

## THEORETISCHER HINTERGRUND

### I. »Souveränität« im Sinne von »Volkssouveränität«

Maus, Ingeborg: *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich* (stw 2018, S.64-78)

«Für das **Verständnis der demokratischen Variante der Gewaltenteilung**, wie sie unter anderem von John Locke und Kant aber auch von Rousseau/Sieyès vertreten wurde, steht im folgenden allerdings eine **Klärung der Begriffe 'Souveränität', insbesondere 'Volkssouveränität'** noch aus.

Hatte **Montesquieu** formuliert, eine Option für die Republik gegen die Monarchie heiße nichts anderes, als dass man **„die Macht des Volkes mit der Freiheit des Volkes verwechsele“**, so hat das von den obigen demokratischen Theoretikern begründete Modell **genau diese Identifikation zur Voraussetzung**. Dieses letztere Modell beschränkt sich nicht auf eine defensive Freiheitssicherung der Bürger gegen von ihnen getrennte Machtapparate, welche sich gegenseitig beschränken, sondern **lokalisiert die Kontrolle aller gewalthabenden Staatsapparate an der Basis der Gesellschaft. Freiheitssicherung liegt hier in den Händen der Staatsbürger selbst, die am Gesetzgebungsprozess partizipieren** und zugleich einen Rechtsanspruch darauf haben, dass sämtliche staatlichen Instanzen den Volkswillen beachten, d. h. die demokratischen Gesetze anwenden bzw. nur im Rahmen dieser Gesetze tätig werden. Dieses Modell beruht auf Volkssouveränität – einem heute weitgehend verdrängten oder sehr verdunkelten Prinzip.

...Die 'linke' Version dieser Verdunkelung der Souveränitäts-Kategorie, ohne welche eine Theorie der demokratischen Gesetzgebung nicht auskommen kann, findet sich freilich im Kontext mit einer ganz grundsätzlichen Negation von Staat und Recht (Agamben, Giorgio: Ausnahmezustand, Reclam S.103 f. → s.a. 'Erläuterungen').

Messianische Hoffnungen im Vertrauen auf deren Aufhebung geben sich leider keine Rechenschaft über die Konsequenzen, die sich aus dem Verschwinden einer mehr oder weniger verrechtlichten Politik ergeben und also aus einer Verabsolutierung der keineswegs verschwindenden ökonomischen Macht.

...Wer dagegen eine jeder 'Gewaltenteilung' vorausliegende 'Machtteilung' zwischen Politik und Ökonomie für erstrebenswert hält, weil nur diese einen ganz entfesselten **Totalitarismus ökonomischer Machtausübung** verhindern kann, wird die Mühe auf sich nehmen, nach einer Organisation von Politik zu suchen, die das **politische System zum Instrument der gesellschaftlichen Basis** macht – und ist **deshalb auf die Kategorie der (Volks-)Souveränität angewiesen**.

...Man spricht von 'Souveränität' erst seit der aufkommenden Vollpositivierung des Rechts. So bezeichnet **Bodin**, der die religiösen Kämpfe um das richtige Recht durch Entscheidung beenden will, den absolutistischen Monarchen nicht deshalb als Souverän, weil dieser das staatliche Gewaltmonopol besitzt, sondern weil er die **Quelle allen Rechts** ist und deshalb auch an die selbstgegebenen Gesetze

insofern nicht gebunden ist, als er sie jederzeit durch den Erlass neuer Gesetze aufheben/abändern kann.

