der Türkei 1982 bzw. in Westdeutschland nach 1945).

2. Die verfassunggebende Gewalt des Volkes sollte dem Typus weltoffener „Verfassungsstaat“ konform von zwei Seiten verfassungstextlich angereichert werden: von der inhaltlichen Grundwerteseite aus einerseits (Beispiele liefern die Verfassungen deutscher Länder nach 1945, aber auch die Verfassungen von Portugal und Spanien von 1976 bzw. 1978, osteuropäische bzw. Balkan-Länder nach 1989: Polen 1997, Albanien 1998; Mazedonien 1991: Präambel und Art. 8), d.h. über „Bekenntnis-“ bzw. „Bewusstseins-Artikel“ bzw. -Elemente in Präambeln einerseits, von der prozessualen Seite andererseits (Beispiele geben die schweizer, österreichischen und spanischen „Totalrevisions-“ bzw. „Gesamtrevisions“ - Regelungen bzw. die schon erwähnten Normierungen in Bolivien und Ecuador).

3. Empfehlenswert sind eigene Abschnitte über die Totalrevision bzw. Gesamtrevision der Verfassung (möglichst im prozessualen „Dreitakt“: Einleitung durch das Volk, Abstimmung in den Parlamenten und Verabschiedung durch das Volk; das Volk muss mindestens in Form von Wahlen oder durch ein Plebiszit „danach“ das letzte Wort haben). Sie können redaktionell gemeinsam mit der Totalrevision bzw. Verfassungsänderung unter dem „Dach“ eines und desselben Verfassungsabschnitts platziert sein (Beispiele gibt es in der Schweiz auf Bundes- und Kantonsebene). Damit ist „Totalrevision“ auch textlich als möglicher und durchaus normaler Vorgang (der Verfassunggebung) neben der bloßen Teilrevision bzw. „Verfassungsänderung“ ausgewiesen. Auch auf diese Weise kommt zum Ausdruck, dass die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Typus Verfassungsstaat der heutigen

¹⁷ So heißt es in der Präambel der Verf. Frankreich von 1946: „...le peuple français proclame à nouveau ... Il réaffirme solennellement les droits et les libertés“, am Schluss in Art. 106: „La présente Constitution, déli-bérée et adoptée par l'Assemblée nationale constituante, approuvée par le peuple français...“ (zit. nach J. Godechot (Hrsg.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, 1979, S. 389, 410).

Entwicklungsstufe tendenziell normalisiert, normativiert und konstitutionalisiert worden ist.¹⁸

4. Der Begriff „Verfassunggebung“ bzw. verfassunggebende Gewalt bzw. Kompetenz des Volkes braucht weder in den Verfassungstexten noch in der Theorie gestrichen bzw. verabschiedet zu werden – zu suggestiv ist die Wirkung der ihn kulturell bis heute tragenden Klassikertexte seit 1776/1778 bzw. 1789/1791/1792. Doch müsste sich die Erkenntnis durchsetzen, dass „Verfassunggebung des Volkes“ und „Totalrevision“ bzw. „Gesamtrevision“ durch das Volk im Typus kooperativer „Verfassungsstaat“ miteinander identisch sind. Verfassungen, die in Präambeln und/oder Schlussartikeln von „Verfassunggebung“ sprechen, sollten terminologisch konsequent bleiben und auch in einem etwaigen Abschnitt über die „Gesamtrevision“ diese dem Wortlaut nach als „Verfassunggebung“ ausweisen. Zur Verdeutlichung der im völkerrechtsoffenen Verfassungsstaat typischen Annäherung zwischen Verfassungsänderung (Teilrevision) und Verfassunggebung (Totalrevision) empfiehlt es sich, beide Arten von „Verfassungsreform“ auch systematisch gemeinsam unter einem „Dach“ bzw. Abschnitt zu vereinigen.

III. Verfassunggebung als pluralistischer Vorgang, Normierung des „politisch Wichtigem“

Gerade im Feld der Verfassunggebung schließlich reicht der herkömmlich juristische Ansatz nicht aus. Denn hier liegt ja noch kein „geltender“ positiver Text vor. Allein der tiefere und breite kulturwissenschaftliche Ansatz kann bestimmte Bewegungen, ihre „Promotoren“ und Akteure thematisieren und auf den Begriff bringen. Die neueren Prozesse der Verfassunggebung in Portugal (1976), Griechenland (1975) und Spanien (1978), auch in Kanada (1981), sowie die Schweizer Diskussion um die „Totalrevision“ der Bundesverfassung (Entwurf 1977, 1995 „nachgeführt“, 1999 gelungen) sowie in einigen Ländern Lateinamerikas, etwa in Kolumbien und Ecuador, lassen sich nicht allein wirtschaftlich und politisch, d.h. ohne Beachtung der kulturellen Hintergründe beschreiben und erklären.

