

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 701

Theorie der Verfassungskritik

am Beispiel der Verfassungsdiskussion
anlässlich der Wiedervereinigung

Von

Hermann Huba



Duncker & Humblot · Berlin

HERMANN HUBA

**Theorie der Verfassungskritik
am Beispiel der Verfassungsdiskussion
anlässlich der Wiedervereinigung**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 701

Theorie der Verfassungskritik

am Beispiel der Verfassungsdiskussion
anlässlich der Wiedervereinigung

Von

Hermann Huba



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Huba, Hermann:

Theorie der Verfassungskritik : am Beispiel der
Verfassungsdiskussion anlässlich der Wiedervereinigung /
von Hermann Huba. – Berlin : Duncker und Humblot, 1996
(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 701)

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08629-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-08629-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Die Untersuchung ist meine geringfügig überarbeitete Dissertation, die im Sommersemester 1995 der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Mannheim vorlag. Sie berücksichtigt die bis Ende September 1995 erschienene Literatur.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Gerd Roellecke, der nicht nur diese Arbeit wohlwollend unterstützte. Herrn Prof. Dr. Otto Depenheuer danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, Herrn Prof. Dr. h.c. Norbert Simon für die Aufnahme in das Verlagsprogramm.

Egbert Lenat leistete mir wertvolle Hilfe bei der Erstellung der Druckvorlage.

Ludwigshafen/Rhein, im November 1995

Hermann Huba

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
-------------------------	----

Erster Teil

Die Verfassungsdiskussion anlässlich der Wiedervereinigung

§ 1 Die erste Phase: Die Wege-Debatte	18
I. Die politischen Ereignisse	18
II. Die Wege-Debatte	21
1. Die Position der Befürworter einer neuen gesamtdeutschen Verfassung.....	22
2. Die Position der Befürworter des Grundgesetzes als gesamtdeutsche Verfassung.....	27
3. Die Wahl vom 18. März 1990	31
4. Ablösung des Grundgesetzes trotz Beitritt?	33
a) Geburtsfehler und Zukunftsuntauglichkeit	34
b) Die Verbesserungsvorschläge	35
c) Keine Alternative	38
III. Gründungssituation oder Normallage? - Zwischenbilanz	41
1. Aus dem Ende der Übergangszeit	42
2. Aus der Revolution in der DDR	43
3. Aus der politischen Tiefenwirkung der deutschen Einigung	44
§ 2 Die zweite Phase: Der Streit um Artikel 146 n.F. GG	47
I. Die politische und rechtliche Entwicklung.....	47
II. Der Einigungsvertrag.....	49

III.	Zur Entstehung der Neufassung des Artikel 146 GG	51
IV.	Der Interpretationsstreit	54
	1. Verfassungsgebungsnorm	54
	2. Verfassungswidrige Verfassungsnorm	56
	3. Verfassungsrevisionsnorm	59
V.	Selbstverständigung oder Organisation von Politik? - Zwischenbilanz	61
	1. Verfassungsrechtlicher dritter Weg?	61
	2. Verfassungstheoretischer dritter Weg?	63
	a) Die ordnende Kraft der Selbstverständigung	64
	b) Die ordnende Kraft der Höchststrangigkeit	66
	aa) Die Höchststrangigkeit des Verfassungsrechts	67
	bb) Die Organisation von Politik	69
§ 3	Die dritte Phase: Die Gemeinsame Verfassungskommission	72
I.	Verfassungsrat oder Verfassungsausschuß?	72
	1. Verfassungsrat	72
	2. Verfassungsausschuß	74
II.	Die politische Entscheidung	75
III.	Aufgabe, Zusammensetzung und Verfahren der GVK	76
	1. Aufgabe	76
	2. Zusammensetzung	77
	3. Verfahren	78
IV.	Die Kritik - zum ersten	78
V.	Befassungsgegenstände und Empfehlungen der GVK	80
	1. Befassungsgegenstände	80
	2. Empfehlungen	83
	a) Die Änderungsempfehlungen	83
	b) Belassungsempfehlungen?	84

