

# WILLEMER

RECHTS- UND STEUERBERATUNG

ZITTAU

ELSTERWERDA

PRÖSEN

RIESA

WILLEMER, Weinuallee 2, 02763 Zittau

Bundesverfassungsgericht  
Schloßbezirk 3  
76131 Karlsruhe

FRIEDEMANN WILLEMER  
Rechtsanwalt  
Zittau

PEER WILLEMER  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Elsterwerda/Prösen/Riesa

DATUM:

12. September 2023

BITTE BEI ZAHLUNG UND  
KORRESPONDENZ ANGEBEN:

**Z 93/23 FW/MV**

## Verfassungsbeschwerde

des Rechtsanwaltes Friedemann Willemer, Ernst-Thälmann-Straße 54, 02763 Bertsdorf-Hörnitz

und

37 weiterer Beschwerdeführer

wegen Artikel 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 20 Abs. 1 und 2, Artikel 79 Abs. 3, Artikel 146 Grundgesetz sowie Artikel 4 Ziff. 6 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag).

Wir zeigen an, dass uns die Beschwerdeführer Vollmacht erteilt (Anlage) und uns mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt haben. Namens und im Auftrag der Beschwerdeführer erheben wir hiermit

## Verfassungsbeschwerde

Wir stellen folgende Anträge:

02763 Zittau  
Weinuallee 2  
Tel. 0 35 83 / 77 71-0  
Fax. 0 35 83 / 77 71 18  
zittau@ra-willemer.de

04910 Elsterwerda  
Ludwig-Jahn-Straße 12  
Tel. 0 35 33/ 48 65-0/-12  
Fax 0 35 33 /48 65 13  
elsterwerda@ra-willemer.de

04932 Röderland  
Am Gewerbepark 7  
Tel. 035 33/ 810 702  
Fax 035 33/ 810 703  
proesen@ra-willemer.de

01587 Riesa  
Hauptstraße 99  
Tel. 035 25 /73 81 13  
Fax 035 25 / 73 44 95  
riesa@ra-willemer.de

1. Artikel 146 GG in der Fassung von Artikel 4 Ziff. 6 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands in Verbindung mit der Präambel des Grundgesetzes, Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 20 Abs. 1 und 2, Artikel 146 alter Fassung sowie Artikel 79 Abs. 3 GG verpflichten den Gesetzgeber, den Beschwerdeführern, Staatsangehörige der Bundesrepublik Deutschland, als Träger der vorverfassungsrechtlichen verfassungsgebenden Gewalt nach Vollendung der Einheit Deutschlands die Gelegenheit zu geben, in freier Entscheidung darüber abzustimmen, ob das Grundgesetz als Verfassung der Bundesrepublik Deutschland beibehalten oder ob das Grundgesetz durch eine andere Verfassung abgelöst werden soll.
  
2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens bis zum 30. Juni 2024 eine Regelung zu treffen, die ein Verfahren gewährleistet, in dem das deutsche Volk als Träger der verfassungsgebenden Gewalt darüber entscheidet, ob das Grundgesetz als Verfassung der Bundesrepublik Deutschland beibehalten oder durch eine andere Verfassungsordnung abgelöst werden soll. Dabei soll das Gesetz sicherstellen:
  - Dass der Volksentscheid nicht zusammen mit einer Bundestagswahl oder einer anderen nationalen Abstimmung verbunden wird,
  - dass eine im öffentlichen Diskurs gereifte bewusste politische Entscheidung auf breiter demokratischer Grundlage gewährleistet ist, insbesondere durch Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verbunden mit der Verpflichtung der Rundfunkanstalten, allen Beiträgen zur Beibehaltung oder Ablösung des Grundgesetzes umfassende und gleichberechtigte Medienpräsenz einzuräumen
  - und dass die Abstimmung erst nach einer öffentlichen Debatte von mindestens einem Jahr durchgeführt wird.
  
3. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführern die notwendigen Auslagen zu erstatten.

### **Begründung:**

#### **I. Sachverhalt**

## 1. Das Schweigen des Gesetzgebers

Der Beschwerdeführer zu 1 hat sich zusammen mit der Bürgerinitiative „GemeinWohlLobby“ Lobby-Register-Nummer: R005073 mit Schreiben vom 20.09.2022 (**Anlage 1**) an die Fraktionen des Deutschen Bundestages gewandt und mit weiteren 4000 Bürgern gem. der dem Schreiben beigefügten Unterschriftenliste die im Bundestag vertretenen Parteien aufgefordert, den Verfassungsauftrag des Artikel 146 GG zu erfüllen. Auf das Schreiben vom 20.09.2022 antwortete lediglich die SPD-Fraktion mit Schreiben vom 07.10.2022 (**Anlage 2**). Die rechtspolitische Sprecherin der SPD-Fraktion, Frau Sonja Eichwede, stellt fest, dass zwingende Gründe, das Grundgesetz durch eine neue Verfassung zu ersetzen, nicht bestehen. Dies wäre auch nicht sinnvoll.

Daraufhin hat der Beschwerdeführer zu 1 gemeinsam mit der Bürgerinitiative „GemeinWohlLobby“ das Präsidium des Deutschen Bundestages gebeten, die im Bundestag vertretenen Parteien anzuhalten, ein Gesetzgebungsverfahren zur Aktivierung des Artikels 146 GG einzuleiten (**Anlage 3, Schreiben vom 18.03.2023**). Das Schreiben blieb unbeantwortet.

## 2. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes

Das Grundgesetz basiert auf den sog. Frankfurter Dokumenten. Diese übergaben die Militärgouverneure der amerikanischen, der britischen und der französischen Zone Nachkriegsdeutschland den Ministerpräsidenten der Länder der Westzone am 01. Juli 1948. Das Dokument I enthielt detaillierte inhaltliche Vorgaben zur Gestaltung der Verfassung. Das Dokument sah u. a. vor, dass die Annahme der Verfassung durch Volksabstimmungen in den Ländern erfolgen solle.

Die Ministerpräsidenten lehnten eine Volksabstimmung in der Westzone ab, da mit einer Verfassungsgebung im Westen die deutsche Teilung zementiert würde. Deshalb sollte der provisorische Charakter der zu erlassenden Verfassung betont werden.

Die Leitlinien der Besatzungsmächte waren Geltungsbedingungen für das Grundgesetz. Auf der Grundlage des Dokumentes I haben zunächst der Herrenchiemseer Konvent und im Anschluss der Parlamentarische Rat aus 65 Parlamentariern der Landtage der beteiligten westlichen Länder das Grundgesetz nach mehrfachen Interventionen der alliierten Besatzungsmächte konzipiert und sich mit den Alliierten am 25. April 1949 über den Verfassungsentwurf geeinigt.

Nachdem das Grundgesetz vom Parlamentarischen Rat am 06. und 08. Mai 1949 verabschiedet worden war, billigten die Militärgouverneure am 12. Mai 1949 den vom Parlamentarischen Rat verabschiedeten Vertragsentwurf. Danach nahmen die Landtage in den Ländern der drei Westzonen, ausgenommen Bayern, das Grundgesetz gem. Artikel 144 GG an.

