

## 14. Chancen der Verfassunggebung oder Gefahr für die Souveränität des Volkes?

### Der Stand der Arbeit an der Verfassungsgesetzgebung

#### 1. Der parlamentarische Weg

Am 28.11.1991 hat der Bundestag, am 29.11.1991 der Bundesrat die Einsetzung einer Gemeinsamen Verfassungskommission beschlossen. Dies geschah „von der Öffentlichkeit weithin unbemerkt.“<sup>1</sup>

Eine solche Verfassungskommission ist im Grundgesetz nicht vorgesehen, nicht im Einigungsvertrag und auch nicht in den Geschäftsordnungen von Bundestag und Bundesrat. Abgesehen von rechtlichen Bedenken, die gegen die Einsetzung dieser Kommission im Beschlußverfahren geltend gemacht werden können – Abänderung des im GG geregelten Verfahrens der Verfassungsänderung? Verletzung bundesstaatlicher Prinzipien? –, hätte es dem demokratischen Gewicht der Entscheidung entsprochen, sie durch Gesetz, und zwar durch ein Verfassungsgesetz, zu treffen. Mit der Einsetzung der Gemeinsamen Verfassungskommission wurde zugleich die Einberufung einer Verfassunggebenden Nationalversammlung abgelehnt; wäre die Wahl zwischen Verfassunggebender Versammlung und Gemeinsamer Verfassungskommission im Verfahren der Verfassungsgesetzgebung getroffen worden, wäre aber eine öffentliche Diskussion, die offenkundig nicht gewünscht wurde, unvermeidlich gewesen.

Auch der Vorschlag, einen „Verfassungsrat“ zu bilden, in den u. a. Schriftsteller, Künstler und Wissenschaftler sowie sonstige Vertreter der Öffentlichkeit entsandt werden sollten, wurde nicht realisiert.

Vielmehr wird Günter Bannas das Verfahren der Willensbildung wohl zutreffend geschildert haben: „Im informellen Geflecht der Parlamentarischen Geschäftsführer Bohl (CDU) und Struck (SPD), der beteiligten Rechtspolitiker Scholz (CDU), Herta Däubler-Gmelin (SPD) und

1 J. Kirchner, Grundgesetz steht auf dem Prüfstand, in: *Das Parlament*, 13.12.1991.

Kleinert (FDP) sowie zwischen Bundestag und Bundesrat verständigten sich die Parteien auf einen Ausschuß ...“<sup>2</sup>

Bundestag und Bundesrat entsenden je 32 Mitglieder in die Gemeinsame Verfassungskommission sowie je 32 Stellvertreter. Die Fraktionen des Bundestages sind vertreten durch: 15 Abgeordnete der CDU/CSU, 11 Abgeordnete der SPD, 4 Abgeordnete der FDP und je eine Abgeordnete/einen Abgeordneten der PDS/Linke und des Bündnis 90/Grüne.<sup>3</sup>

Bei der Entsendung der Bundesratsmitglieder hat es einige Differenzen gegeben, die von demokratietheoretischer Relevanz sind, von denen aber ebenfalls nicht behauptet werden kann, sie hätten die Öffentlichkeit irgend interessiert. Die zwei Mitglieder je Land, die der Bundesrat entsendet, werden von den Landesregierungen bestimmt. Die Präsidenten aller Landesparlamente hatten demgegenüber gefordert, daß die Landtage ebenfalls in der Verfassungskommission vertreten sein sollten.<sup>4</sup>

Nachdem sich der Bundesrat gegen die Beteiligung der Landtage ausgesprochen hatte, protestierten die Landtagspräsidenten von Niedersachsen und von Sachsen-Anhalt und erklärten, das gesamte deutsche Volk, dem die verfassungsgebende Gewalt zukomme, werde „am ehesten von direkt gewählten Abgeordneten von Bund und Ländern repräsentiert und nicht durch die Mitglieder der jeweiligen Landesregierungen.“<sup>5</sup>

Im niedersächsischen Landtag hatten Sprecher der Grünen und der FPD auch eine angemessene Beteiligung der Landtagsminderheiten eingefordert; sie warfen der Landesregierung vor, den Auftrag, die Verfassungskommission entsprechend zusammenzusetzen, mißachtet zu haben. Bundesratsminister Trittin erklärte daraufhin, die Forderung nach Beteiligung der Länderparlamente sei an den Mehrheitsfraktionen im Bundestag gescheitert.<sup>6</sup>

Die erste kleine Anstrengung für mehr Demokratie war somit bereits am Anfang des Prozesses der Verfassungsgebung gescheitert. Eine Verzögerung der Einsetzung des Verfassungsausschusses, der sich ur-

2 G. Bannas, Ein langer Wunschzettel, in: FAZ, 16.10.1991.

3 *Das Parlament*, 6.12.1991.

4 FAZ, 9.10.1991.

5 FR, 7.12.1991.

6 FAZ, 14.11.1991.

sprünglich bereits Ende September konstituieren sollte, war nochmals im Oktober 1991 entstanden, weil umstritten war, ob sich die Bundesratsmitglieder durch Beamte vertreten lassen können.

Die Vorsitzenden der Verfassungskommission, die ihre Entscheidungen mit Zweidrittel-Mehrheit fällen soll, werden Rupert Scholz und Henning Voscherau sein. Die Kommission soll ihren Bericht bis zum 31.3.1993 vorlegen.<sup>7</sup> Die CDU hatte die Arbeit früher, nämlich Ende 1992 beenden wollen.

## 2. Der außerparlamentarische Weg

Seine Arbeit beendet hat dagegen bereits das „Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder“, das sich selbst als „erste deutsch-deutsche Bürgerinitiative nach der Öffnung der Mauer“<sup>8</sup> bezeichnet. Am 16. Juni 1991 legte es in der Paulskirche in Frankfurt a.M. der Öffentlichkeit den Entwurf einer Verfassung für Deutschland zusammen mit einer Denkschrift zu diesem Entwurf vor. Das Kuratorium wurde am 16. Juni 1990 im Berliner Reichstag gegründet und war also in Wirklichkeit eine „gesamtdeutsche Bürgerinitiative.“<sup>9</sup>

Dem Kuratorium gehörten ca. 350 Mitglieder an, fast ausschließlich „Persönlichkeiten aus Politik, Kultur und Wissenschaft.“<sup>10</sup> Um einen „intellektuellen Club“ oder einen „politisch-literarischen Salon“ soll es sich aber nicht gehandelt haben.<sup>11</sup>

Die Gründung des Kuratoriums erfolgte auf Initiative der Arbeitsgruppe „Verfassung“ des Runden Tisches. Diese Arbeitsgruppe hatte westdeutsche Berater zu ihrer Arbeit herangezogen, von denen einige

<sup>7</sup> *Das Parlament*, 6.12.1991.

<sup>8</sup> Vorbemerkung der Herausgeber, in: B. Guggenberger/U. K. Preuß/W. Ullmann (Hrsg.), *Eine Verfassung für Deutschland. Manifest – Text – Plädoyers*, München/Wien 1991, S. 7.

<sup>9</sup> Vorwort S. 7, in: *Verfassung mit Volksentscheid. Reden auf dem Weimarer Kongreß im September 1990*, hrsg. vom Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder in Zusammenarbeit mit der Heinrich-Böll-Stiftung, 1991.

<sup>10</sup> Vgl. Dokumentation. Kongreß *Verfassung mit Volksentscheid*, 16. September in Weimar.

<sup>11</sup> T. Stein, *Verfassung mit Volksentscheid*, S. 40.

auch Gründungsmitglieder des Kuratoriums wurden; es gab also deutsch-deutsche Wurzeln dieses gesamtdeutschen Kuratoriums. Der Anspruch des Kuratoriums war hoch; das zeigte sich bereits in der Wahl der Tagungsorte: Reichstag, Weimarer Theater, Paulskirche. Die Resonanz in der Öffentlichkeit war gering. Von „Verfassungsfieber“<sup>12</sup> war und ist in Deutschland nichts zu spüren.

