

THEORETISCHER HINTERGRUND ZU »DEMOKRATIE«

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 verwechsle"*, 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 die Quelle allen Rechts*; er ist an die selbstgegebenen Gesetze insofern nicht gebunden, als er diese jederzeit durch den Erlass neuer Gesetze aufheben/abändern/ersetzen 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 verfassungsgebende) 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 S., 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 gesetzgebundenen, 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. »Blick auf die geplante “Verfassung” der EU«

Maus, Ingeborg: *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich* (stw 2018, S.94-99)

«Für die Verfassung der Europäischen Union wäre aus diesen nationalstaatlichen Entwicklungen (gemeint ist u.a. aus den Erfahrungen des NS-Staates) zu lernen, dass Verfassungsrechtsprechung am ehesten **rechtsstaats- und demokratiekompatibel bleibt, wenn sie sich vor allem auf die Einhaltung prozeduraler Regeln konzentriert**. Die Aufgabe eines »Hüters der Verfassung« im nachmetaphysischen Sinne ist die Überwachung der Spielregeln des gesamten demokratischen Prozesses, nicht die expertokratische Vorwegnahme der inhaltlichen Outputs von Gesetzgebungsverfahren. **Die Durchsicht des Vertrags über eine Verfassung für Europa eröffnet dagegen keine Perspektive auf eine solche Konzeption**. Es ergeben sich vielmehr für die Rechtsprechung des höchsten Gerichts auf europäischer Ebene Probleme, die diejenigen der unklaren Kompetenzabgrenzung zwischen den obersten Gerichten der EU und der Mitgliedsstaaten bei weitem übersteigen. Der außerordentlich weitläufige, unklare und **im schlimmsten Sinne unfertige Entwurf** besteht vor allem aus einer überaus reichhaltigen Materialsammlung von Aufgaben, inhaltlichen Zielsetzungen und Politikbereichen der Union, ergeht sich aber in der Sprache eher von Grundsätzen als von ausgearbeiteten prozeduralen Verfassungsnormen über die »Arbeitsweise« der Union. Gerade was die »Spielregeln« des gesamten politischen Prozesses angeht, enthält der Entwurf oft eher Absichtserklärungen für eine Verfassung als die Verfassung selbst. »Institutionelle Bestimmungen« sind gelegentlich nicht viel mehr als Bestimmungen über die künftige Herstellung institutioneller Bestimmungen. So gibt zum Beispiel der Entwurf nicht einmal Eckdaten zum Verfahren für die Wahl zum Europäischen Parlament an, sondern benennt alternativ zwei Wege künftiger Entscheidungsfindung für dieses Wahlverfahren und zwei verschiedene Kriterien für dessen Ausgestaltung (Art. III-330 Abs. 1). Oder, um nur ein weiteres Beispiel zu nennen: Art. I-38 Abs. 1 bestimmt ganz pauschal »Wird die Art des zu erlassenden Rechtsakts von der Verfassung nicht vorgegeben, **so entscheiden die Organe darüber von Fall zu Fall [!] unter Einhaltung der geltenden Verfahren [?] und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit [!]** nach Art. I-II.« Es handelt sich hier also nicht um eine Verfassung, die durch entformalisierende Methoden der Rechtsprechung erst aufgelöst werden müsste, **sie hat ihre Selbstauflösung bereits in ihren Text inkorporiert**. Was aber zuerst die Aufhebung rechtsstaatlich-demokratischer Gewaltenteilung in der vorgesehenen EU-Verfassung angeht, **so führt die Regression noch hinter Montesquieus vormoderne Lösung der Souveränitätsteilung zurück**. Dabei besteht das Problem einer EU-Verfassung nicht etwa in der Notwendigkeit, die Souveränität zwischen Mitgliedsstaaten und EU aufzuteilen. Da Souveränität - wiederholte Erinnerungen scheinen nicht überflüssig zu sein - nichts anderes heißt als Kompetenz der Gesetzgebung, stellen sich bei ihrer Verteilung im Mehrebenensystem der EU keine prinzipiell anderen Probleme als in einem föderalistisch organisierten Nationalstaat bei

der Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Gesamtstaat und Einzelstaaten (während das Ausmaß der gesetzgeberischen Ermächtigung der EU aus anderen Gründen besonderer Beachtung bedarf). Mit diesem Vorgang ist also mitnichten der heute geläufige Hinweis auf die angebliche Hinfälligkeit der Souveränitätskategorie zu belegen. »Ungeteilt« bleibt die Souveränität auch in einem föderalistischen System immer so lange, wie das Prinzip funktionaler Gewaltenteilung erhalten bleibt: die Monopolisierung der Gesetzgebung bei den legislativen (einzel- und gesamtstaatlichen) Körperschaften. In der EU-Verfassung ist aber die Souveränität der Gesetzgebung nicht nur - wie bei Montesquieu - geteilt, sondern geradezu zerstört. Hatte Montesquieu trotz seines großen Misstrauens gegen etwa übermütige Parlamente der Legislative immerhin das volle Gesetzgebungsrecht zugebilligt und dieses durch das nachträgliche Vetorecht der Exekutive eingeschränkt, so besteht die extreme Besonderheit des EU-Parlaments darin, daß es (von Sonderfällen abgesehen) überhaupt nur auf Initiative der Regierung tätig werden kann. Die UnionsbürgerInnen dürfen also Petitionen an ein Parlament richten (Art. III-334), das sich seinerseits nur in der Rolle eines Bittstellers befindet, wenn es darum geht, die Kommission zu einer Gesetzesinitiative zu veranlassen (Art. III-332). Um eine Formulierung Montesquieus abzuwandeln: Es ist hier das Parlament, das gleichsam zu einem »Nichts« wird. An die klassische, funktional-gewaltenteilige Souveränitätstheorie John Lockes darf angesichts des Entwurfs einer EU-Verfassung kaum noch erinnert werden: Jede Einmischung der Regierung in die Tätigkeit der Legislative behandelt Locke als einen Versuch der Zerstörung des Staates, der das Recht des Volkes zum Aufruhr nach sich zieht. Es sind indessen beachtliche und demokratiethoretisch fundierte Gründe gegen eine Stärkung des Europäischen Parlaments im Sinne voller Parlamentarisierung vorgebracht worden, die weder mit der im Entwurf beabsichtigten technokratischen Verselbständigung der exekutivischen Apparate konform gehen noch - wie gelegentlich unterstellt - sich einer substantialisierenden Perspektive auf die real existierenden europäischen Staatsvölker verdanken. Wenn Dieter Grimm darlegt, dass eine solche Stärkung des Europäischen Parlaments eine zentralisierende Wirkung auf die Gesamtorganisation der EU hätte, die das supranationale Gebilde in Richtung eines europäischen Nationalstaates veränderte, so geschieht dies mit dem überzeugenden Hinweis, dass demokratische Kontrollen der Apparate europaweit noch viel schwerer zu realisieren sind als auf nationalstaatlicher Ebene, weshalb überhaupt die Delegation politischer Aufgaben an die EU begrenzt und in einer Gründung der Union durch »Vertrag« die verbleibende Eigenständigkeit der europäischen Nationalstaaten betont werden sollte, welche im Begriff einer europäischen »Verfassung« negiert wäre. Auch Dieter Grimms Argument, es gebe »bislang kein europäisches Volk«, das im Europäischen Parlament vertreten werden könnte, bezieht sich nicht etwa auf die Abwesenheit einer homogenen Ethnie, sondern auf die Beschränkungen für Deliberation und Partizipation, die sich aus einer Sprachenvielfalt in der EU ergeben, die Schweizer Dimensionen bei weitem übersteigt. Die vorläufige Nichtexistenz eines europäischen Volkes bezeichnet also Defizite übernationaler Diskursfähigkeit, welche sich als strukturelle Verhinderung egalitärer Chancen der vorparlamentarischen Interessenartikulation und zivilgesellschaftlichen Kontrolle der Gesetzgebung auswirken. Allen diesen Argumenten ist nachdrücklich zuzustimmen. Dennoch ***muss*** aus demokratisch-rechtsstaatlicher Perspektive ***für ein Vertragswerk, das sich als »Verfassung« für Europa verstehen will, das Kriterium der Gewaltenteilung gelten***. Dieses Kriterium wird allerdings von dem geplanten System der Selbstversorgung der Regierung mit Gesetzen vollständig