### **3. Der provisorische Charakter des Grundgesetzes**

Der Einwand der Ministerpräsidenten, die Verfassung dürfe nur einen provisorischen Charakter haben, damit die deutsche Teilung nicht zementiert würde, führte in der Präambel der ursprünglichen Fassung von 1949 zu dem Hinweis, **dass das Grundgesetz dem staatlichen Leben nur für eine Übergangszeit eine neue Ordnung geben solle.** Entsprechend lautete der Artikel 146 GG a. F.:

„Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“

Artikel 146 GG a.F. dokumentierte neben der Präambel a.F., dass mit dem Grundgesetz lediglich eine Übergangsverfassung geschaffen werden sollte, die nach Überwindung der deutschen Teilung durch eine vom deutschen Volk, Kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt, neue gesamtdeutsche Verfassung abgelöst werden soll.

### **4. Das Ende der Übergangszeit**

Nach der Wiedervereinigung hat der Deutsche Bundestag den Verfassungsauftrag des Grundgesetzes jedoch nicht umgesetzt, sondern den Akt zur Aktivierung der verfassungsgebenden bzw. verfassungsablösenden Gewalt des deutschen Volkes auf unbestimmte Zeit vertagt.

„Nach der 1990 h. M. war Artikel 146 a.F. mit der Wiedervereinigung funktionslos geworden und hätte gestrichen werden können. Das dies nicht geschehen ist, die Vorschrift vielmehr beibehalten und (geringfügig) modifiziert wurde, ist darauf zurückzuführen, dass die Option offengehalten werden sollte, aus Anlass der Wiedervereinigung eine breit angelegte Verfassungsdebatte zu führen, die in einer neuen Verfassung hätte münden können oder sollen. Artikel 5 4. Spiegelstrich EinigungsV bestimmte denn auch, dass sich die gesetzgebenden Körperschaften bei den

Überlegungen zur Änderung und Ergänzung des GG insbesondere auch „mit der Frage der Anwendung des Artikels 146 des Grundgesetzes und in deren Rahmen einer Volksabstimmung“ zu befassen hatten. Diesem Auftrag hat sich die GemVerfKom von BT und BRat - eher lustlos – gestellt“ ( Sachs GG 7. Auflage, Artikel 146 Rn. 6 m.w.N.) und nicht umgesetzt.

## 5. Der merkwürdige Formelkompromiss

Der Gesetzgeber hat mit der Neufassung des Artikels 146 GG den Auftrag des Grundgesetzes, dem deutschen Volk mit Vollendung der Einheit Deutschlands in Freiheit Gelegenheit zu geben, über seine Verfassung abzustimmen, „im Dunkeln gelassen“ (Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O., Artikel 146 Rn. 3). Dies im Widerspruch zu den Vorgaben der Verfasser des Grundgesetzes, so insbesondere Carlo Schmidt (Parlamentarischer Rat, Sten. Ber. 230) und Heinrich von Brentano und der Ministerpräsidenten der Länder der Westzone, die mit einer Verfassungsgebung im Westen die deutsche Teilung nicht zementieren wollten.

„Wie keine andere Bestimmung brachte die Urfassung der Präambel den provisorischen Charakter des GG und des mit ihm gegründeten Staates zum Ausdruck“ (Sachs a. a. O., Präambel Rn. 5).

„Artikel 146 a.F. stellte damit klar, dass das Grundgesetz seinen Geltungsanspruch dem Staatsziel der Wiedervereinigung grds. unterordnete. [ ..... ] Während eine systematische teleologische und historische Auslegung von Artikel 146 a.F. darauf hindeutete, dass die Ermöglichung, Herstellung oder Sicherung der Wiedervereinigung eine Tatbestands-voraussetzung für die Anwendung von Artikel 146 a.F. war, war schon der alte Wortlaut weiter gefasst und weder auf den Kontext der Wiedervereinigung noch auf die Beseitigung eines (vermeintlichen) **Geburtsmakels** des GG begrenzt“ (Sachs a.a.O., Artikel 146 Rn. 3).

„Die Eigentümlichkeit des Artikels 146 GG liegt darin, dass hierin das Grundgesetz den möglichen Übergang zu einer neuen deutschen Verfassung im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung vorsieht und in rechtliche Kontinuität zum Grundgesetz stellt. Die zeitliche Geltung und die weiteren Bedingungen für die grundgesetzkonforme Verfassungsablösung – und damit die Abgrenzung zu einem revolutionären Prozess – lassen sich nicht leicht entschlüsseln und sind Gegenstand einer anhaltenden staatsrechtlichen Kontroverse“ (Dürig/Herzog/Scholz GG Artikel 146 Rn. 1).

„In seiner ursprünglichen Fassung sollte Artikel 146 GG für den Fall der Wiedervereinigung die freie Entscheidung des gesamten deutschen Volkes über eine neue rechtliche Grundordnung offenhalten. [.....] Die damit formulierte auflösende Bedingung für die Geltung des Grundgesetzes fügte sich stimmig an die Präambel mit dem auch dort verankerten Wiedervereinigungsgebot an, mit dessen Erfüllung die freie Entscheidung des gesamten deutschen Volkes über eine neue Verfassung im unmittelbaren Zusammenhang stand. Die Vision für eine neue Verfassung eines wiedervereinigten Deutschlands war im Grundgesetz des Jahres 1949 klar von der Verfassungsänderung nach Artikel 79 GG getrennt. [ .....] Zugleich hat der Einigungsvertrag vom 31. August 1990 im politischen Kräftespiel über die Fortgeltung des Artikels 146 GG zu einem merkwürdigen Formelkompromiss geführt, der jedenfalls auf den ersten Anschein den provisorischen Charakter des Grundgesetzes, d. h. seine verfassungsimmanente Bedingtheit durch die Option für eine neue Verfassung, festschreibt. Der Einigungsvertrag hat in Artikel 4 Nr. 6 die Vorschrift in höchst zweideutiger Weise neu gefasst. Durch die Einfügung eines Relativsatzes wird dem Grundgesetz attestiert, dass es nunmehr nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt. Zugleich signalisiert die Novellierung mit dem Festhalten am Wortlaut der Schlussbestimmung im Übrigen, dass die Option für eine neue Verfassung nach „Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands“ unter dem Dach des Grundgesetzes offengehalten werden soll. Die Verfestigung des Grundgesetzes als rechtliche Grundordnung für das in Freiheit vereinte deutsche Volk wird so mit einer von der Wiedervereinigung abgekoppelten, perpetuierten Bedingtheit verknüpft“ (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O., Artikel 146 Rn. 2).

