

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Wolfgang Wesener,
Recklinghausen**

Art. 146 GG vor dem Bundesverfassungsgericht *- Der Versuch einer Rezension -*

I. Einleitung

Während der verfassungsrechtlichen Überprüfung der 16 bei der Wahl zum 13. Deutschen Bundestag angefallenen Überhangmandate¹ und der dabei die PDS begünstigenden Grundmandatsklausel² seitens des für die Wahlrechtsmaterie zuständigen Zweiten Senats des BVerfG - zu recht - große Beachtung geschenkt wurde, war diesem die Behandlung der äußerst komplex gelagerten Problematik des Art. 146 GG - und des daraus abgeleiteten Fundamenteinwandes gegen das geltende Wahlrecht - nicht einmal die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung in den darauf abstellenden Wahlprüfungsbeschwerden wert. Einer der Beschwerdeführer³, ein Frankfurter Direktkandidat, wurde insoweit - wie auch in bezug auf andere gewichtige Wahlrechtsrügen verfassungsrechtlicher Art⁴ - mit einem Berichterstatterschreiben, mithin einer Verfahrensweise gemäß § 24 BVerfGG, abgespeist. Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

"Endlich stellt das Fehlen einer - nach Auffassung des Beschwerdeführers erforderlichen - Volksabstimmung über eine Verfassung keinen erheblichen Wahlfehler dar. Das Wahlprüfungsverfahren nach Art. 41 GG dient dazu, die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Bundestages auf der Grundlage der Verfassung und der mit dieser in Übereinstimmung stehenden wahlrechtlichen Normen sicherzustellen (vgl. BVerfGE 89, 291 <300, 304>). Da das Grundgesetz seine Gültigkeit erst an dem Tage verliert, an dem eine neue Verfassung in Kraft tritt (vgl. Art. 146 GG; auch aus Art. 146 GG a.F. ergibt sich nichts anderes), ist die von dem Beschwerdeführer geltend gemachte Verpflichtung, eine Volksabstimmung über eine Verfassung abzuhalten, nicht geeignet, die Gültigkeit der Wahl zum 13. Deutschen Bundestag in Frage zu stellen. - Da nach alledem die Wahlprüfungsbeschwerde keine Erfolgsaussicht bieten dürfte, bitte ich um Mitteilung, ob die Beschwerde aufrechterhalten bleiben soll."⁵

* Der Verfasser betreute u.a. die Wahlprüfungsbeschwerde eines Frankfurter Direktkandidaten (2 BvC 25/96). In seiner eigenen Wahlprüfungsbeschwerde, die die folgende Bundestagswahl 1998 betraf, wollte sich das BVerfG der Thematik des Art. 146 GG ebenfalls nicht annehmen (2 BvC 18/99). Der vom 24.10.2000 datierende Beschluß wurde zwischenzeitlich beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg angefochten.

Diese zunächst überzeugend erscheinende Argumentation, die der Zweite Senat dann in seinem einstimmig gefaßten Beschluß vom 14.01.1998⁶ bedenkenlos übernommen hat, stellt indes nur auf den ersten Blick eine plausible und in sich schlüssige Auslegung des Art. 146 GG dar. Bei einer in die Tiefe gehenden Analyse dieser nicht von ungefähr an so exponierter Stelle plazierten Verfassungsnorm zeigt sich indes, daß der Zweite Senat die nur aus der Historie zu ergründende Vielschichtigkeit der Regelung verkannt hat - oder nicht offenlegen wollte. Gewissermaßen ausgeblendet wurde nämlich, neben der allein herangezogenen Weitergeltungsregelung der weitergehende - wesentlich bedeutsamere - Regelungsgehalt des Art. 146 GG: die Ablösungsklausel. Jedenfalls bei grundgesetzkonformer Auslegung enthielt und enthält diese Norm (auch) einen Verfassungs(gebungs)auftrag an das gesamte deutsche Volk, das GG nach Erreichen der vollen Souveränität und der Wiedervereinigung Deutschlands durch eine Verfassung mit Endgültigkeitsanspruch zu ersetzen⁷. Diskutiert werden kann allenfalls darüber, wie dieser Verfassungsgebungsakt vonstatten zu gehen hat: Bedarf es zur Annahme der endgültigen deutschen Verfassung zwingend der Durchführung einer Volksabstimmung - zumindest in der Form eines Schlußplebiszits - oder ist auch die (direkte) Wahl einer verfassungsgebenden Versammlung durch das gesamte deutsche Volk als demokratisch ausreichend anzusehen? Die Beantwortung dieser Frage sei jedoch vorerst zurückgestellt, da zunächst der allgemein vertretenen Ansicht⁸, das Grundgesetz (GG) sei mit der Einigung Deutschlands "zur endgültigen und legitimen gesamtdeutschen Verfassung"⁹ geworden, gerade unter Zugrundelegung einer am Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG orientierten Auslegung des Art. 146 GG entgegengetreten werden muß. Da sich der Regelungsgehalt des Schlußartikels des GG - in seiner Alt- wie Neufassung - zum einen aus den allgemeinen Entstehungsbedingungen einer jeden Verfassung und zum anderen aus den besonderen der Entstehung des GG erschließt, sei zunächst ein kleiner Exkurs über die verfassungsgebende Gewalt gestattet und sodann auf die besondere Situation eingegangen, in der sich der Parlamentarische Rat 1948/49 bei der Beratung und Beschlußfassung des GG befand.

II. Verfassung und verfassungsgebende Gewalt

Ausgangspunkt für die in diesem Zusammenhang anzustellenden verfassungsrechtlichen Betrachtungen muß zunächst eine Klärung des Begriffs der Verfassung und sodann Klarheit darüber sein, wer zur Schaffung staatlicher Verfassungen berufen ist. Konsens ist sicherlich darüber zu erzielen, daß die Verfassung - gemeint ist insoweit die rechtliche Verfassung - als rechtliche Grundordnung des Staates, ja des Gemeinwesens, anzusehen ist, „der gegenüber

gesetzten und anderen Rechtsquellen ein besonderer Rang zukommt und die in alle Bereiche der Rechtsordnung ausstrahlt“.¹⁰

Nicht nur für den Juristen provoziert diese, fundamentale Regelungsprinzipien enthaltende Definition sofort die Frage danach, wer denn für die Verfassung „zuständig“ sei. Schließlich kann sie ja nicht sozusagen „vom Himmel fallen“ oder wie Böckenförde formuliert: „Sie steht ja nicht einfach in sich selbst, als nicht weiter rückführbare Urerscheinung¹¹ ...“. Vielmehr ist festzustellen, daß - wie ein Blick in die Verfassungsgeschichte zeigt - „eine Verfassung in einem bestimmten historisch-politischen Vorgang hervorgebracht“ wird, jeweils „getragen und geformt“ von bestimmten Kräften - „und gegebenenfalls auch aufgehoben“¹². Geltungsanspruch und besondere rechtliche Qualität leitet sich, wenn nicht aus dem bloßen Faktum ihrer Entstehung selbst, somit in aller Regel „von einer ihr vorausliegenden Größe her, die sich als besondere Macht oder Autorität darstellt“.¹³

Allgemein ist festzustellen, daß diese Größe seit der Französischen Revolution als verfassunggebende Gewalt (*pouvoir constituant*) bezeichnet wird¹⁴. Aufgrund des historischen Kontextes dieser Begrifflichkeit erstaunt nicht, daß als Träger oder Subjekt der verfassunggebenden Gewalt seit dieser Zeit das Volk angesehen wird. Nach seinem Ursprung und Inhalt ist der Begriff der verfassunggebenden Gewalt, der zuerst 1788-1789 vom Abbé Sieyès entwickelt wurde, ein demokratischer und (ursprünglich) revolutionärer Begriff, der nach zutreffender Auffassung von Böckenförde¹⁵ nur im Zusammenhang mit einer demokratischen Verfassungstheorie seinen Platz haben kann. Zielrichtung Sieyès war es, der damals religiös und traditionell begründeten Herrschaftsgewalt von Monarchen die originäre und grundsätzlich ungebundene politische Entscheidungsgewalt einer staatlichen Gemeinschaft als die die Verfassung hervorbringende Kraft entgegenzustellen¹⁶. Mit der allmählichen Etablierung einer säkularen Staatsordnung sollte nicht länger eine göttliche - oder deutlicher: gott-„gegebene“ - Welt- und Naturordnung die politische und gesellschaftliche Grundordnung bestimmen und dominieren, vielmehr sollte durch die seinerzeit als revolutionär anzusehenden Vorstellungen folgendes erreicht werden: „Die Menschen nehmen, aus ihrem Willen und ihrer souveränen Entscheidung, ihr Schicksal und die Ordnung der Welt selbst in die Hand“¹⁷. Auch in der deutschen Verfassungsentwicklung spielt die verfassunggebende Gewalt des Volkes als staats- und verfassungsrechtlicher Begriff seit der Verfassungsbewegung des Jahres 1848 die entscheidende Rolle¹⁸.

Dies zeigte sich auch rund 100 Jahre später bei der Schaffung des GG in den Jahren 1948/49. Nicht nur in seiner derzeitigen Fassung, sondern auch bereits in seiner Fassung zum Zeitpunkt seines (ursprünglichen) Inkrafttretens am 08.05.1949 beruft „sich“ das GG ausdrücklich auf die verfassunggebende Gewalt, und zwar zum einen - zur eigenen Begründung und Legitimation - in der Präambel, und zum anderen, wenn auch indirekt, in seinem Schlußartikel (Art. 146 GG) mit Blickrichtung auf den

Geltungsgrund des GG durch eine freie Entscheidung des gesamten deutschen Volkes¹⁹. Nach Art. 146 GG a.F. sollte das GG an dem Tage seine Gültigkeit verlieren, "an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist".

III. Zur besonderen Situation des Parlamentarischen Rates 1948/49 bei der Schaffung des Grundgesetzes

Gerade der zuletzt angesprochenen - verfassungsimmanenten - Ablösungsregelung kommt in dem hier interessierenden Zusammenhang entscheidende rechtliche - eben verfassungsrechtliche - Bedeutung zu. Berücksichtigt man nämlich, daß dem GG zum Zeitpunkt seiner Entstehung, also dem Handeln des pouvoir constituant, aufgrund der Einflußnahme und Vorbehalte der Alliierten, vor allem der daraus resultierenden Beschränkung der Volkssouveränität, und im Hinblick auf die kriegsfolgenbedingte Teilung des zu verfassenden Staates nur provisorischer (zeitlich befristeter) Charakter zukommen sollte²⁰ - darum wurde auch die Bezeichnung „Grundgesetz“ und nicht „Verfassung“ gewählt²¹ -, so erstaunt die in Artikel 146 GG a.F. enthaltene Vorläufigkeitsregelung nicht, vielmehr stellt sie sich als Konsequenz des Willens des Verfassungsgebers dar, damals verfassungsrechtlich unbedenklich repräsentiert durch den - nicht unmittelbar vom Volk gewählten - Parlamentarischen Rat und die (mittelbar gewählten) Landesregierungen²². Daß auf dem damals nur bedingt handlungsfähigen pouvoir constituant ganz erhebliche Beschränkungen lasteten, ist nicht zu bestreiten und wird, soweit ersichtlich, auch nicht in Zweifel gezogen.