...Im übrigen ist die inhaltliche Beliebigkeit der Gesetze mit der Nichtbeliebigkeit des demokratischen Gesetzgebungsprozesses selbst gekoppelt: **Die legislative Gewalt darf Locke zufolge nur Gesetze geben, nicht aber andere Gesetzgeber schaffen.** Ein Ermächtigungsgesetz, wie es 1933 der Deutsche Reichstag beschloss und damit die gesetzgebende (und sogar die verfassunggebende) Gewalt der Reichsregierung überantwortete, war mit Lockes Konzeption legislativer Souveränität schlechterdings unvereinbar. Bei **Kant finden sich die genauen Entsprechungen:** *“Das Recht der obersten Gesetzgebung in dem gemeinen Wesen ist kein veräußerliches. [...] Wer es hat, kann nur durch den Gesamtwillen des Volkes über das Volk, aber nicht über den Gesamtwillen selbst [...] disponieren. Ein Vertrag, der das Volk verpflichtete, seine Gewalt wiederum zurückzugeben, würde demselben nicht als gesetzgebender Macht zustehen.”* (Metaphysik der Sitten, S.452)

...**Zusammenfassend ist festzuhalten:** Die wichtigste Differenz zwischen beiden Gewaltenteilungssystemen besteht neben dem Unterschied der Trennung der Gewalten entweder nach Funktionsbereichen oder nach Inkompatibilitätsgeboten darin, dass der demokratischen Version ein Souveränitätsbegriff zugrunde liegt, den **Montesquieu** umgeht, indem er einen ganz unspezifischen Machtbegriff verwendet. Indem Montesquieu Gesetzgebung auf mehrere Gewalten verteilt, **beruht sein Modell auf Souveränitätsteilung**, während die Gewalten verschränkt bleiben. Freiheitssicherung liegt also nach dem Montesquieu'schen bzw. US-amerikanischen Verfassungsmodell im Antagonismus zwischen teilsouveränen Gewalten, nach dem demokratisch-parlamentarischen Modell im Antagonismus zwischen gesetzgebender Souveränität des Volkes und den gesetzesgebundenen, das staatliche Gewaltmonopol handhabenden Staatsapparaten insgesamt. Die **wichtigste Gemeinsamkeit** zwischen den Gewaltenteilungstheorien Montesquieus und der Kontraktualisten lag (**so muss im Präteritum gesagt werden**) in der Bestimmung der Justizfunktion: der **strengen Gesetzesbindung der Rechtsprechung** und der durch sie bewirkten Freiheitssicherung der Bürger gegen willkürliche Zugriffe der Staatsgewalt. **Gegenwärtig wird richterliche Unabhängigkeit weithin mit richterlicher Unabhängigkeit vom Gesetz verwechselt und letztere schließlich zum Kriterium gelungener Gewaltenteilung erklärt.**» ... (Maus beklagt im Folgekapitel zunehmende Entbindung der Justiz von der **'Rechtsanwendung'** bei gleichzeitiger Ermächtigung zu **'Rechtsfindung'** bzw. **'Rechtsgewinnung'**.) ...«Gleichgültig ob der freirechtliche Richter **Generalklauseln als 'ständig sprudelnde Rechtsquelle'** nutzt, ob der **Durchgriff auf mittelalterliches Naturrecht, auf die 'Wertordnung' des Nationalsozialismus oder überpositive Normen des Grundgesetzes** auf der Tagesordnung stehen, ob in der richterlichen Handhabung des hermeneutischen Zirkels der **Inhalt des Gesetzes erst im Hinblick auf Fakten**

**des Sachverhalts** bestimmt wird oder die **gesetzliche Programmierung der Justiz bereits an der Struktur der Sprache scheitert** (obwohl Richter doch offensichtlich die gelehrten Gesetzeskommentare »verstehen« können) oder ob schließlich der **Durchgriff auf moralische Prinzipien oder auf eine höchstrangige Gerechtigkeit die Gesetze zum Tanzen bringt** – immer entscheidet nach diesen Konzeptionen der Richter selbst, inwieweit er vom Gesetzesrecht überhaupt noch und in welcher Weise Gebrauch machen will. Angesichts dieser theoretischen Begründungen richterlicher Selbstversorgung mit Entscheidungsnormen und ihrer jeweils intensiven Rezeption vor allem in der höchstrichterlichen Rechtsprechung **ist längst jener Zustand erreicht, den einst Montesquieu als den des Despotismus bezeichnet hatte.** An zwei seiner Formulierungen sei hier noch einmal erinnert:

