

Vorlesung Staats- und Verfassungstheorie

Donnerstag, den 16. Januar 2003

I. Die Verfassungsbegriffe

Das Wort "Verfassung" ist mehrdeutig. Seinen Bedeutungsgehalt kann man zu einem Gutteil mit zwei Gegensatzpaaren ausleuchten: der Unterscheidung von realer und normativer Verfassung und der Unterscheidung von formeller und materieller Verfassung.

1. Reale und normative Verfassung

Reale Verfassung ist der tatsächliche Zustand eines Staatswesens, also die Form seiner politischen Existenz, die effektive Ordnung der Herrschaftszuständigkeiten, die anerkannten Legitimationsmuster. Die Realverfassung macht die tatsächliche Eigenart des Staates gegenüber anderen Staaten aus; sie bestimmt seine Staatsform. Normative Verfassung ist demgegenüber die rechtliche Grundordnung eines Staatswesens, also nicht der tatsächliche Zustand eines Staatswesens, sondern eine normative Vorgabe.

Realverfassung und normative Verfassung überschneiden sich insoweit, wie die normative Verfassung die politischen Realitäten im Gemeinwesen zu prägen imstande ist. Weiterhin bedingen reale und normative Verfassung einander, so wie Recht und Macht im allgemeinen sich bedingen. Eine reale Machtlage strebt nach Verstetigung und Legitimation. Legitimation fließt ihr zu von der Verfassung, durch welche sie den Ausweis der Rechtmäßigkeit erhält. Umgekehrt will die normative Verfassung

nicht Abbild der politischen Verhältnisse sein, sondern deren Leitbild. Um diese Funktion zu erfüllen, darf sie sich von den realen politischen Verhältnissen nicht allzu weit entfernen. Zwischen realer und normativer Verfassung herrscht ein Spannungsverhältnis, das für beide Seiten produktiv ist, solange der Abstand nicht zu groß wird. Der Verfassungsinterpret muß deshalb etwas tun, was dem Interpreten anderer Rechtstexte fremd ist: er muß auf die politischen Verhältnisse Rücksicht nehmen und in Rechnung stellen, daß der Inhalt der Verfassung sich mit den politischen Verhältnissen wandeln kann. Verfassungsrecht ist in diesem Sinne politisches Recht. Wird die Spannung zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit zu groß, so wirkt das für die Realität entlegitimierend und kehrt sich gegen die Wirksamkeit, letztlich gegen die Geltung des Rechts.

Ein Beispiel für eine Überforderung der Politik durch Verfassungsrecht ist der Auftrag des Art. 29 I GG, das Bundesgebiet neu zu gliedern, d.h. die Einteilung des Bundesgebietes in Länder so zu ändern, daß die neuen Länder alle etwa gleich groß und leistungsfähig sind und nicht Ballungszentren durch Landesgrenzen zerschnitten werden. Diese Neugliederungsforderung richtete sich gegen die Existenz der Länder Bremen und Saarland und hätte Änderungen in den Ballungsgebieten Hamburg, Bremen, Rhein-Main und Rhein-Neckar erforderlich gemacht. Nach der Wiedervereinigung sind als weitere Problemzonen der Großraum Berlin und der Raum Leipzig / Halle hinzugekommen. Bis 1976 hieß es dazu im Grundgesetz: „Das Bundesgebiet ist ... durch Bundesgesetz neu zu gliedern.“ Art. 29 I GG statuierte also eine Neugliederungspflicht. Diese Pflicht brach sich jedoch an der Beharrungskraft der vorhandenen Länder. Trotz mehrerer Anläufe erwies die Neugliederungspflicht sich als unerfüllbar. 1976 hat der verfas-

sungsändernde Gesetzgeber daraus die Konsequenz gezogen. Seither heißt es in Art. 29 I GG: „Das Bundesgebiet kann neu gegliedert werden ...“ Die Neugliederungspflicht wurde unter dem Eindruck der entgegenstehenden Interessen zu einer Neugliederungsermächtigung abgeschwächt, die im Übrigen seitdem noch nicht zur Anwendung gelangt ist.