IV. Zur Bedeutung der Altfassungen von Art. 23 und 146 GG und der Grundgesetz-Präambel

Mit einer bloßen Betrachtung der aufgrund der damaligen Zeitumstände in zweifacher Hinsicht stark beschränkten Handlungsmöglichkeiten der verfassungsgebenden Gewalt kann es wiederum nicht sein Bewenden haben. Schließlich wird unter renommierten deutschen Staatsrechtlern - und zwar wohl auch noch in bezug auf das GG nach dem Beitritt der ehemaligen DDR und dem Inkrafttreten der sog. vereinigungsbedingten Verfassungsänderungen - ernsthaft darüber diskutiert, ob das GG nicht als eine oktroyierte Verfassung anzusehen sei!²³ Verfassungsrechtlich entscheidend ist vielmehr, ob der Parlamentarische Rat als damals treuhänderisch handelnder Repräsentant des pouvoir constituant aus dieser seiner Beschränkung Folgerungen gezogen hatte und ob deren Beachtung verfassungsrechtlich geboten ist. Festzustellen ist, daß der Parlamentarische Rat aus seiner zweifach beschnittenen

Verfassungsgebungsbefugnis tatsächlich Konsequenzen gezogen hat, und zwar entgegen weit verbreiteter Ansicht mit fundamentaler Bedeutung für die Geltung des (sich als vorläufige Verfassung verstehenden) GG von 1949.

"Von dem Willen beseelt, seine nationale und staatliche Einheit zu wahren", und in geduldiger Erwartung der sich nach dem Zweiten Weltkrieg erst allmählich entwickelnden internationalen Machtverhältnisse hatte der Parlamentarische Rat den Gedanken der Wiedervereinigung nicht aufgegeben und verfassungsrechtlich abgesichert. Um aber bis zur Wiedervereinigung nicht einen Zustand der Anarchie erleben zu müssen, wurde, „...um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben ...“ (so die Präambel des GG in der alten Fassung), das GG beschlossen, mit dem einerseits in der Präambel enthaltenen Vorbehalt: „Das gesamte deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden.“, und der korrespondierenden Schlußregelung in Art. 146 GG a.F., die 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.“

Wie eine Auswertung der Gesetzgebungs- oder besser Verfassungsgebungsmaterialien der Jahre 1948/49 zeigt, sind die zitierte Präambelpassage und der Schlußartikel jedenfalls in ihren Altfassungen, zunächst als vom pouvoir constituant verbindlich auferlegte Befristungsregelung für das GG zu verstehen, aus der dann konsequenterweise ein an das gesamte deutsche Volk gerichteter Verfassungs(gebungs)auftrag²⁴ folgt, der dann gemäß dem Willen des GG nach Souveränitätserlangung und Wiedervereinigung auch zu erfüllen ist. Diese zum Ob der Notwendigkeit eines Verfassungsgebungsaktes vertretene Auffassung, die in dem Berichterstatterschreiben direkt gar nicht angesprochen wurde, dürfte bis zum Beginn des Wiedervereinigungsprozesses Ende des Jahres 1989 gänzlich unbestritten gewesen sein²⁵; interessanterweise läßt sie sich gerade dem KPD-Urteil²⁶ entnehmen, welches allerdings der Erste Senat des BVerfG im Jahre 1956 zu entscheiden hatte. Wohl aufgrund der zweifelsohne berechtigten Sorge, die unerwartet sich bietende, möglicherweise historisch einmalige Chance zur Wiedervereinigung könne über eine endlose oder jedenfalls zu lange Verfassungsdebatte politisch verspielt werden²⁷, geriet dann zunächst die in Art. 23 GG a.F.²⁸ enthaltene Beitrittsregelung in den Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Betrachtung²⁹. Demzufolge sprach sich auch die ganz überwiegende Zahl der deutschen Staatsrechtslehrer³⁰ für den dann kurze Zeit später auch bereits vollzogenen Beitritt³¹ der DDR bzw. der zwischenzeitlich dort konstituierten Länder sowie des früheren Ost-Berlin aus - nicht zuletzt auch deswegen, weil auf diese Weise dem ebenfalls im GG (alter Fassung) enthaltenen Wiedervereinigungsgebot³² am ehesten entsprochen werden konnte. Zu kritisieren ist allerdings, daß sich ein Großteil der Beitrittsbefürworter unter den deutschen Staatsrechtslehrern, die Vertreter

der Zwei-Wege-Theorie³³, während der im Jahr der deutschen Einheit (1990) geführten Debatte³⁴ dazu hinreißen ließ, zwischen dem Beitritt nach Art. 23 GG a.F. und einer Wiedervereinigung über den Prozeß der gesamtdeutschen Verfassungsgebung nach Art. 146 GG zwei sich gegenseitig ausschließende Wege³⁵ zur deutschen Wiedervereinigung zu entwickeln. In der damals geführten Verfassungsdebatte setzte sich erst sehr spät, wohl zu spät, die Erkenntnis durch, daß der in Art. 146 GG angesprochene Verfassungsgebungsakt auch nach einer bereits vollzogenen Einigung nachfolgen könne, wenn nicht - wie auch der Verfasser meint - nachfolgen müsse³⁶. Die Gegenposition, als "Stufenmodell"³⁷ bezeichnet, hatte erst im Verlaufe der Verfassungsdiskussion des Jahres 1990 immer mehr Anhänger gefunden, darunter auch Verfassungsrichter³⁸. Die herrschende Staatsrechtslehre hatte damals den weitreichenden und vom Parlamentarischen Rat als sehr wichtig angesehenen novellierten Art. 146 GG verkannt³⁹. Daß Art. 146 GG jedenfalls in seiner alten Fassung nicht nur ein an den *pouvoir constitué*, also die verfaßten Gewalten, gerichtetes Recht, sondern eine Pflicht zur Vornahme des Verfassungsgebungsaktes beinhaltet - und zwar im Wege einer Legitimierung durch eine Volksabstimmung - soll im folgenden dargelegt werden.

Auf diese Modalität des bislang noch ausstehenden, seit einiger Zeit überfälligen Aktes endgültiger Verfassungsfindung weisen einerseits der Wortlaut der bereits erwähnten Ablösungsklausel im Schlußabsatz der alten Präambel hin, die ausdrücklich an das „gesamte Deutsche Volk“ gerichtet wurde, sowie die Formulierung in Art. 146 GG a.F., in dem diesem deutschen Volke „in freier Entscheidung“ ein - gemeinsamer - Beschluß über die neue Verfassung abverlangt wird.

Entgegen der bislang weit verbreiteten Annahme sprechen bei Betrachtung der Entstehungsgeschichte der Präambel und des Art. 146 GG a. F. nicht nur mehrere Äußerungen von Carlo Schmid (SPD) als Vorsitzenden des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates für eine solche Auslegung des GG, sondern auch weitere Gesetzesmaterialien. Häufig zitiert wird die unwidersprochen gebliebene Äußerung von Carlo Schmid auf der Sitzung des Hauptausschusses am 07.12.1948, in der er gerade in bezug auf eine Umformulierung des Art. 146 GG erklärte, es sei „völlig klargelegt, daß die endgültige deutsche Verfassung nicht im Wege der Abänderung dieses Grundgesetzes entstehen wird, sondern originär"⁴⁰. Adenauer als Vorsitzender des Parlamentarischen Rates wies in diesem Zusammenhang - besonders prägnant - darauf hin, daß man schließlich nicht über die "Zehn-Gebote" beschließen müsse, "sondern über ein Gesetz, das nur für eine Übergangszeit gelten" solle⁴¹.

Als weiteres, wenn auch vornehmlich für den Vorläufigkeitscharakter des GG herangezogenes Zitat kann aber auch für das Erfordernis einer Volksabstimmung über die endgültige Verfassung eine Passage aus einer Rede Carlo Schmids vom 06.05.1949 vor dem Plenum des Parlamentarischen Rates dienen. Schmid formulierte

damals wie folgt: „Das Anwendungsgebiet des Grundgesetzes ist nicht ‘geschlossen’. Jeder Teil Deutschlands kann ihm beitreten. Aber auch der Beitritt aller deutschen Gebiete wird dieses Grundgesetz nicht zu einer gesamtdeutschen Verfassung machen können. Diese wird es erst dann geben, wenn das deutsche Volk die Inhalte und Formen seines politischen Lebens in freier EntschlieÙung bestimmt haben wird“⁴². Zweifel daran, daß nicht nur Carlo Schmid als Vorsitzender des Hauptausschusses, sondern auch der Parlamentarische Rat in seiner Gesamtheit eine Volksabstimmung über die endgültige deutsche Verfassung für notwendig hielten, sind mit einer - bislang offensichtlich übersehenen - (offiziellen) Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses des Parlamentarischen Rates vom 13./16.12.1948 zum Grundgesetzentwurf in der Fassung der 1. Lesung des Hauptausschusses zu belegen, in der es unter der Überschrift „Vorbemerkungen zur Präambel“ wie folgt heißt: „Die Entsendung von Abgeordneten, von denen mehrfach gesprochen wird, und die Unterbreitung des Grundgesetzes zur Annahme durch das Volk sind technische Vorgänge, die in der Präambel keine Erwähnung finden sollten, um so mehr als sie bereits aus den Übergangs- und Schußbestimmungen ersichtlich sind. Ausgangspunkt sollte die Annahme des Grundgesetzes durch das Volk sein, das allein - kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt - die politische Entscheidung trifft“⁴³. Dieser unwidersprochen gebliebenen Stellungnahme zur Präambel kommt besonderes Gewicht deshalb zu, weil der am 13.12.1948 erstmals beschlossene Formulierungsvorschlag für die Präambel, auf den sich die Vorbemerkungen gerade beziehen, ohne Modifikationen, was besonders bemerkenswert erscheint, noch zweimal durch den Allgemeinen Redaktionsausschuß bestätigt worden ist, und zwar zunächst in seinem zweiten Vorschlag vom 25.01.1949⁴⁴ und sodann nochmals in seinem letzten Vorschlag vom 02.05.1949⁴⁵. Die beim Erstbeschluß insoweit zur Frage der Volksabstimmung über die (endgültige) deutsche Verfassung gemachte Anmerkung des Allgemeinen Redaktionsausschusses sowie deren zweifache Bestätigung kann nur dahingehend gedeutet werden, daß schon damals - die Einschränkung der Souveränität und die Teilung Deutschlands hinweggedacht - einhellig eine Volksabstimmung über die Verfassung für notwendig gehalten wurde, das Procedere damals aber gerade keiner Erörterung bedurfte⁴⁶. Dafür spricht auch, daß während der Auseinandersetzung mit dem "Frankfurter Dokument Nr. 1" und dem darin von den Besatzungsmächten geforderten "Referendum" immer nur von einer Volksabstimmung die Rede war.⁴⁷

Sprechen somit neben Wortlaut und Systematik auch die Entstehungsgeschichte dieser Verfassungsnormen für eine Verpflichtung zur Durchführung einer Volksabstimmung über die (endgültige) deutsche Verfassung, wird diese Auffassung auch vom Sinn und Zweck der alten Fassung der Präambel und des Art. 146 GG gedeckt. Jedenfalls dann, wenn man die vom Parlamentarischen Rat in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG niedergelegte demokratische Fundamentalnorm: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“, ernst nimmt

und dann die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG folgende Regelung: „Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt.“, mit in die verfassungsrechtliche Betrachtung einbezieht, so kann die im Schlußabsatz der alten Präambel enthaltene Aufforderungsklausel: „Das gesamte deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden.“, und die korrespondierende Regelung in Art. 146 GG a. F.: „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.“, nach Sinn und Zweck nur so gedeutet werden, daß, da *alle* Staatsgewalt vom Volke auszugehen hat, auch die Beschlußfassung über die (endgültige) Verfassung vom deutschen Volk in seiner Gesamtheit, jedenfalls in einer gemeinsamen Schlußentscheidung, zu treffen ist.