800 Teilnehmerinnen und Teilnehmer in Weimar, 450 beim nachfolgenden Treffen im Dezember in Potsdam, zu diesem Zeitpunkt auch 50.000 Unterschriften, die Paulskirche 1991 gut gefüllt, knappes Presseecho, zum Teil hämisch:<sup>13</sup> Das sind bescheidene Ergebnisse; jede lokale Bürgerinitiative zur Verhinderung des Baus einer neuen Autobahn erzielt vergleichbare. Auch das Tagungsbeiprogramm hielt sich im üblichen Rahmen. Die Friedrich-Ebert-Stiftung machte ihren Kongreß zu Verfassungsfragen.<sup>14</sup> Die Bitburger Gespräche fanden statt<sup>15</sup> und auf einer Tagung der Friedrich-Engels-Stiftung begeisterte sich Hermann Klenner für eine neue Verfassung. Es mag noch manch anderes Gespräch stattgefunden haben, das dem Verfasser bei der Zeitungslektüre entgangen ist, am Gesamtbild wird das wenig ändern. Zu diesem gehört auch, daß inzwischen die Initiative DEMokratie Entwickeln (IDEE) einen Autoaufkleber „Verfassung mit Volksentscheid“ verschickt.

12 Vgl. H. Hofmann, Über Verfassungsfieber, in: *lus commune*, Frankfurt a.M. 1990, S. 310 ff., der zugleich ein apartes neues Argument in die Verfassungsdebatte einführt: „Mit der Bedeutung der historischen Stunde plädieren Autoren für die freie Entscheidung des deutschen Volkes nach Art. 146 GG, die aller nationalen Gefühlsaufwallungen ganz unverdächtig sind. Und den Weg der Grundgesetz-Erstreckung gemäß Art. 23 GG propagieren manche, die man bislang in einer gewissen Distanz zu jenen sonst gern als eine politische Mangelerscheinung bspöttelten bloßen ‚Verfassungspatriotismus‘ Westdeutschlands vermuten durfte. Jetzt freilich scheinen gerade sie das Grundgesetz als ihre wahre Heimat zu verteidigen, die sie auf keinen Fall verlassen möchten (zumal anders die gut eingeführten Lehr- und Handbücher samt allen Kommentatoren umgeschrieben werden müßten).“.

13 Z. B. P. Bahnners, Die Stunde der Exekutive: in der Paulskirche gehen die Lichter aus. Eine Debatte von Verfassungsreformern, in: FAZ, 17.6.1991.

14 Wunsch nach einem „Taufschein“ für das vereinigte Deutschland. Kongreß in Potsdam befaßte sich mit der Frage nach einer neuen Verfassung/„Positive Signale“ auch aus der CDU, in: FR, 16.7.1990.

15 R. Reifenrath, In bester Verfassung? „Bitburger Gespräche“, diesmal themenhalber in Berlin, in: FR, 1.10.1991.

Vervollständigt wird das Bild großer Öffentlichkeitsferne der bisherigen Verfassungsdebatte schließlich durch die gänzliche Ignorierung der Thesen, die von sozialdemokratischen Juristen und einer Juristin für den Parteivorstand erarbeitet worden sind.<sup>16</sup>

Mit der Einsetzung der Gemeinsamen Verfassungskommission und der Vorlage des Verfassungsentwurfs des Kuratoriums ist die Verfassungsdebatte in eine neue Phase eingetreten. Die organisierten Interessen, die Parteien, Kirchen, Verbände werden sich zu Wort melden, die Flut an Literatur wird mächtig anschwellen. Wenn auch dann das Volk möglicherweise vom Verfassungsfieber immer noch nicht ergriffen werden wird, das Tagungsfieber wird gewiß grassieren.

*Wie offen ist die Verfassungsfrage nach der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands?*

Die Antwort auf diese von dem Würzburger Völkerrechtler Dieter Blumenwitz gestellte Frage ist zugleich die Antwort auf mögliche Grenzen der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes. Das Grundgesetz enthält – und enthielt – in Art. 79 GG die Normierung seiner Änderung. Art. 146 a. F. GG betraf demgegenüber die Ablösung des Grundgesetzes; er lautete: „Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“ Durch den Einigungsvertrag vom 31.8.1990 in Verbindung mit Art. 1 des Einigungsgesetzes wurde Art. 146 GG geändert; er hat nunmehr folgenden Wortlaut: „Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit ...“; der weitere Text ist identisch mit dem des Art. 146 GG a. F.

Blumenwitz bezeichnet diese Änderung des Grundgesetzes mit einem verbreiteten, auch im Einigungsvertrag selbst verwandten Sprachgebrauch als „beitrittsbedingte Änderung“. Das ist ein unklarer und verschleiender Begriff. Der Beitritt der DDR gemäß Art. 23 GG konnte

<sup>16</sup> Zur Verfassung des deutschen Staates. Das Grundgesetzpapier für den Parteivorstand, in: *Recht und Politik* 1990, S. 207 ff.; vgl. auch J. Seifert, Verfahrensregeln für Streitkultur. Ein Plädoyer für eine Verfassungsdebatte, in: *KJ* 1991, S. 362 ff.

weder von seiten der DDR erklärt werden, noch konnte die BRD für den Beitritt Bedingungen setzen; eine Änderung des Art. 146 GG a. F. trat auch nicht unmittelbar durch den Beitritt ein. Es handelt sich in Wirklichkeit um eine „vertragsbedingte“ Änderung; nur dieser Begriff bringt die Problematik dieser Grundgesetzänderungen zum Vorschein. Der Einigungsvertrag, ein völkerrechtlicher Vertrag, der von den Regierungen der BRD und der DDR abgeschlossen worden war, enthielt zugleich die vertragliche Pflicht, das Grundgesetz zu ändern, und zwar sollten die Präambel sowie Art. 51 Abs. 2 GG und 146 GG geändert, Art. 135a Abs. 2 GG und 143 GG eingefügt und Art. 23 GG aufgegeben werden. Diesem Vertrag ist von Bundestag und Bundesrat mit den für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheiten zugestimmt worden.

Gemäß Art. 79 Abs. 1 kann das Grundgesetz nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt. Damit soll die sogenannte Verfassungsdurchbrechung verhindert werden. Das Zustimmungsgesetz zum Einigungsvertrag enthält die Grundgesetzänderungen nicht, diese enthält nur der Vertrag. Die Änderungen des Grundgesetzes sind deshalb auch – richtigerweise – im Bundesgesetzblatt Teil II, S. 885 veröffentlicht worden und nicht im Teil I. Das ist nicht nur eine verfassungsrechtliche Kuriosität, sondern eine zusätzliche Bestätigung dafür, daß Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG offenkundig verletzt worden ist. Einschneidender noch ist die gravierende Verletzung des Demokratiegebots und der Rechte von Parlament und Bundesrat durch dieses Verfahren. Dem Einigungsvertrag konnte nur zugestimmt oder nicht zugestimmt werden; deshalb war es den gesetzgebenden Körperschaften nicht möglich, die Grundgesetzänderungen Punkt für Punkt im Medium politischer Öffentlichkeit zu diskutieren und sie gegebenenfalls abzuändern. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 18. September 1990<sup>17</sup> dies Verfahren gebilligt. Dieser Beschluß, von äußerster Dürftigkeit nicht nur der Anzahl der Zeilen nach, rechtfertigt letztlich die Demokratieverkürzung und die Beschneidung der Rechte der gesetzgebenden Körperschaften schlicht mit dem grundgesetzlichen Gebot der Wiedervereinigung; den Gestaltungsspielraum, der den Verfassungsorganen zukomme, gestaltete das Bundesverfassungsgericht so weit aus, daß auch das demokratiegefähr-

17 DVBl. 1990, S. 1163 und DtZ. 1990, S. 276.

dende Spiel mit den zwingenden Verfahrensvorschriften zur Änderung des Grundgesetzes noch seinen Raum fand. Blumenwitz referiert kurz diesen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, verweist jedoch nicht einmal in einer Anmerkung auf dessen Problematik.

