

Die Internet-Publikation der Dissertation

„Die Verfassungsgebende Gewalt“ von Felix Viehoff  
erfolgt mit freundlicher Genehmigung der Familie des Verfassers.

12 262

**DIE VERFASSUNGSGEBENDE GEWALT**

**INAUGURAL - DISSERTATION**

**zur Erlangung des  
rechtswissenschaftlichen Doktorgrades  
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen  
Fakultät der  
WESTFÄLISCHEN LANDESONIVERSITÄT ZU MÜNSTER**



**vorgelegt von  
Referendar Felix Viehoff  
aus Münster, Westfalen  
1952**

12262

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Klein

Dekan: Prof. Dr. Klein

INHALTSÜBERSICHT

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS . . . . . V - XIV

E I N L E I T U N G : D A S T H E M A . . . . . 1 - 2

E R S T E R A B S C H N I T T : D E R B E G R I F F  
D E R V E R F A S S U N G S G E B E N D E N G E W A L T I M S C H R I F T T U M U N D  
D I E G R U N D B E G R I F F E . . . . . 3 - 37

§ 1. Der Begriff der verfassunggebenden Gewalt im  
Schrifttum . . . . . 3

I. Das Schrifttum . . . . . 3

1. Biévy und die französische Nationalver-  
sammlung(3). - 2. Schmitt(7).-

3. Schlesinger(9). - 4. Hildeheimer (11).

II. Stellungnahme . . . . . 13

§ 2. Die Grundbegriffe . . . . . 19

I. Das apriorische Recht als Geltungsgrund jeder  
faktischen Rechtsordnung . . . . . 19

II. Der Staat . . . . . 26

III. Die Staatsgewalt . . . . . 28

1. Der Begriff (28) . - 2. Die Trügerschaft  
(29). - 3. Die Wahrung (30).

IV. Die Verfassung des Staates . . . . . 32

§ 3. Der Problemstandort . . . . . 34

Z W E I T E R A B S C H N I T T : D I E V E R F A S S U N G S G E -  
G E B E N D E G E W A L T . . . . . 38 - 91

§ 4. Das Wesen der verfassunggebenden Gewalt . . . . . 38

I. Das Interesse . . . . . 38

II. Der Wille . . . . . 40

III. Die Gewalt . . . . . 43

1. Die Macht(43). - 2. Die rechtliche Sank-  
tion der Macht (48).



IV.	Der Begriff der verfassunggebenden Gewalt . . . . .	51
§ 5.	Die Trügerschaft der verfassunggebenden Gewalt . . . . .	52
	I. Die Rechtssubjektivität(52). -	
	II. Die Trügerschaft durch einen Einzelnen	53
	III. Die Trügerschaft durch eine Gruppe von Personen oder durch die Volksangehörigen selbst..	53
	1. Die mangelnde Rechts- und Pflichtsubjektivität einer Gruppe(54).-	
	2. Der durch Geburt und Tod bedingte Personenwechsel innerhalb einer Gruppe (56).	
§ 6.	Die Wahrung der verfassunggebenden Gewalt . . . . .	58
	I. Die Pflichtsubjektivität . . . . .	58
	II. Die Wahrung der von einem Einzelnen getragenen verfassunggebenden Gewalt . . . . .	60
	1. Der Träger als verfassunggebendes Subjekt (60). - 2. Wähler als verfassunggebende Subjekte (60).	
	III. Die Wahrung der von einer Gruppe von Personen getragenen verfassunggebenden Gewalt . . . . .	65
	1. Die Vorbereitung der Verfassungsgebung . . . . .	65
	a. Die Vertretungsformen . . . . .	67
	aa. Die Vertretung einer Gruppe als solcher (67). - bb. Die repräsentative Vertretung der Glieder einer Gruppe (68). - cc. Das Verhältnis von Repräsentation zur Gruppenvertretung(71).	
	b) Die repräsentative Vertretung durch die Abgeordneten einer vorbereitenden Versammlung . . . . .	72

2. Die Verfassunggebung . . . . .	75
a. Die Träger als verfassunggebende Subjekte (75). - b. Die verfassunggebenden Subjekte als gleichzeitige Repräsentanten(77).	
IV. Die Wahrung einer von den Volksangehörigen getragenen verfassunggebenden Gewalt . . . . .	80
1. Die Vorbereitung der Verfassunggebung . . . . .	80
a. Die Meinungsbildung durch Führer politischer Parteien (80). - b. Die Abgeordneten einer verfassunggebenden Versammlung als Repräsentanten (81).	
2. Die Verfassunggebung . . . . .	83
a. Die Abgeordneten einer verfassunggebenden Versammlung als verfassunggebende Subjekte und gleichzeitige Repräsentanten (83). - b. Die Träger selbst als verfassunggebende Subjekte und gleichzeitige Repräsentanten (84).	
§ 7. Die Eigenschaften der verfassunggebenden Gewalt . . . . .	86
I. Zu oberst und unerschöpfbar . . . . .	86
II. Ursprünglich . . . . .	87
III. Vernichtbar . . . . .	89
D R I T T E R   A B S C H N I T T :   V E R F A S S U N G S G E B E N D E	
GEWALT UND STAATSGEWALT . . . . .	92 -
§ 8. Das Verhältnis von verfassunggebender Gewalt zu Staatsgewalt . . . . .	92
I. Die Trägeridentität zwischen verfassunggebender Gewalt und Staatsgewalt . . . . .	92

II.	Das Rangverhältnis zwischen verfassungsgebender Gewalt und Staatsgewalt . . . . .	94
III.	Der Einfluss eines Wechsels der verfassungsgebenden Gewalt auf die Kontinuität der Staatsgewalt . . . . .	95
S C H L U S S: DIE ERGEBNISSE. . . . .		99 - 104

### SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Wenn die Werke der Verfasser in den Fußnoten nur unter einem abgekürzten Titel oder aber nur unter einem Stichwort angegeben werden, so ist im Schrifttumsverzeichnis der abgekürzte Titel beziehungsweise das Stichwort hervorgehoben.

Zeitungs- und Zeitschriftenaufsätze werden unter Angabe der entsprechenden üblichen Abkürzung, der Nummer des Jahrganges beziehungsweise des Bandes und der Seiten- oder Spaltenzahl angegeben.

Aufsätze aus Festschriften werden unter Angabe der Festschrift und der Seitenszahl angegeben.

**APFOLTER, A.:** Recht über den Staaten, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Jahrgang 1920/21, Band 14, Seite 97ff.

**ANSCHÜTZ, Gerhard:** Deutsches Staatsrecht, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Auflage, München, Leipzig, Berlin, 1914, -Staatsrecht -

**ANSCHÜTZ, Gerhard:** Die Verfassung des Deutschen Reichs, 11. Auflage, Berlin, 1929, -Verfassung-.



- BURCKHARDT, Walther:** Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel, 1927, -Rechtsgemeinschaft-.
- BIERLING, Ernst-Rudolf:** Juristische Prinzipienlehre, I. Band, Freiburg und Leipzig, 1894, -Prinzipienlehre -.
- OZAPSKI, Georg:** Zur staats- und völkerrechtlichen Lage Deutschlands, Neue Justiz, Jahrgang 1948, Seite 107
- DARMSTAEDTER, Friedrich:** Die neue Lehre von der Staatsgewalt, Zeitschrift für Öffentliches Recht, Band 6, Seite 40 ff.
- BISLER, Rudolf:** Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. Auflage, I. und II Band, Berlin, 1930, -Wörterbuch-.
- ENNECCERUS, Ludwig:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 13. Bearbeitung Marburg, 1931, -Enneccerus -.
- FORSTHOFF, Ernst:** Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien, Deutsche Rechtswissenschaften, Jahrgang 1950, Seite 313ff.

**FRIESENHAHN, Ernst:**

Grundgesetz und Besatzungsstatut, Recht Staat Wirtschaft, Schriftenreihe für Staatswissenschaftliche Fortbildung, Jahrgang 1950, 2. Band, Seite 145ff.

**FRIESENHAHN, Ernst:**

Die rechtstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, Recht Staat Wirtschaft, Schriftenreihe für Staatswissenschaftliche Fortbildung, Jahrgang 1950, 2. Band, Seite 239ff.

**VON GIERKE, Otto:**

Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 4. Ausgabe, Breslau, 1929, -Althusius --

**GÖHRING, Martin:**

Weg und Sieg der modernen Staatsidee in Frankreich, Tübingen 1947, -Staatsidee in Frankreich --

**GREWE, Wilhelm:**

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundesrepublik Deutschland, Deutsche Rechtszeitschrift, Jahrgang 1949, Seite 265ff.

**HATSHECK, Julius:**

Deutsches und Preussisches Staatsrecht, I. Band, 1922, Berlin, - Staatsrecht --

HELLER, Hermann:

Die Souveränität, Berlin und Leipzig, 1927, -Souveränität -.

HILDSCHEIMER, Walther:

Über die Revision moderner Staatsverfassungen, Diss. jur. Rostock, 1918, - Revision moderner Staatsverfassungen -.

IPSEN, Hans Peter:

Hamburg zwischen Krieg und Frieden, Festschrift für Leo Raape, Hamburg, 1948, Seite 42 ff.

JAHREISS, Hermann:

Zum System einer Verfassungslehre, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Jahrgang 1929/30, Band 23, Seite 342ff.

JELLINEK, Georg:

Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Berlin, 1905.

JERUSALEM, Franz:

Zum Verfassungsproblem, Süddeutsche Juristenseitung, Jahrgang 1946, Seite 108ff.

KAUFMANN, Erich:

Zur Problematik des Volkswillens, Berlin und Leipzig, 1931, - Volkswille - .

KELSEN, Hans:

Hauptprobleme der Staatslehre, Tübingen, 1923, -Hauptprobleme

- KELSEN, Hans:** Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1926.
- KLEIN, Friedrich:** Das Besatzungsstatut für Deutschland, Süddeutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1949, Spalte 737ff.
- KLEIN, Friedrich:** Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 106. Band, Seite 390ff.
- KRABBE, H.:** Die moderne Staatsidee, 2. deutsche Auflage, Haag, 1919, - Staatsidee - .
- KRABBE, H.:** Kritische Darstellung der Staatslehre, Haag, 1930, -Staatslehre-
- KRAFT-FUCHS, Margit:** Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre, Zeitschrift für Öffentliches Recht, Band 9, Seite 511ff.
- KRÜGER, Herbert:** Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Zeitschrift für völkische Verfassung und Verwaltung, Jahrgang 1943, 5. Band, Seite 221ff.
- KRÜGER, Herbert:** Bundesrepublik Deutschland und Deutsches Reich, Süddeutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1950, Spalte 113ff.

**LAMAND, Paul:**

Buchbesprechung von Charles Borgeaud: *Établissement et Revision des Constitutions en Ameriques et en Europe*, Paris, 1893, Archiv für Öffentliches Recht, 9. Band, Seite 270ff.

**LANDMANN, Max:**

Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern, Leipzig, 1896, -Souveränitätsbegriff-.

**LEIBHOLE, Gerhard :**

Das Wesen der Repräsentation, Berlin und Leipzig, 1929; -Repräsentation-.

**von MEYER, Ernst:**

Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Frankreichs im XIX. Jahrhundert, I. Band, Leipzig, 1907, -Französische Einflüsse-.

**MONTESQUIEU, Charles:**

Vom Geist der Gesetze, in neuer Übersetzung eingeleitet und herausgegeben von Ernst Forsthoff, I. Band, Tübingen, 1951, -Montesquieu-.

**NELSON, Leonard:**

SYSTEM der philosophischen Rechtslehre und Politik, Göttingen, 192 -Rechtslehre-.

- NELSON, Leonard: Die Rechtswissenschaft ohne Recht, Leipzig, 1917.
- ORNSTEIN, Hans: Macht, Moral und Recht, Bern, 1946
- REDSLOB, Robert: Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, Leipzig, 1912, - Staatstheorien - .
- REHM, Hermann: Allgemeine Staatslehre, Freiburg, 1899.
- REHM, Hermann: Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, Freiburg und Leipzig, 1896.
- REINACH, Adolf: Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes, 2. Abdruck, Sonderdruck aus: Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, I. Band, Halle, 1922, - Grundlagen -.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: Du contrat social, ou principes du droit politique, Berlin, 1788, - contrat social -.
- SANDER, Fritz: Allgemeine Gesellschaftslehre, Jena, 1930, - Gesellschaftslehre -.
- SCHLESINGER, Johann: Der pouvoir constituant, Zeitschrift für Öffentliches Recht, Band 13, Seite 104ff.
- SCHNITZ, Carl: Verfassungslehre, München und Leipzig, 1928.

- SCHMITT, Carl:** Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen, 1914, -Wert des Staates- .
- SCHMITT, Carl:** Die Diktatur, 2. Auflage, München und Leipzig, 1928, -Diktatur -.
- SCHNEIDER, Wilhelm:** Die verfassunggebende Gewalt in den süddeutschen Ländern seit der Revolution von 1918, Diss. jur. Leipzig, 1931, - Verfassunggebende Gewalt -.
- SIEYÈS, Emmanuel:** Politische Schriften, I. Band, gesammelt von dem deutschen Übersetzer, Leipzig, 1796.
- STAHL, Friedrich:Julius:** Die Philosophie des Rechts, eine Auswahl nach der 5. Auflage, 1870, Tübingen, 1926, -Philosophie-
- STIER-SOMLO, Felix:** Juristische Grundlehre, 2. Auflage, Leipzig, 1927, - Grundlehre -.
- STIER - SOMLO, Felix:** Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Berlin und Leipzig, 1924, - Staatsrecht -.
- von TUHR, Andreas:** Der Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig, 1914, -Allgemeiner Teil -.

- TÖNNIES, Bernd:** Wir Deutschen und der Rechtsstaat, Hamburg, 1946, -Rechtsstaat -.
- von TREITSCHKE, Heinrich:** Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert, 2. Teil, 4. Auflage, Leipzig, 1893, - Deutsche Geschichte -.
- TRIEPEL, Heinrich:** Die Hegemonie, Stuttgart, 1938, - Hegemonie -.
- TRIEPEL, Heinrich:** Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, Berlin, 1928, - Staatsverfassung und politische Parteien -.
- VIERKAHDT, Alfred:** Gesellschaftslehre, 2. Auflage, Stuttgart, 1928.
- VOEGELIN, Erich:** Die Verfassungslehre von Carl Schmitt, Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 11, Seite 89ff.
- WALDECKER, Ludwig:** Die Verfassung des Freistaates Preussen, Berlin, 1921.
- WEBER, Max:** Wirtschaft und Gesellschaft, 3. Auflage, Grundriss der Sozialökonomik, III. Abteilung: 2. Halbband, Tübingen, 1947, Wirtschaft und Gesellschaft.



- WENGLER, Wilhelm:** Betrachtungen zum Besatzungsstatut, Neue juristische Wochenschrift, Jahrgang 1949, Seite 881ff.
- WITTMAYER, Leo:** Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen, 1922, -Reichsverfassung -.
- WOLFF, Hans Julius:** Juristische Person und Staatsperson, Berlin, 1933, - Juristische Person -.
- WOLFF, Hans Julius:** Theorie der Vertretung, Berlin, 1934.
- WOLFF, Hans Julius:** Die neue Regierungsform des Deutschen Reiches, Tübingen, 1933, - Neue Regierungsform -.
- WOLFF, Hans Julius:** Über die Gerechtigkeit des principium juris, Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin, 1949, Seite 103ff.
- WOLFF, Hans Julius:** Vorlesung über Allgemeines Verwaltungsrecht, als Manuskript gedruckt, -Verwaltungsrecht -.
- ZWEIF, Egon:** Die Lehre vom pouvoir constituant, Tübingen, 1909, - pouvoir constituant -.

## E I N L E I T U N G

### DAS THEMA

Im Mittelpunkt der nachfolgenden Ausführungen steht die rein theoretische Untersuchung der verfassungsgebenden Gewalt, und zwar ihres Wesens, ihrer Trügerschaft, ihrer Wirkung sowie schliesslich ihre Eigenschaften. Daran anschliessend soll versucht werden, Antwort auf die Fragen zu geben, ob verfassungsgebende Gewalt und Staatsgewalt einander gleichgesetzt werden dürfen, und ob mit einem Wechsel der verfassungsgebenden Gewalt ohne weiteres die Staatsgewalt und damit der Staat selbst untergegangen ist.

Diese Themenstellung wurde veranlasst durch eine Kontroverse über das Schicksal der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes anlässlich der Konstituierung der Bundesrepublik Deutschland.

GREWE<sup>1)</sup> behauptet, dass die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes trotz des Zusammenbruches im Jahre 1945, unberührt erhalten geblieben sei. Das deutsche Volk sei lediglich in der Wirkung dieser Gewalt beeinträchtigt worden. Die Besatzungsmächte hätten jedoch anlässlich der Konstituierung der Bundesrepublik Deutschland der deutschen verfassungsgebenden Gewalt die Möglichkeit gegeben, "in dem freigewordenen Bereich eine eigenständige von deutschen Organen ausübende Staatsgewalt zu organisieren."<sup>2)</sup> Diese "könne sich daher in dem

---

1) GREWE, DRZ. 1949, 265 ff.

2) GREWE, DRZ. 1949, 267.

Augenblick und in dem Masse wieder aussern, in dem ihr von den Besatzungsmächten keine Hindernisse in den Weg gelegt<sup>1)</sup> würden.

KLEIN<sup>2)</sup> behauptet im Gegensatz hierzu, dass im Jahre 1945 die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes v e r n i c h t e t worden sei. Wenn das Volk "in eigener, freier Entschliessung weder eine verfassunggebende Versammlung einberufen ..... noch eine Verfassung verabschieden"<sup>3)</sup> könne, so bleibe für eine verfassunggebende Gewalt kein Raum. Im Jahre 1945 seien die Besatzungsmächte als neue Träger einer verfassunggebenden Gewalt aufgetreten. Das deutsche Volk habe erst seit dem Verzicht der Besatzungsmächte anlässlich der Verfassunggebung für die deutsche Bundesrepublik wieder eine verfassunggebende Gewalt.<sup>4)</sup>

GREWE behauptet also, dass die verfassunggebende Gewalt als solche, t r o t z B e h i n d e r u n g in ihrer Geltung, e x i s t e n t bleibe. KLEIN steht hingegen auf dem Standpunkt, dass die verfassunggebende Gewalt gerade infolge der B e h i n d e r u n g als v e r n i c h t e t anzusehen sei. Der Gegensatz dieser Auffassungen gab den Anstoss zur folgenden theoretischen Untersuchung der verfassunggebenden Gewalt. Das aufgeworfene konkrete Problem soll aber nicht behandelt werden. In dieser Arbeit soll also keine Substantion der tatsächlichen Ereignisse hinsichtlich des Schicksals der verfassunggebenden Gewalt in Deutschland unter die ermittelten rechtstheoretischen Ergebnisse erfolgen.

- 
- 1) GREWE, DRZ. 1949, 267.
  - 2) KLEIN, SJZ. 1949, 737ff.
  - 3) KLEIN, SJZ. 1949, 744.
  - 4) KLEIN, SJZ. 1949, 743f.

ERSTER ABSCHNITT  
DER BGRIF DER VERFASSUNGGEBEHENDEN GEWALT  
IM SCHRIFTTUM UND DIE GRUNDBEGRIFFE

§ 1. Der Begriff der verfassunggebenden Gewalt im Schrifttum

I.

Das Schrifttum

1. SIÈYES und die französische Nationalversammlung. Der Abbé SIÈYES sagte zur Zeit der grossen französischen Revolution anlässlich einer Debatte über die französische Verfassung: "Eine heilsame und fruchtbare Idee kam im Jahre 1789 auf: die Unterscheidung der konstituierenden Gewalt von den konstituierten; dergestalt, dass jene über diesen steht und nach bestimmten Regeln sie beherrscht; diese Idee wird einmal zu den Entdeckungen gerechnet werden, die die Wissenschaft einen Schritt vorwärts brachten; den Franzosen haben wir sie zu danken."<sup>1)</sup> Er wollte damit für sich den Ruhm in Anspruch nehmen, der Entdecker dieser Unterscheidung gewesen zu sein. In Amerika war jedoch der von SIÈYES ausgesprochene Gedanke bereits vor 1789, sowohl in den Einzelstaaten als auch

---

1) MONITEUR du 25. juillet 1795 (zitiert bei HILDESHEIMER, Revision moderner Staatsverfassungen 43, Ann.1): "Une idée saine et utile fut établie en 1789: c'est la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, celui-là dominant ceux-ci et traçant les règles de son obéissance; elle comptera parmi les découvertes qui font faire un pas à la science; elle est due aux Français."

in der Unions-Verfassung von 1787, verwirklicht. Er wurde von Mannern, wie LAMETH, LAFAYETTE, de NOUAILLES nach ihrer Rückkehr aus den Vereinigten Staaten in Frankreich verbreitet<sup>1)</sup>. SIEYÈS gebührt aber das Verdienst, die konstituierende Gewalt in der reinen Theorie ausgestaltet zu haben<sup>2)</sup>. Von ihm hat sie die Bezeichnung: pouvoir constituant. Er hat - wie TREITSCHKE<sup>3)</sup> es einmal ausdrückte - "das Feuer der ROUSSEAU'schen<sup>4)</sup> Volkssouveränität mit dem Wasser der MONTEQUIEU-SCHEN<sup>5)</sup> Gewaltenteilung verschmolzen".

1) Vgl. REDSCHLOB, Staatstheorien 153.

2) HILDEBRANDT, Revision moderner Staatsverfassungen 44; ZWING, pouvoir constituant 1f.

3) von TREITSCHKE? Deutsche Geschichte 109. Vgl. auch ZWING, pouvoir constituant 137, der behauptet, dass SIEYÈS die Terminologie von MONTEQUIEU auf einen Gedanken von ROUSSEAU angewandt habe.

4)5) Nach ROUSSEAU - Contrat social, bes.: Buch II, Kapitel 1 und 2; Buch III, Kapitel 14; Buch IV, Kapitel 1 und 2 - haben alle Volksgehörigen des allein souveränen Volkes den gleichen wahren und im Interesse der Gemeinschaft liegenden Willen, der in vieltausendfacher Verstärkung den wahren Willen des souveränen Volkes, den G e m e i n l i e n ergeben würde. Der Inhalt dieses Gemeinwillens solle dem Abstimmungsergebnis sämtlicher Volksgenossen entnommen werden. Das Volk müsse seinen Willen immer selber kundtun, denn in dem Augenblick, wo es sich vertreten lasse, habe es keine Freiheit mehr. Aus Vereinfachungsgründen läßt ROUSSEAU allerdings die Einberufung einer vorbereitenden vertretenden Versammlung - deren Abgeordnete Inhaber eines Imperativmandates sein sollen - zu. Jedoch über die Geltung der von dieser Versammlung entworfenen Entscheidung habe durch Abstimmung nur das Volk selbst zu entscheiden. (Gebundene Vertretung). MONTEQUIEU - Buch XI, Kapitel 6 - hingegen - beeinflusst durch die aus dem englischen Verfassungsrecht stammende These der Vertretung des Volkes in seinem Willen

SIEYÈS<sup>1)</sup> unternahm in seiner Schrift: "Qu'est ce que le Tiers Etat?" den Versuch, ROUSSEAU's These vom Gemeinwillen mit MONTESQUIEU's politisch praktischen Gedanken von der Vertretung des Volkes im Willen zu verbinden. Er geht davon aus, dass eine politische Gemeinschaft nur geschaffen werden könne, indem man ihr eine Organisation, eine Grundverfassung (constitution) gebe. Hinsichtlich der Entstehung einer solchen Gemeinschaft unterscheidet SIEYÈS drei Bildungsepochen (128). Die erste sei charakterisiert durch das auf gesellschaftliche Verbindung gerichtete Ziel des individuellen Willens einer mehr oder weniger beträchtlichen Zahl von abgesonderten Individuen. Allein hierdurch bilde sich bereits eine mit einem G e s a m t - w i l l e n ausgestattete N a t i o n . Diese sei U r s p r u n g v o n a l l e m , mithin auch der konstituierenden Gewalt, kraft deren in der zweiten Epoche, die zur Nation verbundenen Individuen übereinkämen, ihrer Vereinigung durch eine Organisation, eine Verfassung, mehr Festigkeit und Widerstandskraft zu geben. (129ff.).