Es darf angenommen werden, daß sich der Parlamentarische Rat seinerzeit an dem großen Vorbild der französischen Verfassung vom 04. Juni 1793 orientieren wollte, die zuvor von einer verfassungsgebenden Versammlung ausgearbeitet und danach der Wählerschaft zur Annahme vorgelegt wurde. Ihre Vorlage an das Volk zur Abstimmung entsprach Rousseaus Lehre von der Annahme des Sozialvertrages durch das Volk⁴⁸. Überdies dürfte es - jedenfalls aus heutiger Sicht - mehr und mehr tradierter Verfassungspraxis entsprechen, in Fragen der Verfassungsneuebung das Volk selbst abstimmen zu lassen⁴⁹.

Dieses Auslegungsergebnis korrespondiert - jedenfalls was den als fundamental anzusehenden Verfassungsfindungsakt angeht - auch mit der Rechtsprechung des BVerfG zur Reichweite des Art. 20 Abs. 2 GG, die besagt, daß die verfassungsrechtlich notwendige demokratische Legitimation eine „ununterbrochene Legitimationskette“ vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern erfordert⁵⁰.

Zwar war diese Legitimationskette - gewissermaßen an der Basis - in den zurückliegenden Jahrzehnten seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes zwischen Volk und Verfassung unterbrochen, jedoch war diese Unterbrechung an dieser als fundamental anzusehenden Stelle bis zur Herstellung der Wiedervereinigung aufgrund des provisorischen Charakters des Grundgesetzes im Hinblick auf die bereits angesprochenen Beschränkungen des *pouvoir constituant* und das treuhänderische Handeln des Parlamentarischen Rates hinnehmbar und von diesem auch bewußt hingenommen worden. Dieser Zustand hat sich jedoch nach Erhalt der vollen Souveränität Deutschlands und nach der Wiedervereinigung grundlegend geändert mit der Folge, daß die Legitimationskette an der Basis nunmehr zu schließen ist. Genau das hat dem Parlamentarischen Rat bei seinen Beratungen in den Jahren 1948/49 vorgeschwebt und es ist in den angesprochenen Passagen des GG sowie den Gesetzgebungsmaterialien in ausreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht worden⁵¹.

V. Bedeutungswandel des Art. 146 GG in seiner Neufassung durch den Einigungsvertrag?

Ist somit davon auszugehen, daß die „Väter und Mütter des Grundgesetzes“ seinerzeit zur ausreichenden Legitimation der Verfassung zwar ihre Annahme direkt durch das Volk für notwendig hielten, von diesem Procedere damals aber im Hinblick auf die Einflußnahme der Alliierten und vor allem wegen der fehlenden staatlichen Einheit Deutschlands bewußt abgesehen hatten⁵² - und absehen wollten, bis die Beschränkungen des pouvoir constituant nicht mehr bestanden - , so kann nach den Änderungen der Präambel und der Art. 23 und 146 GG allenfalls danach gefragt werden, ob diesem verfassungsrechtlich damals als zwingend angesehenen Verfassungsauftrag⁵³ erstens zur Verfassunggebung und zweitens zur Durchführung einer Volksabstimmung über die (endgültige) deutsche Verfassung nach wie vor noch Bindungswirkung zukommt, mithin, ob die inzwischen vorgenommenen Änderungen hieran etwas geändert haben bzw. ob sie hieran überhaupt etwas ändern konnten. Die Frage danach, ob an dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe nach Erlangung der vollen Souveränität Deutschlands und der Wiedervereinigung überhaupt etwas geändert werden durfte - etwa durch die Regelungen im Einigungsvertrag -, soll vorerst zurückgestellt werden. Zunächst soll, gewissermaßen grundgesetzimmanent, geklärt werden, ob die anlässlich der Wiedervereinigung beschlossenen Änderungen des GG den soeben erörterten Regelungsgehalt der Präambel und des Art. 146 GG de constitutione lata überhaupt geändert haben. Darauf deuten zunächst die Umformulierungen in der Präambel nicht hin. Dies folgt nicht etwa aus der in der neuen Präambel enthaltenen Berufung auf die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes, da es sich insoweit nur um eine verbale Bekundung handelt, die auch bereits der alten Präambelfassung zu entnehmen war⁵⁴. Ebenso wenig folgt dies aus der nunmehr in der Präambel enthaltenen Feststellung, die Deutschen hätten nach dem Beitritt in allen Bundesländern nunmehr in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands vollendet, was lediglich beschreibend und zutreffend ist. Beide Formulierungen verhalten sich zu der zu untersuchenden Frage neutral. Gegen die Annahme, der Gehalt der Präambel habe sich entscheidend nicht geändert, könnte allerdings die Formulierung - bezeichnender Weise wiederum im Schlußsatz der Präambel - sprechen, wo es heißt: „Damit gilt dieses Grundgesetz für das gesamte Deutsche Volk“⁵⁵. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß auch diese normative Feststellung zutreffend ist und daß der Einschub auch außenpolitisch motiviert⁵⁶ war. Zutreffend ist sie aber allein durch den Beitritt der DDR zum Geltungsbereich des GG gemäß Art. 23 Satz 2 GG a.F. geworden, der das Problem der Verfassunggebung jedoch entgegen weitverbreiteter Auffassung nicht obsolet werden ließ, sondern gerade

virulent machte. Demzufolge spricht die Beibehaltung der Formulierung „Grundgesetz“ in der Präambel und in der Überschrift gegen eine Änderung des Regelungsinhaltes. Dieser Eindruck verfestigt sich, wenn das ohnehin zwischen beiden Regelungen bestehende Normengeflecht berücksichtigt und die Neufassung des Art. 146 GG in die rechtliche Betrachtung mit einbezogen wird⁵⁷. Stellt man zunächst auf den Wortlaut dieser Verfassungsnorm ab, so fällt bei einem Vergleich zwischen Altfassung und Neufassung auf, daß sich die Vorschrift rein verbal wenig verändert hat. Wegen des zwischenzeitlich erfolgten Beitritts der DDR zum Geltungsbereich des GG und wegen des daraus folgenden Obsoletwerdens der in Art. 23 S. 2 GG a.F. enthaltenen Inkraftsetzungsregelung (in „anderen Teilen Deutschlands“) wird auch in der Neufassung des Art. 146 GG klarstellend hervorgehoben, daß das GG nunmehr für das gesamte deutsche Volk gilt. Wiederholt wird also nur der bereits in der neuen Präambel im Schlußsatz enthaltene Hinweis. Im wesentlichen festzustellen ist somit, daß es bei der von Anfang an im Grundgesetz in seinem Schlußartikel enthaltenen Ablösungsklausel geblieben ist und daß in dieser Verfassungsnorm nach wie vor zwischen dem "Grundgesetz" und der "Verfassung" unterschieden wird. Vom bloßen Wortlaut des Art. 146 GG n.F. und wegen des im wesentlichen unverändert gebliebenen Schlußabsatzes der Präambel spricht daher entgegen der - herrschenden Auffassung⁵⁸ in der Staatsrechtslehre alles dafür, daß der bereits vom Parlamentarischen Rat in der Präambel und in Art. 146 GG a.F. nach erreichter Wiedergewinnung und erreichter voller Souveränität anvisierte Verfassungsgebungsakt für die endgültige deutsche Verfassung nach wie vor noch aussteht. Da auch die systematische Stellung der genannten Regelungen - am Anfang und am Ende des GG - unverändert geblieben ist, lassen sich auch aus diesem Auslegungstopos keine anderen Schlüsse ziehen⁵⁹.

Nicht entscheidungserheblich für die richtige Interpretation der Neufassung des Art. 146 GG kann dagegen deren Entstehungsgeschichte sein, und zwar schon deswegen nicht, weil die im Zuge der Formulierung des Einigungsvertrages etwa im Plenum des Deutschen Bundestages⁶⁰ geführten Dispute und vertretenen Positionen, zu entnehmen auch der Denkschrift der Bundesregierung zum Einigungsvertrag⁶¹ und dem Bericht des Ausschusses Deutsche Einheit⁶²; aufgrund der politischen Blockade⁶³ zwischen CDU/CSU auf der einen und SPD und GRÜNEN auf der anderen Seite ohne eindeutiges Ergebnis geblieben sind und zu einer Neutralisierung des Wortlautes der umformulierten Vorschrift des Art. 146 GG n.F. geführt haben⁶⁴: Nach dieser Bestandsaufnahme verbietet es sich auch, dem in den entscheidenden Passagen unverändert gebliebenen Schlußabsatz der novellierten Präambel und der Neufassung des Art. 146 GG unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Regelung einen wesentlich geänderten Inhalt zu geben⁶⁵: Als sinnvoll und verfassungsrechtlich zweckmäßig kann Art. 146 GG n.F. nämlich nur dahingehend ausgelegt werden, daß

die Entscheidung über die deutsche Verfassung nach wie vor noch aussteht⁶⁶, die Verfassungsfrage nach wie vor noch offen ist und im Wege der bereits in Art. 146 GG a.F. angelegten "konstruktiven Verfassungsablösung"⁶⁷ erfüllt werden muß. Zwar könnte dem neuen Schlußartikel des Grundgesetzes - bei rein politischer Betrachtung - auch Sinn und Vernunft bescheinigt werden, wenn man die novellierte Vorschrift so versteht, als habe das gesamte deutsche Volk durch seine damals agierenden Repräsentanten das Provisorium, das Grundgesetz, nach der Wiedervereinigung (und zurückerlangter voller Souveränität) zur (endgültigen) deutschen Verfassung erhoben, jedoch vermag eine solche teleologische Auslegung des neuen Schlußartikels des Grundgesetzes gerade in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht zu überzeugen⁶⁸: Verkannt wird insoweit nämlich, daß das vom Parlamentarischen Rat 1948/49 festgestellte Defizit bei der (vorläufigen) Verfassunggebung, - die unterbliebene Mitwirkung des gesamten deutschen Volkes an der Beschlußfassung über das Grundgesetz -, durch die Regelungen in dem zwischen der (alten) Bundesrepublik und der DDR geschlossenen Einigungsvertrag, einem völkerrechtsähnlichen Vertragswerk, nicht beseitigt wurde⁶⁹. Ganz abgesehen davon ist hervorzuheben, daß die Neufassung des Art. 146 GG gerade nicht auf einen Akt der Verfassunggebung, also des *pouvoir constituant*, sondern lediglich auf einen Akt der Verfassungsänderung, also des *pouvoir constitué*, zurückzuführen ist⁷⁰, auch wenn dies teilweise anders gesehen wird.