Dieser Beschluß, dem eine herausragende Bedeutung für die demokratische grundgesetzliche Ordnung der Bundesrepublik zukommt, fand und findet nicht die ihm zukommende Beachtung in der Staatsrechtslehre und in der Öffentlichkeit. In der *Juristenzeitung*, um nur ein Beispiel zu nennen, wurde er noch nicht einmal abgedruckt. Das „Versagen des Gerichts bei der Kontrolle des Einigungsvorgangs, insbesondere durch den sogen. Einigungsvertrag“, ist für den ehemaligen Verfassungsrichter Geiger jedoch die „sichtbare Zäsur“, daß die große Zeit der Verfassungsgerichtsbarkeit vorbei sei.<sup>18</sup>

Matthias Herdegen bemerkt immerhin, die Begründung des Gerichts „vermag nicht ganz zu befriedigen, zumal sie sich nicht näher mit der Problematik des schwerwiegenden Eingriffs in die Rechtsstellung von Abgeordneten auseinandersetzt, der im Ausschluß von Änderungsverträgen zu verfassungsändernden Verträgen liegt.“<sup>19</sup>

Die vertragliche Änderung des Art. 146 GG ist wohl nicht in erster Linie auf den Wunsch des Vertragspartners der Bundesregierung, die Regierung der DDR, zurückzuführen, sondern auf die SPD der Bundesrepublik, insbesondere auf Oskar Lafontaine.<sup>20</sup>

Art. 146 GG n. F. normiert nicht das Verfahren, mit dem das deutsche Volk eine neue Verfassung in freier Entscheidung beschließt. Der normale Weg, die Einberufung einer direkt vom Volk gewählten verfassungsberatenden oder verfassungsgebenden Versammlung ist nicht zwingend vorgeschrieben worden; er wurde aber auch nicht ausgeschlossen. Für denkbar wird sogar ein reines Verfassungsplebiszit gehalten, z. B. eine Volksabstimmung über das Grundgesetz aufgrund eines Beschlusses der Bundesregierung. Art. 146 n. F. GG schließt auch ein solches Verfahren nicht aus – demokratieangemessen wäre es jedoch

18 W. Geiger, Vierzig Jahre Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, in: DRiZ 1991, S. 357 ff., S. 363.

19 M. Herdegen, *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, Heidelberg 1991, S. 5.

20 G. Roellecke, Brauchen wir ein neues Grundgesetz? In: NJW 1991, S. 2442 ff., S. 2443: Nicht die DDR-Regierung oder eines der neuen Länder hat die Neufassung des Art. 146 verlangt, sondern eben Lafontaine, der im Sommer 1990 Kanzlerkandidat war.

nicht. Die Opposition hat die Verfassungsfrage zwar offenhalten wollen, diesen Willen aber nicht sehr klar und entschieden geäußert und damit jenen Kräften Entfaltungsmöglichkeiten eröffnet, die entschlossen sind, die angelehnte Tür, die dem Volk den Weg zu seiner Verfassungsselbstbestimmung öffnet, wieder zu verschließen und zuzumauern.

Ein Problem stellt ferner das Verhältnis von Art. 146 GG und Art. 79 GG dar. Ist zunächst eine Änderung des Grundgesetzes gemäß Art. 79 GG mit Zweidrittel-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat zu beschließen? Ist der gemäß Art. 79 Abs. 3 GG mit Ewigkeitsgeltung versehene Kernbestand des Grundgesetzes zu wahren? Die herrschende Lehre nimmt das an, wie vor auszusehen war.<sup>21</sup>

Der bisherige Prozeß der Verfassungsneugestaltung, begonnen mit der Einsetzung der Verfassungskommission, geht denn auch von der Vorschaltung des Art. 79 GG aus.

Art. 79 GG ermächtigt indes nicht zur Verfassungsneuschöpfung oder zur Totalrevision der Verfassung; wohl aber kann das Volk nach dem klaren Wortlaut des Art. 146 GG das Grundgesetz außer Kraft setzen und eine neue Verfassung beschließen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber maßt sich also einen Teil der nur dem Volk aufgrund der Volkssouveränität und der positiven Bestimmung des Art. 146 n. F. GG zustehenden verfassungsgebenden Gewalt an, indem dem Volk nur eine Verfassung zur Abstimmung vorgelegt werden soll, die zuvor gemäß Art. 79 GG beschlossen worden ist.

Blumenwitz stellt die noch weitergehende, von Art. 79 GG unabhängige These auf: „Der Möglichkeit einer permanenten Verfassungsneuschöpfung werden durch die Begriffe der Verfassung und des verfaßten Staates Schranken gesetzt.“ Daraus folgt vor allem die Notwendigkeit einer „materiell-rechtlichen Einbindung“ und einer „verfahrensrechtlichen Einbindung“ der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes.<sup>22</sup>

Nicht der positive Wortlaut der Normen über Verfassungsänderung und Verfassunggebung soll also maßgeblich sein, sondern der „Begriff der Verfassung“. Die ansonsten von der Rechtslehre vehement abgelehnte sogenannte Begriffsjurisprudenz soll nun wieder helfen, Interpretationsergebnisse gegen den Wortlaut und den erkennbaren Willen des

21 Vgl. P. Römer, Die demokratischen Kosten der Einheit, in diesem Band, S. 189 ff.

22 D. Blumenwitz, a.a.O., S. 5.



historischen Gesetzgebers zu gewinnen. Als ob nicht auch der Begriff „der“ Verfassung sehr umstritten wäre,<sup>23</sup> ebenso wie die Begriffe „der“ Demokratie oder „der“ Volkssouveränität, deren Verhältnis zum Begriff „der“ Verfassung dann zu klären wäre. Zum „Begriff des modernen Staates“ gehört nach Blumenwitz „die normative Beständigkeit der Verfassung“<sup>24</sup> und daraus folge u. a. „die Notwendigkeit einer materiellrechtlichen Einbindung“ der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes. Gehört es aber nicht andererseits zum Begriff der Volkssouveränität, und der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, daß sie prinzipiell unbeschränkt ist und keiner materiellrechtlichen Einbindung unterliegt?

Es ist unbestritten eine der wichtigen Funktionen der Verfassung, Konstanz und Sicherheit zu garantieren; deshalb sind verfassungsrechtliche Normen in der Regel erschwert abänderbar. Begriffsnotwendig ist das nicht; eine Verfassung bleibt rechtliche Grundordnung und oberste Norm im Stufenbau der Rechtsordnung auch dann, wenn sie insgesamt mit einfacher Mehrheit abgeändert werden kann oder wenn einzelne ihrer Normen mit einfacher Mehrheit abgeändert werden können. Es ist stets der Verfassungsgeber selbst, der bestimmt, ob, mit welchen inhaltlichen Vorgaben und in welchem Verfahren die Änderung, Ergänzung oder Aufhebung der verfassungsgesetzlichen Normen zulässig sein soll. Eine Rechts- und Verfassungslehre, die aus einem von ihr vorgefertigten Verfassungsbegriff materiellrechtliche Beschränkungen der Befugnis zur Verfassunggebung konstruiert, versucht, demokratiewidrig den Verfassungsgeber zu bevormunden.

Aus einem – angeblich! – vorgegebenen Begriff der Verfassung und des verfaßten Staates lassen sich gegen den Wortlaut des Art. 146 GG keine inhaltlichen Bindungen für die „freie Entscheidung“ des Volkes gemäß Art. 146 GG gewinnen.

Eine verbreitete Lehre versucht denn auch nicht, mit Hilfe eines vorgegebenen Verfassungsbegriffs die Geltungskraft des Art. 146 GG zu beseitigen oder zu mindern, sondern bezieht sich auf die verfassungstheoretische Unterscheidung von verfassungsgebender und verfassungsändernder Gewalt – *pouvoir constituant originaire* und *pouvoir*

23 Vgl. z. B. die Beiträge und die Auswahlbibliographie in: M. Friedrich (Hrsg.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt 1978.

24 D. Blumenwitz, S. 5.

constituant institué. So in der weiteren Begründung auch Blumenwitz. Von einigen Autoren, nicht von Blumenwitz, wird sogar unter Bezugnahme auf die Unterscheidung die Meinung vertreten, Art. 146 GG sei eine verfassungswidrige Verfassungsnorm. Blumenwitz kommt dieser Position allerdings sehr nahe. Die Erklärung der Verfassungswidrigkeit wird nur vermieden durch eine Auslegung des Art. 146 GG, die ihm eigenen normativen Gehalt abspricht. Blumenwitz stellt fest: „Bei verfassungskonformer Auslegung hat Art. 146 GG neben Art. 79 GG keinen spezifischen Anwendungsbereich.“ Der Aussagegehalt der Norm reduziere sich auf die verfassungsrechtliche Klarstellung einer „Bin-senweisheit“ der allgemeinen Staatslehre, die alte Verfassung trete mit dem Erlaß einer neuen außer Kraft.<sup>25</sup>

Wo bleibt bei dieser Auslegung das Volk, das in „freier Entscheidung“ seine Verfassung beschließt? Es wird in diesen Lehren von der Verfassungswidrigkeit oder der Bedeutungslosigkeit des Art. 146 GG n. F. eliminiert.