“Es gibt [...] keine Freiheit, wenn die richterliche Gewalt nicht von der gesetzgebenden [...] getrennt ist. Ist sie mit der gesetzgebenden Gewalt verbunden, so wäre die Macht über Leben und Freiheit der Bürger willkürlich, weil der Richter Gesetzgeber wäre.“

“In despotischen Staaten gibt es keine Gesetze: der Richter ist sich selbst Gesetz.“»

## II. »Volkssouveränität« und Freiheitsrechte (Emmanuel Joseph Sieyes' Staatsverständnis)

(nach Ulrich Thiele's (Hg.) Bd. 29 in der Reihe »Staatsverständnisse«; Nomos 2009)

Sieyes (1748-1836) vereinigt in seinen politischen Schriften naturrechtlich-kontraktualistische Legitimationskonzepte mit verfassungsrechtlich-organisatorischen Entwürfen und gilt als »Verfassungskünstler«.

Er hat seit frühester Zeit »Volkssouveränität« mit Freiheitsgrundrechten zu vereinen gesucht und dabei immer wieder überarbeitete Gewaltenteilungsschemata entwickelt. Dabei ergaben sich bis in die heutige Zeit bedenkenswerte und maßgebende Überlegungen über die Vereinbarkeit von Verfassungsjurisprudenz mit dem Prinzip der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes.

Freiheitsrechte sind durch das Prinzip der Gleichheit eingeschränkt:

*«Jeder Mensch ist alleiniger Eigentümer seiner Person; dieses Eigentum ist unveräußerlich.»*

*«Jeder Mensch ist im Gebrauch seiner persönlichen Fähigkeiten frei; der einzige Vorbehalt liegt darin, den Rechten anderer nicht zu schaden.»*

(Art.III und Art.IV aus »Einleitung zur Verfassung« vom 20. und 21. Juli 1789, vorgetragen am 26. August vor dem Comité du Constitution)

*«Die Freiheit der Gedanken, der Rede, der schriftlichen Äußerung, des Drucks und der Veröffentlichung seiner Schriften ist ein wesentlicher Teil der persönlichen Freiheit. Wie in jeder anderen Hinsicht darf das Gesetz auch hier nur das verbieten, was die Rechte des anderen beeinträchtigt.»* (Empfehlung 216)

Es wird aus der Stellung der Freiheitsrechte sogar ein Widerstandsrecht abgeleitet. *«Jede willkürliche oder gesetzeswidrige Anordnung ist nichtig. Wer sie fordert oder unterzeichnet, macht sich schuldig. Wer sie überbringt, ausführt oder ausführen lässt, macht sich schuldig. Sie alle müssen bestraft werden... Die Bürger, die von solchen Anordnungen betroffen sind, haben das Recht, der Gewalt mit Gewalt zu begegnen.»* (»Einleitung zur Verfassung«, Art. XXI f.)

Außerdem enthält die Rechtsdeklaration den ultimativen legitimatorischen Grundsatz der (verfassungsgebenden) *Volkssouveränität*, der im konstituierten Zustand der Grundsatz der Gemeinwohlbindung aller öffentlichen Gewalt entsprechen soll. Außerdem muss nach Sieyes dem Volk das Recht zur Verfassungsänderung vorbehalten bleiben, will es nicht in einen Widerspruch zu den Gewalten seiner Stellvertreter kommen:

*«Alle öffentlichen Gewalten kommen vom Volk und haben allein das Volksinteresse zum Zweck.»* (»Einleitung zur Verfassung«, Art. XXVII)

*«Ein Volk hat beständig das Recht, seine Verfassung zu überprüfen und zu erneuern.»* (»Einleitung zur Verfassung«, Art. XXXII)

Ganz wie bei Locke, Rousseau und Kant scheinen pragmatische Erwägungen Sieyes zu einer schwächer legitimierten *Repräsentativregierung* zu führen. Größe des Volkes und des Staates werden dann zu einer unabhängigen, die geeigneten Verfahren demokratischer Willensbildung hingegen zur abhängigen Variablen. *«Das Gesetz kann nur Ausdruck des Gemeinwillens sein. Bei einem großen Volk muss es das Werk einer Körperschaft von Repräsentanten sein, die für kurze Zeit mittelbar oder unmittelbar von allen am Gemeinwesen interessierten und dazu befähigten Bürgern gewählt werden.»* (»Einleitung zur Verfassung«, Art. XXVI)

