

Aus Politik und Zeitgeschichte

Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament

Dieter Blumenwitz

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

Ulrich K. Preuß

Die Chance der Verfassunggebung

Peter Badura

Staatsaufgaben und Teilhaberechte
als Gegenstand der Verfassungspolitik

Walter Leisner

Verfassungsreform des öffentlichen Dienstrechts?

Andreas Pawlas

Grundgesetz und Menschenbild

B 49/91

29. November 1991

Dieter Blumenwitz, Dr. jur., geb. 1939; seit 1976 Ordinarius für Völkerrecht, allgemeine Staatslehre, deutsches und bayerisches Staatsrecht sowie politische Wissenschaften an der Universität Würzburg.

Veröffentlichungen zu staats- und völkerrechtlichen Problemen.

Ulrich K. Preuß, Dr. jur., geb. 1939; Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bremen.

Veröffentlichungen u. a.: Legalität und Pluralismus, Frankfurt/M. 1973; Die Internalisierung des Subjekts, Frankfurt/M. 1979; Politische Verantwortung und Bürgerloyalität, Frankfurt/M. 1984; (Mitauteur) Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Darmstadt 1989; Revolution, Fortschritt und Verfassung, Berlin 1990.

Peter Badura, Dr. jur., geb. 1934; Studium der Rechtswissenschaften in Erlangen und Berlin; Ordinarius für Öffentliches Recht in München.

Veröffentlichungen auf dem Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts.

Walter Leisner, Dr. jur., geb. 1929; Ordinarius für Öffentliches Recht an der Universität Erlangen-Nürnberg.

Veröffentlichungen u. a.: Legitimation des Berufsbeamtentums, Bonn 1988; Staatseinung – Die Ordnungskraft föderaler Zusammenschlüsse, Berlin 1991.

Andreas Pawlas, Dr. rer. pol., Dipl.-Kfm., geb. 1946; Evangelischer Militärdekan an der Führungsakademie der Bundeswehr in Hamburg.

Veröffentlichungen zur Theologiegeschichte und Sozialethik, speziell zur Wirtschafts- und Friedensethik.



ISSN 0479-611 X

Herausgegeben von der Bundeszentrale für politische Bildung, Berliner Freiheit 7, 5300 Bonn 1.

Redaktion: Rüdiger Thomas (verantwortlich), Dr. Heinz Ulrich Brinkmann, Dr. Ludwig Watzal, Dr. Klaus W. Wippermann.

Die Vertriebsabteilung der Wochenzeitung DAS PARLAMENT, Fleischstraße 62–65, 5500 Trier, Tel 06 51/4 60 41 86, möglichst Telefax 06 51/4 60 41 53, nimmt entgegen

– Nachforderungen der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“;

– Abonnementsbestellungen der Wochenzeitung DAS PARLAMENT einschließlich Beilage zum Preis von DM 14,40 vierteljährlich, Jahresvorzugspreis DM 52,80 einschließlich Mehrwertsteuer; Kündigung drei Wochen vor Ablauf des Berechnungszeitraumes;

– Bestellungen von Sammelmappen für die Beilage zum Preis von 6,50 zuzüglich Verpackungskosten, Portokosten und Mehrwertsteuer;

Die Veröffentlichungen in der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“ stellen keine Meinungsäußerung des Herausgebers dar; sie dienen lediglich der Unterrichtung und Urteilsbildung.

Für Unterrichtszwecke können Kopien in Klassensatzstärke hergestellt werden.

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

Durch den Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik zum Geltungsbereich des Grundgesetzes am 3. Oktober 1990 wurde die Deutsche Frage gelöst – die Verfassungsfrage blieb jedoch durch die Reaktivierung des Art. 146 Grundgesetz offen. Der in der Verfassungsfrage einzuschlagende Weg ist bestimmend für das staatliche Selbstverständnis der Deutschen und Herausforderung für die Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft. Für die einen gilt es, ein bis zum heutigen Tag bestehendes Legitimationsdefizit im Verfassungsstaat der Bundesrepublik durch eine Verfassung, „die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“, aufzufüllen; für andere droht verfassungswidrige Gefahr: die Ablösung des Grundgesetzes, einer in Jahrzehnten bewährten Verfassungsordnung, um die die Deutschen in der Welt beneidet werden, womöglich durch einfache Mehrheiten. Von einer „Sprengladung unter dem Fundament des Grundgesetzes“, einer „Zeitbombe im Verfassungsgehäuse“, von der „Selbstpreis-

gabe des Grundgesetzes“ und von einem „legalen Staatsstreich“ wird ebenso gesprochen wie von der Chance einer neuen Verfassungsgebung, die über die in Art. 5 Einigungsvertrag empfohlene punktuelle Überprüfung des Grundgesetzes auf seine Tauglichkeit für das vereinte Deutschland weit hinausführt.

Die Klärung des Meinungsstreits erfordert zunächst eine kurze Überprüfung der rechtlichen Ausgangslage, eine Deutung der einschlägigen Grundbegriffe der allgemeinen Staatslehre – insbesondere der Untersuchung von verfassungsgebender und verfassungsändernder Gewalt, die Darlegung der spezifischen Rolle des Art. 146 GG alter und neuer Fassung (a.F.; n.F.) im Prozeß der Reorganisation der staatlichen Einheit Deutschlands sowie der Stellung des Art. 146 GG n.F. in der geltenden verfassungsmäßigen Ordnung. Hieraus ergibt sich die zusammenfassende Bewertung der Vorschrift im Hinblick auf das derzeit anlaufende Verfassungsreformverfahren.

I. Die rechtliche Ausgangslage

Art. 146 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (GG) lautete bis zum Wirksamwerden des Beitritts der Deutschen Demokratischen Republik gem. Art. 23 GG am 3. Oktober 1990¹⁾ wie folgt: „Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“ Durch Art. 4 Nr. 6 des Einigungsvertrags²⁾ wurde Art. 146 GG wie folgt neu gefaßt (die Ergänzung ist durch Kursivschrift hervorgeho-

ben): „Dieses Grundgesetz, *das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt*, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“

Die Ergänzung der Verfassungsnorm erfolgte in Erfüllung von Art. 1 Abs. 4 des „2+4“-Vertrags³⁾, der die Absicherung des territorialen Status quo im innerdeutschen Recht des staatlich geeinten Deutschlands verfolgt: „Die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik werden sicherstellen, daß die Verfassung des vereinten Deutschlands keinerlei Bestimmungen enthalten wird, die mit

¹⁾ Beitritt der durch das Verfassungsgesetz zur Bildung von Ländern in der Deutschen Demokratischen Republik – Ländereinführungsgesetz – vom 22. Juli 1990 gebildeten Länder, in: Gesetzblatt (GBl.) DDR 1990 I S. 955, gemäß Beschluß der Volkskammer vom 28. August 1990; Text der Beitrittserklärung: Bundestags-Drucksache (BT-Drucks.) 11/7774; Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1990 I S. 2057.

²⁾ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. August 1990, in: BGBl. II S. 889; GBl. DDR 1990 I S. 1627.

³⁾ Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12. September 1990 (BGBl. 1990 II S. 1318); hierzu Dieter Blumenwitz, Der Vertrag vom 12. 9. 1990 über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), (1990), S. 3045.

diesen Prinzipien unvereinbar sind. Dies gilt entsprechend für die Bestimmungen, die in der Präambel und in den Artikeln 23 Satz 2 und 146 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland niedergelegt sind.“

Bei der Ergänzung des Art. 146 GG durch Art. 4 Nr. 6 Einigungsvertrag handelt es sich demnach um eine sogenannte beitriffsbedingte Änderung des Grundgesetzes. Sie wurde unmittelbar durch den Einigungsvertrag bewirkt⁴⁾, dessen Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG die gesetzgebenden Körperschaften mit der qualifizierten (verfassungsändernden) Mehrheit des Art. 79 Abs. 2 GG verabschiedeten. Den Einwand des Formenmißbrauchs (keine Verfassungsänderung durch völkerrechtlichen Vertrag, der die Abgeordnetenrechte im Ratifizierungsverfahren auf die Alternative „Billigung oder Ablehnung“ reduziert) hat das Bundesverfassungsgericht zurückgewiesen: Das mit dem Einigungsvertrag eingeschlagene Verfahren habe seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 23 Satz 2 GG und dem Wieder-

vereinigungsgebot des Grundgesetzes; zur Verwirklichung dieses Gebots komme den Verfassungsorganen ein weiter Gestaltungsspielraum zu⁵⁾.

Seinem Regelungsgehalt nach zielt Art. 4 Nr. 6 Einigungsvertrag auf *künftige* Verfassungsänderungen, die in Art. 5 Einigungsvertrag näher spezifiziert werden: „Die Regierungen der beiden Vertragsparteien empfehlen den gesetzgebenden Körperschaften des vereinten Deutschlands, sich innerhalb von zwei Jahren mit den im Zusammenhang mit der deutschen Einigung aufgeworfenen Fragen zur Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes zu befassen, insbesondere mit der Frage der Anwendung des Artikels 146 des Grundgesetzes und in deren Rahmen einer Volksabstimmung.“

Die „Frage der Anwendung des Artikels 146“ führt den Interpreten zunächst zu einer Problematik der allgemeinen Staatslehre: Handelt es sich hierbei um einestaatsrechtlich gebundene Verfassungsänderung oder um freie Verfassungsgebung?

II. Grundbegriffe der allgemeinen Staatslehre

Der Begriff der verfassungsgebenden im Gegensatz zur verfassungsändernden Gewalt – also die Differenzierung zwischen *pouvoir constituant originaire* und *pouvoir constituant institué* – geht zurück auf den Machtkampf zwischen Königtum und Volk in der Französischen Revolution. Abbé Sieyès erklärte das Volk „in seinem Naturzustand“ für frei und allzeit in der Lage, sich eine Verfassung zu geben und damit zum Träger des *pouvoir constituant*⁶⁾.

1. Die verfassungsändernde Gewalt im deutschen Staatsrecht

In der deutschen Staatsrechtslehre ist die permanent vorhandene verfassungsgebende Gewalt des Volkes kaum weiterentwickelt worden. Klaus Stern spricht zu Recht von einem „brüchigen Eis“, auf das sich die Autoren des Art. 146 GG begeben

hätten⁷⁾. Die Kommentatoren der Weimarer Zeit grenzten die verfassungsgebende Gewalt als rein „politische Frage“ aus⁸⁾. Als „Urkraft allen staatlichen Wesens“ wurde sie bei Carl Schmitt zum zentralen Begriff seiner Staatslehre⁹⁾. Das Volk kann zu jedem beliebigen Zeitpunkt und ohne rechtliche Bindung die staatlichen Verhältnisse neu ordnen.

Dem stellt der 1. Präambelsatz zum Bonner Grundgesetz die sogenannte *invocatio dei* gegenüber: „Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen...“. Fraglich ist demnach, ob nicht auch die Konstituante einer ethi-

⁴⁾ Vgl. Klaus Stern, Der verfassungsändernde Charakter des Einigungsvertrags, in: Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift (DtZ), (1990), S. 289.

⁵⁾ 2 BvE 2/90 Beschluß vom 18. September 1990, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.), (1990), S. 1163.

⁶⁾ Emmanuel Joseph Sieyès; Was ist der Dritte Stand?, in: ders., Politische Schriften 1788–1790, übers. u. hrsg. von Eberhard Schmitt/Rolf Reichardt, München–Wien 1981².

⁷⁾ K. Stern (Anm. 4), S. 293.

⁸⁾ Vgl. Richard Thoma, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Tübingen 1932, S. 154 ff.; Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Berlin 1933¹⁴, Art. 76, Anm. 1, 3.

⁹⁾ Vgl. Carl Schmitt, Politische Theologie, München–Leipzig 1934; ders., Die Diktatur (1921), München–Leipzig 1978⁴, S. 140: „Das Volk, die Nation, die Urkraft alles staatlichen Wesens, konstituiert immer neue Organe. Aus dem unendlichen, unfabaren Abgrund ihrer Macht entstehen immer neue Formen, die sie jederzeit zerbrechen kann und in denen sich ihre Macht niemals definitiv abgrenzt.“

schen, wenn nicht gar rechtlichen Bindung¹⁰⁾ unterworfen ist, mit anderen Worten, ob sie an eine Grundnorm¹¹⁾ oder an naturrechtliches Gedankengut¹²⁾ gebunden ist.

Aus der Sicht des zwischenstaatlichen Rechts ist das sich eine neue Verfassung gebende Volk, die Staatsnation, „souverän“. Dies bedeutet aber nicht eine Freiheit von rechtlichen Bindungen. Die Normen des universellen Völkergewohnheitsrechts müssen beachtet werden¹³⁾. Bei der Neukonstituierung kommt dem Selbstbestimmungsrecht der Völker und seiner korrekten Anwendung besondere Bedeutung zu. Verfassungsgebung ist nichts anderes als die Inanspruchnahme des Rechts auf innere und (wenn gleichzeitig ein neues Völkerrechtssubjekt konstituiert wird) äußere Selbstbestimmung. Das moderne Völkerrecht spricht sich hierbei dezidiert für die Schaffung und den Erhalt einer demokratischen Staatsordnung aus; so ist z.B. der Verfassungsgestaltung durch das weiße Minderheitenregime des Ian Smith in Südrhodesien ebenso die internationale Anerkennung versagt worden wie den von der Republik Südafrika in die Unabhängigkeit entlassenen Homelands.

Im Falle Deutschlands können zudem alte und neue vertragliche Verpflichtungen eine Rolle spie-

len, über die sich auch der Verfassungsgeber nicht ohne Verletzung des Völkerrechts hinwegsetzen könnte¹⁴⁾. Dasselbe gilt hinsichtlich der Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts, die bislang in allen Phasen der staatlichen Einigung Deutschlands genau beachtet wurden¹⁵⁾.

2. Der Begriff des Verfassungsstaates

Der Möglichkeit einer permanenten Verfassungsneuschöpfung werden durch die Begriffe der Verfassung und des verfaßten Staates Schranken gesetzt. Zum Begriff des modernen Staates gehört „die normative Beständigkeit der Verfassung, ihre Dauer über den wechselnden Mehrheiten zu den grundlegenden politischen Werten“¹⁶⁾. Die Verfassung ist „rechtliche Grundordnung“ und enthält oberste Rechtsnormen, auf denen die gesamte übrige Rechtsordnung aufbaut¹⁷⁾. Dies verlangt eine materiell-rechtliche Einbindung und eine verfahrensrechtliche Steuerung der extra-konstitutionellen verfassungsgebenden Gewalt des Volkes. Der *pouvoir constituant institué* ist im Gegensatz zum *pouvoir constituant originaire* an die sach- und verfahrensrechtlichen Vorgaben der bestehenden verfassungsmäßigen Ordnung gebunden.

¹⁰⁾ Vgl. hierzu Dietrich Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978, S. 36ff.

¹¹⁾ Vgl. Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen 1920, S. 94ff.

¹²⁾ Vgl. z.B. Gustav Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, S. 107ff.; auch das Bundesverfassungsgericht hat naturrechtliche Schranken im Verfassungsrecht anerkannt, siehe Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (BVerfGE) 1, S. (61; 1, S. 243; 3, S. 225; 10, S. 81; 15, S. 144; 29, S. 176.

¹³⁾ Zur Bindung auch des völkerrechtlich neukonstituierten Staates an die zwingenden Normen des universellen Gewohnheitsrechts siehe Friedrich Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, München 1975², S. 53ff.

¹⁴⁾ So sahen die politischen Bestimmungen (Teil III A) der Potsdamer Beschlüsse vom 2. August 1945 – ähnlich wie die nach dem Zweiten Weltkrieg geschlossenen Friedensverträge – umfangreiche innerstaatliche Bindungen für Deutschland vor. In Art. 7 Abs. 2 Deutschlandvertrag (BGBl. 1955 II S. 305) gingen die Bundesrepublik und die drei westlichen Siegermächte von einem wiedervereinigten Deutschland aus, „das eine freiheitlich-demokratische Verfassung, ähnlich wie die Bundesrepublik besitzt“. Art. 10 des Vertrags sah allerdings für den Fall der „Wiedervereinigung Deutschlands“ oder einer „internationalen Verständigung über Maßnahmen zur Herbeiführung der Wiedervereinigung Deutschlands“ eine Revisionsklausel vor. Potsdamer Beschlüsse und Deutschlandvertrag sind für das staatlich geeinte Deutschland gegenstandslos; vgl. hierzu Art. 7 Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland – „2+4“-Vertrag (BGBl. 1990 II S. 1318) und BT-Drucks. 11/8024

vom 1. Oktober 1990, S. 24 sowie Ziffer 1 des Notenwechsels der Bundesregierung mit den drei Westmächten vom 27./28. September 1990 (BGBl. 1990 II S. 1386). Ein Restbestand an internationaler Bindung wird durch Ziffer 3 des gemeinsamen Briefs der Außenminister zum „2+4“-Vertrag aufrechterhalten (BT-Drucks. 11/8024, Anlage zur Denkschrift, S. 26): „Der Bestand der freiheitlich-demokratischen Grundordnung wird auch im vereinten Deutschland durch die Verfassung geschützt.“ Die hieraus abzuleitenden „antifaschistischen Zielsetzungen“ wurden so gleichsam zur internationalen Grundlage der staatlichen Reorganisation Deutschlands.

¹⁵⁾ Die „europäische Dimension“ berücksichtigt bereits der Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990 (BGBl. II S. 557), vgl. insbes. Präambel (Gewährleistung der Anwendung des Rechts der EG nach Herstellung der staatlichen Einheit), ferner Art. 11 (Ausrichtung auf die wirtschaftspolitischen Ziele der EG), Art. 13 Abs. 3 (Beachtung der außenwirtschaftlichen Interessen und Zuständigkeiten der EG) sowie die Protokollerklärungen zum Vertrag. Gemäß Ziffer 4 des gemeinsamen Briefes zum „2+4“-Vertrag (vgl. Anm. 14) können auch die völkervertraglichen Probleme nach dem Untergang der DDR (Staatsukzession) nur „unter Beachtung der Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaften“ mit den Vertragspartnern der alten DDR gelöst werden.

¹⁶⁾ Ulrich Scheuner, Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV), (1953), S. 584.

¹⁷⁾ Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945, S. 41ff.

3. Die Bedeutung von Überleitungsnormen („Totalrevision“)

Eine rechtliche Verbindung zwischen bestehender Verfassungsordnung und extrakonstitutioneller Verfassungsänderung („Verfassungsablösung“) kann durch Überleitungsnormen hergestellt werden. Auf derartigen Überleitungsnormen beruht die mögliche „Totalrevision“ der Schweizerischen Bundesverfassung und der Verfassung einiger Kantone¹⁸⁾. Auch Art. 146 GG alter wie neuer Fassung kann als Überleitungsnorm aufgefaßt werden. Im Gegensatz zur Totalrevision fehlt jedoch bei Art. 146 GG die spezifische Regelung eines

Einleitungsverfahrens. Die Verfassungsablösung in der Schweiz hat einen plebiszitären Grundentscheid für die Totalrevision zur Voraussetzung¹⁹⁾. Überleitungsnormen verfolgen allgemein das Ziel, revolutionäre Brüche in der Verfassungsentwicklung zu vermeiden. Eine Relativierung des Schutzes der geltenden verfassungsmäßigen Ordnung wird dabei in Kauf genommen. Eine genaue Bestimmung der Funktion des Art. 146 GG n.F. im gegenwärtigen Verfassungsgefüge erfordert allerdings noch eine eingehendere Untersuchung seiner Entstehung und seiner spezifischen Rolle im Prozeß der Reorganisation der staatlichen Einheit Deutschlands.

III. Die spezifische Rolle des Art. 146 GG a. F./n. F. im Prozeß der Reorganisation der staatlichen Einheit Deutschlands

1. Wege zur staatlichen Reorganisation

Zur Reorganisation des deutschen Gesamtstaates bot das Grundgesetz in seiner bis zum 3. Oktober 1990 geltenden Fassung zwei Wege an: den Beitritt der DDR (bzw. der neukonstituierten Länder) als „anderer Teil Deutschlands“ (Art. 23 Satz 2) und die Neukonstituierung des geeinten Deutschlands gem. Art. 146 GG.

Der *Beitritt zum Grundgesetz* war die logische Konsequenz der in der Präambel zum Grundgesetz getroffenen Feststellung, wonach das „Deutsche Volk“ bei der Schaffung des Grundgesetzes „auch für jene Deutschen gehandelt hat, denen mitzuwirken versagt war“. Art. 23 Satz 2 GG vermittelte der ehemaligen DDR die einseitig wahrzunehmende Option, sich der vom Grundgesetz geschaffenen Ordnung, die auch ein „Verfassungsvertrag“ zugunsten der Bürger in den anderen Teilen Deutschlands sein wollte, anzugliedern. Der Beitritt als solcher bedurfte nicht der Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland und auch nicht eines Plebiszits ihrer Bevölkerung. Der Beitritt der DDR zum Staatsverband der Bundesrepublik Deutschland wahrte nicht nur die Identität der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, das – zumindest bis auf weiteres – zur Verfassung des staatlich geeinten Deutschlands wurde; der Beitritt erfüllt auch den Tatbestand der völkerrechtlichen

Eingliederung der DDR (Staatsintegration) bei Wahrung der Identität der Bundesrepublik Deutschland, die wiederum „subjektsidentisch“ ist mit dem 1867 begründeten, 1870/71 um die süddeutschen Länder erweiterten deutschen Gesamtstaat²⁰⁾.

Der zweite Weg zur staatlichen Einheit Deutschlands war seine *Neukonstituierung*. In seinem letzten Artikel (Art. 146 GG) stellte sich das Grundgesetz selbst zur Disposition einer freien Entscheidung des deutschen Volkes, um gegebenenfalls kein Hindernis im Prozeß der Reorganisation der staatlichen Einheit Deutschlands zu sein. Dann wären auch die Vertreter Westdeutschlands in der gesamtdeutschen Konstituante nicht an das Grundgesetz gebunden gewesen²¹⁾. Die gesamtdeutsche Konstituante wäre aber gleichwohl dem Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes verpflichtet geblieben²²⁾.

Ein „*dritter Weg*“ zur Einheit Deutschlands wurde im Vorfeld der Beitrittsverhandlungen gesehen in der *Kombination von Art. 23 Satz 2 und 146 GG a. F.*: erst Beitritt der DDR zum Grundgesetz,

²⁰⁾ Vgl. Ingo von Münch, Deutschland: gestern – heute – morgen – Verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Probleme der deutschen Teilung und Vereinigung, in: NJW, (1991), S. 865 ff.

²¹⁾ So das Bundesverfassungsgericht – allerdings nur beiläufig – im KPD-Urteil, BVerfGE 5, S. 125 ff.

²²⁾ Dies hätte z. B. auch Auswirkungen auf die Zusammensetzung der verfassungsgebenden Versammlung gehabt; zur Frage der paritätischen Vertretung der Bevölkerung aus West und Ost zutreffend Christian Starck, Deutschland auf dem Weg zur staatlichen Einheit, in: Juristische Zeitung (JZ), (1990), S. 354.

¹⁸⁾ Vgl. Peter Häberle, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 112 (1987), S. 54 ff.

¹⁹⁾ Vgl. z. B. Art. 120 Schweizerische Bundesverfassung.

dann Neukonstituierung der erweiterten Bundesrepublik. Dieser Weg war nach dem Grundgesetz in seiner alten Fassung nicht gangbar. Art. 146 GG mußte mit dem Beitritt der DDR und dem Inkrafttreten des Grundgesetzes in den neuen Ländern gem. Art. 23 Satz 2 seine grundgesetzimmanente Bedeutung verlieren. Mit ihrem Beitritt legitimierten dies die Deutschen, denen nach der Präambel zum Grundgesetz „mitzuwirken versagt war“ und für die treuhänderisch mitgehandelt werden mußte. Der Anspruch des Grundgesetzes, aus der verfassunggebenden Gewalt des deutschen Volkes hervorzugehen, steht damit unbestreitbar im Einklang mit der Wirklichkeit. Ein anfänglich vorhandenes Legitimitätsdefizit füllte sich auf, und gleichzeitig entfielen Anlaß und Grund dafür, daß sich das Grundgesetz durch eine legale Verfassungsablösung in Frage stellte.

Der politische Prozeß der Reorganisation der staatlichen Einheit Deutschlands folgte jedoch 1990 nicht nur dem im Grundgesetz fest umrissenen Verfahren. Mit dem Beitritt anderer Teile Deutschlands (Art. 23 Satz 2) und der Neukonstituierung in Freiheit (Art. 146) umschrieb das Grundgesetz nur Verfassungsziele. Über die konkreten politischen Schritte, wie das Ziel der staatlichen Einheit zu erreichen sei, sagte es nichts aus. Es konnte diese Verfahren nicht regeln, da sie nicht ausschließlich eine rechtliche Angelegenheit der Bundesrepublik waren. Neben der Bundesrepublik Deutschland hatte auch die DDR weltweite Anerkennung, Sitz und Stimme in den Vereinten Nationen gefunden. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war die (alte) Bundesrepublik – trotz ihrer „Subjektsidentität“ mit dem Deutschen Reich – bezüglich ihrer hoheitlichen Gestaltungskraft auf den vor dem 3. Oktober 1990 gültigen Geltungsbereich des Grundgesetzes beschränkt²³).

Die Beziehungen zwischen den beiden deutschen Staaten waren andererseits nicht rein völkerrechtlicher Art; die Staaten waren füreinander nicht Ausland, weil der Gesamtstaat – handlungsunfähig von den Vier Mächten repräsentiert – noch bestand. Hieraus resultierten die deutsch-deutschen „inter-se-Beziehungen“, die sich zwischen die rein staatsrechtliche und die rein völkerrechtliche Ebe-

ne schoben²⁴). Diese für die Kontinuität des Gesamtstaates wichtigen Elemente sind zwar vom SED-Regime immer wieder bestritten worden²⁵), ihre Bestandskraft und Richtigkeit bestätigte jedoch die friedliche Revolution der Bürger in der alten DDR.

Die „inter-se-Beziehungen“ zwischen den beiden deutschen Staaten waren koordinationsrechtlicher Natur, d. h. Bundesrepublik und DDR trafen sich hier auf einer Ebene der Gleichheit und des gegenseitigen Aufeinanderangewiesenseins. Dies war gerade für die Initiierung des Einigungs- bzw. Wiedervereinigungsprozesses besonders bedeutsam: Gegen den Willen eines der beiden Staaten in Deutschland konnte das Verfahren der staatlichen Reorganisation nicht in Gang gesetzt werden. Die maßgebliche Mitbestimmung der DDR und ihrer Staatsorgane bei der Einigung Deutschlands bedeutete jedoch nicht ein „Nach-drüben-Verlagern“ des Selbstbestimmungsrechts des ganzen deutschen Volkes bzw. die Respektierung oder Anerkennung eines eigenen Selbstbestimmungsrechts eines „Volkes“ der DDR. Auf völkerrechtlicher Ebene gab und gibt es nur *ein* Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes²⁶). Durch die verfahrensmäßige Beteiligung wurde der ehemaligen DDR kein einseitig ausübendes Sezessionsrecht eingeräumt. Ihre maßgebliche Beteiligung (obwohl in den Grenzen der ehemaligen DDR nur etwa ein Fünftel der deutschen Bevölkerung lebt) an der Reorganisierung Deutschlands war als eine sich aus den „inter-se-Beziehungen“ ergebende Besonderheit des Verfahrens bei der *Ausübung* des Selbstbestimmungsrechts des (gesamten) deutschen Volkes zu deuten²⁷). Das verfahrensmäßige

²⁴) So die alle Staatsorgane der Bundesrepublik bindende Ausdeutung der deutsch-deutschen Beziehungen durch das Bundesverfassungsgericht im Grundvertragsurteil vom 31. Juli 1973, BVerfGE 36, 1 (20 ff.).

²⁵) Vgl. Jens Hacker, Der Rechtsstatus Deutschlands aus der Sicht der DDR, Köln 1974, S. 137 ff.

²⁶) Trotz Kapitulation und Ausübung fremder Staatsgewalt in Deutschland war nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 36, 1, S. 20 ff.) das deutsche Volk als Staatsvolk – verbunden durch die deutsche Staatsangehörigkeit – erhalten und seinem (wenn auch zwischenzeitlich handlungsunfähigen) Staat zugeordnet geblieben. Das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes kann und konnte deshalb nur als „defensives“ Selbstbestimmungsrecht verstanden werden, als Recht des deutschen Staatsvolkes auf Erhalt seines in freier Selbstbestimmung begründeten Staatswesens.

²⁷) Bei der Neubestätigung des Art. 23 Satz 2 GG im Grundvertragsurteil hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die DDR, als Staat organisiert, „ihren Willen zur Vereinigung mit der Bundesrepublik nur in der Form äußern (kann), die ihre Verfassung zuläßt“.

²³) Vgl. „Teso“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Oktober 1987, BVerfGE 77, 156; hierzu Dieter Blumenwitz, Die deutsche Staatsangehörigkeit und der deutsche Staat, in: Juristische Schulung (JuS), (1988), S. 609 f.

Zugeständnis war gerechtfertigt, da sich die DDR mit ihren ersten freien Parlamentswahlen am 18. März 1990 demokratisch legitimiert hatte und die äußeren Aspekte der Einigung weiterhin vom „2+4“-Prozeß bestimmt wurden, an dem die beiden Staaten in Deutschland gleichermaßen mitwirkten.

Das koordinationsrechtliche Zusammenwirken von Bundesrepublik und DDR auf der Stufe der prinzipiellen Gleichheit führte zu gewissen Modifikationen des in Art. 23 Satz 2 GG vorgezeichneten Wegs zur deutschen Einheit – ohne daß jedoch das Beitrittskonzept der Sache nach aufgegeben worden wäre.

Ohne das rechtliche Ziel des Beitritts der DDR zum Grundgesetz aus dem Auge zu verlieren²⁸⁾, wurde die politisch entscheidende Phase der staatlichen Einigung Deutschlands von konföderativen Elementen einer schrittweisen *Wiedervereinigung durch Staatsvertrag* geprägt²⁹⁾. Dies forderte die parlamentarische Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften, z. T. auch verfassungsändernde Mehrheiten³⁰⁾.