## **6. Die unfertigen Orakelsprüche des Bundesverfassungsgerichts zur rätselhaftesten Bestimmung des ganzen Grundgesetzes**

„Das Verhältnis der neu gefassten Schlussbestimmung des Artikels 146 GG zu den formellen Voraussetzungen einer Verfassungsänderung (Artikel 79 Abs. 2 GG) und zur „Ewigkeitsklausel“ des Artikels 79 Abs. 3 GG lässt die neue Fassung im Dunkeln. So ist die Vorschrift des Artikels 146 GG die rätselhafteste Bestimmung des ganzen Grundgesetzes.

Den politischen Kräften ebenso wie der deutschen Staatslehre war und ist das Destabilisierungspotential der Neufassung des Artikels 146 GG bewusst. Die Bundesregierung und ein beachtlicher Chor von Staatsrechtlern haben für eine

einschränkende Deutung geworben, die eine mögliche Verfassungsablösung in die Bahnen des Artikels 79 Abs. 3 GG zwingt.

Nachdem es längere Zeit um die Vorschrift des Artikels 146 GG ruhig geworden war, haben die vertiefte Integration in der Europäischen Union und die Herausforderungen der Euro-Krise die Auseinandersetzung um den Inhalt des Artikels 146 GG neu belebt. Das Bundesverfassungsgericht hat mit etwas unfertigen Orakelsprüchen zu einer „freien Entscheidung“ des deutschen Volkes über das Aufgehen der deutschen Souveränität in einem europäischen Bundesstaat die Diskussion weiter angefacht und die Vorschrift des Artikels 146 GG beliebigen Deutungen anheimgegeben. Ein *obiter dictum* im Lissabon-Urteil behält die Aufgabe der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands „allein dem unmittelbar erklärten Willen des deutschen Volkes“ vor, nachdem das Gericht vorher der Ewigkeitsgarantie des Artikels 79 Abs. 3 GG die Absicherung der souveränen Staatlichkeit Deutschlands entnommen hat. Dabei lässt das Gericht aber die Frage der Geltung der von der Ewigkeitsgarantie umfassten Strukturprinzipien für die Verfassungsablösung nach Artikel 146 GG ausdrücklich offen“ (Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O., Artikel 146 Rn. 3 m.w.N.).

## **II. Rechtsausführung**

### **1. Zulässigkeit**

Der Verfassungsbeschwerde kommt grundsätzliche Bedeutung zu (§ 93 a Abs. 2 a BVerfG). Diese ist nur gegeben, wenn die Verfassungsbeschwerde eine verfassungsrechtliche Frage aufwirft, die sich nicht ohne Weiteres aus dem Grundgesetz beantworten lässt und noch nicht durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gelöst oder die durch die veränderten Verhältnisse erneut klärungsbedürftig geworden ist (BVerfG NJW 1994, 1993).

#### **a) Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung**

Nach der 1990 herrschenden Meinung soll Artikel 146 a.F. mit der Wiedervereinigung funktionslos geworden sein und hätte gestrichen werden können. Dies ist nicht geschehen mit der Folge, siehe Zitate Dürig/Herzog/Scholz, dass das Verhältnis des neu gefassten Artikels 146 GG zu den formellen Voraussetzungen einer Verfassungsänderung und zur Ewigkeitsklausel im Dunkeln bleibt, das somit die Vorschrift des neuen Artikels 146 GG die rätselhafteste Bestimmung des ganzen Grundgesetzes ist und das

Bundesverfassungsgericht mit seinen „etwas unfertigen Orakelsprüchen“ (BVerfGE 123, 267 mit Hinweis auf BVerfGE 89, 155) Inhalt und Umsetzung offenlässt. Es besteht deshalb ein besonderes verfassungsrechtliches Bedürfnis zu klären, welche Bedeutung Artikel 146 GG im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes hat, ob es von der Ewigkeitsklausel des Artikels 79 Abs. 3 GG befreit ist und ob der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der ursprünglichen Fassung von Artikel 146 GG verfassungsrechtlich verpflichtet ist, nach der Wiedervereinigung eine freie Entscheidung des gesamten deutschen Volkes über eine neue rechtliche Grundordnung herbeizuführen.

**Die Verfassung einer Republik, die noch dazu eine Demokratie sein will, darf mit einem derart gravierenden verfassungsrechtlichen Destabilisierungspotential nicht belastet sein.**

Die verfassungsrechtlichen Unklarheiten werden nicht dadurch gegenstandslos, dass die verfassten Gewalten – Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat – im Chor mit Staatsrechtlern die verfassungsrechtliche Bedeutungslosigkeit des Artikels 146 GG n.F. propagieren.

Es ist unerlässlich zu klären, nachdem der Einigungsvertrag die Vorschrift in höchst zweideutiger Weise neu gefasst hat, wie Artikel 146 GG n.F. zu verstehen ist, bzw. ob Artikel 146 GG n.F. u. U. eine verfassungswidrige Verfassungsnorm ist. Die mit Artikel 146 GG n.F. nach wie vor, wenn auch zweideutig, formulierte auflösende Bedingung für die Geltung des Grundgesetzes ist für einen demokratischen Verfassungsstaat, wie die Bundesrepublik Deutschland, untragbar.

#### **b) Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführer**

Unabhängig davon ist die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung der hier verletzten Grundrechte der Beschwerdeführer angezeigt (§ 93 a Abs. 2 b BVerfGG).

**Wenn das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil die Aufgabe der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands allein dem unmittelbar erklärten Willen des deutschen Volkes vorbehält, muss das erst recht gelten für die Schaffung der verfassungsrechtlichen Grundordnung einer Republik.**

Das demokratische Prinzip ist nicht abwägungsfähig; Es ist unantastbar. (BVerfGE 123, 267 < 216 > mit Hinweis auf BVerfGE 89, 155 < 182 >). **Die verfassungsgebende Gewalt**



**der Deutschen, die sich das Grundgesetz gab, wollte jeder künftigen politischen Entwicklung eine unübersteigbare Grenze setzen (BVerfGE 89, 155).**

Diese Feststellung des Bundesverfassungsgerichts setzt jedoch voraus, dass die verfassungsgebende Gewalt der Deutschen überhaupt einmal zur Geltung gekommen ist.

„Aus völkerrechtlicher Sicht stellt sich die Ausübung der verfassungsgebenden Gewalt durch die „freie Entscheidung“ des Staatsvolkes als Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der Völker nach innen dar. [.....] Aus völkervertraglicher Sicht gewährleisten Garantien des universalen und regionalen Menschenrechtsschutzes ein Mindestmaß an demokratischen Mitwirkungsrechten, die auch für Akte der Verfassungsgebung gelten müssen“. (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O. Rn. 4 m.w.N.).

Zwar sollen weder Völkergewohnheits- noch Völkervertragsrecht ein Recht des jeweiligen Staatsvolkes, sich stets ohne Bindungen an die bestehende Grundordnung eine neue Fassung zu geben, begründen. Hier aber haben Artikel 146 GG a. F., die Präambel a. F. und die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes unmissverständlich vorgegeben, wie im Falle der Wiedervereinigung in Verbindung mit Artikel 2 Abs. 1, Artikel 20 Abs. 2 Grundgesetz zu verfahren ist. Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus und sie wird vom Volke in Wahlen und **Abstimmungen** ausgeübt.

