

Dian Schefold

Reichsgründungstag

Nun gibt es den neuen Tag der deutschen Einheit, den 3. Oktober, als Feiertag, der die Vollendung des deutsch-deutschen Einigungsprozesses markiert. Die langjährige und für viele oft quälende¹ Problematik des 17. Juni, des bisherigen Tages der deutschen Einheit, ist überwunden, aufgehoben. Das mag seinen Sinn haben. Niemand wird die geschichtliche Bedeutung des Tages des gescheiterten Aufstands von 1953 mindern wollen; es gilt, ihn als Tag der Erinnerung und Besinnung gegenwärtig zu behalten, ähnlich wie die andern so bedeutsamen Gedenktage des 8. Mai und des 13. August. Aber Feiertage? Als solche sind sie zu belastet. Jetzt dagegen mag man die Einheit der Staaten in Deutschland feiern.

1. Nur, gab es das nicht schon? Das pompöse und machtsstaatlich auftrumpfende Kaiserreich wußte mancherlei zu feiern – etwa Kaisers Geburtstag und den Sedan-tag². Aber der Kanon solcher nationaler Feste war noch nicht geschlossen, namentlich nicht gesetzlich festgeschrieben.³ Eine herausragende Rolle darin nahm der Reichsgründungstag ein, der Tag der Kaiserproklamation Wilhelms I. am 18. Januar 1871 im Spiegelsaal von Versailles.⁴ Seitdem war der Reichsgründungstag Tag der deutschen Einheit. Jährlich wurde er begangen, inoffiziell von den Haupt-Nostalgikern jener Reichsgründung, namentlich studentischen Korporationen, bis zur Gegenwart, offiziell bis zur Überlagerung durch die noch pompöseren Fest- und Gedenktage des Dritten Reichs.⁵ Aber noch Rudolf Smends Rede über »Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht« vom 18. Januar 1933⁶ läßt erkennen, daß und wie jener Reichsgründungstag Gedenktag eines Staates sein konnte, mit dem sich der Bürger identifizieren mochte, auch zur Verteidigung der Weimarer Republik. Insofern knüpft der 3. Oktober als Tag der erfolgreichen deutschen Einheit weniger

¹ So etwa P. Häberle, Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, Berlin 1986, S. 39; H. Krüger, Von der Staatspflege überhaupt, in: H. Quantsch (Hrsg.), Die Selbstdarstellung des Staates, Berlin 1977, S. 21 (48 f.); H. Quantsch, Probleme der Selbstdarstellung des Staates, Tübingen 1977, S. 23 f.

² Vgl. W. Gebhardt, Fest, Feier und Alltag, Frankfurt 1987, S. 123 ff.

³ So erwähnt noch Graf Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 22. Aufl. Berlin 1914, S. 419 f., nur die Sonntage und die kirchlichen Feiertage nach Maßgabe des Landesrechts; vgl. auch G. Kaisenberg, Artikel 139. Feiertagsschutz, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, Berlin 1930, S. 428 (435). Trotz zahlreicher Anregungen patriotischer Bürger beschloß der Reichstag (I. Legislaturperiode, IV. Session, 38. Sitzung) am 24. 5. 1873 (Stenogr. Berichte S. 798), daß die Anordnung eines Nationalfestes durch die Reichsregierung nicht als angemessen erscheine.

⁴ Zum äußeren Hergang E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3, 3. Aufl. Stuttgart 1988, S. 753 f.; vgl. unter Einbeziehung der bildlichen Darstellung Anton Werners Jürgen Hartmann, Staatszeremoniell, Köln 1988, S. 56.

⁵ Gesetz über die Feiertage vom 27. 2. 1934 (RGBl. I, S. 129), das den (in der Weimarer Zeit nur in einzelnen Ländern als Feiertag anerkannten) 1. Mai, den Heldengedenktag und den Erntedanktag den religiösen Festen an die Seite stellte.

⁶ Berlin 1933; jetzt in: R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. Berlin 1968, S. 309 ff.

an die Tradition des erfolglosen 17. Juni, als an die des geschichtsbestimmenden 18. Januar an und verleitet zu einem Vergleich der beiden Einigungsprozesse.

