

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 172

**Fragment (über)
Verfassunggebende Gewalt
des Volkes**

Elemente einer Verfassungstheorie V

Von

Friedrich Müller



Duncker & Humblot · Berlin

FRIEDRICH MÜLLER

**Fragment (über)
Verfassunggebende Gewalt des Volkes**

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 172

Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes

Elemente einer Verfassungstheorie V

Von

Friedrich Müller

Herausgegeben von

Dr. phil. Klaus Rohrbacher



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Müller, Friedrich:

Elemente einer Verfassungstheorie / von Friedrich Müller. –
Berlin : Duncker und Humblot.

(Schriften zur Rechtstheorie ; . . .)

Literaturangaben

5. Müller, Friedrich: Fragment (über) verfassunggebende
Gewalt des Volkes. – 1995

Müller, Friedrich:

Fragment (über) verfassunggebende Gewalt des Volkes / von
Friedrich Müller. Hrsg. von Klaus Rohrbacher. – Berlin :
Duncker und Humblot, 1995

(Elemente einer Verfassungstheorie ; 5)

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 172)

ISBN 3-428-08186-2

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 3-428-08186-2

Inhalt

Einleitung des Herausgebers	7
I. Verfassunggebende Gewalt: nicht Ideologie, sondern Rechtsfrage	
(Abschnitte 1-16)	11
II. Rechtsfrage: Verfahrensrecht	
(Abschnitte 17-22)	23
III. Rechtsfrage: materielles Recht	
(Abschnitte 23-51)	34
Verfassunggebende Gewalt des Volkes: „Verfassung“ (Abschnitte 25-26)	36
Verfassunggebende Gewalt des Volkes: „Geben“ (Abschnitt 27)	36
Verfassunggebende Gewalt des Volkes: „Volk“ (Abschnitte 28-33)	38
Verfassunggebende Gewalt des Volkes: „Gewalt“ (Abschnitte 34-43)	48
Weitere Fragen zur Legitimität (Abschnitte 44-51)	68
IV. Das Ungelöste	
(Abschnitt 52)	87

Einleitung des Herausgebers

I.

Von Müllers Schrift über die verfassunggebende Gewalt des Volkes blieb nur dieses Fragment erhalten. Das umfangreiche Buchmanuskript ist verloren.¹ Von zwei inzwischen noch aufgefundenen Forschungsprogrammen zu Fragen der Verfassungstheorie wird das ausführlichere – die Problemskizze zur verfassunggebenden Gewalt² – hier vorgestellt.

II.

Abgesehen von diesem eher äußerlichen Umstand, bestimmt das Fragmentarische aber auch emphatisch die Haltung des Textes. Das hängt vor allem mit der Position des Autors zusammen, derzufolge all das, was historisch und politisch, was rechtspraktisch und rechtswissenschaftlich mit dem Ausdruck „verfassunggebende Gewalt des Volkes“ ins Spiel kommt, bis heute dermaßen bruchstückhaft, unabgeschlossen blieb, daß darauf redlicherweise nur mit sich selbst als unabgeschlossen und bruchstückhaft verstehenden Erörterungen reagiert werden könne. So kommt mit dieser Studie etwas produktiv Beunruhigendes in die Debatte des Themas, das ihr bisher abgegangen sein dürfte.

III.

Staatsrechtliche Fragen, die deutsche Verfassungsgeschichte des 20. Jahrhunderts und Legitimationsprobleme des Grundgesetzes spielen hier durchweg eine wichtige Rolle, werden in geduldig wieder und wieder ansetzenden Interpretationen eng am Verfassungstext verfolgt. Trotzdem ist die Arbeit von der Textsorte her nicht dogmatisch, sondern eine Analyse in verfassungstheoretischer Absicht – Verfassungstheorie als die angemessene „Philosophie“ des modernen Verfassungsstaats. Wie schon in den bisher erschienenen Teilen von Müllers

¹ Vgl. zu diesem und zu anderen Manuskripten den Hinweis bei *Ralph Christensen*, Vorwort, in: Friedrich Müller, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, 1990, S. 5 ff., 9.

² Es handelt sich um 286 DIN A 4-Blätter von 1967/Anfang 1968; zum Teil Typskript, überwiegend handschriftlich. Der Herausgeber hat den Text technisch eingerichtet.

„Elementen“ dient der Hauptgegenstand, neben seiner unmittelbaren Bearbeitung, zugleich als Ausgangspunkt und Katalysator für eine allgemeinere Untersuchung am Leitfaden des profilierten Beispiels³. Bei dessen Grundsätzlichkeit im vorliegenden Fall erstaunt es nicht, wie intensiv sich das abgründige Problem einer verfassungsgebenden Volksgewalt dem Gesamtvorhaben einer analytisch strukturierenden Verfassungslehre einschreibt; mit Themen wie: demokratische Verfahren als Nomos der Verfassungsgebung; materialer Verfassungskern als Nomos der Bewahrung der Konstitution; Revolutionsrecht und Widerstandsrecht; Begriff und Rolle der „Verfassungsfamilie“; Methodenfragen der Umsetzung nicht-normativer Standards des bürgerlich-liberalen Verfassungskreises in innerstaatliches Recht; die Analyse von „Volk“ als eines komplexen, in aller Regel selektiv verwendeten (Kampf-)Begriffs und im Zusammenhang damit die Erörterung von Fragen wie Repräsentation, Homogenität / Heterogenität und die der grundsätzlichen politischen Inertie der zum „Volk“ stilisierten Bevölkerung. Abgestützt wird all dies in Geschichte, Praxis und Theorie des Verfassungsstaats der Moderne einschließlich der Rolle von Sprache, Text und Schrift für seine spezifisch legitimierende Rationalität; und ferner durch Herausarbeiten der hier so genannten (*Lockeschen*) Verfassungssouveränität zwischen Fürstensouveränität (*Bodin, Hobbes*) und *Rousseaus* Volkssouveränität.