---

hatte die ungebundene, die repräsentative Stellvertretung gelehrt. Eine Gesetzgebung durch das Volk selbst sei mit erheblichen äusseren Schwierigkeiten verknüpft. Je größer die Staaten und je vielfältiger die Aufgaben der Gesetzgebung seien, um so schwerfälliger müsse die Gebundenheit der Abgeordneten erscheinen. Bei jedem neuauftauchenden Punkt müssten die Inhaber eines Imperativmandates zu ihren Wählern zurückkehren, um neue Weisungen einzuholen. Das Volk als solches sei daher zum Regieren ungeeignet.

1) Die in diesem Unterabschnitt des Textes (1) eingeklammerten Zahlen bezeichnen die Seiten von SIEYÈS, Politische Schriften. Vgl. auch ZWEIF, pouvoir constituant 115-141; bes. 130ff. sowie HATSCHEK, Staatsrecht 21ff.

Das geschehe zweckmässig, indem die A u s -  
ü b u n g ihres, die Erledigung aller ge-  
meinsamen Angelegenheiten bezweckenden,  
G e m e i n w i l l e n s einer repräsen-  
tierenden Körperschaft ü b e r t r a g e n  
werde (130). Je grösser nämlich die Gemein-  
schaft sei, um so mehr erfordere das Zu-  
sammenleben eine Art Arbeitsteilung, denn  
die zur Nation verbundenen Individuen sei-  
en zu zahlreich, "als dass sie selbst ihren  
gemeinschaftlichen Willen ausüben könn-  
ten" (129). Die Delegierten seien sodann  
nicht Beauftragte ihrer Wähler, sondern  
Vertreter der ganzen Nation. In der drit-  
ten Epoche, welche als die einer durch  
Vollmacht ausgeübten Regierung zu bezeich-  
nen sei, handele nicht mehr wie in der  
zweiten Epoche der gemeinschaftliche wirk-  
liche Wille, sondern ein g e m e i n -  
s c h a f t l i c h e r d u r c h  
S t e l l v e r t r e t e r g e ä u -  
B e r t e r W i l l e (130f.).

Die von MONTESQUIEU gelehrte Vertretung  
des Volkes im Willen war Ursache dafür,  
dass SIÈYÈS den Thesen ROUSSEAU's - bei der  
Beratung des Problems der Verfassungsrevi-  
sion durch die Nationalversammlung - nur  
noch mit Einschränkungen folgte. Nach  
R O - U S S E A U soll sich das Volk zu regelmässi-  
gen Zeiten s e l b s t versammeln, um die  
über der Verfassung stehende konstituieren-  
de Gewalt zu betätigen. SIÈYÈS will jedoch  
die Nation, da sie sich bei ausserordent-  
lichen Umständen nicht wirklich selbst  
versammeln könne, nur durch Vertreter han-  
deln lassen. Insoweit folgt er MONTESQUIEU.  
Da nach SIÈYÈS die Nation aber nur durch  
a u s s e r o r d e n t l i c h e , mit Spe-  
zialmandat versehene V e r t r e t e r  
handeln soll, so vertritt er das im-

perative Mandat und folgt insoweit wiederum ROUSSEAU.

SIÉYÈS verlangt für die Verfassungsrevision allerdings nicht die Schaffung einer ausserordentlichen Körperschaft (Konvention). Er ist der Meinung, dass in einem bereits konstituierten Parlament die Abgeordneten das Spezialmandat zur Wahrnehmung der verfassunggebenden Gewalt gleichzeitig innehaben können. Dann seien aber die Funktionen der Abgeordneten als **a u s s e r o r d e n t l i c h e** **V e r t r e t e r** der Nation - für die **k o n s t i t u i e r e n d e** **T ä t i g -** **k e i t** - und als **g e w ö h n l i c h e** **V e r t r e t e r** der Nation - für die **g e -** **s e t z g e b e n d e** **T ä t i g k e i t** - scharf zu unterscheiden.

Die französische Nationalversammlung ist SIÉYÈS nur teilweise gefolgt<sup>1)</sup>. Sie war zu sehr von den vereinfachenden Gedanken des Repräsentationssystems beeindruckt, um das von SIÉYÈS für die Wahrnehmung der verfassunggebenden Gewalt vorgeschlagene Imperativmandat beschliessen zu können. Insoweit sie jedoch die Kompetenz zur Verfassungsrevision überhaupt einer Körperschaft übertrug - sie also nicht dem Volke selbst überliess -, stimmte sie mit SIÉYÈS überein. Die Abgeordneten dieser Körperschaft sind allerdings nicht - wie SIÉYÈS es wollte - Inhaber eines Imperativmandates, sondern Vertreter der Nation selbst.

2. Nach Carl SCHMITT<sup>2)</sup>, dessen Lehre von der verfassunggebenden Gewalt grosse Ähnlichkeit

1) Vgl. hierzu REDSLOB, Staatstheorien 157 ff von MEIER, Französische Einflüsse 106-152; GÜHRING, Staatsidee in Frankreich 212-261.

2) Die in diesem Unterabschnitt (2.) des Textes eingeklammerten Zahlen bezeichnen die Seiten von Carl SCHMITT, Verfassungslehre



mit der von SIEYÈS aufweist, kann sich die Nation<sup>1)</sup>, als "die Quelle aller Kraft" (79)<sup>2)</sup>, auf Grund ihres "Willens zur politischen Existenz" (21) durch Betätigung der verfassungsgebenden Gewalt für eine ganz bestimmte Art und Form ihrer "politischen Einheit" (21) und Ordnung entscheiden. Nach ihm ist verfassungsgebende Gewalt: "der politische Wille, dessen Macht oder Autorität in stande ist, die konkrete Gesamtentscheidung über Art und Form der eigenen politischen Existenz zu treffen, also die Existenz der politischen Einheit im ganzen zu bestimmen." (75)<sup>3)</sup> Das Ergebnis einer so getroffenen Entscheidung sei die Verfassung im positiven Sinn als Voraussetzung für die Geltung aller positiven Normen (76). Verfassungsgebendes Subjekt könnten sowohl

---

1) SCHMITT, Verfassungslehre 79, gibt dem Begriff Nation gegenüber dem des Volkes den Vorzug. Nach ihm "ist das Wort 'Nation' prägnanter und weniger missverständlich. Es bezeichnet nämlich das Volk als politisch-aktionsfähige Einheit mit dem Bewusstsein seiner politischen Besonderheit und dem Willen zur politischen Existenz, während das nicht als Nation existierende Volk nur eine irgendwie ethnisch oder kulturell zusammengehörige, aber nicht notwendig politisch existierende Verbindung von Menschen ist. Die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes setzt den bewussten Willen zur politischen Existenz, also eine Nation voraus." Im Originaltext gesperrt gedruckt.

2) Siehe auch SCHMITT, Diktatur 142.

3) Im Originaltext gesperrt gedruckt.

ein Monarch, eine Minderheit von Personen oder aber die Nation selbst sein (77). Für die Wahrnehmung der Gewalt gebe es kein geregelteres Verfahren (82). Während der König sie dadurch betätige, dass er aus der Fülle seiner Macht eine Verfassung erlasse, müsse die N a t i o n ihren unmittelbaren, auf eine Entscheidung über Art und Form der politischen Existenz gerichteten G e s a m t w i l l e n in Form eines Ja oder Nein erkennbaren Ausdruck verleihen (83). Diese Entscheidung treffe die verfassungsgebende Nation als eine mit sich selbst identische politisch-aktionsfähige Einheit (21). Eine solche politische Entscheidung bedürfe aber noch einer weiteren Ausführung und Formulierung (84). Hierfür habe sich die verfassungsgebende Versammlung als zweckmäßige Organisation herausgebildet (85), welche die "politische Einheit des Volkes" repräsentiere (219).

Alle i n n e r h a l b der geschaffenen Verfassung wahrgenommenen Zuständigkeiten seien keine Funktionen einer verfassungsgebenden Gewalt. Man könne nicht die auf Grund eines Verfassungsgesetzes zugewiesene Befugnis, verfassungsgesetzliche Bestimmungen zu ändern, als Funktion einer verfassungsgebenden Gewalt bezeichnen. Es sei daher unrichtig, den pouvoir constituant mit dieser verfassungsgesetzlichen Revisionsbefugnis gleichzustellen, und das als Formalbegriff des pouvoir constituant zu bezeichnen (77, 98, 102 f.).

3. Eine solche Gleichstellung von verfassung g e b e n d e r und verfassungs g e s e t z l i c h e r Zuständigkeit

nimmt SCHLESINGER<sup>1)</sup> vor. Es geht davon aus, dass jedes Staatswesen eine "Verfassung in rechtologischen Sinne des Wortes" (105) habe, die von ihm als Grund- oder Urnorm bezeichnet wird. Unmittelbar unter dieser Grundnorm stehe die Verfassung im positiven Sinn. Für die Existenz des Staates sei die Verfassung im positiven Sinn jedoch nicht immer erforderlich, denn in einer absoluten Monarchie könne es zum Beispiel möglich sein, dass ausser der Grundnorm eine andere generelle Norm überhaupt nicht bestehe. Infolgedessen würden in einem solchen Staat alle Hoheitsakte nur Individualakte sein. Daher behauptet SCHLESINGER, dass "die 'pouvoirs' für den Staat schlechthin durchaus nichts Unverrückliches darstellen" (105). Es könne mithin auch nicht behauptet werden, dass für jeden Staat eine verfassungsgebende Gewalt notwendig sei (106).

Für den modernen Staat - "wie er sich seit der französischen Revolution entwickelt" (106) habe - sei jedoch ausser der Grundnorm auch die verfassungsgebende Gewalt begriffenotwendig, denn jeder moderne Staat habe eine positive Verfassung, und die Gestaltung derselben geschehe eben durch die verfassungsgebende Gewalt. Nach SCHLESINGER ist nun diejenige Gewalt verfassungsgebend, kraft deren es auf legalen Wege möglich ist, die "Bestimmungen über

---

1) Die in diesem Unterabschnitt (5%) des Textes eingeklammerten Zahlen bezeichnen die Seiten von SCHLESINGER, Ziffern. 15, 10ff.

den Weg der Verfassungsgesetzgebung" (107) zu ändern<sup>1)</sup>. Der Verfassungsgesetzgeber könne eine solche Änderung "nur mit Wirksamkeit für die Zukunft" (107) vornehmen und auch nur unter Befolgung eben dieser Bestimmungen über den Weg der Verfassungsgesetzgebung, denn "sonst liegt ja kein Verfassungsgesetz vor" (119)<sup>2)</sup>.

4. HILDESHEIMER<sup>3)</sup> ist, soweit er von verfassungsetzender Gewalt spricht, der gleichen Meinung wie SCHLESINGER. HILDESHEIMER unterscheidet nämlich zwischen verfassunggebender und verfassungsetzender Gewalt.

Die nach ihm oberhalb und ausserhalb der Verfassung vorhandene verfassunggebende - den Staat zur Entstehung bringende - Gewalt sei lediglich "sozialer Machtfaktor" (39), der keinerlei rechtliche Attribute besitze. Vor dem die Staatsrechtsordnung begründenden Akt fehle "jedes Medium" für rechtserhebliche Vorgänge (38).

---

1) SCHLESINGER, ZöfR. 15, 110: "Der Satz des Artikels 76, Satz 1 RV.1' Die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung geändert werden', will nichts anderes besagen, als dass die Änderung der Verfassung ..... zur Verfügung der gesetzgebenden Gewalt steht. .... Der *pouvoir constituant* liegt eben bei einer solchen Struktur des Verfassungsänderungsverfahrens in der Hand der Organe der einfachen Gesetzgebung, die Erschwerung der Abänderung bedeutet nur eine Verfahrenbestimmung innerhalb dieser Organe."

2) Im Originaltext gesperrt gedruckt.

3) Die in diesem Unterabschnitt (4.) des Textes eingeklammerten Zahlen bezeichnen die Seiten von HILDESHEIMER, Revision moderner Staatsverfassungen.

Die Staatsbildung sei ein sozialer und selbst nicht weiter ableitbarer Vorgang. Es sei falsch, in dieser Sphäre bereits mit Rechtsbegriffen zu operieren. Das habe aber ROUSSEAU getan, als er das Volk durch Ausstattung mit dem Gemeinwillen zu einer Person erhoben habe (37).

Die von HILDESHEIMER genannte v e r f a s s u n g s e t z e n d e Gewalt sei durch die Verfassung als oberste aller Gewalten im Staat eingesetzt (41). Diese schiebe sich zwischen die verfassungsgebende Gewalt, als die "Urkraft des Volkes" (42), und die legislative, exekutive und jurisdiktionelle Gewalt (42). Als staatliche " n a c h dem staatsbegründenden Akt, n a c h der Einsetzung der Verfassung" (41)<sup>1)</sup> eingesetzte Gewalt könne man sie nicht verfassungsgebend nennen. Ihre überragende Stellung liege darin, dass sie imstande sei, die Verfassung zu modifizieren, und die Fähigkeiten der übrigen Gewalten zu beeinflussen. Ihre Ausübung sei staatliche Gesetzgebung auf besonderem Gebiet (46). Die zustandekommenen Verfassungsgesetze unterschieden sich nur formell von den gewöhnlichen Gesetzen.

Es sei auch möglich, dass ein Staat überhaupt keine verfassungsetzende Gewalt habe. Das sei der Fall, wenn auf Grund der Verfassung die Funktionen dieser höchsten Gewalt im Staat durch die legislative Gewalt wahrgenommen würden. Dann bestünde zwischen gewöhnlicher Gesetzgebung und Verfassungsgesetzgebung kein Unterschied (64).

---

1) In Originaltext gesperrt gedruckt.

## II.

### Stellungnahme

Die dargelegten Auffassungen haben gemeinsam, dass sie sich an der geschaffenen positiven Staatsverfassung<sup>1)</sup> als den Gegenstand der verfassungsgebenden Gewalt orientieren. Soweit die Existenz einer verfassungsgebenden Gewalt überhaupt bejaht wird<sup>2)</sup>, soll sie entweder "oberhalb" der Verfassung stehen, also auf diese selbst nicht zurückführbar sein, oder sie soll gerade auf die Verfassung zurückzuführen sein und infolgedessen "unterhalb" derselben stehen.

Wird sie "oberhalb" der Verfassung stehend angenommen, so soll sie entweder ein rechtlicher<sup>3)</sup> Begriff oder

---

1) Zum Begriff der Verfassung siehe des näheren unten S. 32.

2) Neben den oben S. 3 ff. angeführten Autoren vgl. auch CHEWE, DRZ. 1949, 267; FENGLER, NJW. 1949, 683; FRIESENHAIN, Recht Staat Wirtschaft 2, 151. Weitere Autoren siehe S. 14 Anm. 3.

3) So BIBES, siehe oben S. 3; ebenfalls SCHMITT, siehe oben S. 8, vgl. auch unten S. 15. In Anlehnung an SCHMITT gleichfalls KLEIN, SJZ. 1949, 743; IPSEN, Festschrift für Raspe 454; SCHNEIDER, Verfassungsgebende Gewalt 1ff.

nur "sozialer Machtfaktor"<sup>1)</sup> beziehungsweise "Urkraft des Volkes"<sup>2)</sup> sein.<sup>3)</sup>

Wenn die "oberhalb" der Verfassung stehende verfassungsgebende Gewalt lediglich sozialer Machtfaktor sein soll, aber auch dann, wenn ihr rechtliche Attribute zugeschrieben werden, bleibt ungeklärt, warum die kraft dieser Gewalt zustande gekommene Verfassung eine **r e c h t e** staatliche ist. Hierfür kann nur eine Berufung auf die "soziale Macht" als den Anfang jeder Rechtsordnung<sup>4)</sup>, auf die "Nation als den Urgrund allen Rechts"<sup>5)</sup> oder auf die

---

1)2) HILDEBRANDT, Revision moderner Staatsverfassungen 39, 42. Ebenso HATSCHEK, Staatsrecht 25: "Zwar hat die Weimarer Nationalversammlung und die Berliner Landesversammlung eine verfassungsgebende Gewalt ausgeübt, aber **n i c h t** als **R e c h t** der Nation, wie es die französische und amerikanische ....Lehre ansieht, **s o n d e r n** als eine durch **M a c h t** und **G e w a l t** getragene **T a t s a c h e**, wie solche überhaupt als **A n f a n g** **j e d e r** **R e c h t s - o r d n u n g** anzusehen ist."

3) Vgl. auch WOLFF, Juristische Person 301 ff. und 454. Derselbe, Verwaltungsrecht 34. Gleichfalls WITTMAYER, Reichsverfassung 42. Siehe auch HELLER, Souveränität 148: "Der völkerrechtliche Tatbestand 'Staat' verdankt seine Entstehung einzig und allein einem ihn konstituierenden Willensakt und weder einem völkerrechtlichen noch staatsrechtlichen Rechtsakt." Weiterhin STIER-SOMLO, Staatsrecht 50f.; derselbe, Juristische Grundlehre 319: "Konstituierende Gewalt bedeutet nichts anderes als unsere Rechtsmacht", welche die "ihre Gebote in einem bestimmten Kreise von Menschen" (95) .... durchsetzende Macht sei.

4) So HATSCHEK, Staatsrecht 25; HILDEBRANDT, Revision moderner Staatsverfassungen 30.

5) So SIEYÈS, Politische Schriften 129.

"Anerkennung"<sup>1)</sup> der verfassunggebenden Gewalt nicht genügen. Diese Rechtfertigungsgründe verweisen letztlich nur auf den menschlichen Willen der Träger dieser "sozialen Macht", beziehungsweise der diese "Nation" ausmachenden oder aber die "Anerkennung" vornehmenden Menschen. Menschlicher Wille ist aber wandelbar und deshalb nicht geeignet, für die Frage, ob eine Verfassung **r e c h t s** staatlich ist oder nicht, den Ausschlag zu geben. Es ist auch nicht erkennbar, wodurch der Willensinhalt den Charakter eines **r e c h t l i c h e n** erhält. Dazu ist das ausserhalb der Sphäre des menschlichen Willens stehende apriorische Recht erforderlich.<sup>2)</sup> Weiterhin ist auch nicht ersichtlich, auf welche Weise die "**N a t i o n**" (SIEYÈS), die "politische **E i n h e i t** eines Volkes" (SCHMITT)<sup>3)</sup>, oder aber der "Wille der stärkeren **M e h r h e i t** im Volk" (HILDEBRANDT) zur Verfassung **g e b u n g** fähig sein soll<sup>4)</sup>.

1) So SCHMITT, Verfassungslehre 87.

2) Näheres dazu unten S.19 ff.; bes.S.25.

3) WOLFF, Juristische Person 335, bemängelt, dass "der Gegenstand des fundamentalen Begriffs der 'politischen Einheit' ----- von SCHMITT leider nirgends expliziert" wird. Ebenfalls KRAFT-FUCHS, ZfPR.11, 314. JAHREISS, ArchRpH.23, 344 bemerkt, dass bei SCHMITT "das Problem .... der Entstehung der 'politischen Einheit' vernachlässigt" ist. Das beruht wohl darauf, wie VOGELIN, ZfPR.11, 107 feststellt, dass SCHMITT sich den Staatsproblemen nicht "als Beobachter von aussen her" nähert, sondern "im Staat als Schöpfer politischer Ideen" steht. "Er nimmt die Verfassung, wie sie vorliegt, und schreitet den Raum der Ideen ab, von dem er wie sie umfasst wird. Er verlässt diesen Raum nie, sondern arbeitet immanent dessen idealtypisches Gewölbe heraus."

4) Vgl. auch WALDECKER, Die Verfassung des Freistaates Preussen 42, welcher der Lehre vom pouvoir constituant das Arbeiten "mit der Einheitsvorstellung 'Volk' als gegebener Grösse" zum Vorwurf macht. Es bleibe nämlich die Frage offen, "welches Element denn eigentlich zu dem Übergang von der Betrachtung der isolierten Einzelnen zu dieser Einheitsvorstellung" berechtige.



Die Beantwortung dieser Frage - ob also einem Volk Interessen - und Willensfähigkeit zukommt - ist für die Trügerschaft einer verfassungsgebenden Gewalt von grundlegender Bedeutung. Es kann nämlich nicht dasselbe sein, ob die Trügerschaft einer verfassungsgebenden Gewalt dem Volk als einer selbständigen Einheit oder aber nur den einzelnen Volksangehörigen zukommt.<sup>1)</sup> Schliesslich erscheint es bedenklich, Wille und Gewalt einander gleichzusetzen<sup>2)</sup>, denn Wille als psychisches Vermögen ist nicht Gewalt<sup>3)</sup>, sondern nur eine Voraussetzung zur Gewaltfähigkeit.

Von denjenigen Autoren, welche die verfassungsgebende Gewalt auf die Verfassung selbst zurückführen - sie als "u n - t e r h a l t" der Verfassung stehend ansehen-, wird sie neben verfassunggebender Gewalt<sup>4)</sup> auch als "verfassung-

---

1) Näheres dazu unten S. 95ff.

2) Das macht aber SCHMITT bei seiner Definition der verfassungsgebenden Gewalt. Siehe oben S. 8. Derselbe, Verfassungslehre 9: "In Wahrheit gilt eine Verfassung, weil sie von einer verfassungsgebenden Gewalt ..... ausgeht und durch deren Willen gesetzt ist".

3) Siehe dazu unten S. 40ff. und 45ff.

4) SCHLESINGER, ZBFR. 13, 110.

gesetzende Gewalt<sup>1)</sup> bezeichnet<sup>2)</sup>.  
Sofern ihre Existenz überhaupt geleugnet  
wird<sup>3)</sup>, soll die verfassunggebende Tätig-  
keit Funktion der konstituierten legisla-  
tiven Gewalt sein.

Folgt man diesen Auffassungen, so kommt  
man doch nicht dahin, für die Schaf-  
fung der Verfassung eine zweite Ge-  
walt anzunehmen, denn jede auf eine Ver-  
fassung selbst zurückführende verfassung-  
gebende Gewalt setzt immer die Schaffung  
dieser Verfassung voraus. Das müsste so-  
dann durch eine Gewalt geschehen sein,  
die bereits früher existierte als die-  
jenige, welche auf die Verfassung selbst  
zurückführt<sup>4)</sup>. Ob eine solche Teilung in

---

1) HILDESHEIMER, Revision moderner Staats-  
verfassungen 41.

2) Vgl. auch KELSEN, Allgemeine Staatslehre,  
253, nach dessen Auffassung es sich - in  
Konsequenz seines juristischen Normativis-  
mus - bei der Lehre von der verfassung-  
gebenden Gewalt "nur um einen der positiv-  
rechtlich zu begründenden Fälle erschwerter  
Normänderung" handelt.

3) So ANSCHÜTZ, Verfassung 348, für die  
Weimarer Verfassung. HATSCHEK, Staats-  
recht 24f., verneint gleichfalls für die  
Weimarer Verfassung die Existenz einer  
verfassunggebenden Gewalt, da alle Ver-  
fassungsänderung durch die gesetzgebende  
Gewalt besorgt werden könne. Siehe auch  
HILDESHEIMER, Revision moderner Staatsver-  
fassungen 64, wonach immer dann keine  
verfassungsetzende Gewalt vorliege, wenn  
die ihr zukommenden Funktionen von der  
legislativen Gewalt wahrgenommen würden.  
Vgl. oben S.12.

4) Infolgedessen unterscheidet HILDESHEIMER,  
Revision moderner Staatsverfassungen 41,  
von seinem Standpunkt aus folgerichtig  
zwischen verfassung gebender und  
verfassung setzender Gewalt. Vgl.  
auch LADAND, ArchöfR. 9, 273.

"frühere" und konstituierte "verfassunggebende" Gewalt überhaupt notwendig ist, hängt schliesslich von der Beurteilung des Entstehungsvorganges der Verfassung selbst ab. Handelt es sich nämlich hierbei nicht nur um einen sozialen Vorgang, sondern gleichzeitig um einen - wenn auch nicht positiv-rechtlich erheblichen Vorgang, so ist nicht einzusehen, weshalb einerseits zwischen einer verfassunggebenden Gewalt<sup>1)</sup> und andererseits einer verfassungsetzenden Gewalt<sup>2)</sup> unterschieden werden soll. Ob aber der Entstehungsvorgang einer Verfassung nur vom Sozialen her zu bewerten ist, hängt davon ab, was unter Recht verstanden wird. Nur dann, wenn es richtig ist, dass die Welt des Rechts erst mit der "etablierten Verfassung"<sup>3)</sup> beginnt, sind keine rechtlich erheblichen Vorgänge vor dem die Staatsrechtsordnung begründenden Akt denkbar.