Im Lichte des Selbstbestimmungsrechts des deutschen Volkes war diese Verfahrensweise nicht unbedenklich. Weder ein Veto im Bundesrat (der Repräsentanz der Länderexekutive auf Bundesebene) bei der Ratifikation der Staatsverträge in der Bundesrepublik noch eine Sperrminorität in der Volkskammer der DDR wären legitimiert gewesen, dem Selbstbestimmungswillen des ganzen deutschen Volkes Ausdruck zu verleihen.

2. Art. 146 GG n. F. als Verfassungskompromiß

Verhandlungen auf der Ebene der Gleichordnung, aber auch die maßgebliche Mitwirkungsmöglichkeit der parlamentarischen Opposition, führten zu politischen Kompromissen, die bei der Auslegung der durch Art. 4 Nr. 6 und 5 Einigungsvertrag neu

entstandenen Verfassungslage berücksichtigt werden müssen³¹⁾.

Zunächst bedarf es der Feststellung, daß die DDR dem Grundgesetz nicht unter der Bedingung einer späteren Neukonstituierung beigetreten ist. Die Beitrittserklärung der DDR geht davon aus, „daß die Beratungen zum Einigungsvertrag zu diesem Termin abgeschlossen sind“³²⁾. Es wird also lediglich auf den Abschluß des Einigungsvertrags Bezug genommen, nicht aber werden bestimmte inhaltliche Regelungen des Einigungsvertrages oder gar die Verfassungsablösung zur Voraussetzung des Beitritts gemacht. Bereits mit dem Abschluß des Staatsvertrags vom 18. Mai 1990 hatte sich die DDR für den Beitritt nach Art. 23 Satz 2 GG a. F. entschieden. Zu diesem Zeitpunkt spielte die Forderung nach einer gesamtdeutschen Verfassungsgebung gem. Art. 146 GG a. F. und der Wunsch des „Runden Tisches“ nach Einbringung eines von ihm in Grundzügen beschlossenen Verfassungsentwurfes keine praktisch-politische Rolle mehr. Nach den Volkskammerwahlen war deutlich geworden, daß der überwiegende Teil der Bevölkerung der DDR einen raschen Beitritt zum Grundgesetz wünschte. Die Parteien, die die Mehrheit in der Volkskammer stellten, hatten in den vorausgegangenen Volkskammerwahlen den Beitritt so eindeutig in ihr politisches Programm aufgenommen, daß ihre Wahl als Auftrag zur Herbeiführung des Beitritts, nicht aber als Votum für eine Neukonstituierung verstanden werden muß. Auch die vorausgegangene friedliche Revolution war eher auf die konkret erkennbare Verfassung des Grundgesetzes als auf eine künftig erst noch zu schaffende neue Ordnung ausgerichtet; die Menschen in der DDR kämpften um den Schutz durch das Grundgesetz.

Die Diskussion um die Fortschreibung des Geltungsvorbehalts im Grundgesetz wurde fast ausschließlich zwischen den Regierungs- und Oppositionsparteien des Deutschen Bundestages geführt. Die größere Oppositionspartei, ohne deren Mitwirken der Einigungsvertrag nicht hätte ratifiziert werden können, forderte das „Offenhalten der Verfassungsfrage“ trotz der Vollendung der staatlichen Einheit; nach der Auffassung der SPD war

²⁸⁾ Vgl. z. B. den 4. Präambelsatz zum Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion (BGBl. 1990 II S. 537): „... ausgehend von dem beiderseitigen Wunsch, durch die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion einen ersten bedeutsamen Schritt in Richtung auf die Herstellung der staatlichen Einheit nach Art. 23 GG ... zu unternehmen ...“.

²⁹⁾ Neben dem bereits erwähnten Staatsvertrag vom 18. Mai 1990 und dem Einigungsvertrag vom 31. August 1990 der Vertrag zur Vorbereitung und Durchführung der ersten gesamtdeutschen Wahl des Deutschen Bundestags vom 3. August 1990 (BGBl. II S. 822).

³⁰⁾ Der Staatsvertrag vom 18. Mai 1990 war in erster Linie ein Verfassungsvertrag für die DDR, vgl. Klaus Stern/Bruno Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), Staatsvertrag, München 1990, Einführung, S. 43.

³¹⁾ Vgl. Bundesminister Wolfgang Schäuble vor dem Deutschen Bundestag am 5. September 1990, Bull. Nr. 105, S. 1125 und in ZG, (1990), S. 305 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses Deutsche Einheit, BT-Drucks. 11/7920 vom 18. September 1990; Herta Däubler-Gmelin, MdB (SPD), BT-Sten. Ber. 11/222, S. 17497f.

³²⁾ So der mit Zwei-Drittel-Mehrheit gefaßte Beschluß der Volkskammer vom 23. August 1990 mit Wirkung zum 3. Oktober 1990 (BGBl. 1990 I S. 2057).

das Grundgesetz nur für eine Übergangszeit bestimmt und auch niemals vom deutschen Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt in freier Selbstbestimmung beschlossen worden³³). Während die Logik des Beitritts der DDR zum Grundgesetz, aber auch die äußeren Rahmenbedingungen der Herstellung der staatlichen Einheit für die Obsoleszenz und ersatzlose Streichung des Art. 146 GG a.F. sprachen, taucht die ursprünglich als Wiedervereinigungsartikel bezeichnete Vorschrift in der Fassung des Art. 4 Nr. 6 Einigungsvertrag mit verändertem Sinn wieder auf: als ständiger, vom Wiedervereinigungsfall abgelöster Geltungsvorbehalt des Grundgesetzes.

3. Die Stellung des Art. 146 GG n. F. in der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes

Trotz der Freiheiten, die mit den Begriffen „Verfassungsablösung“ und „Neukonstituierung“ gewöhnlich verbunden sind, ist festzuhalten, daß Art. 146 GG n. F. Bestandteil der überkommenen Verfassungsordnung des Grundgesetzes bleibt und verfahrensmäßig durch Organe gehandhabt und angewendet wird, die ihre Befugnisse vom Grundgesetz und nicht von einem *pouvoir constituant originaire* ableiten. Der Verfassungskompromiß des Einigungsvertrages ist eine Verfassungsfrage des Grundgesetzes! Art. 146 GG n. F. als „Überleitungsnorm“ zu einer neuen Verfassung eröffnet weder selbst den Prozeß der Verfassungsablösung, noch enthält er Vorschriften, wie ein solches Verfahren zu eröffnen wäre.

Was das einschlägige Verfahren anbelangt, muß Art. 146 GG n. F. (Art. 4 Nr. 6 Einigungsvertrag) in Verbindung mit Art. 5, Spiegelstrich 4 Einigungsvertrag gebracht werden. Letztere Norm be-

stimmt, daß die Organe des *pouvoir constituant institué*, die „gesetzgebenden Körperschaften“ Bundestag und Bundesrat, sich „mit der Frage der Anwendung des Art. 146 GG und in deren Rahmen einer Volksabstimmung“ befassen werden.

In eine Überprüfung des Grundgesetzes auf seine Tauglichkeit für das staatlich geeinte Deutschland – einige Problembereiche werden als besonders diskussionswürdig benannt, ohne daß andere ausgeschlossen wären – können die dem Grundgesetz verpflichteten Staatsorgane nur nach Maßgabe des Art. 79 GG eintreten. Diese Vorschrift regelt die Frage, auf welche Weise das Grundgesetz geändert werden kann. Jeder Änderungs- oder Ergänzungsvorschlag des Grundgesetzes in seiner derzeit gültigen Fassung bedarf der Zweidrittelmehrheit des Art. 79 Abs. 2 GG. Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist zudem an die Schranken des Art. 79 Abs. 3 GG gebunden. Insoweit ergibt sich nach der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands gem. Art. 23 Satz 2 GG ein zwingender innerer Zusammenhang zwischen Art. 146 GG und Art. 79 Abs. 2 GG³⁴). Auch als Überleitungsbestimmung bleibt Art. 146 GG bis zur Eröffnung der Neukonstituierung eine Verfassungsrevisionsnorm, die die Beschränkungen, denen der verfassungsändernde Gesetzgeber (insbesondere in Art. 79 Abs. 3) unterliegt, nicht aufhebt. Der Weg zu der in Art. 146 GG angesprochenen „freien Entscheidung“ des deutschen Volkes führt über den verfassungsändernden Gesetzgeber. Dieses – staatsrechtliche – Ergebnis bestätigt auch der Wortlaut des Art. 5 Einigungsvertrag: Die Frage der „Anwendung des Art. 146 GG“ wird ebenso wie die damit zusammenhängende Frage einer „Volksabstimmung“ ausdrücklich als Frage „zur Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes“ bezeichnet.

IV. Bewertung des Art. 146 GG n. F. im Hinblick auf das Überprüfungsverfahren nach Art. 5 Einigungsvertrag

Hinsichtlich der in Art. 5 Einigungsvertrag angesprochenen Überprüfung des Art. 146 GG stehen Bundestag und Bundesrat sowie die von ihnen eingesetzten Verfassungsreform-Kommissionen vor zwei Fragenkomplexen: erstens die Frage nach

der Durchführung eines Verfassungsreferendums und zweitens die Frage nach der Streichung des Art. 146 GG.

1. Zum Nutzen eines Verfassungsreferendums – Die Frage nach der Legitimität des Grundgesetzes

Weder Einigungsvertrag noch Art. 146 GG n. F. gebieten, den Weg frei zu machen für ein Verfassungsreferendum. Insoweit besteht für die gesetzgebenden Körperschaften nur ein Prüfungsauftrag.

³³) Zusammenfassung der Argumente bei Hans-Peter Schneider, Die Zukunft des Grundgesetzes, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16. 11. 1990, S. 14.

³⁴) Vgl. die Denkschrift zum Einigungsvertrag, BT-Drucks. 11/7760, S. 359 und Bundesminister Wolfgang Schäuble in der Bundestagsdebatte vom 5. September 1990, Bull. Nr. 105, S. 1125.

Die rechtspolitische Entscheidung über ein Verfassungsreferendum wird in erster Linie bestimmt von der Antwort auf die Frage, ob das Grundgesetz über eine ausreichende Legitimität im Sinne der modernen demokratischen Verfassungstheorie verfügt. Die Argumente sind im Zusammenhang mit dem Einigungsprozeß aus staatsrechtlicher und politologischer Sicht breit aufgefächert worden und brauchen deshalb nur zusammengefaßt zu werden:

Das Grundgesetz, so wird geltend gemacht, habe nur eine zeitlich begrenzte Ordnung geschaffen. Der Satz in der Präambel a.F. zum Grundgesetz („um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben...“) deutet jedoch nicht auf ein Legitimitätsdefizit. Die Vorschrift korrespondierte mit Art. 146 GG a.F., einem der beiden möglichen Wege zur Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands. Die „Übergangszeit“ wurde 1990 durch eine europäische Friedensordnung („2+4“-Vertrag) und durch den Beitritt der DDR zum Grundgesetz beendet. Folglich ist auch bei der Neufassung der Präambel durch Art. 4 Nr. 1 Einigungsvertrag die zeitliche Begrenzung gestrichen worden.

Das Genehmigungsschreiben der Militärgouverneure zum Grundgesetz vom 12. Mai 1949³⁵⁾ stellte die Grundlage der freien verfassungsgebenden Gewalt des Volkes in Frage. Die historisch-tatsächliche Situation ist jedoch für die Frage nach der *aktuellen* Legitimation der Verfassungsordnung ohne Bedeutung. Der Parlamentarische Rat ging von der uneingeschränkten verfassungsgebenden Gewalt des Volkes aus. Mit der Formulierung in der Präambel (alter wie neuer Fassung) „kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt“ war klargestellt, daß die tatsächlich vorhandenen Beschränkungen der Verfassungsgebung per definitionem keine Rolle spielen sollen und auch nicht zum Bedeutungshintergrund der gegenwärtigen Verfassungsordnung gehören können³⁶⁾.

Als problematisch wird die *ursprüngliche plebiszitäre Legitimation* des Grundgesetzes angesehen. Das Grundgesetz wurde 1949 nicht aufgrund einer Volksabstimmung in Kraft gesetzt; immerhin wur-

de es von den Parlamenten der Länder, die ihrerseits vom Volk gewählt worden waren, angenommen. Wichtiger als die ursprüngliche plebiszitäre Legitimation einer Verfassung ist jedoch ihre fortschreitende Akzeptanz seitens der „später Geborenen“³⁷⁾. In über vier Jahrzehnten hat die demokratische Ordnung des Grundgesetzes in zahlreichen Wahlen mit regelmäßig hoher Wahlbeteiligung eine im internationalen und im historischen Vergleich hohe Anerkennung erworben. Das Grundgesetz wird – über die Grenzen der Parteien hinweg – als eine Verfassung angesehen, die nicht nur gut konzipiert wurde, sondern – was wichtiger ist – in der Praxis auch funktioniert.

Auch die Bevölkerung in den neuen Ländern hat sich frei für das Grundgesetz entschieden. Die Volkskammer der DDR war zum Beitrittsbeschluß, wenn nicht formell, so doch demokratisch legitimiert. Ein höheres Maß an Integration der Bevölkerung der ehemaligen DDR ließe sich auch nicht durch eine mittels Plebiszit verabschiedete neue Verfassung erreichen. Obgleich die revolutionären Bewegungen, die sich vor allem im Bündnis 90 zusammengefunden haben, Respekt verdienen, könnte doch die Übernahme ihrer verfassungspolitischen Wünsche eher „desintegrierend“ wirken.

2. Zu den möglichen delegitimierenden Folgen eines Referendums

Jedes Verfassungsreferendum, das auf der Rechtsgrundlage des Einigungsvertrags durchzuführen wäre, hat zwangsläufig zur Folge, daß nicht nur über eine Verfassungsordnung entschieden, sondern auch die Wiederherstellung der deutschen Einheit thematisiert wird. Eine nachträgliche Billigung oder Mißbilligung des Beitritts nach Art. 23 Satz 2 GG a.F. sehen Verfassung und Einigungsvertrag nicht vor; sie widersprächen sowohl der erklärten Intention der Präambel a.F., daß auch für jene Deutschen gehandelt wurde, denen mitzuwirken versagt war, als auch der eigentlichen Bedeutung des Art. 23 Satz 2 GG a.F., der anderen Teilen Deutschlands eine *einseitig* wahrzunehmende Option einräumen wollte. Sollte z.B. – wegen der hohen Kosten der Wiedervereinigung und wegen der Gefährdung des eigenen Besitzstandes –

³⁵⁾ Übersetzung des Parlamentarischen Rates VOBIBZ, S. 416.

³⁶⁾ Vgl. D. Murswiek (Anm. 10), S. 98ff. Wer die Klarstellungen des historischen Verfassungsgebers in Zweifel zieht, riskiert, daß auch Festlegungen in der neugefaßten Präambel hinterfragt werden, wie z.B. die Freiheit der Selbstbestimmung in Anbetracht der Einflußnahme auf die äußeren Bedingungen der staatlichen Einheit durch den „2+4“-Prozeß, vgl. D. Blumenwitz (Anm. 3), S. 3043.

³⁷⁾ Reinhold Zippelius, Quo vadis Grundgesetz?, in: NJW, (1991), S. 23; zur „sukzessiven Legitimationsanreicherung“ auch Eckart Klein, An der Schwelle zur Wiedervereinigung Deutschlands (Anmerkungen zu Deutschlands Rechtslage im Jahr 1990), in: NJW, (1990), S. 1069.

die westdeutsche Bevölkerung das Referendum zum Anlaß nehmen, die ostdeutschen Mitbürger wieder auszugrenzen oder mit ihnen „abzurechnen“, so wäre die vom Grundgesetz angestrebte integrative Wirkung in ihr Gegenteil verkehrt.

Es ist weiter eine optimistische Verkennung, von Volksentscheiden zu glauben, sie wirkten ausschließlich legitimitätsverstärkend³⁸⁾. Fraglos Akzeptiertes kann zerredet, Selbstverständliches in Frage gestellt werden. Dies gilt vor allem dann, wenn es nichts wesentliches mehr zu entscheiden gibt, der Entscheid eine reine Akklamationsübung wird. Eine nur mäßige Beteiligung am Verfassungsreferendum führt zu Peinlichkeiten; die demoskopische Ausdeutung des Wählerverhaltens könnte nicht nur politische Parteien, sondern auch die Verfassung selbst auf die Anklagebank rücken. Es ist zweifelhaft, ob nach einer plebiszitären Auseinandersetzung das Grundgesetz noch vorbehaltlos als „Glücksfall der Geschichte – zumal der deutschen“ bezeichnet wird.

³⁸⁾ So allerdings die SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses Deutsche Einheit, BT-Drucks. 11/7920 vom 18. September 1990: „Sie (die SPD-Fraktion) wollte jedoch nicht auf jene zusätzliche Legitimation eines zur gesamtdeutschen Verfassung überarbeiteten Grundgesetzes verzichten, die eine Volksabstimmung mit sich bringt.“

3. Zur ersatzlosen Streichung des Art. 146 GG n. F.

Art. 146 GG n. F. enthält nicht verfassungswidriges Verfassungsrecht; er kann – wie dargelegt – gemäß den Leitlinien, die in Art. 5 Einigungsvertrag Ausdruck gefunden haben, verfassungskonform, d. h. in Einklang mit Art. 79 GG interpretiert werden. Dennoch sollte Art. 146 GG n. F. ersatzlos gestrichen werden. Bei verfassungskonformer Auslegung hat Art. 146 GG neben Art. 79 GG keinen spezifischen Anwendungsbereich. Die mit der Vorschrift ursprünglich untrennbar verbundene Komponente der Wiedervereinigung ist wegen des historischen Beitritts der DDR zum Grundgesetz gem. Art. 23 Satz 2 überholt. Im Gegensatz zur „Totalrevision“ schweizerischer Prägung ist der Art. 146 GG keine echte Überleitungsnorm zu einer neuen Verfassung, da er die Eröffnung des Ablösungsverfahrens nicht eigenständig regelt. Der Aussagegehalt der Norm reduziert sich damit auf die verfassungsrechtliche Klarstellung einer „Binsenweisheit“ der allgemeinen Staatslehre: die alte Verfassung tritt mit dem Erlaß einer neuen außer Kraft. In der verfassungsrechtlichen „Normallage“ sind derartige Hinweise unüblich und unnötig. Der zeitlich und gegenständlich nicht eingegrenzte Hinweis auf eine mögliche Verfassungsablösung ist verfassungspolitisch schädlich, weil er den Schutz, den der Verfassungsstaat für sich in Anspruch nehmen darf, relativiert.

Die Chance der Verfassungsgebung

I. Politische Neukonstitution durch Verfassungsgebung

Ein Jahr nach der Vereinigung der beiden deutschen Staaten sind die Arbeiten an der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Integration ihrer Gesellschaften im vollen Gange. Das bindet einen beträchtlichen Teil der Ressourcen aller Beteiligten – der Politiker, der Verwaltung, der politischen Öffentlichkeit –, so daß es unangebracht erscheint, nun auch noch eine Verfassungsdebatte führen und eine Verfassungsgebung initiieren zu wollen. Die Vereinigung im Wege des Beitritts der DDR nach dem (als Folge der Vereinigung aufgehobenen) Artikel 23 des Grundgesetzes hatte ja doch für viele den entscheidenden Vorteil, Erörterungen über eine Neukonstitution des gesamtdeutschen Staates, wie sie die damals gültige Fassung des Schlußartikels des Grundgesetzes (Art. 146) vorsah, überflüssig zu machen. Allenfalls einige beitriffsbedingte Anpassungen des Grundgesetzes schienen angebracht, und dementsprechend enthält der Einigungsvertrag in Art. 5 auch nur ein sehr vages Programm für künftige Verfassungsänderungen.

Die „nationale und staatliche Einheit zu wahren“ war nach der Präambel des Grundgesetzes eines der zentralen Staatsziele der 1949 gegründeten Bundesrepublik; trotz der Beschwörung eines vereinten Europa und der Öffnung zu einer supranationalen Ordnung konnte man die Präambel nur in dem Sinne verstehen, daß das Ziel in der Wiederherstellung eines deutschen Nationalstaats lag. Nun machten sowohl die Präambel wie der Schlußartikel, in denen von der Selbstbestimmung und der freien Entscheidung des deutschen Volkes die Rede war, unmißverständlich deutlich, daß der deutsche Nationalstaat kein Selbstzweck war, sondern von den „Grundgesetzeltern“ als die selbstverständliche und geschichtlich gebotene institutionelle Form der demokratischen Selbstbestimmung des deutschen Volkes angesehen wurde. Die Herstellung der staatlichen Einheit mochte ja, wie es Art. 23 vorsah, durch Beitritt anderer Teile Deutschlands zum Geltungsbereich des Grundgesetzes erfolgen; aber der Zweck dieses Beitritts, nämlich die Wiederherstellung der Selbstbestimmung des deutschen Volkes, konnte ausweislich des Schlußartikels nur durch eine vom deutschen

Volk „in freier Entscheidung“ beschlossene Verfassungsgebung erreicht werden. Der vom Grundgesetz angestrebte demokratische Nationalstaat zielte auf die Herstellung der Staatsbürgernation, auf die Selbstkonstitution des Demos als Nation. Die bloße staatliche Organisation des Ethnos, d.h. die Vereinigung aller Deutschen in einem Nationalstaat als solche, erfüllt diese Bedingung noch nicht. Erst der durch Verfassungsgebung geschlossene Sozialvertrag zwischen allen auf dem Territorium Deutschlands lebenden Staatsbürgern kann jene wechselseitigen Solidarpflichten erzeugen, für die die rein ethnische Eigenschaft des gemeinsamen Deutschtums allenfalls eine diffuse vopolitische Voraussetzung darstellen kann. Die Einsicht darin, daß das freie Staatsbürgertum, also der Demos und nicht der Ethnos, die moderne Nation begründen, war bereits den Autoren der Paulskirchenverfassung, die man zu den geistigen Quellen des Grundgesetzes zählen muß, bewußt. „Jeder ist ein Deutscher, der auf dem deutschen Gebiete wohnt“, erklärte der Abgeordnete Jordan, „die Nationalität ist nicht mehr begrenzt durch die Abstammung und die Sprache, sondern ganz einfach bestimmt durch den politischen Organismus, durch den Staat“¹⁾, wobei wir heute noch deutlicher als damals unter dem „politischen Organismus“ den durch die Verfassung konstituierten Staat erkennen können. Die Wertidee des Staatsbürgertums, der „citizenship“ oder „citoyenneté“ liegt nicht in dem mehr oder minder diffusen Gefühl der gemeinsamen Ethnizität, sondern in der wechselseitigen Anerkennung der Bürger als Gleiche, und folglich konstituiert nur ihre gleichberechtigte Bemühung um die Schaffung gemeinsamer Institutionen das politische Gemeinwesen. Ein „Beitritt“ der Neuen zu den bereits vorhandenen Institutionen, und sei er noch so begeistert vollzogen, wird auf lange Zeit zwei Kategorien von Bürgern schaffen und damit die mit dem modernen Verfassungs-

¹⁾ Zit. nach Th. Schieder, Nationalstaat und Nationalitätenproblem, in: ders., Nationalismus und Nation. Studien zum nationalen Problem im modernen Europa, hrsg. von O. Dann/H.-U. Wehler, Göttingen 1991, S. 25; vgl. dort auch ders., Nation und Nationalstaat in der deutschen Geschichte, S. 148.

gedanken untrennbare Idee der „citoyenneté“ selbst beschädigen. Es ist ja doch nicht zufällig, daß die wesentlichen politischen Umbrüche und Neuschöpfungen der Moderne in feierlichen Akten der politischen Neukonstitution kulminierten – Verfassunggebung ist ein Vorgang der politischen Gründung durch den selbstbewußten Willen jener, die sich zuallererst durch diesen kollektiven Schöpfungsakt als selbstbewußte „citoyens“, „citizens“ oder (Staats)Bürger – und nicht als Blutsbrüder, als Anteilseigner eines wirtschaftlichen Unternehmens oder als passive Untertanen einer versorgenden Staatsanstalt – konstituieren, anerkennen und hierauf die Gemeinsamkeit ihrer politischen Existenz gründen. Erst der Prozeß der gemeinsamen Verfassunggebung erzeugt, was die Verfassung voraussetzt, nämlich sich wechselseitig als Gleiche anerkennende Bürger und die *daraus* resultierenden Solidarpflichten.

Ebenso wie die Bürger des neu entstandenen deutschen Nationalstaats ihre neue politische Gemeinschaft erst durch Verfassunggebung herstellen müssen, muß auch das deutsche Volk als nationalstaatlich organisierte Gesamtheit seine Stellung in Europa und in der Welt neu definieren. Die Revolutionen in Ost- und Mitteleuropa haben nicht nur die Innenpolitik der betroffenen Länder, sondern zugleich auch die außenpolitischen Rahmenbedingungen der Nachkriegsordnung gründlich umgewälzt. In der neuen Präambel des Grundgesetzes findet sich unverändert das 1949 abgegebene Gelöbnis, daß das deutsche Volk als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt dienen wolle – aber wie drastisch hat sich durch die Vereinigung und die Neuerrichtung eines deutschen Nationalstaates die europa- und weltpolitische Rolle des deutschen Volkes verändert. Die politische Diskussion darüber hat ja spätestens aus Anlaß des Golfkrieges bereits begonnen. Die Deutschen, die des Bewußtseins der gemeinsamen Mitgliedschaft in einem einheitlichen politischen Verband seit mehr als einer Generation entwöhnt worden sind, bilden nun plötzlich im Herzen Europas die Gesellschaft eines Großstaates. Es ist ja am 3. Oktober 1990 nicht nur die DDR untergegangen, sondern auch der unpolitische Wirtschaftsstaat Bundesrepublik in seinen Grenzen von 1949. Ob die Deutschen wollen oder nicht, ihr neuer Staat erhält eine Rolle innerhalb der gegenwärtigen Staatenwelt, auf die sie nicht vorbereitet sein können. Sie müssen lernen, diese Rolle zu begreifen und mit ihr in einer dem Frieden der Welt dienenden Weise umzugehen. Kein Staat ist gefährlicher als der, der sich selbst und seine Interessen nicht kennt. Verfassunggebung ist

ein zentrales Element eines solchen kollektiven Lernprozesses. Eine Gesellschaft, die sich eine Verfassung gegeben hat, ist politisch intelligenter, wacher und über sich selbst aufgeklärter als ein Staat, der seine wirtschaftliche, politische und auch militärische Macht spürt, aber in diesem quasi naturwüchsigen Zustand verharrt, weil er keine institutionalisierten Formen der Reflexion über seine weltpolitische Rolle und die damit verbundenen Verantwortlichkeiten kennt.

Die beiden bisher genannten Gründe für die Notwendigkeit eines Verfassungsgebungsprozesses folgten unmittelbar aus der politischen Neukonstitution des deutschen Nationalstaates und hatten nichts mit einer etwaigen Reformbedürftigkeit des Grundgesetzes zu tun. Indessen war die bundesrepublikanische Gesellschaft unabhängig von den Umwälzungen in Europa, die schließlich zur deutschen Vereinigung geführt haben, an einen Punkt gelangt, an dem sie ohnehin zu grundlegenden Revisionen ihres überkommenen Politikverständnisses und, nach der Modernisierung am Ende der sechziger und dem Beginn der siebziger Jahre, zu einem weiteren politisch-kulturellen Modernisierungsschub genötigt war: alle jene Themen, Politikformen und Sensibilitäten, die durch die sogenannten neuen sozialen Bewegungen zum Bewußtsein gebracht worden sind – die ökologische Frage, die Probleme der wissenschaftlich-technischen Risikoproduktion, die Politisierung der Geschlechterbeziehungen, die Empfindlichkeit für Friedens- und Abrüstungspolitik oder ganz allgemein die Intensivierung und Differenzierung politischer Beteiligung in bezug auf die lebensweltlichen Erfahrungen der Individuen – reiben sich mit den institutionellen Formen eines Verfassungsprozesses, der in erster Linie auf die Erzeugung von gesellschaftlichem Konsens gerichtet ist. Im herrschenden bundesrepublikanischen Verfassungsverständnis bildet Konsens die Grundlage für Kontinuität, Stabilität, Gewißheit über Tatsachen und Werte und letztlich für gesellschaftliche Zusammenarbeit überhaupt. Diese grundlegende Annahme ist inzwischen erheblichen Zweifeln und Anfechtungen ausgesetzt. An der Schwelle zum 21. Jahrhundert und inmitten eines Prozesses gesellschaftlicher Veränderungen, denen zunehmend Berechenbarkeit, Kontinuität sowie moralische und kognitive Gewißheiten der individuellen Biographien und der kollektiven Verbindlichkeiten zum Opfer fallen, müssen wir beginnen, die Fähigkeit zu erlernen, auch im unüberwindbaren Dissens gesellschaftlich zu kooperieren, moralische Vieldeutigkeit zu ertragen, mit Erkenntnisungewißheit über die Grundlagen und die weitere Entwicklung unse-

rer sozialen Existenz umzugehen und schließlich auf die Erfahrung diskontinuierlicher und überraschender Veränderungen, oder, in den Worten Helga Nowotnys, auf die „Einmaligkeit der eigenen Überraschung“²⁾ vorbereitet zu sein.

Verfassungen sind Formen der Selbstwahrnehmung, der Selbstorganisation und der Selbsteinwirkung der Gesellschaft. Sie bilden keinen Katechismus, der die abschließenden Antworten auf alle unsere politischen Probleme enthält. Richtig verstanden enthalten sie keine Lösungen von Problemen, sondern institutionalisieren die gesellschaftliche Fähigkeit, intelligente Problemlösungen zu finden. Nicht jede politische Veränderung gebietet daher sogleich eine Verfassungsrevision. Es müssen sich die Bedingungen gesellschaftlicher Selbstwahrnehmung und -einwirkung geändert haben. Jeder der hier genannten drei Gründe steht für eine bedeutsame Veränderung: der erste bezieht sich auf die veränderte Identität der deutschen Gesellschaft und verlangt eine neue Selbstwahrnehmung der Deutschen; der zweite bezieht sich auf eine veränderte Rolle der Deutschen gegenüber anderen Staaten und Nationen und ver-

langt eine neue Selbstdefinition der Deutschen gegenüber den Erwartungen der anderen; der dritte schließlich bezieht sich auf eine neue Wahrnehmung der Politik selbst, die so, wie sie Max Weber einst definierte – als Kampf um die Macht und als zweckgerichtete Einwirkung der Macht auf die Gesellschaft –, keines der neuen, häufig moralisch geprägten Probleme der nachindustriellen Gesellschaft wird lösen können. Ironischerweise haben die Revolutionen des Jahres 1989 sogar zu dieser Erkenntnis ihren Beitrag geleistet, indem sie die Machtlosigkeit der Macht und die Macht der Machtlosigkeit demonstriert haben. Alle drei Veränderungen betreffen im Grunde nicht Fragen der Politik, sondern sind meta-politisch: sie betreffen unsere Fähigkeit zur Politik, zur Konstitution als politische Gesellschaft, die ihre eigenen Probleme wahrnehmen und politisch regeln kann. Wir Deutschen sind dabei, uns nach innen und nach außen als politisches Gemeinwesen neu zu konstituieren, wir mögen das wahrhaben oder nicht. So sollten wir denn auch die aufgeklärte Form politischer Selbstkonstitution wählen – die der Verfassungsgebung.