VI. Zwei Bewertungsmaßstäbe	85
1. Zwei Grundforderungen	85
2. Zwei gegensätzliche Begründungslastverteilungen	85
VII. Die Kritik - zum zweiten (Zusammenfassung)	86
VIII. Das parlamentarische Ende der Verfassungsdiskussion	90
1. Die Gesetzentwürfe	90
a) SPD	90
b) Bündnis 90/Die Grünen	92
c) PDS/Linke Liste	93
d) Der Gesetzentwurf zu Art. 2 a	94
2. Das Ergebnis	95
3. Das Ende?	98
§ 4 Verfassungstheoretische Bilanz der Diskussion	100
I. Die Differenz in zeitlicher und sachlicher Hinsicht	100
1. Die Verfassung als "Rahmen"	100
a) Übereinstimmung	100
b) Differenz	101
2. Das Bezugsproblem der Verfassung	104
a) Die Legitimation von Herrschaft	104
b) Die Ermöglichung von Politik	106
3. Verfassung und Zukunft	107
II. Die Differenz in sozialer Hinsicht	109
1. Tatsächliche Zustimmung zur Verfassung	109
2. Tatsächliche Geltung der Verfassung	111
3. Zum Verhältnis von tatsächlicher Geltung und tatsächlicher Zustimmung	112
4. Das Legitimationsproblem	113
a) der Verfassung verstanden als höchstrangiges Gesetz	113
b) der Verfassung verstanden als Selbstverständigung	115

5. Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes.....	118
a) im Verständnis der Gegner der reinen Beitrittslösung	118
b) im Verständnis der Befürworter der reinen Beitrittslösung	120
c) im Vergleich.....	123
III. Resümee: pathetisches und technisches Verfassungsverständnis.....	124

Zweiter Teil

Theorie der Verfassungskritik

§ 5 Das Scheitern des pathetischen Verfassungsverständnisses und seine Gründe	129
I. Das Scheitern.....	129
II. Die Gründe	130
1. Politische Gründe	130
2. Sachliche Gründe	132
a) Diagnose der gesellschaftlichen Lage und Verfassungsbegriff	132
b) Fortgang der Untersuchung.....	136
§ 6 Die Änderungen des Grundgesetzes vor der Wiedervereinigung.....	139
I. Beschränkter Zweck der Untersuchung.....	139
II. Umfang und Materien der Änderungen.....	141
III. Sachliche Gründe der Änderungen.....	144
1. Die Konsolidierung und Sicherung der bundesrepublikanischen Staatsgewalt.....	145
a) Aufarbeitung der Kriegs- und Besatzungsfolgen.....	145
b) Vervollständigung der Staatsgewalt.....	145
c) Weitere Sicherung der Staatsgewalt.....	149
2. Die Anpassung der Regelungen der staatlichen Verfügung über Recht und Geld.....	150
a) Die Regelungen.....	150
b) Anpassung oder Planung?.....	151
c) Länderneugliederung	153

3.	Die Funktionsfähigkeit der repräsentativen Demokratie und des Rechtsstaates	154
a)	Demokratie	154
b)	Rechtsstaat	155
IV.	Gesellschaftlicher Hintergrund der Änderungen	156
§ 7	Folgerungen - Der Eigensinn des Grundgesetzes	158
I.	Folgerungen	158
1.	Ausdifferenzierung des politischen Systems	159
2.	Anpassung	159
3.	Organisationsrecht	160
II.	Verfassungswandel	162
III.	Der Eigensinn des Grundgesetzes	164
1.	Technisches Verfassungskonzept	164
2.	Und die Sinngebungsfunktion der Verfassung?	166
3.	Die Multifunktionalität der Verfassung	167
4.	Technisches Provisorium	169
§ 8	Die Weimarer Reichsverfassung	170
I.	Weimarer Verfassung und Grundgesetz	170
II.	Weimarer Verfassung und gesamtdeutsche Alternativen zum Grundgesetz	172
1.	Der (sog.) Verfassungsentwurf des Runden Tisches	172
2.	Der Kuratoriumsentwurf	178
III.	Zum Scheitern der Weimarer Verfassung	181
1.	Die Weimarer Verfassung als "unglückliche" Verfassung	181
2.	Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen	182
3.	Die Weimarer Verfassung als "mißglückte" Verfassung	183
a)	Das ökonomische Argument	183
b)	Das Parteienhader-Argument	184
c)	Das Gesinnungs-Argument	185

IV. Ergebnis	189
§ 9 Positiv- und Negativverfassungen	190
I. Die Konzepte	190
1. Negativverfassungen	190
2. Positivverfassungen	190
a) Freiheit und Glück	191
b) Gleichheit und Vielfalt	191
c) Legalität und Solidarität	192
II. Definitive Integration - Der Naumannsche Grundrechtsentwurf	192
III. Ein zusammenfassender Vergleich	196
1. Unterschiedliche sachliche Anknüpfungspunkte	196
2. Unterschiedliches Verhältnis zur Zeit und zum Recht	196
3. Teilnehmer und Beobachter	198
§ 10 Positiv- oder Negativverfassung?	200
I. Für eine (gesamtdeutsche) Positivverfassung	200
1. Revolution	200
2. Einheit	201
II. Für eine (gesamtdeutsche) Negativverfassung	202
1. Verfassung trotz Revolution	202
2. Einheit und funktionale Differenzierung	202
III. Evolution oder Planung?	204
IV. Die Aufgabe der Wissenschaft	204
Literaturverzeichnis	206
Sachwortverzeichnis	225