Die Reichsgründung vom 18. Januar 1871 war der Zielpunkt einer Entwicklung, die mit der Auflösung des alten Deutschen Bundes von 1815 begonnen hatte und sich zunächst in der Gründung des Norddeutschen Bundes unter preußischer Hegemonie ankündigte⁷: Erst durch Bündnisvertrag vom 18. August 1866, dann, freilich nach Wahl eines konstituierenden Reichstags, durch Verfassung des Norddeutschen Bundes, vereinigten sich die Fürsten bzw. Senate der norddeutschen Staaten⁸ zu neuer staatlicher Einheit. Auf Grund der Friedensverträge Preußens mit den süddeutschen Staaten war diese von Anfang an auf gesamtdeutsche Erweiterung, allerdings nun kleindeutscher Art unter Ausschluß Österreichs, angelegt. Folglich kam es im deutsch-französischen Krieg 1870 sogleich zu Verhandlungen des Norddeutschen Bundes – praktisch Preußens – mit den süddeutschen Regierungen. Deren erfolgreicher Abschluß in den Novemberverträgen von 1870, in denen die erforderlichen Abweichungen von der Verfassung des Norddeutschen Bundes vereinbart wurden⁹, führte einerseits zum Angebot der Kaiserkrone an Wilhelm I. durch den bayerischen König Ludwig II.¹⁰, andererseits zu entsprechenden Anpassungen jener Norddeutschen Bundesverfassung, namentlich zur Einführung der Bezeichnungen »Deutsches Reich« und »Deutscher Kaiser.«¹¹ Auf dieser Grundlage erfolgte am 18. Januar 1871 in Versailles die Kaiserproklamation und damit die Reichsgründung. Nach der Wahl des gesamtdeutschen Reichstags erwies es sich dann als nötig, die verschiedenen vereinbarten Verfassungstexte zusammenzufassen. Das war der Sinn des Erlasses der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871.¹²

Entscheidende Schritte waren somit die Fürsteneinigungen von 1866 und 1870, gipfelnd in der Kaiserproklamation und Reichsgründung. Die Verfassungsgebung erst im Norddeutschen Bund, dann in den Einigungsverträgen, dann im Deutschen Reichstag hatte diese Schritte jeweils nachzuvollziehen. Sie trat hinter ihnen, und vor allem hinter dem 18. Januar 1871, in ihrer Bedeutung ganz zurück. So war es folgerichtig, daß von einem eigentlichen Verfassungstag des Deutschen Reichs kaum gesprochen werden konnte. Die Verfassung hatte für die Entstehung des Reichs eine nur instrumentale Funktion. Reichsgründung und Reichsgründungstag dagegen verloren mit dem Übergang zur Republik 1918 ihre Funktion nicht, sondern wurden in der Weimarer Republik weiter begangen. Deren Verfassung vom 11. August 1919, im Reichsgesetzblatt wie ihre Vorgängerin inmitten von Erlassen beliebiger Art an beliebiger Stelle veröffentlicht, war ebenfalls Nachvollzug der 1871

7 Vgl. zu den historischen Vorgängen und ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung aus der zeitgenössischen Literatur G. Anschütz, *Deutsches Staatsrecht*, in: F. von Holtzendorff/J. Kohler, *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. Bd. 2, Leipzig 1904, S. 449 (502 ff.); P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, 5. Aufl. Tübingen 1911, S. 39 ff.; von heute her gesehen E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte* Bd. 3 (zit. Anm. 4), S. 515 ff., 644 ff.

8 Daß sie, wie in den Präambeln sowohl der Norddeutschen Bundesverfassung, wie der Reichsverfassung von 1871, ausdrücklich gesagt, Paviszenten waren, galt als zentrale Grundlage des deutschen Verfassungsrechts; so allen voran Laband, a. a. O., S. 97 ff. und der Wortlaut der Kaiserproklamation vom 18. 1. 1871, abgedruckt bei E. R. Huber (Hrsg.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte* Bd. 2, 3. Aufl. Stuttgart 1986, S. 354 Nr. 235 mit ausführlicher Dokumentation der Vorgeschichte; abmildernde Interpretation freilich bei Huber, *Verfassungsgeschichte* Bd. 3 (zit. Anm. 4), S. 669 ff., 788 ff.