Blumenwitz behauptet ferner: „Der pouvoir constituant institué ist im Gegensatz zum pouvoir constituant an die sach- und verfahrensrechtlichen Vorgaben der bestehenden verfassungsmäßigen Ordnung gebunden.“<sup>26</sup>

An die bestehende verfassungsmäßige Ordnung ist die verfassunggebende Gewalt, wie immer man auch das Verhältnis von verfassunggebender und verfassungsändernder Gewalt ansonsten bestimmen mag, nicht gebunden, wenn man unter verfassungsmäßiger Ordnung die Gesamtheit der Rechtsnormen versteht, die der Verfassung entsprechen, die also nicht verfassungswidrig sind; anderenfalls würde die verfassunggebende Gewalt des Volkes an das gesamte einfache Recht gebunden. Das eigentliche, viel behandelte, Problem ist vielmehr, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber befugt ist, sich an die Stelle der verfassunggebenden Gewalt zu setzen, indem er eine neue Verfassung erläßt oder indem er der verfassunggebenden Gewalt neue, in der geltenden Verfassung nicht enthaltene, inhaltliche oder verfahrensmäßige Schranken setzt. Eine besondere Zuspitzung erhält das Problem, wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber das Subjekt der verfassunggebenden

25 D. Blumenwitz, a.a.O., S. 11.

26 D. Blumenwitz, a.a.O., S. 5.

Gewalt austauscht; wenn er also z. B. die Staatsform der demokratischen Republik durch die der Diktatur oder der absoluten Monarchie ersetzt und die verfassunggebende Gewalt nicht mehr dem Volk, sondern einem Diktator oder einem Monarchen zukommen soll. Unter diesem Gesichtspunkt wurden die Grenzen der Verfassungsänderung in der Weimarer Republik diskutiert, deren Verfassung keine Schranken der Verfassungsänderung vorsah.

Wenn das Volk, von dem alle Staats- und Verfassungsgewalt ausgeht, sich eine Verfassung gibt, so kann es nicht nur das Verfahren der Verfassungsänderung normieren, sondern auch Normen erlassen, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen, in welchem Verfahren und gegebenenfalls mit welchen inhaltlichen Einschränkungen diese seine eigene verfassunggebende Gewalt erneut tätig werden soll. Der demokratische Normalfall ist jedoch, daß sich das Volk jederzeit eine neue Verfassung geben kann – sonst unterläge die Souveränität des Volkes Beschränkungen und wäre überhaupt keine volle Souveränität mehr. Man kann auch nicht von einer „Selbstbindung“<sup>27</sup> des Verfassungsgebers sprechen, wenn die zukünftige Verfassunggebung beschränkt oder gar ausgeschlossen wird, denn es bindet sich nicht der jeweilige Verfassungsgeber, vielmehr wird der zukünftige Verfassungsgeber gebunden: Ihm wird das Recht zur Selbstbestimmung und Verfassunggebung beschnitten. Der Verfassungsgeber ist jedoch, wie immer man das auch demokratietheoretisch bewerten mag, rechtlich nicht gehindert, Verfahren und Inhalte künftiger Verfassunggebung zu normieren. Geschieht dies, wie z. B. durch die sogenannte Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG, so ist der verfassungsändernde Gesetzgeber rechtlich nicht in der Lage, diese Bestimmungen zu ändern. Nur durch einen verfassungswidrigen, revolutionären Akt könnte der verfassungsändernde Gesetzgeber – oder eine neu sich formierende verfassunggebende Gewalt – diese Normen ändern.

Es war und ist umstritten, ob das Volk bei dem Erlaß einer neuen Verfassung gemäß Art. 146 GG an Art. 79 Abs. 3 GG gebunden ist. Auf dieses Problem soll, soweit es als verfassungsdogmatisches Problem der positiv-rechtlichen Zuordnung von Art. 146 GG a. F. bzw. Art. 146 GG n. F.

27 R. Bartlsperger, Verfassung und verfassunggebende Gewalt im vereinten Deutschland, in: DVBl. 1990, S. 1285 ff., S. 1299.

behandelt wurde und behandelt wird, nicht eingegangen werden – es ist für die gegenwärtige Verfassungsneuegebungsdiskussion ohnedies ohne jede praktische Relevanz, da niemand an eine Beseitigung der in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Grundsätze denkt. Wohl aber ist folgendem verfassungstheoretischen Argumenten entgegenzutreten: Weil der verfassungsändernde Gesetzgeber, also Bundestag und Bundesrat, in Art. 146 GG n. F. Fragen der Verfassungsgebung normiert hat, habe er seine Kompetenz überschritten und sich Rechte angemäÙt, die nur der Verfassungsgeber selbst, also das Volk, ausüben könne. Verfassungswidrig wäre es allerdings, wenn der verfassungsändernde von der verfassungsgebenden Gewalt eingesetzte Verfassungsgesetzgeber die Rechte des ursprünglichen Verfassungsgebers beschneiden oder aufheben würde. Sieht z. B. eine Verfassung, die von dem Grundsatz der Volkssouveränität ausgeht, vor, daß eine Verfassungsneuegebung nur vom Volk beschlossen werden kann, so wäre eine Verfassungsänderung verfassungswidrig, die bestimmt, ein Verfassungsrat oder ein anderes Gremium oder die gesetzgebenden Körperschaften selbst seien nunmehr ermächtigt, an Stelle des Volkes eine neue Verfassung zu erlassen. Etwas ganz anderes ist es aber, wenn dem Verfassungsgeber selbst, dem Volke also, mehr Rechte zuerkannt werden. Zutreffend stellt Dirk Heckmann fest, mit der Neufassung von Art. 146 GG hätten die *pouvoirs constitués* „einen Teil ihrer Kompetenzen an den *pouvoir constituant* zurück“ gegeben.<sup>28</sup>

Das Volk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht, hat das Grundgesetz nicht beschlossen, es hat ihm auch nicht später in einer formellen Abstimmung zugestimmt, und zwar weder das Volk des – angeblich – fortbestehenden Deutschen Reiches noch das Volk der BRD oder das Volk der DDR. Wenn dieses deutsche Volk nun erstmals, seit es im Januar 1919 die Nationalversammlung wählte, befugt sein soll, seine Verfassung zu beschließen, so wird nun von einem beträchtlichen Teil der Staatsrechtslehre diese Befugnis in Zweifel gezogen mit dem Argument: Unzulässiger Übergriff auf das Recht der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes. Eine nicht nur falsche, sondern geradezu zynische Argumentation.

28 D. Heckmann, Verfassungsreform als Ideenwettbewerb zwischen Staat und Volk. Zur Harmonisierung von Art. 76, 146 GG und Art. 5 EV., in: DVBl., S. 847 ff., S. 853.

Diese Lehren beziehen sich also auf die Unterscheidung von konstituierter verfassungsgebender Gewalt und konstituierter verfassungsändernder Gewalt. Eine andere Argumentationsphalanx zur Aushebelung des Art. 146 GG sieht in der verfassungsgebenden Gewalt ausschließlich eine extrakonstitutionelle Gewalt. Nach Bartlsperger unterscheiden sich verfassungsgebende und verfassungsändernde Gewalt „lediglich dadurch, daß die verfassungsgebende Gewalt ‚konstituierend‘, die verfassungsändernde Gewalt dagegen ‚konstituiert‘ und an die Verfassungsgeltung gebunden ist. Mit dem Akt der Verfassungsgebung wird daher die verfassungsgebende Gewalt des Volkes extrakonstitutionell“ und somit „illegal“.<sup>29</sup>

Insoweit dann folgerichtig erblickt Bartlsperger in Art. 146 GG n. F. eine verfassungswidrige Verfassungsnorm und hält das Bundesverfassungsgericht für befugt, diese Verfassungswidrigkeit auszusprechen.

Vergleichbar argumentiert auch Gerd Roellecke. Er behauptet,<sup>30</sup> daß neues Verfassungsrecht nur durch Verfassungswandel, Verfassungsänderung oder durch Revolution geschaffen werden kann – die Möglichkeit einer verfassungsgemäßen Verfassungsneuschöpfung, z. B. in der Schweiz vorgesehen, existiert für ihn nicht einmal mehr begrifflich. Ähnlich auch Reinhold Zippelius, demgemäß Art. 146 GG nicht nur verfassungswidrig ist, sondern andererseits auch entbehrlich, da die elementare verfassungsgebende Gewalt keiner legalen Ermächtigung bedürfe, ihr aber auch nicht zugänglich sei.<sup>31</sup>

Diese Auffassung von der verfassungsgebenden Gewalt geht auf Carl Schmitt zurück. Nach ihm kann sich die verfassungsgebende Gewalt „niemals verfassungsgesetzlich konstituieren. Das Volk, die Nation bleibt der Urgrund alles politischen Geschehens, die Quelle aller Kraft, die sich in immer neuen Formen äußert, immer neue Formen und Organisationen aus sich herausstellt, selbst jedoch niemals ihre politische Existenz einer endgültigen Formierung unterordnet.“<sup>32</sup>

29 R. Bartlsperger, a.a.O., S. 1299, 1300.

30 G. Roellecke, Brauchen wir ein neues Grundgesetz?, in: NJW 1991, S. 2441 ff., insbes. S. 2444.

31 R. Zippelius, Quo vadis Grundgesetz?, in: NJW 1991, S. 23.

32 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., Nachdruck Berlin 1989, S. 79.