Die Beschwerdeführer dürfen nicht daran gehindert werden, in Ausübung des Artikels 20 Abs. 2 GG gemeinsam mit den anderen Staatsangehörigen, eine bei Gründung der Bundesrepublik Deutschland vorgesehene Verfassungsabstimmung vorzunehmen. Nachdem die GemVerfKom von Bundestag und Bundesrat sich diesem Auftrag eher lustlos gestellt und nicht ausgeführt hat und die Fraktionen des Deutschen Bundestages und das Präsidium des Deutschen Bundestages, sich beharrlich – seit nunmehr über 30 Jahren – weigern, dem deutschen Volk, Träger der Staatsgewalt und alleinige Quelle ihrer Legitimation, endlich die Gelegenheit zu geben, seine vorverfassungsrechtliche verfassungsgebende Gewalt auszuüben, ist das Bundesverfassungsgericht die letzte Instanz, der verfassungsgebenden Gewalt der Deutschen zu ihrem Recht zu verhelfen.

„Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Artikel 1 Abs. 1 GG) verankert. Er gehört zu den durch Artikel 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG in Verbindung mit Artikel 79 Abs. 3 GG als unveränderbar festgelegten Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts“ (BVerfG vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 Rn. 210).

Das ist die Messlatte für die verfassungsrechtliche Bewertung des Artikels 146 GG n.F. Die geltend gemachte Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten der Beschwerdeführer hat besonderes Gewicht, denn die Grundrechtsverletzung der verfassten Gewalten deutet auf eine generelle Vernachlässigung der Grundrechte hin und führt zum Ausschluss der Ausübung des Gründungsaktes einer demokratischen Ordnung durch das deutsche Volk. Zur Durchsetzung der vorverfassungsrechtlichen verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes ist die Annahme der Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer angezeigt.

### **c) Die staatliche Pflicht zu allgemeiner Justizgewährung**

Zumindest gebietet Artikel 19 Abs. 4 GG als Teil der staatlichen Pflicht zu allgemeiner Justizgewährung, der „Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats“ (Richard Thoma), dass das Bundesverfassungsgericht die Neufassung des Artikels 146 GG im Kontext mit der bei Gründung der Bundesrepublik vorgesehenen Verfassungsabstimmung abschließend verfassungsrechtlich bewertet.

Artikel 19 Abs. 4 GG manifestiert die staatliche Pflicht und das individuelle Recht auf Justizgewährung und damit auf Eröffnung eines Rechtswegs, der einen wirksamen Rechtsschutz gewährleisten muss durch umfassende, tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O. Artikel 19 Abs. 4 Rn. 16,17). Diesem Anspruch verweigert sich das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 31. März 2000 – 2 BvR 2091/99 unter Verweis auf BVerfGE 89, 155 < 180 >.

## **2. Begründetheit**

Artikel 146 GG soll in Verbindung mit Artikel 79 Abs. III GG den Rückgriff auf die verfassungsgebende Gewalt lediglich zulassen, ihn jedoch nicht gebieten. Inwieweit er in Verbindung mit Artikel 38 GG Individualrechte zu begründen vermag, sei offen (Sachs a.a.O. Artikel 146 Rn. 14).

### **a) Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 31. März 2000**

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 31. März 2000 – 2 BvR 2091/99 – die Verfassungsbeschwerde eines Beschwerdeführers der von der Bundesrepublik Deutschland gesetzgeberische oder administrative Maßnahmen zur

Verwirklichung des vermeintlich aus Artikel 146 GG n. F. folgenden Verfassungsauftrags, das deutsche Volk über eine Verfassung beschließen zu lassen, nicht angenommen. Unter Hinweis auf BVerfGE 89, 155 < 180 > meint das Bundesverfassungsgericht, dass Artikel 146 GG kein verfassungsbeschwerdefähiges Individualrecht begründe. Der Beschwerdeführer könnte allenfalls dann ein Grundrecht aus Artikel 2 Abs. 1 i.V.m. Artikel 20 Abs. 1 und 2, Artikel 146 GG auf Herbeiführung einer Volksabstimmung über die Verfassung haben, wenn aus Artikel 146 GG die Pflicht staatlicher Stellen zur Durchführung einer Volksabstimmung folgte. Weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte dieses Grundgesetzartikels ergäbe sich dafür ein Anhaltspunkt.

**Dieser Beschluss darf keinen Bestand haben. Der Beschluss verkennt die Bedeutung der vorverfassungsrechtlichen verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes und missachtet die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes.**

Der Nichtannahmebeschluss hat keinen präjudiziellen Charakter. Ihm kommt keine Autorität zu, denn er geht sachlich jeder Befassung mit der Verfassungsbeschwerde voraus (Lechner/Zuck a.a.O., vor §§ 93 a FF. Rn. 22, 39c, 39d).

#### **b) Das Auffanggrundrecht des Artikel 2 I GG**

Artikel 2 I GG hat den Charakter eines Auffanggrundrechts, wenn spezielle Grundrechte nicht greifen. So können Verstöße gegen objektives Verfassungsrecht, wie z. Bsp. bei der Behauptung fehlender Gesetzgebungskompetenz, unter dem Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip über Artikel 2 I GG gerügt werden, weil zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Artikel 2 I GG alle formellen und materiell verfassungsgemäßen Rechtsnormen gehören (Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Auflage, § 90 Rn. 77 m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt Artikel 2 I GG ein Auffanggrundrecht dar, wenn spezielle Grundrechte nicht greifen. Damit werden Beschränkungen, wie sie sich etwa konkret im Zusammenhang mit den deutschen Grundrechten ergeben, aber auch im Zusammenhang mit Artikel 25 GG relativiert bzw. aufgehoben (Lechner/Zuck, BVerfGG, a.a.O.).

Artikel 2 I GG gibt deshalb ein jeweils vom Beschwerdeführer zu konkretisierendes Grundrecht auf Einhaltung der Verfassung (Lechner/Zuck, BVerfGG, a.a.O.). Trotz Kritik zu dieser fast unbeschränkten Kontrolle staatlichen Handelns hat das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung aufrechterhalten. Zutreffend stellen Lechner/Zuck a .a. O fest, die Hebefunktion des Artikel 2 I GG zu beschränken, darf über § 90 III bzw. §§ 93 a ff. BVerfGG nicht genutzt werden mit dem Ziel, den Bürgern den

richtigen Freiheitsgebrauch über die Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit vorzugeben. Ein Akt der Entmündigung des „mündigen“ Bürgers. Die Hebefunktion des Artikels 2 I GG muss deshalb unverändert für Grundrechtsrügen erhalten bleiben.

Nach Artikel 25 GG sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechtes. Aus völkerrechtlicher Sicht stellt sich die Ausübung der verfassungsgebenden Gewalt durch die „freie Entscheidung“ des Staatsvolkes als Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der Völker nach innen dar (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O., Artikel 146 Rn. 4).