9 Abgedruckt bei E. R. Huber, *Dokumente* Bd. 2, a. a. O., S. 326 ff. Nr. 219 ff.

10 Im »Kaiserbrief« vom 30. 11. 1870, abgedruckt bei E. R. Huber, *Dokumente* Bd. 2, a. a. O. S. 349 Nr. 229. Darauf folgte erst das Angebot der Kaiserkrone durch die – vom Monarchen zunächst dilatorisch beschiedene – Deputation des Reichstags (Huber, a. a. O. S. 353 ff. Nr. 233 ff.), dann nach weiteren Erörterungen unter den Fürsten und mit Bismarck die Annahme der Krone und die Kaiserproklamation, Huber a. a. O. S. 369 ff. Nr. 248 ff.

11 Beschlüsse von Bundestag und Reichstag vom 9./10. 12. 1870, bei E. R. Huber, a. a. O., S. 352 Nr. 232.

12 RGBl. S. 63, auch bei E. R. Huber, a. a. O., S. 384 Nr. 261.

geschmiedeten Einheit, nur in anderer Form.¹³ So konnte sich der Verfassungstag, trotz Anstrengungen im Reich und in einzelnen Ländern, auch in der Weimarer Republik nicht als Nationalfeiertag durchsetzen. Versuche, ihn reichsgesetzlich festzuschreiben, scheiterten¹⁴ und konkurrierten noch jetzt mit Bestrebungen, den 18. Januar als Nationalfeiertag reichsgesetzlich zu verankern.¹⁵ Praktisch behielt dieser seine Bedeutung.¹⁶

Mehr noch: der 18. Januar war als Reichsgründungstag nicht beliebig, sondern gezielt festgelegt. Es handelte sich um ein historisches Schlüssel-Datum der preußischen Monarchie, den Krönungstag des ersten Königs von Preußen 1701.¹⁷ Wilhelm I. hatte bewußt an ihn angeknüpft, als er seinerseits sich am 18. Januar 1861 in Königsberg krönen ließ.¹⁸ Auch diese Krönung hatte ihre Funktion in der Herausbildung der modernen preußischen Monarchie. Sie geschah in der Anfangsphase des Verfassungskonflikts, als auf Grund der Organisations- und Kommandogewalt des Monarchen trotz fehlender haushaltsrechtlicher Absicherung im Zug der Heeresreform die neuen Regimenter bereits gebildet waren, mochte dies auch vorerst als Provisorium erscheinen und der Konflikt mit dem Abgeordnetenhaus noch nicht in voller Schärfe entbrannt sein. Aber durch die Teilnahme der Fahnen der neuen Regimenter an der Krönungsfeier war dokumentiert, daß der Monarch die Bestimmung darüber beanspruchte, ungeachtet parlamentarischer Rechte und der Verfassung.

Zehn Jahre später hatte sich die preußische Heeresorganisation nicht nur durchgesetzt, sondern bewährt. Daß die Proklamation von Kaiserwürde und Reichseinheit an diesem Tag erfolgte, drückte somit nicht nur den Vorrang der Kaiserproklamation innerhalb des Einigungsprozesses, sondern auch in Abwehr parlamentarischer und konstitutioneller Ansprüche aus¹⁹: die Einheit realisierte sich nicht auf Grund der und durch die Verfassung, sondern unabhängig davon, ja ihr zum Trotz.

2. Und 1990? Auch hier warf die Bewegung, die den zweiten deutschen Staat in seinem sich von der Bundesrepublik absetzenden Selbstverständnis in Frage stellte und schließlich beseitigte, die Verfassungsfrage auf. Demokratisierung und rechtsstaatliche Sicherung – das war mit der bisherigen DDR-Verfassung kaum zu machen; es erforderte ein verbindlicheres, die Berücksichtigung tatsächlich vorhandener demokratischer Bestrebungen besser gewährleistendes Verfassungswerk. Das war ein Ausgangspunkt des Runden Tisches und führte zur Einsetzung der Arbeitsgruppe für die neue Verfassung; diese legte einen Entwurf vor, der inzwischen auch im Westen Deutschlands wenigstens zu Kenntnis genommen worden ist.²⁰ Entsprechend ist auch in der Bundesrepublik der Ruf nach Vereinigung durch und mit Verfassungsgebung vielfach vernehmbar geworden.²¹

13 So E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 6, Stuttgart 1981, S. 25 ff. (27 f.), mit Nachweisen der ganz überwiegenden Lehre Anm. 8.