Der Grundsatz der **Gewaltenteilung** hingegen bleibt bei Sieyes ein kategorischer und daher völlig unabhängig von empirischen Bedingungen. Dasselbe gilt für das **Rechtsstaatsprinzip**, aus dem sich insbesondere die Forderung nach der **Gesetzesbindung der Exekutive und Judikative** ergibt.

*«Daher dürfen alle diejenigen, die mit der Ausführung der Gesetze beauftragt sind, sowie diejenigen, die irgendeinen Teil der Obrigkeit oder einer öffentlichen Gewalt ausüben, nicht imstande sein, sich an der Freiheit der Bürger zu vergreifen.»* (»Einleitung zur Verfassung«, Art. XI)

*«Da das Gesetz die Bürger gleich verpflichtet, muss es auch die Schuldigen gleich bestrafen.»* (»Einleitung zur Verfassung«, Art. XVIII)

*«Niemand darf vor Gericht geladen, verhaftet und gefangengesetzt werden als in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen und in den darin bestimmten Formen.»* (»Einleitung zur Verfassung«, Art. XX)

Bereits 1789 bezieht Sieyes **soziale** und **wirtschaftliche Staatsbürgerrechte** in seine Rechtedeklaration ein, weil er im Unterschied zu Kant den Endzweck des ursprünglichen Vertrages im größtmöglichen Wohl aller erkennt; daraus ergeben

sich Pflichten für den Staat, **Ausfallbürgschaften** für Unzulänglichkeiten des ökonomischen Systems zu übernehmen (!).

*«Jeder Bürger hat auf gemeinschaftliche Vorteile Anspruch, die aus dem Gesellschaftszustand entstehen können.»*

(»Einleitung zur Verfassung«, Art. XXIV)

*«Jeder Bürger, der außerstande ist, für seinen Lebensunterhalt selbst zu sorgen, hat Anspruch auf die Unterstützung seiner Mitbürger.»*

(»Einleitung zur Verfassung«, Art. XXV)

*«So errichtet der Gesellschaftszustand neben der natürlichen Ungleichheit der Mittel also keineswegs eine ungerechte Ungleichheit der Rechte; ganz im Gegenteil schützt er die Gleichheit der Rechte vor dem natürlichen, aber schädlichen Einfluss der Mittel. Das Gesellschaftsgesetz wurde nicht gemacht, um den Schwachen zu schwächen und den Starken noch zu stärken; sein Anliegen ist es im Gegenteil, den Schwachen vor den Übergriffen des Starken zu schützen.»*

(»Einleitung zur Verfassung«, Empfehlung 245)

## KOMMENTAR & ERGÄNZUNG

Zum Obigen ist zusätzlich anzumerken, dass Maus im Zuge der Transnationalisierung und Globalisierung eine zunehmende Tendenz aktueller Politik feststellt, sich Montesquieu'schen Strukturen weiter anzunähern (namentlich auch in der EU). Diese sind in einem System der Souveränitätsteilung begründet, teilen aber bewusst die Gewalten nicht → Ziel: »Moderate Monarchie«. (Beispiele: USA, Frankreich und etliche andere EU-Länder.)