II. Gefahr des Verfassungserfektionismus?

Natürlich beginnt auch der Verfassungsgebungsprozeß des vereinigten Deutschland nicht in einer Stunde null. Das Grundgesetz hat sich für die alte Bundesrepublik, die in den einundvierzig Jahren ihrer Existenz freilich keinen größeren inneren oder äußeren Gefährdungen ausgesetzt war, als ebenso stabile wie anpassungsfähige Verfassung bewährt. Die Westdeutschen waren und sind zufrieden mit ihm, und die Ostdeutschen betrachten es in der Mehrzahl als den Inbegriff der Rechtsordnung, die sie in der Revolution von 1989 auch für sich erstrebten. Der mit der Verfassungsgebung, genauer: mit der der Verfassungsgebung vorausgehenden öffentlichen Verfassungsdebatte in Gang gesetzte politische Konstitutionsprozeß wird daher im wesentlichen den Charakter einer Revision des Grundgesetzes annehmen, die zweifellos die bewährten Elemente dieses einmal als Übergangsverfassung konzipierten Dokuments bestätigen wird. Daneben gibt es aber natürlich vielfältige Neuerungswünsche. Die Spannweite der angemeldeten Forderungen und Wünsche reicht von der verfas-

sungsnormativen Bewältigung der Ungewisheiten und Risiken der technisch-wissenschaftlichen Zivilisation über die Erweiterung der Möglichkeiten unmittelbarer demokratischer Mitbestimmung, die Einführung sozialer Rechte und Staatszielbestimmungen bis hin zur Reform des föderalistischen Systems. Dem notwendigen demokratischen Streit darüber liegen z. T. grundlegende Auffassungsdifferenzen über die richtige Konzeption einer modernen Verfassung zugrunde; auch in der Verfassungspolitik gibt es eine „Linke“, eine „Rechte“ und eine „Mitte“. Es gibt aber auch Positionen, die man strömungsübergreifend in allen Lagern finden kann, und die wohl verbreitetste ist die Warnung vor einem „Verfassungserfektionismus“.

In zwei Spielarten komme er vor, und beide seien gleichermaßen abschreckend: nach der einen Variante sind Verfassungen wortreiche politische Manifeste, die die Hoffnungen, Wünsche und Ziele der verfassungsgebenden Kräfte in einem Text bündeln, der eher den Charakter eines politischen Katechismus als den eines rechtsverbindlichen Gesetzes habe. Der Preis für die Anrufung alles Schönen, Guten und Wahren in der Verfassung sei ihre schwache Normativität. Nach der anderen Spielart

²⁾ H. Nowotny, Eigenzeit. Entstehung und Strukturierung eines Zeitgefühls, Frankfurt/M. 1989, S. 71.

des Perfektionismus werden ebenfalls möglichst umfangreiche Kataloge von gesellschaftlich erstrebenswerten Zielen in die Verfassung geschrieben, aber um zu vermeiden, daß sie normativ leerlaufen, werden sie ausdrücklich als verbindliche Staatsziele oder sogar als subjektive Rechte der Bürgerinnen und Bürger formuliert. Der Preis für diese Variante sei eine weitgehende Verrechtlichung der Politik. Je mehr politische Ziele und Mittel zu ihrer Verwirklichung verfassungsrechtlich festgelegt seien, desto mehr verkümmere Politik zum Verfassungsvollzug. Sie werde nicht nur ihrer kreativen Möglichkeiten beraubt, sondern entmündige auch das Volk, das sich dem über den Tod hinaus wirkenden Willen der verfassunggebenden Generation unterwerfen müsse. Die politische Macht wandere zu den Gerichten, die letztverbindlich entschieden, ob Parlament und Regierung den Verfassungsaufträgen nachgekommen seien. Eine gute Verfassung dagegen schaffe Institutionen und Verfahren, die Politik nach dem jeweiligen Mehrheitswillen ermöglichen – sie trete nicht an die Stelle von Politik. Vor allem aber widerständen ihre Urheber der Versuchung, ihre politischen Auffassungen verfassungsfest zu machen und sie dadurch der künftigen öffentlichen Debatte zu entziehen.

Aktuelle Adressaten dieser Kritik sind die Autoren eines Verfassungsentwurfs (zu denen auch der Verfasser dieses Beitrags gehört), den sie im Auftrag des „Kuratoriums für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder“ erarbeitet haben, um der notwendigen und erwünschten Verfassungsdebatte eine greifbare textliche Grundlage zu geben³). Auf den ersten Blick sieht es tatsächlich nicht so aus, als hätten sie der Versuchung widerstanden, ihre politischen Präferenzen möglichst verfassungsfest zu machen. Der Entwurf spart keineswegs mit inhaltlicher Parteinahme in politisch kontroversen Fragen – angefangen von dem (allerdings nicht von allen Autoren mitgetragenen) Recht der Frauen auf selbstbestimmte Schwangerschaft über soziale Grundrechte (Rechte auf Bildung, Arbeit, soziale Sicherung und auf eine angemessene Wohnung) bis hin zur Verpflichtung des Staates zur Abrüstung. Es ist sogar gesagt worden, daß der Entwurf im Falle seiner Realisierung auf eine „Links-Verschiebung“ des Grundgesetzes hinausliefe, was ja wohl bedeuten soll, daß die Autorinnen und Autoren ihre politischen Präferenzen in die Verfassung schmuggeln wollten. Man sollte sich jedoch nicht täuschen lassen. Auch die

Grundgesetzautoren haben eine Reihe von Regelungen getroffen, die damals durchaus politisch umstritten waren und es zum Teil heute noch sind, und die in der Folge den Raum politischer Gestaltung nachhaltig eingeschränkt haben: man denke nur an die verfassungsrechtliche Garantie der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, an die für einen säkularen Staat außerordentlich starke Stellung der Kirchen, an die Garantie des Religionsunterrichts in öffentlichen Schulen nach den Grundsätzen der Religionsgesellschaften, an die Pflicht des Gesetzgebers zur rechtlichen Gleichstellung unehelicher Kinder oder, um die heute wohl kontroverseste Regelung nicht zu vergessen, an die verfassungsrechtliche Pflicht der Frauen zur Austragung einer ungewollten Schwangerschaft. Keine Verfassung verzichtet vollständig auf die Festlegung bestimmter materieller Politikentscheidungen mit der Folge, daß deren Gegenstände damit in der Regel der öffentlichen Debatte entzogen werden; und keine begnügt sich damit, in makelloser Neutralität gegenüber politischen Alternativen sich auf die Schaffung von Institutionen und Verfahren für einen vollkommen offenen politischen Prozeß zu beschränken. Die Frage lautet daher, welche Mischung aus inhaltlich-politischen und institutionellen Regelungen denn eine gute Verfassung auszeichnen?

Naturngemäß gibt es darauf keine eindeutige und unbestrittene Antwort. Aber es lassen sich immerhin einige Irrtümer aufklären, die sich in die Verfassungsdebatten eingeschlichen haben, weil Argumente, die durchaus einmal Gültigkeit hatten, einfach wiederholt werden, obwohl sich die Umstände inzwischen grundlegend geändert haben. Verfassungen sollen ja zwei auf den ersten Blick widersprüchliche Ziele verwirklichen: einerseits sind sie darauf gerichtet, staatliche Macht zu *begrenzen* und damit bestimmte politische Optionen auszuschließen, andererseits sollen sie aber auch Politik *ermöglichen* und den Raum für politische Optionen erhalten oder sogar erweitern. Wenn z. B. Art. 26 des Grundgesetzes die Führung eines Angriffskrieges für verfassungswidrig erklärt, so hat es damit eine jahrhundertealte außenpolitische Option des modernen Staates zur Verfolgung seiner Interessen ausgeschlossen und den Raum legitimer Politik begrenzt. Und ebenso begrenzt z. B. die Zielbestimmung der Sozialstaatlichkeit den Raum politischer Optionen des Parlaments und der Regierung, indem sie jegliche mit diesem Ziel unvereinbare Politik verbietet. Das bedeutet aber nicht, daß damit diese politikbegrenzende Funktion der Verfassung mit ihrer politikermöglichenden im Widerspruch steht.

³) Vgl. Eine Verfassung für Deutschland. Manifest – Text – Plädoyers, hrsg. von B. Guggenberger/U. K. Preuß/W. Ullmann, München 1991.

Denn inzwischen haben wir gelernt, daß die Begrenzungen der Politik in Wirklichkeit den Reichtum politischer Optionen gar nicht beschränken, sondern vermehren: das Verbot der kriegerischen Durchsetzung von staatlichen Interessen oder die Bindung staatlicher Politik an das Prinzip sozialer Gerechtigkeit binden zwar den zuständigen Organen die Hände, aber sie zwingen dadurch die Politik zur kreativen Suche nach Alternativen, die sie niemals erwägen würde, wenn ihr keinerlei Beschränkungen auferlegt würden. Es ist in der Politik nicht anders als z. B. in der Ökonomie: erst die Verknappung und Verteuerung wertvoller Rohstoffe schafft den heilsamen Zwang, sich um Ersatzstoffe zu bemühen. Das Verbot der Anwendung der Folter als Mittel der strafprozessualen Sachverhaltserforschung hat den Grundstein für die Zivilisiertheit unseres strafprozessualen Beweisrechts gelegt. Das Verbot staatlicher Informations- und Meinungslenkung bildet die Grundlage für die Reflexionsfähigkeit einer staatsunabhängigen politischen Öffentlichkeit, die es ohne ein solches Verbot nicht geben könnte. Nach diesem Muster funktionieren verfassungsrechtliche Beschränkungen der staatlichen Macht allgemein: sie binden den Staat und die Politik und erzeugen dadurch den Zwang zur Reflexion politischer Zielsetzungen und zur Verfeinerung der Mittel ihrer Durchsetzung. Die Begrenzung politischer Optionen kann den Spielraum der Politik daher sehr wohl erweitern.

Wie verhält es sich nun mit einem verfassungsrechtlich anerkannten Recht eines jeden Menschen auf Arbeit, auf eine angemessene Wohnung und auf soziale Sicherung und mit einer in die Verfassung geschriebenen Pflicht des Staates, die zur Erfüllung dieser sozialen Grundrechte erforderliche Wirtschafts-, Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wohnungsbaupolitik zu verfolgen? Sind sie politikermöglichend oder vielmehr politikverhindernd? Der Streit über soziale Grundrechte geht ja nicht darum, daß die Gegner etwa gegen Vollbeschäftigung, soziale Sicherung oder eine angemessene Wohnraumversorgung der Bevölkerung sind. Ihr Einwand lautet, daß die Erfüllung dieser Ziele auf so vielfältigen und auch kontroversen, von den politischen Instanzen zu konkretisierenden Wegen möglich ist, daß das Grundrecht entweder keinen präzisen Inhalt hat (und damit die Normativität der Verfassung entwertet) oder daß, wenn man die Normativität ernst nimmt, letztlich die Gerichte auf Kosten von Parlament und Regierung die wesentlichen Entscheidungen in der Wirtschafts-, Sozial- und Wohnraumpolitik treffen (und damit das demokratische Prinzip beschädigen). Aber diese

Alternative ist keineswegs zwingend, ja sie ist ausgesprochen realitätsfern. Auch die Wirksamkeit der klassischen liberalen Grundrechte hängt heute mehr und mehr davon ab, daß der Gesetzgeber die erforderlichen Konkretisierungen vornimmt: Die grundrechtliche Eigentumsgarantie wäre ein reiner Programmsatz, wenn nicht der Gesetzgeber durch die Zivilgesetzgebung (und, nota bene, die Regierung durch eine aktive Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik) Inhalt und Schutzbereich des Grundrechts ständig konkretisieren würde. Die Rundfunkfreiheit, das Asylrecht, die Ausbildungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit oder die Wissenschaftsfreiheit – um nur einige Beispiele zu geben – hängen grundrechtlich in der Luft, wenn nicht der Gesetzgeber und die Regierung die Bedingungen der Wahrnehmung dieses Rechts jeweils erst schaffen würden. Das liegt daran, daß heute auch die klassischen liberalen Freiheitsrechte von gesellschaftlichen Voraussetzungen abhängen, die sich nicht mehr spontan herstellen, sondern politisch erzeugt werden müssen. Zeitgenössische Grundrechte – mögen sie nun eine klassisch liberale Herkunft haben oder zur modernen Kategorie der sozialen Grundrechte gehören – werden zunehmend überhaupt erst in politischen und administrativen Prozessen konkretisiert (und erfordern daher auch ein erhöhtes Niveau an bürgerschaftlicher politischer Beteiligung).

Grundrechte markieren daher unter den heutigen Bedingungen gesellschaftlicher Verdichtung nicht länger eine Grenze zu demokratischer Politik. Noch weniger sind sie ihr Antipode. Sie enthalten vielmehr Maßstäbe und Zielrichtung für die demokratischen Verfahren der Politikformulierung, in denen sie selbst erst ihren verbindlichen Inhalt erhalten. Das für die klassische Grundrechtskonzeption charakteristische Übergewicht autoritativ-richterlicher Rechtsdurchsetzung verliert an Bedeutung. Der gerichtliche Schutz von Grundrechten beschränkt sich zunehmend auf die Kontrolle der politischen und administrativen Verfahren, in denen sie konkretisiert werden. Moderne, in demokratischen Verfahren konkretisierte Grundrechte sind daher nicht politikverhindernd, sondern politikermöglichend. Sie sind sogar politikabhängig und daher nicht primär durch gerichtliche Erzwingbarkeit, sondern durch die verfassungsrechtliche Pflichtigkeit von Parlament und Regierung gekennzeichnet. Damit aber entfallen die wesentlichen Einwände gegen soziale Grundrechte. Weder berauben sie Parlament und Regierung ihrer legitimen Aufgabe, im demokratischen Streit über politische Alternativen zu entscheiden,

noch schieben sie den Gerichten politische Kompetenzen zu, die ihnen nicht zustehen können. Ganz im Gegenteil: sie machen deutlich, daß in einer demokratischen Gesellschaft die Verantwortung für die Verwirklichung von Grundrechten

nicht primär bei den Gerichten, sondern bei den politisch verantwortlichen Organen liegt. Sie bezeugen den in Deutschland lange verschütteten unauflösbaren Zusammenhang zwischen Grundrechten und Demokratie.

III. Die Unentrinnbarkeit der Politik

Auch die beste Verfassung kann freilich nicht Probleme lösen, die aus tiefgreifenden Wertgegensätzen in der Gesellschaft resultieren. In einem Feld nicht-neutralisierter Wertkonflikte provoziert jede verfassungsrechtliche Parteinahme zugunsten einer bestimmten Wertentscheidung unvermeidlicherweise den erbittertsten Widerstand der Gegenseite. So scheitert z.B. heute in Israel der Versuch, dem Land eine geschriebene Verfassung zu geben, daran, daß die Befürworter eines Grundrechts auf Religionsfreiheit einerseits und die Parteigänger eines kompromißlos jüdischen Charakters des Staates andererseits keine Kompromißformel finden können. Ähnlich gab es in den europäischen Religionskriegen des 16. und 17. Jahrhunderts keine Möglichkeit einer Einigung zwischen Katholiken und Protestanten. So liegt es vielleicht tatsächlich manchmal im Interesse der Gesellschaft, sich jedenfalls zeitweise selbst zu entmündigen, d.h. bestimmte Fragen, in denen keine Kompromißmöglichkeit erkennbar ist, aus der öffentlichen Debatte fernzuhalten, um eine selbstzerstörerische Polarisierung zu vermeiden. In diese Richtung hat z.B. der amerikanische Rechts- und Politikwissenschaftler Stephen Holmes argumentiert: demokratische Entscheidungsverfahren funktionierten in manchen Zeiten nur deswegen, weil bestimmte, besonders kontroverse und durch Mehrheitsentscheidung nicht lösbare Themen von Verfassungen wegen „beschwiegen“, d.h. der öffentlichen Diskussion entzogen wurden. In Amerika vor dem Bürgerkrieg sei vor allem die Sklaverei ein solches Thema gewesen⁴⁾.

Das klassische Beispiel für die europäischen Verfassungsstaaten ist das Grundrecht auf Religionsfreiheit: um die Fortsetzung der blutigen Religionskriege des 17. Jahrhunderts zu vermeiden, entsagte der moderne Staat seit dem 18. Jahrhundert freiwillig seiner bisher in Anspruch genommenen Macht, das religiöse Bekenntnis seiner Untertanen zu bestimmen, und erklärte diese Ent-

scheidung zu einem individuellen Recht der Untertanen. Die Frage war damit der Politik entzogen, und der demokratische Verfassungsstaat hat diese Technik der Entpolitisierung durch Verrechtlichung übernommen. Heute sind es andere Fragen, die die Gesellschaft derart spalten, daß zu überlegen ist, ob man sie von Verfassung wegen von der öffentlich-politischen Debatte fernhalten sollte. Das gegenwärtig wohl prominenteste Beispiel ist der Streit über die Strafbarkeit der Abtreibung. Es zeigt zugleich aber auch die Grenzen einer Strategie der Entpolitisierung durch Verrechtlichung. Diese Strategie vermeidet ja einen unlösbaren öffentlichen Konflikt dadurch, daß sie für bestimmte Entscheidungen wie das religiöse Bekenntnis oder die Wahl des Ehepartners die politische Öffentlichkeit insgesamt für unzuständig erklärt und statt dessen das Recht des Individuums zur ausschließlichen Entscheidung proklamiert. Diese Strategie versagt jedoch, wenn die Ausübung des individuellen Rechts zugleich das wirkliche oder vermeintliche Recht eines anderen verletzt; so verhält es sich in dem Streit über die Abtreibung: für die einen ist die Abtreibung eine unter keinen Umständen hinnehmbare Verletzung des unveräußerlichen Rechts des Ungeborenen auf Leben, für die anderen ist das Verbot der Abtreibung ein staatlich den Frauen auferlegter Gebärzwang und damit eine Verletzung ihres unveräußerlichen Rechts auf ein selbstbestimmtes Leben. Beide Seiten sind sich nur darin einig, daß die von ihnen jeweils reklamierten Rechte keiner kollektiven Entscheidung durch Mehrheit zugänglich sind – das ist schließlich der hauptsächlichliche Sinn von Rechten. Das unterscheidet den Streit um die Zulässigkeit der Abtreibung von dem historischen Vorbild der Religionsfreiheit, denn dort ging es um die Alternative zwischen öffentlich-politischer und individueller Zuständigkeit für die Frage der Religion, und nur als öffentlich-politische war die Religionsfrage unlösbar.

Hier aber, so scheint es jedenfalls, konkurrieren zwei unvereinbare individuelle Rechte miteinander. Was bei der Religionsfreiheit noch funktionierte – die Verlagerung eines Konfliktes aus der

⁴⁾ Vgl. S. Holmes, *Gag rules and the politics of omission*, in: J. Elster/R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge 1988, S. 19–58.

Sphäre der Politik in das Reich individueller Rechte –, führt in der Abtreibungsdebatte womöglich sogar zu einer Verschärfung der Auseinandersetzung. Jedenfalls ist offenkundig, daß die Entscheidung der Verfassung für das eine oder das andere Recht gerade keine befriedende Wirkung haben kann. Wir stehen somit vor der brisanten Situation, daß ein Konflikt jedenfalls nach der Auffassung der Protagonisten weder durch politische Mehrheitsentscheidung noch durch die Verweisung in die Sphäre individueller Rechte gelöst werden kann – ersteres nicht, weil es sich um Entscheidungen im Bereich des Unabstimmbaren handelt, letzteres nicht, weil zwei unvereinbare Rechte aufeinander prallen. Sind die Möglichkeiten der Verfassung, mit explosiven ethischen und sozialen Konflikten umzugehen, damit erschöpft? Könnte sie sich mangels politischer Einigungsmöglichkeit jeglicher Stellungnahme zum Abtreibungsproblem enthalten? Täte sie das, so überließe sie seine Lösung der einfachen parlamentarischen Mehrheit und letztlich, da diese der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt, dem Verfassungsgericht (und damit potentiell einer Mehrheit von fünf Richtern). Die Erfahrung mit verfassungsgerichtlichen Entscheidungen in der Bundesrepublik und in den USA zeigt, daß dies keine sehr produktive Behandlung des Konfliktes darstellt.

Möglicherweise ist der Konflikt unlösbar, weil er so definiert ist, daß man nur immer wieder in eine Sackgasse gerät. Die Ausweglosigkeit ergibt sich ja daraus, daß die Abtreibung von den einen als Tötung, die Strafbarkeit der Abtreibung von den anderen als Eingriff in das körperliche Selbstbestimmungsrecht der Frau angesehen wird. Die Leibesfrucht wird von den einen als gegenüber der Schwangeren selbständiges Leben, von den anderen als Teil des Körpers der Schwangeren, der ebenso wie ihre Organe ihrer Selbstbestimmung unterliegt, angesehen. Offenkundig sind beide Annahmen nur Analogien zu Zuständen, die *nicht* Schwangerschaft sind. Denn weder ist der Embryo etwas gegenüber der Schwangeren Selbständiges, noch ist er ein körperliches Organ der Schwangeren. Es ist folgenreich, daß Schwangerschaft nur als Analogie zu diesen beiden Zuständen der Nicht-Schwangerschaft definiert wird. Denn nur durch diese Analogie läßt sich der Zusammenhang einerseits zu dem Grundrecht auf Leben, andererseits zu dem Grundrecht auf körperliche Selbstbestimmung herstellen. Mit guten Gründen lassen sich beide Analogien bestreiten. Betrachten wir Schwangerschaft als einen unvergleichbaren und eigengearteten seelisch-körperlichen Zustand der Frau, so folgt daraus zunächst, daß auch eine

Abtreibung nicht im Wege der Analogie beschrieben werden kann: sie ist weder eine Tötung noch ein bloßer operativer Eingriff in den Körper der Schwangeren, sondern etwas Singuläres: die Verhinderung der Herausbildung selbständigen menschlichen Lebens. Die Abtreibung wäre danach unbeschadet unterschiedlicher religiöser Bewertungen in ihrer sozialen Wertigkeit weder als Tötung noch als Akt der Selbstbestimmung der Schwangeren über ihren Körper zu verstehen, sondern als eine eigenständige Handlungskategorie, deren soziale Bewertung weder aus dem Tötungsverbot noch aus dem Pathos der individuellen Selbstbestimmung zu gewinnen wäre.

Für die rechtliche Qualifizierung der Abtreibung würde sich weder aus dem Recht auf Leben noch aus dem Recht auf körperliche Selbstbestimmung eine zwingende Schlußfolgerung ergeben, weil die Abtreibung beiden gegenüber etwas sozialetisch Eigenes darstellt. Was wäre der Vorteil dieser Strategie? Sie würde zunächst zum Ausdruck bringen, daß es der Verfassung in hochkontroversen und jedenfalls augenblicklich nicht lösbaren Fragen nicht darum gehen kann, der einen Auffassung zum Sieg über die andere zu verhelfen, sondern Regelungen zu finden, die das friedliche Zusammenleben in der Gesellschaft trotz unversöhnlicher Wertgegensätze in einzelnen Bereichen ermöglichen. Die Herauslösung der Abtreibung aus ihren Analogien entweder zur Tötung oder zur körperlichen Selbstbestimmung hätte den Vorteil, daß, wenn die Verfassung jetzt schweigt, die Frage der sozialetischen und rechtlichen Bewertung der Abtreibung tatsächlich offen ist und die öffentliche Diskussion erst noch die Maßstäbe entwickeln muß, nach denen sie rechtlich zu bewerten ist. Jenseits von politischer Mehrheitsentscheidung und der Anrufung von unveräußerlichen Rechten könnte die Verfassung durch diese offene Definition des Problems einen Prozeß auslösen, in dem die Öffentlichkeit, die politischen und sozialen Gruppen, das Parlament, das Verfassungsgericht und die Regierungen des Bundes und der Länder durch die Wahrnehmung ihrer jeweiligen Kompetenzen um eine verbindliche rechtliche Bewertung der Abtreibung kämpfen – in diesem Prozeß könnte die Verfassung, statt auf außerrechtliche Werte zu verweisen und zu suggerieren, daß sie für diese Frage bereits eine Antwort bereithält, den Prozeß der Entdeckung und Konkretisierung der angemessenen rechtlichen Bewertung organisieren. Die Verfassung würde dann den Dissens nicht einfach verschweigen, sondern die Fähigkeit lehren und entwickeln, mit ihm umzugehen. Das bedeutet natürlich nicht, daß das Problem solange politisch

neutralisiert werden kann, bis sich – vielleicht erst in Jahrzehnten – ein Konsens herausgebildet hat. Jede Regelung, einschließlich einer Nicht-Regelung, wird der einen oder der anderen Seite moralische Schmerzen zufügen. Das kann aber nicht das Kriterium für die Qualität einer Verfassung sein. Sie hat das Recht eines jeden zu schützen, eigene moralische Grundsätze zu haben und nach ihnen zu leben; sie kann aber kein Recht enthalten, die eigenen moralischen Präferenzen anderen aufzuer-

legen oder dieses vom Staat zu verlangen. Daher kann die Verfassung auch nur jene rechtlichen Regelungen festlegen, die die soziale Ordnung garantieren, ohne den einzelnen eigenhändige moralisch unzumutbare Pflichten aufzuerlegen: das bedeutet einerseits den Ausschluß der Strafbarkeit der Abtreibung, andererseits das Recht eines jeden Arztes, die Vornahme einer Abtreibung zu verweigern. Mehr kann die Verfassung heute nicht leisten.

Staatsaufgaben und Teilhaberechte als Gegenstand der Verfassungspolitik

I. Das Grundgesetz – die Verfassung des wiedervereinigten Deutschland

1. Die Ausgangslage

Durch den Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik zur Bundesrepublik Deutschland (Art. 23 Satz 2 GG) und den Vertrag zwischen den beiden deutschen Staaten über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) vom 31. August 1990 ist das Grundgesetz am 3. Oktober 1990 die Verfassung des wiedervereinigten Deutschland geworden¹⁾. Die Hoffnung und der Auftrag der Präambel des Grundgesetzes, die Einheit und Freiheit Deutschlands in freier Selbstbestimmung des gesamten Deutschen Volkes zu vollenden, sind zu ihrem Ziel gekommen. Es blieb allerdings die Frage, ob und in welcher Weise die außerordentliche Revisionsklausel des Art. 146 GG zum Zuge kommen müsse, wonach das Grundgesetz seine Gültigkeit an dem Tage verliert, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist. Diese Klausel enthielt ein verfassungspolitisches Potential, das mit der Geltungserstreckung des Grundgesetzes auf das Gebiet der früheren DDR nicht erschöpft ist. Die Sozialdemokraten und die verschiedenen reformsozialistischen, grünen und alternativen Parteien und Gruppen beriefen sich unter Zuhilfenahme des Art. 146 GG auf verfassungspolitische Gründe der nicht hinreichend bekräftigten Legitimität; insbesondere auf die Lehre von der verfassunggebenden Gewalt des Volkes, um eine neue Entscheidung über die Verfassung, eine „Weiterentwicklung des Grundgesetzes zur Verfassung für das geeinte Deutschland“²⁾ einzufordern. Diese Bestrebungen sind mit einer ganzen Reihe von Vorschlägen und Ideen zu inhaltlichen Änderungen des Grundgesetzes verbunden, die sich hauptsächlich auf neue Verfassungsnormen über Staatsaufgaben und auf die Schaffung neuer Rechte sozialer und politischer Teilhabe richten.

Der Einigungsvertrag hat sich mit den „beitrittsbedingten“ Änderungen des Grundgesetzes begnügt und im übrigen eine Empfehlung der beiden Regierungen an Bundestag und Bundesrat aufgenommen, sich innerhalb von zwei Jahren mit den im Zusammenhang mit der deutschen Einigung aufgeworfenen Fragen zur Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes zu befassen (Art. 5 EinV). Zu den beitriffsbedingten Änderungen gehören eine Neufassung der Präambel und eine Ergänzung des Art. 146 GG durch die ausdrückliche Bekundung, daß das Grundgesetz nunmehr für das gesamte deutsche Volk gelte. Die verfassungspolitische Empfehlung betrifft u. a. Überlegungen zur Aufnahme von Staatszielbestimmungen in das Grundgesetz und die Frage der Anwendung des Art. 146 GG und in deren Rahmen einer Volksabstimmung. Die gesetzgebenden Körperschaften haben die Empfehlung aufgegriffen und im November 1991 einen „Gemeinsamen Verfassungsausschuß“ eingesetzt, der über Verfassungsänderungen berät, die dem Bundestag und dem Bundesrat vorgeschlagen werden sollen. Der Ausschuß soll sich insbesondere mit den in Art. 5 des Einigungsvertrages genannten Grundgesetzänderungen befassen sowie mit Änderungen, die mit der Verwirklichung der Europäischen Union erforderlich werden³⁾. Die bisher diffuse Diskussion über mögliche, wünschenswerte oder notwendige Verfassungsänderungen hat damit – orientiert an Art. 79 GG – einen institutionellen Rahmen erhalten. Der eingeschlagene Weg wird mit einer gewissen Zwangsläufigkeit zu Änderungen des Grundgesetzes führen, vielleicht auch zu einem Verfassungsreferendum⁴⁾.

³⁾ Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BTagDrucks. 12/567; Beschlussempfehlung des Ältestenrates, BTagDrucks. 12/787. Siehe auch die weitergehenden Anträge der Fraktion der SPD, BTagDrucks. 12/415, und der Gruppe Bündnis 90/DIE GRÜNEN, BTagDrucks. 12/563.