14 Vgl. die Darstellung und Übersicht bei Kaisenberg, Art. 139 (zit. Anm. 3), S. 440, 444 ff.; G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Kommentar, 14. Aufl. Berlin 1933, zu Art. 6 Anm. 1 mit Fußn. 2 S. 73; dazu Quaritsch, *Probleme* (zit. Anm. 1), S. 24.

15 Kaisenberg, a. a. O., S. 446, vgl. insb. Reichstags-Drucksache, III. Wahlperiode 1924/25, Nr. 982 II b und dazu Reichstags-Protokoll III. Wahlperiode, 25. Sitzung vom 16. 6. 1925, Bd. 386, S. 2360 ff. (Ablehnung mit 193 gegen 138 Stimmen).

16 Vgl. Smend (zit. Anm. 6), S. 309, 324 f.

17 Vgl. Preußen – Versuch einer Bilanz. Katalog der Ausstellung Berlin, Reinbek 1981, Bd. 1, S. 113 ff.

18 E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte* Bd. 3 (zit. Anm. 4), S. 288 ff.; vgl. D. Schefold, *Verfassung als Kompromiß?* Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 1981, S. 137 f.

19 Vgl. oben Anm. 8; nicht zu Unrecht spricht H.-U. Wehler, *Das Deutsche Kaiserreich 1871–1918*, 4. Aufl. Göttingen 1980, S. 60 von der »Imitation einer Heerkaiserwahl«.

20 Insofern wichtig u. a. namentlich die Dokumentaion KJ 1990, S. 222 ff. mit dem Verfassungstext, Einleitung von U. K. Preuß sowie den Aufrufen zu einer entsprechenden Verfassungsdiskussion.

21 Dazu außer den Genannten etwa die Beiträge in IDFE – Initiative Demokratie Entwickeln e. V. (Hrsg.):

Aber die tatsächliche Entwicklung ist anders verlaufen, in den beiden Etappen des Vertrags über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990²² und des Einigungsvertrags vom 31. August 1990.²³ Beide Verträge sind, wenn auch im Rahmen der besonderen deutsch-deutschen Beziehungen, zwischenstaatlicher Art; daher sind sie mit den Zustimmungsgesetzen auch im Bundesgesetzblatt Teil II abgedruckt. Sie wurden von Regierungsvertretern ausgehandelt, formuliert, beschlossen, wobei die Währungsunion jedenfalls auf der Seite der Bundesrepublik unter fast völligem Ausschluß der parlamentarischen Opposition ausgehandelt wurde. Gewiß, sie unterlagen parlamentarischer Genehmigung – aber eben der für Verträge typischen Genehmigung ex post, nicht der parlamentarischen Ausarbeitung und Beschlußfassung, wie sie für Rechtserzungsakte charakteristisch ist. Sie sind schon von dieser Genese her nicht Ergebnis der Ausübung verfassungsgebender Gewalt des Volkes, sondern auswärtiger Gewalt primär der Regierung, an der das Parlament nachträglich beteiligt wird.