Diese These Carl Schmitts ist als Bestandteil einer politikwissenschaftlichen und soziologischen Theorie über die Entstehung und den Untergang des Rechts und des Verfassungsrechts gewiß beachtlich und diskussionswürdig und gegen den vorschnellen Vorwurf des Machtdenkens in Schutz zu nehmen. Wer den Schleier des Rechts hebt und den Anblick nicht scheut, dem starrt, wie schon Kelsen wußte, das Gorgonenhaupt der Macht entgegen. Das Recht aber, einmal durch politische Macht gesetzt, ist ein relativ eigenständiges System, das, wie Kelsen und Luhmann eingehend analysiert haben, die Eigenart besitzt, seine eigene Erzeugung zu normieren. Revolutionen sind damit nicht abgeschafft und das Faktum, daß eine extrakonstitutionelle Macht sich gegen die legale Macht, wenn die Verhältnisse denn so sind, durchzusetzen vermag, auch nicht.

Das sind jedoch Grenz- und Ausnahmesituationen. In der verfassungsrechtlichen Normallage kann die Verfassunggebung selbst durch das Verfassungsrecht normiert werden. In der Schweiz z. B. ist das selbstverständlich, und Art. 146 n. F. GG sieht dies nunmehr auch für die Bundesrepublik vor.

Blumenwitz erblickt in den Normen zur Totalrevision einer Verfassung „eine rechtliche Verbindung zwischen bestehender Verfassungsordnung und extrakonstitutioneller Verfassungsänderung (,Verfassungsablösung‘) durch Überleitungsnormen.“<sup>33</sup>

Die „extrakonstitutionelle Verfassunggebung“ bleibt jedoch als faktische Möglichkeit der Setzung einer neuen Verfassung durch Revolution stets bestehen; sie kann nicht, ohne ihr Wesen zu verändern, „übergeleitet“ werden. Verfassungsneugebung aufgrund der Normen einer Verfassung ist ein verfassungsgemäßer Prozeß; so wie jedes andere Gesetz auch, kann das Verfassungsgesetz durch ein – wiederum gesetzlich normiertes – Verfahren aufgehoben oder geändert werden. Durch Art. 146 GG wird nichts „Extrakonstitutionelles“ übergeleitet, vielmehr wird die in Art. 20 GG normierte Verfassungssouveränität des Volkes rechtlich ausgestaltet und funktionsfähig gemacht.

Die Schmittsche Erkenntnis, daß solche verfassungsrechtlichen Normierungen nicht die „endgültige Formierung“ der politischen Existenz eines Volkes sein können, ist so richtig wie banal und kann nicht be-

33 D. Blumenwitz, a.a.O., S. 6.

sagen, daß die verfassungsgebende Gewalt, einmal – oft, historisch gesehen, aufgrund einer Revolution – ausgeübt, nunmehr ausschließlich als faktische und extrakonstitutionelle Gewalt weiter bestehen könnte. Eben dies ist vielmehr der demokratische und zivilisatorische Fortschritt, daß durch das Verfassungsrecht selbst eine Aufhebung, Änderung und Fortbildung normiert wird und daß dadurch dieser Prozeß gewaltfrei gehalten wird.

Die emphatische Anerkennung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes als permanent vorhandene faktische und extrakonstitutionelle Gewalt soll auf der anderen Seite die Beschneidung oder die Abschaffung der verfassungsgebenden Gewalt als verfassungsrechtliche Befugnis legitimieren.

Für die Auslegung des Art. 146 GG ist schließlich noch Art. 5 des Einigungsvertrages von Bedeutung, demgemäß die Regierungen der beiden Vertragsparteien den gesetzgebenden Körperschaften des vereinten Deutschlands empfehlen, „sich innerhalb von zwei Jahren mit den im Zusammenhang mit der deutschen Einigung aufgeworfenen Fragen zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes zu befassen, insbesondere ... mit der Frage der Anwendung des Art. 146 des Grundgesetzes und in deren Rahmen einer Volksabstimmung.“ Eine Meisterleistung der Gesetzgebungskunst und der Sprachgestaltung ist diese Vertragsbestimmung gewiß nicht. Obwohl lediglich die „Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes“ angesprochen wird, kann wegen des eindeutigen Wortlauts des Art. 146 n. F. nicht davon ausgegangen werden, er normiere nur die Änderung des Grundgesetzes, nicht aber die Neuschöpfung einer Verfassung. Vorrangig ist Art. 146 GG aus sich heraus zu interpretieren, nicht aus unterverfassungsrechtlichem sonstigen Vertragsrecht. Art. 146 GG ist in seiner Geltungsdauer zeitlich nicht begrenzt, er tritt deshalb nicht außer Kraft oder wird auf sonstige Weise obsolet, wenn die gesetzgebenden Körperschaften der Empfehlung der Regierungen nicht nachkommen; ohnedies ist es eine bedenkliche Gewaltverschiebung, wenn hier die Regierungen dem Parlament und dem Bundesrat Empfehlungen für die Befassung mit Grundgesetzänderungen und mit einer Verfassungsneuschöpfung geben. Art. 146 n. F. bleibt ein ständiger Geltungsvorbehalt des Grundgesetzes bis zum Erlaß einer neuen Verfassung.

*Von der Feier der Einheit zum Pathos des Neubeginns*

„Es ist ja am 3. Oktober 1990 nicht nur die DDR untergegangen, sondern auch der unpolitische Wirtschaftsstaat Bundesrepublik in seinen Grenzen von 1949.“<sup>34</sup> Der Deutschen neuer Staat werde, so U. K. Preuß, deshalb eine neue Rolle in der Staatenwelt erhalten. Verfassungsgebung sei ein kollektiver Lernprozeß, in dem diese Rolle gelernt werden könne, um so dem Frieden in der Welt zu dienen. Preuß hat mit diesem Argument den Blick auf ein Problem eröffnet, das in der gegenwärtigen Verfassungsdiskussion etwas an den Rand gerückt ist; diese Diskussion wird weit stärker im Hinblick auf Legitimationsdefizite des Grundgesetzes geführt, und sie wird beherrscht von den partizipativen, sozialen und ökologischen Problemen sowie denen der Gleichstellung von Frau und Mann, deren Lösung der neuen Verfassung aufgegeben sei. Die Stellung Deutschlands als Weltmacht ist, wie Preuß zutreffend hervorhebt, auch ein Verfassungsproblem.

Die Westmächte, die sich stets ihre Rechte und Verantwortlichkeiten „in Bezug auf Berlin und auf Deutschland als Ganzes einschließlich der Wiedervereinigung Deutschlands und einer friedensvertraglichen Regelung“, Art. 2 Deutschlandvertrag, vorbehalten hatten, sind sehr schnell zu Statisten auf der Wiedervereinigungsbühne degradiert worden, obwohl bei ihnen wohl mancher sich des Andreotti-Wortes: „Es gibt zwei deutsche Staaten und zwei deutsche Staaten sollen es bleiben“ nicht ohne Wehmut mag erinnern haben. Daran, daß die Westmächte die Formen der Herstellung der Einheit hätten beeinflussen können, z. B. indem sie eine Volksabstimmung zur Einheit und zur neuen Verfassung gefordert hätten, war ohnehin nicht zu denken; es wäre dies zwar rechtlich, jedoch nicht politisch möglich gewesen. Die Rolle der Bundesrepublik im Golfkrieg, und später dann die gegen den ausdrücklichen Willen der UNO, der USA und Frankreich erklärte Anerkennung Kroatiens und Sloweniens durch die Bundesrepublik zeigen sehr deutlich, wie eigenständig und selbst- und machtbewußt die Bundesrepublik ihre neue Stellung im internationalen System einzunehmen gedenkt.