b) Formelle und materielle Verfassung

Innerhalb der normativen Verfassung unterscheidet man zwischen der formellen und der materiellen Verfassung. Im formellen Sinne wird unter Verfassung das Verfassungsgesetz verstanden, das durch zwei Formqualitäten gegenüber anderen Gesetzen ausgezeichnet ist: den höchsten Rang innerhalb der staatlichen Normenhierarchie und die erschwerte Abänderbarkeit (beim Grundgesetz vgl. insoweit dessen Art. 79). Die Verfassung im formellen Sinne ist die Grundlage der staatlichen Rechtsordnung. Sie weist den anderen Rechtsquellen im System der staatlichen Rechtsordnung ihren Rang und Regeln über ihre Erzeugung und ihre Änderung zu. Ihren eigenen Rang und ihre eigene Änderung regelt die Verfassung selbst; insofern ist sie einzigartig. Einzigartig ist sie auch darin, daß sie sich selber auf keine Normerzeugungsregel zurückführen läßt. Sie entspringt außerhalb des Systems verfaßter staatlicher Legalität im vor-rechtlichen Legitimationsgrund der Staatlichkeit, der, nach demokratischem Verständnis, im Willen des Volkes liegt.

Für den formellen Verfassungsbegriff kommt es auf den Inhalt der so qualifizierten Rechtssätze nicht an. Für die Qualifikation genügen zwei vom Inhalt abstrahierende Merkmale: Vorrang und erschwerte Abänderbarkeit. Anders der materielle Verfassungsbegriff, der von den typischen Funktionen und

Inhalten einer Verfassung geprägt wird. Die Verfassung dient dem Zweck, die staatliche Macht zu ordnen und zu begrenzen und die individuelle und gesellschaftliche Freiheit zu schützen. Demgemäß gehören die Regeln über die Gewaltenteilung und die Grundrechte zur Verfassung im materiellen Sinne. Weiterhin enthält die Verfassung im materiellen Sinne Regeln über die obersten Staatsorgane, die deshalb auch als Verfassungsorgane bezeichnet werden: über Art und Zusammensetzung dieser Organe, ihre Aufgaben und Befugnisse und die Formen und Verfahrensweisen ihrer Willensbildung. Schließlich enthält die Verfassung im materiellen Sinne Aussagen über die Aufgaben und Ziele der Staatstätigkeit. Vom einfachen Gesetzesrecht unterscheidet die Verfassung im materiellen Sinne sich durch die politische Wichtigkeit ihrer Regelungsgegenstände.

Formelle und materielle Verfassung decken sich weitgehend. Das, was politisch wichtig ist, ist durch besonderen Rang und erschwerte Abänderbarkeit hervorgehoben. Es gibt aber Regeln, die zwar in einem formellen, nicht aber in einem materiellen Sinne Verfassungsrecht sind. Als Beispiel sei Art. 48 III 2 GG genannt; danach haben die Abgeordneten des Deutschen Bundestages das Recht auf freie Benutzung aller staatlichen Verkehrsmittel. Umgekehrt gibt es einiges materielles Verfassungsrecht, das nicht in der Verfassungsurkunde, sondern in einfachen Gesetzen zu finden ist. Ein Beispiel ist das BundeswahlG, in dem, auf der Grundlage einer Ermächtigung in Art. 38 III GG, Wahlsystem und Wahlverfahren geregelt sind. Die Alternative zwischen Verhältniswahlssystem und Mehrheitswahlssystem ist für die politische Ordnung der Bundesrepublik Deutschland sicher von grundlegender Bedeutung. Gleichwohl ergibt sie sich nicht aus dem Grundgesetz selbst, sondern aus § 1 BWahlG.

Auf die Diskrepanzen zwischen formeller und materieller Verfassung zielt eine weitere Unterscheidung: diejenige zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz. „Verfassungsgesetz“ ist Synonym für formelle Verfassung. „Verfassung“ im Sinne dieser Unterscheidung ist weiter: gemeint ist die materielle Verfassung. In dem Gegenüber von Verfassung und Verfassungsgesetz spiegelt sich der Gegensatz von formeller und materieller Verfassung. Die materielle Verfassung und nicht das Verfassungsgesetz ist z.B. gemeint, wenn das BVerfG vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten verfassungsimmanente Schranken zieht. Die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter, die nach Maßgabe praktischer Konkordanz vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte beschränken können, entnimmt das Gericht nicht allein der formellen Verfassung, sondern darüber hinaus gehend der materiellen Verfassung. Wenn z.B. strafrechtliche Regeln zum Schutz der Bundesfahne die Kunstfreiheit beschränken, läßt sich dies noch mit Art. 22 GG rechtfertigen, der die Bundesfahne als verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut ausweist. Anders ist dies bei strafrechtlichen Regeln zum Schutz der Nationalhymne, denn diese hat keine formell-verfassungsrechtliche Grundlage. Wohl gehören die Regeln über die Nationalhymne zum materiellen Verfassungsrecht (BVerfGE 81, 278 und 298).