Dazu habe sich zunehmend eine Moralisierung des Rechts durch die Justiz gesellt. Dadurch geht mittlerweile auch noch die größte vorhandene Übereinstimmung zwischen dem Ansatz der aufklärerischen Kontraktualisten und dem moderat-monarchischen Ansatz von Montesquieu zum Schaden der Demokratie und des Volkssouveräns verloren. Die Macht liegt nach Maus mittlerweile bei der Exekutive ("demokratischer Monarch") und bei der nicht mehr an die Gesetze gebundenen Justiz als gesellschaftlichem Über-Ich; Über 100 Jahre gemeinsames und hartnäckiges Wirken juristischer Methodenlehre sowie rechtsphilosophischer Konzeptionen hätte die Gesetze aufgelöst und die Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative zunehmend aufgehoben. Schlagendes Beispiel für die mögliche oder gar wahrscheinliche Verführung der Richter ist die verbürgte Tatsache, dass zu Zeiten ärgster Repression der NS-Zeit 1/3 der ergangenen Urteile vom Volksgerichtshof als in der Strafe zu hoch, nicht als zu niedrig angesehen wurden. Die Richter hatten also sogar die weltanschaulich bereits gefärbten Erwartungen der Beurteiler mehr als deutlich übertroffen.

Der von Carl Schmitt (\*1888 †1985, einem der prägendsten Staatsrechtler des 20. Jahrhunderts) im Zusammenhang mit Souveränität ins Spiel gebrachte Zustand der »Ausnahme« («Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand befindet») ist heute weiter virtuell allgegenwärtig: Er hat Diskussionen um Souveränität verdunkelt und angesichts

seiner Nähe zum totalitären NSDAP-Staat in permanenten Verdacht gebracht, indem er gleichzeitig einen bis heute negativ wirkungsmächtigen Deutungsrahmen (Psychol. Begriff: Framing) für jeden Diskurs um den Begriff »(Volks)Souveränität« gesetzt hat. Diesen Ball haben sogar schon linke Philosophen aufgegriffen und bis in die völlige Negation von Staat und Recht getrieben, wenn sie als die extremste Form der 'Souveränität' die Erinnerung an das KZ wecken.

(Agamben, Giorgio: Ausnahmezustand Homo sacer II, S.103 f.; Reclam Verlag).

Außerdem haben wir uns selbst bereits durch zunehmende Rechtsdiffusion diesem Zustand sogar in der heutigen (sog.) Demokratie noch weiter angenähert.

(Privatverträge, fehlende demokratische Legitimierung transnationaler Institutionen wie EZB/EU-Kommission, demokratisch nicht legitimierte Gerichte wie EUGh und private Schiedsgerichte)

Sieht man sich die Abschnitte aus der Einleitung zur Verfassung zu Gemeinwohlorientierung und zum Schutz der Schwachen vor Übergriffen der Starken an, so könnte man meinen, Sieyes hätte das zweite Gesicht gehabt und unsere Zeit vorausgesehen.

Noch ist aber in der Bundesrepublik Deutschland zumindest der Text des Grundgesetzes heute noch eindeutig: U.a. sprechen Präambel, Art. 20 und 146 klar vom Recht des Volkes, sich eine Verfassung zu geben, und von aller Staatsgewalt, die vom Volke ausgeht, was sich in Abstimmungen, Wahlen und der Teilung der Gewalten niederschlagen soll; hier ist die gedankliche Nähe des Grundgesetzes zu Sieyes und den demokratischen Theoretikern deutlich und unübersehbar. Es gilt die Zeit dieser eindeutigen Sichtbarkeit und Gültigkeit zu nutzen, um den eingangs genannten Tendenzen entschieden zu begegnen, sollen Demokratie und Gewaltenteilung nicht weiter geschwächt werden.

Diese Aufgabe kommt primär allen Staatsbürger\*Innen zu. Die Wahrnehmung des Wahlrechts allein reicht aber zur Durchsetzung dieser wichtigen Pflicht nicht nur nach meiner eigenen Überzeugung bei weitem nicht aus. Dazu gehört die demokratische Realisierung der obigen zwar konstituierten, aber nicht institutionalisierten, in der Realität bis heute bewusst übergangenen Rechte.

Dabei wäre m.E. Sieyes' Art.XXVI mit einer Institution vom Volk gewählter Volksvertreter, deren Aufgabe die Sorge um Aktualität und Zweckmäßigkeit der Verfassung sowie die Wirksamkeit der Gewaltenteilung wäre, am besten Geltung zu verschaffen.

( Hajo Gscheidmeyer, Bremen Februar/März 2019)