⁴⁾ Zu Unrecht wird von verschiedenen Interpreten des Art. 146 GG behauptet, ein Referendum sei geboten, vgl. z. B. U. Storost, in: Der Staat, 29 (1990), S. 321, und ihm folgend R. Wahl, Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1990, S. 468. Die Frage kann hier nicht vertieft werden; siehe P. Badura, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 115 (1990), S. 314.

¹⁾ Vgl. K. Stern/B. Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), Einigungsvertrag, 1990.

²⁾ So der Antrag der Fraktion der SPD auf Einsetzung eines Verfassungsrates, BTagDrucks. 12/415.

2. Bestrebungen und Projekte

Programme und Projekte für verfassungspolitische Neuerungen werden von verschiedenen Stellen vorgebracht. Teils werden bekannte Postulate wiederholt, wie das „Recht auf Arbeit“ oder der Umweltschutz als verfassungsrechtlich verstärktes Staatsziel, teils werden umstrittene partei- oder gesellschaftspolitische Forderungen erneuert, wie das Verbot der Aussperrung oder die Einführung partizipationsdemokratischer Mitbestimmung auf allen Ebenen der politischen Willensbildung. Die durch die Wiedervereinigung Deutschlands gestellte Verfassungsfrage überschreitet ihren Anlaß und verwandelt sich in eine Grundsatzdebatte über eine Staats- und Verfassungsreform.

Ein zweites unmittelbar durch die Wiedervereinigung geschaffenes Feld, möglicherweise ein zusätzlicher Motor der deutschen Verfassungspolitik, sind die nun zu erlassenden Verfassungen der neuen Bundesländer. Staatszielbestimmungen, soziale und wirtschaftliche Rechte oder Garantien und plebiszitäre oder partizipatorische Elemente werden dort ein auffälliges Gewicht haben. Damit berührt sich dieser Vorgang der Landespolitik thematisch mit den Bestrebungen der Reformbewegung auf der Ebene des Bundes. Die Wechselwirkung der Neukonstituierung der Länder im Osten und der Verfassungsrevisionsdiskussion im Westen ist nicht zu übersehen. Der Entwurf des vormaligen Runden Tisches für eine „Neue Verfassung der DDR“ – ein rasch gescheitertes Vorhaben im Rahmen des Versuchs, die DDR als reformsozialistischen zweiten deutschen Staat zu erhalten – beeinflusst viele Vorschläge bei der Landesverfassungsdiskussion⁵⁾ und hat auch als Material für einen im Juni 1991 veröffentlichten Verfassungsentwurf des „Kuratoriums für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder“ gedient.

Zur Veranschaulichung der beiden hier näher zu betrachtenden Themen der Verfassungspolitik, der Staatsaufgaben und der Teilhaberechte, eignen sich das Staatsziel Umweltschutz und das Recht auf Arbeit. Das Grundgesetz bezeichnet mit der Charakterisierung der Bundesrepublik als Rechts- und Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) die elementaren Aufgaben der staatlichen Gesellschaft und trifft in den Grundrechten eine Entscheidung über die zentralen Freiheiten und Schutzbedürfnisse des einzelnen. Damit sind Ziel und Richtung der Staatstätigkeit angegeben und der Rahmen abgesteckt, in dem durch das

Gesetz und die Rechtsanwendung im Einzelfall das Gemeinwohl zu bestimmen und die soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen ist. Außerdem nennt die Verfassung einige Maximen staatlichen Handelns, wie die Rechts- und Wirtschaftseinheit (Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG), die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus (Art. 72 Abs. 2 Nr. 3, Art. 106 Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 GG), die Vermeidung einer Überbelastung der Steuerpflichtigen (Art. 106 Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 GG) und die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, denen Bund und Länder bei ihrer Haushaltswirtschaft Rechnung zu tragen haben (Art. 101 Abs. 2 GG). Den bundesstaatlichen Kompetenznormen lassen sich mittelbar Hinweise auf mögliche oder notwendige Staatsaufgaben entnehmen, z.B. der Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung in das Ausland (Art. 74 Nr. 5 GG), die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung (Art. 74 Nr. 16 GG) und der Verfassungsschutz (Art. 5 Abs. 3, Art. 18, Art. 21 Abs. 2, Art. 73 Nr. 10 lit. b, Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG).

Obwohl das Grundgesetz eine Fülle von Direktiven und Anhaltspunkten für die staatliche Wirksamkeit enthält, ist es doch sehr zurückhaltend in der ausdrücklichen Fixierung von Programmen, Verheißungen und sonstigen Zielsetzungen. Darin unterscheidet es sich von der Weimarer Reichsverfassung, von den meisten Landesverfassungen und von vielen Verfassungen des Auslands. Häufig ist das als ein Charakteristikum des Grundgesetzes verstanden worden. Es ist Sache des demokratisch geordneten politischen Prozesses und der parlamentarischen Gesetzgebung, nach den Erfordernissen und Umständen der Zeit darüber zu entscheiden, welchen Aufgaben sich der Staat zuzuwenden hat und mit welchen Mitteln das für nötig Befundene geregelt und erledigt wird.

Eine derartige Lösung der Verfassungsfrage, die den Hauptpunkt in der institutionellen Organisation des Staates, der Gewaltenteilung und der Freiheitsrechte sieht, wurde schon in der ersten Zeit des Verfassungsstaates von den politischen Kräften als unzulänglich empfunden, die aus eigenem Interesse oder im Interesse der Allgemeinheit die staatlichen Gestaltungsaufgaben und die Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse auch und gerade mit den Mitteln des Verfassungsrechts anstreben. Bestrebungen, in die Verfassung ein „Recht auf Arbeit“ als besonderes soziales Grundrecht aufzunehmen, gehen bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts zurück. Daß jedermann von seiner Arbeit soll leben können, ist als moralische

⁵⁾ Vgl. P. Häberle, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 39 (1990), S. 319.

oder politische Maxime für die gerechte Ordnung eines Gemeinwesens ein Grundgedanke der Aufklärung⁶⁾). Als ein verfassungsmäßiges Recht soll der Anspruch darauf verbürgt werden, daß der Staat jedermann bezahlte Arbeit zu verschaffen hat, der – aus welchen Gründen auch immer – selbst Arbeit nicht finden kann⁷⁾. In verschiedener Formulierung hat der Gedanke Eingang in Verfassungen gefunden, z. B. in Art. 166 Abs. 2 BayVerf: „Jedermann hat das Recht, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen.“ Der Sache nach wird mit einer derartigen Verfassungsgarantie, soweit sie mehr sein will als die Abwehr von Diskriminierung und unverhältnismäßigen Behinderungen freier Erwerbstätigkeit, ein Programm staatlichen Handelns ausgesprochen, das einen Vorrang der Beschäftigungspolitik, gesetzliche Beschränkungen des Arbeitgebers und subsidiär Maßnahmen der Sozialpolitik einschließt. Anders als ein Freiheitsrecht, wie etwa der Schutz der Wohnung (Art. 13 GG), kommt dieses soziale Recht nicht durch Abwehr eines Eingriffs der öffentlichen Gewalt zum Ziel, sondern durch Gesetz, mit dem Schutz und Zuteilung von Rechten erst zu schaffen sind. Im eigentlichen Sinn begründet die Verfassung ein Recht mit dem bezeichneten Inhalt nicht, da ein definierter – individualisierbarer und konkretisierbarer – Zuweisungsgehalt für den Einzelfall aus der Norm nicht abgeleitet werden kann.

Ist ein soziales Recht auf Teilhabe an dem staatlich bestimmten gesellschaftlichen Prozeß der Umverteilung und Zuteilung – wie das „Recht auf Arbeit“ – im Kern die vorrangige Festlegung auf die Erfüllung einer bestimmten Staatsaufgabe, wenn auch in der Phraseologie des subjektiven Rechts, ist demgegenüber eine Staatszielbestimmung aus-

drücklich und ausschließlich eine Verfassungsnorm über eine durch Gesetz zu verwirklichende Staatsaufgabe. Es wird von vornherein nicht der Anschein erweckt, daß allein durch die Verfassung und unmittelbar kraft der Verfassungsnorm ein durchsetzbares Recht des einzelnen auf Zuwendung eines Vorteils oder eine Handlungsmöglichkeit gegeben sei. Das Bestreben, eine Aufgabe durch eine Staatszielbestimmung auszuzeichnen, stellt sich naturgemäß für solche Bereiche möglichen staatlichen Wirkens ein, die durch neuere Entwicklungen und Bedürfnisse berührt werden und bisher nicht oder nicht hinreichend gestaltet sind. Dieser praktische Beweggrund der Verfassungspolitik wird regelmäßig durch die eher ideologische Vorstellung verstärkt, wenn nicht ganz überschattet, daß die wesentlichen Themen und Ziele der Politik von der Verfassung verlautbart werden müßten, um so auch der Verfassung Zustimmung und Lebenskraft zuzuführen. Die für den Sinn und die normative Bedeutung der neuen Verfassungsvorschrift maßgebliche Frage, welche Rechtsfolgen damit geschaffen oder ermöglicht werden, insbesondere, ob auf diese Weise auch ohne Gesetz oder neben dem Gesetz ein durch Verwaltung und Gerichte unmittelbar auszuführendes Gebot oder Verbot entstehen kann, tritt dabei gelegentlich zu sehr in den Hintergrund.

Der Streit um einen dem Grundgesetz einzufügenden Umweltartikel geht nicht darum, ob die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen unter dem besonderen Schutz des Staates stehen, sondern ob die Rechtsklarheit es verlangt, daß ausdrücklich gesagt wird, daß Art und Maß des zu gewährleistenden Schutzes durch Gesetz zu bestimmen sind. Dahinter verbirgt sich die durch Verfassungsrecht nicht abstrakt zu behebende Meinungsverschiedenheit, in welcher Weise die ökologischen Erfordernisse mit anderen Gütern und Rechten, z. B. dem Energiebedarf oder der Wirtschaftsfreiheit, dem wissenschaftlichen Fortschritt oder dem Städtebau, abzustimmen und auszugleichen sind⁸⁾.

6) Fichte erschließt aus dem Zweck des Staates, Leben, Sicherheit und wirtschaftliche Existenz des einzelnen zu gewährleisten, ein Recht des einzelnen auf Arbeit und Lebensunterhalt und ein zur rechtlichen Verfassung gehörendes Interventionsrecht des Staates zur Sicherung dieses Rechts (Grundlage des Naturrechts, 1796, § 18 über den Geist des Zivil- oder Eigentumsvertrages). Der Sozialismus organisiert den Staat als einen vergemeinschafteten Produktions- und Arbeitsprozeß, um das Recht auf Arbeit für jedermann zu verwirklichen.

7) Vgl. M. Rath, Die Garantie des Rechts auf Arbeit, 1974; R. Scholz, in: E.-W. Böckenförde/J. Jekewitz/Th. Ramm, Soziale Grundrechte, 1980, S. 75; R. Wank, Das Recht auf Arbeit im Verfassungsrecht und im Arbeitsrecht, 1980; P. Badura, Staatsrecht, 1986, C 89.

8) Vgl. E. Wienholtz, Arbeit, Kultur und Umwelt als Gegenstände verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen, in: AöR, 109 (1984), S. 532; H. H. Rupp, Ergänzung des Grundgesetzes um eine Vorschrift über den Umweltschutz?, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.), (1985), S. 990; M. Kloepfer, Umweltschutz und Verfassungsrecht, in: DVBl., (1988), S. 305; H. H. Klein, Staatsziele im Verfassungsgesetz – Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen?, in: DVBl., (1991), S. 730.

II. Staatsaufgaben in der Verfassung

1. Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge

Die ältere Staatsphilosophie sprach vom „Staatszweck“ und meinte damit den Grund und die Rechtfertigung für die staatliche Herrschaftsordnung und hoheitliche Zwangsgewalt, die dem einzelnen Pflichten auferlegt und Gehorsam abverlangt. Von daher fällt der Blick auf die Aufgaben des Staates, also auf die Wirksamkeit des Staates, die der einzelne zur Sicherung seines Lebens, seiner Rechte und Freiheiten, aber auch zur Gewährleistung von Frieden, Gerechtigkeit und Wohlfahrt erwartet oder verlangen kann. In der Demokratie, die den Interessen des einzelnen und der Gruppen nach egalitären Grundsätzen, d. h. ohne Privilegierung von Besitz und Bildung, mit den Mitteln der politischen Freiheit und der Gesetzgebung durch ein vom Volk gewähltes Parlament Geltung verschafft, hat die staatliche Gemeinschaft das Prinzip einer umfassenden Sozialverantwortung zum Leitstern erhoben und folgerichtig für den Staat eine gegenständlich unbegrenzte Sozialgestaltungsfunktion in Anspruch genommen. Die Demokratie ist kraft innerer Notwendigkeit ein Wohlfahrtsstaat. Charakteristisch für die Aufgaben des heutigen Staates ist die dem Prinzip nach umfassende Verantwortung des Staates für die materielle Wohlfahrt, die Wirtschaftsentwicklung und die soziale Sicherheit, die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, ebenso aber auch für die Bildung und Ausbildung und die Entwicklung von Kultur und Wissenschaft. Die Erfüllung der Staatsaufgaben ist zuerst Sache der politischen Entscheidung des Gesetzgebers durch die Zumessung von Pflichten und Rechten und durch Umverteilung, vor allem im Wege der Besteuerung und der Disposition über die verfügbaren Finanzmittel. Sie ist auf dieser Grundlage dann Sache der die Gesetze ausführenden Verwaltung unter der Kontrolle der Gerichte.

Die dem demokratischen Wohlfahrtsstaat abverlangten Aufgaben stellen sich durch die Gegebenheiten des politischen Prozesses, ohne daß es einer besonderen Normierung in der Verfassung bedürfte. Durch die Verfassung erhält der politische Prozeß jedoch Ordnung, Richtung und Werkzeuge; er wird rechtlicher Bindung und Bestimmung unterworfen. Durch Verfassungsnormen über die Ziele und Aufgaben des Staates kann, so scheint es, auch die Wirksamkeit des Staates auf bestimmte Ziele und Aufgaben bindend festgelegt werden. Diese „Verankerung“ kann dem Allgemeininteresse – wie im Fall des ökologischen Staatsziels –,

aber auch Gruppeninteressen zugute kommen – wie häufig bei sozialpolitischen Programmnormen. In großer Vielfalt spielen demzufolge Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge in verfassungspolitischen Vorschlägen und Forderungen eine nahezu beherrschende Rolle⁹⁾. Ihre Themen sind hauptsächlich: Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und soziale Sicherheit, Arbeitsbeschaffung („Recht auf Arbeit“) und Wirtschaftsentwicklung, soziale Wohnungspolitik („Recht auf angemessene Wohnung“) und Schutz der Gesundheit, Kulturstaatlichkeit (einschließlich eines „Rechts auf Bildung“) und Datenschutz.

Staatszielbestimmungen sind Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die der Staatstätigkeit die fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben vorschreiben. Sie umreißen ein bestimmtes Programm der Staatstätigkeit, insbesondere der Politik von Parlament und Regierung, und sind dadurch Richtlinie oder Direktive für das staatliche Handeln, auch für die Auslegung von Gesetzen. Staatszielbestimmungen können mit Gesetzgebungsaufträgen verbunden werden, d. h. mit Verfassungsnormen, die dem Gesetzgeber die Regelung oder die bestimmte Regelung einzelner Vorhaben oder in einzelnen Sachgebieten vorschreiben, sei es überhaupt, sei es mit Bindung auch in zeitlicher Hinsicht.

2. Weimarer Reichsverfassung und Bonner Grundgesetz

Als Prototyp einer Staatszielbestimmung hatte sehr früh der Sozialstaatsatz die Aufmerksamkeit auf sich gelenkt: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein ... sozialer Bundesstaat“ (Art. 20 Abs. 1 GG); die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern „muß den Grundsätzen des ... sozialen Rechtsstaats im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen“ (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG). An hervorgehobener Stelle der Verfassung und auf glei-

⁹⁾ Staatszielbestimmungen. Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, hrsg. vom Bundesminister des Innern und dem Bundesminister der Justiz, Bonn 1983; P. Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, in: AöR, 90 (1965), S. 341; U. Scheuner, Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für Ernst Forsthoff, 1972, S. 325; J. Lücke, Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, in: AöR, 107 (1982), S. 15; P. Badura (Anm. 7), S. 194 ff.; H.-Chr. Link/G. Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (VVDStRL), 48 (1990), S. 7, 56; H. Klein (Anm. 8), S. 733 ff.

chem Fuße mit der Feststellung der Staatsform, der bundesstaatlichen Ordnung und der rechtlichen Bindung der öffentlichen Gewalt wird mit dieser Klausel Ziel und Richtung der Staatstätigkeit bestimmt. Das Grundgesetz – anders als die in dieser Hinsicht reiche Weimarer Reichsverfassung – hat sich, was die Staatsaufgaben betrifft, mit „der nur rechtsgrundsätzlichen Zielbestimmung des Sozialstaates“ begnügt¹⁰⁾.

Angesichts der revolutionären Staatsumwälzung und der drängenden sozialen und wirtschaftspolitischen Fragen und unter dem Eindruck des im Verfassungsausschuß der Nationalversammlung vorgelegten „Versuches volksverständlicher Grundrechte“¹¹⁾ blieb die Weimarer Reichsverfassung (WRV) nicht bei einer Aufnahme der klassischen Freiheitsrechte stehen. In einer grundsätzlichen Weiterentwicklung des liberalen Verfassungsgedankens verband sie die überkommenen Freiheiten und Garantien mit sozialreformerischen und sozialistischen Programmsätzen und Verheißungen wie auch mit teils fortschrittlichen, teils kompromißhaften Regelungen und Zielen der Kultur- und Gesellschaftspolitik. Der zweite Hauptteil: „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ (Art. 109 bis 165) bildete in seinen fünf Abschnitten – Die Einzelperson, Das Gemeinschaftsleben, Religion und Religionsgesellschaften, Bildung und Schule, Das Wirtschaftsleben – einen vielgestaltigen Katalog von Rechten, „Lebensordnungen“ und Staatsaufgaben.

Ein Teil der hier ausgesprochenen und verfassungsrechtlich „verankerten“ Vorstellungen und Postulaten für die Gestaltung des Soziallebens und der Wirtschaft erwies sich nach juristischer Prüfung vor Gerichten als bloßer Programmsatz, als Empfehlung für den Gesetzgeber ohne normative Kraft. So etwa die Grundsatznorm des Art. 151 Abs. 1 WRV: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern.“ Oder das Recht auf Arbeit in Art. 163 WRV: „Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert. Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm angemessene Arbeitsgele-

genheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt. Das Nähere wird durch besondere Reichsgesetze bestimmt.“

Das Grundgesetz ist diesen Weg nicht gegangen. Es hat sich dafür entschieden, die Gestaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung dem Gesetzgeber zu überlassen und seine politische Gestaltungsfreiheit nur an die elementaren Freiheiten und Garantien der rechtsstaatlichen Tradition und der sozialen Gerechtigkeit zu binden, wie die Berufsfreiheit, das sozialverpflichtete Eigentum, die Koalitionsfreiheit und den Schutz der selbstbestimmten Person¹²⁾. Die unscheinbare Sozialstaatsklausel wurde anstelle jener Weimarer Programme und Lebensordnungen, aber auch zur Kennzeichnung der zentralen Staatsaufgabe der demokratischen Industriegesellschaft in die neue Verfassung aufgenommen¹³⁾. Darin äußern sich nicht nur zeitbedingte Erwägungen kluger Zurückhaltung, sondern auch die aus der Weimarer Verfassungspraxis gewonnene Einsicht in die mögliche Leistungsfähigkeit des Verfassungsrechts.

Die verfassungsintegrative und appellative Bedeutung des Sozialstaatsatzes geht weit über seine in Rechtsfolgen umsetzbare Wirkung hinaus¹⁴⁾. Die Rechtsidee der sozialen Gerechtigkeit und die soziale Staatsaufgabe lassen sich durch Verfassungsrecht nicht abschließend normieren. Als Verfassungsnorm ist das Sozialstaatsprinzip in hohem Maße der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedürftig und fähig; es ist „Ermächtigung und Auftrag zur Gestaltung der Sozialordnung“, gerichtet auf „Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und auf Abhilfe sozialer Bedürftigkeit“¹⁵⁾. Der Sozialstaatsatz ist als selbständige und alleinige Grundlage für subjektive Rechte des einzelnen nicht geeignet. Angesichts seiner Weite und Unbestimmtheit läßt sich aus dieser Norm regelmäßig kein Gebot entnehmen, soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren. Zwin-

¹²⁾ Zur wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, das den Staat nicht auf die Verwirklichung einer bestimmten Wirtschaftsverfassung festlegt vgl. BVerfGE 4, 7/17; 7, 377/400; 50, 290/338; R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, S. 66 ff.

¹³⁾ Vgl. W. Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 1970³, S. 249 ff.

¹⁴⁾ Vgl. H. F. Zacher, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 207; J. Isensee, Der Sozialstaat in der Wirtschaftskrise, in: Festschrift für Johannes Broermann, 1982, S. 365; N. Blüm/H. Zacher (Hrsg.), 40 Jahre Sozialstaat Bundesrepublik Deutschland, 1989.

¹⁵⁾ BVerfGE 18, 257/273; 59, 231/263; 65, 182/193; Bundessozialgericht (BSGE) 6, 213/219.

¹⁰⁾ H. P. Ipsen, Über das Grundgesetz, 1950, S. 17.

¹¹⁾ E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. V, 1978, S. 1197 ff.

gend ist lediglich, daß der Staat die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger schafft¹⁶).

Im Unterschied zum Grundgesetz sind die Landesverfassungen vielfach dem Muster der Weimarer Reichsverfassung gefolgt und haben Aufgabennormen und auch Kataloge von sozialen und wirtschaftlichen Rechten und Pflichten aufgenommen¹⁷). Mehrere Landesverfassungen haben in neuerer Zeit den Bestrebungen Raum gegeben, Staatsaufgaben betont auszusprechen. So heißt es in Art. 3 Abs. 2 BayVerf¹⁸): „Der Staat schützt die natürlichen Lebensgrundlagen und die kulturelle Überlieferung“¹⁹), und Art. 4 Abs. 2 VerfNW bestimmt „Jeder hat Anspruch auf Schutz seiner personenbezogenen Daten. Eingriffe sind nur in überwiegendem Interesse der Allgemeinheit aufgrund eines Gesetzes zulässig.“ Die rechtliche Tragweite landesverfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen ist allerdings begrenzt²⁰). Denn der Bund verfügt in den hier interessierenden Materien, abgesehen von den kulturstaatlichen Aufgaben, über ein nahezu umfassendes Gesetzgebungsrecht, und die Vorschriften des Landesverfassungsrechts sind unanwendbar, soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch macht (Art. 31 GG).

Die allseitig unterstützten Bestrebungen, eine Staatszielbestimmung über den Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen, waren bisher trotz verschiedener Anläufe nicht erfolgreich. Die Auffassungen über die Notwendigkeit eines ausdrücklichen Vorbehalts einer näheren Regelung durch Gesetz, wie er sich etwa in der Vorlage des Bundesrates aus der 11. Legislaturperiode fand, konnten nicht zusammengeführt werden. Der Entwurf des Bundesrates für die Einfügung eines Art. 20a in das Grundgesetz hatte die folgende Fassung:

„Artikel 20a

(1) Die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen stehen unter dem Schutz des Staates.

(2) Bund und Länder regeln das Nähere in Gesetzen unter Abwägung mit anderen Rechtsgütern und Staatsaufgaben.“

¹⁶) Vgl. BVerfGE 82, 60/80, 85.

¹⁷) Siehe z. B. Art. 3, Art. 124 ff. BayVerf.; Art. 21 ff. BremVerf.; Art. 27 ff. HessVerf.; Art. 23 ff. VerfRhPfalz.

¹⁸) Siehe außerdem Art. 141 BayVerf.

¹⁹) Vergleichbar Art. 86 BadWürttVerf.

²⁰) W. Graf Vitzthum, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, in: VVDStRL, 46 (1988), S. 7.

Die Entwürfe der GRÜNEN traten weitergehend für die verfassungsrechtliche Verankerung des Umweltschutzes als Grundrecht ein, was in der zuletzt eingebrachten Version in der Weise geschehen sollte, daß in Art. 2 Abs. 2 GG an den bisherigen Satz 1 der Halbsatz angefügt werden sollte: „... die Erhaltung seiner natürlichen Lebensgrundlagen und den Schutz vor erheblichen Beeinträchtigungen seiner natürlichen Umwelt“. Der so zu schaffende verfassungsunmittelbare Schutzanspruch würde unabhängig von weiteren gesetzlichen Regelungen jedermann einen verwaltungsgerichtlich verfolgbaren Abwehrensanspruch gegen jegliche „umweltrelevante“ Behördenentscheidung einräumen und damit eine umweltrechtliche Popularklage eröffnen²¹).

Die Wiedervereinigung hat eine Fülle neuer Erfordernisse für die staatliche Wirksamkeit entstehen lassen. Die schrittweise und sozial verträgliche Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse in ganz Deutschland ist die zentrale Aufgabe. Der Einigungsvertrag, in dieser Hinsicht materiell ein Akt der Verfassungspolitik, hat in einer Reihe von Bestimmungen Staatsaufgaben und Gesetzgebungsaufträge normiert, so zu den Themen Arbeit und Soziales (Art. 30), Familie und Frauen (Art. 31), Umweltschutz (Art. 34) und Kultur (Art. 35). Die lange debattierte Staatszielbestimmung Umweltschutz beispielsweise ist nunmehr vertragsgeschaffenes Bundesrecht: Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, „die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen unter Beachtung des Vorsorge-, Verursacher- und Kooperationsprinzips zu schützen und die Einheitlichkeit der ökologischen Lebensverhältnisse auf hohem, mindestens jedoch dem in der Bundesrepublik Deutschland erreichten Niveau zu fördern“ (Art. 34 Abs. 1 EinV).

3. Funktion und Leistungsfähigkeit der Verfassung

Auch wenn die Verfassung Staatsaufgaben regelt oder sich Staatszielbestimmungen aus der Verfassung entnehmen lassen, bleiben Art und Weise, Finanzierung und Zeitmaß der Aufgabenerfüllung Sache der politischen Entscheidung. Die Verfas-

²¹) Gesetzentwurf der Fraktion DIE GRÜNEN, BTagDrucks. 10/990; Gesetzentwurf der Fraktion der SPD, BTagDrucks. 10/1502; Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BTagDrucks. 10/4636; BTagStenBer. über die 187. Sitzung am 16. 1. 1986, Plenarprotokoll 10/187, S. 14254 ff.; Gesetzentwurf der Fraktion der SPD, BTagDrucks. 11/10; Gesetzentwürfe der Fraktion DIE GRÜNEN, BTagDrucks. 11/604 und 11/663; Gesetzentwurf des Bundesrates, BTagDrucks. 11/885.

sung nimmt die notwendige Abwägung und Regelung nicht vorweg und liefert keine bereitlegenden Lösungen für eine gerechte und wirksame Rechtsordnung. Die mit derartigen Aufgaben- und Programmnormen verbundenen Erwartungen stehen im Mißverhältnis zu dem rechtlich greifbaren Erfolg, der – ohne nähere gesetzliche Regelung – zu gewinnen wäre. Entgegen dem ersten Anschein ist die wesentliche verfassungspolitische Frage, die durch neue Staatszielbestimmungen aufgeworfen wird, nicht der konsensfähige materielle Inhalt der Norm, sondern die Konsequenz, die eine solche Norm für die Funktion der gesetzgebenden Gewalt und für die Gewaltenteilung hätte.

Die verfassungspolitischen Kriterien, nach denen sich Nutzen und Schaden neuer Staatszielbestimmungen beurteilen lassen, können wie folgt zusammengefaßt werden. Staatszielbestimmungen entsprechen zwar der zukunftsgerichteten Funktion der Verfassung – Verfassung als „Plan“ –, lösen aber die Aufgabenerfüllung und ggf. die Rechtszuweisung von der praktischen Bedingung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der Finanzkraft der öffentlichen Hand. Sie vermischen normative und appellative Verfassungsfunktionen, verwischen den Unterschied von Staatsaufgaben und Rechten und Pflichten des einzelnen, durch-

brechen das Gewaltenteilungsprinzip, soweit sie unmittelbar für richterlich auszusprechende Rechtsfolgen in Anspruch genommen werden, und beschränken die politische Entscheidungsvollmacht der parlamentarischen Volksvertretung.

Die verfassungspolitische Beurteilung wird naturgemäß auch davon abhängen, welches Maß an Spannweite und Regelungsdichte eine Aufgabeklausel hat, ob sie etwa nur eine allgemeine Zielweisung festlegt – wie der Sozialstaatsatz – oder eine spezielle Politik vorschreibt und – wie bei dem Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 in Verb. mit Art. 117 Abs. 1 GG) – einen klaren Gesetzgebungsauftrag einschließt. Unter den Bedingungen der vollen Justitiabilität des Verfassungsrechts, die ein Wesenszug der deutschen Staats- und Rechtspraxis ist, muß der Berechenbarkeit der Rechtsfolgen neuer Verfassungsnormen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Der Verfassungsentwurf von 1977 der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung verdient in dieser Hinsicht Beachtung. Er unterscheidet klar zwischen Grundrechten, Grundsätzen staatlichen Handelns und staatsleitenden Grundsätzen für die Sozialordnung, die Eigentums-, die Wirtschafts- und die Kulturpolitik.

III. Freiheit und Teilhabe

1. Vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat

Die liberale Verfassungsbewegung, geleitet von der naturrechtlichen Vorstellung einer ursprünglichen, „vorstaatlichen“ Freiheit des Individuums, suchte in der Verfassung Schutz des einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt. Die Grundrechte sollten dem einzelnen einen „staatsfreien“ Raum individueller Entscheidung und Betätigung gewährleisten. Diese klassische Funktion der Grundrechte als „Abwehrrechte“ ist bis heute nicht überholt; sie hat angesichts der gesteigerten Schutzbedürftigkeit des einzelnen im Wohlfahrtsstaat mit nahezu unbegrenzten Gestaltungs- und Interventionsaufgaben eine zusätzliche Bedeutung gewonnen²²).