c) Positive Verfassung

Bei dem von Carl Schmitt geprägten Begriff der positiven Verfassung geht es um materiell-rechtliche Schranken der Befugnisse des verfassungsändernden Gesetzgebers. Die positive Verfassung ist der Inbegriff der Grundsätze, die vom verfassungsändernden Gesetzgeber auch dann nicht geändert werden dürfen, wenn dieser über die nötigen Mehrheiten verfügt und die Formalien und Verfahrensschritte beachtet, die die

Verfassung vorschreibt, das Grundgesetz in Art. 79 Abs. 1 und 2. Diese Grundsätze sind heute in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegt. Es handelt sich um elementare Verfassungsaussagen, die zu ändern oder aufzuheben keine Änderung der vorhandenen Verfassung mehr wäre, sondern Revolution im Rechtssinne. In Art. 79 Abs. 3 GG ist heute das Konzept der positiven Verfassung geltendes Verfassungsrecht. Das Grundgesetz hat damit die Konsequenzen aus der sogenannten legalen Machtergreifung durch die Nationalsozialisten gezogen.

Anders noch Art. 76 WRV, auf den sich Carl Schmitts Lehre von der positiven Verfassung bezog. Diese Vorschrift entspricht Art. 79 GG ohne dessen Abs. 3. Sie stellt keine inhaltlichen Anforderungen an eine Verfassungsänderung, sondern erlaubte ihrem Wortlaute nach auch eine Beseitigung der Weimarer Demokratie, wenn bestimmte formelle Voraussetzungen, insbesondere qualifizierte Mehrheiten in Reichstag und Reichsrat, erfüllt waren. Dem hielt die Lehre von der positiven Verfassung entgegen, daß eine Verfassungsänderung nur dann eine Änderung der Verfassung und keine Revolution sei, wenn sie elementare Grundzüge der vorhandenen Verfassung beibehalte. Dies verstehe sich bei dem Wort "Verfassungsänderung" von selbst. Es müsse nicht ausdrücklich angeordnet werden. Die Ermächtigung des Gesetzgebers zur Verfassungsänderung könne nicht unbegrenzt sein, sondern verbleibe im Rahmen der Grundsätze der vorhandenen Verfassung.

d) Semantische Verfassung

Ein letzter Typ von Verfassung ist die bloß semantische Verfassung. Darunter versteht man einen Rechtstext, der nach außen hin den Schein der Verfassungsstaatlichkeit erzeugen soll, der aber von den Inhabern der staatlichen Macht

sanktionslos nicht beachtet wird. Kein Staat der Welt kann es sich heute leisten, ohne Verfassung zu sein. Andererseits gibt es viele Staaten, in denen die Machthaber sich der Herrschaft des Rechts nicht unterordnen wollen. Diese Divergenz wird aufgelöst durch semantische Verfassungen.

Die Verfassung der DDR von 1968/74 war keine semantische Verfassung in diesem Sinne, denn sie versprach nichts Falsches. Insbesondere gewährleistete sie keine Grundrechte im Sinne des Grundgesetzes. So schützte sie nur das persönliche Eigentum, nicht aber das Privateigentum an Produktionsmitteln, und stellte sie die Demonstationsfreiheit unter den Vorbehalt der ihrer eigenen Grundsätze. Zu diesen Grundsätzen gehörte der Führungsanspruch der SED, was rechtlich zur Folge hatte, daß Demonstrationen, die nach dem Selbstverständnis der SED mit ihrem Führungsanspruch unvereinbar waren, den Schutz der Verfassung nicht genossen.

