

Die Fortführung des Gründungsmoments in der Verfassungsordnung

Arendt, Jefferson und *popular constitutionalism*

Danny Michelsen*

Schlüsselwörter: Arendt, Jefferson, Amerikanische Verfassung, Amendment-Verfahren

Abstract: Entgegen der verbreiteten Rezeption von Arendts Idee der Fortführung des Gründungsmoments als radikaldemokratisches Konzept zeigt der Beitrag, dass ihre Adaption des römischen Gründungsbegriffs sie zu einem eher konservativen Verfassungsverständnis führt, das die Aufgabe der „Vermehrung“ der Gründungsprinzipien primär der Judikative anstelle des Volkes überantwortet. Daher bleibt unklar, welche Legitimitätskriterien aus Arendts Gründungskonzept für eine Theorie der Verfassungsrevision abgeleitet werden können, was auch daran liegt, dass ihre Auseinandersetzung mit Thomas Jeffersons Antworten auf die Frage, wie eine Verfassung für Revisionen durch nachfolgende Generationen offen gehalten werden kann, lückenhaft ist. Es wird argumentiert, dass Jeffersons Idee ‚periodischer Amendments‘, das von Arendt nicht diskutiert wird, wertvolle Impulse für eine republikanische Theorie der Kontinuierung des Gründungsmoments bietet, dass seine Verfassungstheorie jedoch insgesamt nicht geeignet ist, um Arendts Befürchtung, die Autorität des Rechts werde durch die Möglichkeit des Zugriffs des Volkes auf die Verfassung unterminiert, zu zerstreuen.

Abstract: In contrast to widespread interpretations of Arendt’s theory of “refounding” as a radical democratic concept, this article shows that her adaptation of the Roman concept of founding leads her to adopt a rather conservative constitutional theory which places the authority for “augmenting” the founding principles primarily with the judiciary instead of the people. Therefore it is not clear what follows from Arendt’s concept with regard to a theory of the constitutional amendment process. One reason for this deficit is her incomplete reconstruction of Thomas Jefferson’s answers to the question how a constitution can be held open for revisions implemented by later generations. It is argued that Jefferson’s concept of “periodical amendments”, which is not mentioned by Arendt, has the potential to inspire a republican theory of the continuation of the founding moments, although Jefferson’s constitutional theory cannot adequately resolve Arendt’s well-founded fear that the facilitation of popular revisions of the constitution will undermine law’s authority.

Die „fehlbare Kontinuierung des Gründungsgeschehens“, durch die die „unausgeschöpfte normative Substanz“ des in der Verfassung angelegten Systems der Rechte aktualisiert werden soll (Habermas 2001: 144), ist ein bekanntes Motiv insbesondere der republikanisch inspirierten politischen Theorie. In Bezug auf die Frage, was eine solche Fortsetzung des Gründungsakts für die Offenheit der Verfassungsgesetzgebung genau bedeutet, bleiben die meisten Ansätze jedoch relativ vage¹ – was verständlich ist, denn die Mög-

* Danny Michelsen, M.A., Universität Göttingen
Kontakt: danny.michelsen@demokratie-goettingen.de

1 Patberg (2017) hat dies jüngst am Beispiel von Habermas’ Gleichursprünglichkeitstheorem demonstriert.

lichkeit der Fortsetzung des Gründungsakts wird Hannah Arendt zufolge von einer „Aporie“ belastet: Wenn das Telos einer Revolution in der Fundierung einer stabilen Verfassungsordnung besteht, kann der Gründungsakt nur „ein Akt der Selbstliquidierung der Revolution“ (Preuß 1993: 641), das „Beginnen von etwas [sein], das weiteres Neubeginnen erübrigen soll“, denn „eine dem Geist des Neubeginns entsprechende Institution würde gerade die revolutionären Errungenschaften wieder in Frage stellen“ (Arendt 1965: 298 f.). Das ist insofern problematisch, als Arendt das Anfangen „das Prinzip jedes Handelns“ (Arendt 1965: 274) nennt und die Einrichtung von Verfahren, die es ermöglichen, „daß neue Anfänge gleichsam dauernd neu in das einmal Begonnene nachströmen“ (Arendt 1994: 224), als das singuläre Merkmal republikanischer Verfassungen herausstellt.

Obwohl Arendt diese Aporie als einen „unvermeidlichen Defekt in der Struktur der Republik“ (Arendt 1965: 299) anerkennt, sucht sie nach Institutionen, die innerhalb der Verfassungsordnung „Anschlussanfänge“ (Marchart 2005: 128) ermöglichen, welche die Gründungsprinzipien aber nicht zur Disposition stellen dürfen, sondern deren konservierende Fortführung ermöglichen sollen. Eine Verfassung, die die Möglichkeit der Reaktivierung eines rechtlich ungebundenen *pouvoir constituant* vorsieht, ist hierfür offenkundig nicht geeignet, weshalb Arendt Thomas Jeffersons Idee der periodischen Totalrevisi-on der Verfassung als „unsinnig“ (Arendt 1965: 301) verwirft, um stattdessen sein Konzept der „elementary republics of the wards“ (Jefferson 1999: 205) als geeigneten Lösungs-ansatz zu diskutieren. Arendt erwähnt jedoch nicht, dass Jefferson seine Idee, „die Revolution in periodischen Abständen sich wiederholen zu lassen“ (Arendt 1965: 301), nur für kurze Zeit verfolgt und sich später einer anderen Idee zugewendet hat: der Möglichkeit von „periodic amendments“ (Jefferson 1999: 214), der regelmäßigen Einberufung von Verfassungskonventen, die nur solche Revisionsvorschläge ausarbeiten dürfen, welche den Wesenskern der Verfassung nicht antasten. Im Folgenden werde ich zeigen, dass Arendts Ausblendung von Jeffersons Überlegungen mit ihrem grundsätzlichen Unbehagen gegenüber der Möglichkeit von Verfassungsänderungen zu erklären ist, von der sie befürchtet, dass sie ein Einfallstor für die fortlaufende Irritation der Verfassung durch die Gründungsaporie darstellt anstatt diese einzudämmen, weshalb sie die Aufgabe, die Verfassung „lebendig“ zu erhalten und somit die Möglichkeit von „Neuanfängen“ zu bewahren, in der Judikative verortet (Arendt 1965: 258). Diese Lösung steht im Widerspruch zu der Deutung, Arendt formuliere ein radikaldemokratisches Gründungskonzept (vgl. Marchart 2005: 127)², das einem „revolutionary constitutionalism“ (Muldoon 2016) den Weg bereite.

Obwohl sich die Arendt-Forschung relativ ausführlich mit Arendts Revolutions- und Gründungstheorie beschäftigt hat³, fehlt bislang eine Auseinandersetzung mit der Frage, was genau aus ihrer Idee der Fortführung des Gründungsmoments für eine Theorie der Verfassungsänderung folgt und wie ihre in diesem Kontext so zentrale Jefferson-Rezeption im sechsten Kapitel von *Über die Revolution* zu bewerten ist. Im Folgenden werde ich versuchen, diese Lücke zu schließen. Außerdem werde ich der Frage nachgehen, ob Jeffersons Idee *periodischer Amendments* eine überzeugende demokratische Alternative zu Arendts Lösungsansatz bietet, der nun zunächst diskutiert werden soll.

2 Kritisch hierzu Jörke (2016: 203 ff.).

3 Vgl. unter anderem Honig (1991); Ahrens (2005); Kalyvas (2008).

1. Arendts Idee der Fortführung des Gründungsereignisses

Im fünften Kapitel ihres Revolutionsbuchs nimmt Arendt eine folgenschwere theoretische Weichenstellung vor, durch die sie sich als Vertreterin des neorömischen Republikanismus ausweist (vgl. Straßenberger 2014). Eine stabile republikanische Verfassungsordnung setzt Arendt zufolge die institutionelle Trennung von politischer Macht und rechtlicher Autorität voraus, die entscheidend zum Erfolg der Amerikanischen Revolution beigetragen habe: So wie in der Römischen Republik der Senat der Sitz der Autorität gewesen sei, weil seinen Mitgliedern die Rolle der Bewahrer des „Geistes des Gründung, des Anfangs“ zukam, und die Macht beim Volk gelegen habe (*Cum potestas in populo, auctoritas in senatu sit*), so nehme in der amerikanischen Republik die Judikative den Sitz der Autorität ein, während dem Kongress als Vertretung des Volkes politische Macht zukomme (Arendt 1965: 258). Arendt weist darauf hin, dass sich das lateinische Wort *auctoritas* etymologisch von *augere*, ‚vermehrten‘, herleitet: Autorität ist somit im römischen Verständnis davon abhängig, „daß das Prinzip, das sich in der Gründung manifestiert hatte, lebendig genug [bleibt], um die von den Vorfahren errichteten Grundlagen in dem gleichen Geiste ständig zu vermehren und ihren Geltungsanspruch zu erweitern“ (Arendt 1965: 259). Dieses Verständnis von „Vermehrung“ wird von Arendt mit dem römischen Gründungsbegriff in Verbindung gebracht, der impliziere, „daß jede Gründung eine Rekonstitution, die Erneuerung und Restauration eines Uralten“ (Arendt 1965: 267), also eine „Wieder-Gründung“ ist (Arendt 1998: 439), in der „der revolutionäre Akt des völligen Neubeginns und der konservierende Geist [...] miteinander verbunden sind“ (Arendt 1965: 261).