Die Entwicklung der Wirtschafts- und Industriegesellschaft hat in der Staatsphilosophie, später in der Arbeiterbewegung und dann in der sozial- und gesellschaftspolitischen Programmatik der politischen Parteien Bestrebungen hervorgerufen, die neuen sozialen Staatsaufgaben auch durch die Verfassung zur Geltung zu bringen, sie – in Parallele zu den Freiheitsrechten – als soziale Rechte und Garantien auszuformen²³). Dieser Gedanke für eine effektive Ausstattung des sozialen Rechtsstaates hat seit dem ersten Weltkrieg vielfältig Eingang in die europäischen und außereuropäischen Verfassungen gefunden und nach dem zweiten Welt-

²² Vgl. D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987; ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991; B. Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, in: *Europäische Grundrechts-Zeitschrift*, (1984), S. 457.

²³ Vgl. H. F. Zacher, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, 1968; K. H. Friauf, *Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat*, in: *DVBl.*, (1971), S. 674; P. Badura, *Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Staat*, 14 (1975), S. 17; ders., *Grundfreiheiten der Arbeit*, in: *Festschrift für Friedrich Berber*, 1973, S. 11; E.-W. Böckenförde/J. Jekewitz/Th. Ramm (Anm. 7).

krieg sich bei der Ausbildung international garantierter Menschenrechte als erfolgreich erwiesen²⁴).

Soziale Rechte zielen auf die Gewährleistung materieller Lebensbedingungen und der Möglichkeit persönlicher und kultureller Entfaltung. Das „Recht auf Arbeit“, das „Recht auf Gesundheit“, das „Recht auf Bildung“ wurzeln in dem Grundprinzip, daß die staatliche Gemeinschaft und äußerstenfalls die Weltgesellschaft jedem Menschen die elementaren Bedingungen des Lebens und der persönlichen Selbstbestimmung zu gewährleisten habe. Dazu gehört die Unterlassung willkürlicher und unverhältnismäßiger Eingriffe seitens der öffentlichen Gewalt, im Hauptpunkt aber ein Tätigwerden des Staates, um Hindernisse und Ungleichheit zu beseitigen, Leistungen und Vorteile zum Ausgleich von Schwäche und Not zu gewähren und im ganzen die Gesellschaftsordnung im Sinne der persönlichen Selbstbestimmung und des sozialen Schutzes zu gestalten.

Es liegt auf der Hand, daß die Sicherung solcher Teilhabe durch Rechte des einzelnen einer anderen Form bedarf und eine andere Dogmatik hervorruft als der unmittelbar aus der Verfassung ableitbare Schutz individueller Freiheit und Betätigung gegen Eingriffe hoheitlicher Gewalt. „Soziale Rechte“ drücken typischerweise Staatsaufgaben in der Sprache subjektiver Handlungsmöglichkeiten aus, ohne damit unmittelbar durch die Verfassungsnorm eine definierte und abgeschlossene Rechtszuweisung einzuräumen. In Richtung gegen den Staat geben sie eine vervollständigungsbedürftige Zusage der Teilhabe an Vorteilen, Leistungen und sonstigem Interessenschutz, unter dem Vorbehalt der politischen Entscheidung durch Gesetz und haushaltswirtschaftliche Mittelbereitstellung. In Richtung gegen Dritte kann die Verfassungsnorm eine Sozialbindung privater Rechte bewirken, wie beim Eigentum und den anderen Wirtschaftsfreiheiten, aber nicht für sich allein einen Anspruch, etwa auf Abschluß eines Arbeits- oder Mietvertrages, begründen. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verbietet es, unmittelbar aus der Verfassung Ermächtigungen für Verwaltungshandeln abzuleiten, so daß ein soziales Recht der Exekutive keine Befugnis für Anord-

nungen gegen Dritte gibt, mit denen der Schutzgehalt dieses Rechts im Einzelfall ohne gesetzliche Grundlage durchgesetzt werden könnte.

2. Politische Freiheit und Partizipationsdemokratie

Wahlrecht und Gründungsfreiheit der Parteien, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit, Pressefreiheit und Rundfunkfreiheit sind Grundrechte der politischen Freiheit, die dem einzelnen und den Gruppen eine gesicherte Mitwirkung an der freien politischen Meinungs- und Willensbildung ermöglichen. Die in neuerer Zeit hervorgetretenen Vorschläge und Forderungen einer verstärkten „Partizipation“ gehen darüber hinaus und wollen die demokratische Selbstbestimmung wirksamer gegenüber der parlamentarischen Parteiendemokratie zur Geltung bringen. In dieser Stoßrichtung stimmen sie mit den Projekten einer Ergänzung der parlamentarischen Gesetzgebung durch plebiszitäre Verfahren der „Volksgesetzgebung“ überein. Genau besehen haben Partizipation und Plebiszit aber eine gegenläufige Tendenz. Denn kein Entscheidungsverfahren negiert den individuellen Anteil an der politischen Willensbildung so sehr wie die Abstimmung über eine Sachfrage, mit der das „Volk“ nach dem Willen der Initianten dazu gerufen wird, eine aus dem Zusammenhang des politischen Prozesses herausgelöste, isolierte Frage mit Ja oder Nein zu beantworten.

Die basisdemokratische Programmatik politischer Mitwirkung beschränkt sich nicht auf die Gestaltung der Gesetzgebung. Die verschiedenen Projekte der Partizipation an Verwaltungsentscheidungen wollen die Ausführung der Gesetze durch die Exekutive mit Hilfe von Verfahren der „Bürgerbeteiligung“ modifizieren²⁵). Die begehrte Beteiligung basiert nicht auf einer individuellen Rechtsbetroffenheit des einzelnen, sondern auf einem diffusen demokratischen Interesse der Mitsprache in Angelegenheiten von öffentlichem Gewicht. Das Pathos der „Basis“, der Unmittelbarkeit, der fundamentaldemokratischen Entscheidungsfindung wendet sich gegen die Institutionen politischen und administrativen Handelns, gegen Politik und Bürokratie, aber auch gegen die als verfestigt empfundenen politischen Parteien und die etablierten Organisationsformen der Interessen. Ver-

²⁴) Europäische Sozialcharta vom 18. 10. 1961; Internationale Pakte über bürgerliche und politische Rechte und über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. 12. 1966, in: Menschenrechte. Dokumente und Deklarationen, hrsg. von der Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 1991; Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, in: B. Simma/U. Fastenrath (Hrsg.), Menschenrechte. Ihr Internationaler Schutz, München 1985².

²⁵) Vgl. R. Walter/W. Schmitt-Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in: VVDStRL, 31 (1973), S. 147, 179; R. Breuer, Selbstverwaltung und Mitverwaltung Beteiligter im Widerstreit verfassungsrechtlicher Postulate, in: Staat, 16 (1977), S. 1; G. F. Schuppert, Bürgerinitiative als Bürgerbeteiligung an staatlichen Entscheidungen, in: AöR, 102 (1977), S. 369; P. Badura (Anm. 7), D 14.

meintlich vorhandene Vollzugsdefizite werden auf eine „Partizipations-Lücke“ zurückgeführt. Das von den GRÜNEN angestrebte Umweltgrundrecht hat im Kern diese partizipationsdemokratische Funktion.

Die Partizipationsdemokratie stößt rasch auf die institutionellen Voraussetzungen und Funktionsbedingungen der parlamentarischen Demokratie und des Rechtsstaates. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die parlamentarische Verantwortlichkeit der Exekutive sichern einen Verantwor-

tungszusammenhang, der sich nur in begrenzten Feldern, etwa bei der raumbezogenen Planung, für Spielräume mitbestimmender Beteiligung öffnet. Der Partizipationsgedanke schiebt dem Prinzip nach die auf dem Gewaltenteilungsprinzip beruhende Unterscheidung von Gesetzgebung und verantwortlicher Ausführung des Gesetzes beiseite. Nicht überall, doch in zahlreichen Erscheinungsformen geht die eingeforderte politische Selbstbestimmung über in die altbekannte pluralistische Mitwirkung sozialer und wirtschaftlicher Interessen.

Verfassungsreform des öffentlichen Dienstrechts?

I. Nach der Wiedervereinigung – erstmals eine „echte Verfassungsrevision“?

1. Das Grundgesetz – eine „beruhigte Verfassung“

Nichts ist so dauerhaft wie ein Provisorium¹⁾ – das Grundgesetz scheint dies eindrucksvoll zu bestätigen. Zwar ist es in 40 Jahren 36mal „geändert“ worden²⁾, doch seine Stabilität zeigt sich nicht nur darin, daß dies in der letzten Zeit immer seltener geschah³⁾, so daß es vor der Wiedervereinigung scheinen mochte, als habe sich jede Verfassungsänderungsdynamik erschöpft. Hat sich die Bonner Verfassung nicht vor allem darin überzeugend bestätigt, daß großflächige Änderungen wichtiger Bestimmungen, die den Namen einer „Verfassungsrevision“ verdienen, wohl – über eine solche Beurteilung im einzelnen mag allerdings immer Streit herrschen – nur dreimal erfolgten: 1956 („Wehrverfassung“⁴⁾), 1968 („Notstandsverfassung“⁵⁾) und – allenfalls noch – mit dem „Finanzreformgesetz“ von 1969? Über zwei Jahrzehnte lang

haben sich die – polarisierten – politischen Kräfte mit Adaptierungen begnügt, welche zwar mit ihrem Gewicht vor allem die Machtbalance zwischen Bund und Ländern verschoben haben, aber nicht einmal als „Partialrevision“ bezeichnet werden können.

Über „Verfassungsreform“ ist zwar immer wieder nachgedacht worden⁶⁾, zu einem größeren Anlauf aber kam es nur mit jener „Enquête Verfassungsreform“, deren Schlußbericht nicht wenige Einzeländerungen vorschlug⁷⁾, insgesamt aber gewiß nicht einer „Totalrevision“ das Wort redete.

Im ganzen und in seinen Teilen wurde das Grundgesetz als eine „beruhigte Verfassung“ von der Wiedervereinigung getroffen, und seine konsensgetragene Stabilität war so stark, daß es *als solches* Träger der deutschen Einheit werden konnte⁸⁾. Dies hat vor allem einen Grund: Das Bundesverfassungsgericht hat aus dem Provisorium durch ein achtzigbändiges Rechtsprechungs-Lehrbuch eine Vollverfassung werden lassen, die in ihrer Systematik an die der Vereinigten Staaten heranreicht; vor allem aber hat es das Grundgesetz entwickelt,

1) Zum geflügelten Wort wurde dies in Verfassungspolitik und Verfassungsrecht Frankreichs, nachdem von 1789 bis 1884 keine der zahlreichen, meist mit großem Pathos verkündeten Verfassungen sich auch nur 20 Jahre in Geltung halten konnte, die republikanischen insbesondere schon nach wenigen Jahren abgelöst wurden – die 1884 als provisorische „Staatsgrundgesetze“ verabschiedeten Normtorsi aber immerhin über ein halbes Jahrhundert die Verfassung der „Dritten Republik“ bilden konnten, über schwerste Belastungsproben hinweg (Trennung von Kirche und Staat, Erster Weltkrieg).

2) Entsprechend Art. 79 Abs. 1 GG wurden die Änderungsgesetze fortlaufend „durchgezählt“.

3) Von 1949 bis 1976 gab es immerhin 34 Grundgesetzänderungen, von 1976 bis 1989 jedoch nur eine einzige, und zwar 1983.

4) Damals hat die letzte große, „klassisch“ gebliebene Diskussion in der deutschen Staatsrechtslehre über die Verfassungsänderung und ihre Grenzen stattgefunden, vgl. Der Kampf um den Wehrbeitrag, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik in Mainz, Bd. II, München 1953, mit Beiträgen von Ernst Forsthoff, Fritz Klein, Karl Löwenstein, Theodor Maunz, Eberhard Menzel, Ulrich Scheuner, Rudolf Smend; sowie noch immer grundlegend Horst Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953; ders., Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 79 (1953/4) 4, S. 385 ff.

5) Nachweis zum Schrifttum bei Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Neuwied 1990⁷, Art. 115 a.

6) Vgl. Hans Huber, Die Gesamtänderung der Verfassung, in: Horst Ehmke/Joseph H. Kaiser/Wilhelm A. Kewenig/Karl Matthias Meessen/Wolfgang Rüfner (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner, Berlin 1973, S. 183 ff.; Herbert Krüger, Verfassungsänderung und Verfassungsauslegung, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 14 (1961) 19, S. 321 ff.; Lüder Meyer-Arndt, Rechtsfragen der Grundgesetzänderung, in: AöR, 82 (1957) 2/3, S. 275 ff.; Alexander Roßnagel, Die Änderungen des Grundgesetzes, Frankfurt/M. 1981; Klaus Stern, Totalrevision des Grundgesetzes?, in: Hans Spanner/Peter Lerche/Hans Zacher/Peter Badura/Axel Freiherr von Campenhausen (Hrsg.), Festgabe für Theodor Maunz, München 1971, S. 391 ff.; Werner Weber, Das Problem der Revision und einer Totalrevision des Grundgesetzes, in: Festgabe für Theodor Maunz, ebd., S. 451 ff.; Rainer Wahl, Empfehlungen zur Verfassungsreform, in: AöR, 103 (1978) 4, S. 477 ff.

7) Bundestags-Drucksache 7/5924; vgl. Hans Peter Ipsen, Zum Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, in: DÖV, 30 (1977) 15, S. 537 ff.; Klaus Stern, Der Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 10 (1977) 1, S. 12 ff.

8) Vgl. Jochen Abr. Frowein/Josef Isensee/Christian Tomuschat/Abrecht Randelzhofer, Deutschlands aktuelle Verfassungslage, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), 49 (1990).

adaptiert. Gerade weil sich seine Rechtsprechung auch geändert hat⁹⁾, bedurfte es mancher Verfassungsänderungen gar nicht mehr, ebensowenig einer größeren Revision – das Gericht hat die Hallen weit genug gebaut. Jahrzehntlang ist Verfassungsrevision durch Verfassungsjurisdiktion betrieben worden.

2. Wiedervereinigung – Anlaß zum „verfassungsrechtlichen Aufräumen“?

Doch nun kam ein „größerer Anstoß“: In Art. 5 Einigungsvertrag (EV) empfahlen die beiden deutschen Regierungen den gesetzgebenden Körperschaften Gesamtdeutschlands, sich innerhalb von zwei Jahren „mit den im Zusammenhang mit der deutschen Einigung aufgeworfenen Fragen zur Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes zu befassen“. Der Bundespräsident hat, nachdem sich auch diese Problematik wieder zu „beruhigen“ schien, nachdrücklich „die im Einigungsvertrag vorgesehene Debatte über die künftige deutsche Verfassung angemahnt“¹⁰⁾. Es müsse eine breite und offene Verfassungsdiskussion geführt werden. „Vorgesehen“ ist dies allerdings im EV nicht, nur empfohlen, Bundestag und Bundesrat sind frei, ob sie dies überhaupt aufgreifen und wen sie mit der Vorbereitung beauftragen wollen¹¹⁾. Auch wird dort nicht die Frage einer „neuen Verfassung“ aufgeworfen, eine etwaige Diskussion soll vielmehr verfassungsrechtliche Folgelasten der Wiedervereinigung bewältigen, was („insbesondere“) am Bund-Länder-Verhältnis und den Staatszielbestimmungen ausdrücklich exemplifiziert wird. Selbst wenn man die Empfehlung weit auslegt, so kann sie sich allenfalls auf eine „Überprüfung des Grundgesetzes auf seine Tauglichkeit für das vereinte Deutschland“ richten¹²⁾, sicher nicht auf eine Totalrevision über die „künftige deutsche Verfassung“: Diese soll, auch nach dem EV, das Grundgesetz sein, allenfalls mit einigen einigungsangepaßten Änderungen.

Nun liegt allerdings die Frage nahe, was denn *nicht* wiedervereinigungsrelevant sei, was denn nicht anders werden solle in einem Gesamtdeutschland. Hat sich nicht jahrzehntlang ein wahres Gebirge von bisher politisch unerfüllbaren Forderungen ab-

gelagert um das allzu abstinenteste Grundgesetz, man denke nur an die Einfügung „sozialer Grundrechte“, ist jetzt nicht endlich die Zeit zum „verfassungsrechtlichen Aufräumen überhaupt“ gekommen, ja zu einer „Entrümpelung des Grundgesetzes“, ist das nicht eine große Hoffnung für „Linke“ und „Rechte“¹³⁾? Durch die Einführung von neuen Staatszielen auf breiter Front könnte ohnehin ein neuer Grundsatz-Raster über das Grundgesetz gelegt werden, der es bis in Einzelheiten hinein umprägen würde, in schwer vorhersehbarer, juristisch vielleicht kaum präziser faßbarer Weise, und bis hin zu den Freiheitsrechten.

Vor einer solchen Krypto-Totalrevision, die bisher verdrängte politische Wünsche aus Anlaß, wenn nicht unter dem Vorwand der Wiedervereinigung befriedigen will, muß gewarnt werden, so sinnvoll es auch ist, einen großen, historischen Anlaß auch zur verfassungsrechtlichen Bestandsaufnahme zu nutzen.

3. Keine „Grundrechts-Revision“ – Beispiel: Eigentumsrecht

Die besondere Revisionssensibilität von Grundrechten ist in einer freiheitlichen Ordnung selbstverständlich und ergibt sich ausdrücklich aus Art. 1 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG. So hat denn auch die Enquête-Kommission sich in ihren Vorschlägen bei den Grundrechten insgesamt auf Marginalretuschen beschränkt. Allerdings könnte die Asyl-Diskussion hier einen über ihren Gegenstand hinausreichenden Bewußtseinswandel herbeiführen¹⁴⁾.

Daß dennoch erfreuliche Zurückhaltung allgemein festzustellen ist, zeigt das Grundrecht, welches stets die meisten Begehrlichkeiten weckt: das Eigentum Privater. Es gibt auch „Eigentum als Menschenrecht“¹⁵⁾, dies ist heute unbestritten, was

¹³⁾ Wenn man diese Klischees hier überhaupt gebrauchen will. Nach dem in Anm. 10 zitierten Bericht soll der Bundespräsident gesagt haben, die Diskussion werde „von rechts gefürchtet und von links erhofft“; wie wenig hier aber verallgemeinert werden darf, zeugen etwa Änderungswünsche zum Asylrecht oder zum Bundeswehreinsatz außerhalb des NATO-Gebiets.

¹⁴⁾ Vgl. Kay Hailbronner/Werner Cordes, Asylrecht in der Krise, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 9 (1990) 12, S. 1139ff.; dies., Grundstrukturen eines neuen Asylrechts, in: NVwZ, 10 (1991) 8, S. 713ff.; Gisela Süß, Gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Probleme einer europäischen Asylrechtsharmonisierung, in: Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl), 36 (1990) 20, S. 609ff.

¹⁵⁾ Wie Günter Dürig in seiner bahnbrechenden Abhandlung Das Eigentum als Menschenrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (ZgesStW), 109 (1953) 2, S. 326ff., nachgewiesen hat.

⁹⁾ Als Beispiel: Die Judikatur zu den Parteispenden, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 20, S. 56; 24, S. 300; 41, S. 399; 69, S. 92.

¹⁰⁾ So die Formulierung im Bericht der Süddeutschen Zeitung vom 7./8. 9. 1991.

¹¹⁾ Vgl. Klaus Stern, Der verfassungsändernde Charakter des Einigungsvertrages, in: Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (DtZ), 1 (1990) 9, S. 289 (293).

¹²⁾ Ebd., S. 292.

den „Menschenrechtskern“ dieses Freiheitsrechts anlangt¹⁶). Im übrigen kann dieses Grundrecht, wie alle anderen, verfassungsrechtlich formuliert und verfassungsändernd modifiziert werden¹⁷); das gilt erst recht dann, wenn man die Eigentumsgarantie als Verfassungsauftrag versteht¹⁸), was allerdings die Rechtsgewährleistung nicht abschwächen darf. Bemerkenswert ist daher, daß es etwa im Grundsatzpapier der SPD „Zur Verfassung des deutschen Staates“¹⁹) heißt: „An den Grundrechten ist . . . nichts zu ändern.“²⁰) Insbesondere ergebe eine genauere Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, „daß die grundgesetzliche Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) Raum für

gemeinwohlbedingte Verpflichtungen und Einbindungen des Eigentümers läßt.“ Dem kann nur zugestimmt werden; gerade hier macht Judikatur Revision überflüssig. Was das Gemeinwohl gebietet, kann gewiß durch Gesetzgeber und Gerichte „in Zukunft durch stärkere Akzentuierung noch betont werden“²¹). Die Eigentumsproblematik ist aber zu vielschichtig, als daß hier wuchtige normative Verfassungsschläge geführt werden sollten²²). Grundrechte werden – darauf sollte man sich immer wieder besinnen – mehr in Verfassungen anerkannt als dort im einzelnen ausgestaltet und entfaltet. Diese letztere Aufgabe obliegt zuallererst dem Verfassungsgericht.

II. Abschaffung des Berufsbeamtentums – „Verfassungsänderung aus Wiedervereinigung“?

1. Die Forderung nach Streichung des Art. 33 Abs. 4 und 5

Die rechtlich, politisch, gesellschaftlich wohl brisanteste Einzelforderung einer Verfassungsänderung ist die der ersatzlosen Abschaffung des Berufsbeamtentums; deshalb wird sie in diesem Zusammenhang auch besonders behandelt.

Im SPD-Grundsatzpapier²³) wird verlangt: „Um die Entwicklung des Dienstrechts gesetzlich so regeln zu können, wie es den gegenwärtigen und zukünftigen Erfordernissen entspricht, sind Art. 33

Abs. 4 und 5 GG zu streichen.“ Daß damit letztlich die Aufhebung der institutionellen Garantie des Beamtentums gemeint ist, kann nicht zweifelhaft sein²⁴): Nur dann kann das insbesondere vom DGB seit Jahrzehnten geforderte Einheitsdienstrecht für die öffentlichen Bediensteten, kann die vielkritisierte „Zweispurigkeit im öffentlichen Dienst“ beseitigt werden – hier die Beamten, dort die Angestellten und Arbeiter.

Die Forderung trägt also viel weiter als die nach einer Umgestaltung des öffentlichen Dienstrechts durch Einführung der Trennung von „Status- und Folgerecht“, welche vor nahezu zwei Jahrzehnten im Rahmen der Bemühungen um eine Reform des öffentlichen Dienstrechts so nicht durchgesetzt werden konnte²⁵): Seinerzeit war – ebenfalls vor allem seitens des DGB – vorgeschlagen worden, lediglich die allgemeinen Pflichten der im öffentlichen Dienst Beschäftigten durch den Gesetzgeber regeln zu lassen, alle „Folgerechte“, insbesondere die Bezahlung, jedoch durch Tarifvertrag; damit wäre auch ein Streikrecht für alle Bediensteten verbunden gewesen. Daß dies mit der Garantie der „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ (Art. 33 Abs. 5 GG) unvereinbar gewesen

¹⁶) Vgl. Theodor Maunz, in: ders./Günter Dürig (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, München 1990, Art. 79 Rdnr. 42; Hans-Jürgen Papier, Verfassungsrechtliche Probleme der Eigentumsregelung im Einigungsvertrag, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 44 (1991) 4, S. 196; BVerfG, in: NJW, 44 (1991) 25, S. 1599.

¹⁷) Vgl. BVerfGE 15, S. 126 (144); 17, S. 67 zu Art. 135 a; zur Neuauflage dieser Problematik im Einigungsvertrag vgl. Peter Badura, Der Verfassungsauftrag der Eigentumsgarantie im wiedervereinigten Deutschland, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), 105 (1990) 23, S. 1260f.

¹⁸) P. Badura (Anm. 17), S. 1262.

¹⁹) In: Recht und Politik, 26 (1990), S. 211.

²⁰) Mit Ausnahme der Verstärkung der Gleichberechtigung und des Mitbestimmungsrechts.

²¹) Vgl. Anm. 19.

²²) Das gilt übrigens auch für das Kündigungsschutzrecht, das – entgegen dem SPD-Vorschlag (Anm. 19) – auch dem Grundsatz nach nicht im Grundgesetz verankert werden sollte, schon gar nicht in einer, hier besonders problematischen, Staatszielbestimmung. Dies geriete dann, wenn überhaupt, in die Nähe von „Verfassungsrechten auf . . .“, die sich, seit 1848, noch immer als unrealisierbar erwiesen haben. Überdies hat sich gerade hier die Rechtsprechung des BVerfG als hinreichend elastisch erwiesen, BVerfGE 18, S. 121; 68, S. 361; 79, S. 283; 79, S. 292; 81, S. 29.

²³) Anm. 19, S. 209f.

²⁴) Dies unterstreicht die ebenfalls geforderte „Folgeänderung“: Streichung der Worte, „die in einem öffentlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“ in Art. 74 a Abs. 1 GG, (Anm. 19 S. 213).

²⁵) Vgl. dazu den Bericht der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1973, S. 356ff.; Prodromos Dagtoglou, Gutachten, in: P. Dagtoglou/Roman Herzog/Kurt Sontheimer (Hrsg.), Verfassungspolitische Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1973, S. 117ff.; K. Sontheimer, Gutachten, in: ebd., S. 285ff.

wäre, mußte auch den Vertretern dieser These einleuchten²⁶⁾, welche daher eine Verfassungsänderung in diesem Sinn forderten.

Würde der SPD-Vorschlag verwirklicht, so müßte es gar nicht zu einer derartigen eigenständigen Gesetzgebung für den öffentlichen Dienst kommen; es könnte auch das geltende Arbeitsrecht einfach auf die Rechtsverhältnisse aller bisherigen Beamten erstreckt werden. Keinesfalls dürfte man dann allerdings mehr von einer rechtlichen Gestaltung sprechen, welche den Namen des Beamtenstatus verdiente; dessen Zentren müßten aufgelöst werden, aus grundrechtlichen Gründen: Der Staat dürfte für eine Gruppe von Beschäftigten nicht mehr einseitig durch Gesetz die Bezahlung festlegen, weil eben Tarifvertragsfreiheit bestünde (vgl. Art. 9 Abs. 3 GG), und ein Streikverbot wäre nur in engsten Grenzen, bei wahrhaft existentiellen Staats-Dienstleistungen zu legitimieren. Es würde also nicht nur die Verfassungssicherung des Berufsbeamtentums, sondern dieses selbst abgeschafft.

Bibliotheken des Beamtenrechts, zahlreiche Urteile der Gerichte, viele Grundsatzerkennnisse des Bundesverfassungsgerichts würden Makulatur, dies wäre die größte Veränderung im öffentlichen Recht seit 1945. Unmittelbar beträfe sie Rechtsverhältnisse, welche die Lebensgrundlage von mindestens drei bis vier Millionen Staatsbürgern bilden, ihre staatsorganisatorischen und verbandspolitischen Auswirkungen (Auflösung der Beamtenverbände, Machtzuwachs für den DGB) wären kaum absehbar. Dies wäre wirklich eine „Staats- und Gesellschaftsreform“.

Nicht zuletzt würde hier auch eine direkte Grundrechtsreform vollzogen, welche die SPD sonst doch vermeiden will: Das Beamten-Verfassungsrecht in Art. 33 GG bringt für diesen Personenkreis eine spezielle Ausformung seines Berufsrechts und tritt damit weitgehend an die Stelle der sonst anwendbaren Art. 12 Abs. 1 und 9 Abs. 3 GG²⁷⁾. Für viele Bürger würde damit die Grundrechtslage nicht unwesentlich verändert. Daß ihnen dies einen (etwa Streik-), „Freiheitsgewinn“ brächte, könnte allein eine solche Grundrechtsreform nicht legitimieren, wenn sich die bisherigen Grundrechtseinschränkungen der Beamten eben

durch zwingende Verfassungsgründe des öffentlichen Wohls rechtfertigen lassen²⁸⁾: Vorsicht ist bei jeder Veränderung der „Freiheit-Gemeinwohl-Spannungslage im Bereich der Grundrechte“ geboten. Überdies würde die Aufhebung der Gewährleistung des Berufsbeamtentums auch, als solche bereits, einen prozessualen Grundrechtsverlust bringen: Die Beamten können heute ja, anders als Arbeitnehmer, Verfassungsbeschwerden erheben wegen Verletzung ihrer aus hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums abzuleitenden Rechte, insbesondere eine solche des Alimentationsgrundsatzes durch ungenügende Besoldung; solche „grundrechtsgleichen Rechte“ würden ihnen dann entzogen.

2. Keine Beamten in der früheren DDR – auch nicht im wiedervereinigten Deutschland?

Wenn eine Verfassungsreform aus der Wiedervereinigung heraus wachsen soll, so könnte gerade dies für Abschaffung der Verfassungssicherungen des Berufsbeamtentums sprechen; „Verfassungsreform aus Wiedervereinigung“ – hier eben kann näher untersucht werden, wie weit dies trägt.

In der früheren DDR gab es kein Berufsbeamtentum²⁹⁾; als kommunistische „Errungenschaft“ galt es, daß dieser Hort des „Klassenfeindes“ zerstört und in einem einheitlichen Dienstrecht aufgelöst wurde. Verständlich war es daher, daß die seit langem erhobenen Forderungen nach Abschaffung des Berufsbeamtentums gerade aus Anlaß der Wiedervereinigung wiederholt wurden³⁰⁾. Selbst noch bei den Koalitionsverhandlungen über die Bildung der ersten frei gewählten DDR-Regierung wurde beschlossen, vorerst ein Berufsbeamtentum nicht einzuführen³¹⁾. Doch die Wende hat der Einigungsvertrag selbst gebracht: In Art. 20 Abs. 2 heißt es, in Anlehnung an Art. 33 Abs. 4 GG, es sei die Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben (hoheitsrechtlichen Befugnissen) „sobald wie mög-

²⁶⁾ Bericht der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts (Anm. 25); vgl. zum Ausschluß der Tarifvertragsfreiheit und des Streikrechts bei Beamten durch den Beamtenstatus mit Nachweisen Helmut Lecheler, Der öffentliche Dienst, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III: Das Handeln des Staates, Heidelberg 1988, S. 750f.

²⁷⁾ So für Art. 12 das BVerfG, bereits im Apotheken-Urteil, in: BVerfGE 7, S. 398.