II. Die wechselseitige Bedingtheit von Staat und Verfassung

Staat und Verfassung stehen zueinander in einem wechselseitigen Bedingungsverhältnis. Der Staat ist Gegenstand und damit zugleich Voraussetzung der Verfassung. Er geht ihr logisch und in der Regel auch historisch voraus. Die räumliche, personelle und zeitliche Geltung der Verfassung hängt ab von der Reichweite der Staatsgewalt. Die Verfassung schafft nicht den Staat, sie formt ihn näher aus und knüpft dabei an schon vorhandene staatliche Strukturen an. Die demokratische Doktrin setzt als souveränen Ursprung der Verfassung das Volk voraus; das Volk ist eine vorab existierende staatliche Einheit, für die nur noch die Form der politischen Existenz entscheidungsbedürftig ist. Auch wenn Staatsgründung und Verfassungsgebung zeitlich zusammentreffen,

wie im Fall der USA und des Deutschen Reiches, bezieht die Verfassung sich auf die Bedingungen, unter denen Staatlichkeit hergestellt werden soll, indes die Staatlichkeit als vorgefertigtes Grundmodell übernommen wird. Daraus folgt zweierlei:

Erstens: Ein Wechsel der Verfassung ändert nichts an der Identität der ihr vorausliegenden Staatlichkeit. So ist die Bundesrepublik Deutschland als Rechtssubjekt identisch mit dem 1870 / 71 gegründeten Deutschen Reich, obwohl dieses Rechtssubjekt vier verschiedene Verfassungsphasen durchlebt hat: das Kaiserreich, die Weimarer Republik, den Nationalsozialismus und das Bonner Grundgesetz. Die Sowjetunion hat in den zwanziger Jahren die Rückzahlung von Kriegsschulden des Zarenreiches mit der Begründung verweigert, das zaristische Rußland sei ein anderes Rechtssubjekt als die Sowjetunion, folglich könne die Sowjetunion für Verbindlichkeiten des Zarenreiches nicht haftbar gemacht werden. Mit diesem Rechtsstandpunkt konnte Sowjetrußland sich aber international nicht durchsetzen. Richtigerweise ist davon auszugehen, daß die Sowjetunion als Staat mit dem Zarenreich identisch war und deshalb für dessen Schulden haftete, ohne daß sich die Frage einer Rechtsnachfolge überhaupt stellte.

Zweitens: Die Verfassungen müssen die Strukturen des modernen Staates berücksichtigen. So kann politische Freiheit nicht zivilen oder militanten Ungehorsam rechtfertigen, weil die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen bedingt und begrenzt werden durch den Staat als Inhaber des Gewaltmonopols. Die normative Verfassung kann nur dann wirksam sein und dauerhaft gelten, wenn sie Selbstbehauptung und Funktionsfähigkeit des Staates nicht behindert. Auf diesem Grundgedanken beruht die Lehre vom ungeschriebenen Notstandsrecht des Staates. Sie bedeutet, daß die Staatsorgane, wenn Bestand oder

Verfassungsordnung des Staates bedroht sind, alle Maßnahmen ergreifen dürfen, die zur Abwehr der Bedrohung erforderlich sind, auch wenn sie sich dabei über einzelne Verfassungsbestimmungen hinwegsetzen müssen. Im Interesse der Erhaltung des Ganzen müßten einzelne Teile, hier der Geltungsanspruch einzelner Verfassungsbestimmungen, zurücktreten. Für das Grundgesetz entspricht es herrschender Ansicht, daß ein Rückgriff auf ein solches ungeschriebenes Notstandsrecht ausgeschlossen ist, weil die Art. 35, 87a, 91 und 115a ff. den Fall des inneren und äußeren Notstandes ausführlich und abschließend regeln.

Umgekehrt ist aber auch der Staat auf die Verfassung angewiesen. Erst durch sie nimmt er vollständig Gestalt an. Ohne sie wäre er ein konturloses Machtgebilde. Weiterhin führt die Verfassung dem Staat Legitimation zu, die er als formale Organisation aus sich heraus nicht aufbringt. Die heute mächtigste Legitimationsidee ist die Freiheit als grundrechtliche Selbstbestimmung des Bürgers und als demokratische Selbstbestimmung des Volkes. Damit bildet die Verfassung für eine pluralistische Gesellschaft eine unentbehrliche Basis. Aus ihr ergeben sich die Spielregeln, nach denen das Gemeinwohl aposteriori formuliert wird. Aus ihr ergibt sich weiterhin jenes Mindestmaß an allgemein verbindlichen Grundwerten, ohne das ein freiheitliches Zusammenleben nicht möglich ist. Die Bedeutung der Verfassung als Grundlage für die geistige Einheit des Staatswesens nimmt zu, wenn sonstige Grundlagen fehlen oder überkommene zerbröseln, wie Nationalbewußtsein, Geschichte oder Religion. Auf diesem Kompensationsgedanken beruht das Konzept des Verfassungspatriotismus. Wenn ein Patriotismus im Sinne eines Nationalgefühls nach der Diskreditierung alles Nationalen durch den Nationalsozialismus nicht mehr möglich sein, müsse