Arendts Adaption des römischen Autoritäts- und Gründungskonzepts ist der Versuch, einen Gegenentwurf zur Theorie des *pouvoir constituant* zu formulieren, die die Französische Revolution angeleitet und, laut Arendt, zu ihrem Scheitern geführt hat. In Frankreich habe der vollständige Bruch mit der Monarchie das Verständnis der Revolution als einen Rückfall in den „Naturzustand“⁴ (Arendt 1965: 214) und des *pouvoir constituant* als einer „aus einem normativen Nichts und einer konkreten Unordnung“ (Schmitt 1934: 28) entspringenden, über der Autorität der Verfassung stehenden „Naturkraft“ befeuert (Arendt 1965: 235), während in Amerika die konstituierende Macht als „eine gegenwärtige Realität“ gedacht worden sei (Arendt 1965: 215), weil ihre Träger in einem seit der Kolonialzeit bestehenden System lokaler Assoziationen organisiert gewesen seien, das auf dem „Prinzip wechselseitigen Versprechens und gemeinsamen Beratens“ gründete (Arendt 1965: 275). Die Gründung der amerikanischen Republik habe somit dem römischen Gedanken von der „ununterbrochenen Kontinuität“ des „Neubeginns“ entsprochen (Arendt 1965: 259). Die Vorstellung, dass die Autorität der Verfassung aus einer nicht an bestehende konstitutionelle Regeln und Verfahren gebundenen Macht des Volkes abgeleitet werden kann, hält Arendt für verhängnisvoll, da eine solche Verfassungsordnung „auf Sand gebaut“ wäre (Arendt 1965: 212), weshalb sie das Prinzip der Volkssouveränität, das sie untrennbar mit der Vorstellung eines ungebundenen *pouvoir constituant* verbunden sieht, ablehnt und für eine stabile republikanische Ordnung eintritt, in der die Trennung der Quellen von Macht und Autorität sicherstellt, dass „die Gesetze und nicht die

4 Arendt rekurriert hier auf Sieyès, der seine These, dass der *pouvoir constituant* „frei und unabhängig von allen gesetzlichen Formen“ ist, unter anderem damit begründet, dass sich eine Nation im Moment der Ausübung konstituierender Gewalt „im Naturzustand befindet“ (Sieyès 2010: 152). Vgl. hierzu auch Agamben (2002: 51).

Menschen herrschen“ (Arendt 1965: 236). Dieses Ideal einer die politische Macht vollständig rationalisierenden Gesetzesherrschaft steht im Konflikt mit Arendts Credo, dass die durch die Revolution errichteten politischen Institutionen „depend for continued existence upon acting men“ (Arendt 2006b: 152), denn dieses impliziert, dass die Normen, auf denen diese Institutionen basieren, für politische Interventionen offen sein sollten.⁵ Zwar bemerkt Arendt an einer Stelle, dass sich „daran, daß die Verfassung Zusätze zuläßt und erweitert werden kann, [...] römisch verstanden, ihre Autorität [zeigt]“ (Arendt 1965: 260). Diese These steht aber im Widerspruch zu ihrer rigiden Trennung von Macht und Autorität, da das Amendment-Verfahren nach Artikel V der amerikanischen Verfassung es den Trägern politischer Macht ermöglicht, auf die Autorität der höchsten Rechtsnormen direkt Einfluss zu nehmen, obwohl Arendt großen Wert auf die Feststellung legt, dass die Autorität der Verfassung nur dadurch bewahrt werden kann, dass sie

„den wechselnden Majoritäten so wenig abhängt, wie etwa ein fertiges Gebäude von dem Willen des Architekten oder dem seiner Bewohner abhängig ist. Darin liegt ja gerade die Bedeutung der schriftlichen, dokumentarisch festgelegten Verfassungen [...]; da sie fixiert und gleichsam verdinglicht waren, wurden sie ein objektiver Bestandteil der Welt, der dem subjektiven Belieben ihrer Bewohner weitgehend entzogen war“ (Arendt 1965: 213 f.).

Diese Fokussierung auf die Notwendigkeit, die Verfassung von dem Zugriff durch die Träger politischer Macht möglichst vollständig zu isolieren, resultiert nicht zuletzt aus Arendts Vorstellung vom Recht als ein System von „Zäunen“ (Arendt 1958: 682) oder „Gesetzesmauern“ (Arendt 1981: 61), die das Politische nicht durchdringen, sondern ihm äußerlich bleiben, um das politische Handeln vor den Exzessen der ihm eigenen „Schrankenlosigkeit“ zu schützen (Arendt 1981: 183). Weil aus Arendts Sicht somit alle Verfassungsnormen grundsätzlich nur „negativer Natur“ sein können (Arendt 1965: 186)⁶, sieht Hauke Brunkhorst (2014: 258 f.) in ihrem Modell einen Rückfall in einen lediglich herrschaftsbegrenzenden (im Gegensatz zu einem demokratische Neubegründungen ermöglichenden herrschaftskonstituierenden) Konstitutionalismus⁷ angelegt (vgl. auch Brunkhorst 2007) – und das, obwohl Arendt das Primat der Stabilität gegenüber der Möglichkeit des „Neubeginns“ im politischen System der USA als Indiz für das „Versagen der [Amerikanischen] Revolution“ anführt (Arendt 1965: 298), da in der amerikanischen Republik „der Geist der Revolution – dieser neue Geist, der zugleich der Geist des Neubeginns ist – die ihm angemessene Institution nicht fand“ (Arendt 1965: 360)⁸. Dagegen

5 Honig (1993: 123) spricht in diesem Zusammenhang von der „resistibility“ des „law of laws“.

6 Demnach stellen „die Rechte und Freiheiten, die von den Gesetzen des Verfassungsstaats garantiert werden, [...] keinen Anspruch auf Mitbeteiligung an der Staatsgewalt dar, sondern [sie] sind lediglich ein Schutz gegen sie“ (Arendt 1965: 186).

7 Vgl. zu dieser Unterscheidung auch Möllers (2003: 4 f.).

8 Arendt zufolge stellen aus der Perspektive des römischen Gründungskonzepts „die Sorge um Stabilität und Dauerhaftigkeit und der Geist des Neuen [...] zwei Seiten der gleichen Sache dar“ (Arendt 1965: 287). In ihrem Spätwerk reflektiert Arendt jedoch sehr viel kritischer die konservativen Implikationen dieses Konzepts: Die Überzeugung nämlich, „die Rettung komme stets von der Vergangenheit, die Vorfahren seien ‚maiores‘, also definitionsgemäß die Größeren“ (Arendt 1998: 441). Dass die amerikanischen Gründer sich in diesem Punkt „nicht gegen die Antike auflehnten“, hält Arendt für „verwirrend“ (Arendt 1998: 441). Sie hinterfragt jedoch nicht ihre eigene Vorliebe für den römischen Ausweg aus dem Problem der „Wiedegründung“, obwohl diese Glorifizierung der Tradition geradezu die Kernbotschaft des römischen Autoritätskonzepts bildet, wie Arendt mit Blick auf die Legitimationsquelle des römischen Senats ausführt: Die Mitglieder des Senats galten als „die patres, die Väter der Republik“, die „sich für ihre Autorität auf die Vorfahren beriefen, die sie repräsentierten“. Sie sollten garantieren, „daß der Geist der Gründung,

ließe sich mit Gordon Wood (1969: 614) postulieren, dass es gerade das von den Gründervätern in Art. V festgelegte Amendment-Verfahren sei, welches zum ersten Mal in der Geschichte eine solche „Legalisierung der Revolution“ ermöglicht habe. Arendts Verständnis der Verfassung als „fertiges Gebäude“ scheint die Möglichkeit der „Vermehrung“ auf dem Wege der Verfassungsänderung jedoch geradezu auszuschließen.