**c) „Kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt“**

„Die Präambel denkt fassungsgebende Gewalt als unaufhebbare Letztbegründung für die Rechtsordnung im Rahmen bestehender deutscher Staatlichkeit“ (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O., Präambel Rn. 58).

**„Die verfassungsgebende Gewalt im Sinne der Präambel (pouvoir constituant originaire) ist die grundlegende Rechtsmacht zur Grundordnung des staatlichen Gemeinwesens, die originär aus der Selbstbestimmung des Staatsvolkes entspringt und keinen Schranken aus innerstaatlichem Recht mehr unterliegt“ (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O. Präambel Rn. 56).**

„In seiner ursprünglichen Fassung bezog Artikel 146 GG die Ablösung des als vorübergehende Ordnung gedachten Grundgesetzes durch eine neue Verfassung noch auf die originäre verfassungsgebende Gewalt des gesamten deutschen Volkes. Artikel 146 GG a.F. erlaubte eine Ausübung der originären verfassungsgebenden Gewalt des gesamten deutschen Volkes nur im Kontext mit und in zeitlicher Nähe zur Überwindung der deutschen Teilung; nur in diesem Rahmen konnte die Neufassung des Artikels 146 GG durch den verfassungsändernden Gesetzgeber die Option für eine Verfassungsgebung ohne die Bindung an Artikel 79 Abs. 2 und 3 GG offenhalten“ (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O. Präambel Rn. 57).

„Eine noch engere Sicht nimmt eine strikte Alternativität von Artikel 23 GG a.F. und Artikel 146.GG a.F. an; danach hat der Beitritt der DDR zum Grundgesetz den ursprünglichen Verfassungsvorbehalt gewissermaßen konsumiert. Nachdem sich das Zeitfenster für die Ersetzung des Grundgesetzes durch eine staatsrechtlich ungebundene Gewalt längst

geschlossen hat, bleibt für eine derart voraussetzungslose Verfassungsgebung nur der Weg der Revolution“ (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O. Präambel Rn. 57 m.w.N.).

Die unterschiedlichen Auffassungen in der Staatslehre zur Bedeutung von Artikel 146 GG n.F. die darauf hinauslaufen, dass Artikel 146 GG n.F. mit dem Beitritt der DDR obsolet geworden bzw. als verfassungswidrige Verfassungsnorm zu bewerten ist, beschreiben einen für die Bundesrepublik Deutschland geradezu unerträglichen verfassungsrechtlichen Zustand. Es ist für einen demokratischen Bundesstaat, Artikel 20 Abs. 1 GG, nicht hinnehmbar, dass Artikel 146 GG n. F. als die rätselhafteste Bestimmung des ganzen Grundgesetzes von Politik und Staatslehre eingeordnet wird und diese Situation wird nicht dadurch erträglicher, dass das Bundesverfassungsgericht mit „etwas unfertigen Orakelsprüchen“ die Vorschrift des Artikel 146 GG n. F. beliebigen Deutungen anheim gegeben hat.

Nach diesen Interpretationen führt Artikel 4 Ziff. 6 des Einigungsvertrages zur faktischen Beseitigung der vorverfassungsrechtlichen verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes.

Die Reaktion des Deutschen Bundestages auf die Schreiben der **Anlagen 1 und 3** und der Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 31. März 2000 a.a.O. weisen darauf hin, dass die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes mit der Neufassung des Artikels 146 GG in das Belieben der verfassten Gewalten gestellt bzw., dass die in 1949 von Exekutive und Legislative vollzogene verfassungsrechtliche Entmündigung des Souveräns der Ewigkeitsgarantie des Artikel 79 Abs. 3 GG unterstellt werden sollte.

Das deutsche Volk ist zu keinem Zeitpunkt in den Verfassungsgebungsprozess eingebunden worden, obwohl die Präambel sowohl alter wie neuer Fassung davon spricht, dass sich das deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben habe.

Die Präambel ist Bestandteil des Grundgesetzes (BVerfGE 5, 85 < 126 >). Sie ist so Carlo Schmid ein „wesentliches Element des GG“, von dem aus der ganze Verfassungstext erst seine eigentliche politische und juristische Qualifikation erhält.

Das hat Konsequenzen für ihre Abänderbarkeit und unterliegt den Anforderungen des Artikel 79 GG. Sie bestimmt die Auslegung der in Artikel 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze und somit mittelbar auch den Schutz der Ewigkeitsgarantie insbesondere für

die in Artikel 20 GG enthaltenen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen wie die Zuweisung der verfassungsgebenden Gewalt in die Souveränität des deutschen Volkes.

**Die Rückführung auf den Träger der verfassungsgebenden Gewalt verleiht dem Grundgesetz Legitimität.**

Die Absicherung dieser in Artikel 20 GG verbürgten, in der Präambel jedoch mit besonderer Klarheit aufscheinenden Grundentscheidung, darf vom verfassungsändernden Gesetzgeber nicht mit Artikel 4 Ziff. 6 des Einigungsvertrages unterlaufen werden.

**d) Die Schaffung einer Übergangsordnung**

Nach der Präambel a.F. hat das deutsche Volk, um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben, das Grundgesetz beschlossen.

„Eine Übergangszeit ist die Zeit bis zur Vollendung der Einheit des ganzen Deutschlands. [.....] Die Entstehungsgeschichte dürfte jeden Zweifel ausschließen. Außerdem ist die Präambel insoweit mit Artikel 146 zu interpretieren, aus dem sich der genaue Zeitpunkt für das Ende der Übergangszeit ergibt: der Tag nämlich, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die vom ganzen deutschen Volk in freier Entscheidung beschlossen worden ist. [.....] Die Präambel gibt mit der Aussage der Übergangszeit nicht nur der zeitlichen Vorläufigkeit des Grundgesetzes Ausdruck, sondern stellt mit dem „um-zu“-Satz **die vorläufige Regelung des staatlichen Lebens als Zweck des Grundgesetzes heraus**. [.....] Die Beschränkung des Grundgesetzes auf eine Übergangszeit dient also auch der Rechtfertigung der Grundgesetzgebung und stellt gleichzeitig die Grenzen dieser Rechtfertigung fest, nämlich dass Auftrag und historische Umstände die Befugnis des Parlamentarischen Rates „gegenständlich beschränkt“ hatten **auf die Schaffung einer Übergangsordnung**“ (Dietrich Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 75/76).

„Auch nach diesen systematischen Überlegungen ist also die Wiedervereinigung Deutschlands Anwendungsvoraussetzung des Artikel 146. Die weitaus vorherrschende Meinung steht auf demselben Standpunkt“ (Dietrich Murswiek, a.a.O., S. 115).

Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes dokumentiert, dass das deutsche Volk nicht an der Entstehung und Entwicklung des Grundgesetzes mitgewirkt hat bzw.

mitwirken durfte. Das Grundgesetz beruht auf Entscheidungen der Siegermächte entsprechend dem Dokument I und der Parteien, die ihre Vertreter in den parlamentarischen Rat entsandten.