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte(r) Fassung
ÄndG	Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfGE	(Amtliche Sammlung der) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EB	Einsetzungsbeschluß/-beschlüsse
EV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag -
FN	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVK	Gemeinsame Verfassungskommission des Deutschen Bundestages und des Bundesrates
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (hrsgg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof)
JöR (NF)	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Neue Folge)
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
n.F.	neue(r) Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rn	Randnummer
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
W(R)V	Weimarer (Reichs-)Verfassung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

Den Prozeß der deutschen Wiedervereinigung begleitete eine fast fünf Jahre währende, mit abnehmender Intensität geführte Verfassungsdiskussion. Über einstimmend darin, daß eine "falsche" normative Verfassung Staat und Gesellschaft schadet, stritt man seit Beginn des Jahres 1990 über Inhalt und Zustandekommen der für Gesamtdeutschland "richtigen" Verfassung. Erachtete die eine Partei das punktuell geänderte Grundgesetz der (früheren) Bundesrepublik als die richtige gesamtdeutsche Verfassung, forderte die andere dessen Ablösung durch eine dieses Grundgesetz inhaltlich fortentwickelnde, vom Volk gegebene, neue Verfassung.

Politisch war - jedenfalls zunächst - keine Einigung zu erzielen. Auch die von beiden Seiten vorgetragenen, auf das geltende Verfassungsrecht gestützten, verfassungsdogmatischen Argumente wurden wechselseitig bestritten. Streitentscheidend zu wirken, vermochte auch der Rückgriff auf verfassungstheoretische Überlegungen nicht.

Letzteres mag überraschen. Immerhin erhebt Verfassungstheorie den Anspruch, "Orientierungsrahmen der Verfassungsreform" zu sein.¹ Würde sie diesem Anspruch gerecht, hätte sie in der Lage sein müssen, sachliche Richtpunkte dafür zu liefern, was eine gute Verfassung ausmacht. Ihrer selbstgestellten Aufgabe könnte die Verfassungstheorie indessen nur gerecht werden, wenn die Antwort auf die Vorfrage, was Verfassungen sollen und können,² wissenschaftlich gesichert wäre.

Die qualitätsmaßstäblichen Aufgaben der Verfassung und ihre Leistungsfähigkeit sind aber nicht nur politisch, sondern auch wissenschaftlich umstritten.³

¹ *Dieter Grimm*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), S. 489.

² *Grimm*, ebda.

³ Siehe die gedrängten Überblicke bei *Gunnar Folke Schuppert*, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, AöR 120 (1995), S. 32 (49 ff.) und *Christoph Gusy/Ingo Hueck/Dieter Kugelmann*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit in Deutschland, in: Thomas Kreuder (Hrsg.), *Der orientierungslose Leviathan*, 1992, S. 25 (29 f., 39 ff.). Ausführlicher *Hans Vorländer*, Verfassung und Konsens, 1981, S. 275 ff.

Deshalb erscheinen verfassungstheoretische Argumentationen in der Verfassungsdiskussion lediglich als wissenschaftlich subventionierte politische Stellungnahmen. Diese Fremdeinschätzung verdankt die Verfassungstheorie ihrem normativen Ansatz.⁴ Wer es als "Aufgabe der Wissenschaft" ansieht, "legitime (Verfassungs-)Änderungsprojekte von illegitimen" zu scheiden,⁵ kann sich sehr schnell politischer Wertung nicht mehr enthalten.

Verlauf und Ergebnis der Verfassungsdiskussion aus Anlaß der Wiedervereinigung⁶ in diesem Sinne verfassungstheoretisch zu beleuchten, unternimmt die vorliegende Untersuchung nicht. Die Debatte soll nicht fortgesetzt, sie soll nachgezeichnet und analysiert werden: Nach welchen Maßstäben wurde die höchste Rechtsnorm, die keine Normen über sich kennt, kritisiert und gerechtfertigt? Gefragt wird also nicht, ob das Grundgesetz die richtige Verfassung der (jetzigen) Bundesrepublik ist oder eine neue gesamtdeutsche Verfassung die bessere (gewesen) wäre. Gefragt wird, durch welche inhaltlichen Veränderungen und auf welchem Weg die Verfassung hätte verbessert werden sollen, und warum die Kritik am Grundgesetz im wesentlichen gescheitert ist.