Auf der Grundlage ihrer rigiden Sphärentrennung von Autorität und Macht kann Arendt behaupten, dass von allen Verfassungsorganen der Supreme Court am ehesten die „Vermehrung“ der Gründungsprinzipien ermöglicht, denn die Autorität des Gerichts werde „formell bestätigt im Auslegen der Verfassung, die in Wahrheit durch Interpretation ständig neu formuliert und dadurch lebendig erhalten wird“ (Arendt 1965: 258). Arendt ist sich bewusst, dass ihr eindeutiges Plädoyer für eine lebendige Verfassung die Akzeptanz eines relativ weiten politischen Ermessensspielraums für die Richter impliziert, was zum Beispiel daran deutlich wird, dass sie, ein Zitat von Woodrow Wilson verwendend, den Supreme Court als „eine Art verfassungsgebender Versammlung, die in Permanenz tagt“, bezeichnet (Arendt 1965: 258). Plädiert Arendt also für eine „starke“ Form von *judicial review*, gar für eine „constitution of judges“ (Arato/Cohen 2009: 317)? Dagegen spricht, dass aus Arendts Sicht das Recht „zwar Veränderungen, wenn sie einmal vollzogen sind, stabilisieren und legalisieren kann, doch die Veränderungen an sich sind immer das Ergebnis von Handlungen außerrechtlicher Natur“ (Arendt 1972: 80). Arendt demonstriert dies unter anderem am Schicksal des Diskriminierungsverbots im 14. *Amendment*, dessen Durchsetzung in den Südstaaten erst durch Aktionen zivilen Ungehorsams seitens der schwarzen Bürgerrechtsbewegung der fünfziger/sechziger Jahre des letzten Jahrhunderts erzwungen werden musste (vgl. Arendt 1972: 81). Hier scheint Arendts Ansatz anschlussfähig zu sein für Konzepte, die die möglichen Legitimationsprobleme der *judicial supremacy* dadurch relativieren, dass sie den Einfluss sozialer Bewegungen auf den Verfassungswandel hervorheben⁹, und für Untersuchungen, die demonstrieren, dass sich die amerikanische Verfassung zu einem großen Teil aus *extrakonstitutionellen Amendments* zusammensetzt – aus einfachen Gesetzen, die, wie zum Beispiel der Civil Rights Act von 1964, auf großen Druck der Zivilgesellschaft zustande gekommen sind und „quasi-konstitutionellen Status“ genießen (Albert 2009: 18) –, dass also der Einfluss von politischen Bewegungen auf Prozesse des „stillen Verfassungswandels“ (Badura 1992: 63), die sich außerhalb der in Art. V vorgesehenen Änderungsverfahren vollziehen, größer ist als der Einfluss des Supreme Court, der diesen Wandel meist nur nachvollzieht (vgl. Gewirtzman 2005: 899). Solche von der Zivilgesellschaft initiierten und durch richterliche Auslegung bestätigten Prozesse des Verfassungswandels scheint Arendt gegenüber der Option der Verfassungsänderung im Rahmen des Amendment-Verfahrens zu privilegieren, was in Anbetracht ihres Ideals eines statischen Verfassungstextes – im Gegensatz zu dessen „lebendiger“ Auslegung im Zuge sozialer Veränderungen – auch keine Überraschung ist.

des Anfangs“ im politischen Alltag der Republik „anwesend bleibt“ (Arendt 1965: 258). Arendt macht allerdings deutlich, dass die Mitglieder des Supreme Court, die in Amerika jene gründererhaltende Aufgabe übernehmen sollen, welche in Rom den Senatoren zufiel, ihre Autorität nicht aus einer aristokratischen Erblinie, sondern aus der Verfassung beziehungsweise der besonderen Fähigkeit zu ihrer Auslegung beziehen (vgl. Arendt 1965: 258).

- 9 Vgl. zum Beispiel Siegel (2006) oder Beaumont (2014), die so unterschiedliche Bewegungen wie die der Antifederalists, der Abolitionisten und der Suffragetten als „civic founders“ bezeichnet (Beaumont 2014: 6 f.), da sie gesellschaftliche „Wiedergründungen“ anstießen, die später durch Amendments und Supreme Court-Urteile in einen formalen Verfassungswandel übersetzt wurden.

2. Das Amendment-Verfahren: Ein blinder Fleck in Arendts politischer Theorie

Dass Arendt die im internationalen Vergleich beispiellos hohen Hürden für Verfassungsänderungen, die Art. V vorschreibt (vgl. Lutz 1994)¹⁰, nirgendwo diskutiert¹¹, obwohl sie der Möglichkeit von Amendments eine für die Autorität der Verfassung zentrale Bedeutung beimisst, wird von manchen ihrer Interpreten als „a curious anomaly“ betrachtet, „given Arendt’s preoccupation with the openness of political and legal institutions“ (Muldoon 2016: 603). Ich habe aber bereits auf das Primat der Stabilität in Arendts Verfassungsdenken hingewiesen, dem Art. V in besonderem Maße gerecht wird, und darauf, dass das Prinzip der Offenheit, des „Neuanfangens“, demgegenüber in den Hintergrund gerät. Die erwähnte Anomalie ist also in ihren Überlegungen zum Verfassungswandel schon angelegt. Im Jahr 1971 bemerkt Arendt jedoch, „daß erhebliche Änderungen, d.h. Zusätze in der Konstitution gemacht werden müssen, damit wir über dieses Jahrhundert kommen“ (Arendt 1976: 95)¹², wobei sie unter anderem auf die Krise des Parteiensystems verweist und in diesem Zusammenhang ihre Sympathien für das Räte-system erwähnt; sie erklärt jedoch nicht, in welcher Hinsicht und auf welchem Wege die Verfassung verändert werden sollte. Aus diesen Bemerkungen zieht Arendt nicht etwa die Konsequenz, dass die Möglichkeiten des Verfassungswandels zu beschränkt sind. Ihre Ausführungen zu den Gefahren der Inkorporation der konstituierenden durch einen Teil der konstituierten Gewalt in Frankreich (vgl. Arendt 1965: 212) implizieren nämlich, dass sie einer naheliegenden Lösung für die Reduzierung der Hürden für Verfassungsänderungen – die alleinige Kontrolle des Kongresses über das Amendment-Verfahren – ebenso kritisch begegnet wie es seinerzeit die meisten Gründerväter taten.

Auf dem Verfassungskonvent von Philadelphia 1787 hatte sich die Mehrheit der Delegierten der Meinung des Deputierten George Mason angeschlossen, dass eine ultimative Kontrolle des Kongresses über den Prozess der Verfassungsänderung bedeuten würde, dass in diesem Fall „no amendments of the proper kind would ever be obtained by the people, if the Government should become oppressive“ (George Mason, zitiert nach Ackerman 1998: 74; vgl. auch Levinson 1990: 2445). Diese Furcht vor einer *legislative supremacy*, die auf der Überzeugung basierte, dass die Gefahr des Machtmissbrauchs vom Parlament ebenso ausgehe wie von anderen Teilen des Staatsapparats (vgl. Levinson 1990: 2445), wurde von vielen Delegierten geteilt, weshalb sie Art. V neben der Möglichkeit einer Ratifizierung durch die Einzelstaaten die bereits erwähnte Möglichkeit der Einberu-

10 Nach Art. V kann ein Verfassungszusatz nur zustande kommen, wenn zunächst entweder eine Zweidrittelmehrheit in beiden Kongresskammern oder eine Mehrheit der Deputierten eines auf den von zwei Dritteln aller Bundesstaaten unterstützten Antrag an den Kongress hin einberufenen Verfassungskonvents dafür stimmt; das Ratifizierungsverfahren sieht die Zustimmung entweder von drei Vierteln der Staatsparlamente oder der dafür einzuberufenden Verfassungskonvente in den Einzelstaaten vor. Insgesamt müssen im Rahmen der „Kongress-Methode“ und der Ratifikation durch die Einzelstaatsparlamente 75 Legislativen einer Verfassungsänderung zustimmen, weshalb „schon der Widerstand sehr kleiner Gruppen aus[reicht], eine Verfassungsänderung praktisch unmöglich zu machen“ (Bryde 1982: 55). Als Beispiel hierfür nennt Bryde das knappe Scheitern des *Equal Rights Amendment* im Jahr 1982.

11 Kritisch hierzu Scheuerman (1997: 159 f.).

12 Dies wird von Muldoon (2016) übersehen, der einen Brief aus dem Jahr 1967 zitiert, in dem Arendt noch eine genau gegenteilige Position einnimmt: „I think that none of our present troubles can be adequately dealt with through a new Constitution or even through amendments“ (Arendt, zitiert nach Muldoon 2016: 607).