Durchgängig treibt diesen Text eine immer wieder ansetzende *Reflexion der Gewalt* voran und damit auch das Bemühen um deren zentrale Reflexionsformen, um *Legitimität und Legalität*. Diese werden vor dem Hintergrund von *Müllers* Konzept der Normstruktur neu diskutiert; als „nicht dasselbe, aber das gleiche: aus gleichem (rechtsnormativem) Stoff“.

Das Bewußtsein, angesichts dieses Gegenstands notwendig vorläufig zu bleiben, prägt den Stil: ein behutsames wie insistentes Umkreisen der genannten und noch weiterer Einzelfragen. Es wird nicht neo-ontologisch ermittelt, was diese Volksgewalt „sei“; sondern erforscht, welche Rolle die sprachliche Berufung auf den Sprachausdruck „verfassungsgebende Gewalt des Volkes“ in Geschichte und Politik des modernen Verfassungsstaats, besonders europäischer Prägung, wie auch im Verfahrens- und im materiellen Recht der einzelnen Konstitution, hier des Grundgesetzes, spielen kann. Die befragte Formel soll, so auch in der Bonner Verfassung, Legitimität erzeugen. Sie wird daher von *Müller* als Ideologietext nicht akzeptiert, allein als Rechtstext; noch genauer, als Normtext. Das eröffnet operativen Spielraum dort, wo sich die Diskussion traditionell festgefahren hatte. Ohne der steril gewordenen Konfrontation „Positivismus – Antipositivismen“ auf den Leim zu gehen, die nicht zuletzt die Diskussion in der *Schmitt*-Schule paralyisiert, wird die Erörterung der verfassungsgebenden Gewalt in die Verfassungslehre als einen Teil der *Rechtswissen-*

³ Exemplarisch für diese Forschungsstrategie: Die Einheit der Verfassung, 1979; und: ‚Richterrecht‘, 1986.

schaft hereingeholt. Dieses vom Normtext ausgehende Konzept führt für das deutsche Grundgesetz zu einem inhaltlichen Verfassungsbegriff, der handhabbare Maßstäbe für die Ausübung der Staatsgewalt möglich macht. Ein entsprechender Gewinn an Rationalität folgt auch daraus, den Normtext über verfassungsgebende Volksgewalt, wie es hier geschieht, argumentativ eng mit den gleichfalls als Rechtsprobleme gesehenen Fragen von Legitimität, Legalität, Revolution und Widerstand zu verknüpfen.

Gelegentlich explizit, durchgehend in der Sache schließt das eine Auseinandersetzung mit der dezisionistischen und holistischen Willensmetaphysik *Carl Schmitts* ein. Zu dieser markiert der Text die demokratische Gegenposition; eine Position, die wissenschaftlich den Vorzug hat, seit „Normstruktur und Normativität“ (1966) auf ein modernes Normkonzept und eine sich hierauf gründende differenzierte Rechtmethodik gestützt zu sein. Dieser Ansatz erlaubt Lösungen, die künstliche, juridisch nicht haltbare Aufspaltungen wie „Ausnahmesituation versus Normallage“, „Legitimität versus Legalität“, „Verfassung versus Verfassungsgesetz“ konstruktiv überwinden. Nicht zuletzt die wissenschaftlich (strukturierend) wie politisch (unzweideutig demokratisch) exponierte Stellung gibt diesem Text seine offensive Frische und sichert ihm Aktualität.

IV.

Will sich ein Gemeinwesen die besondere Legitimität verschaffen, die auf der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes beruht, muß nach *Müllers* Vorschlag diese Gewalt konstitutionell positiviert sein, woraus sich dann praktische Folgerungen ergeben. Das ganze wird mit „Vertextung – Verfahren – Verfassungskern“ in Kürze umschrieben. Das ist ein klares Ergebnis für die Verfassungstheorie des geltenden Rechts, auch für die Verfassungsgebung und – ansatzweise – für die staatsrechtliche Dogmatik, die hier, wie gesagt, nicht eigentlich Thema ist.

Aber die vorliegende Schrift überschreitet, ohne sie deshalb aufzugeben, diese Ergebnisse in einer weiteren Bewegung. Diese nimmt sich das bei alledem noch Ungelöste vor; all das, was die verfassungsgebende Volksgewalt „als die offene Wunde der bürgerlich-demokratischen Staatenwelt“ erscheinen läßt. In diesem Zusammenhang wird auch gefragt, ob angesichts fast weltweiten Unglücks und der – seit der Entstehung des Textes leider nicht verschwundenen – Drohung mit globalem Desaster eine Untersuchung nicht zum anachronistischen Luxus wird, die sich um das wirkliche, unentfremdete, politisch erwachsene „Staats“volk sorgt. Der Autor sieht das anders, denn „viele von dem, das uns an den Rand treibt, und über den Rand des Sterns Erde hinaus, könnte behebbar werden, bekämen die menschlichen Gruppen sich erst einmal selbst in die Hand.“