---

1)2) HILDESHEIMER, Revision moderner Staatsverfassungen 39 und 42.

3) HILDESHEIMER, Revision moderner Staatsverfassungen 39.

## § 2. Die Grundbegriffe

### I.

Das apriorische Recht als Geltungsgrund jeder faktischen Rechtsordnung

Die Lehren, wonach einerseits die Geltung einer jeden öffentlichen Rechtsordnung auf Gott - also in eine übernatürliche Sphäre - und andererseits auf Menschen, den Fürsten oder das Volk, - also in den natürlichen Bereich des allerdings wandelbaren menschlichen Willens - zurückführt, erfahren mit dem Gedanken BODIN's von der Souveränität des Staates eine solche enge Verknötung, dass die Frage nach dem Sitz des Geltungsgrundes schliesslich nur noch eine solche nach dem Subjekt der Souveränität geworden war<sup>1)</sup>.

---

1) Vgl. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre 440: "Hier (bei der Souveränitätslehre BODIN's) greift nämlich eine zweite Gedankenreihe (die vom Ursprung weltlicher Macht) ein, die, anfänglich von der Souveränitätslehre gänzlich getrennt, ihr seitlich lange vorangehend, sich mit ihr in eigentümlicher Weise verflucht und zu einem schwer zu entwirrenden Knäuel tiefgreifender Irrtümer führt, die historisch von den schwerwiegendsten Folgen begleitet waren." ZWEIG, pouvoir constituant 2: "Die Frage, wo die letzte Kraftquelle einer öffentlichen Rechtsordnung zu suchen ist und woher diese den Antrieb ihrer Wirksamkeit empfängt, ist gleichbedeutend mit der Frage nach dem Subjekt der Souveränität."

man sah in ihm schlechthin den Träger souveräner Macht<sup>1)</sup>.

Die Problemstellung selbst aber, die Frage nach dem Geltungsgrund einer jeden öffentlichen Rechtsordnung hatte durch diese Verknüpfung dem Grunde nach keine Veränderung erfahren, denn im Verlauf der Geschichte beanspruchte, neben der Lehre von der Souveränität des Fürsten<sup>2)</sup>, nach wie vor die theokratische Lehre die Zurückführung aller weltlichen Macht - nunmehr - auf die Souveränität Gottes<sup>3)</sup>. Insbesondere verschaffte sich aber daneben die Auffassung Geltung, nach welcher das Volk allein Subjekt der Souveränität sei. Sie hatte bedeutende Vertreter in ALTHUSIUS und ROUSSEAU. ALTHUSIUS prägte das Wort von

---

1) von GIERKE, Althusius 1859.

2) Bedeutende Vertreter dieser Lehre waren HOBBS und PUFENDORF. HOBBS behauptete die "allumfassende, unumschränkte und unverantwortliche Herrschergewalt, welche Persönlichkeit, Eigentum, Recht, Gewissen und Religion der Untertanen absorbiert" und welche "durch kein Gesetz, keinen Vertrag und keine Pflicht gebunden wird und keinen anderen Richter als sich selbst kennt." So bei von GIERKE, Althusius 16. Vgl. auch JELLINEK, Allgemeine Staatslehre 46. PUFENDORF schreibt "dem Herrscher eine höchste, straflose, unverantwortliche, von jedem positiven Gesetz entbundene, für die Untertanen schlechthin heilige und unverletzliche Gewalt zu". So bei von GIERKE, Althusius 183. Vgl. auch REHM, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft 231ff.

3) Vgl. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre 452 und 458. Ebenfalls KRABBE, Staatslehre 244ff., besonders 280.

der Majestät des souveränen - nur durch das göttliche und natürliche Recht beschränkten - Volkes<sup>1)</sup>. Als letzter grosser literarischer Verkünder des Gedankens der Volkssouveränität vor der grossen französischen Revolution behauptete ROUSSEAU über ALTHUSIUS hinausgehend die unbeschränkte Souveränität des Volkes<sup>2)</sup>.

Es soll also die Geltung einer jeden öffentlichen Rechtsordnung einerseits auf Gott und andererseits auf das Volk oder auf den Fürsten zurückführen. Ihr Geltungsgrund soll also entweder in eine übernatürliche Sphäre weisen oder aber im Bereich des menschlichen Willens liegen.

Die Souveränität Gottes hat aber nur für den Kreis derjenigen Geltung, die glauben. Da der Glaube davon abhängt, ob man glauben will, und nicht alle Menschen glauben, so kann auch die Souveränität Gottes nicht als ein für alle Menschen geltender Ursprung einer jeden öffentlichen Rechts-

---

1) von GIERKE, Althusius 157.

2) Hieran anknüpfend behauptet BIERER, dass die Nation der Ursprung allen Rechts sei. Vgl. dazu oben S. 5, 15. Vgl. auch REDSCH, Staatstheorien 46ff. und LANDMANN, Souveränitätsbegriff 119ff.

ordnung angesehen werden<sup>1)</sup>.

Volk oder Fürst als Träger weltlicher Macht können sowohl rechtmässig, als auch unrechtmässig herrschen. Da infolgedessen eine Kraft vorhanden sein muss, von welcher aus dieses machtvolle Herrschen eine objektive Bewertung - ob es rechtmässig oder unrechtmässig ist - erhält, so ist die Macht der weltlichen Herrscher in keinem Falle

---

1) Vgl. KRANZ, Staatslehre 271: "Diese (theokratische) Auffassung ist aber nur annehmlich für diejenigen, welche .... an eine Offenbarung Gottes glauben"; und 272: sie "steht und fällt also mit diesem Glauben; und da derselbe durch Verstand und Vernunft niemandem beigebracht werden kann, hat sie nur Geltung für den Kreis derjenigen, die einen solchen dogmatischen Standpunkt einnehmen." Siehe auch WOLFF, Juristische Person 403 Anm. 3: "Es ist sicherlich eine möglich Haltung, von einer religiösen Überzeugung aus, die gesamte Welt und damit auch das Recht und den Staat als in einem göttlichen Weltplan oder in einem göttlichen Weltssystem eingeordnet zu finden. . . . Gott selbst ist dann nicht nur der Setzer (des göttlichen) Rechtsgesetzes, sondern auch die Quelle seiner Verbindlichkeit. Um seine Kriterium anwenden zu können, müssten wir es aber kennen. Diese Kenntnis könnte jedoch nur durch göttliche Offenbarung vermittelt werden. Das scheint mir aber angesichts der sehr widerstreitenden Offenbarungen, deren die Menschheit teilhaftig geworden ist, eine allzu schwache Grundlage für das Recht zu sein, dessen kategorische Pflichten einer festeren Grundlage bedürfen."

souverän<sup>1)</sup>.

Eine solche, nach dem Gerechtigkeitsprinzip durchzuführende Bewertung kann überhaupt nur dann erfolgen, wenn die bewertende Kraft selbst frei von jeder Bewertung ist. Diese muss daher über aller weltlichen Macht stehen<sup>2)</sup> und insoweit wiederum ausserhalb des Bereichs des menschlichen Willens liegen.

---

1) Vgl. STAHL, Philosophie 213: "Und darin liegt die Selbsttäuschung bei dem Urheber und den Anhängern dieser (Souveränitäts-) Lehre, dass sie meinen, das Volk könne eine Machtvollkommenheit, die ihm ausserhalb und über der Staatsordnung zukommt, dennoch als eine geordnete ausüben; denn woher soll Ordnung und Gesetz für sie kommen, da es ihr Wesen ist, an Ordnung und Gesetz nicht gebunden zu sein?"

2) Die nach KELSEN, Allgemeine Staatslehre 99, das System der Rechtsordnung begründende hypostatisierte Grund- oder Ursprungsnorm ist als bewertende Kraft nicht geeignet. Da eine solche Norm nämlich zu ihrem "typischen Inhalt" hat, "dass eine Autorität, eine R e c h t s - q u e l l e eingesetzt wird, deren Äusserungen als rechtsverbindlich zu gelten haben: Verhaltet euch so wie die R e c h t s a u t o r i t ä t; der M o n a r c h, die V o l k v e r - s a m m l u n g, das P a r l a m e n t etc. befiehlt", so verweist doch eine solche "Rechtsquelle" wiederum auf den wandelbaren menschlichen Willen, aber nicht auf eine bewertende Kraft, die selbst frei von jeder Bewertung ist.



Diese Kraft ist das unbeschränkbare und von jeder Bewertung unabhängige, nur idealiter geltende und allein souveräne<sup>1)</sup> a p r i o r i s c h e Recht<sup>2)</sup>, dessen Aufgabe es ist, die "schränkenlose Freiheit, die bloße Macht und Willkür jedes um der Freiheit jedes anderen Willen einzuschränken"<sup>3)</sup>, denn nur dann ist ein gesellschaftliches Zusammensein von Menschen möglich. Infolgedessen ist weder Gott, noch Volk oder Fürst, sondern nur das souveräne apriorische Recht ein für die Menschen schlechthin verbindlicher Geltungsgrund dafür, ob jede faktisch geltende Rechts o r d n u n g auch eine echte R e c h t s o r d n u n g ist.<sup>4)</sup>

1) Jeder andere Gebrauch des Wortes Souveränität kann infolgedessen nur deprivierten Sinn haben. Dazu WOLFF, Juristische Person 451f.

2) Die Auffassung KRABBE's, Staatsidee 41, wonach das Recht "in dem Rechts g e - f ü h l oder dem Rechts b e w u s s t - s e i n des Menschen wurzelt" - in gleichem Sinne auch JERUSALEM, SJZ. 1946, 109 - widerspricht den Ausführungen am gleichen Ort S.95, wonach dieses in Seelenleben vorhandene Bewusstsein von objektiven Wert und der "W i l l k ü r durchaus e n t z o g e n" sei. Wenn aber dieses "objektive Bewusstsein als Wurzel des Rechts" der Willkür des Menschen -d.h. doch gerade der dem Willen vor- aufgehenden und im Gefühl oder Bewusstsein begründeten Fähigkeit, den Willen zu bilden (siehe dazu unten S.41) - entzogen ist, dann kann das Recht auch nicht mehr im Bewusstsein des Menschen, sondern nur in einer höheren Sphäre wurzeln.

3) WOLFF, Juristische Person 99 und 489f.; derselbe, Festschrift für Sauer 103ff. In gleichem Sinn NELSON, Rechtslehre 40.

4) Siehe auch unten S.33.

II.

Der Staat

Wenngleich nur das apriorische Recht souverän ist, so kann man - aus Gründen der Vereinfachung - doch nicht umhin, auch noch in anderer Hinsicht das Attribut höchst zu verwenden. Allerdings kann diese sodann beigelegte Eigenschaft immer nur relative Bedeutung haben. Mit dieser Einschränkung kommt dem Staat eine höchste Gewalt zu.

Der Staat ist zuerst Gegenstand der sozialen Wirklichkeit.<sup>1)</sup> Das Zusammenleben von Volksangehörigen auf einem bestimmten Gebiet verlangt eine Ordnung, welche die Verfolgung der zwischen diesen bestehenden und von diesen getragenen vielfältigen Wechselbeziehungen regelt. Diejenigen Menschen, welche diese Ordnung konstituieren und die durch sie notwendige Einschränkungen in der Interessenverfolgung notfalls erzwingen, also die alleinige Geltung und Befolgung einer solchen Ordnung garantieren, bedürfen hiersu einer irgendwie sozial legitimierten Macht. Der von einer solchen machtvollen Ordnung erfasste Komplex von Wechselbeziehungen im Volk ist der Staat im sozialen Sinn.

---

1) Siehe zu diesem Absatz WOLFF, Juristische Person 317 - 343, § 16. Der Staat als Verband; bes.: Der Staat als sozialer Zustand (322ff.); Faktische, legale, legitimierte und sanktionierte Herrschaft (326ff.); Der Staat als Herrschaftsverband (343ff.).

Da es die Aufgabe des a p r i o r i -  
s e h e n Rechts ist, die im Bereich des  
Sozialen liegenden Interessen - auf welche  
die vielschichtigen Wechselbeziehungen  
zurückführen - durch Normierung der  
Interessen v e r f o l g u n g zu  
schützen<sup>1)</sup>, so muss dieses nur idealiter  
geltende Recht zur f a k t i s c h e n  
Geltung kommen. Es muss verwirklicht wer-  
den.<sup>2)</sup> Die verwirklichte, also für die  
Volksangehörigen faktisch geltende Rechts-  
ordnung ist sodann die "p o s i t i v e  
Rechtsordnung"<sup>3)</sup> und S t a a t im  
j u r i s t i s c h e n S i n n e, der  
Komplex aller juristisch-normativen Be-

---

1) WOLFF, Juristische Person 110: "Es ist  
..... mit Nachdruck hervorzuheben, dass das  
Recht die Aufgabe hat, die Interessen-  
w a r n e h m u n g e n der Rechte-  
unterworfenen zu regeln". Es ist "gerade  
die Eigentümlichkeit des Rechts, dass sein  
Interesse und sein Zweck in ihm selbst  
gelegen ist und gelegen sein muss, da es  
ja seinerseits erst die Interessen und  
die V e r f o l g b a r k e i t von  
Zwecken normiert." Vgl. auch NELSON,  
Rechtswissenschaft ohne Recht 144, wonach  
die Geltung einer Rechtsordnung nötig ist,  
weil sie die Bedingungen enthält, "unter  
denen die sonst miteinander kollidierenden  
Zwecke verträglich werden."

2) WOLFF, Juristische Person 409. Das apri-  
oriische Recht ist zwar, "praktisch not-  
wendig", aber darum nicht auch notwendig  
in praxi geltend. Es ist nur ein Sollen,  
kein Sein"; ebenfalls 490: "Es bedarf.....  
der 'Realisierung' zur faktischen Geltung  
in der menschlichen Gesellschaft." Siehe  
auch NELSON, Rechtslehre 587: "Der Plan  
hiersu (zur Verwirklichung des Rechts)  
liegt, wenngleich ursprünglich dunkel, in  
der Vernunft selbst, und als vernünftiges  
Wesen bringt daher jeder Einzelne von  
Natur aus diejenigen Kräfte mit, die, bei  
hinreichender Entwicklung, das Vermögen in  
sich schliessen, diesen Plan nach und nach  
auszuführen."

3) WOLFF, Juristische Person 411.

Beziehungen, die auf ein solches positives Normensystem oder aber auf eine oberste positive Norm zurückführen<sup>1)</sup>.

Die zur Teilnahme am innerstaatlichen und auch völkerrechtlichen Rechtsverkehr erforderliche Zuordnungssubjektivität kommt aber nicht dem Staat selbst, sondern nur der **S t a a t s p e r s o n** zu<sup>2)</sup>. Hierunter ist die **a l s P e r s o n** fingierte Organisation<sup>3)</sup> des Staates zu verstehen. Wenn die Geltung der Staatsrechtsordnung allerdings nur auf **e i n e** Person - zum Beispiel einen absoluten Monarchen - zurückführt, dann **k a n n** diese als **p h y s i s c h e** Person auch selber Staatsperson sein<sup>4)</sup>.

### III.

#### Die Staatsgewalt

1. DER BEGRIFF. Da die positive Staatsrechtsordnung von jedem Staatsangehörigen eine Einschränkung in seiner Freiheitssphäre verlangt, aber nicht jeder sich entsprechend dieser Forderung verhält, so muss notfalls die Befolgung der Rechtsordnung erzwungen werden. Alle zu diesem Zwecke erforderliche Macht - zum Beispiel: die eines Gerichtsvollziehers bei einer Pfändung, oder die Macht eines Polizeibeamten bei der Festnahme eines Verbrechers

1) WOLFF, Juristische Person 437.

2) WOLFF, Juristische Person 434ff.

3) Also nicht die Staatsorganisation selbst, sondern nur die "eigene Interessen-Willens- und Handlungsfähigkeit" der selben wird fingiert. Siehe dazu WOLFF, Juristische Person 435f.

4) WOLFF, Juristische Person 428 und 430f.

wird von den Handelnden im Interesse des Staates<sup>1)</sup> und nicht im "eigenen" Interesse zur Erreichung "eigener" Zwecke ausgeübt. Diese M a c h t wird einerseits durch die B e z o g e n h e i t a u f d e n S t a a t und andererseits durch ihre verfassungsmässige l e g a l e A n w e n d u n g zur höchsten Gewalt im Staat, zur S t a a t s - g e w a l t geeint<sup>2)</sup>.

2. DIE TRÄGERSCHAFT. Träger der Staatsgewalt sind weder die Handelnden a l s s o l c h e , noch ist es der Staat selbst, noch ist es die Staatsperson.

Da die Handelnden die Staatsgewalt im Interesse des Staates und nicht also eine "eigene" Gewalt wahrnehmen, so fehlt es ihnen als H a n d e l n d e n an dem zur Trägerschaft notwendigen Interesse.

Der S t a a t kann kein Träger der Staatsgewalt sein, weil es ihm, als nur einem Komplex von Beziehungen, überhaupt an der zur Trägerschaft notwendigen Interessenfähigkeit fehlt<sup>3)</sup>.

Aber auch die S t a a t s p e r s o n kann kein Träger der Staatsgewalt sein. Die r e c h t e t e c h n i s c h e Staatsperson kann schon deshalb kein rechtsэлементарer Träger einer Gewalt sein, weil sie nur eine Konstruktion ist. Ausserdem bleibt

---

1) Vgl. WOLFF, Juristische Person 445: "Dass das positive Recht als solches Macht hat - und das heisst nichts anderes, als dass es sozial 'gilt' - folgt also schliesslich aus der sehr physischen Gewalt, die die Organwalter des Staates zu seinen Gunsten einsetzen."

2) WOLFF, Juristische Person 443ff.

3) Vgl. auch unten S. 55ff.

die Gewalt unabhängig von der Zuordnung auf die Staatsperson immer eine Gewalt des Staates, also auch dann, wenn die Zurechnung auf die physische Staatsperson erfolgt.

Man muss daher die Personen ermitteln, auf deren Interesse die Existenz der konkreten Staatsrechtsordnung letztlich zurückführt. Diese Personen sind nämlich zugleich an der Geltung einer höchsten Gewalt - eben der Staatsgewalt - interessiert, durch welche die Befolgung "ihrer" Staatsrechtsordnung garantiert wird. Das ist entweder die physische Staatsperson selbst, und zwar nur als Person, oder aber es sind bei einer rechtstechnischen Staatsperson die "hinter" dieser stehenden Personen, und zwar entweder ein Einzeler, eine Gruppe von Personen oder die Angehörigen des Volkes selber. Sie sind die rechtselementaren Träger der Staatsgewalt.<sup>1)</sup>

3. DIE WALTUNG. Da die Zuordnung der Staatsgewalt nicht primär auf ihre rechtselementaren Träger, sondern auf die zwischen Träger und Walter eingeschobene Staatsperson erfolgt, so können die Träger als solche nicht zugleich Walter der Staatsgewalt sein. Die Wahrung erfolgt durch Staatsorgane oder aber durch Beauftragte der physischen Staatsperson. In der absoluten Monarchie ist der Monarch zugleich Träger und (einer der mehreren) Walter der Staatsgewalt.

---

1) Siehe zur Trägerschaft der Staatsgewalt WOLFF, Juristische Person 446ff.

Die Zuständigkeiten der Staatsorgane werden durch natürliche Personen als Organwahrer wahrgenommen. Da sie als solche nur an der Verwirklichung der Zuständigkeiten des Organs interessiert sind, diese also nicht im eigenen Interesse verfolgen, so sind sie als Organwahrer keine Träger der Staatsgewalt. Ihr Verhalten wird zunächst dem Organ und sodann der rechtstechnischen Staatsperson zugeordnet.<sup>1)</sup> Erst die Auflösung dieser Konstruktion verweist auf rechtselementaren Träger der Staatsgewalt.

Auch die Beauftragten einer physischen Staatsperson sind nicht an der Wahrung der Staatsgewalt als einer "eigenen" nur ihnen zukommenden Gewalt, sondern nur an der Befolgung des ihnen erteilten Auftrages interessiert.<sup>2)</sup> Ihre Wahrung wird der physischen Staatsperson, die als Person selbst Träger der Staatsgewalt ist, zugerechnet.

---

1) Vgl. auch unten S. 67.

2) Siehe auch unten S. 61f.

IV.

Die Verfassung des Staates

Unter Staatsverfassung ist - im Gegensatz zur ursprünglichen Verfassung eines Volkes, als dem natürlichen Gesamtzustand - die auf einer machtvollen politischen Entscheidung beruhende Gesamtordnung des Staates<sup>1)</sup>, "die Konstitution eines konkreten Staates zu konkreter Zeit"<sup>2)</sup> zu verstehen. Obgleich sie keine Norm ist, so hat sie doch Normen, und zwar die der p o s i t i v e n Rechtsordnung, zum Inhalt<sup>3)</sup>.

Als machtvolle Entscheidung führt letztlich die Verfassung eines Staates auf die Interessen derjenigen zurück, die nicht nur an ihrer Geltung interessiert sind, sondern die darüber hinaus diese ihre Interessen auch verfolgen können, also durch machtvolle Willenshandlungen die verfassunggebende Entscheidung fällen können.

---

1) "Denn das ist ja ohne weiteres klar: Das Leben der Nation ist zwar in Verfassung; die .... in eine gewisse Form gebrachte und in dieser Form gelebte Verfassung kann aber nicht genau dasselbe sein." So zutreffend KRJÖBER, Zeitschrift für völkische Verfassung 5, 221. Vgl. auch JERUSALEM, SJZ. 1946, 109: "Die besondere Gestalt einer Verfassung ist immer der spezifische Ausdruck eines Landes, eines Volkes, seiner soziologischen Struktur und der Machtsituation seiner gesellschaftlichen Kräfte". Außer der Verfassung als der Gesamtordnung, der p o l i t i s c h e n G r u n d e n t s c h e i d u n g kann noch unterschieden werden zwischen den Verfassungsentscheidungen über e i n z e l n e G e s t a l t u n g e n des politischen Lebens und der r e c h t s s a t z m ä s s i g e n F o r m u l i e r u n g der Entscheidungen insbesondere, aber nicht nur in der Verfassungsurkunde. Dass das Wort Verfassung überhaupt einen verschiedenen Sinn haben kann und letztlich "alles, jeder Mensch und jedes Ding, jeder Betrieb und jeder Verein irgendwie in einer "Verfassung" ist, dazu SCHMITT, Verfassungslehre 3.

2) WOLFF Juristische Person 427.  
3) WOLFF Juristische Person 336.



Dabei kann die Entscheidung sowohl die **Schöpfung** einer Verfassung als auch, durch Änderung oder Wandlung, die **Umgestaltung** einer bereits bestehenden Verfassung zum Ziel haben.

Ob aber die Verfassung als der Gegenstand einer solchen Entscheidung **rechtsstaatlich** gestaltet worden ist, hängt nicht allein von der machtvollen politischen Entscheidung ab. Die Entscheidenden können bei ausreichender Macht die Verfassung selbst dann als "rechts"-staatlich bezeichnen, wenn sie es nicht ist. **Rechtsstaatlich** ist sie aber nur, wenn durch sie das apriorische Recht zur faktischen Geltung gelangt, wenn sie also inhaltlich nach der Forderung des apriorischen Rechts gestaltet ist<sup>1)</sup>.

Unter Verfassung **gebung** ist mithin jede **Tätigkeit** zu verstehen, welche durch Schaffung oberster positiver Normen oder eines positiven Normensystems die Schöpfung oder Umgestaltung einer inhaltlich dem **apriorischen Recht** entsprechenden konkreten Staatsrechtsordnung bezweckt.

---

1) Siehe dazu WOLFF, Juristische Person 406ff.

Die gegebene Verfassung steht sodann als oberstes Faktum einerseits "unter" dem apriorischen Recht, andererseits aber "über" dem positiven Recht<sup>1)</sup>, und je nachdem, ob die konkrete Verfassung auf der machtvollen Entscheidung eines Einzelnen, einer Gruppe von Personen<sup>2)</sup> oder aber der Volksangehörigen selbst beruht, ist zwischen monokratischer, pleokratischer und demokratischer Verfassung als den möglichen Verfassungsformen zu unterscheiden<sup>3)</sup>.