3. Vom Inhalt her mögen die Verträge weithin technischer Natur erscheinen. Aber der Schein trügt.

Indem der Vertrag über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion die entsprechenden Regelungen der DDR denen der Bundesrepublik anglich, legte er ein bestimmtes Modell zugrunde, das in Art. 2 Abs. 1 Satz 1 des Vertrags ausdrücklich benannt ist: das der freiheitlichen, demokratischen, föderativen, rechtsstaatlichen und sozialen Grundordnung. Für die DDR bedeutete dies eine einschneidende Änderung des bis dahin geltenden Verfassungsrechts; darauf weist auch Art. 2 II des Vertrags ausdrücklich hin. Es verstand sich daher von selbst, daß die Genehmigung des Vertrags in der DDR Verfassungsänderungen erforderte. Für die Bundesrepublik war das, in formeller Hinsicht, anders: die vereinbarte und angestrebte Ordnung ist die in der Bundesrepublik existierende. Aber nicht (nur) die vom Grundgesetz vorgeschriebene! Denn vor den erwähnten Grundsätzen schreibt der Vertrag als Grundlage der Wirtschaftsunion die Soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien vor, mit Spezifizierung im einzelnen (Art. 1 III) und Folgerungen in allen Teilen des Vertrags, namentlich im Gemeinsamen Protokoll über Leitsätze, die die Maximen der Sozialen Marktwirtschaft im einzelnen als Grundlage gemeinsamer künftiger Währungs-, Wirtschafts- und Sozialpolitik festlegen. Nun sind diese Grundsätze mit dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vereinbar. Aber sie sind, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach ausgesprochen hat²⁴, vom Grundgesetz nicht gefordert und nicht dessen einzig verfassungsrechtlich zulässige Konkretisierung. Dennoch wurden sie nun nicht mehr nur einfach-gesetzlich, sondern vertraglich und damit für die Bundesrepublik verbindlich festgeschrieben, und diese Verbindlichkeit wurde, zusätzlich, im andern deutschen Staat verfassungsrechtlich verankert. Mögen diese Verbindlichkeit und Verankerung mit der vollständigen Einigung auch als äußere Bindungen weggefallen sein – gerade für die Übergangszeit sind dadurch faktische Verhältnisse geschaffen worden, die die künftige nicht nur wirtschaftliche, sondern

In neuer Verfassung, Bonn 1990, und in Gewerkschaftliche Monatshefte 1990 Heft 10, S. 609 ff.; vgl. auch U. Storost, Das Ende der Übergangszeit, Der Staat 1990, S. 321 ff.; T. Evers, Zivilgesellschaft und direkte Demokratie in gesamtdeutscher Verfassung, in: Vorgänge, Dez. 1990. In grundsätzlicher Hinsicht vgl. namentlich P. Haberle, Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands, JZ 1990, S. 358 ff.; U. K. Preuß, Revolution, Fortschritt und Verfassung, Berlin 1990. Zu meiner Position verweise ich auf D. Schefold, Problemi dell'unità tedesca, Politica del Diritto 1990 Heft 3.

²² Gesetz vom 25. 6. 1990 (BGBl. II, S. 518).

²³ Gesetz vom 23. 9. 1990 (BGBl. II, S. 885).

²⁴ BVerfGE 4,7 (17 ff.); 50,290 (336 ff.).

auch verfassungsrechtliche Regelung weitgehend bestimmt und vorweggenommen haben: »tatsächliche Machtverhältnisse« im Sinn des berühmten Vortrags Ferdinand Lassalles »Über Verfassungswesen«²⁵, die den realen Verfassungsinhalt geprägt haben – aber die nicht als Verfassungsnormen und nicht in einem Verfahren der Verfassungsgebung entstanden sind.

Auch der Einigungsvertrag ist vom Hauptteil seines Inhalts her nicht auf Verfassungsgebung, sondern auf den Beitritt der ostdeutschen Länder, die an die Stelle der DDR treten, ausgerichtet; an herausragender Stelle (Art. 2) wird der Tag des Beitritts, der Deutschen Einheit, als gesetzlicher Feiertag festgeschrieben. Hauptinhalt des Vertrags sind folglich Modalitäten dieses Beitritts. »Was am 3. Oktober zum alt-neuen staatlichen Gehäuse aller Deutschen zusammenwachsen wird, braucht weder eine neue Verfassung noch einen neuen Namen noch irgendwelche Volksabstimmungen«.²⁶ Man wird dies als Leitidee des Einigungsvertrags verstehen dürfen. Allerdings, da gab es grundgesetzliche Bestimmungen, die entgegenstanden; sie mußten angepaßt werden. Dem dienen die – wenigen – im Vertrag²⁷ vorgesehenen Änderungen einzelner Bestimmungen des Grundgesetzes. Sie erforderten, daß im Zuge der parlamentarischen Genehmigung des Vertrags auch diese Änderungen mit der von Art. 79 II GG geforderten Mehrheit verabschiedet worden sind. Aber, wie 1870/71, nicht das Datum dieser Verfassungsänderung, das des Beitritts ist Tag der Deutschen Einheit.