Wird da die Verfassungsdiskussion zur Chance, die Verhältnisse zum Besseren zu wenden? Erste Voraussetzung dafür wäre die richtige Er-

34 U. K. Preuß, a.a.O., S. 13.



kenntnis dessen, was am 3. Oktober 1990 geschehen ist. Es sei „ja“ nicht nur die DDR untergegangen? So wurde und so wird das von denjenigen Kräften in der Bundesrepublik nicht gesehen, von denen die Einheit durchgesetzt wurde. Ein „anderer Teil Deutschlands“ ist demnach nach Art. 23 a. F. GG beigetreten. Die DDR wurde als Staat nie voll anerkannt; das Vorhandensein einer DDR-Staatsbürgerschaft wurde geleugnet. Deshalb konnte nach dieser Auffassung die DDR auch nicht untergehen; nicht erst mit dem Einigungsvertrag wurde versucht, der DDR das Recht der Bundesrepublik überzustülpen. Seit der neuen Ostpolitik der sozial-liberalen Koalition und dem Grundlagenvertrag gab es auch Gegenbewegungen. Aber nunmehr sind alle Kräfte in der Bundesrepublik vorrangig darauf gerichtet, alles auszulöschen und mit Rückwirkung zu vernichten, was als DDR-Wirklichkeit existierte und als DDR-Recht Geltung beanspruchte. Bei der Herstellung der Einheit haben sich jene Kräfte durchgesetzt, die nun die Möglichkeit sehen, ihre Theorie vom Nicht-Staat DDR mit rückwirkender Kraft auszustatten.

Nach der Beseitigung der SED-Herrschaft hätte die DDR als Staat überhaupt erst einmal von der BRD voll anerkannt werden müssen, damit ihre Bürger dann im klaren Bewußtsein aller Konsequenzen den Untergang der DDR als Staat und die Vereinigung mit der BRD hätten beschließen können. Das massive Eingreifen der bundesrepublikanischen Parteien bei den Märzahlen zur Volkskammer – gegen den ausdrücklichen Willen des Runden Tisches – zeigte, wie wenig man bereit war, die eigenständige Staatlichkeit der DDR zu achten sowie die Selbstbestimmung ihrer Bürger. Der Vertrag über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion machte ebenfalls deutlich, daß nicht die Herstellung und Stärkung eines demokratischen Gemeinwesens, das über seine wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen souverän verfügt, beabsichtigt war, sondern die Liquidation jenes „Phänomens“ (Kiesinger), dieses Gebilde in Anführungsstrichen. Nur eine Macht- und Interessenanalyse, welche die Form, in der dieser Beitritt sich vollzogen hat, analysiert, kann Antwort auf die Frage geben, ob bei einer Verfassungsrevision die geltenden Normen des Grundgesetzes zum Friedensgebot, zum Einsatz des Militärs und zu den außenpolitischen Handlungsmöglichkeiten der BRD durch solche ersetzt werden könnten, die eine Friedenspolitik garantieren, oder ob nicht vielmehr im Gegenteil die Gefahr besteht, daß eine Änderung des Grundgesetzes eher zu einer

verfassungsrechtlichen Anerkennung der neuen, auch militärische Optionen einschließenden Rolle der Bundesrepublik führt.

Einwände sind auch gegen die These von Preuß zu erheben, am 3. Oktober 1990 sei „auch der unpolitische Wirtschaftsstaat Bundesrepublik untergegangen“. Untergegangen ist der Wirtschaftsstaat Bundesrepublik gewiß nicht, vielmehr ist er wirtschaftlich und politisch erstarkt. Unpolitisch war er auch zuvor nicht, sondern, vor allem wegen seiner Wirtschaftsmacht, aber auch wegen seines Militärs und seiner Rüstungsindustrie ein starker politischer Faktor in Europa und der Welt. Das Argument, nun sei, was die politische Stellung und die Aufgaben der Bundesrepublik angehe, alles anders als zuvor, ist das Argument derjenigen, die meinten, Deutschland hätte sich auch militärisch im Golfkrieg engagieren sollen und die vehement ein militärisches Eingreifen zugunsten Kroatiens fordern, an dem sich leider die BRD – noch – nicht beteiligen könne. Um den Einsatz der Bundeswehr als Ordnungsmacht auch außerhalb des NATO-Gebietes zu ermöglichen, wird die Änderung der Verfassung gefordert. Auch von der SPD wird mittlerweile die Beteiligung der Bundeswehr an Blauhelmaktionen der UN für richtig gehalten. Damit ist der erste Schritt zum erweiterten Einsatz der Bundeswehr getan; weitere werden folgen.

Weil das Grundgesetz im Hinblick auf diesen Problembereich ebenso wie in der Asylfrage wieder einmal, wie so oft schon in der Geschichte der Bundesrepublik, links von der Wirklichkeit steht, ist die Aufgabe der am Frieden interessierten Kräfte die Verteidigung des Grundgesetzes in seiner jetzigen Fassung.

Preuß schreibt weiter: „Wir Deutschen sind dabei, uns nach innen und nach außen als politisches Gemeinwesen neu zu konstituieren, wir mögen das wahrhaben oder nicht. So sollten wir denn auch die aufgeklärte Form politischer Selbstkonstitution wählen – die der Verfassungsgebung.“<sup>35</sup> Und: „Eine Gesellschaft, die sich eine Verfassung gegeben hat, ist politisch intelligenter, wacher und über sich selbst aufgeklärter als ein Staat, der seine wirtschaftliche, politische und auch militärische Macht spürt, aber in diesem quasi naturwüchsigen Zustand verharrt, weil

35 U. K. Preuß, a.a.O., S. 14.

er keine institutionalisierten Formen der Reflexion über seine welt-politische Rolle und damit verbundene Verantwortlichkeit kennt.“<sup>36</sup>

Das ist hehr gedacht und edel formuliert. Man wird ja bald sehen, was an Reflexion und aufgeklärter Form politischer Selbstkonstitution in der Verfassungskommission mit Zweidrittel-Mehrheit produziert werden wird, wie das Ergebnis im Bundestag, wo die Repräsentanten der „sich wechselseitig als Gleiche anerkennenden Bürger“ versammelt sind, als Verfassungsnormen und damit als „Formen der Selbstwahrnehmung, der Selbstorganisation und der Selbsteinwirkung der Gesellschaft“<sup>37</sup> diskutiert und als neue Verfassung der „Reife der Zeit“ entsprechend beschlossen und dann von den Parteien und ihren Hilfstruppen in den Verbänden und Medien dem Volk angedient werden wird. Man kann lediglich wünschen, daß Preuß recht behalten wird, erwarten sollte man es besser nicht. Nach Preuß „sind“ Verfassungen Formen der Selbstorganisation usw. der Gesellschaft. Gemeint kann nur sein: Sie sollen es sein; ob sie es auch wirklich sind, kann nur die politikwissenschaftliche Analyse der jeweiligen wirklich geltenden Verfassung ergeben. Verfassungen als Ergebnisse von Macht- und Interessenkämpfen, als Kompromisse unterschiedlicher gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und politischer Interessengruppen oder gar als Resultate der politischen Formen des Klassenkampfes „nach gewonnener Schlacht durch die siegende Klasse festgestellt“<sup>38</sup> existieren für das Wahrnehmungsinteresse von Preuß nicht mehr. Dabei ist doch unschwer zu erkennen, wer nach dem Sieg im Kalten Krieg und dem Ende des „Weltbürgerkriegs“ die Verfassung für ganz Deutschland festgesetzt hat und wer die Macht besitzt, ihren Inhalt auch weiterhin zu bestimmen.