### § 3. Der Problemstandort

Da die Staatsgewalt -als ihre Legalisationsgrundlage - die Existenz einer Verfassung voraussetzt<sup>4)</sup>, so kann sie in keinem Falle für verfassungsgebende Funktionen kompetent sein. Aber auch dann, wenn die Verfassung selbst Bestimmungen über ihre Revisionsmöglichkeit enthält, so sind diese - einer verfassungsmässigen Gewalt zukommenden - Funktionen keine verfassungs-

---

1) Vgl. WOLFF, Juristische Person 425. Der Auffassung HILDESHIMER's, Revision moderner Staatsverfassungen 39 - siehe oben S. 11f. -, wonach die Welt des Rechts erst mit der errichteten Verfassung beginne, kann also nicht gefolgt werden, es sei denn, dass man die Welt des positiven Rechts meint.

2) Also zum Beispiel: Aristokraten.

3) Siehe dazu WOLFF, Juristische Person 465ff.

4) Siehe oben S. 28f.

gebenden Zuständigkeiten, denn die Revisionsmöglichkeit gehört zur konkreten Verfassung. Infolgedessen erfährt durch eine Wahrnehmung dieser Funktionen die Verfassung **als solche keine Umgestaltung**<sup>1)</sup>. Es ist daher irrig, die in der Verfassung festgelegte Revisionsmöglichkeit als Zuständigkeit einer verfassungsgebenden Gewalt anzusehen.<sup>2)</sup>

Verfassungsgebung ist keine Funktion einer Gewalt, die auf die Verfassung selbst zurückführt, also weder Zuständigkeit einer Staatsgewalt noch einer besonderen - durch die Verfassung konstituierten - verfassungsetzenden Gewalt.

- 
- 1) SCHMITT, Verfassungslehre 98: "Die Befugnis zur Änderung oder Revision von Verfassungsgesetzen (z.B. nach Art. 76 RV.) ist, wie jede verfassungsgesetzliche Befugnis, eine gesetzlich geregelte Zuständigkeit, d.h. prinzipiell begrenzt. Sie kann den Rahmen der verfassungsgesetzlichen Regelung, auf der sie beruht, nicht sprengen." Ebenso KLEIN, SJZ. 1949, 747.
- 2) Diese Ansicht veranlaßte HILDESHEIMER, Revision moderner Staatsverfassungen 41f., anstelle von verfassunggebender von verfassungsetzender Gewalt zu sprechen. Damit hat er aber das Problem der verfassungsgebenden Gewalt nicht gelöst, sondern - zu Unrecht - in die Sphäre der Verfassung selbst verlagert, um auch dann feststellen zu müssen, dass die Frage nach der Entstehung dieser - also verfassungsetzenden - Gewalt von neuem auftaucht, ohne sie jedoch zu beantworten.

Dass Verfassungsgebung nicht Funktion einer "unterhalb" der Verfassung stehenden Gewalt sein kann, ergibt sich aber auch noch aus folgender Überlegung : Es ist denkbar, dass die zur Vornahme einer verfassungsgesetzlichen Revision Berechtigten den Rahmen ihrer Befugnis überschreiten. Es kann sogar durch Personen gehandelt werden, die überhaupt nicht zu einer Revision befugt sind. Es ist sogar möglich, dass die Handtenden der Staatsrechtsorganisation überhaupt nicht angehören, sondern, dass sie volksfremde Personen sind<sup>1)</sup>. Wenn diese darauf abzielen, anstelle der bisherigen Verfassung eine andere zu geben, so kann die von ihnen zu diesem Zwecke ausgeübte Macht durch die bisherige Verfassung - die ja gerade beseitigt werden soll - nicht legalisiert werden. Mit einer s o l c h e n M a c h t w a l - t u n g kann infolgedessen keine Zuständigkeit einer Staatsgewalt wahrgenommen werden, denn sie garantiert nicht mehr die Befolgung der bisherigen verfassungsmässigen Ordnung, sie erfolgt also nicht mehr im Interesse des Staates. Diese Machtwaltung bezweckt ja gerade einen Wechsel in der Verfassung, sie erfolgt daher ausschliesslich zur V e r w i r k l i c h u n g n u r d e r e i g e n e n I n t e r - e s s e n d e r H a n d e l n d e n. Obgleich also ein solches Handeln - da es verfassungsmässig nicht legalisiert wird - keine Wwaltung von Staatsgewalt ist, so kann aber doch nicht bezweifelt werden, dass das Ergebnis einer solchen Machtwaltung unter Umständen die Ersetzung der bisherigen Verfassung durch eine andere

---

1) WOLFF, Juristische Person 454.

- also Verfassungsgebung - sein kann.

Die verfassungsgebende Tätigkeit muss infolgedessen durch eine Kraft erfolgen, die bereits vor der Staatsgewalt existent ist. Allerdings kann sie nicht nur "sozialer Machtfaktor"<sup>1)</sup> sein, denn mit Macht allein lassen sich verfassungsgebende Handlungen nicht als **K e c h t s** handlungen begründen. Sie lassen sich als solche aber auch nicht damit begründen, dass man ihre Rechtmäßigkeit aus der "Nation als dem Urgrund allen Rechts"<sup>2)</sup> oder aber nur aus der "Anerkennung"<sup>3)</sup> der verfassungsgebenden Gewalt herleitet. Von den Vertretern dieser Auffassung wird übersehen, dass jede rechtstaatliche Verfassungsgebung entsprechend der Forderung des **a p r i o r i s c h e n** Rechts zu erfolgen hat.

Da Verfassungsgebung mithin in keinem Falle Zuständigkeit einer verfassungsmässigen Gewalt ist, so muss sie Funktion einer "oberhalb" der Verfassung stehenden - also vorpositivrechtlichen - Kraft sein.

---

1) So aber HATSCHEK, Staatsrecht 25 und HILDESHEIMER, Revision moderner Staatsverfassungen 33 - hinsichtlich seines Begriffes der verfassung **G e b e n d e n** Gewalt. Siehe auch oben S.14 Anm. 1, 2.  
2) So aber SIFFERS, Politische Schriften 129.  
3) So aber SCHMITT, Verfassungslehre 87.

Z W E I T E R   A B S C H N I T T  
D I E   V E R F A S S U N G S G E B E N D E   G E W A L T

§ 4. Das Wesen der verfassunggebenden  
Gewalt

I.

Das Interesse

Jede Verfassungsgebung nimmt ihren Ausgang  
in Interesse.

I n t e r e s s e<sup>1)</sup> ist das psychische  
Vermögen, den Dingen einen Wert beilegen  
zu können. Man bringt sie zu sich in ein  
Wertverhältnis, indem man sich für sie mehr  
oder weniger interessiert<sup>2)</sup>. Das, woran  
ein Interesse besteht, wofür man sich in-  
teressiert, ist der Gegenstand des Inter-  
esses. Jeder Mensch hat Interessen<sup>3)</sup>, und  
zwar schon aus Gründen der Selbsterhaltung.  
An allem, was zum Leben unbedingt notwendig  
ist, ist nämlich jeder Mensch interessiert.  
Sofern an gleichen Dingen übereinstimmende  
Interessen vieler Menschen bestehen, so sind  
diese gleichen Interessen die - ebenfalls  
nur individuellen - K o l l e k t i v -  
interessen<sup>4)</sup>.

---

1) NELSON, Rechtslehre 46. EISLER, Wörter-  
buch, I. Band, 767. Vgl. auch WOLFF, Juri-  
stische Person 109ff. Derselbe, Festschrift  
für Sauer 107.

2) SANDER, Gesellschaftslehre 31, spricht  
auch dann von Interesse, wenn man für et-  
was einen U n wert empfindet. Dann liegt  
aber k e i n Interesse vor. Wenn man näm-  
lich etwas zu sich in ein Unwertverhältnis  
bringt, so interessiert es n i c h t ,  
eben weil es keinen Wert, sondern einen  
U n w e r t besitzt.

3) WOLFF, Juristische Person 117.

4) Vgl. auch WOLFF, Juristische Person 30ff.

Aus der Natur des menschlichen Zusammenlebens ergibt sich, dass alle Angehörigen eines Volkes gewisse übereinstimmende Kollektivinteressen haben. Sie sind nämlich -wenn sie überhaupt in einem Rechtszustand leben wollen - daran interessiert, dass jeder sich in seinem Verhalten entsprechend der Forderung des apriorischen Rechts einschränkt, also auf seinen Nächsten Rücksicht nimmt. Nur dann ist ein Miteinanderleben möglich, wenn jeder sich **r e c h t m ä s s i g v e r h ä l t**. Da in der Regel ein solches rechtmässiges Verhalten in staatlichen Gemeinschaften, und zwar durch eine Staatsgewalt, garantiert wird und die Gesamtordnung eines Staates den Inhalt einer konkreten Staatsverfassung ausmacht<sup>1)</sup>, so ist jeder Volksangehörige **n i c h t n u r** an einem **r e c h t m ä s s i g e n V e r h a l t e n** eines Jeden im Volk, sondern insbesondere an der Schaffung einer konkreten **S t a a t s v e r f a s s u n g** interessiert. Jeder **V o l k s a n g e h ö r i g e** ist also schlechthin Träger eines **v e r f a s s u n g g e b e n d e n I n t e r e s s e s**. Diese Interessen der Volksangehörigen können allerdings insofern von einander abweichen, als **n i c h t j e d e r** an der Geltung derselben Verfassungsform interessiert ist. Der Interessensinhalt kann sowohl Geltung einer **m o n o k r a t i s c h e n** als auch Geltung einer **p l e o k r a t i s c h e n** oder aber **d e m o k r a t i s c h e n** Verfassung sein.

---

1) Siehe oben S. 32

Welches von diesen Interessen zur Verwirklichung gelangt, hängt zunächst davon ab, ob die Interessenträger auch den Willen zur Verfolgung ihrer Interessen besitzen.

## II.

### Der Wille

Zur Verwirklichung des Interesses, also zur Interessenverfolgung, ist **W i l l e** als der wichtigste Motor menschlicher Verhaltensweise notwendig<sup>1)</sup>. Im Interessehaben ist auch das Interesse an der Verfolgung desselben enthalten, denn man ist ja gerade deshalb interessiert, weil der Interesseneinhalt begehrenswert ist, weil man ihn also verwirklicht sehen möchte. Man kann nun entweder nur **w ü n s c h e n**, dass der Interesseneinhalt verwirklicht werden möge, oder aber man kann die Verfolgung des Interesses durch eigene Tätigkeit **w o l l e n**. Beim Wunsch will der Interessenträger selbst nichts tun<sup>2)</sup>. Infolgedessen kann sein Interesse nur durch einen Dritten, als Träger gleichen Interesses, verwirklicht werden. Dieser Dritte verfolgt dann aber nicht das Interesse des Wünschenden **a l s s o l c h e s**, sondern nur sein eigenes - allerdings mit dem Interesse des Wünschenden

1) WOLFF, Juristische Person 105.

2) STIER-SOMLO, Grundlehre 219, führt aus, dass es einen Unterschied macht, "ob wir diese Ziel (die Verwirklichung des Interesses) als ein durch unsere eigene Tätigkeit zu bewirkendes oder als ein nicht durch unser Dazutun zu erreichendes auffassen. Im letzten Falle bezeichnen wir das Gerichtetsein auch als **W ü n s c h e n**; wir sehnen in einer schlaflosen Nacht den Morgen herbei, wir können nicht sagen, wir 'wollen', dass es bald Tag werde." Ebenso Kelsen, Hauptprobleme 110f.; gleichfalls SANDER, Gesellschaftslehre 54ff.



Übereinstimmendes - Interesse. Sofern man sein Interesse durch eigene Tätigkeit verwirklichen will<sup>1)</sup>, ist dieser Entschluss, als das Ergebnis einer vorausgegangenen Überlegung<sup>2)</sup>, der einsichtige, vernünftige innere Wille. Der Inhalt dieses inneren Willens ist sodann die Verfolgung des Interesses. In dem Vermögen zu einer solchen Entschlussfassung, einer solchen inneren Willensbildung, liegt die Willensfähigkeit. Der innere Wille ist für die Umwelt jedoch nicht erkennbar, und zwar bis zu dem Zeitpunkte, wo der Willensträger sich entsprechend seinem inneren Willen verhält, bis er ihn nach aussen erkennbar werden lässt, bis er seinen inneren Willen also erklärt<sup>3)</sup>. In dem erklärten Willen liegt - als die Willenshandlung - das Streben auf Erreichung des Zieles oder Zwecke<sup>4)</sup>. Hierunter ist die im Bewusstsein bereits vorweggenommene Verwirklichung des Interessensinhaltes zu verstehen.<sup>5)</sup> Sofern nun die Träger von Kollektivinteressen diese selbst verfolgen wollen, so sind sie wegen der gleichfalls übereinstimmenden Willensinhalte auch Träger von - ebenfalls

1) SANDER, Gesellschaftslehre 73.

2) Vgl. WOLFF, Juristische Person 157, wo von "der dem Willen 'vorgelagerten' Einsichts- und Erwägungsfähigkeit" die Rede ist und 472 Anm. 2, wo von dem Willen als "Produkt einer Interessenabwägung" gesprochen wird.

3) EISLER, Wörterbuch, III. Band 552.

4) SANDER, Gesellschaftslehre 109; STIER-SOMLO, Grundlehre 219; vgl. WOLFF, Juristische Person III Anm. 4.

5) EISLER, Wörterbuch, III. Band 676.

nur individuellen - K o l l e k t i v -  
willen<sup>1)</sup>.

Obgleich jeder Angehörige eines Volkes an der Existenz einer Verfassung interessiert ist, so steht damit noch nicht fest, ob auch jeder Interessenträger einen verfassungsgebenden Willen besitzt. Wenn jemand die Verfolgung seines Interesses selbst nicht will, sondern nur wünscht, so ist er wohl an einer Verfassungsgebung interessiert, hat aber keinen verfassungsgebenden Willen. Sofern er aber entschlossen ist, sein Interesse selbst zu verwirklichen, hat er den inneren Willen zur Verfassungsgebung. Dieser wird zum erklärten verfassungsgebenden Willen, sobald er für die Umwelt schlechthin - gleich ob durch Handeln oder Unterlassen - erkennbar ist. Nur insoweit nennen wir ihn im folgenden den v e r f a s s u n g s g e b e n d e n W i l l e n .

Kann die Träger verfassungsgebender Interessen auch verfassungsgebende Willen haben, so e n t s p r e c h e n ihre Willensinhalte den zugrunde liegenden - entweder monokratischen, pleokratischen oder aber demokratischen - v e r f a s s u n g s g e b e n d e n I n t e r e s s e n i n h a l t e n .

Welche verfassungsgebenden Willen ihren Zweck, also die Verfassungsgebung, erreichen, hängt jedoch nicht vom Willen allein ab, denn er allein bietet nicht die Garantie

---

1) WOLFF, Juristische Person 30ff.

dafür, dass der angestrebte Zweck auch erreicht wird. Um alle Widerstände, die sich möglicherweise dem Streben nach r e c h t s - staatlicher Verfassungsgebung in den Weg stellen, ausräumen zu können, bedürfen die Träger verfassungsgebender Interessen und Willen noch der Gewalt.

### III.

#### Die Gewalt

Zur Gewalt ist einerseits Macht und andererseits die r e c h t l i c h e Sanktionierung dieser Macht erforderlich.

1. DIE MACHT. Ist jemand einer besonderen Leistung fähig, kraft deren er das, was sich seinem Streben in den Weg stellt, ausräumen kann, so hat er M a c h t <sup>1)</sup>. Er ist Machtträger. Die Macht ist jedoch kein Wesensmerkmal des Menschen<sup>2)</sup>.

Nur mit dem Wissen um die Fähigkeit zu besonderer Leistung ist allerdings noch nichts über den Grund der Macht ausgesagt. Dieser kann sowohl die Autorität als auch die Herrschaft des Machthabenden sein<sup>3)</sup>. A u t o r i - t ä t erfordert die f r e i w i l l i g e A n e r k e n n u n g einer Wertüberlegenheit<sup>4)</sup>.

- 
- 1) SANDER, Gesellschaftslehre 321. HISLER, Wörterbuch, I. Band 71. Siehe auch WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft 28: "Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung, den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht."
  - 2) SANDER, Gesellschaftslehre 323.
  - 3) TRIEPEL, Hegemonie 38: "Autorität und Herrschaft, auctoritas und potestas, d e c k e n s i c h n i c h t, sooft sie auch zusammen geworfen werden."
  - 4) TRIEPEL, Hegemonie 35. VIERKANDT, Gesellschaftslehre 52. WOLFF, Theorie der V r e t r e t u n g 57. Derselbe, Neue Regierungsform 36f.

Derjenige, dessen Wertüberlegenheit anerkannt wird, ist Autoritätsperson. Seine Macht beruht auf seiner Autorität, welche eine die Macht begründende Eigenschaft ist<sup>1)</sup>. Für die Herrschaft ist nicht die Anerkennung charakteristisch, sondern der Gehorsam der Machtbetroffenen als eine Folge von Befehlen der (oder des) Machthaber (s)<sup>2)</sup>. Wenn der Machtträger nur auf Grund des Gehorsams die Befolgung seiner Anordnungen erreicht, so beruht seine Macht ausschliesslich auf Herrschaft. Autorität und Herrschaft können aber auch gemeinsam Machtgrund sein, wobei

1) TRIBBEL, Hegemonie 35.

2) TRIBBEL, Hegemonie 33ff., besonders 39: "Die Herrschaft arbeitet mit Befehl und Zwang; sie ist auf ..... unbedingtem Sichfügen gestellt. Die Autorität dagegen muss von dem, der ihr unterliegt, 'bejaht' werden, kraft freier Einsicht in die Werthhaftigkeit des anderen und kraft sittlichen Vertrauens." Vgl. auch JELLINEK, Allgemeine Staatslehre 415: "Herrschen heisst unbedingt befehlen und Erfüllungszwang üben können." WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft 28: "Herrschaft soll heissen die Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden"; und 29: "Der Tatbestand einer Herrschaft ist nur an das aktuelle Vorhandensein eines erfolgreich andern Befehlenden .... geknüpft". - Im Originaltext gesperrt gedruckt. - Dabei kann die Herrschaft "im Einzelfall auf den verschiedensten Motiven der Pügsamkeit, von dumpfer Gewöhnung angefangen bis zu rein zweckrationalen Erwägungen, beruhen." So WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft 122. Dazu, dass Macht und Herrschaft nicht gleichgesetzt werden dürfen siehe SAENDER, Gesellschaftslehre 323.

sowohl die Autorität als auch die Herrschaft überwiegen kann<sup>1)</sup>.

Das Macht m i t t e l zur autoritativen Machtwaltung kann in einer Geste, einem Blick, es kann auch in einer Weisungerteilung liegen. Immer fügt sich der Machtbetroffene auf Grund seiner Einsicht in die Vertüberlegenheit der weisungerteilenden Autoritätsperson. Die Machtmittel werden von besonderer Bedeutung, wenn die Macht überwiegend auf Herrschaft beruht. Das hat seinen Grund darin, dass für die Machtwaltung sodann nicht mehr die freiwillige Anerkennung durch den Machtbetroffenen, sondern der dem Befehl des Machthabers folgende Gehorsam entscheidend ist. Dabei kann der Geltungsgrund der Machtmittel einerseits in der Person des Machträgers selbst, andererseits aber auch a u s s e r h a l b derselben liegen. Die p h y s i s c h e Stärke ist zum Beispiel ein Machtmittel, welches allein in der Person selbst seinen Grund hat. Dagegen sind S t r e i t k r ä f t e - zum Beispiel militärischer Art - Machtmittel, die ausserhalb der Person des Machträgers ihren Geltungsgrund haben. Schliesslich kann das Machtmittel auch durch die e i n h e i t l i c h e V e r h a l t e n s w e i s e einer Vielheit von Personen - die eben deshalb Machträger sind - zum Ausdruck kommen<sup>2)</sup>. Wenn viele Personen

1) TRIEFEL, Hegemonie 34 und 39, bezeichnet die Vereinigung von Autorität mit Herrschaft als "das ideale Verhältnis bei staatlicher Herrschaft". Das sei auch in erster Linie gemeint, "wenn die Forderung nach dem 'autoritären Staate'" aufgestellt würde.

2) Siehe hierzu GOLFF, Juristische Person 31.

Übereinstimmend handeln, so bilden sie eine **Wirkungseinheit**, denn es ist gewiss etwas anderes, ob nur ein Einzelner handelt oder ob viele Menschen in gleichen Sinne handeln. Dabei ist es möglich, dass das einheitliche Verhalten auch auf Grund von Mehrheitsentscheidungen fingiert wird.

Jeder Träger eines verfassungsgebenden Interesses und Willens muss, um "seine" Verfassung geben zu können, so mächtig sein, dass er seinen verfassungsgebenden Willen gegenüber jedem anders gerichteten Willen behaupten und durchsetzen kann. Das ist auf Grund von Autorität oder Herrschaft möglich. Von überwiegender Bedeutung ist die Herrschaft, denn in der Regel wird der verfassungsgebende Wille nicht so sehr wegen der eventuell des Träger zukommenden Autorität, als vielmehr deshalb durchgesetzt, weil er die zur Erreichung des Gehorsams erforderlichen Machtmittel "hinter sich" hat. Das ist auch verständlich, denn schliesslich verlangt die verfassungsmässige Ordnung eine Einschränkung in der Interessenverfolgung, also eine Einengung der Freiheitssphäre. Die Notwendigkeit hierzu erkennt aber nicht jeder oder will sie nicht erkennen. Gegenüber diesen Menschen muss infolgedessen die Herstellung der verfassungsmässigen Ordnung durch Befehl erzwungen werden<sup>1)</sup>. Das Machtmittel eines Trägers

---

1) Vgl. SCHMIDT, Verfassungslehre 76, wo es heisst, dass "jeder Akt der verfassungsgebenden Gewalt notwendigerweise Befehl sein muss". Im Originaltext gesperrt gedruckt.

von verfassunggebendem Interesse und Willen kann zum Beispiel eine "hinter ihm stehende" militärische Streitkraft, aber auch eine wirtschaftliche Machtposition sein. Für eine Vielheit von Trägern kann es auch in einer einheitlichen Verhaltensweise - zum Beispiel anlässlich eines Volksentscheides - liegen. Letzten Endes ist es gleichgültig, mit welchen Mitteln die Verfolgung verfassunggebender Interessen erreicht wird. Entscheidend ist, dass sie überhaupt erfolgt, und dazu ist eben schlechthin Macht notwendig<sup>1)</sup>. Verwirklichung können aber nur diejenigen verfassunggebenden Interessen finden, deren Träger als die Mächtigsten aus dem Kampf um die Interessenverfolgung, eben als Träger verfassunggebender Macht, hervorgehen. Das ist e n t w e d e r ein Einzelner - als Träger eines monokratischen verfassunggebenden Interesses und Willens - o d e r es sind die Angehörigen einer Gruppe von Personen - Träger pleokratischer verfassunggebender Interessen und Willen - o d e r aber es sind die Volksangehörigen selber - als Träger demokratischer verfassunggebender Interessen und Willen-.

---

1) Dabei gebrauchen die Machtträger die Mittel nicht nur, um eine Verfassung zu geben, sondern darüber hinaus auch, um "für die ideologische Unterbauung dieser Verfassung" zu sorgen. So WOLFF, Juristische Person 385. Vgl. auch LASALLE, Verfassungswesen 32 (zitiert bei WOLFF, Juristische Person 340): Die tatsächlichen Machtverhältnisse, die in einer jeden Gesellschaft bestehen, sind jene tätigwirkende Kraft, welche alle Gesetze und rechtlichen Einrichtungen dieser Gesellschaft so bestimmt, dass sie im wesentlichen gar nicht anders sein können als sie eben sind".

Es bleibt noch zu klären, ob die Träger nur mit Hilfe dieser verfassungsgebenden Macht eine r e c h t e staatliche Verfassung geben können. Nichts kann zum Beispiel einen Despoten daran hindern, auf Grund ausreichender Macht eine der Forderung des apriorischen Rechts entgegenstehende "Verfassung" zu geben und sie dennoch - eben auf Grund seiner Macht - als "rechts"staatlich zu bezeichnen. Die Macht allein kann infolgedessen nicht genügen. Sie bedarf noch der rechtlichen Sanktion, um zur verfassungsgebenden Gewalt zu werden.