Vor der textlichen Ausgestaltung liegen in Fülle unterschiedliche Bau-Elemente für die neue Verfassung „auf dem Platz“. Sachlich ringen Klassikertexte, Partei- und

¹⁸ Vgl. auch Art. 196 Verf. Costa Rica von 1949 (zit. nach JöR 35 [1986], S. 481 [508]): „Eine allgemeine Änderung dieser Verfassung kann nur durch eine zu diesem Zweck einberufene verfassunggebende Versammlung durchgeführt werden.“ – S. jetzt Art. 115 Verfassung Brandenburg (1992) – zur „verfassunggebenden Versammlung“ –, mit genauen Verfahrensvorschriften!

Verbandsprogramme, Erkenntnisse der Wissenschaft, Bruchstücke alter Verfassungstexte, aber auch Lebensleistungen einzelner Persönlichkeiten (z.B. *N. Mandela, V. Havel*) miteinander. Politische Hoffnungen und Erfahrungen gehen ebenso in die Prozesse der Verfassunggebung ein wie Elemente auswärtiger Verfassungsstaaten als Beispiel des Typus kooperativer Verfassungsstaat. So wirken sich die deutschen Leitbilder von Bundesstaatlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit, auch das Verhältnis von Staat und Kirche und der Grundrechtskatalog heute zunehmend in manchen neuen Verfassungen Europas aus. Kulturelle Rezeptionsprozesse etwa der grundrechtlichen Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG¹⁹ lassen sich nicht nur im Blick auf die Schweizer Totalrevision (z.B. § 13 Abs. 2 und 3 KV Basel-Stadt von 2005), sondern auch und sogar bis in das südliche Afrika (früher bis nach Bophuthatswana, jetzt Südafrika: Art. 36 Verf. Südafrika von 1996) und auf dem Balkan heute verfolgen. Bis all dies zu einem positiven Verfassungstext „gerinnt“, gibt es viel Kampf, viel Parteinahme und Interessenwahrung, auch der Religionen.

Es lohnt insbesondere ein Blick auf die Normierung des „politisch Wichtigen“: Erste Funktion von Verfassungsgebem ist es, das ihnen in der Zeitdimension, d.h. aus Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft „politisch Wichtige“ formalisiert in die Verfassungstexte umzusetzen (Grundordnungscharakter der Verfassung). Das in historischer Erfahrung Bewährte ist mit dem „Geist der Zeit“, insbesondere mit der Wirklichkeit, so zu verbinden, dass auch Hoffnungen für die Zukunft, Möglichkeiten, sie zu gestalten, und Maßstäbe (Ziele) hierfür verfassungstextlich zum Ausdruck kommen. Spezifikum ist dabei das Moment der Dauer, und es legitimiert, einen Rechtsgedanken, eine Institution oder ein Verfahren auf Verfassungsstufe zu normieren. Mit anderen Worten: Dem Verfassungsgeber muss ein Thema als dauerhaft genug erscheinen, um es zum Gegenstand einer textlichen Regelung in der neuen Verfassung zu machen. Nicht alles in der jeweiligen gesellschaftlichen und staatlichen Entwicklung ist wert, das Prädikat einer Verfassungsentwicklung zu erhalten. Diese Verbindung von Tradition und Offenheit für die Zukunft, von Stabilität und Dynamik, Abbildung des Vorhandenen mit entwurfhafter Steuerung des Zukünftigen, von Rezeption und Produktion sollte glücken. Dabei ist mit den genannten fünf Gestaltungsmethoden zu arbeiten: mit der Verfassungsgeschichte, Klassikertexten, vergleichend gewonnenen Verfassungstexten anderer Länder, mit der Methode der systematischen Ordnung und der

¹⁹ Dazu die Nachweise in: *P. Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl. 2011, S. 341 ff.; Anklänge zuletzt in Art. 11 Ziff. 2 Verf. Ecuador von 2008 sowie zuvor in Art. 39 Abs. 2 Verf. Südafrika von 1996; wahlverwandt auch Art. 30 Abs. 4 Kwazulu Natal von 1996, zit. nach JöR 47 (1999), S. 514 ff. Weitere Beispiele finden sich in Serbien, im Kosovo sowie in Kenia.

klaren Textgestaltung sowie den Zwecken und Werten. Was der Verfassungegeber für „politisch wichtig“ hält und in sein Textwerk aufnimmt, variiert in Raum und Zeit, von Land zu Land. Doch stellt sich die Frage, welche Kriterien ihm die beratende vergleichende Verfassungslehre zur Verfügung stellt, um das politisch Wichtige thematisch zu beschreiben und rechtstechnisch optimal umzusetzen. Solche Kriterien sind aus einem empirischen Überblick über die wichtigsten verfassungsstaatlichen Verfassungen der heutigen Zeit zu gewinnen (realtypischer Ist-Bestand), ergänzt um die „Idealen“ Anforderungen, die bisher de facto noch nicht zum typischen Inhalt gehören, aber verdienten, von möglichst vielen Verfassungen berücksichtigt zu werden (idealtypische Sollforderung). Orientierungspunkt ist dabei die „gute“ verfassungsstaatliche Verfassung. Verfassungspolitik und Staatsrechtslehre haben hier einander zuzuarbeiten, so unvermeidlich gewisse dezisionistische Elemente in der Entscheidung über das „politisch Wichtige“ sind. So bleibt offen, ob die neuen Rechtsquellentexte (z.B. Verf. Polen) und grundrechtliche Interpretationsregeln (wie im Kosovo, in Kenia etc.) „notwendig“ sind, welche Staatsziele „erforderlich“ sind, ob Themen wie der Ombudsmann, der Schutz der Gebärdensprache oder Kinderanwälte in die konkrete Verfassung gehören oder nicht. Der Schutz der Alten, Behinderten, Kinder wird derzeit ein universales Thema vieler Verfassungen. Gleiches gilt für mannigfaltige Ausdrucksformen der vom BVerfG erarbeiteten „Völkerrechtsfreundlichkeit“ sowie der „Kooperation“.