Diese Erkenntnis provoziert die anfangs zurückgestellte Fragestellung nach der Befugnis des verfassungsändernden Gesetzgebers zur wesentlichen Inhaltsänderung derartiger Fundamentalnormen wie der von Anfang an im Schlußartikel des GG enthaltenen Ablösungsklausel, die ihre Rechtfertigung allein aus den Beschränkungen herleiten kann, die der *pouvoir constituant* angesichts der damaligen Teilung des Staatsgebietes und der von außen beschränkten Staatsgewalt zu meistern hatte. Die gestellte Frage ist im Ergebnis zu verneinen, da der *pouvoir constitué* den durch einen Verfassungsauftrag erklärten Willen des *pouvoir constituant* zur nachträgliche Herbeiführung der vollen Legitimation einer Verfassung nicht ändern oder modifizieren kann⁷¹: Die im Einigungsvertrag von der (alten) Bundesrepublik und der DDR völkervertragsähnlich vereinbarten Änderungen des GG stellen gerade nicht den bereits von den „Vätern und Müttern“ des GG avisierten - und herbeigesehnten - Akt einer urdemokratischen Verfassunggebung dar. Mithin harret der vom *pouvoir constituant* gegebene Verfassungsauftrag, der auch von den Vertretern bejaht wird, die seine Erfüllung nicht zwingend durch eine Volksabstimmung, sondern auch durch die unmittelbare Wahl einer verfassungsgebenden Versammlung als möglich ansehen bzw. sich insoweit nicht festgelegt haben⁷², nach wie vor seiner Erfüllung. Das Grundgesetz hat noch nicht den qualitativen Sprung zur endgültigen deutschen Verfassung erreicht, sondern ist lediglich vom Provisorium zu einer Übergangsverfassung mutiert⁷³.

VI. Zwischenergebnis: Verpflichtung zur Durchführung einer Volksabstimmung über die deutsche Verfassung

Ergibt somit die teleologische Auslegung der Vorschrift, daß Art. 146 GG inhaltlich nicht geändert wurde, weil diese für den Verfassungsgebungsakt fundamentale Norm gar nicht geändert werden konnte, so ist als zusammenfassendes Ergebnis der in der Staatsrechtslehre äußerst vielfältigen und kontroversen⁷⁴ Auslegung des Art. 146 GG n.F. - unter Berücksichtigung der Präambelneufassung - folgendes festzuhalten:

1. Bei seiner Neufassung durch den Einigungsvertrag ist Art. 146 GG in seiner Rechtsnatur identisch aufrechterhalten worden und konnte im Wege (bloßer) Verfassungsänderung, von der nach der Wiedervereinigung bislang auszugehen ist, auch gar nicht inhaltlich geändert werden.
2. Demzufolge besteht der in Art. 146 GG in seiner Ursprungsfassung enthaltene appellative Auftrag an das gesamte deutsche Volk zur Beschlußfassung über die endgültige deutsche Verfassung nach wie vor fort; diesem hätte zeitnah zur Wiedervereinigung bereits nachgekommen werden müssen.
3. Wie gemäß Art. 146 GG a.F. ist auch nach dem geänderten Schlußartikel des Grundgesetzes der an das gesamte deutsche Volk gerichtete Verfassungsauftrag⁷⁵ zumindest in einem Schlußakt dadurch zu erfüllen, daß die Annahme der deutschen Verfassung im Wege einer Volksabstimmung durchzuführen ist.

Zutreffend hält daher nach Vollendung der deutschen Einheit auch eine Mindermeinung in der deutschen Staatsrechtswissenschaft - darunter der ehemalige Bundesverfassungsrichter Mahrenholz - eine (baldige) Volksabstimmung über das GG bzw. die endgültige deutsche Verfassung für zwingend notwendig⁷⁶.

Der insoweit vertretenen Gegenmeinung auch in den jüngst zu Art. 146 GG erschienenen Dissertationen von Moelle⁷⁷ und Merkel⁷⁸, deren Erkenntnisse sich ansonsten mit den hier gefundenen decken, muß unter zwei Gesichtspunkten widersprochen werden: zum einen, als es zur Bereinigung des anfangs beschriebenen Legitimationsdefizits (selbst im Falle einer unveränderten Übernahme des Normtextes des GG als endgültiger deutsche Verfassung) der Nachholung eines formellen Legitimationsaktes bedarf - Verfassungserzeugung durch ein "plébiscite de tous les jours" ist ebenso wie die Etablierung einer "vorläufigen Verfassung" mit Ewigkeitsgarantie abzulehnen -, und zum anderen, als ein solcher Verfassungsgebungsakt schon nach Auffassung des Parlamentarischen Rates und nach heute tradiertem Verfassungsverständnis⁷⁹ nicht nur mittelbar - durch Wahl einer verfassungsgebenden Nationalversammlung - zu erfolgen hat, sondern unmittelbar - durch eine spezielle Abstimmung aller Staatsbürger über den Verfassungstext - Entsprechendes ist auch den in einer dritten (bislang unveröffentlichten) Dissertation

gewonnenen Erkenntnissen von Stückrath⁸⁰ entgegenzuhalten, wobei hervorzuheben ist, daß sie zutreffend aus Art. 146 GG a.F. und n.F. einen Verfassungs(gebungs)auftrag ableitet, diesen dann aber - verfassungsrechtlich unhaltbar - allein aufgrund der Passivität der nach dem Einigungsvertrag von Bundestag und Bundesrat bestellten Gemeinsamen Verfassungskommission als erloschen ansieht⁸¹. Die Inkonsequenz ihrer Schlußüberlegungen, die angesichts der allumfassend angelegten und hervorragend gelungenen Ableitung des aus Art. 146 GG abgeleiteten Verfassungsauftrages nur bedauert werden kann, ist ihr offensichtlich selbst aufgefallen, wenn sie dem GG als gesamtdeutscher Verfassung gleichwohl eine "gewisse Legitimationsschwäche" attestiert⁸².

VII. Auswirkungen der Nichterfüllung des Verfassungs(gebungs)auftrages bzw. des Fehlens einer Volksabstimmung über die Verfassung auf das geltende Bundeswahlrecht

Ist zu konstatieren, daß dem nach wie vor bestehenden Verfassungsauftrag zeitnah - spätestens mit Beginn der Vorbereitungen zur zweiten Bundestagswahl nach der Wiedervereinigung, also der zur verfassungsrechtlichen Überprüfung gestellten Bundestagswahl vom 16.10.1994 - nicht nachgekommen wurde, so war mit der vom Zweiten Senat inzwischen entschiedenen Wahlprüfungsbeschwerde moniert worden, daß dieses verfassungsrechtliche Defizit vor allem auch die (im GG nur höchst rudimentär geregelte) Wahlrechtsmaterie erfasse, welche zuvörderst durch das Volk - in der erst noch zu beschließenden (endgültigen) deutschen Verfassung - zu regeln gewesen wäre. Schließlich sei die Wahl des Parlaments eines Bundesstaates die wichtigste Form der politischen Willensbildung des Volkes auf der Bundesebene⁸³ und als Grundvorgang jedes demokratischen Verfassungslebens anzusehen, auf dem alle andere Staatsgewalt aufbaue⁸⁴. Darum sei es das ureigenste, demokratische Recht des Volkes, die Grundzüge des Wahlrechts unmittelbar selbst zu regeln⁸⁵. Die fehlende Erledigung des im GG als einer Übergangsverfassung auch in der Neufassung des Art. 146 GG enthaltenen Verfassungsauftrags zur Herbeiführung des Verfassungsgebungsaktes durch das deutsche Volk lasse damit auch das Demokratieprinzip ausformende Wahlrecht als ebenso ablösungsreif und de facto obsolet wie die Verfassungsgrundlage selbst und damit als verfassungswidrig erscheinen. Seien aber Wahlakte (wie Verfassungsgebungsakte) in einer demokratisch verfaßten Gesellschaft als fundamentale Handlungen des Volkes in Ausübung seiner Rechte als Souverän anzusehen, so müßten Wahlergebnisse und die sie tragende Wahlgesetzgebung, wenn diese unter Legitimationsgesichtspunkten auf unzureichenden Verfassungsakten beruhten, an sich annulliert werden.

VIII. Die nicht wahrgenommenen Regelungsmöglichkeiten

Angesichts des Umstandes, das Art. 146 GG (auch in seiner Neufassung) neben der essentiellen Ablösungsregelung eine akzidentielle Weitergeltungsregelung beinhalte, mithin zur Vermeidung anarchischer und undemokratischer Interimszustände eine "konstruktive Verfassungsablösung"⁸⁶ vorsehe, war dem Zweiten Senat im Beschwerdeverfahren auch aufgezeigt worden, wie dieser verfassungsrechtlichen Paradoxie grundgesetzkonform begegnet werden könne: Ungeachtet etwaiger akut zu korrigierender Wahlfehler, die umgehend zu veranlassen wären, stände dem BVerfG angesichts der Einmaligkeit des Vorgangs und im Hinblick auf die Freiheiten, die das Fehlen der Regelung des materiellen Wahlprüfungsrechts⁸⁷ ohnehin böte, in bezug auf den Fundamenteinwand der Nichterfüllung des Verfassungsgebungsauftrages folgende Regelungsmöglichkeit zur Verfügung: Die Wahl könnte für verfassungswidrig⁸⁸ erklärt werden mit der Maßgabe, daß die Abgeordneten (ungeachtet sofort wirksamer Korrekturen durch etwaige Wahlfehler) ihr Mandat bis zur Durchführung einer Wiederholungswahl ausüben dürften⁸⁹. Außerdem wäre festzustellen, daß die Wiederholungswahl spätestens bis zum Zeitpunkt der nächsten regulären Bundestagswahl (Oktober 1998) durchzuführen wäre⁹⁰. Die obersten Bundesorgane wären zu verpflichten, rechtzeitig vor dieser Wiederholungswahl Verfassungsentwürfe auszuarbeiten bzw. entgegenzunehmen und zu unterbreiten sowie die gemäß Art. 146 GG erforderliche Volksabstimmung über die (endgültige) Verfassung vorbereiten und durchführen zu lassen. Im Anschluß daran wäre die Wiederholungswahl unter Beachtung der dann für das Wahlrecht geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben unverzüglich durchzuführen. Wegen der über die Wahlanfechtung vergangenen Zeit von rund drei Jahren⁹¹ war dem Zweiten Senat im Herbst 1997 jedoch eine modifizierte Regelung vorgeschlagen worden: Die nächste Bundestagswahl sollte noch einmal auf der Grundlage des geltenden Wahlrechts und des GG - allerdings bei einer auf zwei Jahre verkürzten Wahlperiode - durchgeführt werden, um so Zeit für eine angemessene Verfassungsdiskussion zu ermöglichen, die dann, rechtzeitig vor dem übernächsten Wahltermin (demzufolge Oktober 2000) mit dem von Art. 146 GG geforderten Verfassungsplebiszit etwa Ende des Jahres 1999 ihren Abschluß fände.