an seine Stelle ein Verfassungspatriotismus treten, weil das Grundgesetz sich als beste deutsche Verfassung bewährt habe. Diesem Konzept wird wohl zu Recht entgegen gehalten, daß eine Verfassung als nüchterner Juristentext keine emotionalen Bedürfnisse sättigen könne, wie es ein Patriotismus tue, es sei denn, daß die Verfassung zum politischen Glaubensbekenntnis umgedeutet wird und damit ihre juristische Rationalität einbüßt.

III. Die Lehre von der verfassunggebenden Gewalt des Volkes

Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Staates und die Grundlage der staatlichen Rechtsordnung. Was aber ist der Grund der Verfassung? Für ein einfaches Gesetz sind die Zuständigkeit zu seinem Erlaß, das Verfahren und die Form in der Verfassung geregelt. Gleiches gilt von einem verfassungsändernden Gesetz. Für die originäre Verfassunggebung fehlen dagegen solche Regelungen, und sie müssen fehlen, denn solche Regelungen hätten ihrerseits Verfassungsqualität; Regelungen mit Verfassungsqualität können aber im Zeitpunkt der Verfassunggebung noch nicht existieren, denn Verfassunggebung setzt voraus, daß es eine Verfassung noch nicht gibt. Gäbe es doch rechtliche Regeln über das Zustandekommen einer Verfassung, dann stellte sich im übrigen die Frage, wie diese Regeln zustande gekommen sind. Um die Frage nach dem Anfang nicht zu einem regressus ad infinitum werden zu lassen, muß ein fester Punkt gesetzt werden, der selbst normativ nicht begründet werden kann. Diesem Zweck dient die Lehre von der verfassunggebenden Gewalt des Volkes.

1. Die Lehre des Abbé Siéyès

Die Lehre von der verfassunggebenden Gewalt des Volkes wird

dem Abbé Emmanuel Joseph Siéyès (im Folgenden Sieyes) (1748 - 1836) zugeschrieben. Daran ist richtig, daß Sieyes diese Lehre im entscheidenden Augenblick des Jahres 1789 in einer kurzen Schrift mit dem Titel "Qu'est-ce que le tiers état?" vorgetragen hat. Allerdings ist Sieyes nur der prominenteste Vertreter, nicht der geistige Urheber dieser Lehre, die eine lange, bis in die Antike zurückreichende Tradition hat.

Im Zentrum steht für Sieyes die Nation. Die Nation kommt zustande durch vertragliche Einigung von Individuen. Sieyes folgt insoweit der Lehre vom Gesellschaftsvertrag. Dieser Gesellschaftsvertrag hat mit der Verfassung nichts zu tun. Sein Inhalt erschöpft sich in der Vereinigung von Individuen zu einer Nation. Die so zustande gekommene Nation entfaltet sich in zwei Schritten. Im zweiten Schritt verfaßt sich die Nation, und auf einer dann folgenden dritten Stufe üben die Organe der verfaßten Staatlichkeit öffentliche Gewalt im Auftrag der Nation aus. Der zweiten Stufe entspricht der französische Begriff des *pouvoir constituant*, der dritten Stufe der Begriff des *pouvoir constitué*.

Von den Stufen 2 und 3 ist die erste die kürzere, aber zugleich die grundlegende. Die Wirkmächtigkeit der Schrift von Sieyes beruht darauf, daß sie in der kurzen Zeitspanne der 2. Stufe erschienen ist und der 1789 tagenden französischen Nationalversammlung die Ermächtigung gab, mit dem Ancien Régime zu brechen und den Übergang zur Republik zu proklamieren.

Diese Ermächtigung beruhe darauf, daß die Nation der Ursprung von allem und ihr Wille Gesetz sei. Vor und unter ihr gebe es nur das Naturrecht. Das höchste Recht der Nation bestehe darin zu wollen. Dieser Wille werde nach dem Mehrheitsprinzip gebildet. Er sei frei. Die Nation sei nicht von vornherein einer

bereits gegebenen Verfassung unterworfen. Die Nation müsse in der Ausübung der verfassunggebenden Gewalt von jeglichem Zwang und jeglicher Form frei sein, ausgenommen derjenigen, die sie selbst annehmen will.