2. DIE RECHTLICHE SANKTION DER MACHT. Der Gebrauch von Macht kann sowohl allein durch den Träger als auch durch eine ausserhalb der Person des Machtträgers stehende Ordnung sanktioniert werden. Ein fluchtender Dieb zum Beispiel wird sich mit aller Kraft gegen eine Wiedergreifung wehren, und zwar nur, weil er sich die Freiheit erhalten will, nicht etwa weil auf Grund irgend einer Ordnung sein Machtgebrauch ihm zum Zwecke der Abwehr gestattet wäre. Er hat eben nur Macht. Der Staatsorganwahrer hingegen - zum Beispiel ein Polizeibeamter - wird zur Wahrnehmung seiner der Wiedergreifung des fluchtenden Diebes dienenden Macht letztlich durch die positive verfassungsmässige Rechtsordnung befugt. Hierdurch wird seine Macht zur G e w a l t und durch die Bezogenheit auf den Staat



zur Staatsgewalt<sup>1)</sup>. Macht und Gewalt sind infolgedessen nicht einander gleichzusetzen. Zur Gewalt gehört immer Macht, aber nicht jede Macht ist zugleich Gewalt. Sie ist es erst dann, wenn sie rechtlich legitimiert wird<sup>2)</sup>.

Der Träger verfassungsgebender Macht kann aus der Verfassung selbst, also gewissermaßen rückwirkend die Legitimation nicht beziehen. Wenn das möglich wäre, so würde alles positive Recht nur auf Macht beruhen und es läge allein bei dem jeweiligen Machthaber, das als Recht zu bestim-

- 
- 1) Vgl. ANSCHUTZ, Staatsrecht 18: "Gewalt hat, wer die Freiheit der Menschen durch Befehl und Zwang beschränken darf." Ebenfalls DARMSTÄDTER, ZStR. 6, 407.
  - 2) ORNSTEIN, Macht, Moral und Recht 32, bezeichnet Gewalt als "reinen Zwang" oder "Willkürherrschaft". "'Gewalt' übt der Räuber an Überfallenen, der Erpresser an Erpresseten". Diese Definition von Gewalt führt ORNSTEIN nicht zu einer exakten Unterscheidung von Macht und Gewalt, sondern zu einer Gleichstellung dieser Begriffe, denn an gleichen Ort heisst es, dass auch der Herrscher Gewalt ausübe. Diese sei aber anderer Art, als die des Räubers, da sie die Ordnung im Staate aufrecht erhalte. Sie sei deshalb nicht nur "Gewalt", sondern zugleich "Macht", und zwar "systematisierte, nach Ordnung ----- nach einem 'System' verlangende Macht". Dieses Verwischen der vorhandenen scharfen Grenze zwischen den Begriffen Macht und Gewalt wird vermieden, wenn man beachtet, dass nur durch rechtliche Sanktion aus Macht - also eben das, was ORNSTEIN schlechthin als "Gewalt" bezeichnet - bleibt sodann n u r Macht.

men, was ihm genehm ist<sup>1)</sup>. Alles geltende Recht würde letztlich nur auf den wandelbaren menschlichen Willen zurückführen<sup>2)</sup>. Um das zu verhindern, bedarf gerade die verfassungsgebende Macht einer -allerdings vorpositivrechtlichen - Sanktion<sup>3)</sup>. Diese kann sie infolgedessen nur aus dem apri-

1) Wenn es Recht geben soll, "dann darf es nicht aus der Macht abgeleitet werden, denn die Verschiedenheit von Recht und Macht ist schlechthin nicht zu überbrücken." So SCHMIDT, Wert des Staates 29. Anders allerdings SCHMIDT, Verfassungslehre 87, wonach die Legitimität einer Verfassung **n u r** von der **A n e r k e n n u n g** "der Macht und Autorität der verfassungsgebenden Gewalt, auf deren Entscheidung sie beruht," abhängig sein soll. Vgl. auch AFFOLTER, ArchfH. 14, 98, welcher ausführt, dass Recht nicht "nur aus einem Machtwillen.... entstammen könne. Den weiteren Ausführungen AFFOLTER's, wonach "Urquelle oder Wurzel des Rechts" die "gefühlsmässige Anschauung" sei, können wir aus den -siehe oben 3.25, Anz. 2.- bereits gegen KRABBE angeführten Gründen nicht folgen.

2) Vgl. von CLERKE, Althusius 318: "So der Wille den Willen normiert, ergibt sich mit logischer Notwendigkeit immer nur der Begriff der Macht. Soll es nicht bloss für diesen und jenen Willen, sondern für den Willen an sich eine bindende höhere Norm geben, so kann dieselbe nur in einer dem Willen gegenüber selbständigen geistigen Kraft wurzeln".

3) Vgl. COLETT, Juristische Person 383: "Das Wollen auch des Trägers der verfassungsgebenden Gewalt ist ..... nicht nur praktisch, sondern auch theoretisch **r e c h t f e r t i g u n g s b e d u r f t i g**, wenn anders sein Anspruch, Recht und verbindlich zu sein, begründet sein soll." Ebenfalls BURCKHARDT, Rechtsgemeinschaft 146: "Erklärt wird die Verbindlichkeit einer rechtlichen Ordnung, einer Verfassung, doch nur, wenn der Grund dafür eingesehen werden kann, dass sie befolgt werden soll (nicht die Ursache davon, dass sie befolgt wird). Mit anderen Worten: die tatsächlichen Begebenheiten, die historisch zur Annahme und zum Inkrafttreten der Verfassung geführt haben, geben niemals diejenige Erklärung, die hier erforderlich ist, die Einsicht nämlich dafür, dass die Zuständigkeitsordnung Anspruch auf Achtung erheben konnte und kann."

orischen Recht selber beziehen. Da dieses, um im Volk ein rechtmässiges Verhalten zu erzielen, positiviert werden muss, und zur Verwirklichung dieses Zieles zunächst<sup>1)</sup> verfassunggebende Macht notwendig ist, so erhält alle diesem Ziele dienende Macht die Sanktion des apriorischen Rechts. Durch diese Sanktion wird die verfassunggebende Macht zur **v e r f a s s u n g - g e b e n d e n G e w a l t**<sup>2)</sup>.

#### IV.

#### Der Begriff der verfassunggebenden Gewalt

Die "oberhalb" der Verfassung stehende verfassunggebende Gewalt erfordert ein Interesse an Verfassungsgebung und den auf Verwirklichung dieses Interessensinhaltes gerichteten verfassunggebenden Willen. Diesem Willen muss ausreichende verfassungsgo-

---

1) Es kommt hinzu, dass n a c h der Verfassung g e b u n g die B e f o l g u n g der gegebenen Verfassung g a r a n t i e r t werden muss. Das ist dann aber nicht mehr eine Zuständigkeit der verfassunggebenden Gewalt, sondern eine solche der Staatsgewalt. Siehe dazu auch unten S.94.

2) Die Entscheidung darüber, ob und inwiefern das durch die verfassunggebende Gewalt zustande gekommene positive Recht im echten Sinne Recht ist, also der Verwirklichung des apriorischen Rechts dient, ist ein hier nicht weiter zu behandelndes rechtsphilosophisches Problem. Hier genügt die Feststellung, dass alle verfassunggebende M a c h t nur dann zur verfassunggebenden G e w a l t werden kann, wenn sie der faktischen Verwirklichung des a p r i o r i s c h e n R e c h t e s dient.

bende Macht zur Seite stehen, um gegebenenfalls auftretende Widerstände überwinden zu können. Schliesslich bedarf die verfassunggebende Macht, um zur Gewalt zu werden, noch der Sanktion durch das apriorische Recht. Wir verstehen infolgedessen unter verfassunggebender Gewalt: die Fähigkeit zu machtvollen Handeln mit dem Zweck, das apriorische Recht durch Verfassunggebung in einem Teil der menschlichen Gesellschaft zu positivieren.

### § 5. Die Trägerschaft der verfassunggebenden Gewalt

#### I.

#### Die Rechtssubjektivität

Zur Trägerschaft einer verfassunggebenden Gewalt ist Rechtssubjektivität erforderlich. Das ergibt sich bereits aus dem Zweck des apriorischen Rechts, der darin besteht, dass die rechtlich schutzwürdigen Interessen eines jeden Volksangehörigen geschützt werden sollen<sup>1)</sup>. Die Verfolgung dieser Interessen beruht auf der im apriorischen Recht wurzelnden generellen subjektiven Befugnis hierzu. Auf Grund dieser subjektiven Befugnis ist jeder Mensch als Träger rechtlich schutzwürdiger Interessen Rechtssubjekt<sup>2)</sup>. Da jede rechtsstaatliche Verfassunggebung die Verfolgung eines verfassunggebenden rechtlich schutzwürdigen Interesses darstellt, so muss der Träger eines solchen - der verfassunggebenden Gewalt zugrunde liegenden - Interesses Rechtssubjekt sein.

1) Siehe dazu oben S. 27 und dortselbst Anm. 1.  
2) WOLFF, Juristische Person 104f.

II.

Die Trügerschaft durch  
einen Einzelnen

Jeder Träger eines verfassunggebenden Interesses kann **a l l e i n** Träger einer verfassunggebenden Gewalt sein. Er muss dazu an der Schaffung einer monokratischen Verfassung interessiert sein und ausreichende Macht besitzen, um seinen verfassunggebenden Willen durchzusetzen zu können. Ist ein Einzelner hierzu fähig, so ist er **a l l e i n** Träger einer verfassunggebenden Gewalt, denn er vermag durch machtvolle verfassunggebende Tätigkeit das apriorische Recht zu positivieren.

III.

Die Trügerschaft durch eine Gruppe  
von Personen oder durch die Volks-  
angehörigen selbst

Wenn die Pflichtsubjekte einer Gruppe nicht nur übereinstimmend an der Geltung einer konkreten Verfassung interessiert sind, sondern auf Grund ausreichender Macht ihren verfassunggebenden Willen auch durchsetzen können, so fragt es sich, ob die Trügerschaft dieser verfassunggebenden Gewalt der **G r u p p e a l s s o l c h e r** oder aber nur den **P f l i c h t s u b j e k t e n** dieser Gruppe zukommt. Die Frage ergibt sich sowohl für eine Gruppe von Personen innerhalb eines Volkes als auch für die Volksangehörigen selber, denn in beiden Fällen hat man es schlechthin mit einer sozialen

Gruppe zu tun<sup>1)</sup>.

1. DIE MANGELNDE RECHTS- UND PFLICHTSUBJEKTIVITÄT EINER GRUPPE. Obwohl die Gruppe als "elementares soziales Phänomen"<sup>2)</sup> eine Wirkungseinheit, ein Ganzes - jedoch nichts gegenüber den Gliedern der Gruppe Selbständiges<sup>3)</sup> - ist, so fehlt es ihr aber doch an der Interessen- und Willensfähigkeit, um als eine selbständige, von apriorischen Recht anerkannte Einheit zu gelten. Interesse ist stets an Wesen gebunden und das sind für wissenschaftliche Erörterungen nur Menschen<sup>4)</sup>. Infolgedessen sind auch n u r M e n s c h e n , nicht aber Menschen g r u p p e n als solche interessenfähig. Die Gruppe beruht lediglich auf Beziehungen zwischen Wesen. Allenfalls kann man davon reden, dass die Gruppe ein Wesen h a t<sup>5)</sup>. Da sie aber kein Wesen ist, so fehlt es ihr an dem zur Rechtssubjektivität notwendigen Interesse.

Da ebenfalls nur Wesen einsichtsfähig sind und ihren Willen sinngemäß bestimmen können, so fehlt es der Gruppe gleichfalls an der Pflichtsubjektivität. Die Adressaten des apriorischen Rechts sind infolgedessen auch nicht die Menschen g r u p -

---

1) WOLFF, Juristische Person 318: "Volk" ist vielmehr nur eine Gruppe besonderer Art".

2)3) WOLFF, Juristische Person 30.

4) WOLFF, Juristische Person 155.

5) WOLFF, Theorie der Vertretung 50.

pe n, sondern nur die Pflichtsubjekte  
i n d e n Gruppen<sup>1)</sup>. Wenn man die Willensfähigkeit einer Gruppe auf Grund des wirklichen Zusammenwirkens ihrer Glieder im Sinne eines gemeinsamen Verhaltens behaupten wollte, "so würde man in erster Linie die 'Persönlichkeit' zufälliger Strassenversammlungen beweisen"<sup>2)</sup>. Man bleibt selbst dann bei einer Mehrheit von Einzelwillen, wenn von der Individualität der Einzelwillen abstrahiert wird<sup>3)</sup>. Der "einheitliche" Wille einer Gruppe ist eben nichts anderes als eine rechtstechnische Hilfskonstruktion. Rechtselementar ist er "in den Geistern der Verbandsmitglieder und nur durch sie wirkend"<sup>4)</sup>. Von einer Einheit kann man in diesem Zusammenhang nur hinsichtlich der Willens e r k l ä r u n g sprechen, aber sie "ist kein Wille und ohne Wille unerklärlich."<sup>5)</sup>

Im Bereiche des Sozialen findet man als Interessenträger und als willensfähige Wesen nur Menschen, keinesfalls aber "selbständige" von den Menschen zu unterscheidende Wesen. Der Zusammenschluss einer

---

1) WOLFF, Juristische Person 407, gleichfalls 114; "Da sowohl der 'Wille' wie das 'Interesse' psychische Vermögen sind, als deren Subjekt für eine nicht theologische oder mystische Wissenschaft nur Menschen in Betracht kommen, 'bezieht' sich also das Recht a u f d e n M e n s c h e n in doppelter Weise: Einmal auf ihn als auf einen 'Interessenträger' und zum andern auf ihn als 'Willensfähigen'."

2) WOLFF, Juristische Person 161.

3) WOLFF, Juristische Person 163.

4) BI ELING, Prinzipienlehre 224.

5) WOLFF, Juristische Person 162.

Vielsahl von Menschen zu einer Zusammenwirkung hat nicht die Entstehung eines "eigenen Wesens" mit "eigenem Interesse" und "eigenem Willen" zur Folge, sondern stellt nur eine vorpositivrechtliche Zusammenfassung vieler Personen zu einer sozialen Einheit, eben der Gruppe dar. Wir können infolgedessen den Autoren, die dem Volk einen Gesamtwillen beilegen<sup>1)</sup>, um es auf diese Weise selbst zum Träger einer verfassungsgebenden Gewalt zu machen, nicht zustimmen.

Wenn demnach auch viele Pflichtsubjekte, und zwar entweder diejenigen einer Gruppe oder die der Volksgruppe übereinstimmend an der Geltung einer Verfassung interessiert sind und ihren verfassungsgebenden Willen die zur Durchsetzung erforderliche Macht zur Seite steht, so kommt die **T r ä g e r e s c h a f t** dieser verfassungsgebenden Gewalt **w e d e r** der **P e r s o n e n - g r u p p e** noch dem **V o l k**<sup>2)</sup> selbst zu. Die Träger der verfassungsgebenden Gewalt sind **n u r** die **P f l i c h t - s u b j e k t e** in der Personengruppe beziehungsweise **i n** Volk.

2. DER DURCH GEBURT UND TOD BEDINGTE PERSONENWECHSEL INNERHALB DER GRUPPE. Da

nicht die Gruppe als solche, sondern nur die Glieder der Gruppe Träger einer verfassungs-

1) Das geschieht bei BILYBS und SCHMITT. Siehe oben S. 5 und 9.

2) WOLFF, Juristische Person 323: "Das Volk ist nirgends selbst Verfassungs- und Gesetzgeber." Von einem 'verfassungsgebenden Willen des Volkes' kann man schon deshalb nicht sprechen, weil dieses Volk gar nicht wollen kann."

x) Gleichfalls 338:"



gebenden Gewalt sind, so könnte man annehmen, dass diese Trägerschaft nur konkreten Gruppenangehörigen zu konkreter Zeit und nicht den Gruppenangehörigen schlechthin zukommen würde. Wenn das richtig wäre, so könnten die Pflichtsubjekte einer Gruppe, deren Ahnen sich vor Generationen die Trägerschaft der verfassunggebenden Gewalt erkämpft und eine Verfassung gegeben haben - die seit "damals", ohne dass eine erneute verfassunggebende Entscheidung gefallen wäre, unverändert gilt - nicht Träger dieser verfassunggebenden Gewalt sein. Da die Ahnen als die "damaligen" Träger nicht mehr leben, so käme man zu dem Ergebnis, dass seit dem Tode der Ahnen - also ungeachtet des durch Geburt und Tod bedingten Wechsels der Personen innerhalb der Gruppe - die Trägerschaft der verfassunggebenden Gewalt erloschen wäre. Zu dieser Schlussfolgerung besteht jedoch keine Berechtigung, und zwar solange nicht, bis die "nachwachsenden" Pflichtsubjekte nicht entweder zu erkennen geben, dass sie an einer Trägerschaft nicht mehr interessiert sind, oder bis sie als Träger der verfassunggebenden Gewalt durch einen neuen mächtigeren Träger - zum Beispiel einen Diktator - abgelöst werden. Aus der Tatsache aber, dass die "nachwachsenden" Pflichtsubjekte keine verfassunggebende Entscheidung treffen, also schweigen, muss gerade entnommen werden, dass auch sie an der Fortgeltung der "damals" geschaffenen Verfassung interessiert sind. Die also den Gruppenangehörigen schlechthin zukommende Trägerschaft einer verfassunggebenden Gewalt wird nicht da-

durch beeinflusst, dass innerhalb der Gruppe ein durch Geburt und Tod bedingter Personenwechsel eintritt.

### § 6. Die Wahrung der verfassungsgebenden Gewalt

Die Trägerschaft der verfassungsgebenden Gewalt gibt einen Status wieder. Ihre Wahrung hat die verfassungsgebende Handlung selbst zum Gegenstand. Dabei brauchen die Träger der verfassungsgebenden Gewalt, also die verfassungsgebenden Subjekte, mit den Trägern der verfassungsgebenden Gewalt nicht immer identisch zu sein.

#### I.

#### Die Pflichtsubjektivität

Der Träger einer verfassungsgebenden Gewalt muss zum Zwecke der Wahrung erkennen, ob die Verfolgung seines Interesses auch tatsächlich der Positivierung des apriorischen Rechts dient. Es bedarf infolgedessen der Einsicht in die Forderung des apriorischen Rechts. Diese Einsichtsfähigkeit kommt aber nicht den Rechtssubjekten schlechthin, sondern nur den Rechtssubjekten zu, die darüber hinaus Pflichtsubjekte sind.

Das apriorische Recht verlangt von allen Menschen, dass sie ihre Interessen verfolgen beschränken, und zwar auf die nur rechtsschutzwürdigen Interessen.

Damit gewährt das Recht diesen Interessen Schutz. Insbesondere statuiert es mit dieser Beschränkungsforderung aber s u b - j e k t i v e P f l i c h t e n , und zwar eben die, dass man bei seiner Interessenverfolgung der Forderung des apriorischen Rechts nachkomme. Insoweit nun ein Rechtssubjekt der E i n s i c h t<sup>1)</sup> - die nicht bei allen Rechtssubjekten gleich gross sein muss - in diese Pflichten fähig ist, ist es nicht nur Rechtssubjekt, sondern darüber hinaus Pflichtsubjekt<sup>2)</sup>.

---

1) Nicht jedes Rechtssubjekt ist "einsichtig willensfähig. Der Schwugling, der Irre oder Geisteskranke besitzt lediglich einen T r i e b willen. - Siehe dazu WOLFF, Juristische Person 115; EISELER, Wörterbuch, III. Band 552. - Daber das Recht, um die Interessen der Rechtsunterworfenen zu schützen, nur die Interessenträgerschaft undsonst nichts voraussetzt, so sind auch solche Wesen Rechtssubjekte, die nur triebhaft ihre rechtsschutzwürdigen subjektiven Befugnisse geltend machen oder geniessen können." Da alle Menschen Interessenträger sind, sind auch alle Rechtssubjekte. Da aber nicht alle auch vernünftige Wesen sind, sind nicht alle auch Pflichtsubjekte." So WOLFF, Juristische Person 117.

2) WOLFF, Juristische Person 104f. und 116: "In der grundlegenden Unterscheidung zwischen der Bezogenheit des Rechts auf Interessen und seinem Gerichtetsein an vernünftige und willensfähige Wesen ist die wichtige Unterscheidung zwischen 'R e c h t s u b j e k t e n' und 'P f l i c h t s u b j e k t e n' begründet."

Die Verfolgung eines verfassungsgebenden als eines rechtsschutzwürdigen Interesses setzt voraus, dass von seinem Träger die **F o r d e r u n g** des apriorischen Rechts **e r k a n n t** ist, denn nur dann kann das Ergebnis der Interessenverfolgung eine **r e c h t s** staatliche Verfassungsgebung sein. Infolgedessen muss der Träger einer verfassungsgebenden Gewalt nicht nur Rechtssubjekt, sondern darüber hinaus **P f l i c h t - s u b j e k t** sein.

## II.

Die Wahrung der von einem Einzelnen  
getragenen verfassungsgebenden  
Gewalt

1. DER TRÄGER ALS VERFASSUNGSGEBENDES SUB-  
JEKT. Die Herstellung des von einem Ein-  
zelnen gewollten verfassungsmässigen Zu-  
standes kann in einem Zwergvolk u n -  
m i t t e l b a r nur auf der eigenen  
Willenshandlung des Einzelnen beruhen.  
Dann ist der Einzelne nicht nur Träger  
einer verfassungsgebenden Gewalt, sondern  
darüber hinaus zugleich v e r f a s s u n g -  
g e b e n d e s S u b j e k t .

2. WALTER ALS VERFASSUNGSGEBENDE SUBJEKTE.

Wenn die gegebene Verfassung jedoch nur  
m i t t e l b a r auf den verfassungsge-  
benden Willen des Trägers beruht - der  
Träger also Walter ermächtigt, in seine,  
Namen verfassungsgebend tätig zu werden,

so ist der Träger der verfassunggebenden Gewalt mit dem (oder den) verfassunggebenden Subjekt (en) nicht identisch.

Da jede Wahrung von verfassunggebender Gewalt sich ausserhalb des p o s i t i - v e n Rechts abspielt<sup>1)</sup>, -eben weil sie eine v o r - positivrechtliche Gewalt ist - so kann die Ermächtigung zu verfassunggebender Tätigkeit nicht im Rahmen einer positivrechtlichen, sondern nur im Rahmen einer s o z i a l e n V e r t r e t u n g erteilt werden. Zur Begründung einer sozialen Vertretung genügt der machtvolle Wille des Trägers, sich vertreten lassen zu wollen. Es genügt also ein Wille, an welchem das Verhalten der Beteiligten - des T r ä g e r s als den zu Vertretenden, des W a l t e r s als den Vertreter, der D r i t t e n als den Adressaten der Vertretung - sich orientieren kann<sup>2)</sup>. Der Träger erteilt dem Walter einen Auftrag - wobei das Ausmass der Auftragserteilung im Ermessen des Trägers liegt<sup>3)</sup> - mit dem Inhalt, dass der Walter das Interesse des Trägers verfolgen soll. Der Interesseninhalt des Walters ist sodann Erfüllung des Auftrages. Die Auftragserteilung a l s s o l c h e bezweckt aber nur eine positive Interessenwahr-

---

1) SCHMIDT, Verfassungslehre 84 und 142.

2) Siehe dazu WOLFF, Theorie der Vertretung 108f. und 122.