Vorsorglich war der Zweite Senat während des Beschwerdeverfahrens auf die Bedeutung des bereits angesprochenen KPD-Urteils⁹² des Ersten Senats und die daraus resultierende Notwendigkeit einer Plenums-Entscheidung gemäß § 16 BVerfGG sowie darauf hingewiesen worden, daß einer im dargelegten Sinne stattgebenden Entscheidung auch das von ihm stammende Maastricht-Urteil⁹³ nicht entgegengehalten werden könne. Der dort bei der Entscheidung einer Verfassungsbeschwerde gegebene Hinweis, Art. 146 GG begründe "kein verfassungsbeschwerdefähiges Individualrecht"⁹⁴, greife im Rahmen der Wahlprüfung nicht, da insoweit (auf der Grundlage der geltend

gemachten Wahlrechtsverstöße) eine Überprüfung des gesamten objektiven Rechts eröffnet sei.⁹⁵

IX. Kritik und Ausblick

Um so bedauerlicher ist es, daß sich der Zweite Senat trotz der aufgezeigten verfassungsprozessualen Gegebenheiten einer der fundamentalen Bedeutung des Art. 146 GG gerecht werdenden Rechtsfindung quasi entzogen hat. Das alleine Abheben auf die vergleichsweise marginale Weitergeltungsklausel, ohne eine auch nur ansatzweise Auseinandersetzung mit der normessentiellen Ablösungsregelung des Art. 146 GG - selbst Kruis als Mitglied des Senats sieht in dem Schlußartikel einen Anwendungsfall für einen "Volksentscheid"⁹⁶ - läßt den Eindruck aufkommen, als habe sich der Senat bei seiner Entscheidungsfindung statt von strikten juristischen Vorgaben lieber von Erwägungen politischer Opportunität leiten lassen: Die unter der Geltung des GG in nunmehr fast 50 Jahren entstandene Verfassungsordnung sollte offensichtlich nicht in Frage gestellt und nicht dem Risiko⁹⁷ - die Chancen wurden wohl nicht gesehen - einer (vermutlich ohnehin moderaten, so aber auch wünschenswerten) Substitution ausgesetzt werden.

Ob ein solcher, typisch deutscher Skeptizismus allem Neuen gegenüber für die Haltung des Zweiten Senats tatsächlich ausschlaggebend war oder ob die Ursachen hierfür eher in einer konservativen Grundhaltung, speziell der Mitglieder des Zweiten Senats, in dem faktisch bestehenden Nominierungsmonopol der politischen Parteien für Verfassungsrichter⁹⁸, in der Passivität zweier Mitglieder⁹⁹ dieses Senats bei ihrem früheren Wirken in der Gemeinsamen Verfassungskommission - das Senatsmitglied Jentsch erklärte sich 1996 dahingehend, es sei "mehr als ein Schönheitsfehler, daß Art. 146 GG nicht eliminiert wurde"¹⁰⁰ - oder aber auch in der jüngst virulent gewordenen Kontroverse mit dem Ersten Senat¹⁰¹ zu suchen sind, bedarf sicherlich wissenschaftlicher Untersuchung. Festzustellen ist jedenfalls, daß sich der Zweite Senat der gebotenen verfassungsgerichtlichen Klärung verschlossen hat¹⁰². Für die Zukunft bleibt zu hoffen, daß die Brisanz des Art. 146 GG nicht auf Dauer bestehen und die "Gretchenfrage an das deutsche Staatsrecht"¹⁰³ nicht mehr allzu lange unbeantwortet bleibt. Jedenfalls muß der Gefahr begegnet werden, daß das GG als bloße Übergangsverfassung politisch mehr und mehr diskreditiert und unter Hinweis darauf, "alle Staatsgewalt" gehe gerade *nicht* vom Volk¹⁰⁴ aus, zunehmend entlegitimiert werden kann. Vor einer solchen Entwicklung hatte bereits 1991 der Richter am Bundesverwaltungsgericht Storost gewarnt¹⁰⁵. In der Tat muß verhindert werden, daß sich irgendwann extremistische Kräfte des schwelenden Verfassungsrechtsproblems bemächtigen, es zu ihren eigenen Gunsten ausschachten und zukünftig - etwa bei instabilen politischen Verhältnissen - einen fundamentalen Verfassungskonflikt

auslösen. Dadurch könnte sogar die fortschreitende europäische Einigung¹⁰⁶ national aufs Spiel gesetzt werden. Jedenfalls besteht ein nicht unerhebliches Risiko, den ohnehin heute schon skeptisch beäugten Einigungsprozeß in Deutschland weiter auf einem unter Legitimationsgesichtspunkten wackligen verfassungsrechtlichen Fundament (ohne Beteiligung des Volkes) voranzutreiben. Angesichts solcher Perspektiven sollte die auch als "Sprenngladung"¹⁰⁷ unter dem GG, als "Zeitbombe im Verfassungsgehäuse"¹⁰⁸, bezeichnete Problematik des Art. 146 GG baldmöglichst "entschärft" werden. Den Anstoß dazu könnte entweder eine Entscheidung beider Senate¹⁰⁹ des BVerfG oder aber eine Verfassungsinitiative aus dem politischen Raum geben¹¹⁰, wobei diese nicht nur von den verfaßten Gewalten oder politischen Parteien, sondern auch "aus der Mitte des Volkes"¹¹¹ auf den Weg gebracht werden kann. Eine solche Entscheidung wäre insbesondere auch aus Sicht der in den neuen Bundesländern lebenden Bürgerinnen und Bürger zu begrüßen, damit die in Deutschland geltende Verfassung, worauf jüngst Dreier¹¹² hingewiesen hat, nicht nur auf ein Handeln des 1949 allein artikulationsfähigen Teilvolkes der damaligen drei westlichen Besatzungszonen zurückgeführt werden muß.

¹ Die Überprüfung erfolgte bislang allerdings nur mittelbar aufgrund eines durch die Regierung des Landes Niedersachsen initiierten Normenkontrollverfahrens, vgl. BVerfG, Urt. v. 10.04.1997 - 2 BvF 1/95 -, in: NJW 1997, 1553; vgl. dazu auch Lenz, NJW 1997, 1534.

² BVerfG, Urt. v. 10.04.1997 - 2 BvC 3/96 -, in: NJW 1997, 1568; vgl. dazu auch Lenz, NJW 1997, 1534.

³ Auch in bezug auf die Wahlprüfungsbeschwerde des Verfassers (2 BvC 21/96) erfolgte eine A-limine-Abweisung; dem dort zugegangenen Beschl. v. 14.01.1998 bzw. Berichterstatterschreiben v. 16.05.1997 ist zu entnehmen, daß eine Befassung mit der erst im gerichtlichen Verfahren vorgetragene Problematik des Art. 146 GG trotz ihrer Einbindung in die bereits gegenüber dem BT gemachte Rüge der ausgleichslosen Zuteilung der 16 Überhangmandate als unzulässig angesehen wurde.

⁴ Erwähnt seien nur die mit rd. 1 ½ Jahren als zu lang beklagte Dauer der Wahlprüfung vor dem BT sowie die Forderungen nach einer Absenkung des Wahlalters für das aktive Wahlrecht und die Einführung einer Frauenquote im BT. Zur inakzeptablen Verfahrensdauer siehe Fußn. 90.

⁵ Auszug von S. 5 des in der Wahlprüfungsbeschwerde 2 BvC 25/96 zugegangenen Berichterstatterschreibens v. 10.09.1997.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.01.1998 - 2 BvC 25/96 -.

⁷ Dazu ausf. unter III und IV.

⁸ So vor allem die aktuelle Kommentarliteratur vgl. z.B. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG (Stand: Sept, 1991), Art. 23 a.F. Rdnr. 8 f., Art. 146 Rdnr. 53 ff., Jarass, in: Jarass / Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995, Art. 146 Rdnr. 3; auch Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 1996, Präambel, Rdnr. 63, allerdings mit zutreffender und zugleich kritischer Analyse des im Jahre 1990 unterbliebenen Verfassungsgebungsaktes, ebd., Rdnr. 39 ff.; siehe auch Fußn. 112j.

⁹ So dezidiert Papier, NJW 1997, 2841.

¹⁰ Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., 1992, S. 90, unter Berufung auf Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staats, 1995, und dens., Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., 1985, S. 10.

¹¹ Böckenförde, (Fußn. 10).

¹² So Böckenförde, (Fußn. 10) unter Berufung auf Beispiele der Verfassungsgebungen 1848/49, 1918/19, 1948/49 in Deutschland bei v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, 1976, S. 85 ff.

¹³ Böckenförde, (Fußn. 10).

¹⁴ So zutreffend Böckenförde, (Fußn. 10), unter Hinweis auf die immer noch als „grundlegend“ angesehenen Ausführungen von Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, Ein Beitrag zum Staatsrecht der Französischen Revolution, 1905.

¹⁵ Böckenförde (Fußn. 10).