4. Dennoch: das derart abgeänderte Grundgesetz soll das neue, geeinte Deutschland verfassen. Nach der in anderen Teilen geänderten, aber insoweit nur stilistisch angepaßten Präambel »hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben«. Der Abschluß des Staatsvertrags durch die Unterhändler und seine Billigung durch die gesetzgebenden Körperschaften wird idell dem Volk zugerechnet; es soll daran, mit Einschluß des Änderungsverbots des Art. 79 III, real (weiterhin) gebunden sein. Kein Wunder, daß diese ungewöhnliche Methode der Verfassungsänderung bereits das Bundesverfassungsgericht beschäftigt hat – aber weniger unter dem Aspekt, daß eine Wiedervereinigung eine echte Neukonstituierung im Sinn des bisherigen Art. 146 GG erfordere, als mit dem Ziel der Infragestellung durch den Einigungsvertrag geschützter Enteignungen in der SBZ/DDR.²⁸

Allerdings läßt der Einigungsvertrag ein Schlupfloch offen. Art. 146 GG, bisher unverzichtbar wegen des provisorischen Charakters des Grundgesetzes und der deutschen Spaltung, wird ebenfalls angepaßt, aber, auch »nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands«, nicht aufgehoben. Sondern das Grundgesetz »verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine neue Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist«. Dazu werden in Art. 5 des Einigungsvertrags den gesetzgebenden Körperschaften einige Verfassungsänderungen zur Überprüfung ans Herz gelegt, darunter die Anwendung des Art. 146 »und in deren Rahmen einer Volksabstimmung«. Was soll, was kann das bedeuten? Die Vorläufer-Bestimmung des Art. 146 in der Fassung von 1949 war in ihrer Funktion eindeutig: das westdeutsche Teilvolk sollte und wollte die verfassungsgebende Gewalt des gesamtdeutschen Volkes nicht usurpieren; wie diese

²⁵ Berlin 1862, Neudruck Darmstadt 1958, S. 27 ff.

²⁶ Fk. in: FAZ Nr. 203 vom 1. 9. 1990, S. 1.

²⁷ Art. 4 mit der bezeichnenden (freilich insb. im Hinblick auf die Änderung der Summenverhältnisse im Bundesrat keineswegs zwingenden, sondern politischem Kalkül entspringenden) Überschrift »Beitrittsbedingte Änderungen des Grundgesetzes«.

²⁸ Vgl. vorerst die Pressenotizen über den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 5. 9. 1990, 2 BvR 1150/90, NJW 1990 Heft 42 S. IX, und JZ-Gesetzgebungsdienst 1990 Nr. 16 S. 62.

sich betätigen möge, war der Regelungsgewalt des Grundgesetzes und seiner Väter auch nach deren eigenem Selbstverständnis entzogen.²⁹ Jetzt dagegen ist »das gesamte deutsche Volk« ausweislich der Präambel und des Art. 146 durch das Grundgesetz verfaßt. Wie das Grundgesetz geändert werden kann, ergibt sich aus Art. 79. Hier freilich ist von Änderungen durch Gesetz mit bestimmten Erschwernissen und Grenzen die Rede, nicht aber von einer freien Entscheidung des deutschen Volkes. Also bleibt dessen verfassungsgebender Gewalt kein Raum. Was soll da die Neufassung des Art. 146? Drei Lesarten scheinen möglich.

a) Zunächst läßt sich schlicht die rechtliche Inhaltsleere der Bestimmung konstatieren und kritisieren. Angesichts der präzisen Regelung des Art. 79 (und der übrigen Vorschriften über die Gesetzgebung) ist eine Neukonstituierung nur im Rahmen und gemäß den Verfahren, die das Grundgesetz vorsieht, zulässig; jeder andere Verfassungsgebungsstande das Grundgesetz im Wege und müßte es sich entgegenstellen.³⁰