verfehlt. Der in der Tat drohenden, im Entwurf angelegten Tendenz zur Zentralisierung wäre nur durch das Prinzip der äußerst (!) begrenzten Einzelermächtigung für die Zuständigkeiten der Union entgegenzuwirken – eine Möglichkeit, die aber durch die Unterscheidung zwischen »Abgrenzung« und »Ausübung« der Zuständigkeiten der Union und hinsichtlich letzterer durch die Einführung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Art. I-II) auf raffinierte Weise ausgehebelt wird. Da die besagte »Verfassung« nicht nur auf rechtsstaatliche und demokratische Gewaltenteilung verzichtet, sondern auch Gesetzgebung im eigentlichen Sinne negiert und darüber hinaus in vielen Fällen deutliche Verfahrensregelungen und Kompetenzzuweisungen gar nicht enthält, ***gleicht sie – trotz ihrer Verschriftlichung – auf verhängnisvolle Weise jener ganz ungeschriebenen »lebendigen Verfassung«, die das NS-System für sich reklamierte.*** Indem diese Verfassung die EU-Institutionen nicht wirklich verfasst, wiederholt sie auf dieser Ebene, was sich in der national-staatlichen Entwicklung einer umfangreichen Verrechtlichung mit eingebauter Entrechtlichung auf einfachgesetzlicher Ebene bereits abzeichnete. Diese Wiederholung im Verfassungsrecht bedeutet aber eine extreme Potenzierung der Entrechtlichung: Verfassungsinstitutionen, deren verfassungsförmige Normierung noch unvollständig ist und darum zum Teil ihnen selbst überlassen wird, fungieren gleichzeitig als verfassungsmäßige und als verfassungsgebende Gewalten. Dadurch ist die willkürverhindernde Abschottung zwischen demokratisch-rechtsstaatlich hierarchisierten Entscheidungsverfahren auf den obersten Stufen durchbrochen: Dieselben Instanzen, die zum Beispiel mit konkreten interessenvernetzten Gesetzgebungsprojekten befasst sind, entscheiden zugleich über Verfassungsnormen, durch die sie überhaupt erst konstituiert und interessenneutral prozeduralisiert werden sollten. Dies impliziert ein Dilemma, das auch durch das autoritäre Urvertrauen in die Weisheit der Verfassungsjustiz – statt in demokratisch prozeduralisierte Verfassungs- und Gesetzgebungsverfahren – nicht zu lindern ist. Es ist eine starke Verfassungsrechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof vorgesehen. Dieser befindet sich aber angesichts der spezifischen Struktur einer unfertigen Verfassung in einer ganz anderen und keineswegs mächtigeren Position als etwa das deutsche Bundesverfassungsgericht. Letzteres hatte durch methodologische Ausweitung seiner Kompetenzen Momente verfassungsgebender Gewalt zu Lasten des demokratischen Souveräns usurpiert und im Wege der Verfassungsänderung durch Verfassungsrechtsprechung jahrzehntelang bei sich monopolisiert. Der europäische Verfassungsentwurf verteilt hingegen Elemente verfassungsgebender Gewalt auf mehrere der »verfassungsmäßigen« Institutionen. Diese sind also nach dem Prinzip einer »lebendigen«, d. h. werdenden Verfassung darauf verwiesen, den jeweiligen Aktionsradius ihrer Kompetenzen im Zuge ihrer Tätigkeit selbst auszutesten. Die auf diese Weise geschaffenen Fakten können dann einer Verfassungsrechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof unterliegen. Da aber dieser Prüfung durch den Verfassungsentwurf Maßstäbe an die Hand gegeben sind, die zum Teil auf noch herzustellende Maßstäbe verweisen, ist zu befürchten, dass das höchste Gericht der EU – gerade bei der Ausübung seiner wichtigsten Kontrollfunktion hinsichtlich der Einhaltung der Spielregeln – seinerseits darauf angewiesen ist, seinen normativen Aktionsradius im Verhältnis zu den geschaffenen Fakten auszutesten. Die Verfassung der EU kann also die Gefahr nicht ausschließen, dass sie einem System un geregelter Konkurrenz von Machtapparaten den Weg bereitet. Die Anfälligkeit mancher Vordenker Europas für den Charme des Ungeregelten, das sie leicht mit Freiheit verwechseln, basiert auf der

Unkenntnis der Funktionsweise totalitärer Systeme. Dem Prinzip der »lebendigen Verfassung« korrespondiert nicht etwa ein zentralisierter »Führerstaat«, welcher nur als ideologische Selbstbeschreibung des NS-Systems existierte, sondern genau jene unregelte Konkurrenz der Apparate. – Die ungeheure Machtdelegation, die mit jeder Organisation großräumiger bzw. supranationaler Politik verbunden ist, erfordert im Interesse demokratischer Kontrolle nicht ein Weniger, sondern ein Mehr an rechtlicher Domestizierung. ***Ein Projekt, das den Anspruch erhebt, die Verfassung für Europa zu werden, kann weder auf Rechtsstaat noch auf Gewaltenteilung, noch auf Volkssouveränität verzichten.***»

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

Keinesfalls fehlen darf hierbei der Blick auf Bemühung um eine europäische Verfassung, denn hier droht nach Maus weiteres Ungemach für die noch junge, ja in europäischem Gewand noch nicht einmal geborene Demokratie, das es dringend zu verhindern gilt.

(Hierzu auch **D.Grimm**: *Die Zukunft der Verfassung I+II, Europa ja - aber welches?* **W. Streeck**: *Gekaufte Zeit*)

(Hajo Gscheidmeyer, Bremen Februar/März 2019)