¹⁶ Vgl. dazu wiederum Böckenförde, (Fußn. 10), unter Hinweis auf Loewenstein, Volk und Parlament nach der

-
- Staatstheorie der Französischen Nationalversammlung von 1789, 1922, S. 12 f.
- ¹⁷ So prägnant und ohne die übliche Überhöhung formuliert von Böckenförde, (Fußn. 10).
- ¹⁸ Vgl. dazu Böckenförde, (Fußn. 10).
- ¹⁹ Auf letzteres weist zutreffend Böckenförde, (Fußn. 10) hin.
- ²⁰ So formulierte die a.F. der Präambel des GG: "... um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben." Dazu Grimm, in: Guggenberger/Stein (Hrsg.), Die Verfassungsdiskussion im Jahre der deutschen Einheit, Analysen - Hintergründe - Materialien <im folgenden immer zitiert>"Verfassungsdiskussion">, 1991, S. 119 (125); Storost, in: "Verfassungsdiskussion", S. 172 ff.; Mahrenholz, in: "Verfassungsdiskussion", S. 220 (221); Jeand'Heur, DÖV 1990, 873 (876 ff); ausführlich dazu jetzt Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Art. 146 GG, 1996, S. 42 ff. und Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität (Diss.), Freiburg 1996, Manuskript, S. 63 ff. (erscheint in Kürze bei Duncker und Humblot in der Reihe "Schriften zum öffentlichen Recht"),
- ²¹ Dazu Grimm, in: "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20) S. 261 (264); Heckel, in: Handb. d. StaatsR, Bd. VIII, § 197 Rn: 2; Storost, in: "Verfassungsdiskussion", (Fußn. 20) S. 172 (175) und dort die Nachw. in Fußn. 17, Wahl, in: Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1990, 468 (476); sowie jetzt Moelle (Fußn.20), S. 42; Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, Grundlagen und Dogmatik des Artikel 146 GG, S. 45 ff. und ausf. Stückrath, (Fußn. 20), S. 59.
- ²² Das GG wurde am 08.05.1949 beschlossen, in der Woche vom 16.-22.05.1949 durch die Landtage (außer Bayern) angenommen, was am 23.05.1949 förmlich festgestellt wurde.
- ²³ So beispielsweise Rüfner in der Aussprache zu den Vorträgen von Isensee und Württemberg auf der im Jahre 1991 abgehaltenen Diskussion des Arbeitskreises Staats- und Verfassungsrecht, wiedergegeben in: Stern (Hrsg) Deutsche Wiedervereinigung, Bd. I, 1991, S. 127, im Disput mit Stern, der sich, ebd., folgendermaßen erklärte: „Die Situation 1948/49 war natürlich eine fundamental andere; ich würde bei allem aber doch zweifeln, ob das Grundgesetz wirklich oktroyiert ist." Überzeugend zur systematischen Einordnung des GG in die Kategorie "formelle Legitimität" in dem von ihr erarbeiteten Dreistufenmodell nunmehr Stückrath (Fußn. 20), S. 332 ff. (340), zum Dreistufenmodell, ebd., S. 293 ff..
- ²⁴ Siehe unten in und zu Fußn. 53.
- ²⁵ Vgl. etwa v. Mangoldt, GG, 1953, Art. 146 Anm. 2; - Hamann, GG, 1957, Art. 146 Anm. C 4.
- ²⁶ BVerfG, Urt. v. 17.08.1956 - 1 BvB 2/51 -, BVerfGE 5, 85 (125 ff.).
- ²⁷ Diese Befürchtung hatten vor allem die Vertreter der Zwei-Wege-Theorie; siehe unten Fußn. 33 und 96.
- ²⁸ In seiner alten Fassung lautete Art. 23 GG: "Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiet der Länder... In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen."
- ²⁹ Dies belegen die Quellen des in Fußn. 34 bzw. 20 genannten Sammelbandes sowie die auf der Sondertagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1990 in Berlin vorgelegten Berichte und dort abgegebenen Diskussionsbeiträge, in: VVDStRL 49 (1990).
- ³⁰ Vor allem die Vertreter der Zwei-Wege-Theorie, siehe Fußn. 33.
- ³¹ Dieser erfolgte mit Wirkung zum 03.10.1990 gem. Kap. I Art. I Abs. 1 des Einigungsvertrages
- ³² Dieses war vom BVerfG im erwähnten KPD-Urteil vor allem aus der (alten) Präambel zum GG hergeleitet worden, vgl. Urt. v. 17.08.1956 - 1 BvB 2/51 -, in: BVerfGE 5, 85 (125 ff).
- ³³ Dazu zählen z.B. Isensee, VVDStRL 49 (1990), 48 ff.; Tomuschat, VVDStRL 49 (1990), 71 ff.; sowie nach ihren Diskussionsbeiträgen auf der Sondertagung der VVDStRL des Jahres 1990: Brohm und (wohl) Murswiek, ebd., S. 148 f., 159; Bartelsberger, DVBl. 1990, 1297; Degenhardt, DVBl. 1990, 973 (1976); Huba, VBIBW 1990, 349 (354); Schmitt Glaeser, Die Stellung der Bundesländer bei einer Vereinigung Deutschlands, 1990, S. 22 f.; Stark, JZ 1990, 349 (354); v. Campenhausen, in: v. Mangoldt/Klein, GG, 3. Aufl., 1991, Art. 146 Rdnr. 3, 10, 15, 22; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG (Stand Sept. 1991), Art. 146, Rdnr. 3 f.; wohl auch Stern, in: ders. Schmitt-Bleibtreu, Einigungsvertrag und Wahlvertrag, 1990, S. 47 f.
- ³⁴ Der beste Überblick anhand von Quellen findet sich bei Guggenberger / Stein (Hrsg.), s. Fußn. 20.
- ³⁵ So vor allem die in Fußn. 33 aufgeführten Staatsrechtslehrer.
- ³⁶ Eine Pflicht zum Verfassungsgebungsakt sehen vor allem die Vertreter, die auch eine Volksabstimmung für notwendig halten, s. Fußn. 76.
- ³⁷ Bisweilen diskreditiert als „Draufsatteltheorie“, so z.B. Isensee, Handb. d. StaatsR, Bd. VII, 1993, § 166 Rdnr. 28. m.w.N.
- ³⁸ Vor allem durch die damals noch gemeinsam amtierenden Bundesverfassungsrichter Grimm, KritV 1990, 148 (155 f); ders., "Verfassungsdiskussion" (Fn. 15), S. 119 (129); ders., ebd., S. 261 (266) und Mahrenholz, ebd., S. 220 (222); auch Häberle, ebd., S. 242 (243 ff.); Seifert, ebd., S. 230 (231 f.); Hohmann, ebd., S. 208 (209 f.); Storost, ebd., S. 172 (174); Frowein, VVDStRL 49 (1990), 7 (15) sowie die Diskussionsbeiträge auf der Sondertagung der VVDStRL zur Wiedervereinigung im Jahre 1990 von Meyer, Meurer, Kirn, Küchenhoff, Lange, Sachs, Grabitz und Steiger, ebd., S. 163 f., 166 ff., 168 ff., 170 f., 174 f., 175 f., 177 f., 179; Binne, JuS

- 1990, 446 (448); Grabitz-v. Bogdandy, NJW 1990, 1073 (1077); Klein, NJW 1990, 1065 (1070); Rauschnig, DVBl. 1990, 393 (401); Spieker, BayVBl., 1990, 257 (261 f.); dazu Spies, JA 1990, 156 (157); Wahl, NJW 1990, 2585 (2588); ders., in: Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1990, 468 (475 f.); sowie, ohne dies ausdrücklich zu betonen, Benda, in: "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20), S. 224 (226 ff.); Simon, ebd., S. 139 (146); aus der Kommentarliteratur etwa Maunz (Stand 1991), in: Maunz/Dürig, GG, Art. 23 Rn. 37, nicht abweichend, ebd., Art. 146 Rdnr. ff.
- ³⁹ Dies stellte auf der Staatsrechtslehrrerntagung 1990 allerdings recht früh Frowein fest, wenn er in dem von ihm damals vorgelegten Bericht festhält: "Es ist auch verfassungshistorisch falsch, einen Gegensatz zwischen Art. 23 und 146 GG aufzubauen", in VVDStRL 49 (1990), 7 (15). Ebenso heben Guggenberger/Stein, in: dies. (Hrsg.), "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20) S. 81 (85), hervor, daß Art. 146 GG in der alten Fassung im eigentlichen Sinn nicht "Wegeartikel" war, wörtlich: "... er benannte weniger einen Weg zur deutschen Einheit als vielmehr das Ende der Gültigkeitsdauer des Grundgesetzes ...". Unter Hinweis darauf, daß Art. 23 GG a.F. im Abschnitt: "Der Bund und die Länder" gestanden habe, und den Geltungsbereich des GG regele: Mahrenholz, in: "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20), S. 220 (222), der zutreffend feststellt, niemand habe bei den Beratungen dieses Artikels darauf hingewiesen, daß hier die Alternative zum Art. 146 GG formuliert werde. Zutreffend auch Schlink, in: "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20), S. 19 (32), zur Entstehungsgeschichte: "Auf den Gedanken eines Entweder - Oder zwischen dem Weg über Art. 23 GG und dem über Art. 146 GG kam man nicht..."
- ⁴⁰ Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses 1948/49, 238.
- ⁴¹ Vgl. Adenauer, Erinnerungen 1945 - 1953, 1965, S. 172.
- ⁴² Parlamentarischer Rat, Stenographische Berichte über die Plenarsitzungen, 1948/49, 172.
- ⁴³ Parlamentarischer Rat, Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom 13./16.12.1948 zur Fassung der 1. Lesung des Hauptausschusses, Drs. 370, wiedergegeben auch in JöR n. F. 1 (1951), 38.
- ⁴⁴ Drs. 543.
- ⁴⁵ Drs. 751.
- ⁴⁶ Das folgt z.B. auch aus der Begründung, die Carlo Schmid (SPD) am 08.05.1949 dafür gab, das GG keiner Verfassungsabstimmung zu unterziehen: "Es ist guter und alter Brauch, daß eine Verfassung durch das Volk sanktioniert werden muß. Aber wir wollen hier ja keine Verfassung machen. Wir haben hier doch nur einen Schuppen, einen Notbau, und einem Notbau gibt man nicht die Weihe, die dem festen Hause gebührt.", in: Parlamentarischer Rat, Stenographische Protokolle der Plenarsitzungen, 10. Sitzung v. 08.05.1949, S. 230; vgl. dazu auch Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949, Akte und Protokolle, Bd. 1: Vorgeschichte, bearbeitet von J.v. Wagner, 1975, S. 231 ff.; auch Schmid, Erinnerungen, 1979, 329.
- ⁴⁷ Vgl. dazu insb. z.B. die Äußerungen des Abg. Katz, erwähnt bei Moelle (Fußn. 20), S. 48, sowie ebd. Fußn. 103 und 104; krit. und ablehnend zu dieser Schlußfolgerung jetzt Stückrath (Fußn. 20), S. 56 ff. (69 ff).
- ⁴⁸ Zu anderen Beispielen und zur Entwicklung vgl. dazu Loewenstein, Verfassungslehre, 1957, S. 269; auch Jéand'Heur, DÖV 1990, 873 (878), der die Einhaltung formeller Kriterien für erforderlich hält und unter Beziehung auf Preuß die gleichberechtigte Teilnahme aller Gesellschaftsmitglieder am Verfahren der Verfassungsgebung" als unabdingbar ansieht.
- ⁴⁹ Vgl. zur Situation in Europa und Nordamerika Bugiel, S. 282 ff., insb. Tabelle (Stand: Juni 1990) S. 284; allg. auch Heussner, Volksgesetzgebung in den USA und in Deutschland, 1994, vor allem in bezug auf die Ebene der US-Staaten bzw. Bundesländer.
- ⁵⁰ BVerfGE 47, 253 (275 f.); 77, 1 (40) sowie 83, 60 (72 f.) aus der Zeit nach der Wiedervereinigung.
- ⁵¹ So wiederum die damals noch gemeinsam amtierenden Bundesverfassungsrichter Grimm, in: "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20), S. 119 (128f.); ders., ebd., S 261; und Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, S. 27 f.; ders., in: "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20), S. 220 f. sowie Häberle, ebd., S. 242 (245 f.); Fischer, MDR 994 (440 f.).
- ⁵² Meyer, KritV 1993, 339 (425), vertritt die These, der Parlamentarische Rat habe das Volk nicht abstimmen lassen, weil keineswegs sicher gewesen sei, daß das GG akzeptiert werde.
- ⁵³ Einen solchen verfassungsrechtlichen Auftrag bejaht auch Wolf, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht, JZ 1993, 594 (600); ebenso jetzt Stückrath (Fußn. 20), S. 64 ff., 86 ff., die allerdings - insoweit wenig überzeugend - maßgeblich allein aus dem Beschluß der Gemeinsamen Verfassungskommission von BT und BR (Abschlußbericht in: BT-Drs. 12/6000), über das nach der Wiedervereinigung revidierte GG keine Volksabstimmung durchführen zu lassen, folgert, Art. 146 GG habe damit seinen Auftragscharakter verloren (S. 172 ff.). Zu ihrer weitergehenden Schlußfolgerung dazu vgl. hier in und zu Fußn. 62.
- ⁵⁴ Hierin erblickt Meyer, KritV 1993, 399 (425), den „Schritt von der frommen Lüge zum Betrug“; ausführlich dazu jetzt Merkel (Fußn. 21), S. 879 ff.; Moelle (Fn 20), S. 116 ff..
- ⁵⁵ Insoweit wird aufgrund der in Art. 23 GG a.F. enthaltenen Regelung lediglich eine zutreffende Beschreibung gegeben.