3) WOLFF, Theorie der Vertretung 118.

nehmung. Im Rahmen der Vertretung wird jedoch auch dann dem Träger das Verhalten deswalters zugerechnet, wenn die Auftragsausführung nicht im Sinne der Auftragserteilung verläuft. Infolgedessen muss der Träger nicht nur beauftragen, sondern darüber hinaus e r m ä c h t i g e n, im Bereich des erteilten Auftrages schlechthin vertretend zu handeln<sup>1)</sup>. Erst dann wird dem Träger - und zwar unabhängig davon, ob die Auftragsausführung positiv verläuft oder nicht - das Verhalten deswalters zugerechnet. Indem also der walter als der Ermächtigte s e i n e i g e n e s Interesse verfolgt, wird m i t t e l b a r der Interessensinhalt des Trägers durchgesetzt. Auf dem Vermögen des Trägers einer verfassunggebenden Gewalt, seinen Willen durchzusetzen zu können, beruht die soziale Vertretung, auf Grund deren walter das verfassunggebende Interesse des Trägers durchzusetzen haben. In der Auftragserteilung des Trägers an die (oder den)

---

1) Vgl. WOLFF, Theorie der Vertretung 119ff., bes. 119, wo es heisst, dass "der Auftrag oder die Weisung, den V von A oder dem Gesetzgeber erhält, nicht entscheidend für seine Vertretungsmacht sein kann. Denn man wird nicht anstehen, sein Vertreterverhalten auch dann dem Vertretenen zuzurechnen, wenn dessen Interessen nicht 'sorgfältig gewahrt' sind. Auftrag und Bevollmächtigung werden daher ..... scharf voneinander unterschieden." In gleichem Sinne REIBACH, Grundlagen 782ff.

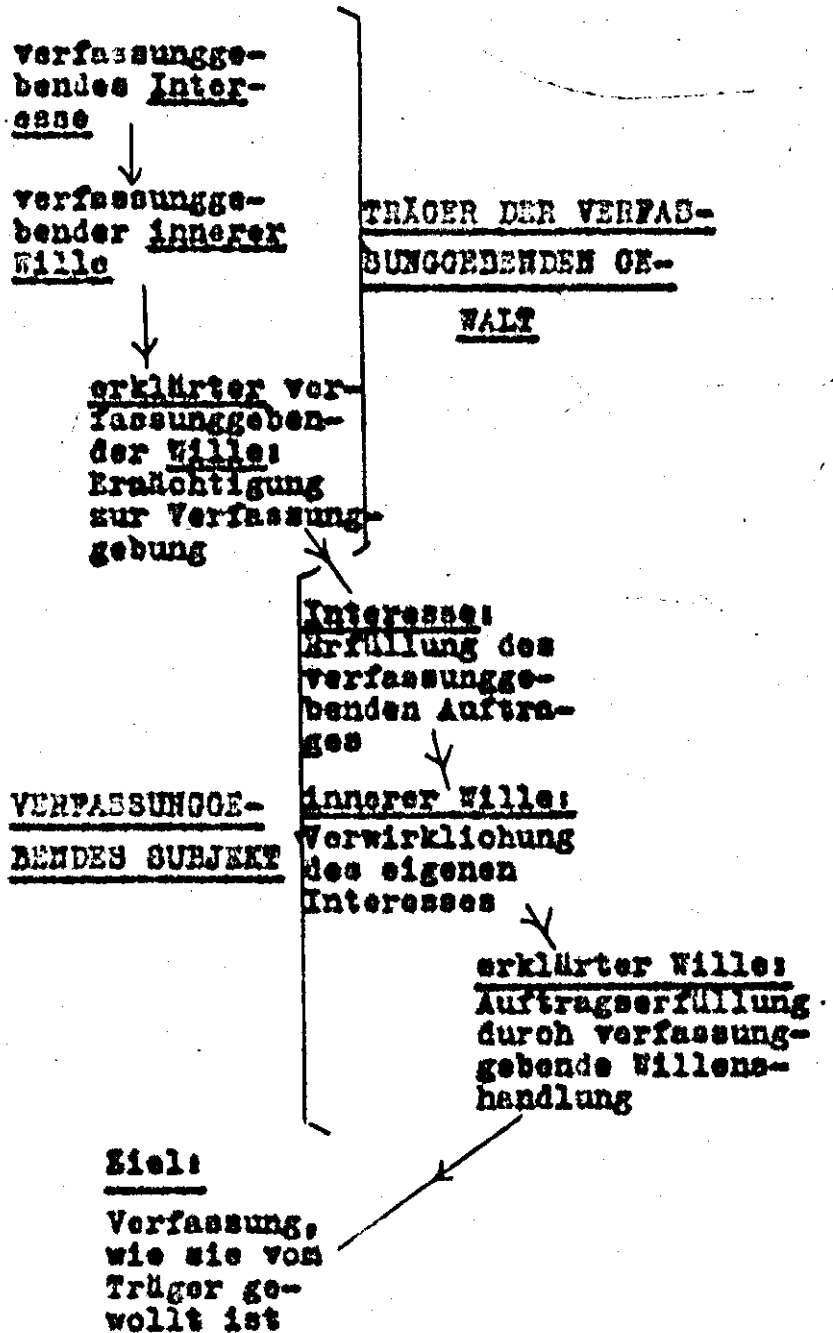
Walter, verfassunggebend tätig zu werden, liegt zugleich die Ermächtigung zum Handeln im Rahmen dieses Auftrages. Entsprechend dem Auftragsinhalt haben sodann die Interessen der Walter Verfassunggebung im Interesse des Trägers zum Inhalt. Wenn die Walter nun ihre Interessen verfolgen - den Auftrag durch Verfassunggebung also erfüllen -, so werden nur als verfassunggebend tätig, denn auf ihren Willenshandlungen beruht unmittelbar die Erreichung des verfassungsmässigen Zustandes<sup>1)</sup>. Die Walter sind infolgedessen verfassunggebende Subjekte. Ihre verfassunggebende Tätigkeit wird dem Träger der verfassunggebenden Gewalt, auf Grund seines dieser sozialen Vertretung aufgrund

---

1) Die Ausübung der verfassunggebenden Gewalt muss also stets von ihrer Substanz unterschieden werden, denn sonst wäre die verfassunggebende Gewalt schon wieder in den sie vertretend Wahrnehmenden konstituiert. Vgl. SCHMITT, Diktatur 144

liegenden nachtvollen Willens, zugerechnet.<sup>1)</sup>

1) Der Weg vom Verfassungsgebenden Interesse des Trägers bis zur Verwirklichung desselben durch das verfassungsgebende Subjekt lässt sich wie folgt darstellen:





**III.**

Die Wahrung der von einer Gruppe von Personen getragenen verfassungsgebenden Gewalt

**1. Die Vorbereitung der Verfassungsgebung**

Die einheitliche Willenserklärungsfähigkeit vieler Personen zum Zwecke der Verfolgung ihrer Kollektivinteressen ist nur in beschränktem Umfange möglich, und zwar insoweit, als sie insgesamt nur bejahend oder ablehnend zu etwas Stellung nehmen können, was ihnen zur Entscheidung über Annahme oder Ablehnung vorgelegt worden ist<sup>1)</sup>. Sie können allerdings auch von mehreren Vorschlägen einen auswählen.

Da die Pflichtsubjekte einer Gruppe, als Träger einer verfassungsgebenden Gewalt Träger verfassungsgebender Kollektivinteressen sind, und diese nur in beschränktem Umfange einheitlich verfolgt werden können, so muss ihnen - und zwar **i h n e n**, sofern sie selber ihre ver-

---

1) KAUPMANN, Volkswille 12: "In den sogenannten unmittelbaren Volksabstimmungen kann die Vielheit ihrem Wesen nach nichts Positives, keine Inhalte schaffen; sie kann nur auf ihr gestellte Fragen mit Ja oder Nein antworten, nur ihr von aussen und oben vorgelegte Inhalte approbieren oder reprobieren". Obgleich bei KAUPMANN von Volk gesprochen wird, so gilt doch das Ausgeführte für die Gruppe schlechthin, denn auch das Volk ist letztlich nur eine Gruppe, allerdings eine soziale Gruppe besonderer Art. Vgl. oben S. 54 f und S. 54 Anm. 1.

fassungsgebenden Interessen verfolgen wollen<sup>1)</sup> - zur Geltung ihrer verfassungsgebenden Gewalt ein Verfassungsentwurf vorgelegt werden.

Obgleich nun jeder Träger an der Geltung einer pleokratischen Verfassung interessiert ist, so werden doch in der Regel diese Interesseninhalte der Träger, schon hinsichtlich der Herstellung des Verfassungsentwurfes, in einzelnen noch von einander abweichen<sup>2)</sup>. Je grösser die Zahl der Träger ist, um so grösser werden auch die Abweichungen sein. Diese differierenden Interesseninhalte müssen zunächst gleichgerichtet werden, denn nur dann kann durch ein gemeinsames und einheitliches Verfolgen dieser Interessen der Verfassungsentwurf fertiggestellt werden. Wenn nun die Trägergruppe zahlenmässig so klein ist, dass eine gemeinsame Versammlung stattfinden kann, dann sind die Träger selbst in der Lage, nach Angleichung ihrer unterschiedlichen pleokratischen Interesseninhalte einen Verfassungsentwurf herzustellen. Eine solche gemeinsame Versammlung ist bei zahlen-

- 
- 1) Ansonsten den von ihnen zur Verfassunggebung berufenen und sie insoweit vertretenden verfassungsgebenden Subjekten. Dazu unten S. 83f.
  - 2) Vgl. dazu unten S. 76 und dortselbst Anm. 1; ebenfalls S. 85 Anm. 1.

mässig grossen Trägergruppen technisch nicht durchführbar. Infolgedessen sind sodann die Träger zwecks Herstellung des Verfassungsentwurfes genungen, eine sie vertretende "vorbereitende Versammlung" einzuberufen. Für diese Vertretung kann sowohl die **G r u p p e n v e r t r e - t u n g** als auch die **R e p r ä s e n - t a t i o n** infrage kommen.

a. Die Vertretungsformen

aa. DIE VERTRETUNG EINER GRUPPE ALS SOL-  
CHER. Unter Gruppenvertretung<sup>1)</sup> ist die Vertretung einer Gruppe durch Organe zu verstehen, welche auf einer der Gruppe inwohnenden Ordnung beruht. Das Organ ist ein durch die Gruppenordnung bestimmter Zuständigkeitskomplex, dem als Organwaller natürliche Personen angehören. Deren Verhalten gilt zunächst als ein Verhalten des Organs, um schliesslich, auf Grund der Gruppenordnung, der Gruppe zugerechnet zu werden. Da bei der Gruppenvertretung die **Z u r e c h n u n g** zwischen **G r u p p e** und **O r g a n** erfolgt, so ist, um zu den elementaren Trägern und Waltern zu gelangen, immer noch eine Auflösung von Gruppe und Organ erforderlich. Die repräsentative Vertretung macht das jedoch entbehrlich.

1) Vgl. WOLFF, Theorie der Vertretung 91ff.

bb. DIE REPRÄSENTATIVE VERTRETUNG DER  
GLIEDER EINER GRUPPE.<sup>1)</sup>

Die zwischen Gruppe und Organ bestehende Beziehung beruht nicht nur auf der Gruppenordnung, sondern auch auf einer zwischen den Gruppengliedern und den Organwaltern nur als Personen bestehenden Verbundenheit. Hieran knüpft die repräsentative Vertretung an (37, 96).

Der schlichte Sinngehalt des Wortes Repräsentation ist: "wieder-gegenwärtig-machen", also eine Vergegenwärtigung (18).

Das Problem der Repräsentation liegt in der Beantwortung der Frage, wie die Vergegenwärtigung des Abwesenden - des Repräsentierten - durch den Anwesenden - den Repräsentanten - zu denken ist (25)<sup>2)</sup>. Wenn zum Beispiel A durch V vergegenwärtigt wird, so ist A nicht gegenwärtig. Er wird aber in V vergegenwärtigt gedacht,

---

1) Die in diesem Unterabschnitt (bb) des Textes eingeklammerten Zahlen bezeichnen die Seiten von WOLFF, Theorie der Vertretung. Zur Repräsentation siehe auch WOLFF, Neue Regierungsform S. 32ff.

2) Für die Beantwortung dieser Frage sind die Ausführungen bei SCHMIDT, Verfassungslehre 206ff. und LEIBHOLZ, Repräsentation, bes. 144 - 98, weniger geeignet. Diese Autoren haben es nämlich vornehmlich auf den staatspolitischen und juristischen Sinngehalt der Repräsentation und nicht auf eine prinzipielle Klärung des allgemeinen sozialen Repräsentationsbegriffs abgestellt. - Vgl. WOLFF, Theorie der Vertretung 22. - Gerade auf den allgemeinen Begriff kommt es hier aber an.

vorgestellt. Diese gedachte, vorgestellte Vorgegenwärtigung ist die Repräsentationsvorstellung. Gegenstand der Repräsentation ist also nicht der abwesende A - der Repräsentierte -, sondern seine Vorgegenwärtigung durch V - den Repräsentanten-. Dabei muss über die zwischen Repräsentant und Repräsentierten erforderliche Verbundenheit hinaus das zu Repräsentierende dem Repräsentanten **g l e i c h a r t i g** sein (44,72).

Die Repräsentation ist infolgedessen nichts Existentielles<sup>1)</sup>. Sie hat kein Wesen<sup>2)</sup>. Sie ist nur Gegenstand von Vorstellungen, eben von **R e p r ä s e n t a t i o n s v o r - s t e l l u n g e n** (29).

Sollen individuelle faktische Interessen und Willen repräsentiert werden<sup>3)</sup>, so müssen die zu repräsentierenden Interessen und Willen denen der Repräsentanten entsprechen. So kann der Intendant eines Theaters als solcher nicht die Interessen einer studentischen Korporation repräsentieren, wohl dagegen die Interessen der Mitglieder seines Ensembles. Die

---

1) So aber SCHMITT, Verfassungslehre 109.

2) So aber LEIBHOLZ, Repräsentation 37f.

3) Nach LEIBHOLZ, Repräsentation 32 und SCHMITT, Verfassungslehre 211 - Vgl. auch FORSTHOFF DRZ. 1950, 313f. - sollen Interessen **n u r** vertreten, nicht aber repräsentiert werden können. Aber es besagt doch "der Umstand, dass Willen und Interessen regelmäßig in anderen Vertretungsformen - kraft Organschaft oder Stellvertretung - durch andere wahrgenommen werden, nichts darüber, dass sie nicht **a u c h** repräsentiert werden können." So SOLPER, Theorie der Vertretung 53, Anm.2. Im Originaltext gesperrt gedruckt.

Repräsentation muss sich also in ihrem Bereich abspielen (55). Damit nun das Repräsentatenverhalten den Trägern des Repräsentierten auch zugerechnet wird, muss der Adressat, als derjenige, dem gegenüber repräsentiert wird (32), den Repräsentanten als solchen ansehen oder anerkennen (56). Erst mit der Anerkennung durch den Adressaten wird die repräsentative Vertretung ermöglicht und infolgedessen der Vergegenwärtigende Repräsentant.

Von besonderer Bedeutung ist die Repräsentation nach innen (84ff.). Sie liegt dann vor, wenn die Träger des Repräsentierten mit den Adressaten der Repräsentation identisch sind; wenn also die Träger der zu repräsentierenden Interessen und Willen diese in dem zukünftigen Repräsentanten erst vergegenwärtigt finden müssen, um ihn anschließend auf Grund seines Verhaltens als Repräsentanten anerkennen zu können. Die Träger des Repräsentierten erleben sodann die Vergegenwärtigung ihrer Interessen und Willen. In dem Erleben liegt aber zugleich ein Erkennen oder Anerkennen. Das wiederum genügt, um die Träger der repräsentierten Interessen und Willen zugleich als die Adressaten der erlebten und anerkannten Repräsentation zu bezeichnen.

Bei der repräsentativen Vertretung darf aber nicht übersehen werden, dass sie nur eine Vereinfachung, "ein Behelf mangels

besseren Wissens" (91) sein kann, denn die Vergewärtigung wird ja nur gedacht oder vorgestellt.

oo. DAS VERHÄLTNISS VON REPRÄSENTATION ZUR

GRUPPENVERTRETUNG. Bei der Gruppenvertre-

tung stützt sich der Organwahrer auf eine ausserhalb seiner Person gegebene objektive Ermächtigung. Der Repräsentant kann das nicht. Er muss sich nur aus der Vergewärtigung rechtfertigen, denn aus Repräsentanten kann niemand gemacht werden. Man ist es oder man ist es nicht, bzw. man wird dafür gehalten oder nicht. Während der Funktionsbereich der Organwahrung durch die Gruppenordnung festgelegt wird, kann sich die Repräsentation unabhängig von Gruppenordnungen - allerdings nur in ihren jeweiligen Bereichen - entfalten.

Der Organwahrer kann aber nicht nur als Organwahrer des Organs die Gruppe, sondern als natürliche Person zugleich, zum Beispiel die Interessen und Willen der Gruppenglieder, repräsentativ vertreten, denn mit der Berufung zur Organwahrung - die in der Regel durch Wahl erfolgt - ist die Chance verbunden, gleichzeitig Repräsentant zu werden<sup>1)</sup>. Bei der repräsentativen Vertretung ist die Zurechnung des Repräsentantenverhaltens nicht problematisch, denn sie beruht nicht -- wie aber bei der Gruppen-

---

1) WOLFF, Theorie der Vertretung 341.

vertretung - auf einer Gruppenordnung, sondern auf der durch den Adressaten der Repräsentation vorgenommenen Anerkennung. Zudem erfolgt die Zurechnung - im Gegensatz zur Gruppenvertretung, wo sie zwischen Gruppe und Organ stattfindet - unmittelbar von Repräsentanten auf den Träger des Repräsentierten<sup>1)</sup>.

Mit Hilfe der Repräsentation können daher die Interessen und Willen einer beliebigen Anzahl von in Hinsicht der Repräsentation gleicher Menschen - nicht organisierter Gruppen - vertreten werden. Infolgedessen eignet gerade sie sich zur Vertretung der Träger einer verfassungsgebenden Gewalt, die wegen ihrer grossen Anzahl nicht in der Lage sind, sich selbst zwecks Herstellung eines Verfassungsentwurfes gemeinsam versammeln zu können.

b. Die repräsentative Vertretung durch die Abgeordneten einer vorbereiteten Versammlung

Die Einberufung einer Versammlung<sup>2)</sup> zur Herstellung eines Verfassungsentwurfes erfolgt in der Regel durch Wahl. Die aus der Mitte der Trägergruppe gewählten Abgeordneten sind Organwähler des - die Gruppe vertretenden - Organes: vorbereitende Versammlung, deren Zuständigkeit Fertigstellung des Verfassungsentwurfes ist.

1) Gruppenvertretung und soziale Repräsentation gehören verschiedenen Sphären an, "nämlich jene der normativ-juristischen, diese der faktisch-sozialen." So WOLFF, Theorie der Vertretung 344. In gleichem Sinne SCHMITZ, Verfassungslehre 208ff.

2) Eine solche **e n t w e r f e n d e** Versammlung wird auch Konvent genannt. Siehe dazu SCHMITZ, Verfassungslehre 85.



Die Abgeordneten sind aber nicht nur Organwähler, sondern zugleich Repräsentanten, und zwar zunächst der auf Herstellung eines pleokratischen Verfassungsentwurfs gerichteten Interessen und Willen aller Träger, die sich an der Hinerufung der Versammlung durch Stimmabgabe in der Wahl beteiligt haben. Jeder Wählende hat nämlich seine eigene Vorstellung davon, welcher der für die vorbereitende Versammlung vorgeschlagenen Kandidaten sein verfassunggebendes Interesse und seinen verfassunggebenden Willen am besten vergegenwärtigen wird. Entsprechend dieser Vorstellung wird in der Wahl die Stimmabgabe erfolgen. In dieser der Stimmabgabe vorausgehenden "Wahl" spiegelt sich die zur repräsentativen Vertretung notwendige Verbundenheit des Wählers mit dem sodann von ihm gewählten Kandidaten. Indem nun die gewählten Kandidaten als Abgeordnete der vorbereitenden Versammlung den Verfassungsentwurf herstellen, also handeln, ermöglichen sie die Repräsentation nach innen. Denn jetzt erleben die Wähler als Träger der verfassunggebenden Gewalt durch das Verhalten der von ihnen gewählten Abgeordneten die Vergegenwärtigung ihrer auf Vorbereitung einer pleokratischen Verfassung gerichteten Interessen und Willen. Da in diesem Erleben gleichzeitig ein Anerkennen liegt, so werden die Abgeordneten von den Trägern als Repräsentanten anerkannt. In dieser Anerkennung

liegt die von den Trägern vorgenommene Zurechnung des Repräsentantenverhaltens - also hinsichtlich der Herstellung des Verfassungsentwurfes - auf sich selbst. Die an der Einberufung der vorbereitenden Versammlung beteiligten Wähler sind infolgedessen nicht nur die Träger der von den Abgeordneten repräsentierten - auf Vorbereitung einer pleokratischen Verfassung gerichteten - Interessen und Willen, sondern zugleich die Adressaten dieser Repräsentation.

Diese Repräsentation wird ergänzt durch eine **w e i t e r e**, welche die verfassungsgebenden Interessen und Willen derjenigen Träger zum Gegenstand hat, die sich an der Einberufung der vorbereitenden Versammlung **n i c h t b e t e i l i g t** haben. Da nämlich die Verfassung **g e b u n g** selbst erst erfolgen kann, nachdem ein Verfassung **e n t w u r f** hergestellt worden ist, so liegt die **V o r b e r e i t u n g** einer Verfassung **g r u n d s ä t z l i c h** im Interesse aller Träger der verfassungsgebenden Gewalt, also auch derjenigen, die sich an der Einberufung einer vorbereitenden Versammlung nicht beteiligt haben. Infolgedessen werden die auf die Vorbereitung einer pleokratischen Verfassung gerichteten Interessen und Willen aller Träger, und zwar sowohl derjenigen, die sich an der Einberufung der Versammlung beteiligt haben, als auch derjenigen, die sich nicht an der Einberufung beteiligt haben, durch die

Abgeordneten dieser Versammlung repräsentiert.

## 2. Die Verfassunggebung

Der Verfassungsentwurf ist nunmehr Gegenstand einer Abstimmung über seine Annahme oder Ablehnung, und zwar derjenige, welcher bei einer anzahlmässig kleinen Trägergruppe von den Trägern selbst oder aber derjenige, welcher bei einer grossen Trägergruppe durch Repräsentanten fertiggestellt worden ist. In der von den Trägern vorgenommenen Abstimmung, also der Abgabe ihrer verfassunggebenden Willenserklärungen, liegt die Waltung der verfassunggebenden Gewalt<sup>1)</sup>.

### a. DIE TRÄGER ALS VERFASSUNGSgebENDE SUB-

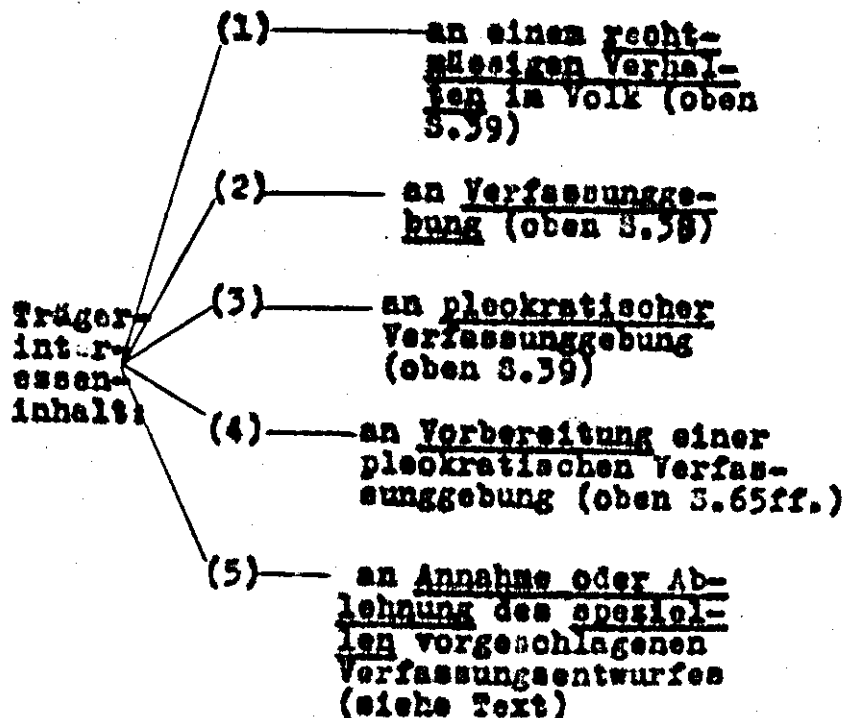
JEKTE. Die Träger geben durch ihre Stimmabgabe zu erkennen, ob sie an der Geltung des ihnen vorgelegten Entwurfs interessiert sind oder nicht. Ihr verfassunggebender Interesseneinhalt ist nun

---

1) Es ist allerdings auch möglich, dass nicht die Träger, sondern Abgeordnete - einer sodann nicht nur vorbereitenden, sondern auch verfassunggebenden Versammlung - als Repräsentanten die Waltung vornehmen. Zu einer solchen Art der Waltung siehe unten S. 83f.

spezies 1<sup>1)</sup> durch den vorgelegten Entwurf bestimmt, etwa durch die vorgeschlagene Regierungsform oder durch die Art und den Umfang verfassungsgesetzlicher Regelungen verschiedenster Art, wie zum Beispiel des Grundrechtskatalogs. Da aber in der Regel nur über einen Entwurf abgestimmt wird, so lässt es sich nicht vermeiden, dass das Abstimmungsergebnis entscheidend bestimmt wird durch Stimmabgaben - oder auch durch Stimmenthaltungen - die als solche nur oder vorwiegend auf Grund einer der Vielzahl von entworfenen verfassungsgesetzlichen Regelungen zustande gekommen

1) Es ergeben sich also hinsichtlich des Trägerinteresseninhaltes jetzt folgende Abstufungen:



sind. Es ist nämlich denkbar, dass der Abstimmende den Entwurf zum Beispiel nur wegen einer ihm nicht zusagenden Regelung - etwa der des Elternrechts - ablehnt, obwohl er im Übrigen die vorgeschlagene Verfassung bejaht. Um auf diese Weise entstehende unbefriedigende Verwaltungsergebnisse zu verhindern, dürfte es zweckmäßig sein, nicht nur einen, sondern **m e h r e r e** völlig oder teilweise von einander abweichende Verfassungsentwürfe herzustellen und zur Abstimmung vorzulegen.