fung eines Verfassungskonvents als Alternative zur üblichen „Kongress-Methode“ einfügten.¹³ Die Aktivierung der „Konvent-Methode“ hat sich aber in der Praxis als impraktikabel erwiesen: Jeder der bis dato verabschiedeten 27 Verfassungszusätze ist im Rahmen der Kongress-Methode zustande gekommen. Der Kongress besitzt somit ein faktisches Veto im Amendment-Prozess (vgl. Rappaport 2010: 1511 ff.). Deshalb – und weil beide Verfahrenswege, zumal angesichts der derzeitigen ideologischen Polarisierung im politischen Leben der USA, zu hürdenreich angelegt seien – sprechen manche Autoren in Bezug auf Art. V von einer „Verbergung der konstituierenden Macht“ (Colon-Rios 2012: 143). Dabei ist es eigentlich irreführend, die durch Art. V aktivierte *amending power* mit konstituierender Macht zu assoziieren, da sie die Verfassungsordnung nur modifizieren kann, ohne ihre essentiellen Prinzipien zu verändern: sie kann nur „innerhalb der theoretischen Parameter der bestehenden Verfassung operieren“ (Murphy 1993: 14). In dem Verfahren der Verfassungsänderung wird eine Art *pouvoir constituant constitué* aktiviert, die einerseits über der Verfassung steht, andererseits aber von ihr begrenzt wird (vgl. Bryde 1982: 52; Holmes/Sunstein 1995: 276)¹⁴, während die Totalrevision einer Verfassung die Aktivierung konstituierender Macht voraussetzen würde, die durch das von der Verfassung definierte Verfahren zur Verfassungsänderung gerade erübrigt werden soll (vgl. Roznai 2014: 132 ff.). Art. V ist daher nicht etwa ein Ausdruck des in der Unabhängigkeitserklärung enthaltenen „Right of the People to alter or to abolish [any Form of Government]“, sondern „a domestication of the right to revolution“ (Dellinger 1983: 431). Dieser Punkt wird auch von Carl Schmitt (1928: 23 ff.) hervorgehoben, der zwischen der konstituierenden Gewalt, die „die Substanz der Verfassung“ (zum Beispiel das Demokratie- und Republikprinzip oder das Bekenntnis zum Föderalismus) verändern kann, und dem in der Verfassung vorgesehenen Verfahren der Verfassungsänderung differenziert, mit dem einzelne „Verfassungsgesetze“, nicht aber die Verfassung als ganze, verändert werden können.¹⁵

Wenngleich Arendt die dem schmittschen Ansatz zugrunde liegende Vorstellung von einer ungebundenen und allmächtigen konstituierenden Gewalt ablehnt, so ist ihre Theorie der Rekonstitution doch insoweit mit seinem Ansatz vereinbar, als er das Bewahrende im Akt des von der Verfassung vorgesehenen Verfahrens der „Vermehrung“ hervorhebt: Die konstituierte Gewalt, die von der Verfassung bevollmächtigt ist, die Verfassung zu ändern, darf nicht den substantiellen Kern des Gründungsdokuments antasten. Ein Akt der „Vermehrung“ ist notwendigerweise „constituted constitutional action“ (Kalyvas 2008: 277). Arendts Bemerkungen zu der ausgreifenden Rolle des Supreme Court im Prozess der Verfassungsgesetzgebung legen nahe, dass aus ihrer Sicht dem Gericht die Aufgabe zukommen sollte, Amendments materiell auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassungsordnung zu prüfen. Allerdings dürfte Arendt bewusst gewesen sein, dass die Frage, wann genau die „Substanz der Verfassung“ berührt ist, gerade unter der Bedingung der Abwesen-

13 In dem ursprünglichen, von James Wilson formulierten Entwurf für den späteren Art. V war die Konvent-Methode sogar als das einzige Verfahren vorgesehen (vgl. Bernstein/Agel 1993: 17).

14 Dass das Amendment-Verfahren substantiell durch die Prinzipien der Gründung begrenzt wird, hat Walter Murphy (ähnlich wie Arendt bei ihrer Rekonstruktion der Verknüpfung von Autorität und Rekonstitution qua „Vermehrung“) unter anderem etymologisch aus der Bedeutung des Amendment-Begriffs gefolgert: das Wort „to amend“, lat. emendare, meint „korrigieren“ oder „verbessern“; „[it] does not mean ‚to de-constitute and reconstitute‘, to replace one system with another or abandon its primary principles“ (Murphy 1995: 177).

15 Im Anschluss an Schmitt spricht Roznai (2014: 95 ff.) in Bezug auf die verfassungsändernde Macht von einer *secondary constituent power*, im Gegensatz zu einer „originären“, rechtlich ungebundenen *primary constituent power*.

heit expliziter Grenzen der Verfassungsänderung¹⁶ häufig umstritten sein dürfte. So gesehen, birgt das Amendment-Verfahren das Risiko, dass die für den Gründungsakt typische Unentscheidbarkeit der Frage, wer die Autorität besitzt, die Bedeutung des den Gründungsakt leitenden „höheren Rechts“ [...], von dem dann alle Gesetze ihre Autorität beziehen“ (Arendt 1965: 238), verbindlich festzulegen, die verfasste Ordnung von neuem heimsucht. Diese Ambivalenz des Amendment-Verfahrens, das einerseits die Autorität der Verfassung qua „Vermehrung“ der Gründungsprinzipien steigert, diese aber andererseits gefährdet, hat Arendt offenbar so sehr beunruhigt, dass sie sich entschieden hat, Art. V aus ihrer Theorie der Fortführung der Gründung in der Verfassungsordnung auszublenden, während sie Jeffersons politisch und ideengeschichtlich wenig einflussreichen Vorschlag, die Verfassung im Abstand von neunzehn Jahren aufzulösen (vgl. Jefferson 1999: 596), im sechsten Kapitel von *Über die Revolution* relativ ausführlich diskutiert.

Jefferson hat diese Idee während seiner Zeit als Botschafter in Paris im September 1789 in einem Brief an James Madison formuliert.¹⁷ Sie sieht vor, dass die Verfassung ihre eigene Auflösung und somit die periodische Reaktivierung konstituierender Macht regelt, wodurch das Unrecht der Exklusion nachfolgender Generationen vom Gründungsakt vermieden werden soll. Anders als Art. V hätte eine Realisierung von Jeffersons Vorschlag zur Folge, dass die Gründungsaporie nicht nur latent, sondern im Abstand von 19 Jahren vollständig zurückkehrt, obwohl, wie Arendt einwendet, „gerade Jefferson schwerlich geneigt gewesen ist, kommenden Generationen das Recht auf eine nichtrepublikanische Regierung zuzugestehen“ (Arendt 1965: 301). In der Tat hätte Jeffersons Vorschlag genau diese Konsequenz, die dem von Arendt gewählten Ausweg aus der Aporie der Gründung genau entgegengesetzt ist: Während Jefferson vom normativen Standpunkt der Volkssouveränität aus die Utopie eines sich regelmäßig regenerierenden *pouvoir constituant* riskiert, droht dieser bei Arendt von der konstituierten Gewalt, genauer: von der Judikative, vollständig absorbiert zu werden. Man gewinnt somit den Eindruck, dass ein demokratisch organisiertes, aber verfahrensrechtlich gebundenes und die Revision der „Substanz der Verfassung“ ausschließendes Amendment-Verfahren in beiden Ansätzen keinen Platz hat, um als mögliche Lösung des Problems der Kontinuierung des Gründungsmoments infrage zu kommen. Dieser Eindruck ist jedoch darauf zurückzuführen, dass Arendts Rekonstruktion von Jeffersons Position äußerst lückenhaft ist. Arendt nimmt an, dass Jefferson die Idee der Totalrevision in späteren Lebensjahren aufgegeben und sich stattdessen der Idee der Errichtung eines pyramidenartigen Systems gestufter Repräsentation, das auf einer noch unterhalb der *counties* angesiedelten Verwaltungsebene die Versammlung der Bürger in „elementaren Republiken“ (*wards*) ermöglichen soll, als der „einzig mögliche[n] gewaltlose[n] Alternative“ zugewandt hat (Arendt 1965: 321). Im folgenden Abschnitt werde ich jedoch zeigen, dass Jefferson spätestens nach seiner Amtszeit als US-Präsident über eine andere Alternative nachgedacht hat: über die Möglichkeit periodischer Amendments.

16 Nach Art. V sind lediglich solche Verfassungsänderungen ausgeschlossen, die das Prinzip des gleichen Stimmrechts aller Bundesstaaten im Senat antasten. In Deutschland stellt sich die Situation bekanntlich ganz anders dar, weil die Ewigkeitsgarantie nach Art. 79 (3) GG nicht nur eine Änderung der „Grundsätze“ von Art. 1 und 20, sondern auch die Beseitigung der föderalen Ordnung verbietet.

17 Zu diesem Zeitpunkt war Jefferson stark von Condorcet beeinflusst, der in seiner 1789 publizierten Abhandlung *Sur la nécessité de faire ratifier la constitution par les citoyens* postuliert, dass Verfassungsgesetze nicht länger als für eine Generation, das heißt konkret: nur für die Dauer von 18 bis 20 Jahren, gelten dürfen (vgl. McLean 2012).

3. Jeffersons Konzept „periodischer Amendments“

In einem Brief an Samuel Kercheval vom Juni 1816, aus dem Arendt selbst mehrfach zitiert (vgl. Arendt 1965: 398 f.), zählt Jefferson sieben Vorschläge für Verfassungsreformen auf, deren Realisierung zur Stärkung der Praxis republikanischer Selbstregierung beitragen sollte: An sechster Stelle verweist er auf die Notwendigkeit von „ward divisions“; an siebter Stelle nennt er „periodical amendments of the constitution“ (Jefferson 1999: 214). Dieser Punkt ist deshalb so zentral, weil Arendt das *ward*-System als eine „Alternative zu [Jeffersons] früheren Vorstellungen von der Erwünschtheit einer dem Generationswechsel entsprechenden Revolutionsfolge präsentiert (Arendt 1965: 321) – obwohl es höchstens eine Antwort auf das von ihr in diesem Zusammenhang behandelte „Dilemma“ der Repräsentation bietet (Arendt 1965: 304 f.), während die Verbindung zwischen dem *ward*-System und dem Problem der Gründung (wenn überhaupt) nur eine mittelbare ist: Arendt beschreibt die Basisräte als „constituent bodies“, die im Besitz einer „original power to constitute“ seien (Arendt 2006a: 259)¹⁸, was darauf hindeutet, dass sie die Basisräte als „the institutionalized embodiment of a stabilized, pacified, and thus derevolutionized constituent power“ versteht (Kalyvas 2008: 276). Allerdings erklärt Arendt an keiner Stelle, auf welche Weise die Basisräte ihre konstituierende Macht ausüben könnten (vgl. Muldoon 2016: 603).