-
- ⁵⁶ Dazu zutreffend Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, S. 34, unter Hinweis darauf, daß verdeutlicht werden sollte, Deutschland werde keine Gebietsansprüche mehr stellen. Dafür spricht auch die Regelung in Art. 1 III und IV des Zwei-plus-Vier-Vertrages (BGBl. II 1318); auch Merkel (Fußn. 21), S. 91.
- ⁵⁷ Von einem Normengeflecht geht zutreffend auch Jeand'Heur, DÖV 1990, 873 (876), aus; siehe auch Merkel, (Fußn. 21), S. 89 ff.; Moelle (Fußn. 20), S. 116 ff..
- ⁵⁸ So beispielsweise dezidiert H.H. Klein, in: Hdb. d. StaatsR, Bd. VIII, § 198 Rdnr. 14, 18 ff., wenn er (in Rdnr. 22) von einem Prozeß "sukzessiver Legitimationsanreicherung" ausgeht und sich dabei auf E. Klein, NJW 1990, 1065 (1067 f.) und dens., Das Selbstbestimmungsrecht der Völker und die deutsche Frage, 1990, S. 90, bezieht; Isensee, in: Hdb. d. StaatsR, Bd. VII, § 166 Rdnr. 23 ff. m.w.N.
- ⁵⁹ Diesbezüglich ebenso Wiederin, AöR 117 (1992), 410 (436 f) und Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, 1992, S. 35. f.; sowie in Orientierung an die Regelungen im Einigungsvertrag unter Zugrundelegung der in Art. 31 WVRK aufgeführten Auslegungsmittel Moelle (Fußn. 20), S. 112 ff..
- ⁶⁰ BT-Prot. 11/S. 17490 f.
- ⁶¹ BT-Drs. 11/7760, 355 ff.
- ⁶² BT-Drs. 11/7920.
- ⁶³ Siehe dazu Sachs, JuS 1991, 988 f.
- ⁶⁴ Dazu ausführlich Sachs, JuS 1991, 985 (988 ff.) und Wiederin, AöR 117 (1992), 410. (4433 ff.); a.A. wohl Moelle (Fußn. 20), S. 126, der allerdings von einer nicht gelungenen Umsetzung eines Änderungskonzepts spricht, ebd., S. 135; nicht erschöpfend insoweit die historische Auslegung der Vorschrift bei Fischer, MDR 1994, 440.
- ⁶⁵ Ebenso insoweit Wiederin, AöR 117 (1992), 410, 430 ff.; Baldus, KritV 1993, 429 (430 ff.).
- ⁶⁶ So z.B. auch Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, S. 41; Jeand'Heur, DÖV 1990, 873 (877); Fischer, MDR 1994, 400 (441); Storost, in: "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20), S. 176; ders., Der Staat 30 (1991) 537 (539), Küchenhoff, MDR 1992, 110; Moelle (Fußn. 20), S. 194; Merkel (Fußn. 21), S. 121; a.A. beispielsweise die in Fußn. 33 u. 58 aufgeführten Autoren.
- ⁶⁷ Nach den Formulierungen der Alt- und der Neufassung des Art. 146 GG bleibt das Grundgesetz solange gültig, bis die (endgültige) deutsche Verfassung in Kraft getreten ist; daher zutreffend die auch von Stückrath, (Fußn. 20), S. 224, gewählte Formulierung..
- ⁶⁸ So z.B. auch Wiederin, AöR 117 (1992) 410 (438 ff.).
- ⁶⁹ Ebenso unter Hinweis auf die Normenhierarchie z.B. Moelle, (Fußn. 20), S. 196 f. und ausf. Giesen, der große Teile des Einigungsvertrages für verfassungswidrig hält - so auch die hier relevante Regelung im Zustimmungsgesetz zu Art. 5, 4. Spiegelstrich; vgl. Giesen, Die Vorbereitung der Grundgesetzänderungen nach der deutschen Wiedervereinigung. Zur Rechtmäßigkeit von Organisation und Verfahren der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1997, S. 155 ff. (171, 181, 351).
- ⁷⁰ Vor allem Storost, in: "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20), S. 172 (174 ff.), der (S. 178) - bei anderer Auslegung - von einer verfassungswidrigen Usurpation der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes durch dafür unzuständige Organe ausgeht; Wahl, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1990, 476 ff.; Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, 1991, S. 29 ff.; auch Murswiek, Bundesrepublik Deutschland, S. 25 ff., 51; a.A. ausführlich und m. zahlr. Nachw. zu den unterschiedlichen Positionen Heckel, Hdb. d. StaatsR Bd. VIII, 1995, Rdnr. 23 - 85.
- ⁷¹ Dies sieht der Verf. als typische Konsequenz einerseits der Beschränkungen des Parlamentarischen Rates und andererseits der Unterscheidung zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung an; ebenso besonders überzeugend und prägnant Moelle (Fußn. 20), S. 73 ff, 78, 147 ff.
- ⁷² So beispielsweise Wahl, Die Verfassungsfrage nach dem Beitritt in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1990, S. 468 (476 ff.); Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, 1992, S. 29 ff.; auch Murswiek, in: Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 25 ff.; 51 ff.; Storost, Das Ende der Übergangszeit in: Der Staat 29 (1990), 321 (322 ff.), ders., Der Staat 30 (1991), 542.
- ⁷³ So z.B. auch Wiederin, AöR 117 (1992), 410 (419); auch Moelle (Fußn. 20), S. 225; in letzter Konsequenz läßt sich diese Auffassung auch dem Urteil des BVerfG zum Wahlvertrag entnehmen, vgl. BVerfGE 82, 322 (342), wo ausgeführt wird, der 12. Deutsche Bundestag werde durch die bloße Erwähnung des Art. 146 GG im Einigungsvertrag "nicht selbst zu einer verfassungsgebenden oder verfassungsentwerfenden Versammlung im Sinne einer Betätigung der verfassungsgebenden Gewalt".
- ⁷⁴ Dazu sehr ausführlich Heckel, Handb. d. StaatsR, Bd. VIII, 1995, § 197, Rdnr. 86 - 129, m. zahlr. Nachw., der „sechs divergenten Interpretationen“ seine - siebte - Auslegung hinzugesellt.
- ⁷⁵ Siehe Fußn. 36.
- ⁷⁶ So beispielsweise Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl., 1996, 774 (779 f.), wenn er fordert: "Mindestens muß das deutsche Volk abschließend das GG als Verfassung des geeinten Deutschlands in einem Volksentscheid billigen.", bzw. verlangt: "... dem deutschen Volk in Sachen GG als gesamtdeutsche Verfassung

'abschließend' das Wort zu geben bzw. zu lassen", und für den Fall einer Identität zwischen endgültiger Verfassung und (geltendem) GG auch "in Zukunft eine 'nachholende' direktdemokratische Legitimation durch eine Volksabstimmung" verlangt; auch ders., Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, 1. Aufl., 1996, S. 15 f., 273, wo er ausführt, die deutsche Einheit vollende sich erst durch einen plebiszitären 'Schluß-Akkord', ähnlich ebd., S. 274, allerdings im unerklärlichen Widerspruch zu seinen Ausführungen, daß die Verfassung auch ohne anschließende Volksabstimmung durch eine verfassungsgebende Nationalversammlung beschlossen werden könne, ebd., S. 13 f.; Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, 1992, S. 39, wenn er schreibt: "Das Volk selbst übt die verfassungsgebende Gewalt aus, nicht eine gewählte verfassungsgebende Nationalversammlung"; Dennewitz, BK z. GG (Stand: Dezember 1990), Art. 146, S. 3; Wolf, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht, JZ 1993, 594 (600); Burmeister, Diskussionsbeitrag, in: Stern (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. 1, 1991, S. 123 f.; Engel, ebd., S. 112 (113 f.); wohl auch Jand'Heur, DÖV 1990, 873 (876), wenn er einerseits die Weitergeltung des GG nach dem Beitritt der DDR als "verfassungswidrig" ansieht und andererseits ständig auf einen Akt des "gesamten" deutschen Volkes abhebt; sympathisierend auch bereits Frowein, VVDStRL 49 (1990), 7 (15 f.); nunmehr auch Maihofer, in: Handb. d. VerfR., 2. Aufl., 1995, S. 1720 ff., wenn er im Zusammenhang mit der Einführung unmittelbarer Bürgerbeteiligung (Bürgerbegehren, Bürgerbefragung und Bürgerentscheid) in der Schlußüberschrift von einer „gebotenen Volksabstimmung nach Art. 146 GG“ spricht.

⁷⁷ Moelle (Fußn. 20) sieht das Dilemma und konstatiert auch angesichts der Neufassung des Art. 146 GG zwar das Fehlen eines förmlichen Verfassungsgebungsaktes (S. 56, 176 f., 193) und verneint demzufolge das Vorliegen einer "Verfassung, die vom deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist", erkennt im GG vielmehr nur die verfassungsrechtliche Ordnung bis zu dieser "Verfassung" (S.110); sieht aber offensichtlich angesichts der fehlenden Organisiertheit des pouvoir constituant (S. 201 f., 203 ff., 223f.) keine Verpflichtung zur baldigen Nachbesserung des fehlenden baldigen Nachbesserung des fehlenden Verfassungsgebungsaktes (S. 200 ff.). Im übrigen hält er insoweit nicht nur ein plebiszitäres Verfahren für zulässig, sondern auch ein repräsentatives (S. 57 f., 197 f.).

⁷⁸ Merkel (Fußn. 21) kommt zuvor zu dem Ergebnis, daß Art. 146 GG dem deutschen Volk "eine Entscheidung" über Fortgeltung oder Geltungsablösung des Grundgesetzes freistelle, sieht im Schlußartikel aber keinen Verfassungsauftrag (zur Typologie, ebd. S. 92 ff.), sondern eine Kompetenznorm und folgert daraus, daß Art. 146 GG daher keine Verfassungsentscheidung gebiete (S. 121 f.). Ebenso wie Moelle (siehe Fußn. 20) läßt er bei der Anwendung des Art. 146 GG ein repräsentatives Verfahren genügen (S. 99, ausf. S. 211 ff.).