Ausblick: Die Abgrenzung zu Verfassungsänderung und Verfassungsinterpretation

Herkömmlich wird die Verfassunggebung von der Verfassungsinterpretation scharf getrennt. Klassikertext zu all dem ist die Unterscheidung von *Sieyès* zwischen verfassunggebender Gewalt und verfasster Gewalt. Schon ein Blick auf die Judikatur des deutschen BVerfG zeigt jedoch, dass es große prätorische Urteile gibt, die punktueller Verfassunggebung gleichkommen. Dies gilt etwa für das erste Fernsehurteil (BVerfGE 12, 205) oder auch manche Europaurteile (z.B. Maastricht-Urteil, BVerfGE 89, 155 und Lissabon-Urteil, BVerfGE 123, 267). Zu dieser mitunter schwindenden Differenz zwischen Verfassunggebung und Verfassungsinterpretation²⁰ kann ich leider keine fertige Theorie liefern. Gerade als alter Gelehrter in seinem Winter des Altertums erkennt man schmerzlich manche Grenzen der eigenen Wissenschaft und des eigenen Könnens. Dies darf uns nicht entmutigen, mit wissenschaftlichem Optimismus das uns Mögliche im Dienste des Rechts bzw. der Bürger zu tun.

²⁰ Dazu mein Aufsatz, Verfassungsinterpretation und Verfassunggebung, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht, 97 I (1978), S. 1 ff.

Erlauben Sie am Schluss eine Ermutigung in Bezug auf Frankreich. Vergewenwärtigen wir uns, in wenigen Stichworten, was wir Frankreich in Bezug auf juristische Weltliteratur und Literatur und Kunst verdanken – bekanntlich geht das wunderbare Wort „Weltliteratur“ auf *Goethe* zurück- Juristische Weltliteratur sind die Texte von *Montesquieu* über *J.-J. Rousseau* bis *A. de Tocqueville*. Sie begründen den Verfassungsstaat bis heute mit. Im engeren dogmatischen Sinne nenne ich *M. Hauriou*, *R. Carré de Malberg* oder *L. Duguit*. Weltliteratur ist neben den universalen Menschenrechten von 1789 das große Motto Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit, das viele afrikanische Verfassungen schon textlich als Wahlspruch in den Grundlagenbestimmungen ihrer Verfassungen rezipiert haben – welche Trias in Sachen Brüderlichkeit freilich oft „vergessen“ wird und ein verfassungsstaatliches Utopiequantum bleibt. Weiten wir unseren Blick über das Rechtliche hinaus zum kulturellen Patrimonium. Ich denke an das goldene Zeitalter eines *Molière*, *P. Corneille* und *J. Racine*, ich denke an Ballett und Musik am Hofe Ludwig XIV., ich denke an die 20er Jahre in Paris (meisterhaft in Erinnerung gerufen *Woody Allen* „Midnight in Paris“), ich denke an *J.-P. Sartre* angesichts von dessen drohender Verhaftung der große *Charles de Gaulle* sagte: „Einen Voltaire verhaftet man nicht!“, im politischen Bereich denke ich an den unvergleichlichen Schriftsteller und Kulturminister *A. Malraux*. Zwar findet sich dergleichen heute noch nicht, doch kann die Vergewenwärtigung der großen Kultur Frankreichs hic et nunc dazu beitragen, dass es seine Identität wiederfindet und seine Stimme zurückgewinnt, auch um gefährliche Parallelgesellschaften islamischer Jugendlicher in den Vorstädten und den Front National zurückzudrängen. Die französische Nation muss ihre kulturellen Werte erneuern. Beispiele in der Geschichte für eine „Renaissance“ gibt es (ausgehend von Italien bis nach Frankreich, ist dies nicht eine Aufgabe der „Unsterblichen“ in der Académie française statt des Experimentierens einer missglückenden Rechtschreibreform?). Die deutsch-französische Freundschaft könnte ein Wegbegleiter sein, so schwerwiegend unsere eigenen deutschen Probleme sind. Ich hoffe, dass dieser Zuruf von jenseits des Rheins, d.h. aus Deutschland, keine Anmaßung ist. Er ist aus freundschaftlicher Zuneigung zu Frankreich geboren. Leitfigur ist mir die Umarmung von *K. Adenauer* und *Ch. de Gaulle* zu Reims (1958). Vielen Dank.