Anders als Arendt war Jefferson sich darüber im Klaren, dass nicht das *ward*-System allein, sondern nur die Möglichkeit des Volkes, seine Verfassung fortzuschreiben, eine Lösung für das Problem der „Wiedergründung“ darstellt. Dabei hat Jefferson unentwegt betont, „certainly not an advocate for frequent and untried changes in laws and constitutions“ zu sein, und vielmehr dafür plädiert, dass „moderate imperfections had better be borne with“ (Jefferson 1999: 215). Gleichzeitig sah er aber mit großer Skepsis auf den seines Erachtens damals schon spürbaren, von Arendt bewunderten „Verfassungskult“ (Arendt 1965: 262) in Amerika. In dem bereits zitierten Brief an Kercheval bedauert er, dass die Menschen „look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the arc of the covenant, too sacred to be touched“ (Jefferson 1999: 215). „To get rid of the magic supposed to be in the word *constitution* (Jefferson 2002: 163, Hervorhebung im Original), ist es Jefferson zufolge notwendig, die Möglichkeit der regelmäßigen Einberufung von Verfassungskonventen in der Verfassung zu verankern. Vermutlich war Jefferson von der Verfassung von Massachusetts aus dem Jahr 1780 inspiriert worden, die einen automatischen Prozess der Verfassungsrevision durch einen Konvent im Abstand von 15 Jahren vorsah¹⁹, was als „a commitment to stability coupled with an ultimate faith in popular sovereignty“ (Ackerman 1998: 37) gedeutet werden kann, da die Verfassung jeweils nur einmal in den genannten Zeiträumen geändert werden konnte. Indem sowohl der konstituierten Gewalt als auch dem Volk als Träger der konstituierenden Macht die Möglichkeit entzogen wird, Verfassungsänderungen zu initiieren, wird die Gefahr gemindert, dass sich in diesem Verfahren augenblickliche Stimmungen durchsetzen.

18 In der deutschsprachigen Ausgabe ihres Revolutionsbuches spricht Arendt (1965: 344) weniger eindeutig von der „konstitutiven Macht“ der „Elementarrepubliken“.

19 Zudem sahen die ersten Verfassungen von New Hampshire und Pennsylvania (beide aus dem Jahr 1776) die Möglichkeit der Einberufung eines Verfassungskonvents im Abstand von sieben Jahren vor. Diese Idee hat in Gestalt des Art. 19 der Verfassung von New York aus dem Jahr 1894 überlebt, der besagt, dass die Bürger alle zwanzig Jahre die Gelegenheit haben sollen, über folgende Frage abzustimmen: „Shall there be a convention to revise the constitution and amend the same?“ (vgl. Levinson 2006: 12).

Aus der von Jefferson vertretenen demokratischen Perspektive ist das Hauptproblem von Art. V nicht, dass er ein besonders hürdenreiches Änderungsverfahren vorschreibt, sondern dass er erstens das Recht, dieses Verfahren zu initiieren, ausschließlich in der konstituierten Gewalt – im Kongress und in den Parlamenten der Einzelstaaten – verortet und die Möglichkeit zulässt, dass das Verfahren selbst ebenfalls ausschließlich innerhalb der konstituierten Gewalt abläuft. Jefferson war davon überzeugt, dass nicht nur die Begründung einer republikanischen Ordnung die Wahl eines speziellen Verfassungskonvents erfordert (vgl. Jefferson 2002: 164)²⁰, sondern dass eine Verfassung nur dann völlig legitim wäre, wenn es sich um eine „constitution alterable only by a special convention“ handelt (Jefferson 1790). Dass sein Plädoyer für periodische Amendments, die von einem speziellen Konvent verabschiedet werden sollen, eine Fortentwicklung seines Vorschlags von 1789 darstellt, wurde nicht nur von Arendt übersehen. Auch Stephen Holmes (1995: 142 ff.) geht davon aus, dass Jefferson in dem Brief von 1816 für regelmäßige Totalrevisionen eintritt. In der Tat argumentiert Jefferson darin höchst widersprüchlich, indem er sein Postulat von 1789 wiederholt, das Amendment-Verfahren solle garantieren, dass

„[e]ach generation is as independent as the one preceding, as that was of *all which had gone before*. It has then, like them, a right to choose for itself the form of government it believes most promotive of its own happiness; [...] so that it may be handed on, with periodical *repairs*, from generation to generation, to the end of time, if anything human can so long endure“ (Jefferson 1999: 216, Hervorhebung d. A.)

Der im ersten Teil des Satzes formulierte Gedanke, jede Generation habe das Recht, eine neue Regierungsform zu wählen, und zwar so unabhängig von verfassungsrechtlichen Bindungen, wie es alle Generationen – also auch die Gründergeneration – zuvor waren, scheint den Verdacht zu bestätigen, dass Jefferson an der Idee der periodischen Reaktivierung konstituierender Macht nach wie vor festhält. Holmes zitiert jedoch nicht den letzten Teil des Satzes, wo Jefferson in Bezug auf dieses Verfahren von „periodical repairs“, also von Modifikationen im Gegensatz zu Auflösungen der Verfassung spricht. Dass Jefferson die impliziten Schranken von Verfassungsänderungen anerkennt, hatte er bereits in seinem Entwurf für eine Verfassung Virginias aus dem Jahr 1783 gezeigt, wo er bemerkt, dass die Autorität eines Konvents, der mit der Ausarbeitung eines Verfassungszusatzes beauftragt wird, darauf beschränkt ist, „only to amend those laws which constituted the form of government“; „no general dissolution of the whole system of laws can be supposed to have taken place“ (Jefferson 1999: 348). Allerdings stand für Jefferson auch fest, dass „[n]othing [...] is unchangeable but the inherent and unalienable rights of man“ (Jefferson 1999: 386). Als eines dieser unverletzlichen Rechte nennt Jefferson das „equal right of participation“, welches jedem Menschen, „personally in the direction of the af-

20 Die Bedeutung dieses Punktes wird auch von Arendt hervorgehoben, die die Verfassungsgebung in den besiegten Ländern nach dem Ersten Weltkrieg dafür kritisiert, dass es hier „nicht das Volk [war], das sich eine Verfassung gab“, sondern von der Regierung beauftragte „Verfassungsexperten“ (Arendt 1965: 187). Von den fünf Modellen der Verfassungsgenese, die Arato (1996: 197 ff.) unterscheidet – die Ausarbeitung der Verfassung durch 1) einen Verfassungskonvent, der ausschließlich mit dieser Aufgabe betraut ist (zum Beispiel Philadelphia 1787, Bonn 1948/49), 2) einen Konvent, der zugleich legislative und exekutive Aufgaben übernimmt (zum Beispiel Frankreich 1789–1791), 3) die normale Legislative (zum Beispiel Spanien 1977), 4) die Exekutive (zum Beispiel Argentinien 1994) oder 5) durch einen evolutionären Prozess (zum Beispiel Vereinigtes Königreich) – ist somit aus der Sicht von Jefferson und Arendt nur das erste aus republikanischer Sicht vollkommen legitim.

fairs of the society“, zukomme und dessen Garantie das Merkmal einer „pure republic“ sei (Jefferson 1999: 224). Daraus ergibt sich, dass Jefferson zum Beispiel einen Zusatzartikel, der die Republican Government Clause nach Art. 4 (4) der US-Verfassung revidieren oder einschränken würde, als ungültig betrachten müsste. Vor diesem Hintergrund erscheinen seine Bemerkungen zum Recht jeder Generation, ihre Regierungsform frei zu wählen, freilich noch widersprüchlicher.

Trotz der daraus resultierenden Verwirrungen um die Kompetenzschränken von Verfassungskonventen lohnt es sich, die wenigen Verfahrensvorschläge, die Jefferson in dem Brief an Kercheval anführt, näher zu betrachten, da sie wichtige Impulse für eine partizipative Ausgestaltung des Amendment-Verfahrens liefern. Die „real difficulty“, so Jefferson (1999: 216), betreffe die Frage, wie im Anschluss an die Ausarbeitung eines Änderungsentwurfs durch den Konvent das Ratifizierungsverfahren so gestaltet werden kann, dass möglichst alle Bürger Gelegenheit haben, öffentlich zu dem Entwurf Stellung zu nehmen. Hier sieht Jefferson nun

„one of the advantages of the ward divisions I have proposed. The mayor of every ward, on a question like the present, would call his ward together, take the simple yea or nay of its members, convey these to the county court, who would hand on those of all its wards to the proper general authority; and the voice of the whole people would be thus fairly, fully, and peaceably expressed, discussed, and decided by the common reason of the society“ (Jefferson 1999: 217).