Die Kritiker des Grundgesetzes wie die Kritiker der zur Diskussion gestellten Alternativentwürfe haben mit ihrer jeweiligen Kritik zum Ausdruck gebracht, wonach sich für sie die Qualität einer Verfassung bemißt. Diese Erwartungen an die Verfassung sollen registriert werden (§ 1 - § 3).⁷ Die Bestandsaufnahme mündet in den Versuch, die Diskussion verfassungstheoretisch als Auseinandersetzung zweier unterschiedlicher, ja gegensätzlicher Verständnisse der Verfassung zu rekonstruieren (§ 4): Stritten die Befürworter des Grundgesetzes als gesamtdeutsche Verfassung vor dem Hintergrund des Verständnisses der Verfassung als "Teilordnung", die spezielle Aufgaben in der Gesellschaft erfüllt, so verstehen ihre Gegner die Verfassung als "Grundordnung" der Gesellschaft. Sind Veränderungen der Verfassung für die erste Position Fragen des

⁴ Verteidigend *Martin Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 54 ff. Ebenso *Görg Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 1, 45.

⁵ *Grimm*, Verfassungsfunktion, S. 505.

⁶ Zur politischen Problematik des Begriffs "Wiedervereinigung" (statt "Neuvereinigung") *Dietrich Murswiek*, Das Staatsziel der Einheit Deutschlands nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 14 f.

⁷ Dieser Absicht entsprechend beanspruchen die ausgewählten Zitate, für die jeweilige Position repräsentativ zu sein.

besseren oder schlechteren Funktionierens eines abgegrenzten gesellschaftlichen Lebensbereichs, nämlich der Politik - technisches Verfassungsverständnis -, stellen sie für die zweite Position Probleme der Gesellschaftsgestaltung dar und insofern existentielle Probleme des Gemeinwesens insgesamt - pathetisches Verfassungsverständnis.

Der Frage, weshalb sich die mit dem pathetischen Verfassungsverständnis verbundenen Forderungen an eine gesamtdeutsche Verfassung im wesentlichen nicht durchsetzen konnten, geht der zweite Teil der Arbeit nach. Dabei wird die naheliegende Antwort, die Kritik sei an einer konservativen Mehrheit gescheitert, als verfassungstheoretisch nicht ausreichend angesehen. Läßt man die politische Erklärung beiseite, stellt sich die Frage nach sachlichen Gründen. Die die weitere Untersuchung leitende Hypothese vermutet die sachlichen Gründe des Scheiterns in unzutreffenden Vorstellungen des pathetischen Verfassungsverständnisses von der Funktion, und in diesem Sinne von der gesellschaftlichen Wirklichkeit der Verfassung (§ 5).

Auskunft über die (Primär-)Funktion der Verfassung sollen die Änderungen des Grundgesetzes bis 1990 (§ 6 und § 7) und das Scheitern der Weimarer Reichsverfassung geben.⁸ Die Weimarer Verfassung bietet sich deshalb als Untersuchungsgegenstand an, weil sie die konzeptionellen Vorstellungen der pathetischen Verfassungskritik bereits weitgehend verwirklicht hatte (§ 8). Ein theoretischer Vergleich des pathetischen Verfassungskonzepts (Positivverfassung) mit dem technischen (Negativverfassung) vermag das pathetische Verfassungsverständnis nicht als unzutreffend zu erweisen (§ 9). Welchen Weg in die Zukunft eine Gesellschaft nehmen soll, den Weg blinder, aber beobachteter Evolution oder den Weg absichtsvoller, aber unbeobachtbarer (Selbst-)Planung, ist wissenschaftlich nicht zu entscheiden. Theorie ist darauf beschränkt, die beiden Perspektiven der Verfassungskritik: Funktionsoptimierung oder Gesellschaftsverbesserung, zu unterscheiden sowie ihre jeweiligen Voraussetzungen und möglichen Folgen zu analysieren (§ 10).

⁸ Die Untersuchung beschränkt sich also auf die Frage nach der Primärfunktion von Bundesverfassungen. Die Primärfunktion von Länderverfassungen kann eine andere sein, wenn und soweit sie aufgrund der Bundesverfassung ein rechtlich organisiertes politisches System voraussetzen können. Der Unterschied erklärt die Ausrichtung vieler Verfassungen (der alten und) der neuen Bundesländer auf Integrationsstiftung und Identitätsbestimmung. Siehe etwa *Martin Kutscha*, Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in den neuen Landesverfassungen, ZRP 1993, S. 339 ff. und die unten § 9 FN 18 nachgewiesenen Beiträge.