Die Verfassunggebung als „aufgeklärte Form politischer Selbstkonstitution“ ist für Preuß „meta-politisch“, denn sie betrifft „unsere Fähigkeit zur Politik, zur Konstitution als politische Gesellschaft.“<sup>39</sup>

Politik, als Kampf um die Macht verstanden, werde keines der neuen, häufig moralisch geprägten Probleme der nachindustriellen Gesellschaft lösen können. „Ironischerweise haben die Revolutionen des Jahres 1989

36 U. K. Preuß, a.a.O., S. 13.

37 U. K. Preuß, a.a.O., S. 14.

38 Brief von Engels an Joseph Bloch, *MEW* 34, S. 462 ff., S. 463.

39 U. K. Preuß, a.a.O., S. 14.

sogar zu dieser Erkenntnis ihren Beitrag geleistet, indem sie die Machtlosigkeit der Macht und die Macht der Machtlosigkeit demonstriert haben.<sup>40</sup>

Man kann fragen, ob diese Revolutionen nicht nur die Machtlosigkeit von vermeintlichen Machthabern bewiesen haben, die sich noch im Besitz der Macht glaubten, die sie in Wirklichkeit nicht mehr besaßen, und könnte auch auf die nicht neue Erkenntnis hinweisen, daß die Idee selbst zur materiellen Gewalt wird, wenn sie die Massen ergreift – jedoch wäre damit wohl kaum der wesentliche Gesichtspunkt angesprochen. Es gilt vor allem zu erkennen: Die Konstitution der Gesellschaft durch Verfassungsgebung fände gegenwärtig in einer Lage statt, die im hohen Maße Ergebnis von Machtpolitik ist und die weiterhin machtpolitisch bestimmt sein wird.<sup>41</sup>

Diese Machtverhältnisse sind einer wechselseitigen Anerkennung der Bürger und Bürgerinnen als Gleiche und ihrer freien Selbstorganisation wenig günstig – um es sehr zurückhaltend auszudrücken: Da wird eine ganze Volkswirtschaft, die zu den führenden Industrienationen der Welt gezählt wurde, meistbietend versteigert, und Millionen, die in gesicherten Arbeits- und Wohnverhältnissen gelebt haben, müssen um ihre Zukunft bangen; das Bundesverfassungsgericht muß eingreifen, um wenigstens schwangeren Frauen für eine Übergangsfrist ihre Beschäftigungsverhältnisse zu erhalten und Zehntausende von WissenschaftlerInnen werden „evaluiert“; die Großkonzerne besetzen die wichtigsten wirtschaftlichen Kommandohöhen im beigetretenen Gebiet; eine ganze Gesellschaft wird neu in (wenige) Eigentümer und (viele) Nichteigentümer eingeteilt – ein System der Ungleichheit also wird installiert; Obdachlosigkeit, Wohnungsnot und Verelendung verschärfen sich und werden sich weiter verschärfen; immense Umweltprobleme und riesige Schuldenmassen werden auf die zukünftigen Generationen über-

40 U. K. Preuß, a.a.O., S. 14.

41 M. Brumlik, Verfassungsgebungspatriotismus. Grundsätzliches zu einer imaginären Debatte, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1990, S. 702 ff., ist mit seinen Bedenken auf taube Ohren gestoßen: „Unter den empirischen Bedingungen des heutigen Deutschland, d. h. unter der Vorherrschaft konservativer Wählermehrheiten in beiden deutschen Staaten, spricht nichts dafür, daß das Ergebnis einer neuen Verfassungsdebatte in der Summe ebenso emanzipatorische und universalistische Chancen enthielte wie derzeit das Grundgesetz.“, S. 707.

gewälzt; nicht einmal die DDR-Kunst wird an den ihr gemäßen Maßstäben gemessen, wie die haßerfüllte Verächtlichmachung Christa Wolfs beweist und was belegt wird durch die Anwürfe des Hätschelkinds der offiziellen Kunstszene, Baselitz, der schlicht alle bildenden Künstler der DDR der Produktion von „Scheiße“ bezichtigt. All dies wird – noch? – von den Betroffenen als gegeben hingenommen

Das ließe sich alles noch kräftig ausmalen und plastisch darstellen – nicht etwa, um das System der früheren DDR zu verklären, auch nicht, um darzutun, daß die jetzige neoliberale Ausprägung des Kapitalismus dessen letzte Form sein müßte und daß alle linken und progressiven Kräfte für immer alle Hoffnungen aufzugeben hätten, wohl aber, um die politischen und verfassungspolitischen Verhältnisse zu charakterisieren, unter deren Herrschaft Verfassunggebung *derzeit* nur stattfinden kann. Aber es ist dies gar nicht nötig: Man weiß es ja, man sieht es ja! Die – angeblich – offene Gesellschaft der Mächtigen-Verfassungsgeber wendet allerdings den Blick weg von den realen politischen, wirtschaftlichen, sozialen, rechtlichen und ideologischen Verhältnissen.<sup>42</sup>

Indes, die Frage bleibt dennoch: Ist die gegenwärtige Lage zutreffend als der meta-politische Raum für die Selbstkonstitution der Gesellschaft der Gleichen beschrieben? Wohl kaum. Der Wind bläst den Linken so stark ins Gesicht wie lange nicht mehr; das ist ihre Zeit nicht, neue Verfassungspositionen zu erkämpfen, sondern die Zeit, die bestehenden zu bewahren: das Asylrecht, den Art. 15 und die mit ihm gegebene relative Offenheit des Wirtschaftssystems, die Beschränkung des Einsatzes der Bundeswehr und vor allem den Art. 146 n. F. GG mit der in ihm enthaltenen Verankerung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes.

Preuß verschließt sich andererseits nicht der Erkenntnis, daß der Mai der Verfassunggebung in Deutschland, der angeblich gekommen sei,

42 Vgl. auch: U. Günther, Verfassungsreform, Verfassungsliteratur und Politik. Anmerkungen zum Verfassungsentwurf des „Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder“, in: KJ 1991, S. 369 ff., S. 374: „Der Verfassungsentwurf suggeriert die Möglichkeit einer Total-Revision der Verfassung, während real die Verfasstheit von Staat und Gesellschaft der (alten) Bundesrepublik auf die neuen Bundesländer verlängert wird. Für Verfassungsneuschöpfung gibt es historisch immer nur einige Sekunden Zeit. Gab es diese Sekunden bezogen auf Deutschland überhaupt, so sind die längst verstrichen.“

auch nicht alles wird neu machen können. Der „in Gang gesetzte politische Konstitutionsprozeß wird daher im wesentlichen den Charakter einer Revision des Grundgesetzes annehmen, die zweifellos die bewährten Elemente dieses einmal als Übergangsverfassung konzipierten Dokuments bestätigen wird.“<sup>43</sup>

Wozu dann dieses Pathos der Neukonstitution? Warum schreiben und reden die Mitglieder des „Kuratoriums“ flächendeckend und mit dem Überzeugungsdrang von Wanderpredigern, daß eine gänzlich neue, das Grundgesetz ablösende Verfassung beschlossen werden müsse? Eine Verfassungsänderung, deren das Grundgesetz mittlerweile 36 erfahren hat, soll also der Prozeß sein, der „erzeugt“, was die Verfassung voraussetzt, nämlich „sich wechselseitig als Gleiche anerkennende Bürger und die daraus resultierenden Solidarpflichten?“<sup>44</sup>

Der Verfassungsentwurf, den das Kuratorium vorlegt, ist in der Tat nicht mehr als eine Verfassungsänderung; der Sache nach handelt es sich nicht um eine neue Verfassung; sondern um ein Änderungsgesetz, dessen Bedeutung, wie immer man auch ansonsten seinen Inhalt beurteilen mag, die Bedeutung jener Grundgesetzänderungen nicht erreicht, die sich auf die Schaffung der Bundeswehr, die Einführung einer Notstandsregelung oder die neue Finanz- und Haushaltsordnung bezogen.

Bernhard Schlink, bereits für den Zentralen Runden Tisch als Berater tätig gewesen, stellte Anfang 1991 fest: „Daß es eine verfassungsgebende Versammlung und eine neu und anders konzipierte Verfassung nicht geben wird, kann als sicher gelten. Aber auch wenn es eine Volksabstimmung über ein geltendes Grundgesetz geben sollte, dürften die Änderungen marginal sein.“<sup>45</sup>

Und er schließt seine Betrachtungen eines Politischen mit den so zutreffenden wie geist- und beziehungsreichen Worten: „Das alles bleibt im Rahmen. Groß Neues ist nicht nachzutragen im Verfassungsrecht der

43 U. K. Preuß, a.a.O., S. 14; D. Sterzel, In neuer Verfassung? Zur Notwendigkeit eines konstitutionellen Gründungsaktes für das vereinte Deutschland, in: KJ 1990, S. 385 ff., sieht im Verfassungsreferendum „einen nachholenden Gründungsakt“, S. 393. Lassen sich aber Gründungen nachholen? Wird damit nicht für eine verfassungsrechtliche und demokratische Fiktion plädiert?