Auf der Londoner Sechsmächtekonferenz im Jahr 1948 sind die Militärgouverneure der westlichen Besatzungszonen ermächtigt worden, die westdeutschen Ministerpräsidenten mit der Einberufung einer **Verfassungsgebenden Versammlung** zu beauftragen, die eine föderalistische Verfassung ausarbeiten sollte. Unter dem Vorbehalt einer alliierten Genehmigung sollte die Verfassung in jedem Land durch eine Volksabstimmung ratifiziert werden.

Die Ministerpräsidenten beschlossen jedoch am 08./10. Juli 1948, dass keine Verfassung für einen „Weststaat“ geschaffen werden dürfe. Nach Einspruch der Besatzungsmächte stimmten sie bei einem zweiten Treffen im Juli 1948 der Schaffung eines Weststaates unter erheblichen Bedenken zu, wobei der **provisorische Charakter** hervorgehoben werden sollte.

Da eine gesamtdeutsche Regelung nicht möglich war, und keine ausreichende deutsche Souveränität bestand, sollte keine Verfassung, sondern nur ein „Grundgesetz“ ausgearbeitet werden. Dieses „Grundgesetz“ sollte durch die Parlamente der Länder der Westzone bestätigt werden, aber nicht durch unmittelbare Volksabstimmungen.

Nachdem die Besatzungsmächte zugestimmt hatten, konstituierte sich am 01. September 1948 der von den Länderparlamenten gewählte Parlamentarische Rat. Die Vorarbeiten sollte ein Verfassungskonvent, der ab dem 10. August 1948 auf Herrenchiemsee tagte, leisten. Dieser bestand aus elf, von den Ministerpräsidenten ernannten Delegierten der elf Länder der Westzone. Vorsitzender war der Leiter der Bayerischen Staatskanzlei, Staatsminister Anton Pfeiffer.

Der Verfassungskonvent, entstanden aufgrund einer „privaten“ Vereinbarung der Ministerpräsidenten der deutschen Länder, schloss seine Arbeiten mit dem „Herrenchiemsee-Bericht“ ab, der maßgeblich die anschließenden Beratungen des Parlamentarischen Rates bestimmte. Der Bericht sah u.a. vor, dass es keine Volksbegehren geben sollte, sondern nur einen Volksentscheid bei Änderungen des Grundgesetzes.

Von den 65 stimmberechtigten Abgeordneten des parlamentarischen Rates gehörten 27 der CDU/CSU und 27 der SPD an. Der Parlamentarische Rat wurde von SPD und CDU/CSU beherrscht, siehe auch die Mitgliederstruktur im Allgemeinen Redaktionsausschuss, Fünferausschuss und Siebenerausschuss. Das Grundgesetz ist also ein Konstrukt der 54 Delegierten von CDU/CSU und SPD in Abstimmung mit ihren Ministerpräsidenten und den Siegermächten.

#### **e) Der demokratische Makel des Grundgesetzes**

Staatslehre und Politik meinen, dass das kein demokratischer Makel sei.

„Das Verfahren, in dem der Verfassungsgeber des Grundgesetzes tätig wurde, mag zwar nicht den der Staatslehre geläufigen Idealtypen demokratisch-westlicher Verfassungsgebung entsprechen, verfassungsrechtliche Konsequenzen sind damit jedoch nicht verbunden. Da allgemeine und bindende Regeln namentlich des Völkerrechts nicht existieren, die ein bestimmtes Verfahren der Verfassungsgebung vorschreiben würden, war auch der Verfassungsgeber des GG frei, angesichts der Besetzung und Teilung Deutschlands ein atypisches, „gestuftes“ Verfahren für die Inkraftsetzung des GG zu wählen“ (Sachs a.a.O. Präambel, Rn. 18).

„Dass es nicht zu einem einheitlichen Volksentscheid über das Grundgesetz gekommen ist, begründet vor diesem Hintergrund keinen „demokratischen Makel“. Die nur mittelbare demokratische Legitimation des parlamentarischen Rates wie auch das Ratifikationsverfahren nach Artikel 144 I GG begegnen weder unter Legalitäts- noch Legitimitätsaspekten Einwendungen.

[.....] Auch wird es der verfassungsrechtlichen wie – politischen Lage der Jahre nach 1945 durchaus gerecht, wenn man in den Wahlergebnissen der ersten Landtagswahlen nach dem II. Weltkrieg zugleich den politischen Auftrag erkennt, die Funktionsfähigkeit des Gesamtstaates wieder herzustellen. Das in diesem Kontext vielfach apostrophierte „tägliche Plebiszit“, manifestiert in der Annahme der grundgesetzlichen Institutionen durch die Bevölkerung nach dem 23.05.1949, hat die Richtigkeit dieser Einschätzung nachhaltig bestätigt. [.....] Gleiches gilt für den Beitritt der DDR vom 03.10.1990, von der Volkskammer mit mehr als 70 %iger Zustimmung beschlossen, hatte er seine demokratische Legitimation durch die freien Volkskammerwahlen vom 18.03.1990 erhalten“ (Sachs a.a.O., Präambel, Rn. 19, 20).



Diese euphemistische Bewertung der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes verbunden mit einer angeblich konkludenten Annahme des Grundgesetzes durch das deutsche Volk im Rahmen der nachfolgenden Landtags- und Bundestagswahlen ist eine Missachtung von Artikel 20 Abs. 2 Satz 1 GG.

Die Parteien SPD und CDU/CSU, die nicht nur den parlamentarischen Rat, sondern in den Folgejahren die Parlamente in Bund und Ländern dominierten, haben sich bis heute angemaßt als „pouvoirs constitués“ den „pouvoir constituant“ in einen verfassungsrechtlichen Gängelwagen einzusperren, und dies im Kontrast zu ihren Bekundungen bei Abfassung des Grundgesetzes im parlamentarischen Rat und den Erklärungen der Ministerpräsidenten der westdeutschen Länder:

**Man wolle nur eine vorübergehende verfassungsrechtliche Regelung treffen, um nicht die deutsche Teilung zu zementieren,**

und ihrer Behauptung in der Präambel

**das deutsche Volk hat sich kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.**

Unabhängig davon, ob bereits aus völkerrechtlicher Sicht nach Artikel 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Artikel 25 GG eine verfassungsmäßige Ordnung voraussetzt, dass der Souverän die Gelegenheit erhält, über seine Verfassung abzustimmen, gebieten die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, die Präambel und Artikel 146 GG a. F., dass das deutsche Volk nach der Wiedervereinigung über seine Verfassung diskutieren und beschließen kann.

„Es bleibt also dabei: Nach Artikel 146 tritt das Grundgesetz nur dann außer Kraft, wenn das gesamtdeutsche Volk eine neue Verfassung beschließt; die Schlussbestimmung kann nur im Falle der Wiedervereinigung zur Anwendung kommen“ (D. Murswiek, a.a.O., S. 112).