²⁸⁾ Daß dem aber so ist, entspricht ständiger Rechtsprechung des BVerfG, vgl. dessen Verfassungstreue-Urteil in BVerfGE 39, S. 344; zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Hans Joachim Becker, Das Beamtenrecht im Spiegel der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR), (1990) 9, S. 272f.

²⁹⁾ Überblick über die grundsätzlichen Unterschiede zwischen dem öffentlichen Dienstrecht in den beiden deutschen Staaten bei Klaus Vogelgesang, Der öffentliche Dienst im vereinigten Deutschland, in: ZBR, (1990) 7, S. 200ff.

³⁰⁾ Vgl. H. J. Becker, Aktuelle Entwicklungen und Probleme im Beamtenrecht, in: Recht im Amt (RiA), 38 (1991) 4, S. 178.

³¹⁾ Vgl. Franz Kroppenstedt, Der öffentliche Dienst der Zukunft, in: ZBR, (1990) 7, S. 198.

lich“ Beamten zu übertragen. Dies ist inzwischen angelaufen³²⁾. In den neuen Bundesländern selbst ist durchaus nicht systematischer Widerstand dagegen, sondern eher die Bereitschaft verbreitet, einen Status zu übernehmen, der immerhin, in seiner vorbildlichen sozialen Absicherung, den neuen Mitbürgern sogar etwas wie eine Kontinuität zum bisherigen Beschäftigungsverhältnis zu bieten scheint.

„Bekanntlich richtete sich das Bestreben im Beitrittsgebiet auf die Übernahme des im Westen vorhandenen Beamtenrechts, auf das Einrücken in die zu schaffenden Beamtenstellen. Reformen des Rechts des öffentlichen Dienstes sind in diesem Zusammenhang im Osten kaum angestrebt worden.“³³⁾ Daß es zu Überleitungsschwierigkeiten, gerade im öffentlichen Dienst, vom Unrechtsregime in den Rechtsstaat, gekommen ist³⁴⁾, stellt nicht eine Problematik gerade des Beamtenstatus dar; die Überleitungsfrage darf nicht mit der einer etwaigen Reform des Beamtenrechts verquickt werden³⁵⁾.

Die Wiedervereinigung bietet also keinen Grund, über eine Abschaffung des Berufsbeamtentums im Wege einer Grundgesetzrevision nachzudenken, allenfalls könnte sie ein Anlaß sein, diese aus ganz

anderen Gründen (seit langem) erhobene Forderung wieder einmal auf die Tagesordnung zu setzen – als „verfassungsrechtliches Aufräumen“. Von der „Empfehlung des Einigungsvertrags“ für Verfassungsänderungen werden solche Bestrebungen nicht nur nicht getragen, die Wiedervereinigung sollte hier eben zur Zurückhaltung mahnen: Das Berufsbeamtentum aufzugeben könnte in den neuen Ländern leicht als ein Schritt zurück in eine Ordnung verstanden werden, welche gerade ein Beamtentum nicht dulden wollte. Was könnte dafür sprechen, ausgerechnet ein solches Kernstück der DDR-Verfassungsordnung für Gesamtdeutschland zu übernehmen, das für den totalitären Einheitsstaat ohne Gewaltenteilung prägend war – ein einheitliches Arbeitsrecht für den ganzen öffentlichen Dienst, während das Beamtentum im Westen sich bewährt hat, gerade als ein Instrument der Machtmäßigung und der Objektivierung durch unabhängige Vertreter des Staates³⁶⁾, gegenüber jenem immer stärkeren Parteieneinfluß, der mit Recht als ein Thema einer Verfassungsreform angemahnt wird³⁷⁾? Dieses Beamtenrecht hat auch auf das Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland gewirkt. Die Wiedervereinigung spricht also insgesamt nicht für, eher gegen eine solche Verfassungsänderung.

III. Aufgabe des Beamtenstatus – ein Weg nach Europa?

1. Keine „Schnellschuß-Revision“ unter europäischem Vorwand

Daß eine Fortsetzung der europäischen Einigung innerstaatliche politische Gewichtverschiebungen bringen kann, die auch Verfassungsänderungen erforderlich machen, liegt auf der Hand. Dabei ist aber, schon allgemein, zweierlei zu bedenken: Die europäischen Abläufe erfolgen langsam, immer wieder ausgesetzt oder unvorhersehbar gehemmt. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) kann sich nur sehr vorsichtig-zu-

rückhaltend zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten fortbewegen; die Rechtsentwicklung aus dem Europarecht in das nationale Recht hinein vollzieht sich also an sich nur langsam-punktuell, vor allem wo es um die Veränderung grundlegender Verfassungsvorgaben geht. Dies spricht bereits generell gegen etwas wie „Schnellschuß-Revisionen“, welche etwa eine „Tür nach Europa aufstoßen“ möchten; sie muß nunmehr behutsam geöffnet werden, soll nicht unnötig viel an nationaler Identität einem Europa geopfert werden, dessen Stärke ja auch aus der Vielfalt seiner Glieder kommt.

Zum anderen vollzieht sich der europäische Einigungsprozeß wesentlich in Dialog und Kompromiß. Ein Mitgliedstaat vom Gewicht des vereinten Deutschland hat daher nicht nur die Chance, sondern die Pflicht, in diesen Prozeß seine bewährten Positionen einzubringen, zu versuchen, sie den übrigen Partnern zu vermitteln. Dies gilt gerade für das deutsche öffentliche Dienstrecht, das weit hin, vor allem in Europa, und insbesondere in seiner beamtenrechtlichen Säule, als vorbildlich

³²⁾ Näher dazu H. J. Becker (Anm. 30), S. 179f.; Helmut Lecheler, Der öffentliche Dienst in den neuen Bundesländern – die Lösung neuer Aufgaben mit alten Strukturen?, in: ZBR, (1991) 1/2, S. 48 ff.

³³⁾ Günter Püttner, Die Zukunft des öffentlichen Dienstes im vereinigten Deutschland. Bericht über eine Tagung in Eisenach Ende 1990, in: DÖV, 44 (1991) 8, S. 329.

³⁴⁾ Vgl. G. Püttner (Anm. 33), S. 327f.; BVerfG in: BayVBl, 37 (1991) 16, S. 494 ff.

³⁵⁾ Vgl. G. Püttner (Anm. 33), S. 329.

³⁶⁾ Vgl. BVerfGE 39, S. 337.

³⁷⁾ So vom Bundespräsidenten (vgl. Anm. 10).

gilt³⁸). Grundsätzlich bereits wäre es also verfehlt, aus europapolitischen Gründen hier vorschnell Änderungen im Rahmen einer Vereinigungs-Verfassungsreform durchzuführen³⁹), jedenfalls aber wäre es unklug, gleich die Radikallösung einer Aufgabe des Beamtenstatus anzubieten. Die Einigung Europas wäre nur ein fadenscheiniger Vorwand für durchaus nicht europäisch sondern rein innerstaatlich orientierte politische Forderungen.

Was sich gerade für das öffentliche Dienstrecht erweisen läßt, sollte allgemein als europarechtliche Vorgabe für Grundgesetzrevisionen beachtet werden: Das deutsche Verfassungsrecht ist keine europarechtliche Vorleistungsmaterie, hier ist erst Eindeutiges und Endgültiges zu ratifizieren. Europäische Einigungseuphorien dürfen die Grundnormen-Ruhe des Grundgesetzes nicht aufheben.

2. Das deutsche Beamtenrecht – „Fremdkörper in Europa“?

Grundprinzip der Römischen Verträge ist es, daß die Staats- und Verwaltungsorganisation der Mitgliedstaaten nicht zur Disposition der Gemeinschaft steht. Dies kommt im EWG-Vertrag deutlich zum Ausdruck – vgl. etwa Art. 90 Abs. 2 EWGV – nicht zuletzt in jenem Art. 48 Abs. 4 EWGV, aus dem manche ableiten wollen, daß das deutsche Berufsbeamtenrecht ein Fremdkörper in Europa sei, seine Verfassungssicherungen daher rasch beseitigt werden müßten.

Nach dieser Vorschrift gilt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Gemeinschaft (Art. 48 Abs. 1 bis 3 EWGV) nur für „Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung“ nicht. Die EG-Kommission hat diese Ausnahme im Jahre 1988 eng ausgelegt⁴⁰), so daß also etwa im Gesundheits-, Verkehrs-, Post- und Fernmeldewesen auch nicht-deutsche EGBürger in Deutschland zu berücksichtigen wären.

³⁸) Vgl. F. Kroppenstedt (Anm. 31), S. 197.

³⁹) Angesprochen etwa bei Heinrich Albers, Allgemeines und besonderes Verwaltungsrecht, insbesondere Kommunalrecht, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Wolfgang Greive (Hrsg.), Die Rechtssysteme in der DDR und Bundesrepublik. Probleme und Perspektiven der deutsch-deutschen Rechtsangleichung, Loccum Protokolle, 32/90, Rehburg-Loccum 1990, S. 97f.

⁴⁰) Vgl. Ingo Hochbaum, Die Aktion der EG-Kommission zur Liberalisierung des öffentlichen Dienstes, in: ZBR, (1989) 2, S. 33ff.; Ulrich Battis, Freizügigkeit und Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung, in: Die Personalvertretung (PersV), 33 (1990) 5, S. 193; Gerd B. Müller, Auswirkungen des EG-Binnenmarktes auf die öffentliche Verwaltung, in: RiA, 37 (1990) 2, S. 54.

Die Rechtsprechung des EuGH deckt diese restriktive Interpretation nicht⁴¹), welche auch nach gegenwärtigem deutschem Recht dazu führen müßte, daß in diesen Bereich Beamte nicht mehr eingesetzt werden könnten, weil sie grundsätzlich deutsche Staatsbürger sein müssen⁴²). Der EuGH hat den sehr weiten, keineswegs eindeutigen Begriff „öffentliche Verwaltung“ so definiert: Stellen, „die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind“⁴³). Selbst wenn es sich dabei um gemeinschaftsrechtliche Begriffe handeln sollte, so müssen diese doch aus den nationalen Rechten jedenfalls sinnerfüllt werden, wenn sie diesen nicht sogar einen Ausgestaltungsraum in Autonomie eröffnen⁴⁴) oder schlechthin auf diese verweisen. Dafür spricht übrigens schon die Anwendung gerade deutscher Verfassungsbegrifflichkeit (hoheitliche Befugnisse) in der erwähnten Verdeutlichungsformel des EuGH⁴⁵). Die Freizügigkeit gilt nach dem EuGH auch nicht dort, wo es um „Wahrung der allgemeinen Belange des Staates usw.“ geht, und zwar unabhängig von der Ausübung hoheitlicher Befugnisse⁴⁶). Damit beläßt der EuGH einen Anwendungsbereich für das herkömmliche deutsche Beamtenrecht, selbst unter Beschränkung auf deutsche Staatsangehörige, der in etwa den heutigen Einsatzbereich der Beamten abdeckt. Sollten hier aber Problemzonen bleiben und Brüssel weiterhin die Freizügigkeit in traditio-

⁴¹) Vgl. insbesondere Helmut Lecheler, Die Konsequenzen des Art. 48 Abs. 4 EWGV für den nationalen öffentlichen Dienst, in: ZBR, (1991) 4, S. 97ff.; ders., Die Interpretation des Art. 48 Abs. 4 EWGV und ihre Konsequenzen für die Beschäftigung im (nationalen) öffentlichen Dienst, Berlin 1990 mit zahlreichen Nachweisen; neuerdings noch H. J. Becker (Anm. 30), S. 180f.

⁴²) Zum Erfordernis der deutschen Staatsbürgerschaft für Beamte vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 BRRG; § 7 Abs. 1 Nr. 1 BBG; Hans Walter Scheerbarth/Heinz Höffken, Beamtenrecht, Siegburg 1985⁵, § 11 III 3 a.

⁴³) EuGH, in: NVwZ, 9 (1990) 9, S. 851f.

⁴⁴) Dazu näher H. Lecheler, Die Konsequenzen (Anm. 41), S. 98ff.

⁴⁵) „Mittelbare Teilnahme“ an der Ausübung dieser Befugnisse bietet ohnehin einen weiten Interpretationsrahmen, der keineswegs auf die Entscheidungsvorbereitung beschränkt ist, sondern auf unterstützende, flankierende Maßnahmen, ja überhaupt auf Tätigkeiten in einer insgesamt hoheitlich geprägten Verwaltung erweitert werden kann.

⁴⁶) Dieses Verständnis folgt aus dem Wortlaut der EuGH-Formel (trotz deren kumulativer Verbindung „und“); Denn die Anwendung hoheitlicher Befugnisse außerhalb dieses weiten Bereichs wäre ja höchst problematisch. Sollten übrigens sich gerade für die Posten von Presse- oder gar von Regierungssprechern Nichtdeutsche bewerben?

nelle deutsche Beamtenbereiche hinein erweitern wollen, so könnte über eine Öffnung nicht nur des deutschen öffentlichen Dienstes⁴⁷⁾, sondern auch des Beamtenstatus für EG-Bürger nachgedacht werden, durch Lockerung des Erfordernisses der deutschen Staatsangehörigkeit⁴⁸⁾.

Die Europaprobleme im Bereich des öffentlichen Dienstes können also nicht nur ohne Verfassungsänderung durch den einfachen Gesetzgeber gelöst werden, dessen nuancierende Gestaltungskraft ist gerade hier, Art. 48 Abs. 4 EWGV zeigt es, gefordert.

IV. „Privatisierung der Verwaltung“

Doch die eigentlichen Anstöße für eine Abschaffung des Berufsbeamtentums kommen heute weder aus der Wiedervereinigung noch aus Europa; sie sind seit langem verbunden mit der Diskussion um den Service-Staat. Entbeamtung der Daseinsvorsorge wird gefordert im Namen erhöhter Effizienz, welche im engen Korsett des beamtlichen Laufbahnrechts nicht gelingen könne; dieses letztere ist aber ein unverzichtbares Legitimationszentrum des Berufsbeamtentums⁴⁹⁾. In der Marktwirtschaft müsse darüber hinaus überall dort privatisiert werden, wo die Aufgaben ebensogut wenn nicht gleich von Privaten, so doch vom Staat in Formen des Privatrechts wahrgenommen werden könnten. Dies mache weithin das Beamtentum entbehrlich⁵⁰⁾.

Unter dem Banner „Privatisierung der Verwaltung“ finden also, gegen das Berufsbeamtentum, ganz heterogene, ja durchaus gegensätzliche Bewegungen sich zusammen: Unternehmerisch-liberale im Namen marktwirtschaftlicher Effizienz und einer Erweiterung geschäftlicher Möglichkeiten – sozialdemokratisches Wohlfahrtsstaats-Service-Denken in arbeitsrechtlichen Bahnen und einheitsgewerkschaftliche Bestrebungen. Politisch liegt hier vor allem eine Gefahr für das Berufsbeamtentum, denn diese vereinten Kräfte könnten die für seine Aufhebung oder doch wesentliche Beschränkung erforderliche Zweidrittelmehrheit aufbringen.

Eine Entwicklung zur Beschränkung hat mit der weitgehenden Privatisierung der Bundespost schon

begonnen⁵¹⁾. Für die Bundesbahn wird sie gefordert. Nachdem der Bundespräsident die Ausfertigung des Entbeamtungsgesetzes für die Fluglotsen (auch) aus verfassungsrechtlichen Gründen des Dienstrechts verweigert hat⁵²⁾ – in der Tat üben sie eindeutig hoheitsrechtliche Befugnisse aus – muß eine Änderung des Art. 87 d GG ins Auge gefaßt werden, nach dem die Luftverkehrsverwaltung in bundeseigener Verwaltung geführt wird.

Im Zuge solcher Bestrebungen könnte es also zumindest zu einer Beschränkung des Beamtenstatus auf die „engen Hoheitsbereiche“, insbesondere der traditionellen inneren Verwaltung, der „Polizei“ in früherem Sinn kommen; um dorthin den Weg verfassungsrechtlich frei zu machen, kann auch die hier behandelte Abschaffung des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG ins Gespräch gebracht werden.

Gerade das Thema „Privatisierung“ zeigt aber, daß eine Verfassungsänderung gewiß nicht der richtige Weg für die Lösung derart vielschichtiger Probleme sein kann. Wo Privatisierungen in Betracht kommen, in welchem Ausmaß, in welchen Formen, das kann nur der Gesetzgeber entscheiden, darüber würden sich in einer Grundsatzentscheidung zur Verfassungsänderung gerade jene weithin konträren Kräfte nicht einigen können, welche heute eine Abneigung gegen das Beamtentum verbindet. Wenn aber eine Entscheidung zur Privatisierung der Verwaltung als solche nicht „verfassungsfähig“ ist, so würde ein Abschied von den Verfassungsgarantien für den Beamtenstatus eine deutliche Übermaß-Reaktion darstellen: Dort jedenfalls, wo die Ausübung der hoheitlichen Befugnisse erforderlich bleibt und im Mittelpunkt steht, hat sich der Beamtenstatus derart bewährt,

⁴⁷⁾ Wo bereits heute viele EG-Bürger tätig sind, in der Bundesverwaltung allein über 11 000, vgl. F. Kroppenstedt (Anm. 31), S. 197.

⁴⁸⁾ Vgl. H. Lecheler, Die Konsequenzen (Anm. 41), S. 101; H. J. Becker (Anm. 30), S. 181.

⁴⁹⁾ Vgl. Walter Leisner, Legitimation des Berufsbeamtentums aus der Aufgabenerfüllung, Bonn 1988, S. 131 ff.

⁵⁰⁾ Zur Diskussion „Privatisierung und Berufsbeamtentum“ vgl. mit Nachweisen W. Leisner, Berufsbeamtentum und Entstaatlichung, in: DVBl, 93 (1978) 18, S. 733 ff.; H. Lecheler, Die Grenzen der Privatisierung bei der Deutschen Bundesbahn, 1988 (unveröffentlicht).

⁵¹⁾ Vgl. Fritjof Wagner, Reform der Deutschen Bundespost und Auswirkungen auf das Beamtenrecht, in: DVBl, 104 (1989) 6, S. 279 ff.

⁵²⁾ Vgl. mit Nachweisen Norbert K. Riedel/Axel Schmidt, Die Nichtausfertigung des Gesetzes zur Privatisierung der Flugsicherung durch den Bundespräsidenten, in: DÖV, 44 (1991) 9, S. 374 f.

daß eine Alternative nicht in Sicht ist⁵³), und dies dürfte auch von weitreichendem Konsens getragen sein.

Bleibt die Frage, ob die jetzige Fassung des Art. 33 GG Privatisierungen im Wege stünde. Davon kann grundsätzlich nicht die Rede sein. Wenn der Gesetzgeber in einem bisherigen Verwaltungsbereich jede hoheitliche Prägung völlig aufhebt oder diesen sogar Privaten überläßt, so kommt dort auch

ein Beamteneinsatz nicht mehr in Frage. Art. 33 GG mahnt allerdings, daß dies dort nicht geschehen darf, wo die Sachstruktur solcher Staatsaufgaben deren parlamentarische Kontrolle und die Erledigung durch Bedienstete in einem Rechtsstaat erfordern, die zu diesem eben in einem besonderen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Dem einfachen Gesetzgeber bleibt jedenfalls ausreichender Gestaltungsraum⁵⁴), den aber der bisherige Verfassungsrahmen auch weiterhin halten sollte.

V. Ausblick: Den „Beruf unserer Zeit“ zur Verfassungsgebung überdenken

Bei jedem größeren Gesetzgebungswerk, vor allem aber vor einer weiterreichenden Verfassungsreform, sollte ernsthaft und grundsätzlich geprüft werden, ob dafür „die Zeit reif ist“, ob gerade sie berufen ist, Entscheidungen zu treffen, die über Generationen wirken sollen. Der Abschied vom Berufsbeamtentum wäre eine solche; dies ist eine der ganz wenigen heute erhobenen Forderungen zur Verfassungsänderung, von der dies uneingeschränkt gilt. Das Berufsbeamtentum in all seinen traditionellen Formen wird nicht unabänderlich durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützt⁵⁵), mag auch der Staat als solcher in einer Ordnung der Legalität unbedingt verpflichtet sein, von seinen Bediensteten „besondere Treue“ zu verlangen, jedenfalls in Kernbereichen.

⁵³) Das hat sich bei einer näheren Untersuchung der Legitimationsgrundlagen des Berufsbeamtentums noch vor kurzem deutlich gezeigt, vgl. W. Leisner (Anm. 49); neuerdings H. Lecheler (Anm. 32), S. 49, 51; K. Vogelgesang (Anm. 29), S. 202.

⁵⁴) Wie weit immer man den sogenannten „Funktionsvorbehalt“ für das Berufsbeamtentum (Art. 33 Abs. 4 GG) ausdehnen mag, dazu mit Nachweisen W. Leisner (Anm. 49), S. 40 ff.; Helmut Lecheler, Die Beamtenaufgaben nach dem Funktionsvorbehalt des Grundgesetzes, Bonn-Bad Godesberg 1986.

⁵⁵) Vgl. K. Vogelgesang (Anm. 29), S. 202; Anke Warbeck, Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Wandel der Zeiten und ihre Bedeutung, in: RiA, 37 (1990) 6, S. 296.

Diese Untersuchung hat aber gezeigt, daß es eben keinen Grund gibt, weshalb eine Entkonstitutionalisierung des Berufsbeamtentums ernsthaft erwogen werden sollte. Exemplarisch verdeutlicht dies, weit über die konkrete Frage hinaus, wie sehr stets Zurückhaltung angebracht ist, wenn die Hand des Rechts an die Verfassung gelegt wird: Weder sollte es „Vorgriff-Revisionen“ mit Blick auf Europa geben, noch dürfen alte politische Süppchen aufgewärmt, alle alten unerfüllten Wünsche in eine solche Revision „hineingepackt“ werden.

Wirtschaftlich leben wir in einer schweren, international in einer zugleich hoffnungsvollen und beängstigenden Zeit; beide für uns so entscheidenden Bereiche sind heute auch nicht in Umrissen übersehbar. Also ist dies eine Zeit für unumgängliche punktuelle Verfassungsanpassungen, sie hat keinen „Beruf zur großen Verfassungsgebung“.

Die Französische Revolution ist einst, in ihrer ersten, begeisternden, freiheitlichen Phase angetreten unter der Devise „La Loi et le Roi“, heute müßte dies eigentlich heißen: „Die Verfassung und die Beamten“, in beiden Fällen eben: „Der Wille des souveränen Volkes und seine treuen Diener“. Diese festesten Fundamente des heutigen Deutschland dürfen nicht erschüttert werden.

Grundgesetz und Menschenbild

Anfragen zu Präambel und Artikel 1 des Grundgesetzes

I. Zum theologischen Interesse an der Verfassungsdiskussion

1. Theologie und Kirche vor den anstehenden Grundgesetzänderungen

Das menschenverachtende DDR-Regime ist zusammengebrochen, woran die Kirchen offenbar einen beträchtlichen Anteil hatten. Die deutsche Vereinigung ist lange vollzogen, dennoch ist und bleibt in den Köpfen und Herzen der durch vierzigjährige kommunistische Diktatur gedemütigten und verbogenen 16 Millionen Menschen im östlichen Deutschland vieles terminologisch und wertmäßig sozialistisch besetzt. Obwohl auf dem Gebiete der neuen fünf Bundesländer Pastoren politische Ämter bekleiden, herrscht dort insgesamt noch immer eine kirchliche „Staatsphobie“, die sich dann namentlich in Fragen des Religionsunterrichts an den Schulen sowie bezüglich der Militärseelsorge Ausdruck verschafft.

Von sehr viel grundlegenderer Bedeutung ist aber, welchen Einfluß einerseits diese Haltung der Kirchen und andererseits die Einstellungen aller anderen Bürger im Osten Deutschlands auf die Diskussion über eine neue Verfassung haben wird. Denn nach Artikel 146 GG verliert das alte Grundgesetz an dem Tage seine Gültigkeit, „an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“. Wenn nun auch in diesen Fragen primär Politiker und entsprechende Fachjuristen gefordert sind, so gibt doch Art. 21 Abs. 1 des Grundgesetzes den politischen Parteien bei der politischen Willensbildung kein Monopol. Insofern ist es allein aus einem solchen formalen Grund legitim, daß sich auch andere gesellschaftliche Gruppen an der Diskussion um eine neue Verfassung beteiligen, z. B. auch die Kirchen, zumal sie durch einige Artikel des Grundgesetzes unmittelbar (z. B. Art. 7 Abs. III; Art. 140) oder mittelbar (z. B. Art. 3 Abs. III; Art. 4) berührt sind, und zumal es offenbar für Juristen „traditionsgemäß... peinlich“ ist, sich mit theologischen Fragen zu befassen¹⁾.

¹⁾ Vgl. O. Kimminich, Kirchen und Menschenrechte, in: G. Leibholz u. a. (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Ordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 500.

In der politischen Landschaft des neuen vereinigten Deutschlands taucht in diesem Zusammenhang, obwohl sich die politische Wirklichkeit erheblich geändert hat, kaum die Meinung auf, nunmehr eine vollkommen neue Verfassung entwerfen zu müssen. Zu sehr hat sich für viele Menschen „im Westen“ das Grundgesetz in den letzten vierzig Jahren bewährt. Außerdem war sein Geltungsbereich für viele Übersiedler der Jahre 1989/90 ein Ziel unüberbietbarer Attraktivität.

Andererseits folgt aus formalen Zwangsläufigkeiten der Vereinigung bzw. des Vereinigungsvertrages die Notwendigkeit zur Änderung einiger Artikel des Grundgesetzes (z. B. Art. 23, aber auch die Präambel²⁾). Allerdings wollen manche die Gunst der Stunde nutzen, um neue grundlegende Bestimmungen wie z. B. den Umweltschutz, einen UNO-Einsatz der Streitkräfte, das Recht auf Arbeit oder auf Volksabstimmung, in eine solche neue Verfassung aufzunehmen.

2. Zur Vorgehensweise aus sozialetischer Perspektive

Nun finden sich unter den Christen im westlichen Teil Deutschlands, aber auch im Osten genügend Stimmen, die z. B. die Verfassungskämpfe des 19. Jahrhunderts³⁾, wie mögliche konstitutionelle Veränderungen des neuen deutschen Staates und sogar eine verfassungsgemäße Verankerung eines kämpferischen Atheismus als irrelevant für ihre christliche Existenz betrachten. Ohne einer solchen quietistischen Position ihr gewisses Recht abzuspochen, soll ihr hier jedoch nicht gefolgt werden.

Auf der anderen Seite ist es eine der natürlichsten Regungen institutionaler kirchlicher Bestandssi-

²⁾ Vgl. K. Stern, Der verfassungsändernde Charakter des Einigungsvertrages, in: Deutsch-Deutsche-Rechtszeitschrift, (1990), S. 289 ff.

³⁾ Vgl. D. Grimm, Verfassung (II.), in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 6, Stuttgart 1990, S. 863 ff.

cherung, jede mögliche rechtliche Veränderung im Verhältnis des Staates zur Kirche genau zu beobachten und sich dann darum zu bemühen, daß die Kirche bei Grundgesetzänderungen keinen Schaden nimmt. In einem solchen mehr „kirchenjuristischen“ Interesse steht und stand daher schon immer eine sachkundige Beschäftigung mit den Art. 3 Abs. III; 4; 7 Abs. III; und 140 des Grundgesetzes, denen gegebenenfalls noch Art. 33 Abs. III; 38 I; 56; 116 Abs. II sowie 141 hinzuzufügen wären.

Aber auch in dieser Weise soll das Grundgesetz hier nicht diskutiert werden. Der Verweis auf die einschlägige staatskirchenrechtliche Literatur zu den bekannten grundsätzlichen Bestimmungen des Grundgesetzes zu den Kirchen-, Religions-, Glaubens- und Gewissensfragen mag hier genügen⁴⁾.

Um einige ausgewählte theologische Beobachtungen und Anfragen zu stellen, soll hier vielmehr die Perspektive der Sozialethik⁵⁾, die sich u. a. mit der christlichen Verantwortung für Staat und Gesellschaft beschäftigt, gewählt werden. Das hat ferner systematische Berechtigung, da es gute Gründe gibt, eine Verfassung als den „ethischen Grundkonsens“ einer Gesellschaft aufzufassen⁶⁾.

II. Zum geistes- und verfassungsgeschichtlichen Rahmen

1. Demokratischer Diskurs und normative Verankerungen

Die Väter des Grundgesetzes wollten mit ihrem Werk die Grundlage für einen säkularen demokratischen Staat nach den Grundsätzen der Volkssouveränität legen, was zwar einerseits das Recht und die Pflicht zur öffentlichen Diskussion aller entscheidenden Tatbestände einschließt, jedoch ander-

Sollte dabei etwas anderes am Anfang stehen als die schlichte Überzeugung, daß die in Verfassung bzw. im Grundgesetz festgeschriebenen Grundsätze Ausgangspunkt für alle Gesetzgebung und damit für wichtige Strukturen des gemeinschaftlichen Lebens in unserer Gesellschaft, also eine „normierende und korrigierende Funktion gegenüber der geschichtlichen Wirklichkeit“ sein sollen⁷⁾? Jenseits aller für einen Theologen schwer durchschaubaren verfassungsrechtlichen Details soll hier nun der Blick auf das dabei offenbar zugrunde gelegte Menschenbild geworfen werden.

Es ist damit jenes Menschenbild gemeint, wie es sich hauptsächlich in der Präambel und dem ersten Artikel⁸⁾ des Grundgesetzes findet. Auch das Bundesverfassungsgericht nimmt verschiedentlich auf dieses Menschenbild Bezug⁹⁾, allerdings ohne es damit schon vollständig zu umreißen. Weil nun auf Präambel und Artikel 1 das Grundgesetz als Ganzes ruht, und weil auf sie hin alle Grundrechte zugeschnitten sind, muß das in ihnen berücksichtigte Menschenbild genauso grundlegend für die weiteren Grundrechte und die weitere Gesetzgebung sein^{9a)}. Wie könnte man aber Aufschluß über dieses nicht expressis verbis fixierte Menschenbild bekommen, wenn man nicht über den formalen Inhalt von Präambel und Art. 1 hinaus die „mitschwingende Ideenwelt“¹⁰⁾ einbezieht.

reits die positivistisch-wissenschaftlich fundierten Diskussionen eines vor allem von G. Jellinek, M. Weber und G. Radbruch gepflegten „Wertrelativismus“¹¹⁾ in Gang setzte. Die Erfahrungen der Weimarer Republik zeigten aber gerade, daß man die Verfassungsprinzipien eben nicht zum Gegenstand eines alltäglich möglicherweise wechselnden

⁴⁾ Vgl. z. B. E. Friesenhahn/U. Scheuner/J. Listl (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts, 2 Bde., Berlin 1974/75; vgl. aber auch A. v. Campenhausen, Literaturbericht zum Kirchenrecht, in: Theologische Rundschau Neue Folge, 38, S. 119–162.