An dieser Stelle wird klar, dass Jefferson sein *ward*-System nicht, wie Arendt glaubt, als Alternative, sondern als Bestandteil des Amendment-Verfahrens begreift, der dessen demokratische Legitimation zusätzlich absichern soll. Idealerweise sollte die Ratifizierung eines Verfassungszusatzes durch das in den regionalen *wards* versammelte Volk erfolgen, in einer Art Referendum, bei dem die Bürger den Zusatz per Akklamation bestätigen oder ablehnen. Wenngleich Jefferson dies nicht explizit erwähnt, so ist doch zu vermuten, dass die Bürger vor der Abstimmung Gelegenheit haben sollten, den Zusatz zu diskutieren – denn worin sonst sollte der Vorteil des *ward*-Systems bestehen? Die Gefahren, die Arendt mit der Anwendung des Mehrheitsprinzips in geheimer Wahl assoziiert (die mit der Anonymität des Wahlvorgangs einhergehende Perspektivenverengung), würden somit durch die Anbindung des Entscheidungsverfahrens an einen regional geordneten Deliberationsprozess eingedämmt werden können. Denn die große Hoffnung, die Arendt mit dem *ward*-System verbindet, besteht darin, dass es zu der Konstituierung „starker Öffentlichkeiten“ beiträgt, in denen die Verfahren der allgemein verbindlichen Entscheidungsfindung, wie im Parlament, mit den Verfahren der deliberativen Meinungsbildung möglichst eng verknüpft sind (vgl. Fraser 2001: 145 ff.). Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Bürger, bevor sie wählen, angeregt werden, sich mit den Perspektiven der anderen in dem jeweiligen *ward* versammelten Bürger auseinanderzusetzen: Nur so können sie sich in politischer Urteilskraft üben, da diese die Fähigkeit voraussetzt, einen Standpunkt einzunehmen, „der nicht der meinige ist, und mir nun von diesem Standort aus eine eigene Meinung zu bilden“ (Arendt 1994: 342).

4. Der Amendment-Prozess als Bedrohung der Deutungs Offenheit der Verfassung?

Das Instrument der periodischen Änderbarkeit der Verfassung soll aus der Sicht von Jefferson garantieren, „that laws and institutions [...] go hand in hand with the progress of the human mind“ (Jefferson 1999: 215). Diese Gleichsetzung hoher Hürden für vom Volk initiierte Verfassungsänderungen mit einer Behinderung des Erkenntnisfortschritts, die sich ähnlich auch bei Condorcet und Thomas Paine findet (vgl. Preuß 1994: 26), wird bei Jefferson eingebettet in eine rechtspositivistische Verfassungstheorie. Jefferson geht davon aus, dass ein Verfassungstext durch „time and trial“ mithilfe von Verfassungszusätzen soweit konkretisiert werden muss, dass hinsichtlich der Kompetenzbereiche der einzelnen Verfassungsgewalten und ihrer Grenzen im Laufe der Zeit kein Deutungsspielraum mehr besteht – nur so ließe sich verhindern, dass die Verfassung zu einem „blank paper by construction“ degeneriert (Jefferson 1999: 374). Jefferson sieht demnach die größte Gefahr von der Vagheit beziehungsweise von dem Bedeutungsüberschuss des Verfassungstextes ausgehen, der die Macht der Verfassungsgewalten, insbesondere der Exekutive und der Judikative, „boundless“ erscheinen lasse, da diese Organe dazu ermächtigt werden, willkürlich zwischen konkurrierenden „constructions“ zu wählen (Jefferson 1999: 374). Arendt dagegen sieht die Quelle der Gefahr, die Verfassung könnte zu einem „Fetzen Papier“ degradiert werden (Arendt 1965: 161), nicht in ihrer Deutungs Offenheit²¹, sondern in niedrigen Hürden für Revisionsverfahren angelegt, denn diese erleichtern eine Aufweichung der Trennung von Politik und Verfassungsrecht, die Arendt zufolge nötig ist, um die Stabilität des öffentlichen Raums und somit die Offenheit des politischen Wettbewerbs zu garantieren.

Arendts Unbehagen verweist auf ein grundlegendes Paradoxon der Rekonstitution qua Verfassungsänderung: Eine Verfassung, die dem Prinzip der *Offenheit* maximal gerecht wird, indem sie zum Beispiel die Möglichkeit der Initiierung von Verfassungsreformen durch das Volk und der Einsetzung von Konventen ermöglicht, maximiert zugleich die Gefahr der *Schließung* des politischen Wettbewerbs beziehungsweise der politischen Handlungsoptionen auf der Ebene der einfachen Gesetzgebung. Das betrifft nicht nur Fälle, in denen die Einschränkung von Grundfreiheiten per Amendment angestrebt wird (zum Beispiel die Entwürfe für ein *flag desecration amendment* in den 1990er Jahren), sondern auch solche Fälle, in denen das Parlament seine eigenen Handlungsfreiheiten einschränkt (etwa durch ein *balanced budget amendment*, das in Deutschland und einigen anderen Ländern bereits implementiert wurde und in den USA seit einiger Zeit diskutiert wird) (vgl. Levinson 1996: 117). Dieses Paradoxon zeigt, dass Arendts Gründungsaporie durch offene Verfahren der Verfassungsrevision nicht aufgelöst werden kann, sondern in ihnen fortwirkt: Je mehr solche Verfahren dem „Geist des Neubeginns“ gerecht werden, desto größer ist die Gefahr, dass ihre Anwendung die Autorität der Gründungsprinzipien unterminieren könnte. Offenbar gibt es nur ein Mittel, mit dem die hieraus erwachsenden Legitimationsprobleme pragmatisch reduziert werden können: eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die aus der Verfassung implizite Grenzen des Amendment-Verfahrens rekonstruiert.

Allerdings hat Jefferson die Behauptung, die Judikative sei am ehesten geeignet, letztgültig über die der Verfassung immanenten Grenzen der Verfassungsänderung zu

21 Zum integrativen Potential der Deutungs Offenheit der Verfassung vgl. Brodocz (2003).

entscheiden, vehement bestritten, da er in der Deutungs Offenheit der Verfassung eine Einladung für die Richter zur willkürlichen Auslegung angelegt sah: Die Verfassung sei

„a mere thing of wax in the hands of the judiciary which they may twist and shape in to any form they please. It should be remembered as an axiom of eternal truth in politics that whatever power in any government is independent, is absolute also [...]. Independence can be trusted nowhere but with the people in mass. They are inherently independent of all but moral law“ (Jefferson 1999: 379).

Dieses Zitat weist Jefferson als Vertreter eines *popular constitutionalism*²² – oder gar eines „jakobinischen Verfassungsverständnisses“ (Brunkhorst 2014: 298) – aus, der die Gefahr der Willkür allein in der konstituierten Gewalt, genauer: in einer unabhängigen Judikative vermutet, weshalb „the people themselves are the safest deposit of power“ (Jefferson 1999: 164).²³ Jefferson bekennt sich damit eindeutig zu dem von Arendt kritisierten Paradigma der Volkssouveränität. Besonders deutlich wird dies anhand seines Plädoyers für die sogenannte *departmental theory* des richterlichen Prüfungsrechts, derzufolge jedes der drei Verfassungsorgane „has an equal right to decide for itself what is the meaning of the constitution in the cases submitted to its action“, und zwar „without regard to what the others may have decided for themselves under a similar question“ (Jefferson 1999: 380; vgl. dazu Kramer 2004: 106 ff.). Als letztgültig sei allein die Auslegung durch das Volk zu betrachten, in dessen Namen alle drei Gewalten zu sprechen beanspruchen. Jefferson sah dieses Prinzip zumindest teilweise in Art. V realisiert. So weist er zum Beispiel in einem Brief aus dem Jahr 1823 darauf hin, dass in Fällen, in denen einzelstaatliche und bundesstaatliche Verfassungsgewalten dieselben Regelungskompetenzen beanspruchen, „the ultimate arbiter is the people of the Union, assembled by their deputies in convention, at the call of Congress, or of two-thirds of the States“ (Jefferson 1999: 457). Jefferson ging folglich noch 1823 davon aus, der Kongress oder die Einzelstaaten würden für die Prüfung ihrer Regelungsansprüche in der Regel auf Art. V zurückgreifen und dabei die Konvent-Methode wählen, was bekanntlich schon damals von der Verfassungsrealität weit entfernt war. Jeffersons Vorschlag hätte bedeutet, dass jeder Verfassungskonflikt in einen „constitutional moment“ (Ackerman 1984: 1022) münden würde, in dem die Entscheidung des Volkes über die zugrunde liegende Streitfrage ein Teil der Verfassung wird, sodass hier wieder die Gefahr einer die Offenheit des demokratischen Wettbewerbs unterminierenden Deutungsschließung bestünde.