In der Regel wird sich von den abstimmungsberechtigten Trägern ein Teil der Stimme enthalten oder aber gegen die Annahme des Entwurfs stimmen. Wenn sich jedoch die Mehrheit der abstimmenden Träger - sofern sie in der Mehrheit sind - für die Annahme erklärt haben, dann sind sie die **v e r f a s s u n g g e b e n d e n** **S u b j e k t e**, denn unmittelbar auf ihren, in der Stimmabgabe liegenden Willenshandlungen beruht die Geltung der Verfassung<sup>1)</sup>.

b. DIE VERFASSUNGSGEBENDEN SUBJEKTE ALS GLEICHZEITIG REPRÄSENTANTEN. An die Abstimmungserklärungen der verfassunggebenden Subjekte knüpft die von diesen vorge-

1) Vgl. dazu WOLFF, Juristische Person 454: "Die Verfassung.... beruht eben auf nichts anderem als auf den Willen von Menschen, die in einem gegebenen Volke über hinreichende Macht verfügen, um diesem Willen Geltung zu verschaffen."

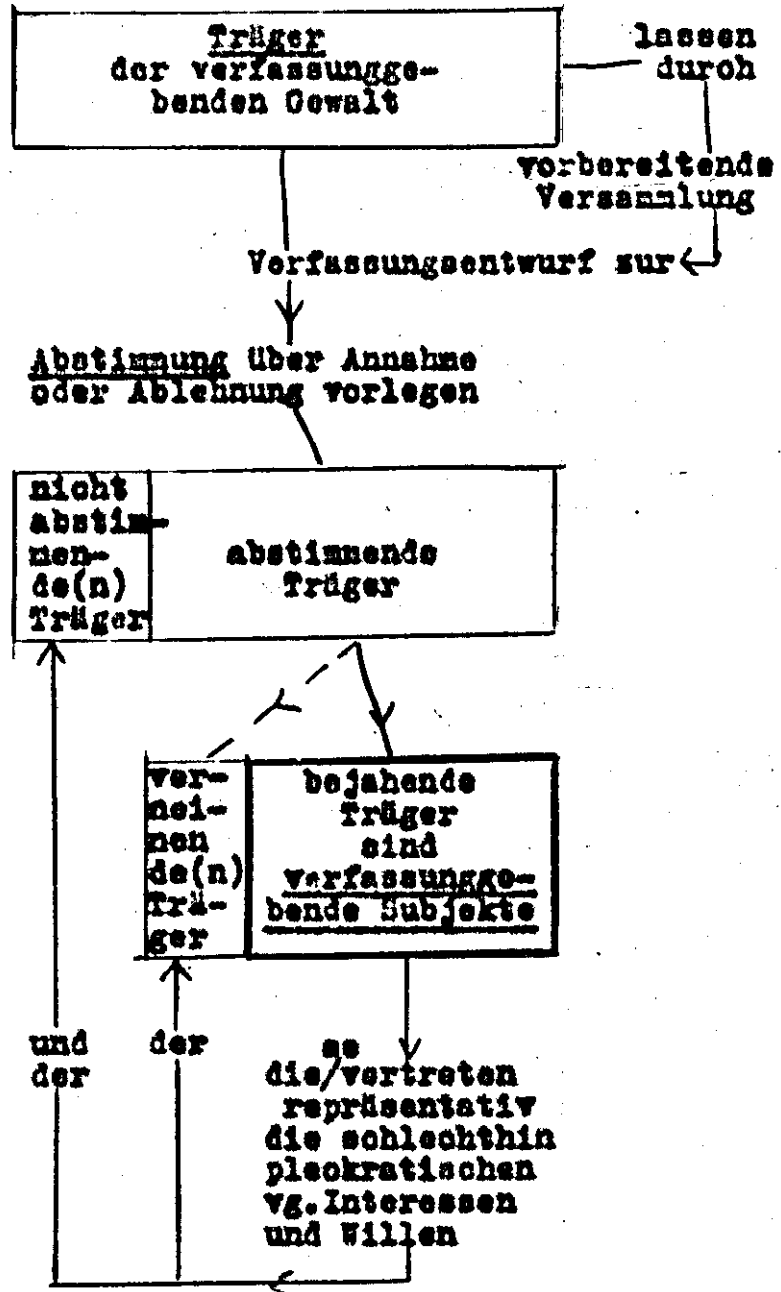
nommene repräsentative Vertretung der verfassungsgebenden Interessen und Willen sowohl der nicht abstimmenden als auch der sich der Stimme enthaltenden Träger an, und zwar insoweit, als diese überhaupt an der Geltung einer p l e o k r a t i - s o h e n Verfassung interessiert sind. Denn hierin stimmen die Interesseninhalte a l l e r Träger überein. Da nun die verneinenden und sich der Stimme enthaltenden Träger in der Minderzahl sind, so können sie ihre speziellen pleokratischen verfassungsgebenden Interesseninhalte nicht selbst verfolgen<sup>1)</sup>. Eine Verfolgung der verfassungsgebenden Interessen erfolgt nämlich n u r durch die Abstimmung. Durch diese wird jedoch der s p e z i e l l e Interesseninhalt derjenigen gleichabstimmenden Träger durchgesetzt, die in der Mehrzahl sind. Infolgedessen müssen die verneinenden und sich der Stimme enthaltenden Träger die Verfolgung ihrer "nur" pleokratischen verfassungsgebenden Interessen und Willen in der Abstimmung erfolgreichen Trägern, eben den verfassungsgebenden Sub-

---

1) Wenn sie aber dazu in der Lage sind, dann sind s i e a l l e i n - und nicht in Gemeinschaft mit den bejahend Abstimmenden - Träger einer neuen verfassungsgebenden Gewalt.

jekten, vertretend überlassen<sup>1)</sup>

1) In einer schematischen Übersicht lässt sich die Wahrung der verfassungsgebenden Gewalt wie folgt darstellen:



v.g. = verfassungsgebenden

IV.

Die Haltung einer von den Volksangehörigen getragenen verfassungsgebenden Gewalt

Die Pflichtsubjekte eines Volkes als Träger einer verfassungsgebenden Gewalt lassen sich nicht nur zur Herstellung eines Verfassungsentwurfes, sondern in der Regel auch darüber hinaus für den verfassungsgebenden Vorgang selbst vertreten<sup>1)</sup>.

1. Die Vorbereitung der Verfassungsgebung

a. DIE MEINUNGSBILDUNG DURCH FÜHRER POLITISCHER PARTEIEN. Das Interesse der Volksangehörigen an einer demokratischen Verfassung ist nicht ursprünglich<sup>2)</sup>, sondern das Ergebnis einer von den Führern politischer Parteien<sup>3)</sup> vorgenommenen öffentlichen Meinungsbildung. Die Parteiführer vermitteln durch werbende, aufklärende und kritisierende Tätigkeit eine konkrete Auffassung von der Gestaltung des staatlichen Lebens. Die Meinungsbildung hat daher auch die Bildung ver-

1) Vgl. WOLFF, Juristische Person 338: "Die gesamte Nation endlich kann sich nur in kleinen Staaten eine Verfassung geben; in grossen Staaten ist das eine Fiktion, die nicht nur anstelle des ganzen Volkes seine Mehrheit, sondern sogar nur die einer 'verfassungsgebenden Versammlung' setzt."

2) Wohl aber das Interesse an Verfassungsgebung schlechthin. Siehe oben S. 39.

3) Die öffentliche Meinung entsteht nicht "auf geheimnisvolle Weise aus dem Nichts," sondern "sie wird von Parteien oder Gruppen beeinflusst und auch gemacht." So SCHMITT, Verfassungslehre 247.



fassungsgebender Interessen und Willen zum Ziel. Die Zahl der politischen Parteien wird um so umfangreicher sein, je freier das politische Leben sich in einem Volk entfalten kann und je grösser dieses Volk ist.

Zum Zwecke der politischen Meinungsbildung müssen sich die politischen Parteigruppen - die im vorverfassungsmässigen Stadium ebensowenig wie das Volk<sup>1)</sup> interessen- und willensfähig sind<sup>2)</sup> - vertreten lassen. Das geschieht durch die von den Parteimitgliedern gewählten Kandidaten als Organwalter der die Parteigruppe vertretenden Organe: Parteiführer. Ausserdem sind die Parteiführer nur als Personen zugleich Repräsentanten der politischen, und damit auch der verfassungsgebenden, Interessen und Willen der Parteiglieder. Wenn also die Parteiführer meinungsbildend im Volk tätig werden, so vertreten sie nicht nur als Organ die politische Parteigruppe, sondern sie repräsentieren zugleich die verfassungsgebenden Interessen und Willen der Parteiglieder selbst.

**b. DIE ABGEORDNETEN EINER VERFASSUNGS-  
GEBENDEN VERSAMMLUNG ALS REPRÄSENTANTEN.** Inwieweit die Parteiführer mit ihrer Meinungsbildung Erfolg haben, wird aus

1) Vgl. auch oben S. 54ff.

2) Anders, wenn die politischen Parteien auf Grund, p o s i t i v rechtlicher Ordnung Subjektivität besitzen. Vgl. auch THIEPPEL, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien 11f.

Beispiel durch die Wahl einer verfassunggebenden Versammlung<sup>1)</sup> - für welche die Kandidaten von den Parteiführern vorgeschlagen sind - erkennbar. Durch die Stimmabgaben werden die vorgeschlagenen Kandidaten als Organwalter in die verfassunggebende Versammlung als Organ der Volksguppe berufen. Weiterhin wird ihnen mit dieser Berufung die Chance zur repräsentativen Vertretung gegeben.

Die Abgeordneten repräsentieren bei Herstellung des Verfassungsentwurfes **s u - n d e r s t** die auf Vorbereitung einer demokratischen Verfassung gerichteten Interessen und Willen insbesondere ihrer Wähler, denn diese haben gerade die Abgeordneten gewählt, weil von ihnen eine bestmögliche Vergegenwärtigung der Interessen und Willen erhofft wird. Die repräsentative Vertretung durch die Abgeordneten der Versammlung spiegelt infolgedessen insbesondere die Verteilung der verschieden beinhalteten auf Vorbereitung einer demokratischen Verfassung gerichteten Interessen und Willen der **W ä h l e r s c h a f t**.

**D a r ü b e r h i n a u s** repräsentieren die Abgeordneten die auf Vorbereitung einer demokratischen Verfassung ge-

---

1) Dabei ist es unerheblich, ob diese Versammlung nur zur Vorbereitung einer Verfassung oder aber auch zur Verfassunggebung berufen wird, denn eine solche Versammlung ist auf jeden Fall für die vorbereitende Tätigkeit erforderlich. Vgl. oben S. 65f.

richteten Interessen und Willen auch derjenigen Träger der verfassungsgebenden Gewalt, die sich an der Einberufung der Versammlung nicht beteiligt haben. An der Herstellung eines demokratischen Verfassungsentwurfes sind nämlich auch die nicht wählenden Träger interessiert.

## 2. Die Verfassungsgebung

Die von der verfassungsgebenden Versammlung vorbereitete Verfassung ist durch Abstimmung über ihre Annahme oder Ablehnung Gegenstand einer Waltung der verfassungsgebenden Gewalt. Die Abstimmung kann sowohl durch die Träger der verfassungsgebenden Gewalt selbst - in Form eines Volksentscheides - erfolgen, sie kann aber auch durch die Abgeordneten der verfassungsgebenden Versammlung als Repräsentanten vorgenommen werden. Dann hat aber die repräsentative Vertretung der Abgeordneten nicht mehr die Vorbereitung eines demokratischen Verfassungsentwurfes, sondern die demokratische Verfassungsgebung selbst zum Gegenstand.

### a. DIE ABGEORDNETEN EINER VERFASSUNGSGEBENDEN VERSAMMLUNG ALS VERFASSUNGSGEBENDE SUBJEKTE UND GLEICHZEITIGE REPRÄSENTANTEN. An

genommen, die in der Mehrzahl befindlichen Repräsentanten erklären sich in der Abstimmung für die Annahme des Verfassungsentwurfes. Sie sind sodann die verfassungsgebenden Subjekte, denn auf ihren in der

Stimmabgabe liegenden Willenshandlungen beruht unmittelbar die Annahme der Verfassung.

Als verfassungsgebende Subjekte repräsentieren sie die *s p e z i e l l e n*, auf Geltung dieser demokratischen Verfassung gerichteten Interessen und Willen derjenigen Träger, die sie gewählt haben.

Darüber hinaus sind sie auch Repräsentanten der Interessen und Willen aller übrigen Träger der verfassungsgebenden Gewalt - also sowohl der verneinenden und sich der Stimme enthaltenden Abgeordneten, die ja auch (Mit)Träger der verfassungsgebenden Gewalt sind, als auch der Träger, von denen diese Abgeordneten gewählt worden sind, sowie schliesslich die Interessen und Willen derjenigen Träger, die sich an der Einberufung der verfassungsgebenden Versammlung gar nicht beteiligt haben - und zwar *i n s o - w e i t* als ihre Interessen und Willen schlechthin auf die Übung einer demokratischen Verfassung gerichtet sind.

**b. DIE TRÄGER ALS VERFASSUNGSBEDEUTENDE SUBJEKTE UND GLEICHZEITIGE REPRÄSENTANTEN.**<sup>1)</sup>

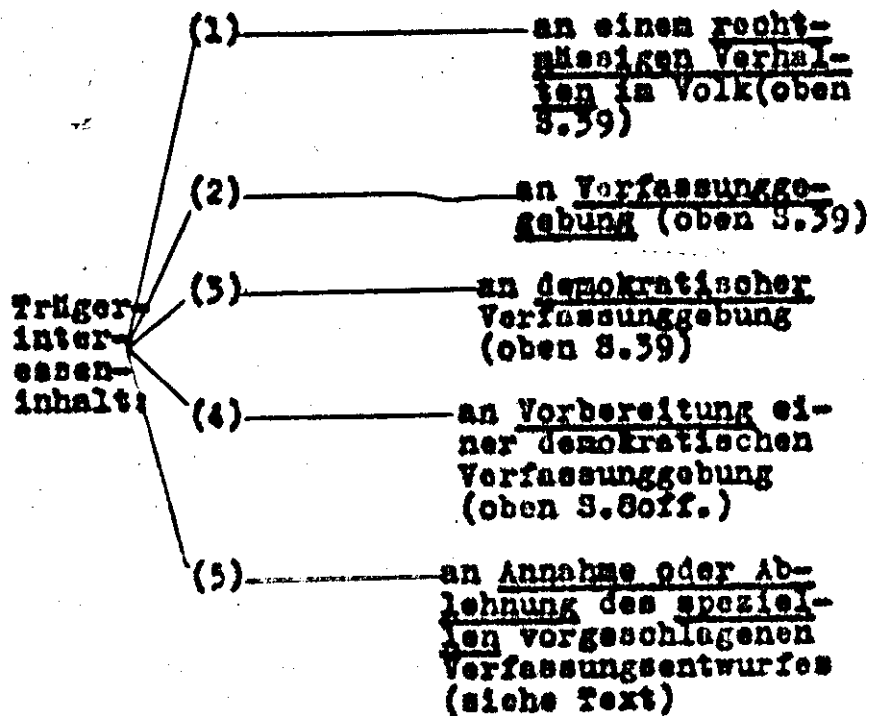
Sofern die Wahrung der verfassungsgebenden Gewalt in Form eines Volksentscheides erfolgt, sind die bejahend abstimmanden Träger - sofern sie in der Mehrzahl

1) Siehe dazu auch oben S. 75ff: "Die Träger als verfassungsgebende Subjekte". Das Problem und die Lösung desselben sind dort und hier gleich. Es besteht nur insofern ein Unterschied, als hier die Volksangehörigen selbst Träger der verfassungsgebenden Gewalt sind, während es dort die Angehörigen einer Gruppe von Personen sind.

sind - gleichzeitig v e r f a s s u n g -  
g e b e n d e S u b j e k t e , denn  
auf ihren bejahenden Abstimmungsorklärungen  
beruht unmittelbar die Annahme des  
Verfassungsentwurfes.

Zugleich repräsentieren sie die Interessen  
und Willen derjenigen Träger, die speziell  
diese Verfassung abgelehnt oder sich der  
Stimme enthalten haben, und zwar insoweit,  
als deren Interessen und Willen überhaupt  
auf die Gebung einer demokratischen Ver-  
fassung gerichtet sind. 1)

1) Die Stufung der Trägerinteresseninhalte,  
worauf auch die sich überlagernden Reprä-  
sentationen beruhen, lässt sich wie folgt  
darstellen - vgl. auch oben S. 76-:



Vgl. auch das Schema oben S. 79, welches  
auch für die Verfassungsgebung sowohl durch  
die Abgeordneten einer verfassungsgebenden  
Versammlung als auch die Volksangehörigen  
selber gelten kann.

Sofern es für die Verfassungsgebung durch  
die A b g e o r d n e t e n gelten soll,  
ist anstelle von: Träger der verfassungsge-  
benden Gewalt, Abgeordnete einer verfas-

## § 7. Die Eigenschaften der verfassungsgebenden Gewalt

### I.

#### Zu oberst und unerschöpfbar

Die verfassungsgebende Gewalt ist voraussetzungsgegenüber zu oberst. Keine andere Gewalt kann eine höhere rechtliche Sanktion als die durch das apriorische Recht selbst beziehen. Es ist daher eine der verfassungsgebenden Gewalt übergeordnete Gewalt nicht denkbar. Die verfassungsgebende Gewalt erschöpft sich auch nicht durch einmalige Ausübung, denn "die politische Entscheidung, welche die Verfassung bedeutet, kann nicht gegen ihr Subjekt zurückwirken"<sup>1)</sup>. Sie wäre nur dann erschöpft,

---

ausgehenden Versammlung als Repräsentanten einzusetzen. Die Skizzierung der vorbereitenden Versammlung ist dann allerdings überflüssig. Die repräsentative Vertretung bedarf dann jedoch insofern in den Schema einer Ergänzung, als die bejahenden Abgeordneten als verfassungsgebende Subjekte nicht nur die verfassungsgebenden Interessen und Willen der sich der Stimme enthaltenden und der verneinend abstimmenden Abgeordneten, sondern zugleich die verfassungsgebenden Interessen und Willen der Volksangehörigen selbst repräsentieren. Sofern das Schema für die Verfassungsgebung durch die **V o l k e a n g e h ö r i g e n** selber gelten soll, sind unter Träger die Volksangehörigen und ist unter vorbereitende Versammlung verfassungsgebende Versammlung zu verstehen.

1) SCHMITT, Verfassungslehre 77: "So wenig eine organisatorische Anordnung die Organisationsgewalt dessen erschöpft, der Organisationshoheit und Organisationsgewalt inne hat, so wenig kann der Erlass einer Verfassung die verfassungsgebende Gewalt erschöpfen, absorbieren oder konsumieren."

wenn durch sie das apriorische Recht zur v o l l k o m m e n e n Verwirklichung gelangen könnte. Dem stehen aber die Mangelhaftigkeit, Irrtumsmöglichkeit und alle sonstigen Bedingtheiten der Seinswelt, insbesondere deren ständige Veränderung, gegenüber. Da der Rechtsstaat mit dieser wechselvollen Wirklichkeit zusammenhängt, bleibt seine Verwirklichung eine ewige Aufgabe<sup>1)</sup>.

## II.

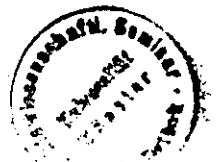
### Ursprünglich

In der Sphäre der verfassunggebenden Gewalt ist keine Rechtsnachfolge<sup>2)</sup> möglich<sup>3)</sup>. Das "Über" der verfassunggebenden Gewalt stehende apriorische Recht gilt nur idealiter. Da die Rechtsnachfolge sich aber im Bereich der sozialen Wirklichkeit von Träger zu Träger abwickeln müsste, so ist das apriorische Recht hierfür nicht geeignet. Das "unter" der verfassunggebenden Gewalt stehende positive Normensystem verdankt seine Existenz einer Betätigung der verfassunggebenden Gewalt selbst. Eine auf positivrechtlichen Normen beruhende "Nachfolge" würde also letztlich auf den Träger der verfassunggebenden Gewalt selbst zurück-

1) WOLFF, Juristische Person 424. Ebenso KLEIN, GesStW. 106, 396, der übereinstimmend mit TONNIES, Rechtsstaat 13, feststellt, dass "der Rechtsstaat 'kein fertiger, abgeschlossener Zustand, sondern eine beständige Richtung menschlichen Vollens' ist".

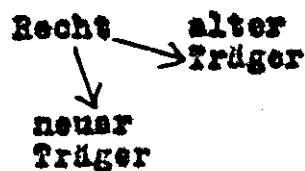
2) Von Rechtsnachfolge spricht man, wenn ein Rechtssubjekt in eine Rechts- oder Pflichtstellung eintritt, die bisher ein anderes Subjekt eingenommen hatte. Vgl. ENNECCERUS 419ff.; von TUHR, Allgemeiner Teil. 35ff.

3) Vgl. SCHMITT, Verfassungslehre 91f.

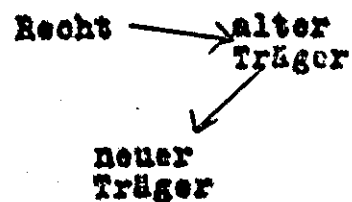


führen. Dieser kann allenfalls seine Macht, nicht aber seine verfassunggebende Gewalt übertragen, denn hierzu müsste er dem "Nachfolger" die zur verfassunggebenden Gewalt notwendige Sanktion des apriorischen Rechts vermitteln können. Das apriorische Recht steht aber nur in d i - r e k t e r Beziehung zum Menschen<sup>1)</sup>. Infolgedessen muss auch der "Nachfolger", ebenso wie der bisherige Träger, zur Erlangung einer verfassunggebenden G e w a l t die Sanktion hierzu unmittelbar selbst vom apriorischen Recht beziehen. Der abgeleitete Erwerb einer verfassunggebenden Gewalt ist daher nicht möglich. Ein Träger kann wohl auf seine verfassunggebende Gewalt verzichten. Dann beruht die Existenz der neuen G e - w a l t aber nicht auf dem Verzicht<sup>2)</sup>, sondern letztlich auf der ursprünglichen und direkten Sanktion durch das apriorische Recht.

1) Also:



nicht:



Siehe auch oben S. 56 f. und S. 57 Anm. 1.

2) SCHMITT, Verfassungslehre 92: "Wenn der Monarch freiwillig auf seine verfassunggebende Gewalt verzichtet, und damit die verfassunggebende Gewalt des Volkes anerkennt, so beruht diese verfassunggebende Gewalt des Volkes nicht etwa auf dem rechtlichen Titel, der in dem Verzicht des Königs besteht." - Vgl. auch KLEIN, 327. 1949, 743f. - Sie hat aber ihren Geltungsgrund auch nicht - wie SCHMITT, Verfassungslehre 92 ausführt - in ihrer "politischen Existenz". Sie ist Gewalt, weil und soweit sie der Positivierung des apriorischen Rechts dient.