⁵⁾ Zur Perspektive der Sozialethik vgl. H.-D. Wendland, Einführung in die Sozialethik, Berlin–New York 1971², S. 6 ff. Zu ihrer theologischen und geistesgeschichtlichen Entwicklung vgl. Chr. Walther, Theologie und Gesellschaft. Ortsbestimmung der evangelischen Sozialethik. Zürich–Stuttgart 1967.

⁶⁾ Vgl. J. Isensee, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 11, S. 92 ff.

⁷⁾ Vgl. T. Rendtorff, Das Verfassungsprinzip der Neuzeit, in: A. Hertz u. a. (Hrsg.), Handbuch der christlichen Ethik, Bd. 2, Freiburg u. a. 1978, S. 218.

⁸⁾ Vgl. hierzu E. Benda, Die Menschenwürde, in: E. Benda u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin–New York 1983, S. 107 ff., der hinsichtlich seiner Überlegungen zur Menschenwürde enge Beziehungen zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem Artikel 1 herstellt.

⁹⁾ Vgl. zuerst BVerGE 4, 7 (15 f.), dann aber auch v. a. 8, 274 (329); 33, 1 (10 f.).

^{9a)} H. Hubmann, Das Menschenbild unserer Rechtsordnung, in: R. Dietz/H. Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, München–Berlin 1965, S. 38.

¹⁰⁾ Vgl. H. H. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, München 1984, S. 11.

¹¹⁾ Vgl. ebd., S. 6 f.

öffentlichen Zustimmungprozesses machen kann, ohne die Verlässlichkeit und Vertrauenswürdigkeit, die doch ganz eng mit dem Rechtsstaat zusammengehören, aufs Spiel zu setzen¹²). Außerdem spielte der Gedanke einer vorpositiven Verankerung des Rechtes eine nicht zu unterschätzende Rolle¹³).

Konsequenterweise legte man deshalb im Artikel 79 Abs. III die grundsätzliche Unabänderlichkeit von Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes fest. Unabänderlich sollte deshalb auch sein, daß man das Grundgesetz und die Grundrechte im Gegensatz zur Weimarer Verfassung bewußt nicht „wertneutral“¹⁴), sondern im Sinne einer „objektiven Wertordnung“¹⁵), und zwar „anthropozentrisch“¹⁶) mit der Würde des Menschen als „obersten Wert“¹⁷) auszurichten gedachte.

Das bedeutete nur zu deutlich (offenbar in bewußtem Kontrast zu der wertbezogenen „nationalen“ Dezision C. Schmitts, aber in gewisser Nähe zu seinem dezisionistischen Verfassungsbegriff¹⁸), eine nachdrückliche Bindung des Grundgesetzes an ein bestimmtes Menschenbild¹⁹). Das ist aber nur eine Manifestation der Tatsache, daß – so das Bundesverfassungsgericht – „dem Grundgesetz Prinzipien der Staatsgestaltung zugrunde(liegen), die sich nur aus der geschichtlichen Erfahrung und der geistig-sittlichen Auseinandersetzung mit dem vorangegangenen System des Totalitarismus erklären lassen“²⁰), was letzten Endes der Auffassung Jellineks entspricht, daß die erste Verfassung eines

Staates nicht allein juristisch, sondern historisch begriffen werden könne²¹).

Genauer erklärt das Bundesverfassungsgericht zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes: „Gegenüber der Allmacht des totalitären Staates, der schrankenlose Herrschaft über alle Bereiche des sozialen Lebens für sich beanspruchte und dem bei der Verfolgung seiner Staatsziele die Rücksicht auch auf das Leben des einzelnen nichts bedeutete, hat das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die den einzelnen Menschen und seine Würde in den Mittelpunkt aller seiner Regelungen stellt.“²²) Insofern muß zur Erhebung des Menschenbildes des Grundgesetzes in einer zweiten Vorüberlegung ein kurzer Blick auf die großen geistigen Bewegungen während der Entstehungszeit des Grundgesetzes geworfen werden. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes²³) kann, obwohl im Artikel 1 Abs. II von „unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten“ die Rede ist, kaum aus der allgemeinen historischen Entwicklung der Menschenrechte abgeleitet werden²⁴), sondern allein aus der jüngeren deutschen Geschichte.

2. Die Entstehung des Grundgesetzes in der Frontstellung gegen den vergangenen Totalitarismus und Kollektivismus

Zunächst stellt sich die Frage, wie es damals in der Situation der totalen Kapitulation und völligen Auflösung eines totalitären Staates möglich sein konnte, solche geistigen Kräfte zu entdecken und zu mobilisieren, die in der Lage waren, eine neue staatliche Grundordnung zu entwickeln, und zwar dergestalt, daß die Rechtssätze nicht etwa nur durch das Diktat der Siegermächte nachvollzogen würden²⁵), sondern so, daß sie aus eigenen geistigen Quellen geschöpft und darum bleibend verlässlich sind.

¹²) Vgl. G. Maluschke, Das Menschenbild und das Problem der „Werte“ in der Sicht der Politischen Philosophie, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 28/87, S. 12.

¹³) Vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/I, München 1988, S. 27.

¹⁴) Vgl. G. Leipholz u. a., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Köln 1988², S. 11 mit Bezug auf BVerfGE 39, 349. Das Grundgesetz geht eben bewußt vom Bestehen „transzendenter Werte“ aus. Vgl. O. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951, S. 31.

¹⁵) Vgl. u. a. BVerfGE 6, 55; 42, 144; 42, 148; 148, 170.

¹⁶) Vgl. R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, Frankfurt/M. 1971, S. 141 f.

¹⁷) BVerfGE 5, 85 (204).

¹⁸) Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München–Leipzig 1928 (Ndr. Berlin 1954).

¹⁹) In seinem „Peep-Show“-Urteil legt das Bundesverwaltungsgericht diese Bindung des Grundgesetzes an eine bestimmte Wertordnung sogar so nachdrücklich aus, daß z. B. v. Olshausen von einem „Wertabsolutismus“ im Kontrast zur Selbstbestimmung spricht. Vgl. H. v. Olshausen, Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), (1982) 40, S. 2221 ff. Verständlicherweise finden sich aus liberaler Sicht ähnliche Argumente bei z. B. I. v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I (Präambel bis Art. 20), München 1985³, zu Art. 1 Rdnr. 17.

²⁰) BVerfGE 39, 67.

²¹) Vgl. G. Jellinek, Die Lehre von den Staatsverbindungen, Wien 1882, S. 264.

²²) BVerfGE 39, 67.

²³) Vgl. dazu z. B. H. Berger, Zur Entstehung des Bonner Grundgesetzes, in: Deutsche Verwaltung, (1949), S. 309 ff.

²⁴) Vgl. W. Huber/H. E. Tödt, Menschenrechte. Perspektiven einer menschlichen Welt. Stuttgart–Berlin 1977, S. 113.

²⁵) Das Recht zu solchen Vorwürfen bestreitet T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, München 1977²¹, S. 38 f.; M. Heckel sieht dagegen die ganze Erarbeitung des Grundgesetzes durchaus in der Nähe von Maßnahmen der „Reeducation“, vgl. M. Heckel, „In Verantwortung vor Gott und den Menschen...“ – Staatskirchenrecht und Kulturverfassung des Grundgesetzes 1949–1989, in: K. W. Nörr (Hrsg.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland. 40 Jahre Rechtsentwicklung. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen 1989, Tübingen 1990, S. 1.

Wie sollte im Hinblick auf die Nachkriegssituation an dem sogenannten Stuttgarter Schuldbekenntnis der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 18./19. Oktober 1945 vorübergegangen werden, in dem maßgebliche Orientierungen und Umorientierungen in Deutschland ihren Ausdruck fanden? In der Situation nach der bedingungslosen Kapitulation, in der es keine andere offizielle oder anerkannte gesamtdeutsche Repräsentation gab, hatte doch die Kirche, die im Gegensatz zu dem besiegten Staat nicht nur mit manchen dunklen Flecken „respektabel“²⁶⁾, sondern letzten Endes als „Sieger aus dem Kirchenkampf“ hervorgegangen war²⁷⁾, stellvertretend für das ganze Volk ihre Stimme erhoben. Denn das Wort der Kirche hatte damals Bedeutung, und man erwartete von ihr Orientierung und Wegweisung²⁸⁾. So hatte es schon bedeutendes Gewicht, als maßgebliche Vertreter der Kirche, die persönlich erheblichen Widerstand und beträchtliche Opfer im Kampf gegen den Nationalsozialismus geleistet hatten, bekannten: „Mit großem Schmerz sagen wir: Durch uns ist unendliches Leid über viele Völker und Länder gebracht worden. ... Wohl haben wir lange Jahre hindurch im Namen Jesu Christi gegen den Geist gekämpft, der im nationalsozialistischen Gewaltregiment seinen furchtbaren Ausdruck gefunden hat; aber wir klagen uns an, daß wir nicht mutiger bekannt, nicht treuer gebetet, nicht fröhlicher ge-

glaubt und nicht brennender geliebt haben. ... Wir hoffen zu ... Gott ..., daß er unsere Kirchen als sein Werkzeug brauchen und ihnen Vollmacht geben wird, sein Wort zu verkündigen und seinem Willen Gehorsam zu schaffen bei uns selbst und bei unserem ganzen Volk.“²⁹⁾

Dieses Bekenntnis repräsentierte vor der Weltöffentlichkeit die neue Einstellung der Menschen, sich nunmehr in Neuaufbau und Neuaufbruch bewußt auch neuen Lebensorientierungen zuzuwenden. Warum hätten sich in dieser Situation, und da sich die Schwäche eines reinen liberalen Rechtspositivismus im Untergang der Weimarer Republik genügend manifestiert hatte, die Väter des Grundgesetzes scheuen sollen, das zu entwickelnde neue freiheitliche, säkulare und pluralistische Staatswesen dennoch auf traditionelle Werte zu beziehen? Signifikanter Ausdruck dieser Bestrebungen ist die Präambel des Grundgesetzes, die keineswegs als bedeutungsloses Vorwort zur Verfassung aufzufassen ist. Denn nicht nur der breite Strom der herrschenden Meinung³⁰⁾, sondern auch alternative Betrachtungen³¹⁾ billigen der Präambel „rechtlichen Gehalt“ zu. Dieses beinhaltet zwar kein unmittelbares subjektives Recht einzelner Personen³²⁾, beeinflußt aber die jeweilige Auslegung und begründet die Rechtspflichten aller Staatsorgane³³⁾.

III. Wie steht der Mensch im vereinigten Deutschland zur invocatio dei der Präambel des Grundgesetzes?

1. Die invocatio dei als Ausdruck eines traditionellen (christlichen) Menschenbildes

Ähnlich wie in vielen Landesverfassungen³⁴⁾ knüpfte man in der Präambel an die Verantwor-

tung vor Gott an³⁵⁾. Es ist der auffälligste Nachweis dafür, daß die Mitglieder des Parlamentarischen Rates sich bei ihren Beschlüssen nicht von einer „bindungslosen Staats- und Volkssouveränität“, sondern von bestimmten „überstaatlichen Normen“ leiten lassen wollten. Absicht war dabei nicht, etwa die verfassunggebende Gewalt des Vol-

²⁶⁾ Vgl. M. Heckel (Anm. 25), S. 2.

²⁷⁾ Vgl. K. Hesse, Art. Kirche und Staat, in: Evangelisches Staatslexikon (EvStL), Sp. 1564.

²⁸⁾ Vgl. M. Heckel (Anm. 25), S. 2f.

²⁹⁾ Aus dem Verordnungs- und Nachrichtenblatt. Amtliches Organ der Evangelischen Kirche in Deutschland, Nr. 1, Januar 1946 zit. bei M. Greschat (Hrsg.), Die Schuld der Kirche, München 1982, S. 102.

³⁰⁾ Vgl. BVerfGE 5, 85, 127; 12, 45, 51; 36, 1, 17; vgl. ferner z. B. T. Maunz u. a., Grundgesetz Kommentar Bd. I, München 1990 zur Stelle RdNr. 8; vgl. ferner K. Stern (Anm. 13), Bd. I, S. 375.

³¹⁾ R. Bäumlin u. a., Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Bd. 1, Art. 1–20 (Reihe Alternativkommentare, Gesamtausgabe R. Wassermann), Neuwied–Darmstadt 1984, S. 139.

³²⁾ Vgl. die entsprechende Entscheidung des Bayerischen Staatsgerichtshofes von 1946 (DöV 56, 762).

³³⁾ Vgl. T. Maunz u. a. (Anm. 30), zur Stelle RdNr. 8.

³⁴⁾ Vgl. die damaligen Landesverfassungen von Baden (vom 22. 5. 1947), Rheinland-Pfalz (vom 18. 5. 1947), Württemberg-Baden (vom 28. 11. 1946), Württemberg-Hohenzollern (20. 5. 1947) bzw. indirekt in der Verfassung des Freistaates Bayern, in der die nationalsozialistische „Staats- und Gesellschaftsordnung ohne Gott“ verurteilt wird. Vgl. später den Hinweis auf die Verantwortung vor Gott in den Landesverfassungen von Nordrhein-Westfalen (vom 28. 6. 1950) oder von Baden-Württemberg (vom 11. 11. 1953). Vgl. aber auch die invocatio dei in den Verfassungen der Schweiz oder Irlands.

³⁵⁾ Zur genaueren Genese und Interpretationsgeschichte vgl. E. L. Behrendt, Gott im Grundgesetz. Der vergessene Grundwert ‚Verantwortung vor Gott‘, München 1980¹, S. 19ff.

kes zu beseitigen, sondern sie zu begrenzen³⁶). In diesem Sinne wird in der Präambel der ethische Rahmen abgesteckt, in dem sich die Staatsgewalt bewegen will und soll³⁷).

Zu diesem Bild der ethisch begrenzten Staatsgewalt konnte nicht das Bild eines völlig autonomen und unabhängigen Menschen³⁸) gehören, sondern das Bild des Menschen in Bindung und Abhängigkeit von einer höheren Instanz. Diese Instanz verstand man, namentlich A. Susterhenn und Th. Heuss³⁹), im Gegensatz zur gerade durchlittenen Geschichte nicht als Gemeinschaft, Kollektiv, „Gesetz der Geschichte“, „Vorsehung“ oder sonst irgendeinen metaphysischen Bezug, sondern schlicht und traditionell und dennoch offen als „Gott“, nämlich als den „Christengott“, „in dessen Lehre sie aufgewachsen waren, zu dem sie im Krieg gebetet hatten und von dem ein ‚Bewußtsein‘ der ‚Verantwortung‘ abzuleiten und für das deutsche Volk auszusprechen sie sich fähig, ja berufen fühlten“⁴⁰).

Diese Festlegung begriff man damals offenbar als eindeutig und inhaltsschwer genug, obwohl dadurch für den Juristen noch nicht im einzelnen angegeben wird, welche konkreten normativen Eingrenzungen daraus für die Auslegung des Grundgesetzes selbst und andere Gesetze folgen. Möglicherweise ist das ein formaler Grund dafür, daß die Anrufung Gottes und damit ein Bild des Menschen in demütigem Gehorsam vor Gott in Wissenschaft und Praxis nur eine geringe Resonanz gefunden hat⁴¹). Aber abgesehen von solchen formalen Beobachtungen mußte Wertebuch bereits 1958 inhaltlich analysieren, daß in der Rechtswissenschaft die Theonomie der menschlichen Autonomie gewichen sei⁴²).

2. Emanzipatorische Umbrüche in den siebziger Jahren

Über die Rechtswissenschaft hinaus zeigte sich dann spätestens in der Grundwertediskussion der siebziger Jahre, daß sich viele Menschen in der damaligen Bundesrepublik mit ihrem Leben nicht mehr in dieser traditionellen Schlichtheit „vor Gott“ empfanden und daß deshalb der religiöse Anruf „verschüttet“ sei⁴³). Rückwirkend auf die Verfassungsdiskussion hieß das nicht nur, daß die erdrückende Mehrheit der Juristen diese Dimension des Menschenbildes „vergessen“ hätte⁴⁴), sondern bedeutete zwangsläufig, daß der verfassungsmäßig bislang weitgehend unterstellte christliche Glaube „nicht mehr Gemeingut der Rechtsgemeinschaft“ sei⁴⁵). Dagegen steht allerdings die Auffassung von Peters, daß die Anerkennung Gottes niemals von einer Volksmeinung und möglicher Glaubenslosigkeit abhängen könne⁴⁶). Nun mußte eine Abwehr vom christlichen Menschenbild aber noch nicht grundsätzliche Folgen für die Gesetzgebung nach sich ziehen, da das noch ungebrochene und kaum gegen die ursprünglichen Intentionen ausgelegte Grundgesetz für eine gewisse Kontinuität sorgte. Außerdem bedeutete der Wertewandel der siebziger Jahre zwar gesellschaftspolitisch einen „Machtverlust“ für die Kirchen der „alten“ Bundesrepublik, aber nicht ihre Auflösung; auch nicht eine Auflösung der aus dem Gesamtduktus des Grundgesetzes gebotenen Kooperation des Staates mit den Religionsgemeinschaften, noch eine Auflösung der nahezu von ihnen allein im säkularen Staat gehüteten und geförderten Normen und Werte.

Manche „modernere“ und „liberalere“ Interpretation der Präambel spiegelt dennoch bereits die Ergebnisse des genannten Wertewandels von nahezu demütiger Verantwortung vor Gott zu emanzipatorischer Autonomie und Bindungslosigkeit. So will z. B. Ingo v. Münch die *invocatio dei* im Grundgesetz lediglich als „nicht ungewöhnlich“ betrachten, ihr aber keinen konkreteren Gehalt zumessen. Zwar werde hier die „Absage an den Atheismus als Staatsreligion“ bekräftigt, was aber nicht als „all(emeine) pro-christliche Auslegungsvermutung“ mißdeutet werden dürfe⁴⁷).

³⁶) Vgl. T. Maunz u. a. (Anm. 30), zur Stelle RdNr. 11.

³⁷) Vgl. O. Model/K. Müller, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Taschenkommentar für Studium und Praxis, Köln u. a. 1987¹⁰, zur Stelle RdNr. 1.

³⁸) Vgl. auch BVerfGE 4, 7 (15f.): „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten und souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“

³⁹) Vgl. E. L. Behrendt (Anm. 35), S. 38 ff.

⁴⁰) Vgl. ebd., S. XIV.

⁴¹) Vgl. W. Wertebuch, Grundgesetz und Menschenwürde. Ein kritischer Beitrag zur Verfassungswirklichkeit, Köln 1958, S. 158.

⁴²) Vgl. ebd., S. 157f.; vgl. darüber hinaus den bereits 1967 von Doehring vorgebrachten Vorwurf der Sinnlosigkeit der Präambel, was dann eine Streichung Gottes aus der Präambel nach sich zu ziehen hätte. Vgl. K. Doehring, Internationale Organisationen und staatliche Souveränität, in: Festgabe für Karl Forsthoff, München 1967, S. 128.

⁴³) Vgl. E. L. Behrendt (Anm. 35), S. X.

⁴⁴) Vgl. E. L. Behrendt, Wozu steht Gott im Grundgesetz?, in: Lutherische Monatshefte, (1980), S. 208.

⁴⁵) So entsprechend zu Art. 1 Abs. 1 K. Stern (Anm. 13), S. 10.

⁴⁶) Vgl. H. Peters, Zwischen Gestern und Morgen, Berlin 1946, S. 131.

⁴⁷) I. v. Münch (Anm. 19), zur Stelle RdNr. 6f.

3. Abschaffung der invocatio dei als Ausdruck eines neuen Menschenbildes?

Daneben und darüber hinaus erheben sich in der gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Diskussion durchaus Stimmen, die die Auffassung vertreten, daß die Anrufung Gottes nicht nur zu einer religiösen Bindung aus der Verfassung führe, sondern sogar in die Irre leite und eines rechtlichen Sinngehalts entbehre⁴⁸). Hier findet sich im westlichen Teil der Bundesrepublik ein beträchtliches Potential, das sich deshalb, weil es sich einem ganz anderen Menschenbild verpflichtet fühlt, nicht nur formal, sondern auch inhaltlich in Verfassung und Staat jegliche „Verantwortung vor Gott“ leugnen und in diesem Sinne Präambel und Grundgesetz ändern will.

Was nun jedoch weiter die größtenteils atheistisch geprägten Menschen in den östlichen Landesteilen angeht, so können sie noch viel weniger mit dem Begriff „Gott“ und darum auch mit einer „Verantwortung vor Gott“ etwas anfangen. Und von den kirchlich gebundenen Menschen ist, wie bereits gesagt, aufgrund ihrer „Staatsphobie“ kein positiver Beitrag in dieser Verfassungsdiskussion zu erwarten. Da die Präambel nicht zu den durch

Art. 79 Abs. III vor Veränderung geschützten Grundgesetzartikeln gehört⁴⁹), ist es um so wahrscheinlicher, daß sie geändert wird, sofern die erforderliche parlamentarische Zweidrittelmehrheit erreicht wird.

Das führt bereits an dieser Stelle zu der entscheidenden Frage hinsichtlich des Menschenbildes des Grundgesetzes, wie es bisher in der Präambel festgehalten war und von dort aus „Direktionskraft“⁵⁰) entfalten sollte: Wie kann zukünftig in einer revidierten und dann wahrscheinlich „Gott-losen“ Verfassung, die dann wohl das Bild von einem autonomen Menschen zeichnet, der niemandem außer sich selbst mehr Rechenschaft und Verantwortung⁵¹) schuldig ist, der bewährte Grundtenor des alten Grundgesetzes weiter wirksam sein?

Wo sollten solche Tendenzen mehr durchschlagen, als bei der für das Grundgesetz zentralen Vorstellung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. I)? Im Gegensatz zur Präambel sind zwar die Bestimmungen des Grundgesetzes über die Menschenwürde nach Art. 79 Abs. III nicht änderbar. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß schwerwiegende Änderungen von Begründungs- und Interpretationsmustern nicht auch schwerwiegende Folgen in der gesamten Gesetzgebung und Lebenswelt im vereinigten Deutschland haben könnten.

IV. Woher hat der Mensch seine Würde?

1. Menschenwürde als theologisches und staatsrechtliches Novum

Für die Theologie ist die Beschäftigung mit der Menschenwürde eine relativ neue Frage; denn bis in die sechziger Jahre hinein stand in der theologischen Diskussion in Deutschland dieser Begriff unter dem Verdikt, „als Schlagwort aus der aufklärerisch-idealistischen Freiheitsidee herzukommen und (deshalb) kein Thema der Theologie... zu sein“⁵²).

Aber auch für das Staatsrecht ist der Begriff der Menschenwürde als Bestandteil des positiven Rechtes neu bzw. „noch ungewohnt“⁵³) und tritt wohl in der irischen Verfassung von 1937 zuerst

auf⁵⁴). Der Umstand, daß der Begriff der Menschenwürde kaum Geschichte hat, ist insofern nicht verwunderlich, weil allein nach liberaler Auffassung die Würde des Menschen den Staat nichts angeht⁵⁵). Diese Position war jedoch nicht die der bundesdeutschen Verfassungsväter. Sie beschäftigten sich durchaus mit der „Würde“ des Menschen und verstanden unter ihr das, „was den Menschen im spezifischen und wesenhaften Sinne ausmacht“⁵⁶). Dieser im Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Begriff der „Würde“ des Menschen steht damit also in besonderer Weise für das Menschenbild des Grundgesetzes und hat unmittelbaren Einfluß auf

⁴⁸) Vgl. R. Bäuml in u. a. (Anm. 31), S. 139.

⁴⁹) E. L. Behrendt (Anm. 35), S. 264 ff.

⁵⁰) K. Süsterhenn, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts Bd. 1, (1951), S. 29.

⁵¹) Zum Begriff der Verantwortung in diesem Zusammenhang vgl. E. L. Behrendt (Anm. 35), S. 177 ff.

⁵²) H. E. Tödt, Art. Menschenwürde, in: Evangelisches Soziallexikon (ESL), Sp. 896.

⁵³) T. Maunz u. a. (Anm. 30), zu Art. I Abs. I, RdNr. 1.

⁵⁴) Vgl. R. P. Horstmann, Art. Menschenwürde, in: J. Ritter/V. Grüner (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Darmstadt 1980, Sp. 1126. Attributiv wird der Begriff allerdings in Art. 151 Abs. 1 Satz 1 der Weimarer Verfassung in der Rede von einem „menschenwürdigen Dasein“ verwandt.

⁵⁵) So referiert zurecht G. Dürig, Die Menschengestaltung des Grundgesetzes, in: Juristische Rundschau (JR), (1952), S. 259.

⁵⁶) Vgl. den Unterausschuß III des Verfassungskonvents am Herrenchiemsee in seiner 5. Sitzung am 19. 8. 1948, Protokoll S. 124.

das gesamte Gesetzeswerk. Denn bekanntlich ist nach dem weiteren Wortlaut dieses Artikels diese Würde, dieses Menschenbild, unantastbar und von aller staatlichen Gewalt zu achten und zu schützen. Die nach manchen Stimmen⁵⁷⁾ im Abs. 2 daraus abgeleiteten unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte werden ferner als „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ bekannt. Und die daraus nachfolgenden Grundrechte (Abs. 3) binden wiederum „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“. Insofern ist die Menschenwürde der höchste Wert der Verfassung⁵⁸⁾ und durchdringt alle Bestimmungen des Grundgesetzes⁵⁹⁾.

Wie diese Bindung zu erfolgen hat, wird jedoch in den nachfolgenden Stellen und in der Gesetzgebung kaum positiv, sondern meist negativ abgegrenzt. Wenn das Bundesverfassungsgericht, wie bereits erwähnt, immer wieder darauf verweist, daß die Grundrechte eine „objektive Wertordnung“ bilden⁶⁰⁾, so hat es noch langé nicht geklärt, was es denn nun genau unter „Werten“ und einer „Ordnung“ solcher Werte versteht⁶¹⁾.

2. Problematische Versuche, Menschenwürde zu definieren

Das hindert das Bundesverfassungsgericht nicht, immer wieder an das Menschenbild des Grundgesetzes anzuknüpfen⁶²⁾, um die Schranken der Grundrechte zu entwickeln. Daneben gibt es außerhalb der von ihm und auch vielfach in der Literatur begangenen via negationis diverse Versuche, die Menschenwürde positiv zu fixieren⁶³⁾: So etwa führt der Bundesgerichtshof aus, daß sie darin bestehe, daß der Mensch als geistig-sittliches Wesen darauf angelegt sei, in Freiheit und Selbstbewußtsein sich selbst zu bestimmen und in der Umwelt zu verwirklichen⁶⁴⁾. In einem populären Kommentar heißt es: „Jeder Mensch ist kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich die Umwelt zu gestalten.“⁶⁵⁾ Oder: „Menschenwürde bedeutet Wertsein jedes einzelnen Menschen für sich selbst

und um seiner selbst willen.“⁶⁶⁾ Oder: „Menschenwürde manifestiert sich in der Schaffung eines möglichst weiten individuellen Autonomiebereichs und in seiner aktiven Nutzung für die Erhaltung und Bereicherung... von menschlichem Leben mittels maximaler Entfaltung der schöpferischen – das heißt diesen Zielen zugute kommenden – Potentialitäten jedes Menschen“, was dann noch als personelle und gesellschaftliche Komponenten unterschieden wird⁶⁷⁾.

Solche Fixierungen stehen jedoch in Spannung zu neueren Vorschlägen, das jeweils aktuelle Menschenbild mit Hilfe der Geisteswissenschaften zu entwickeln und dann die Grundrechte des Grundgesetzes darauf zu beziehen⁶⁸⁾. Nicht nur letztere Vorschläge sind als Indiz dafür zu werten, daß man immer wieder versucht, eher Unbeschreibbares⁶⁹⁾ irgendwie beschreibbar zu machen. Klarheit könnte hier aber gewonnen werden, wenn man genauer um Art und Gehalt der vorstaatlichen Begründung des Menschenbildes bzw. der Menschenwürde im Grundgesetz wüßte. Ausgangspunkt der Debatten im Parlamentarischen Rat über die Würde des Menschen bildete offenbar vor allem das Menschenbild Kants oder die christliche „imago-dei“-Lehre⁷⁰⁾. Später wurden aber auch weitere historische Verankerungen und Verwurzelungen diskutiert⁷¹⁾.

3. Menschenwürde aus dem Menschenbild Kantscher Philosophie?

Wenn es aber stimmt, daß die oben und auch sonst vielfach zugrunde gelegten Vorstellungen bezüglich des Menschenbildes des Grundgesetzes letzten Endes aus dem Menschenbild Kants abgeleitet sind⁷²⁾, so hätte man vor allem auf die Bedeutung

⁶⁶⁾ Vgl. K. Stern (Anm. 13), S. 6.

⁶⁷⁾ Vgl. W. Maihofer/R. F. Behrendt, Die Würde des Menschen, Hannover 1967, S. 12 ff.

⁶⁸⁾ Vgl. A. Bleckmann (Anm. 57), S. 60.

⁶⁹⁾ Vgl. H. v. Mangoldt/F. Klein, Das Bonner Grundgesetz Bd. I, Berlin/Frankfurt a. M. 1966², S. 148.

⁷⁰⁾ Vgl. B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, Heidelberg 1987³, S. 88; ebenso, allerdings ohne den Hinweis auf den Parlamentarischen Rat z. B. R. Zippelius, Art. Menschenwürde, in: Evangelisches Staatslexikon (EStl³), Bd. I, Sp. 2132.

⁷¹⁾ Neben dem Bezug auf Thomas von Aquin vgl. die Hinweise auf z. B. G. Pico della Mirandola sowie auf S. Pufendorf bei K. Stern (Anm. 13), S. 6 ff. Genauer aber vgl. R. P. Horstmann (Anm. 54), Sp. 1124 ff.