Dieses Konzept bedeutete eine Freizeichnung der französischen Nation von jeder Bindung an die Verfassungsordnung des Ancien Régime. Fraglich ist aber, was dieses Konzept mit der Nationalversammlung zu tun hat, die 1789 in Paris tagte. Der Zusammenhang wird hergestellt durch das Repräsentationsprinzip. Die Nation brauche den pouvoir constituant nicht selber wahrzunehmen, sondern könne sich der Hilfe von Stellvertretern bedienen. Das Recht zu wollen sei zwar unveräußerlich. Die Nation könne aber die Ausübung dieses Rechtes auf Stellvertreter übertragen. Diese unterschieden sich von regulären Staatsorganen, die sich aus der Verfassung ableiten (pouvoirs constitués), durch ihr außerordentliches Mandat, denn sie treten allein zu dem Zweck zusammen, eine Verfassung zu geben.

Die Symbiose des pouvoir constituant mit dem Prinzip der Repräsentation macht Epoche. Die repräsentative Verfassunggebung ist bei Sieyes im Verhältnis zur Verfassunggebung unmittelbar durch das Volk kein Notbehelf, sondern die überlegene Lösung, die sich den Vorteil der Arbeitsteilung in einem überschaubaren Gesamtgremium zunutze macht. In der historischen Situation von 1789 gibt Sieyes der Nationalversammlung die Legitimationstheorie, sich als Vertretung des Volkes auszuweisen und die verfassunggebende Gewalt wahrzunehmen.

2. Die Schwächen dieser Konzeption

Die Hauptschwäche der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt besteht darin, daß das unverfaßte Volk zwar als Staatsvolk präsent, aber kein Handlungssubjekt ist. In Wirklichkeit ist es nicht das Volk, das eine Verfassung gibt. Es sind dies selbstermächtigte Eliten. Das zeigte sich schon 1789, im ersten, prototypischen Anwendungsfall der Lehre vom pouvoir constituant. Die Vertreter des Dritten Standes in der Nationalversammlung konnten sich nicht auf ein Mandat des Volkes berufen, sondern nur auf das einer nach Standeszugehörigkeit definierten Wählergruppe. Und das Mandat bezog sich auf die Aufgaben einer Ständeversammlung im Kontext des ancien régime, nicht auf die einer Volksvertretung, vollends nicht auf die einer Konstituante. Weiterhin gehörte zum Dritten Stand, dem Bürgerstand, keineswegs die Mehrzahl der Franzosen, sondern nur 4 von 26 Millionen.

Eine weitere Schwäche der Konzeption der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt ist das Recht der Nation zu wollen und die Annahme, daß die Ausübung dieses Rechtes sich nach dem Mehrheitsprinzip richte. Rechte und Quoren dieses Inhalts könnten sich nur aus einer Verfassung ergeben, die es im Stadium der Verfassunggebung aber noch nicht gibt. Die rechtliche Verbindlichkeit des demokratischen Mehrheitsentscheids kann nicht durch bloßen Mehrheitsentscheid über die Einführung der demokratischen Verfassung begründet werden. Das Mehrheitsprinzip gilt, weil die Verfassung es anordnet. Doch die Anordnung der Verfassung kann nicht ihrerseits kraft Mehrheitsentscheides gelten. Denn dieser findet keine Rechtsgrundlage mehr. Mehrheit läßt sich nicht aus Mehrheit ableiten.

Eine dritte Schwäche besteht in der Annahme, die verfassunggebende Gewalt sei von Bindungen frei. Dies trifft in

zweierlei Hinsicht nicht zu. Einmal bestehen Bindungen an das Idealbild einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, mit dem die Verfassung als Rechtsinstrument historisch und gedanklich verbunden ist. Diese Bindungen sind allerdings nicht rechtlicher, sondern politischer und moralischer Natur.

Sodann bestehen Bindungen im Sinne einer Anknüpfung an vorhandene politische Verhältnisse. Diese Anknüpfung ist bei der friedlichen Revolution in der DDR der Jahre 1989 und 1990 darin zum Ausdruck gekommen, daß bis zum Beitritt die Verfassung der DDR von 1968 / 74 gegolten hat, freilich in politisch sensiblen Punkten geändert und durch das Verfassungsgrundsatzgesetz vom Juni 1990 überlagert.