b) Sodann läßt sich allerdings fragen, ob der Rekurs auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes nicht, entsprechend den Erfahrungen der Bundesrepublik Deutschland, auch eine Bescheidung und Bescheidenheit des normativen Verfassungsgebers ausdrücken kann. Daß die demokratische Legitimität des Grundgesetzes von 1949 prekär, anfechtbar ist, läßt sich ebenso wenig bestreiten wie die Tatsache, daß sich dieses Grundgesetz durch Akzeptanz im deutschen Volk eine Legitimität verschafft hat, die letztlich eine Ursache des Einigungsprozesses und der Akzeptanz des Grundgesetzes auch im Rahmen dieser Einigung ist.³¹ Insofern schafft nicht ein irgendwie geartetes formelles Verfahren freier Entscheidung Legitimität, sondern die freie Entscheidung bewährt sich in ihrer täglichen Wiederholung, dem »plébiscite de tous les jours«. Beziehen sich Präambel und Art. 146 GG neuer Fassung hierauf, so relativieren sie mit der Relevanz der historischen Entstehung des Grundgesetzes auch die formellen Verfahren der Änderung oder Ersetzung: nicht auf diese Verfahren allein, sondern auf die realiter freie Entscheidung und Akzeptanz wie in bezug auf das Grundgesetz, so auch hinsichtlich einer eventuellen neuen Verfassung, soll es ankommen.

c) Freilich wirft dies die naheliegende Frage auf, wie Entscheidung und Akzeptanz festgestellt werden sollen, wenn die verfassungsrechtlich dafür vorgesehenen Verfahren und Garantien außer Betracht bleiben. Damit gewinnt eine dritte Lesart des Art. 146 GG neuer Fassung Konturen, wonach die freie Entscheidung des Volkes nicht die rechtlich geregelte, sondern eine Entscheidung in einer konkreten Situation ohne normative Vorgabe, also primär davon frei, ist: eine tatsächlich oder vorgeblich demokratisch gewendete Spielart des Decisionismus.³² Insofern wäre abstrakt an Plebiszite zu denken; konkret rücken dann neben Beispielen aus Frankreich

²⁹ Vgl. zu dieser im Vorfeld der Wiedervereinigungsdiskussion höchst umstrittenen Bestimmung statt aller Häberle (zit. Anm. 21), JZ 1990, S. 358 (359 f.) m. Nachw. Anm. 15; neuerdings Storost (zit. Anm. 21), Staat 1990, S. 321 ff.; J. Seifert, Klassenkampf von rechts oder Modernisierung des Grundgesetzes? GMH 1990, S. 614 ff.

³⁰ Zum abschließenden Charakter der Art. 76 ff. GG im Hinblick auf (unmittelbar entscheidende) Volksabstimmungen, entgegen der rechtspolitisch allerdings wichtigen These von C.-H. Obst, Chancen direkter Demokratie in der Bundesrepublik, Köln 1986, S. 249 ff., vgl. D. Schefold, Politische Mitwirkung der Bürger auf Landesebene, ZParl 1989, S. 425 (427 m. Nachw. Anm. 11); auch Art. 5 des Einigungsvertrags richtet sich dementsprechend an die »gesetzgebenden Körperschaften des vereinten Deutschlands«. J. Seifert, GMH 1990, S. 614 (616 ff.), der die Neufassung des Art. 146 im oben und in Anm. 21 zitierten Sinn positiver einschätzt als die hier vertretene Deutung, spricht sich S. 619 f. ebenfalls für qualifizierte Mehrheitsfordernisse aus.

³¹ Vgl. R. Mußgnug, Zustandekommen des Grundgesetzes, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, Heidelberg 1987, S. 219 (253 ff.).

³² Im Sinn von Carl Schmitt, Verfassungslehre, Berlin 1928, S. 75 ff.; dazu neuerdings P. Pasquino, Die Lehre vom »pouvoir constituant« bei Emmanuel Sieyès und Carl Schmitt, in: H. Quaritsch (Hrsg.),

bonapartistischer oder gaullistischer Art deutsche Parallelen ins Blickfeld, wobei die Akklamation des 18. Januar 1871 noch die harmlosere, die »Volksabstimmung« vom 12. November 1933³³ (als erste einer Serie) die drastischere Variante ist. Niemand wird den Unterhändlern des Einigungsvertrags und Vätern des neuen Art. 146 den Willen zu solchen Praktiken unterstellen wollen.³⁴ Aber haben sie bedacht, was die verfassungsrechtliche Legitimation »freier Entscheidung« auch entgegen den verfassungsrechtlich vorgesehenen Entscheidungsverfahren bewirken kann? Mag sich jemand etwa die Anberaumung einer Volksbefragung über eine von der Bundesregierung ausgearbeitete völlig neue Verfassung als Anwendungsfall des Art. 146 als legitim vorstellen? Die Problematik, nein: die Untragbarkeit solcher Konzepte muß für Juristen angesichts der deutschen Erfahrungen doch eigentlich nahe liegen.³⁵