Dass Jeffersons *departmental theory* nicht geeignet ist, um die in einem modernen System der Gewaltenteilung benötigten Rechtsschutzgarantien bereitzustellen, ist offensichtlich. Allerdings hat Larry Kramer, einer der bekanntesten Vertreter des *popular constitutionalism*, zurecht darauf hingewiesen, dass Jeffersons Annahme, die Gefahr willkürlicher Auslegungen der Gründungsprinzipien gehe von der Judikative ebenso aus wie von

22 Dies ist die Bezeichnung für einen aktuellen Diskurs in der amerikanischen Verfassungslehre, der aus einer republikanischen Perspektive, genauer mit dem Ideal der Gleichheit des Einflusses der Bürger auf allgemeingültige politische Entscheidungen, die Legitimität von *judicial review* infrage stellt und der insbesondere von Mark Tushnet (2000) und Larry Kramer (2004) geprägt wird.

23 Diese Bemerkungen sind umso verwunderlicher, als Jefferson sehr früh (gegen die Federalists) die Notwendigkeit einer Bill of Rights mit der ständigen Gefahr der Korruptibilität nicht nur der Regierenden, sondern auch des Volkes begründet hat, die die Schattenseite des Fortschritts bilde: „Der Geist der Zeit kann sich ändern, ja, er wird sich ändern. [...] [Das Volk] wird sich darin verlieren, Geld zu machen, und nicht mehr daran zu denken, sich zusammenzuschließen und seine Rechte zu behaupten“, weshalb diese in einem Grundrechtskatalog garantiert werden müssen (Jefferson, zitiert nach Adams/Adams 1995: 236).

den anderen Gewalten, von anderen Gründervätern geteilt wurde. So führt zum Beispiel Madison in seinem Gutachten über die Legalität der *Alien and Sedition Acts* von 1800 aus, dass das Recht des Supreme Court „to decide in the last resort“ zwar in Bezug auf die anderen Verfassungsorgane, nicht aber in Bezug auf das Volk gilt, da die Autorität des Gründungsdokuments nur die konstituierte Gewalt bindet, während das Volk nur deshalb souverän ist, weil es letztverbindlich die Bedeutung der Verfassung festlegt: „the authority of constitutions over governments, and of the sovereignty of the people over constitutions, are truths which are at all times necessary to be kept in mind“ (Madison, zitiert nach Kramer 2001: 98). Dies ist die klassische Theorie der Volkssouveränität – im Sinne der Doktrin, dass alle Macht *und* Autorität vom Volk ausgeht –, von der Arendt behauptet, dass sie für das Denken der Gründerväter irrelevant sei.

5. Schluss

Obwohl Jefferson betont, dass die Kompetenzen eines Verfassungskonvents durch die in der Verfassung aufgeführten Gründungsprinzipien beschränkt sein sollen, nennt er kein effektives Verfahren der Selbstbindung, das diese Beschränkung verbindlich durchsetzen würde. Seine von dem Ideal der Volkssouveränität geleitete Polemik gegen die *judicial supremacy* ist daher kaum geeignet, Arendts Furcht vor der Erosion der Autorität der Verfassung durch ein allzu offenes Amendment-Verfahren zu zerstreuen. Arendt wiederum kann nicht erklären, wie ihr Plädoyer für die Offenheit der Verfassungsordnung für „Vermehrungen“ und ihre These, dass die Verfassung ihre Autorität aus der Möglichkeit von Zusätzen bezieht, mit ihrem Ideal einer „verdinglichten“ Verfassung in Einklang zu bringen sind.

Die Doktrin ungeschriebener materieller Schranken der Verfassungsänderung (vgl. Winterhoff 2007: 175 ff.) und deren Anwendung durch eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit bietet eine Chance eines Kompromisses zwischen diesen Extrempositionen. Allerdings steht die amerikanische – im Gegensatz zur deutschen – Rechtsprechung dieser Doktrin skeptisch gegenüber.²⁴ Stellt man dennoch die Frage, welche Kernprinzipien der amerikanischen Verfassung aus einer von Arendt und Jefferson inspirierten republikanischen Perspektive als implizite Schranken fungieren könnten, so ist klar, dass dem von Jefferson angeführten Recht auf *equal participation* auch aus Arendts Sicht ein übergeordneter Wert zukommen dürfte, weshalb dessen Konkretisierung durch eine Reihe von Verfassungszusätzen – zum Beispiel durch die im Ersten Verfassungszusatz verankerten Grundfreiheiten, die *Equal Protection Clause* des Vierzehnten Zusatzartikels oder die Verankerung des Frauenwahlrechts im Neunzehnten Zusatzartikel – gegen eventuelle Revisionsversuche in der Zukunft geschützt werden sollte. Der Supreme Court müsste

24 Während das BVerfG sehr früh die „Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechts“ festgestellt hat, an dem „das gesetzte Recht [...] zu messen“ sei (BVerfGE 1, 14, 32), hat der Supreme Court zum Beispiel im Fall *Coleman v. Miller* (307 U.S. 433, 456 (1939)) festgestellt, dass die „ungeteilte Kontrolle über das Amendment-Verfahren“ beim Kongress liegt und dass die Frage der Rechtmäßigkeit eines Amendments „gänzlich“ politischer Natur ist, weshalb *judicial review* in einem solchen Verfahren keine Rolle spielen dürfe (vgl. hierzu Dellinger 1983: 389 ff.; Roznai 2014: 191). Hieraus könnte man schlussfolgern, dass das Gericht die Doktrin impliziter Schranken zurückweist und Amendments, die nicht gegen die in Art. V erwähnten expliziten Schranken, aber potentiell gegen andere Prinzipien der Verfassung verstoßen, nicht überprüfen würde (vgl. Roznai 2014: 191).

daher Verfassungszusätze nicht nur verfahrensrechtlich, sondern auch auf ihren materiellen Gehalt prüfen, und zwar auf die Frage hin, ob das *equal right of participation* durch diesen Zusatz eingeschränkt wird. Damit wird nicht behauptet, dass diese Rechtsnorm tatsächlich den Kern der amerikanischen Verfassung bildet oder dass sie – etwa im Vergleich mit der tragenden Rechtsnorm des Grundgesetzes, der Würde des Menschen, die allerdings eine (in der amerikanischen Verfassung nicht vorhandene) explizite Schranke für die Revision von Grundrechten bildet – besonders geeignet wäre, Grundrechtseingriffe qua Verfassungsgesetzgebung abzuwehren. Hier wird lediglich angenommen, dass diese Kompromisslösung von Arendt und Jefferson am ehesten akzeptiert werden könnte, da beide von einem positiven Verständnis von Freiheit ausgehen, wonach die Rechtssubjekte als zum Handeln befähigte Mitglieder eines politischen Gemeinwesens zu betrachten sind. Frank Michelman (1988: 1535) hat argumentiert, dass eine solche Position nicht zwingend eine Vernachlässigung privater Grundfreiheiten impliziert, wenn man „the political significance of privacy“ hervorhebt und zum Beispiel das Recht, eine gleichgeschlechtliche Beziehung zu führen, als notwendige Bedingung für die gleichberechtigte Partizipation am öffentlichen Leben betrachtet.

Hier wird aber bereits deutlich, dass die notwendige Deutungsoffenheit eines Rechts auf Partizipation wieder das Problem des von Jefferson beklagten weiten Ermessensspielraums für die Richter bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Verfassungsänderung aufwerfen würde. Allerdings ist die Autorität des Supreme Court, der, wie Arendt im Anschluss an Hamilton bemerkt, „neither FORCE nor WILL but merely judgment“ besitzt (Hamilton/Madison/Jay 2008, Nr. 78: 380, Hervorhebung im Original; vgl. auch Arendt 1965: 257), in hohem Maße abhängig von der Anerkennung seiner Urteilstkraft durch das Volk, das somit indirekt Einfluss auf die Interpretationen der Richter nehmen kann. Aus der Sicht der an das Erbe Jeffersons anknüpfenden Vertreter eines *popular constitutionalism* reicht dies freilich nicht aus, um den Status des Volkes als „the ultimate arbiter“ im Bereich der Verfassungsrechtserzeugung gegen die Letztentscheidungsansprüche der Judikative zu verteidigen. Für die Realisierung des von Arendt angestrebten Gleichgewichts von Bewahren und Neubeginnen im Akt der „Vermehrung“ ist eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch unerlässlich.