„Das Grundgesetz will gelten, bis es gem. Artikel 146 außer Kraft gesetzt wird. Das folgt aus dem Wortlaut und der Stellung des Artikel 146 als Schlussartikel. Diese Bestimmung und keine andere begrenzt die Geltungsdauer, die „Legalität“ des Grundgesetzes, während die Präambel mit dem Hinweis auf die Übergangszeit den Zweck des Grundgesetzes und die Grenzen seiner Legitimität angibt. Wenn nicht ohnehin feststünde, dass die Präambel mit dem Ende der Übergangszeit nichts anderes meint, als den Anwendungsfall des Artikel 146 .....“ (D. Murswiek, a.a.O., S. 121)

„Artikel 146 sieht eine – nach seinem Verständnis originäre – Verfassungsneuschöpfung im Falle der Wiedervereinigung Deutschlands für Gesamtdeutschland vor. [.....] Das Grundgesetz erklärt in Artikel 146 eine neue Verfassungsgebung nur für den Fall für legal, dass sie vom gesamtdeutschen Volk vorgenommen wird. Artikel 146 setzt also die Wiedervereinigung Deutschlands voraus. Eine Verfassungsgebung für die Bundesrepublik allein könnte auf diese Bestimmung nicht gestützt werden“ (D. Murswiek, a.a.O., S. 160).

Artikel 146 GG a.F. war die einzige Bestimmung, in der das Grundgesetz die Ausübung der verfassungsgebenden Gewalt durch den pouvoir constituant „erlaubt“, also für legal erklärt. Diese „Erlaubnis“ für den Fall der Wiedervereinigung in Freiheit durfte der Gesetzgeber mit Änderung des Artikels 146 GG nicht beseitigen, indem er den verfassungsgebenden Akt des pouvoir constituant in sein Belieben stellte. Weil das Grundgesetz die verfassungsgebende Gewalt des Volkes als Rechtssatz voraussetzt, ist eine verfassungsgebende Entscheidung des Volkes, im Falle der Wiedervereinigung, nicht nur legitim, sondern auch legal“ (siehe auch D. Murswiek, a.a.O., S. 256, Ziff. 4), während die Legalität des Grundgesetzes zu diesem Zeitpunkt endet und die Grenze seiner Legitimität damit überschritten wird.

#### **f) Die konkludente Annahme des Grundgesetzes durch das deutsche Volk**

Die Bewertung der bisherigen Wahlentscheidungen des deutschen Volkes seit 1949 und der Volkskammerwahl als ein Akt der Zustimmung zum Grundgesetz ist ersichtlich unzutreffend. Die von Dr. Huber in der Kommentierung zur Präambel vertretene Auffassung, die auch der herrschenden Meinung in Politik und Staatslehre entspricht (Sachs a.a.O. Präambel Rn. 18, 19, 20) wird von Dr. Huber in seiner Kommentierung zu Artikel 146, Rn. 21 als unhaltbar überführt.

„Artikel 146 verlangt eine freie Entscheidung des Volkes. Für die „zweite Stufe“ stellt dies eine verfassungsrechtlich bindende Festlegung dar. Akklamationen plebiszitärer Art genügen insoweit nicht. Deshalb erscheint es zweifelhaft, ob ein Volksentscheid zusammen mit einer Bundestagswahl oder einer anderen nationalen Abstimmung dem Zweck des Artikels 146 genügen kann, eine im öffentlichen Diskurs gereifte bewusste politische Entscheidung auf breitester demokratischer Grundlage sicherzustellen. Die in einigen Ländern [.....] anzutreffende Staatspraxis [.....] zeigt, dass diese Abstimmungen im Schatten des Wahlkampfes kaum zur Kenntnis genommen werden und eine spezifische

öffentliche Debatte über das Für und Wider der einzelnen Verfassungsänderung nicht stattfindet. Es spricht deshalb viel dafür, dass eine (teilweise) Ablösung des GG bzw. ein Eingriff in seine Identität eines eigenständigen Verfahrens bedarf, dass Bedeutung und Dignität dieser Entscheidung auch zu gewährleisten vermag“ (Sachs a.a.O. Artikel 146 Rn. 21).

Diese Bedingungen wurden bei allen Wahlen in der Bundesrepublik seit 1949 nun gerade nicht erfüllt. Unter Berücksichtigung der bisherigen Wahlabläufe kann man schwerlich die Auffassung vertreten, die Wahlen, die nicht ein einziges Mal eine Diskussion über das Grundgesetz zum Gegenstand hatten, hätten die Legitimation des Grundgesetzes herbeigeführt, hätten Bedeutung und Dignität dieser Entscheidung auch zu gewährleisten vermocht. Noch nie ist in der Bundesrepublik eine spezifische öffentliche Verfassungsdebatte geführt worden, insbesondere eine auf breiter demokratischer Grundlage mit dem Ziel, dass das deutsche Volk das Grundgesetz als seine Verfassung, sei es auch nur durch Wahlen, anerkennt.

Die Wahlen in der Bundesrepublik hatten alles andere als das Grundgesetz zum Thema, so dass eine konkludente Annahme des Grundgesetzes durch das Volk ausscheidet. Die Wahlen waren auf das Ja oder Nein zu den Parteien und ihren Programmen, die nicht das Grundgesetz zum Gegenstand hatten, beschränkt und hatten so noch nicht einmal etwas mit den grundgesetzlichen Institutionen zu tun.

Diese und die staatliche Grundordnung wurden von der Bevölkerung schlicht als gegeben hingenommen, zumal eine willensbildende öffentliche Verfassungsdebatte nach Artikel 146 GG erst mit der Wiedervereinigung eröffnet werden sollte. Das deutsche Volk hatte nach 1945 andere Prioritäten und hat vom Prozess der Verfassungsgebung durch die verfassten Gewalten, wenn überhaupt, nur am Rande Notiz genommen.

Für eine spezifische öffentliche Verfassungsdebatte auf breiter demokratischer Grundlage ist es unerlässlich, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk den vom Bundesverfassungsgericht mehrfach definierten Verfassungsauftrag nach Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG umsetzt, indem der öffentlich-rechtliche Rundfunk sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in größtmöglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und damit ein Vielfalt sicherndes und Orientierungshilfe bietendes Programm garantiert (BVerfG Beschluss vom 20. Juli 2021, 1 BvR 2756/20).

#### **g) Die Unvereinbarkeit des Artikels 146 n.F. mit Artikel 79 Abs. 3 GG**

Nach Artikel 79 Abs. 3 GG ist eine Änderung des Grundgesetzes durch die, die in den Artikeln 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig.

Eine Neufassung des Artikels 146 GG mit dem Ziel, eine freie Entscheidung des deutschen Volkes über das Grundgesetz nach der Wiedervereinigung zu verhindern, verletzt die verfassungsmäßige Ordnung. Es ist ein Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, das die Beschwerdeführer davor schützen soll, dass die verfassten Gewalten gegen objektives Verfassungsrecht verstoßen, indem sie das vorverfassungsrechtliche Recht der Verfassungsgebung des deutschen Volkes ausschließen..