Beim Grundgesetz hat die Einflußnahme der westalliierten Siegermächte, die das Grundgesetz genehmigen mußten, zu der Annahme eines Geburtsmakels geführt. Das Grundgesetz sei nicht Ausdruck des freien Willens des deutschen Volkes. Diese Geburtsmakeltheorie mündete bei der Wiedervereinigung in die Forderung, nunmehr müsse nachgeholt werden, was 1949 nicht möglich war, nämlich eine von äußeren Einflüssen freie Verfassunggebung für ganz Deutschland. An dieser Theorie ist falsch, daß sie etwas fordert, was erstens unreal ist und zweitens nicht erforderlich ist. Die Forderung nach einer freien Verfassunggebung für ganz Deutschland im Jahr 1990 war unreal, weil sie den äußeren Umständen, insbesondere den Widerständen aus der damaligen Sowjetunion, Großbritanniens und Frankreichs nicht Rechnung trug, und die Forderung nach einer freien Verfassunggebung war unverständlich, weil das Grundgesetz sich in vierzig Jahren bewährt hatte und die DDR gerade nach Art. 23 GG den Beitritt zum Geltungsbereich des Grundgesetzes erklärt und damit auf den Weg des Art. 146 GG verzichtet hatte, der den Erlaß einer neuen gesamtdeutschen

Verfassung vorgesehen hätte.

3. Die Verfassunggebung als situationsgebundener politischer Prozeß

Die Lehre von der verfassunggebenden Gewalt vermag den Prozeß der Verfassunggebung also nicht zu erklären. Es handelt sich bei dieser Lehre um einen demokratischen Mythos, mit dem die Stunde des Anfangs verbrämt wird. Dieser Mythos ist nützlich, weil er einer Verfassung zu einem Zeitpunkt Legitimität zufließen läßt, in dem sie solcher Legitimität in besonderer Weise bedarf, nämlich im Zeitpunkt ihrer Entstehung. Vor diesem Hintergrund mag man die Lehre von der verfassunggebenden Gewalt als eine Art Klapperstorchemärchen für Verfassungsjuristen titulieren, durch welches einem juristisch nicht zu erklärenden Vorgang der Anschein rechtlicher Ordnung gegeben wird. Dieser Anschein wird erzeugt durch die Zuweisung einer Entscheidungskompetenz an das Volk und durch die Benennung des Mehrheitsprinzips für das Entscheidungsverfahren.

Weder Entscheidungskompetenz noch Entscheidungsverfahren lassen sich aber juristisch begründen. Eine juristische Begründung für die Entstehung einer Verfassung gibt es nicht. Dieser Entstehungsprozeß ist politischer Natur. Sein Ablauf ist häufig nicht voraussehbar. Dies gilt insbesondere dann, wenn, was in der Politik selten ist, die Möglichkeit zu tiefgreifender und dauerhafter Gestaltung des Gemeinwesens eröffnet ist. Die Entscheidung über die Verfassung erweist sich insoweit als wirklich politische Entscheidung, denn jede politische Entscheidung ist eine Entscheidung in einer Ungewißheitssituation. Das Richtigkeitskriterium für eine solche Entscheidung ist darum nicht die Einhaltung von

Entscheidungszuständigkeiten und Entscheidungsprozeduren, sondern die nachträgliche Akzeptanz der Ergebnisse. Auf das Grundgesetz bezogen bedeutet dies, daß es trotz seiner Entstehung unter Besatzungsregime legitim ist, weil es sich in mehr als 50 Jahren bewährt hat und weil die DDR sich 1990 entschlossen hat, ihm beizutreten.

IV. Art. 146 GG neue Fassung

Die These, die verfassunggebende Gewalt sei eine vorrechtliche Größe und rechtlich nicht fassbar, scheint in einem Widerspruch zu Art. 146 GG n.F. zu stehen. Danach verliert das Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die vom deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist. Diese Vorschrift ist vom verfassungsändernden Gesetzgeber im Einigungsvertragsgesetz 1990 in das Grundgesetz eingefügt worden. Daraus folgt, dass Art. 146 GG eine besondere Form der Verfassungsänderung regelt, nicht aber die Verfassunggebung. Denn der verfassungsändernde Gesetzgeber, der 1990 tätig geworden ist, musste sich im Rahmen der geltenden Verfassung halten und konnte nicht deren Geltung durch eine Regelung der Verfassunggebung in Frage stellen. Der sachliche Gehalt von Art. 146 GG beschränkt sich somit auf eine Ermächtigung der gesetzgebenden Körperschaften, das Verfahren für eine grundlegende Revision der Verfassung einzuleiten und in deren Rahmen eine Volksabstimmung abzuhalten. Für diese Verfassungsrevision gelten aber die Vorschriften von Art. 79 Abs. 2 und 3 GG, denn die Revision ist ein Unterfall der Änderung der Verfassung. Zusätzlich zur einfachen Mehrheit bei der Volksabstimmung bedarf es also einer Zwei-Drittel-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat;

weiterhin sind die inhaltlichen Beschränkungen des Art. 79 Abs. 3 GG zu beachten.