⁷⁹ Dazu siehe oben Fußn. 49.

⁸⁰ Stückrath (Fußn. 20) zum "Verfassungsgebungsaufrag", S. 64 ff. (84) bzw. S. 96 ff. (101), zum Erlöschen dieses Auftrages infolge Passivität der Kommission, S. 172, zum daraus resultierenden Legitimitätsdefizit, S. 332 ff. (341) sowie zur Möglichkeit eines bloß repräsentativen Verfassungsgebungsaktes, S. 69 ff., 343.

⁸¹ Ebenso muß den bereits während der Verfassungsdiskussion vertretenen Positionen widersprochen werden, nach denen die Möglichkeit bzw. der Auftrag einer legalen Verfassungsneugebung heute durch Zeitablauf quasi verwirkt sein soll. So aber vor allem Sachs, JuS 1991, 990; Klein, Handb. d. StaatsR., Bd. VIII, 1995, Rdnr. 52 f.; Lerche, ebd., § 194 Rdnr. 65. Erst recht ist der zeitlich wesentlich früher greifenden These vom Obsoletwerden des Art. 146 GG a.F. zu widersprechen; ebenso wie hier mit ausführlicher Auseinandersetzung mit der Obsoletheitsthese Moelle (Fußn. 20), S. 164 ff. (197) m. zahlr. Nachw. der Gegenposition sowie Storost (Fußn. 20), S. 172 ff.

⁸² Stückrath, (Fußn. 20) S. 332 ff (341).

⁸³ v. Arnim, Staat ohne Diener: Was schert die Politiker das Wohl des Volkes?, 1993, 25, spricht vom „Königsrecht des Bürgers“ und sieht diesen in Deutschland „weitgehend entmündigt“.

⁸⁴ Vgl. Silberkuhl, in: Seifert/Hömig, GG, 5. Aufl., 1995, Art. 38 Rdnr. 1.

⁸⁵ So auch das Postulat d. Verf. in der gemeinsamen Presseerklärung mit dem MdEP Dr. Wolfgang Ullmann v. 21.04.1997; siehe auch den Bericht: "Das Wahlrecht ist doch niemals vom Volk beschlossen worden", in der "Recklinghäuser Zeitung" v. 14.11.1996.

⁸⁶ Siehe dazu oben in und zu Fußn. 53. Die Formulierung wurde in Anlehnung an das in Art. 67 GG geregelte "konstruktive Mißtrauensvotum" gewählt, das sich gegen einen amtierenden Bundeskanzler richtet.

⁸⁷ Krit. dazu Schneider, AK-GG, 2. Aufl., 1989, Art. 41 Rdnr. 21.

⁸⁸ Die Erklärung der Wahl als ungültig bot sich insoweit deshalb nicht an, weil dies dazu geführt hätte, daß entweder sofort, ohne die Möglichkeit zur Durchführung der Volksabstimmung, die Wiederholungswahl hätte angesetzt werden müssen oder aber die Mandate der Abgeordneten des früheren Bundestages hätten wieder aufleben müssen, was ebenfalls widersinnig gewesen wäre. Zu einer ähnlichen Konstellation vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995, Art. 39 Rdnr. 5 m.w.N..

⁸⁹ Dies entspräche auch dem Regelungsgehalt von Art. 146 GG, nach dem das Grundgesetz in seiner Gesamtheit zunächst weitergilt.

- ⁹⁰ In Beachtung des Regelungsgehalts von Art. 146 GG würde damit Art. 39 I 2 GG entsprochen.
- ⁹¹ Die inakzeptable Verfahrensdauer war darauf zurückzuführen, daß der Wahlprüfungsausschuß und der Deutsche Bundestag über die Wahleinsprüche erst nach rd. 1 ½ Jahren entschieden haben; mit berechtigter Kritik an dieser Verfahrensweise Hoppe, DVBl. 1996, 344 ff.
- ⁹² BVerfG, Urt. v. 17.08.1956 - 1 BvB 2/51 -, BVerfGE 5, 85 (125 ff.).
- ⁹³ BVerfG, Urt. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - in: BVerfGE 89, 155 = NJW 1993, 3047 ff.
- ⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - in: BVerfGE 89, 155 (180) = NJW 1993, 3047 (3050).
- ⁹⁵ Vgl. dazu BVerfGE 1, 208 (238), 430 (432 f.); 14, 196 (197); 34, 81 (96 f.); 40, 11 (29); 58, 170 (171); 66, 369 (378).
- ⁹⁶ Kruis, Politische Studien, Sonderheft 2/1991, S. 40.
- ⁹⁷ Tomuschat bemühte gar das Märchenschicksal von Hans im Glück, in: VVDStRL 49 (1990), S. 70 (71) unter Bezugnahme auf Stürmer, Hans im Glück, FAZ v. 31.02.1990, S. 1.
- ⁹⁸ Von den 16 Richtern beider Senate gehörten im Herbst 1997 immerhin 9 einer politischen Partei an (SPD: 5, CDU: 3, CSU: 1); die übrigen wurden von CDU/CSU (3), SPD (3) und FDP (1) vorgeschlagen, vgl. in: "Der Spiegel 52/1997, Schaubild, S. 23.; Krit. zum Nominierungsmonopol von (de facto) SPD und Union, Lamprecht: Vom Mythos der Unabhängigkeit: Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter, 2. Aufl., 1996, S. 70 ff..
- ⁹⁹ Sowohl die Präsidentin des BVerfG und Vorsitzende des Ersten Senats, Prof.Dr. Limbach, als auch Bundesverfassungsrichter Dr. Jentsch waren - nominiert über die Länder Berlin bzw. Thüringen - Mitglieder der Gemeinsamen Verfassungskommission; beide hatten sich pro Realisierung des Art. 146 GG erkennbar nicht engagiert (vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, in: Zur Sache 5/93, S. 242, 245 bzw. S. 221 ff.; abgedr. auch als BT-Drs. 12/6000 und BR-Drs. 800/93). Weiterführend Giesen, (Fußn. 69), der zahlr. Beschlüsse dieser Kommission bzw. darauf gestützte Gesetze, so auch das Zustimmungsgesetz zu Art. 5, 4. Spiegelstrich des Einigungsvertrages, als verfassungswidrig ansieht; zu letzterem siehe oben Fußn. 69.
- ¹⁰⁰ Jentsch, in: Rütger (Hrsg.), Repräsentative oder plebiszitäre Demokratie - eine Alternative, S. 149 (157).
- ¹⁰¹ Angesprochen wird der über die Frage zwischen den beiden Senaten entstandene Streit, ob eine aus einer fehlgeschlagenen Sterilisation oder fehlerhaften genetischen Beratung resultierende Unterhaltspflicht als Schaden angesehen werden darf. Die Kontroverse hat in dem Beschl. des Zweiten Senats v. 22.10.1997, einer Stellungnahme zu den Verfahren 1 BvR 479/92 u. 1 BvR 307/94, einen ungewöhnlichen Ausdruck erfahren; abgedr. in: NJW 1998, 523 ff.; krit. dazu Deutsch, NJW 1998, 510, sowie "Der Spiegel", 52/1997, S. 22 ff..
- ¹⁰² Im Hinblick auf die politische Brisanz des Verfassungsproblems - gerade für die die Verfassungsrichter nominierenden Parteien - wurde möglicherweise auch nach der Devise gehandelt, "einfach ignorieren", zu deren Befolgung 1991 bereits Kimminich geraten hatte; so wörtlich sein Diskussionsbeitrag, vgl. Stern (Hrsg.): Deutsche Wiedervereinigung, Bd. 1, 1991, S. 112. Kimminich hoffte auch darauf, das das BVerfG den Art. 146 GG n.F. für verfassungswidrig erklären werde, a.a.O.
- ¹⁰³ So Wahl, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1990, 468 (481).
- ¹⁰⁴ Angesprochen wird insoweit die oben behandelte Problematik der vom BVerfG geforderten "unterbrochenen Legitimationskette"; vgl. in und zu Fußn. 50.
- ¹⁰⁵ Vgl. Storost, in: "Verfassungsdiskussion" (Fußn. 20), S. 172 (179), wenn er darauf hinweist, daß sich im Falle des Unterbleibens des erforderlichen Verfassungsgesetzgebungsaktes "die verfassungsgebende Gewalt des Volkes bei passender Gelegenheit um so heftiger und unberechenbarer zu ihrem Recht zu verhelfen suchen" werde; ähnlich jüngst auch Moelle (Fußn. 20), S. 227 ff..
- ¹⁰⁶ Weiterführend zu den durch die europäische Einigung aufgeworfenen Verfassungskonflikten etwa Wolf, JZ 1993, 594 ff.; Koenig; NVwZ 1996, 549 ff.; Cremer, EuR 1995, 21 ff.; Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659 ff., sowie die Beiträge von Häberle, (S. 355); Magiera, (S. 789 ff.); Öhlinger (S. 1017 f.); Pernice, (S. 1057 ff.); Schwarz, (S. 1355 ff.) und Stein, (S. 1439 ff.), in: Festschrift für Ulrich Everling sowie Steinberger, Klein und Thürer, in: VVDStRL 50 (1991), S. 9 ff; 56 ff, bzw. 97 ff..
- ¹⁰⁷ So Kriele, in: ZRP 1991, 1 (3 ff.); ders., Eine Sprengladung unter dem Fundament des Grundgesetzes, in: Die Welt vom 16.08.1990, S. 5.
- ¹⁰⁸ So Isensee, FAZ v. 28.08.1990, S. 10, der die Neufassung als "Verfassungs-Appenix", als "Wurmfortsatz des Grundgesetzes" mit der Diagnose: "Funktionslos, aber entzündlich", ansieht; ebenso ders., in: Deutsche Wiedervereinigung, Bd. I, S. 92 f.. Stern sieht die "Zeitbombe" aufgrund des Obsoletwerdens des Art. 146 GG allerdings bereits als "entschärft" an; so in seinem Vortrag auf den 30. Bitburger Gesprächen, Jahrbuch 1995 I, 25.
- ¹⁰⁹ Angesichts der oben (in und zu Fußn. 26) angesprochenen Bedeutung des KPD-Urteils des Ersten Senats hätte auch schon bei der durch Beschl. des Zweiten Senats v. 14.01.1998 entschiedenen Wahlprüfungsbeschwerde des Frankfurter Direktkandidaten eine Plenums-Entscheidung gemäß § 16 BVerfGG herbeigeführt werden müssen.

¹¹⁰ Vgl. dazu Moelle, (Fußn. 20), S. 198 ff., 219.

¹¹¹ So zutreffend Moelle, (Fußn. 20), S. 200 ff., 219.

¹¹² Zutreffend Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 1996, Präambel Rdnr. 46; auch Rdnr. 39, wo hervorgehoben wird, daß der Wiedervereinigung Deutschlands "kein neuer Akt der Verfassunggebung vorausgegangen oder gefolgt ist".