Literatur

- Ackerman, Bruce, 1984: The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. In: Yale Law Journal 93, 1013–1072. <https://doi.org/10.2307/796204>
- Ackerman, Bruce, 1998: We the People. Volume 2: Transformations, Cambridge, MA.
- Adams, Willi P. / Adams, Angela, 1995 (Hg.): Die Entstehung der Vereinigten Staaten und ihrer Verfassung. Dokumente 1754–1791, Münster.
- Agamben, Giorgio, 2002: Homo sacer. Die Souveränität der Macht und das nackte Leben, Frankfurt (Main).
- Ahrens, Stefan, 2005: Die Gründung der Freiheit. Hannah Arendts politisches Denken über die Legitimität demokratischer Ordnungen, Frankfurt (Main).
- Albert, Richard, 2009: Nonconstitutional Amendments. In: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 22, S. 5–47. <https://doi.org/10.1017/S0841820900004550>
- Arato, Andrew, 1996: Forms of Constitution Making and Theories of Democracy. In: Cardozo Law Review 17, S. 191–231.
- Arato, Andrew / Cohen, Jean, 2009: Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt. In: Constellations 16, 307–330. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2009.00544.x>

- Arendt, Hannah, 1958: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, Frankfurt (Main).
- Arendt, Hannah, 1965: *Über die Revolution*, München.
- Arendt, Hannah, 1972: *Crises of the Republic*, San Diego / New York, NY / London.
- Arendt, Hannah, 1976: *Gespräche mit Hannah Arendt*, hg. v. Adelbert Reif, München.
- Arendt, Hannah, 1981: *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, München.
- Arendt, Hannah, 1994: *Zwischen Vergangenheit und Zukunft. Übungen im politischen Denken I*, hg. v. Ursula Ludz, München.
- Arendt, Hannah, 1998: *Vom Leben des Geistes*, hg. v. Mary McCarthy, München.
- Arendt, Hannah, 2006a: *On Revolution*, New York, NY.
- Arendt, Hannah, 2006b: *Between Past and Future. Eight Exercises in Political Thought*, New York, NY.
- Badura, Peter, 1992: *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*. In: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band VII: *Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen*, Heidelberg, 57–77.
- Beaumont, Elizabeth, 2014: *The Civic Constitution. Civic Visions and Struggles in the Path Toward Constitutional Democracy*, New York, NY.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199940066.001.0001>
- Bernstein, Richard B. / Agel, Jerome, 1993: *Amending America. If We Love the Constitution So Much, Why Do We Keep Trying to Change It?*, New York, NY.
- Brodcz, André, 2003: *Die symbolische Dimension der Verfassung. Ein Beitrag zur Institutionentheorie*, Wiesbaden. <https://doi.org/10.1007/978-3-322-80431-0>
- Brunkhorst, Hauke, 2007: *Macht und Verfassung im Werk Hannah Arendts*. In: *HannahArendt.net. Zeitschrift für politisches Denken* 1 (3).
<http://www.hannaharendt.net/index.php/han/article/view/110/186>, 10.10.2017.
- Brunkhorst, Hauke, 2014: *Kritik und kritische Theorie*, Baden-Baden.
<https://doi.org/10.5771/9783845242668>
- Bryde, Brun-Otto, 1982: *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden.
- Colón-Ríos, Joel I., 2012: *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, London.
- Dellinger, Walter, 1983: *The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process*. In: *Harvard Law Review* 97, 386–432. <https://doi.org/10.2307/1340852>
- Fraser, Nancy, 2001: *Die halbierte Gerechtigkeit*, Frankfurt (Main).
- Gewirtzman, Doni, 2005: *Glory Days: Popular Constitutionalism, Nostalgia, and the True Nature of Constitutional Culture*. In: *Georgetown Law Review* 93, 897–938.
- Habermas, Jürgen, 2001: *Zeit der Übergänge*, Frankfurt (Main).
- Hamilton, Alexander / Madison, James / Jay, John, 2008: *The Federalist Papers*, hg. v. Lawrence Goldman, New York, NY.
- Holmes, Stephen, 1995: *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, IL / London.
- Holmes, Stephen/Sunstein, Cass, 1995: *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*. In: Sanford Levinson (Hg.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, NJ, 275–306. <https://doi.org/10.1515/9781400821631.275>
- Honig, Bonnie, 1991: *Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic*. In: *The American Political Science Review* 85 (1), 97–113.
<https://doi.org/10.2307/1962880>
- Honig, Bonnie, 1993: *Political Theory and the Displacement of Politics*, Ithaca, New York, NY.
- Jefferson, Thomas, 1790: *Brief an Noah Webster*, 4.12.1790.
<https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-18-02-0091>, 10.10.2017.
- Jefferson, Thomas, 1999: *Political Writings*, hg. v. Joyce Appleby u. Terence Ball, Cambridge, NY.
- Jefferson, Thomas, 2002: *Notes on the State of Virginia*, hg. v. David Waldstreicher, New York, NY.
- Jörke, Dirk, 2016: *Über die Restauration – oder Wege aus der Arendt-Falle*. In: Alex Demirović (Hg.), *Transformation der Demokratie – demokratische Transformation*, Münster, 201–224.

- Kalyvas, Andreas, 2008: *Democracy and the Politics of the Extraordinary*. Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt, Cambridge, UK / New York, NY.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511755842>
- Kramer, Larry D., 2001: The Supreme Court, 2000 Term. Foreword: We the Court. In: *Harvard Law Review* 115, 4–169. <https://doi.org/10.2307/1342592>
- Kramer, Larry D., 2004: *The People Themselves*. Popular Constitutionalism and Judicial Review, Oxford.
- Levinson, Sanford, 1990: “Veneration” and Constitutional Change: James Madison Confronts the Possibility of Constitutional Amendment. In: *Texas Tech Law Review* 21, 2443–2461.
- Levinson, Sanford, 1996: The Political Implications of Amending Clauses. In: *Constitutional Comment* 13, 107–123.
- Levinson, Sanford, 2006: *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)*, New York, NY.
- Lutz, Donald S., 1994: Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: *American Political Science Review* 88, 355–370. <https://doi.org/10.2307/2944709>
- Marchart, Oliver, 2005: *Neu beginnen*. Hannah Arendt, die Revolution und die Globalisierung, Wien.
- McLean, Iain, 2012: The Paris Years of Thomas Jefferson. In: Francis D. Cogliano (Hg.), *A Companion to Thomas Jefferson*, New York, NY, 110–127. <https://doi.org/10.1002/9781444344639.ch8>
- Michelman, Frank, 1988: Law’s Republic. In: *Yale Law Journal* 97, 1493–1537.
<https://doi.org/10.2307/796539>
- Möllers, Christoph, 2003: Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. In: Armin von Bogdandy / Jürgen Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin, 1–57. https://doi.org/10.1007/978-3-662-07128-1_1
- Muldoon, James, 2016: Arendt’s Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form. In: *Constellations* 23, 596–607. <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12179>
- Murphy, Walter, 1993: Constitutions, Constitutionalism, and Democracy. In: Douglas Greenberg (Hg.), *Constitutionalism and Democracy – Transitions in the Contemporary World*, New York, NY, 3–25.
- Murphy, Walter, 1995: Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity. In: Sanford Levinson (Hg.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, NJ, 163–190. <https://doi.org/10.1515/9781400821631.163>
- Patberg, Markus, 2017: Constituent Power: A Discourse-Theoretical Solution to the Conflict between Openness and Containment. In: *Constellations* 24, 51–62. <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12253>
- Preuß, Ulrich K., 1993: Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution. In: *Cardozo Law Review* 14, 639–660.
- Preuß, Ulrich K., 1994: *Revolution, Fortschritt und Verfassung*. Zu einem neuen Verfassungsverständnis, Frankfurt (Main).
- Rappaport, Michael B., 2010: Reforming Article V: The Problems Created by the National Convention Amendment and How to Fix Them. In: *Virginia Law Review* 96, 1509–1581.
- Roznai, Yaniv, 2014: *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*, Dissertation an der London School of Economics.
<http://etheses.lse.ac.uk/915/>, 10.10.2017.
- Scheuerman, William E., 1997: Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt’s Challenge to Carl Schmitt. In: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 10, 141–161.
<https://doi.org/10.1017/S084182090000028X>
- Schmitt, Carl, 1928: *Verfassungslehre*, Berlin.
- Schmitt, Carl, 1934: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin.
- Siegel, Reva B., 2006: Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA. In: *California Law Review* 94, 1323–1419.
<https://doi.org/10.2307/20439068>
- Sieyès, Emmanuel Joseph, 2010: *Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte Schriften*, hg. v. Oliver W. Lembcke und Florian Weber, Berlin.
- Straßenberger, Grit, 2014: Autorität in der Demokratie. Zur republikanischen Rezeption des römischen auctoritas-Konzepts bei Hannah Arendt. In: *Zeitschrift für Politische Theorie* 5 (1), 67–82.
<https://doi.org/10.3224/zpth.v5i1.16654>

Tushnet, Mark, 2000: *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, NY.

<https://doi.org/10.1515/9781400822973>

Winterhoff, Christian, 2007: *Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung. Zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung*, Tübingen.

Wood, Gordon, 1969: *The Creation of the American Republic 1776–1787*, Chapel Hill, NC.

Quellen:

Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 456 (1939).

BVerfGE 1, 14 (Südweststaat).