Ob allein dieser geringe Regelungsgehalt einen missverständlichen Verfassungsartikel wie Art. 146 GG rechtfertigt, mag man bezweifeln. Art. 146 GG ist das Ergebnis eines politischen Kompromisses. Die SPD in der alten Bundesrepublik hat in Bundestag und Bundesrat ihre Zustimmung zum Einigungsvertrag davon abhängig gemacht, dass die Möglichkeit zu einer Revision des GG offen gehalten werde. Ursprünglich kannte das GG zwei Wege zur Wiedervereinigung Deutschlands: die Möglichkeit des Beitritts nach Art. 23 Satz 2 GG und die Ausarbeitung einer neuen, gesamtdeutschen Verfassung nach Art. 146 GG alter Fassung. Der zweite Weg hätte die Möglichkeit einer Neugestaltung der politischen Verhältnisse in Deutschland eröffnet. Er wurde dadurch verschlossen, dass die DDR-Volkskammer sich für den Weg des Art. 23 Satz 2 GG entschied. Damit war Art. 146 GG a.F. obsolet. Es wäre konsequent gewesen, die Vorschrift zu streichen, nachdem ihr ursprünglicher Zweck, die Wiedervereinigung Deutschlands verfassungsrechtlich vorzubereiten, sich anderweit erfüllt hatte. Das ist aber nicht geschehen. Vielmehr wurde Art. 146 in neuer Fassung beibehalten. Zur Begründung für die Beibehaltung wurde angeführt, dass das Grundgesetz weder bei seinem Erlass im Jahr 1949 noch bei der Wiedervereinigung Gegenstand einer Volksabstimmung gewesen sei und deshalb an einem Mangel an demokratischer Legitimation leide. Gemäß dieser Begründung empfahl Art. 5 des Einigungsvertrags unter der Überschrift „Verfassungsänderungen“ den gesetzgebenden Körperschaften, sich mit der Frage der Anwendung des Art. 146 GG und in deren Rahmen einer Volksabstimmung zu befassen. Dazu ist es nicht gekommen. Art. 5 des Einigungsvertrags war zwar Anlass für

einige Änderungen des GG, die im Oktober 1994 in Kraft getreten sind. Art. 146 GG ist aber nicht angewandt worden. Die Vorschrift dürfte damit auf absehbare Zeit ihre praktische Bedeutung verloren haben. Ihr Hauptzweck liegt in der Vergangenheit. Dieser Zweck bestand darin, der SPD die Zustimmung zum Einigungsvertrag ohne Gesichtsverlust zu ermöglichen.

Unabhängig davon ist die Art. 146 GG zugrunde liegende Erwägung falsch, eine Verfassung sei nur dann „wirklich demokratisch“, wenn das Volk zu ihr in einer Volksabstimmung habe Ja sagen dürfen. Was demokratisch ist, kann sich rechtlich nur aus einer demokratischen Verfassung ergeben. Das Wort „demokratisch“ kann sich nur auf eine schon geltende Verfassung beziehen, nicht auf den Prozess der Verfassunggebung. Dieser Prozess ist ein vorrechtliches Politikum, an das rechtliche Anforderungen nicht gestellt werden können. Maßstab für die Bewertung der Verfassunggebung ist nicht die Beachtung rechtlich nicht begründbarer Verfahrensschritte, sondern ihr politischer Erfolg. Dieser bemisst sich nach der Akzeptanz einer Verfassung und der Qualität der von ihr geschaffenen politischen Ordnung. Da Akzeptanz und Qualität beim Grundgesetz gegeben sind und ihm im Übrigen von fast allen politischen Lagern bescheinigt werden, abgesehen vielleicht von föderaler Politikverflechtung, besteht zu einer nachträglichen Volksabstimmung über das Grundgesetz kein Anlass. Das GG ist vielmehr aus sich selbst heraus legitim.