⁷²⁾ Vgl. hier hinsichtlich der Menschenwürde die Analyse von P. Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, in: Juristenzeitung (JZ), (1964), S. 339. Möglicherweise ist hierunter auch die Luhmannsche Begründung der Menschenwürde aufgrund des selbstbestimmten Verhaltens des Menschen zu subsumieren. Vgl. N. Luhmann, Grundrechte als Institution, Berlin 1965, S. 53 ff.

⁵⁷⁾ Vgl. A. Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, Köln u. a. 1989³, S. 445.

⁵⁸⁾ BVerfGE 5, 85 (204); 35, 202 (221).

⁵⁹⁾ BVerfGE 30, 1 (29).

⁶⁰⁾ Vgl. u. a. BVerfGE 6, 55; 42, 148; 148, 170.

⁶¹⁾ Vgl. A. Bleckmann (Anm. 57), S. 253.

⁶²⁾ BVerfGE 4, 7 (15 f.), 33, 1 (10 f.).

⁶³⁾ Eine beträchtliche Auswahl aus der umfangreichen Literatur gibt E. L. Behrendt (Anm. 35), S. 356 ff.

⁶⁴⁾ Vgl. BGH, in: NJW 1961, 1397 ff.

⁶⁵⁾ Vgl. T. Maunz u. a. (Anm. 30), zur Stelle RdNr. 18.

der Vernunft und der sittlichen Autonomie für den Menschen zu achten. Zwar kann Kant den Menschen aus vielen Bedrängungen und Manipulationsversuchen herausziehen dadurch, daß er ihn als „Zweck an sich selbst“⁷³) bezeichnet. Bedingung dafür, „Zweck an sich selbst“ zu sein, ist bei ihm allerdings „Moralität“. Also sei „Sittlichkeit und die Menschheit, sofern sie zu derselben fähig ist, dasjenige, was allein Würde hat“⁷⁴). Diese Koppelung der Würde an die Sittlichkeit läßt bezweifeln, daß primär das Menschenbild Kants für das Menschenbild des Grundgesetzes bzw. die in ihm umrissene Menschenwürde maßgeblich sein kann⁷⁵); denn nach den ethisch überzeugenden Vorstellungen des Grundgesetzes behält selbst der, der den Ansprüchen des Sittengesetzes bzw. der Menschenwürde nicht genügt, also auch der Straftäter, seine Menschenwürde und er bleibt ein Mensch⁷⁶), während er bei Kant „ohne alles moralische Gefühl... kein Mensch“ ist und sich die Menschheit „in bloße Tierheit“ auflöst⁷⁷).

Damit verbleiben zur Fundierung der Würde im Menschenbild des Grundgesetzes eigentlich nur noch christlich begründete Vorstellungen⁷⁸). Wenig hilfreich ist, in liberaler Weise zwar zugestehen, daß die geistesgeschichtliche Tradition, in der der Begriff der Menschenwürde steht, bei seiner Auslegung zu berücksichtigen sei, sie dann aber als nicht ausschließlich bestimmend zu betrachten⁷⁹) und auch keine anderen Maßstäbe anzugeben. Das muß letzten Endes interpretatorischen Beliebigkeiten Tür und Tor öffnen. Deshalb ist kurz daran zu erinnern, wie aus christlicher Sicht die Würde des Menschen allein als Gabe Gottes geglaubt werden kann und darf. Es muß also ein kurzer Blick auf die christliche „imago-dei“-Lehre geworfen werden:

4. Menschenwürde aus der „Gottesebenbildlichkeit“ des Menschen?

Im Katholizismus meint man relativ einfach, mit Hilfe eines Naturrechts über die Zerstörung der

⁷³) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Immanuel Kant, Werke in acht Büchern, hrsg. v. H. Renner, 5. Buch, Berlin o. J., S. 46.

⁷⁴) Ebd., S. 51.

⁷⁵) Vgl. K. Stern (Anm. 13), S. 7ff.

⁷⁶) Vgl. hierzu T. Rendtorff, Ethik. Grundelemente, Methodologie und Konkretionen einer ethischen Theologie. Bd. II, Stuttgart u. a. 1981, S. 107.

⁷⁷) Vgl. I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, in: Werke in sechs Bänden, hrsg. v. W. Weischedel, Bd. IV, Darmstadt 1963, S. 531.

⁷⁸) So auch E. L. Behrendt (Anm. 35), S. 96ff., die die Menschenwürde direkt aus der Präambel ableiten will.

⁷⁹) Vgl. I. v. Münch (Anm. 19), zu Art. 1 Rdnr. 11.

Gottebenbildlichkeit des Menschen durch den Sündenfall hinwegzukommen⁸⁰), obwohl doch das Wesen des Menschen nicht aus seiner „Natur“, also aus dem, was von sich aus da ist und wirkt, abgeleitet werden kann⁸¹). Darum herrscht im Protestantismus weitgehend Einigkeit, daß es sich bei der Gottebenbildlichkeit ausschließlich um einen teleologischen und nicht um einen ontologischen Begriff handelt⁸²). Die imago dei bedeute eben letzten Endes die Gemeinschaft mit Gott als „Gabe und Aufgabe“⁸³). Christlich sei deshalb die Gottesebenbildlichkeit des Menschen am Ende nur im „Urbilde Jesu Christi“ erfassbar. Sie werde dem Menschen allein „in Christus“ zuteil – also gegenüber allen anderen Geschöpfen durch den Vorrang, zur Erlösung durch Jesus Christus befähigt zu sein. Darum könne die „imago Dei im positiven Modus nichts anderes... (sein) als – der Glaube“⁸⁴).

Christlicher Glaube kann jedoch einerseits in einem säkularen Staat nicht zur Verpflichtung gemacht werden. Andererseits gehört es zur Natur des Glaubens, daß er im Kern nur freiwillig annehmbar ist. In diesem Glauben, bei dem es sich um Heil und Erlösung des Menschen und der Menschheit überhaupt handelt, gehen allerdings Christen weit über jegliche staatliche Gebote hinaus, und es gilt: „wenn alle Welt rechte Christen, das ist rechte Gläubige, wären, so wäre kein Fürst, König, Herr, Schwert noch Recht notwendig oder von Nutzen“⁸⁵). Denn Christen bringen dem Mitchristen und dem Nächsten überhaupt nicht nur Würde entgegen, sondern sogar Liebe zum(r) christlichen Mitbruder (-schwester) bzw. Nächstenliebe. Das christologisch recht verstandene

⁸⁰) Vgl. z. B. J. Höffner, Christliche Gesellschaftslehre, Kevelaer 1983⁸, S. 63 ff.

⁸¹) Vgl. M. Honecker, Das Recht des Menschen. Einführung in die evangelische Sozialethik. Gütersloh 1978, S. 107; ebenso H. E. Tödt, Art. Menschenrechte, in: ESL⁷, Sp. 897. Diese Problematik wird in der sonst protestantisch sehr engagierten Arbeit von E. L. Behrendt (Anm. 35), S. 102 ff., nicht beachtet.

⁸²) Vgl. H. Thielicke, Theologische Ethik. Bd. 1: Prinzipienlehre, Tübingen 1965³, S. 269. Etwas unscharf dagegen die aktuelle Erklärung: Gott ist ein Freund des Lebens. Herausforderungen und Aufgaben beim Schutz des Lebens. Gemeinsame Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bischofskonferenz, Gütersloh 1990³, S. 39 ff.

⁸³) H. Thielicke (Anm. 82), S. 277.

⁸⁴) Vgl. ebd. (Anm. 82), S. 323. Gegenüber dieser deutlichen Formulierung klingt es nach Verharmlosung, wenn Bleckmann hinsichtlich der Begründung der Menschenwürde aus der christlichen imago-dei-Vorstellung meint, „Würde ist damit ein Problem des Seelenheils im Verhältnis des Menschen zu Gott“. Vgl. A. Bleckmann (Anm. 57), S. 448.

⁸⁵) M. Luther, Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei, 1523, (WA 11, S. 249 f.).

Menschenbild aus der Gottebenbildlichkeit des Menschen begründet also nicht die Rechtsfigur der Menschenwürde, sondern macht sie überflüssig.

Darum kann es in der Demokratiedenkenschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland nur sehr vorsichtig und indirekt heißen, daß der „Gedanke der Menschenwürde inhaltlich eine Konsequenz der biblischen Lehre von der Gottebenbildlichkeit des Menschen als Geschöpf Gottes (Gen. 1,27)“ sei⁸⁶). Aber vollkommen resignativen Charakter hat es, wenn Wintrich bemerkt: „Vom Standpunkt des Christen aus bedeutet Menschenwürde nichts anderes, als die Säkularisierung des Gedankens der Gottebenbildlichkeit des Menschen“⁸⁷). Eine solche „sekundäre“ säkularisierte Ableitung der Menschenwürde und damit auch des Menschenbildes des Grundgesetzes wäre allerdings theologisch unbefriedigend. Denn es wäre doch zu fragen, wenn man sich derart fundamental auf einen Säkularisierungsprozeß einläßt, warum dann nicht noch weitere Säkularisierungsschritte legitim wären, um auch noch letzte christliche Elemente im Menschenbild des Grundgesetzes preiszugeben.

5. Menschenwürde als „weltliches Ding“

Wegen der Unvollkommenheit und Sünde der Christen und Nichtchristen ist jedoch aus theologischer Sicht die Existenz von Staat und Rechtsordnung vonnöten und von Gott geboten⁸⁸) – allerdings nicht, um die Menschen zum Heil zu führen, sondern um ihr Wohl zu sichern. Die in diesen staatlichen und rechtlichen Rahmen zu stellenden Begriffe der Menschenwürde und Menschenrechte sind darum also kein „sacramentum“, sondern nur ein „weltliches Ding“⁸⁹) zum irdischen Wohl dieser Welt⁹⁰), was sie aus lutherischer Sicht wie alles Weltliche und alles Recht keineswegs der Gewalt und Obhut Gottes entzieht. Genauso wie dem Staat deshalb Respekt und Achtung zuzukommen

⁸⁶) Vgl. Kirchenamt im Auftrag des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland (Hrsg.), *Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie. Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe. Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland*, Gütersloh 1985², S. 13f.

⁸⁷) Vgl. M. Wintrich, *Zur Problematik der Grundrechte*, in: Heft 71 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen 1957, S. 37.

⁸⁸) Vgl. M. Luther (Anm. 85), S. 251. Daneben vgl. die „modernere“, K. Barth folgende Begründung von Recht und darum auch Menschenrechten aus einer fragwürdigen „Analogie des Glaubens“, nach der sich Weltliches nach „Gleichnissen des Himmelreiches“ zu ordnen habe. Vgl. W. Huber/H. E. Tödt, (Anm. 24), S. 161 ff.

⁸⁹) Vgl. M. Luther, WA 10 II, S. 283.

⁹⁰) Vgl. M. Heckel, *Das Verhältnis von Theologie und Kirche zu den Menschenrechten*, in: *Beiträge aus der Militärselbsteorge*, 2/1990, S. 35.

hat, weil die Aufgaben des Schutzes, der Ordnung und der Fürsorge für den Menschen als von Gott verliehen bekannt werden⁹¹).

Diese christliche Perspektive bezüglich des einzelnen und seiner Würde bzw. bezüglich des Staates ist unabdingbar mit der Überzeugung verklammert, daß der Mensch „seine letztgültige eigene Wirklichkeit in seiner Beziehung zu Gott und nicht in der politischen Sozialität findet“⁹²). Neigt vor allem die Politik dazu, den Menschen trotz grundgesetzlicher Vorgaben als *homo politicus* vollkommen zu vereinnahmen und zu manipulieren, so gehört doch zum christlichen Menschenbild, auf das eben unübersehbar durch die invocatio dei in der Präambel hingewiesen wird, die Überzeugung: Eine „Anerkennung der Menschenwürde als ‚das Allgemeine des Rechts‘ kann nur dann eine verantwortbare rechtliche Form finden und bewahren, wenn das Bewußtsein lebendig ist, daß der Mensch dem Menschen in einem letzten Sinne nicht zur Disposition steht, die Würde des Menschen also ein ‚Jenseits‘ im ‚Diesseits‘ des Staates repräsentiert“⁹³).

Weil so der Mensch vor Gott im Letzten dem Staat unverfügbar bleibt, muß sich das z.B. exemplarisch vor allem am Recht auf Leben (Art. 2 II), an der Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 4) und der Meinungsfreiheit (Art. 5) konkretisieren⁹⁴). Darin muß sich zeigen, daß die „Würde des Menschen als Gabe Gottes . . . der Maßstab (ist), den die politische und gesellschaftliche Gestaltung des Gemeinwesens zu achten hat und dem sie nach menschlicher Einsicht gerecht werden muß“⁹⁵).

Aus diesen Wurzeln des Menschenbildes des Grundgesetzes und der so verstandenen Würde des Menschen leitet sich aber auch noch etwas Weiteres ab, was sich kaum oder nur andeutungsweise im Art. 20 IV GG niederschlägt: Wenn der Staat durch Gesetze und Gebote diesem Auftrag nicht nachkommen sollte, muß der Christ auf jeden Fall „Gott mehr gehorchen als den Menschen“ (Apg. 5, 29). Muß das nicht hinsichtlich einer christlich begründeten Menschenwürde heißen, daß für den Fall eines neuen „Gott-losen“ Grundgesetzes, in dem darum mangels bindender Fundierung mit der Menschenwürde Interpretationswillkür oder deshalb gar eine Vergewaltigung des Menschen getrieben werden sollte, nicht nur

⁹¹) Vgl. hierzu Römerbrief 13,1–7.

⁹²) Vgl. T. Rendtorff (Anm. 7), S. 220.

⁹³) Vgl. ebd., S. 232.

⁹⁴) Vgl. hierzu T. Rendtorff (Anm. 76), S. 107.

⁹⁵) Vgl. Kirchenamt im Auftrag des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland (Hrsg.) (Anm. 86), S. 14.

für den Christen sondern für jedermann Widerspruch bzw. Ungehorsam geboten ist? Ein Christ wird sich natürlich im gleichen Atemzuge darüber hinaus gegen eine nunmehr eventuell vorherr-

schende menschenunwürdige Fehlinterpretationen des Grundgesetzes im Sinne christlicher Nächstenliebe für eine Wahrung der Menschenwürde seines Nächsten einsetzen⁹⁶).

V. Schluß

Eigentlich können die bisherigen Überlegungen nur als Anregung verstanden werden, nunmehr an diversen Bestimmungen des Grundgesetzes detailliert zu prüfen, wo nun im einzelnen durch zu erwartende Änderungen des Grundgesetzes gefährliche Weichenstellungen zu Lasten des Menschen befürchtet werden müßten. Auf die die Kirche unmittelbar betreffenden Bestimmungen des Grundgesetzes (vor allem Art. 4; Art. 7 Abs. II und III oder Art. 140) wurde bereits eingangs hingewiesen.

Dem sozialetischen Duktus entsprechend wäre eigentlich nunmehr intensiver auf den Art. 2 des Grundgesetzes über die freie Entfaltung der Persönlichkeit einzugehen, der (besonders Abs. I) z. T. als geglücktes Wagnis bezeichnet wird, das sich aus dem Verfassungsleben in der Bundesrepublik nicht mehr wegdenken lasse⁹⁷). Für gewichtige Stimmen in der Verfassungsdiskussion folgt dabei aus der Menschenwürde die Vorstellung von einer „Persönlichkeit“⁹⁸).

„Persönlichkeit“ muß dabei offenbar als Begriff der christlich-philosophischen Anthropologie verstanden werden⁹⁹), was nur konsequent ist, wenn er aus einer christlich begriffenen Menschenwürde abgeleitet ist. Ebenso konsequent hatten die Väter des Grundgesetzes keine Scheu, diese freie Persönlichkeit des Art. 2 mit einem wie auch immer gearteten „Sittengesetz“ zusammenzudenken. Wenn gegenüber dieser traditionellen, historisch auf abendländisch christlichem Boden gewachse-

nen Auffassung¹⁰⁰) Ingo v. Münch aus seiner liberalen Sicht beklagt, wie „unglücklich . . . die Aufnahme des Sittengesetzes in die Schrankentrias des Art. 2 Abs. I“ sei¹⁰¹), so bleibt die Frage unbeantwortet, welche notwendigen Schranken er und andere denn sonst gegen individuelle Beliebigkeit und Vergewaltigung des Einen durch die freie Entfaltung des Anderen entgegensetzen will.

In diesem Sinne wäre es erforderlich, in der sozial-ethischen Betrachtung des grundgesetzlichen Menschenbildes alle weiteren aus Präambel und Menschenwürde fließenden Grundrechte zu erörtern, etwa so, wie sie Benda in das Menschenbild und die Wertordnung des Grundgesetzes einzeichnet: vor allem Freiheit, Gleichheit, Glaubensfreiheit, Recht der freien Meinungsäußerung und Pressefreiheit, Schutz der Familie, Versammlungs-, Vereinigungs- und Berufsfreiheit, Gewährleistung und Sozialgebundenheit des Eigentums u. a.¹⁰²).

Vielleicht haben aber diese notwendigerweise nur bruchstückhaften und selektiven Beobachtungen und Anfragen eines Theologen zum Menschenbild des Grundgesetzes zweierlei deutlich machen können: In Richtung auf Theologie und Kirche, wie wichtig es ist, sich in der jetzt anstehenden Verfassungsdebatte nicht nur durch einige wenige Kirchenjuristen zu beteiligen, sondern durch und mit der ganzen Breite ihrer Glieder. In Richtung auf den Staat, damit die im Menschenbild des Grundgesetzes verankerten Normen und Werte nicht leichtfertig beseitigt oder der Vergessenheit preisgegeben werden können. Dieses geschieht weniger aus dem Grund, daß dann Streit und Konflikt mit den berufenen Vertretern der Kirche und mit den vielen im Staat selbst engagierten Christen zu erwarten ist und der Staat nicht mehr seinen von Gott gegebenen Auftrag erfüllen kann, sondern weil sonst das Gemeinwesen als Ganzes unheilbaren Schaden nimmt.

„Sittengesetz“ als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in: G. Leibholz u. a. (Hrsg.) (Anm. 1), S. 276.

¹⁰¹) Vgl. I. v. Münch (Anm. 19), zur Stelle Rdnr. 81.

¹⁰²) Vgl. E. Benda, Der soziale Rechtsstaat, in: ders. u. a. (Hrsg.) (Anm. 8), S. 529.

⁹⁶) Vgl. H. E. Tödt (Anm. 81), Sp. 898.

⁹⁷) Vgl. I. v. Münch (Anm. 19), zu Art. 2 I Rdnr. 79.

⁹⁸) Vgl. BVerfGE 5, 85 (204ff.); vgl. ferner z. B. G. Dürig, (Anm. 55), S. 261; vgl. ebenso R. Zippelius, Art. Menschenwürde, in: ESt³, Bd. I, Sp. 2134; vgl. ebenso den Argumentationsgang in I. Kant (Anm. 76), S. 54.

⁹⁹) Vgl. G. Dürig, (Anm. 55), S. 260. Nach christlicher Auffassung ist der Begriff der Person „die in einem einzigen Wort konzentrierte Zusammenfassung dessen, was die christliche Tradition über das Sein und die Würde des Menschen zu sagen hat“. Vgl. Gott ist ein Freund des Lebens (Anm. 82), S. 42.

¹⁰⁰) Zur Bedeutung christlicher Lehren für das Sittengesetz vgl. BVerfGE 6, 389. Die Literatur hält sich hier bedeckt, sieht aber den historischen Bezug: vgl. z. B. C. Starck, Das

Dieter Blumenwitz: Wie offen ist die Verfassungsfrage nach der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands?

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 49/91, S. 3–11

Durch den Beitritt der DDR zum Geltungsbereich des Grundgesetzes wurde die deutsche Frage gelöst; die Verfassungsfrage soll aber weiterhin offen sein. Im Mittelpunkt dieser gegenwärtig sich entfaltenden Auseinandersetzung steht Art. 146 GG neuer Fassung (n.F.), in dem die einen die Chance zu einer neuen Verfassungsgebung in Deutschland, andere die Selbstpreisgabe des Grundgesetzes, den legalen Staatsstreich, sehen.

Nach Konzept und Normprogramm der Art. 4 Nr. 6, 5 Einigungsvertrag sowie nach der Logik des von der DDR bedingungslos erklärten Beitritts zum Grundgesetz, muß Art. 146 GG n.F. verfassungskonform als Verfassungsrevisionsbestimmung ausgelegt werden. Art. 146 beruft nicht das deutsche Volk zur Verfassungsgebung, sondern fordert – in Verbindung mit Art. 5 Einigungsvertrag – die an das Grundgesetz gebundenen „gesetzgebenden Körperschaften“ auf, bestimmte Verfassungsfragen einschließlich die der Anwendung des Art. 146 GG n.F., zu überprüfen.

Bei der Überprüfung der „Frage der Anwendung des Art. 146 und in deren Rahmen einer Volksabstimmung“ (Art. 5 Einigungsvertrag) sollten sich Bundestag und Bundesrat für die ersatzlose Streichung des Art. 146 GG n.F. einsetzen.

Ulrich K. Preuß: Die Chance der Verfassungsgebung

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 49/91, S. 12–19

Der Autor setzt sich mit einigen Argumenten auseinander, die in der gegenwärtigen Debatte über das Für und Wider einer neuen Verfassung gegen eine Verfassungsdiskussion vorgebracht werden. In Übereinstimmung mit dem Wortlaut des im Zuge der deutschen Einigung neu gefaßten Artikels 146 Grundgesetz hält der Autor eine ausführliche Verfassungsdiskussion und einen sich daran anschließenden Akt der Verfassungsgebung für erforderlich, weil sich Deutschland als politische Nation nicht bereits durch die staatliche Vereinigung konstituiert habe, andererseits auch nicht auf den vorpolitischen Tatbestand der ethnisch-nationalen Identität begründet werden dürfe. Auch müßten die Deutschen, die nun zu einem Großstaat im Herzen Europas geworden seien, ihre neue Rolle in der Weltpolitik noch lernen, und auch dazu sei eine ausführliche Verfassungsdiskussion förderlich und erforderlich. Schließlich sei auch die Gelegenheit, die Themen und Politikformen der nachindustriellen Gesellschaft, wie sie vor allem von den neuen sozialen Bewegungen ins öffentliche Bewußtsein gehoben worden seien, aufzugreifen und institutionelle Folgerungen zu ziehen. Gegen das Argument, eine neue Verfassung würde wahrscheinlich Verbürgungen enthalten, die nicht eingeklagt werden könnten (z.B. soziale Rechte), macht er geltend, daß nicht nur die Gerichte, sondern auch die anderen Staatsorgane für die Verwirklichung von Rechten verantwortlich seien, so daß Verfassungsrechte auch dann Sinn machten, wenn Gerichte nicht die Hauptrolle bei ihrer Durchsetzung spielten. Am Beispiel der Abtreibungsdebatte zeigt er die Grenzen und Möglichkeiten einer Verfassung im Felde moralisch hochkontroverser Auseinandersetzungen.

Peter Badura: Staatsaufgaben und Teilhaberechte als Gegenstand der Verfassungspolitik

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 49/91, S. 20–28

Die Integrations- und Aufbauziele, die mit der Wiedervereinigung Deutschlands gestellt sind, schließen die Frage einer Verfassungsreform ein. Vielgestaltige Bestrebungen und Programme, bestärkt durch die Empfehlungen in Art. 5 des Einigungsvertrages, haben eine breite verfassungspolitische Auseinandersetzung hervorgerufen. In dem durch Bundestag und Bundesrat eingesetzten „Gemeinsamen Verfassungsausschuß“ findet die Verfassungsdebatte ein organisatorisch wirkungsvolles Forum.

Ein Hauptthema der Reformdiskussion sind die Staatsaufgaben und ihre verfassungsrechtliche „Verankerung“. Soziale und politische Rechte wollen der so ausgezeichneten Staatsaufgabe, zumindest den Worten nach, eine subjektive Rechtszuweisung hinzufügen, wie z.B. das alte Postulat eines „Rechts auf Arbeit“ oder das neue „Recht auf Mitbestimmung“. Staatszielbestimmungen dagegen wollen eine hauptsächlich den Gesetzgeber bindende Vorrangfixierung bestimmter Staatsaufgaben, wie z.B. eine Staatszielbestimmung „Umweltschutz“; die Aufgabennorm kann mit detaillierteren Gesetzgebungsaufträgen verbunden werden. Da auch soziale Rechte regelmäßig gesetzlicher Ausgestaltung bedürfen, sind sie letztlich verkappte Staatszielbestimmungen auf einem engeren Feld.

Entgegen dem ersten Anschein ist die wesentliche verfassungspolitische Frage, die durch neue Staatszielbestimmungen aufgeworfen wird, nicht der konsensfähige materielle Inhalt der Norm – etwa die Wünschbarkeit eines wirksamen Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen –, sondern die Konsequenz, die eine solche Norm für die Funktion der gesetzgebenden Gewalt und für die Gewaltenteilung – insbes. für die Reichweite der Rechtsprechung – hätte.

Walter Leisner: Verfassungsreform des öffentlichen Dienstrechts?

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 49/91, S. 29–36

Das Grundgesetz war in der letzten Zeit vor der Wiedervereinigung eine „beruhigte Verfassung“. Die immer selteneren Verfassungsänderungen waren vergleichsweise marginale Anpassungen, größere Verfassungsreformen hat es nicht mehr gegeben. Heute fragt es sich, ob die Wiedervereinigung ein Anlaß sein sollte zum „verfassungsrechtlichen Aufräumen“; politische Kräfte sehen die Chance, unerfüllte Alt-Forderungen im Gefolge der einigungsbedingten Adaptierungen durchzusetzen. Hier ist jedoch Behutsamkeit das beste, insbesondere im Bereich der Grundrechte, und es ist erfreulich, daß gerade im stets kontroversen Eigentumsbereich wohl die Fortentwicklung vor allem dem Bundesverfassungsgericht überlassen bleiben soll; das gilt auch für viele andere Sektoren.

Eine herausragende und folgeschwere Forderung ist die nach der Aufhebung der Verfassungsgarantien des Berufsbeamtentums; ihre Erfüllung würde wohl dessen Auflösung einleiten. Damit, daß es in der ehemaligen DDR keine Beamten gegeben hat, läßt sich dies nicht begründen – im Gegenteil: Dies gerade zeigt, daß der Rechtsstaat Beamte braucht. Das Berufsbeamtentum aufzugeben, ist auch nicht ein notwendig vorgegebener „Weg nach Europa“, weil etwa den Partnerländern derartige Einrichtungen weitgehend fremd seien. Das deutsche Beamtentum ist für sie eher ein Vorbild als ein Fremdkörper. Schließlich sollte die in manchen Bereichen unstreitig sinnvolle Privatisierung öffentlicher Aufgabenerfüllung kein Vorwand sein, an dem seit Generationen bewährten Beamtenstatus zu rütteln, der überall da notwendig ist, wo der Rechtsstaat geordneten Gesetzesvollzug durch Bedienstete verlangt, die gegen wachsende parteipolitische und gesellschaftliche Pressionen gesichert sein müssen, und wo der Sozialstaat fordert, daß dem Bürger die Leistungen der Gemeinschaft unbedingt verlässlich erbracht werden. Der „Beruf (gerade) unserer Zeit zur Verfassungsgebung“ sollte selbstkritisch überdacht werden. Das größere Deutschland braucht ein festes Fundament.

Andreas Pawlas: Grundgesetz und Menschenbild. Anfragen zu Präambel und Artikel 1 des Grundgesetzes

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 49/91, S. 37–46

Die deutsche Vereinigung und namentlich der Einigungsvertrag machen eine Diskussion über eine neue Verfassung bzw. Revision des Grundgesetzes erforderlich. Nun ist für das gesamte Verfassungswerk, für die Grundrechte und für alle weitere Gesetzgebung das in der Verfassung zum Ausdruck kommende Menschenbild entscheidend. Es findet sich hauptsächlich in der Präambel und dem ersten Artikel des alten Grundgesetzes. Auch das Bundesverfassungsgericht nimmt auf dieses Menschenbild Bezug.

Die Väter der Verfassung haben 1949 das Grundgesetz und die Grundrechte im Gegensatz zur Weimarer Verfassung bewußt nicht „wertneutral“ konzipiert, sondern im Sinne einer „objektiven Wertordnung“, und zwar „anthropozentrisch“ mit der Würde des Menschen als „obersten Wert“. Das war auch im Sinne derjenigen Kräfte, die damals die Gesellschaft nachhaltig prägten, der Kirchen, und hatte seine Begründung in der Frontstellung gegen vergangenen Totalitarismus und Kollektivismus.

Gegenwärtig ist dagegen zu fragen, ob sich auch heute noch im vereinigten Deutschland die Menschen so vor Gott sehen, wie es in der Präambel des Grundgesetzes festgehalten ist. Die dort festgeschriebene invocatio dei muß eben als Ausdruck eines traditionellen christlichen Menschenbildes verstanden werden. Folge der emanzipatorischen Umbrüche in den siebziger Jahren ist jedoch eine gewisse Distanzierung zu solchen Einstellungen bzw. die Forderung nach Abschaffung der invocatio dei, weil man von einem anderen Menschenbild ausgehen will.

Bei einer Abschaffung des überkommenen Menschenbildes muß allerdings gefragt werden, wie die im Grundgesetz maßgebliche Würde des Menschen verankert werden kann. Denn die Menschenwürde ist ein theologisches und staatsrechtliches Novum, das im Parlamentarischen Rat offenbar vor allem aus dem Menschenbild Kants und der christlichen „imago-dei“-Lehre entnommen wurde. Da nach Kant nur der moralische Mensch Würde hat, die Verfassung aber auch die unmoralischen zu schützen hat, verbleibt im Kern zur Begründung der Menschenwürde nur das christliche Menschenbild: Der Mensch als Ebenbild Gottes. Da das aber letztlich ein Bekenntnis des Glaubens ist, der säkulare Staat aber nicht von jedermann Glauben fordern kann, verbleibt nur, Menschenwürde als „weltliches Ding“ zu betrachten. Ihre Unverfügbarkeit ist dann am Ende nur daraus abzuleiten, daß der Mensch dem Menschen in einem letzten Sinne um Gottes willen nicht zur Disposition steht.