44 U. K. Preuß, a.a.O., S. 13.

45 B. Schlink, Deutsch-Deutsche Verfassungsentwicklungen im Jahre 1990, in: *Der Staat*, 1991, S. 163 ff., S. 176.

neuen, größeren Bundesrepublik und auch nicht vor auszusehen.“ Dem ist auch nichts hinzuzufügen. Bleibt aber gleichviel die Frage, warum mit beträchtlichem Aufwand eine neue Verfassung propagiert wird – und dann doch nur ein Querschnitts-Änderungsgesetz zum Grundgesetz vorgelegt wird und warum von Verfassungsgebung des Volkes (bzw. der Bürgerinnen und Bürger) hochgestylt gekündet wird – und dann doch lediglich zu einer Akklamation eines geänderten Grundgesetzes aufgerufen wird? Die Antwort auf diese Frage kann man bei zwei prominenten Vertretern des „Kuratoriums“ finden: „Das Volk muß die Möglichkeit haben, ja zu sagen.“<sup>46</sup>

Sollte es aber nicht auch die Möglichkeit haben, nein zu sagen? Die Möglichkeit, ja zu sagen, wird dem Volk immer und gern und bereitwillig eingeräumt – mit der Möglichkeit, nein zu sagen, sieht es schon anders aus.<sup>47</sup>

Wozu soll nach dem Willen des Kuratoriums das Volk ja sagen können? Zum Verfassungsentwurf, möglicherweise auch zu einzelnen Alternativvorschlägen, so lautet die nahe liegende Antwort. Diese Antwort ist nicht falsch, aber sie ist nicht ausreichend. Wolf-Dieter Narr gibt eine weitergehende: „Der weithin bürokratische Akt der Einigung soll durch eine Verfassungsdiskussion und durch eine Verfassung, über die die Bevölkerung insgesamt abgestimmt hat, nachträglich eine demokratischere Form und demokratischere Legitimation erhalten. Wolfgang Ullmann wird nicht müde, auf dieses Erfordernis aufmerksam zu machen.“<sup>48</sup>

Es geht also im Kern darum, die Einheit und die konkreten Formen, in denen sie vollzogen wurde, durch das Volk bestätigen zu lassen. „Als Grund für die erwähnten Änderungen des Grundgesetzes bleibt nur der Wunsch, die Einheit zu feiern.“<sup>49</sup>

46 W. Ullmann, Das Volk muß die Möglichkeit haben, ja zu sagen, in: *Eine Verfassung für Deutschland*, S. 18.

47 Vgl. auch die Kritik von Helmut Ridder, Art. 146 GG. Wird der Meridian der westdeutschen „Linken“ zum Strang von Revolution und Demokratie in „Deutschland“? Über Inhalt, Funktion und Stellenwert der Artikeldebatte (IV), in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1990, S. 970 ff., an den Versuchen, eine Verfassungsakklamation zu veranstalten.

48 W. D. Narr, Es fehlt die Leidenschaft. Zum Verfassungsentwurf des Kuratoriums „Bund deutscher Länder“, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1991, S. 874 ff., S. 875.

49 B. Schlink, a.a.O., S. 176.

Zur Einheit aber kann das Volk nicht mehr nein sagen und auch nicht zur Form, in der sie vollzogen wurde und vollzogen wird. Damit soll nicht unterstellt werden, das Volk hätte zur Einheit nein gesagt und dazu, wie sie vollzogen wurde, wenn es denn gefragt worden wäre – möglicherweise hätte es sogar das Treuhandgesetz beschlossen und Frau Breuel an die Spitze der Treuhand gewählt, möglicherweise hätte es die jetzigen Eigentumsregelungen und die diversen Abwicklungen der Beschäftigungsverhältnisse gutgeheißen – das sind in diesem Zusammenhang müßige Fragen. Es ist nicht gefragt worden, und jetzt kann und darf es dazu nicht mehr gefragt werden. Vorhandene Tatsachen können vernünftigerweise nur zur Kenntnis genommen werden; und zu diesen Tatsachen gehört, daß die Einheit weder durch Vertragsgemeinschaft oder durch Konföderation vorbereitet wurde, noch wurde sie durch eine Verfassung, die gemäß Art. 146 a. F. GG in freier Entscheidung von dem deutschen Volke beschlossen wurde, ausgeformt. So gibt es zum Grundgesetz, das nunmehr auch im beigetretenen Gebiet gilt, gegenwärtig keine Alternative. Zutreffend stellt Bernhard Schlink fest: „Aber der demokratische Souverän wäre wenig ernst genommen, wenn ihm sonst die plebiszitäre Vernunft abgesprochen, jetzt aber ausnahmsweise einmal die Akklamation zum längst beschlossenen Grundgesetz abverlangt wird. Um mehr als um Akklamation würde es sich nicht handeln; die Entscheidung gegen das geänderte Grundgesetz wäre keine ernstliche Alternative.“<sup>50</sup>

Die Akklamation zum Grundgesetz soll zugleich die Akklamation zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung sein, wie sie vom Bundesverfassungsgericht und von der herrschenden Lehre ausgestaltet worden ist, nämlich als Ensemble der real existierenden politisch-sozialen Verhältnisse und zugleich als deren Verhimmelung zur objektiven Wertordnung, die als solche jeder Mehrheitsentscheidung entzogen bleiben soll. An diese sogenannte „Mehrheitsdemokratie“ (eine seltsame Begriffsbildung, denn kann es eine „Minderheitsdemokratie“ geben?) erinnert, wenn auch in vager und wenig verbindlicher Form, Art. 146 n. F. GG.

Gegen ihn – und weniger gegen die „neue“ Verfassung – richten sich die Angriffe einer Lehre, die sich zunehmend als herrschende zu

50 B. Schlink, a.a.O., S. 177.



formieren versucht. Jedoch ist sie sich nicht einig; es gibt zur Zeit drei Richtungen: Die eine (im Vordringen befindliche) erklärt Art. 146 n. F. GG zur verfassungswidrigen Norm; eine zweite will diese Norm durch Auslegung entschärfen und vor allem mit Art. 79 Abs. 3 GG harmonisieren; eine dritte will den Art. 146 n. F. GG durch Anwendung verbrauchen, indem er, einmal zum Erlaß einer – angeblich – neuen Verfassung in Anspruch genommen, aus der Verfassung eliminiert werden soll.<sup>51</sup>

Nach diesem „Verbrauch“ des Art. 146 n. F. GG soll es dann keine grundgesetzliche<sup>52</sup> verfassungsgebende Gewalt des Volkes mehr geben. So auch ausdrücklich das Kuratorium: „Im Falle einer Revision des Grundgesetzes im hier vorgelegten Sinne kann nach einem Volksentscheid über die Verfassungsänderungen dieser Artikel entfallen.“<sup>53</sup>

Das war’s dann auch schon, Staatsbürgerinnen und Staatsbürger. Oder: Verfassungsgebung durch das Volk als Mittel zur Abschaffung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes und abschließenden Befestigung des Bestehenden.

51 Die Lösung, die das Kuratorium zur Eliminierung des Art. 146 GG vorschlägt – den Erlaß einer angeblich neuen Verfassung –, ist eleganter und konsensfähiger als der Vorschlag, über die Aufhebung des Art. 146 GG isoliert abzustimmen, als „Bekanntnis zum dauernden Geltungsanspruch des Grundgesetzes“, ohne „im übrigen das Grundgesetz zur Abstimmung zu stellen“, so M. Herdegen, a.a.O., S. 32; ähnlich im Ergebnis: M. Kriele, Art. 146: Brücke zu einer neuen Verfassung, in: ZRP, 1991, S. 1 ff. Nicht die gegenwärtigen, sondern vor allem die künftigen Gefahren hat U. Storost im Auge, ganz der am möglichen, zukünftigen Ausnahmezustand sich orientierenden Schmitt-Forsthoff-Schule verhaftet, wenn er dafür eintritt, sich „rechtzeitig der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes zu erinnern“, denn es gäbe keine Garantie, daß die derzeitige politische, soziale und wirtschaftliche Stabilität sich dauerhaft erhalte; dann sei man einer Verfassung bedürftig, die Aussicht auf Befolgung habe, also legitim sei. „Solche Legitimität kann eine demokratische Verfassung nur dadurch erlangen, daß sie von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes erlassen und getragen wird.“ U. Storost, Das Ende der Übergangszeit. Erinnerung an die verfassungsgebende Gewalt, in: *Der Staat*, 1990, S. 321 ff., S. 327. Ganz ohne Verständnis für diese nun gewiß nicht revolutionäre Position: H. Huba, Das Grundgesetz als dauerhafte gesamtdeutsche Verfassung. Erinnerung an seine Legitimität, in: *Der Staat*, S. 368 ff., S. 375: „Das grundgesetzliche Recht des pouvoir constituant auf Abolition des Grundgesetzes bedeutet aber nichts anderes als die Legalisierung, die Verschleierung der Revolution.“

52 Zum Fortbestehen der verfassungsgebenden Gewalt unabhängig von ihrer positiv-rechtlichen Normierung, vgl. P. Römer, Die demokratischen Kosten der Einheit, in diesem Band, S. 189 ff.

53 Eine Verfassung für Deutschland, a.a.O., S. 295.