5. Keine der Lesarten des Art. 146 vermag somit zu befriedigen, und doch erschien die Bestimmung erforderlich. Der Grund dafür liegt auf der Hand. Gerade angesichts der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und des Verfahrens der Einigung einerseits, der stärker auf freie – nämlich rechtlich geregelte – Volksentscheide rekurrierenden Verfassungspraxis der Länder³⁶, des Verfassungsentwurfs des Runden Tisches und selbst der Geschichte der DDR (so relativ dort die Abstimmungs-freiheit war)³⁷ andererseits läßt sich die Plausibilität direkt-demokratischer Verfahren der Verfassungsgebung nicht von der Hand weisen. Also wird dem Gedanken des Volksentscheids grundsätzlich zugestimmt – aber ohne konkrete Folgerungen, die denn auch, wie gezeigt, in höchst unbehaglicher Weise gezogen werden könnten. Es wiederholt sich die Lösung von 1949, die in den Art. 20 II das Wort »Abstimmungen« einfügte, ohne daraus Konsequenzen abzuleiten. Gerade daraus resultieren gegenwärtig ein Malaise, Postulate einer Änderung und erste Schritte in diese Richtung.³⁸

Erst recht muß dies nun im Bereich der Verfassungsgebung gelten, die ja der »klassische« Anwendungsfall des Volksentscheids ist. Wird dieser als Möglichkeit grundsätzlich zugestanden und vorgesehen, wie es in Art. 146 GG der Fall ist, so gilt es, dafür auch Verfahren zu schaffen und zu regeln und diese in das Regelwerk des Art. 79 GG, besser aber auch für das Gesetzgebungsverfahren insgesamt der Art. 76 bis 79 GG zu integrieren.³⁹ Unabhängig davon, ob nicht noch mehr Verfassungsreform angesichts der Einigung, speziell des Art. 5 des Einigungsvertrags und der erwähnten verfassungspolitischen Vorschläge angebracht sein könnte, zwingt die Neufassung des Art. 146 dazu, die Frage des Volksentscheids zumindest in Verfassungsfragen zu regeln. Damit fände der Tag der Deutschen Einheit wenigstens eine Ergänzung in einem Verfassungstag.

Complexio Oppositorum, Berlin 1988, S. 371 ff.; zur Anwendung auf Art. 146 GG, allerdings mit moderaten praktischen Vorschlägen, Storost (zu Anm. 21), Staat 1990, S. 321 (328 ff.).

33 Aufruf der Reichsregierung an das deutsche Volk! Vom 14. 10. 1933 (RGBl. I, S. 730); dazu etwa P. Krause, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. 2, Heidelberg 1987, S. 313 (320).

34 Insofern kann in der Tat die Formulierung des Art. 5 des Einigungsvertrags (oben Anm. 30) als Damm wirken.

35 Von hier aus sind die von J. Isensee, Selbstpreisgabe des Grundgesetzes? FAZ Nr. 199 v. 28. 8. 1990, S. 10, geäußerten Bedenken durchaus angebracht – nur suchen sie die Diskussion der im Text folgenden Gesichtspunkte a priori abzuschneiden. Aber den neuen Art. 146 GG als Bewahrung des *pouvoir constituant* von 1949 zu deuten, wie es J. Seifert (zit. Anm. 29), GMH 1990, S. 614 (616 ff.) tut, scheint mir ebenso wenig auszureichen.

36 Dazu Chr. Pestalozza, Einführung, in: Ders., Verfassungen der deutschen Bundesländer, 3. Aufl. München 1988, S. 12 ff., 19 f.

37 Vgl. H. Roggemann, Die DDR-Verfassungen, 4. Aufl. Berlin 1989, S. 56 ff. (58, 61).

38 Dazu D. Schefold, ZParl 1989, S. 425 ff.

39 So die in der von der Stiftung Mitarbeit herausgegebenen Broschüre »Direkte Demokratie«. Vorschläge für eine Volksgesetzgebung, Bonn 1990 zusammengestellten Vorschläge.