III.

Vernichtbar

Die verfassunggebende Gewalt ist vernichtet, wenn ihr Träger als solcher beseitigt oder die verfassunggebende Macht zerstört ist oder aber, wenn der Träger auf sie verzichtet hat.

Die Trügerschaft kann durch T o d enden<sup>1)</sup>. Mit dem Tod des Trägers (oder der Träger) ist auch die verfassunggebende Gewalt vernichtet.

Die auf der A u t o r i t ä t des Trägers beruhende verfassunggebende Macht ist z e r s t ö r t, sobald die Autorität nicht mehr anerkannt wird. Beruht die verfassunggebende Macht überwiegend auf dem Gebrauch von M a c h t m i t t e l n - zum Beispiel militärischen Streikkräften-, so ist sie mit deren Beseitigung vernichtet. Hat die Macht ihren Grund in der e i n h e i t l i c h e n V e r h a l t e n s w e i s e ihrer Träger, so ist sie mit Zerstreuung<sup>2)</sup> der Träger, oder aber durch wirksame Unterbindung eines jeden einheitlichen Verhaltens vernichtet; also dann, wenn zum Beispiel die Bildung politischer Parteien oder Versammlungen oder Abstimmungen wirksam verboten sind. Da in allen diesen Fällen den Trägern die zur verfassunggebenden Gewalt erforderliche Macht fehlt, so existiert die verfassunggebende Gewalt

---

1) Bei einer Trägergruppe aber nicht schon infolge des durch Geburt und Tod bedingten Personenwechsels innerhalb der Gruppe. Siehe dazu oben S. 58ff.

2) Zum Beispiel auf Grund von Auswanderungen nach verschiedenen Ländern wegen fehlender Lebensmöglichkeiten im eigenen Land.

nicht mehr<sup>1)</sup>.

Schliesslich kann die verfassunggebende Gewalt auch durch den **V e r z i c h t** des Trägers vernichtet werden. Das setzt voraus, dass dieser an seiner Trägerschaft nicht mehr interessiert ist, also wenn zum Beispiel die Volksangehörigen sich an der Wahl zur Einberufung einer verfassunggebenden Ver-

- 
- 1) Denn "es widerspricht dem Wesen des **pouvoir constituant**, dass seine Verfassungsbildung fremder Autorisation bedarf." So IPSEN, Festschrift für Raape 454. Vgl. auch SCHMITT, Diktatur 149: "Es kann aber der Fall eintreten, dass die Ausübung des **pouvoir constituant** des Volkes gehindert wird und die Sachlage zunächst eine Beseitigung dieser Hindernisse verlangt, damit der **dem pouvoir w i d e r s p r e c h e n d e Z w a n g** beseitigt werden." Solange aber die verfassunggebende Gewalt nicht ausgeübt werden kann - obwohl der "Träger" es will - besteht keine verfassunggebende Gewalt, da es an der hierzu **e r f o r d e r l i c h e n** Macht fehlt. GREWE, DRZ. 1949, 265 ff., siehe auch oben S.1f., spricht auch dann einen "Träger" verfassunggebende Gewalt zu, wenn dieser gar nicht die Möglichkeit ihrer Wahrung hat. Infolgedessen ist doch eine stärkere Macht als die verfassunggebende Macht vorhanden. Dann kann aber von einer verfassunggebenden Gewalt keine Rede mehr sein, denn wo soll für eine verfassunggebende Gewalt noch Raum bleiben, wenn zum Beispiel das Volk weder in eigener freier Entschliessung eine verfassunggebende Versammlung einberufen noch eine Verfassung verabschieden kann. So KLEIN, BJR. 1949, 744; siehe auch oben S.2.- Wie GREWE auch WENGLER, NJW.1949, 883, der von einer **v e r h a l t e n e n** verfassunggebenden Gewalt spricht; ebenfalls PRIESENHAHN, Recht Staat Wirtschaft 2, 151, bei dem von einer **l a t e n t e n** verfassunggebenden Gewalt die Rede ist.-

sammlung oder aber an der Abstimmung über die Geltung eines Verfassungsentwurfes nicht beteiligen. Damit wird erkennbar, dass weder verfassungsgebendes Interesse noch verfassungsgebender Wille vorhanden ist. Infolgedessen hat die verfassungsgebende Gewalt aufgehört, zu bestehen.

D R I T T E R   A B S C H N I T T  
V E R F A S S U N G S G E B E N D E   G E W A L T   U N D   S T A A T S G E W A L T

§ 8. Das Verhältnis von verfassunggebender  
Gewalt zu Staatsgewalt

I.

Die Trägeridentität zwischen verfassung-  
gebender Gewalt und Staatsgewalt

Allein aus dem Ergebnis, dass möglicher  
- rechtslenkender - Träger sowohl der  
verfassunggebenden Gewalt als auch der  
Staatsgewalt ein Einzelner ist oder aber,  
dass es eine Gruppe von Personen oder die  
Volksangehörigen selbst sind, kann noch  
nicht geschlossen werden, dass der jewei-  
lige Träger der verfassunggebenden Ge-  
walt mit dem jeweiligen Träger der Staats-  
gewalt identisch ist. Es wäre ja denkbar,  
dass zum Beispiel ein Einzelner Träger der  
verfassunggebenden Gewalt ist, die Volks-  
angehörigen aber Träger der Staatsgewalt  
sind. Aus dem beiden Gewalten zugrunde  
liegenden Interesse an der V e r w i r k -  
l i c h u n g   e i n e s   r e c h t -  
m ä ß i g e n   V e r h a l t e n s   i n  
V o l k<sup>1)</sup> ergibt sich jedoch, dass der  
Träger der verfassunggebenden Gewalt zu -  
gleich Träger der Staatsgewalt sein kann<sup>2)</sup>.  
Denn zur Verfolgung dieses grundlegen-  
den Interesseninhaltes ist n i c h t  
n u r   v e r f a s s u n g s g e b e n d e   G e w a l t,   s o n -  
d e r n   a u c h   S t a a t s g e w a l t   n o t w e n d i g.

1) Siehe dazu oben 3.39, 3.76 Anm.1; 3.85  
Anm.1

2) Es ist nämlich auch möglich, dass der  
Träger der verfassunggebenden Gewalt  
für die aus der Verfassung abgeleiteten  
Staatsgewalt einen anderen als Träger  
will.

Der Träger eines solchen Interesses bedarf der verfassunggebenden Gewalt, weil er - da die Erzielung eines rechtmässigen Verhaltens schlechthin in staatlichen Gemeinschaften erfolgt - durch Verfassunggebung an der **S c h a f f u n g** oder über **U m g e s t a l t u n g** einer solchen Staatordnung<sup>1)</sup> interessiert ist und die Verfolgung **d i e s e s** Interessensinhaltes zur Zuständigkeit der verfassunggebenden Gewalt gehört. Er bedarf der Staatsgewalt, weil er darüber hinaus an der **B e f o l g u n g** dieses verfassungsmässigen Zustandes interessiert ist und die Verfolgung **d i e s e s** Interessensinhaltes zur Zuständigkeit der Staatsgewalt gehört. Sein grundlegendes Interesse an einem rechtmässigen Verhalten im Volk kann also nur durch Schaffung einer Verfassung **u n d** Befolgung der geschaffenen Verfassung verwirklicht werden. Der Träger eines solchen Interesses ist also nicht nur an der Existenz einer verfassunggebenden Gewalt, sondern auch an der Geltung einer Staatsgewalt interessiert. Die durch die Verfassunggebung begonnene Verwirklichung seines Interesses soll durch die Wahrung der Staatsgewalt zu Ende geführt werden. Den speziellen zur verfassunggebenden Gewalt und zur Staatsgewalt gehörenden Interessen liegt also ein noch allgemeineres Interesse, aus welchem die spezielleren hervorgehen, zugrunde.<sup>2)</sup>

---

Vgl. oben S. 33.

2) Vgl. zu diesem Abschnitt auch WOLFF, Juristische Person 456ff.

### Das Rangverhältnis zwischen verfassungsgebender Gewalt und Staatsgewalt

Verfassungsgebende Gewalt und Staatsgewalt sind nicht einander gleichzusetzen. Während die verfassungsgebende Macht zur verfassungsgebenden Gewalt durch die Sanktion des apriorischen Rechts wird<sup>1)</sup>, erhält die Staatsmacht ihre Rechtfertigung als Staatsgewalt durch das positive Recht<sup>2)</sup>. Da aber das positive Recht auf einer Betätigung der verfassungsgebenden Gewalt beruht, so muss diese begriffenotwendig der Staatsgewalt vorgehen. Die verfassungsgebende Gewalt ist infolgedessen unabhängig von der Staatsgewalt. Umgekehrt setzt jede Staatsgewalt eine verfassungsgebende Gewalt voraus, denn die Verfassung als das Valtungsergebnis der verfassungsgebenden Gewalt ist ja die für die Staatsgewalt als solche erforderliche Legalisationsgrundlage<sup>3)</sup>. Da die verfassungsgebende Gewalt der Verfassungsgebung dient und Zweck der Staatsgewalt die Garantie der Befolgung der gegebenen Verfassung ist, so beginnt die - positivrechtliche - Sphäre der Staatsgewalt dort, wor die - vorpositivrechtliche - Sphäre der verfassungsgebenden Gewalt endet. Verfassungsgebende Gewalt und Staatsgewalt sind also in Rang verschieden, und zwar geht die verfassungsgebende Gewalt der Staatsgewalt vor.

1) Siehe dazu oben S. 48ff.

2) Siehe dazu oben S. 28f.

3) SCHMITT, Verfassungslehre 77: Die verfassungsgebende Gewalt" ist die umfassende Grundlage aller anderen 'Gewalten' und 'Gewaltenteilungen'".

Der Einfluss eines Wechsels der verfassunggebenden Gewalt auf die Kontinuität der Staatsgewalt

Jede Vernichtung der verfassunggebenden Gewalt hat auch das Auftreten des Trägers einer neuen verfassunggebenden Gewalt zur Folge<sup>1)</sup>, denn die Vernichtung ist entweder das Ergebnis eines Machtkampfes um die Trägerschaft oder aber des Verzichtes auf die Trägerschaft.

Es können nun selbst die tiefgreifendsten Änderungen in der **W a l t u n g** einer Staatsgewalt die Kontinuität derselben nicht unterbrechen, den durch die - gleichwie geregelte - **W a l t u n g** der Staatsgewalt wird letztlich das der Staatsgewalt zugrunde liegende Trägerinteresse nur vertretend wahrgenommen<sup>2)</sup>. Sobald aber der Träger der verfassunggebenden Gewalt wechselt, wechselt nicht nur das verfassunggebende Interesse, sondern auch der zugrunde liegende allgemeine Interesseninhalt an der Verwirklichung eines rechtmässigen Verhaltens im Volk, und damit auch zwangsläufig der Interesseninhalt, welcher der Staatsgewalt zugrunde liegt. Denn es ist gewiß nicht gleich, ob die Existenz einer Verfassung und die Garantie ihrer Befolgung

---

1) Es sei denn, dass ein staatsrechtlich organisiertes Volk in seiner Gesamtheit vernichtet würde. Dann kann natürlich ein Wechsel in der Trägerschaft einer verfassunggebenden Gewalt für dieses Volk nicht mehr erfolgen.

2) WOLFF, Juristische Person 459. Vgl. auch CZAPSKI, NJ. 1948, 108.

auf einen Einzelnen oder aber zum Beispiel auf die Volksangehörigen selbst zurückführt. Obgleich nach einem Wechsel in der Trägerschaft der verfassungsgebenden Gewalt auch der neue Träger des grundlegenden Interesses zur Verwirklichung verfassungsgebende Gewalt und Staatsgewalt benötigt, so unterscheidet sich aber jetzt diese Staatsgewalt grundlegend von der bisherigen. Die Staatsgewalt beruht jetzt nämlich auf dem Interesse des neuen Trägers. Sie ist von Zeitpunkt des Trägerwechsels der verfassungsgebenden Gewalt an weder mit der bisherigen Staatsgewalt identisch, noch ihre kontinuierliche Fortentwicklung, denn sie garantiert nicht mehr die Befolgung einer auf dem Interesse des bisherigen Trägers beruhenden Verfassung, sondern sie garantiert die Befolgung einer Verfassung, wie sie nunmehr - und zwar auch insoweit als unmittelbar nach dem Trägerwechsel zwangsläufig noch die Verfassung, wie sie auf den bisherigen Träger zurückführte, befolgt wird - von dem neuen Träger gewollt ist.<sup>1)</sup>

---

1) KRÜGER's SJZ. 1950, 114f., Behauptung, daß "der Wegfall des bloßen 'Trägers' der Staatsgewalt deren Existenz nicht berührt, da sie nicht an einer Person oder an einem Personenkreis, etwa einer führenden Schicht oder staatstragenden Partei hänge, sondern der ideellen Wesenheit 'Staat' zustehe und damit jeglichen Personwechsel überdauere", beruht offenbar auf einer Verwechslung von Trägerschaft und Zuordnung. Jede Haltung von Staatsgewalt wird wohl dem Staat zugeordnet, rechtselementarer Träger dieser Gewalt kann aber niemals der Staat, sondern können nur Menschen sein. Vgl. auch oben S. 55f.



Wenn zum Beispiel den Volksangehörigen als den Trägern einer verfassungsgebenden Gewalt lediglich die verfassungsgebende Macht zerstört wird, die verfassungsgebenden Interessen und Willen erhalten bleiben, so ist ihre Trägerschaft der verfassungsgebenden Gewalt als solche vernichtet. Nehmen wir einmal an, dass an ihre Stelle als neuer Träger einer verfassungsgebenden Gewalt ein Einzelner tritt.

Vom Augenblick des Trägerwechsels an beruht sodann die noch weiter geltende Staatsverfassung, und damit also auch die Staatsgewalt, auf der Trägerschaft der verfassungsgebenden Gewalt des neuen Trägers, und zwar auch insoweit, als u n - m i t t e l b a r nach dem Trägerwechsel zwangsläufig noch die alte Staatsrechtsordnung befolgt wird. An ihrer Befolgung ist jetzt aber der neue Träger interessiert<sup>1)</sup>, und zwar solange, bis er selber verfassungsgebend tätig wird. Die Staatsgewalt beruht infolgedessen nicht mehr auf den - vielleicht noch vorhandenen - Interessen der bisherigen Träger, sondern nunmehr auf dem machtvolleren Interesse des neuen Trägers.

---

1) Vgl. FRIESENHAHN, Recht Staat Wirtschaft, 2, 239, wo es heisst, dass vor allen "von Augenblick einer echten Revolution ab auch das formal fort bestehende Recht anders ausgelegt und angewandt" wird, und zwar weil es eben auf der jetzt neuen verfassungsgesetzlichen Grundlage beruhe.

Mit ihrer Wahrung wird also die Garantie der nunmehr von dem neuen Träger getragenen Verfassung bezweckt. Durch den Wechsel in der Trägerschaft der verfassunggebenden Gewalt ist daher die Kontinuität der Staatsgewalt und damit auch die des Staates selbst unterbrochen worden.

## S C H L U S S

### DIE ERGEBNISSE

Verfassunggebende Gewalt ist die Fähigkeit, zu machtvollen Handeln mit dem Zweck, das apriorische Recht durch Verfassunggebung in einem Teil der menschlichen Gesellschaft zu positivieren. Sie steht oberhalb der Verfassung und ist infolgedessen kein positivrechtlicher, sondern ein vorpositivrechtlicher Begriff, wobei sich aber aus dem Wort Gewalt ergibt, dass sie nicht nur eine soziale Kraft, sondern eine rechtlich - und zwar durch das apriorische Recht - legitimierte Macht ist.

Träger der verfassunggebenden Gewalt können nur Menschen, nicht Menschengruppen sein. Zur Trägerschaft ist Rechtssubjektivität erforderlich. Möglich ist, dass ein Einzelner, eine Gruppe von Personen oder aber die Volkangehörigen selber Träger einer verfassunggebenden Gewalt sind. Bei der Trägerschaft durch viele Rechtssubjekte, also bei den Angehörigen einer Gruppe oder aber den Volkangehörigen selbst, hat allein der durch Geburt und Tod bedingte Personenwechsel innerhalb der Gruppe auf die Trägerschaft keinen Einfluss, denn diese kommt den Rechtssubjekten der Gruppe schlechthin zu.

Während die Trügerschaft einen Status wiedergibt, hat die Waltung der verfassunggebenden Gewalt die verfassunggebende Handlung selbst zum Gegenstand. Zur Waltung ist über die Rechtssubjektivität hinaus Pflichtensubjektivität erforderlich, denn die Positivierung des apriorischen Rechts verlangt zunächst eine Einsicht in die Forderung des Rechts selbst. Diese Einsichtsfähigkeit kommt aber nicht den Rechts-subjekten schlechthin, sondern nur denen zu, die sowohl interessenfähig als auch einsichtig willensfähig, die also Pflichten-subjekte sind. Ist ein Einzelner Träger einer verfassunggebenden Gewalt, so kann er diese auch als WALTER, also als verfassunggebendes Subjekt, selber wahrnehmen. Er kann sie aber auch nur durch WALTER, also durch verfassunggebende Subjekte, wahrnehmen lassen. Er selber ist verfassunggebendes Subjekt, wenn die Existenz der Verfassung unmittelbar nur auf seinen Willenshandlungen beruht. Sofern der Träger zur Verfolgung seines verfassunggebenden Interesses aber WALTER ermächtigt, und diese im Rahmen der Ermächtigung den erteilten Auftrag ausführen, also die Verfassung geben, sind sie die verfassunggebenden Subjekte, denn auf ihren Willenshandlungen beruht unmittelbar die Existenz der von Träger gewollten Verfassung.

Bei der Waltung durch eine Gruppe von Personen und durch die Volkangehörigen selbst bedarf es zunächst der Vorbereitung eines Verfassungsentwurfes, der sodann durch Abetimmung über Annahme oder Ablehnung Gegenstand einer Waltung der verfassunggebenden Gewalt ist. Das beruht darauf, dass viele Träger ihren verfassunggebenden Willen nur in beschränktem Umfange einheitlich er-

klären können, und zwar insoweit, als sie nur in der Lage sind, zu vorgelegten Entwürfen bejahend oder ablehnend Stellung zu nehmen. Ist die Trägergruppe anzahlmäßig so klein, daß eine gemeinsame Versammlung möglich ist, so können die Träger den Entwurf selbst herstellen. Ist eine solche Versammlung aber nicht möglich, so müssen sich die Träger zwecks Herstellung des Entwurfes durch eine vorbereitende Versammlung vertreten lassen. Die Organwähler einer solchen Versammlung sind als Abgeordnete zugleich Repräsentanten der auf Vorbereitung einer Verfassung gerichteten Interessen und Willen ihrer Wähler. Darüber hinaus repräsentieren sie aber auch die auf Vorbereitung einer Verfassung gerichteten Interessen und Willen derjenigen Wähler, die sich an der Wahl der Einberufung einer solchen Versammlung nicht beteiligt haben, denn die Vorbereitung eines Verfassungsentwurfes liegt grundsätzlich im Interesse aller Träger.

Der fertiggestellte Entwurf ist Gegenstand der Verfassunggebung. Diese kann entweder durch die Träger selbst oder aber durch die Abgeordneten als Repräsentanten - der - nun nicht mehr nur vorbereitenden, sondern auch - verfassunggebenden Versammlung erfolgen.

Sofern die Wahrung durch die Träger selbst erfolgt - also durch die Angehörigen einer Gruppe als Träger beziehungsweise die Volksangehörigen als Träger - sind die bejahend abstimmenden Träger,

sofern sie sich in der Mehrzahl befinden; die verfassungsgebenden Subjekte, denn auf ihren Willenserklärungen beruht die Annahme der vorgeschlagenen Verfassung. Die verfassungsgebenden Interessen und Willen der verneinenden oder sich der Stimme enthaltenden Träger werden, soweit sie überhaupt an der Gebung einer gemeinsam getragenen - pleokratischen beziehungsweise demokratischen - Verfassung interessiert sind, durch die verfassungsgebenden Subjekte repräsentativ vertreten.

Erfolgt die Wahrung durch die Abgeordneten als Repräsentanten, dann sind die bejahend abstimmenden Abgeordneten - sofern sie sich in der Mehrzahl befinden - die verfassungsgebenden Subjekte, denn auf ihren Willenserklärungen beruht die Annahme der vorgeschlagenen Verfassung. Als verfassungsgebende Subjekte vertreten sie repräsentativ zunächst die speziell auf die Geltung des vorgeschlagenen Verfassungsentwurfs gerichteten Interessen und Willen ihrer Wähler. Darüber hinaus repräsentieren sie die verfassungsgebenden Interessen und Willen der diesen Entwurf verneinenden oder sich der Stimme enthaltenden Abgeordneten und die Interessen und Willen derjenigen Träger, die diese Abgeordneten gewählt haben, sowie schliesslich die Interessen und Willen der übrigen Träger, die sich an der Einberufung der verfassungsgebenden Versammlung gar nicht beteiligt haben, und zwar nur insoweit, als diese Träger

grundsätzlich an der Existenz einer pleokratischen beziehungsweise demokratischen - Verfassung interessiert sind.

Die verfassungsgebende Gewalt ist höchste Gewalt, denn eine höhere rechtliche Sanktion, als diejenige, die von apriorischen Recht bezogen wird, ist nicht denkbar. Die verfassungsgebende Gewalt ist nicht erschöpfbar, da die Verwirklichung des Rechtsstaates eine ewige Aufgabe ist. Es gibt in ihrer Sphäre keine Rechtsnachfolge, denn die zur Gewalt erforderliche Sanktion des apriorischen Rechts kann von diesem nur direkt, nicht aber über Dritte bezogen werden. Die verfassungsgebende Gewalt ist vernichtet, wenn ihr Träger als solcher beseitigt oder die verfassungsgebende Macht zerstört ist, oder aber, wenn ihr Träger auf sie verzichtet hat.

Den Trägerinteressen einer verfassungsgebenden Gewalt und einer Staatsgewalt liegt noch ein allgemeineres Interesse, und zwar das an einem rechtmäßigen Verhalten im Volk zugrunde. Aus diesem geht das Interesse an der Gebung oder Umgestaltung einer Verfassung, also das zur verfassungsgebenden Gewalt gehörende Interesse, und zum anderen das an der Befolgung dieser Verfassung, also das zur Staatsgewalt gehörende Interesse hervor. Auf Grund dieses allgemeinen und beiden Gewalten gemeinsamen grundlegenden Interesses können die Träger -sowohl der ver-

fassunggebenden Gewalt als auch der Staatsgewalt - miteinander identisch sein. Da die Staatsgewalt als solche auf der verfassungsmässigen Legalisation beruht und die Verfassung das Waltergebnis der verfassunggebenden Gewalt ist, so geht die verfassunggebende Gewalt der Staatsgewalt im Rang vor. Jeder Wechsel einer verfassunggebenden Gewalt zieht auch einen Wechsel in der Trägerschaft der Staatsgewalt nach sich; denn mit dem Wechsel des verfassunggebenden Interesses ist ein Wechsel des sowohl der verfassunggebenden Gewalt als auch der Staatsgewalt zugrunde liegenden gemeinsamen Interesses und damit auch ein Wechsel des Trägerinteresses der Staatsgewalt selbst verbunden. Dadurch wird die Kontinuität der Staatsgewalt und infolgedessen auch die des Staates selbst unterbrochen.



## LEBENS LAUF

Am 26. Juni 1919 wurde ich als fünftes Kind des Lehrers i.R. Karl Viehoff und seiner Ehefrau Maria, geb. Schlattmann in Münster (Westf.) geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Im Jahre 1937 erwarb ich an der Johann Konrad Schlaun-Oberrealschule zu Münster (Westf.) das Zeugnis der Reife. Das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften begann ich im Sommersemester 1946 an der Westfälischen Landesuniversität, Münster. Nach sechs Fachsemestern bestand ich im Oktober 1949 am Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Ein weiteres Fachsemester absolvierte ich an der Westfälischen Landesuniversität im Sommerhalbjahr 1950. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 5. Juli 1952.