Die Weigerung des Gesetzgebers, dem deutschen Volk die Gelegenheit zu geben, diese spezifische öffentliche Debatte über das Grundgesetz zu führen und anschließend darüber abzustimmen, verstößt nicht nur gegen Artikel 2 Abs. 1 GG i. V. m. Artikel 25 GG, Artikel 146 a. F., sondern die Änderung des Artikel 146 GG durch den Einigungsvertrag mit diesem Ziel ist auch unvereinbar mit Artikel 79 Abs. 3 GG.

Hierdurch wird nicht nur das Versprechen des verfassungsgebenden Gesetzgebers über eine Verfassungsabstimmung beseitigt, sondern unmittelbar in die Volkssouveränität nach Artikel 20 Abs. 2 Satz 1 GG eingegriffen, indem man das deutsche Volk verfassungsrechtlich entmündigt, obwohl die Legitimation zur Verfassungsgebung nur aus der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes abgeleitet werden kann. **Sie ist die unaufhebbare Letztbegründung deutscher Staatlichkeit.** Zur Verschleierung seines verfassungswidrigen Vorhabens hat der Gesetzgeber einen verfassungsrechtlichen Zustand geschaffen hin zur rätselhaftesten Bestimmung des ganzen Grundgesetzes.

Die Beschwerdeführer müssen im Sinne des Artikels 2 Abs. 1 GG diesen Zustand nicht als materiell verfassungsgemäß hinnehmen.

Artikel 20 Abs. 2 S. 1 GG soll „dahin zu verstehen sein“, dass er Abstimmungen „als (bloße) Option für die Verfassungsgestaltung in Bund und Ländern garantiert“ (Sachs, a.a.O., Artikel 79 Rn. 68). Es soll also nur eine Option sein und über das ob und wie der Ausübung dieser Option entscheiden die verfassten Gewalten. Und das soll vereinbar sein mit dem unberührbaren Grundsatz, dass die Staatsgewalt vom Volke ausgeht? Vielmehr dürfte das einer unzulässigen Abkoppelung vom Volk entsprechen.

Zutreffend ist allein die Auffassung von Michael, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Artikel 146 Rn. 591 ff., der sich für die Unberührbarkeit des auf die Volkssouveränität gestützten Artikel 146 GG ausspricht.

Die Unantastbarkeitsgarantie für eine demokratische Ordnung, die sich auf die Volkssouveränität gründet, will sicherstellen, dass sich der Gründungsakt für diese demokratische Ordnung aus einer direkten Legitimation durch das Staatsvolk ableitet. Fundament der Legitimation ist die unmittelbare Bekundung des Volkswillens in einer Verfassungsabstimmung. Das wollte Artikel 146 GG sicherstellen geschützt von der Ewigkeitsgarantie des Artikels 79 Abs. 3 GG.

**h) Die Verweigerung der Verfassungsgebung durch das Volk ist mit der Entstehungsgeschichte des GG unvereinbar.**

Die Verweigerung der *poivours constitués* steht im eklatanten Widerspruch zum historischen Hintergrund des Artikels 146 GG a.F. umfassend beschrieben bei Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Artikel 146 Rn. 13 – 18.

Carlo Schmidt stellte zur Schlussbestimmung des Grundgesetzes fest:

„Die letzte Bestimmung des Grundgesetzes ist ein Artikel, in dem gesagt ist, dass das Grundgesetz automatisch an dem Tage außer Kraft tritt, in dem eine Verfassung wirksam wird, die vom deutschen Volk in freier Entscheidung beschlossen worden ist. Die neue, die echte Verfassung unseres Volkes, wird also nicht im Wege der Abänderung dieses Grundgesetzes geschaffen werden, sie wird originär entstehen und nichts in diesem Grundgesetz wird die Freiheit des Gestaltungswillens unseres Volkes beschränken, wenn es sich an diese Verfassung macht. Wann dieser Tag sein wird, wissen wir nicht. Ich für meine Person möchte hoffen, dass ihm der Gründungstag der vereinigten Staaten von Europa auf dem Fuße folgen wird.“

Außerdem erklärte Carlo Schmidt in der 9. Sitzung des Plenums vom 06.05.1949:

**„Das Anwendungsgebiet des Grundgesetzes ist nicht geschlossen. Jeder Teil Deutschlands kann ihm beitreten. Aber auch der Beitritt aller deutschen Gebiete wird dieses Grundgesetz nicht zu einer gesamtdeutschen Verfassung machen können. Diese wird es erst dann geben, wenn das deutsche Volke die**

**Inhalte und Formen seines politischen Lebens in freier Entscheidung bestimmt haben wird.“**

Carlo Schmidt hat damit die Prämissen einer die Volkssouveränität anerkennenden Verfassungsgebung unmissverständlich benannt, während nunmehr der Kompromiss zu Artikel 146 GG n. F. die Deutung der neugefassten Schlussbestimmung mit beachtlichem exegetischen Aufwand belastet (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O. Artikel 146 Rn. 22).

Das Ergebnis dieses exegetischen Aufwandes bringt Dr. Herdegen wie folgt auf den Punkt:

„Die Entstehungsgeschichte und die Systematik des Einigungsvertrages dokumentieren ein Verständnis des verfassungsändernden Gesetzgebers, das nach dem endgültigen Abstreifen des Provisorischen aller verfassten Gewalt dem freien, unkonditionierten Rückgriff auf die verfassungsgebende Gewalt keinen Raum gibt“ (Dürig/Herzog/Scholz a.a.O. Artikel 146 Rn. 22).

Nach dieser Auffassung wollte der verfassungsgebende Gesetzgeber mit dem Einigungsvertrag die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes beseitigen und das Schweigen der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien und des Bundestagspräsidiums dokumentiert, dass der Gesetzgeber, offensichtlich für alle Zukunft, nicht bereit ist, der verfassungsgebenden Gewalt die Option zu geben, eine spezifische öffentliche Verfassungsdebatte zu führen und über eine Verfassung abzustimmen.

Dieser Zustand ist für eine Republik, die eine Parteienoligarchie ist, ideal. In dieser Republik bestimmen Parteien die Vertreter von Legislative, Exekutive und Judikative und in der Geburtsstunde „ihrer“ Republik wie „ihre“ Verfassung aussehen soll.

Für eine demokratisch verfasste Staatsordnung ist das jedoch untragbar und verletzt die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Artikel 2 Abs. 1 i. V. m. Artikel 20 Abs. 1 und II GG; denn die Bundesrepublik Deutschland will ein demokratischer Bundesstaat sein, in dem alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und das will Artikel 79 Abs. 3 GG gegenüber allen politischen Kräften sicherstellen.

**i) Der unfertige Orakelspruch des Gesetzgebers versus Demokratiegebot**

*Der Einigungsvertrag hat in Artikel 4 Nr. 6 die Vorschrift des Artikels 146 in höchst zweideutiger Weise neu gefasst, so dass die politischen Kräfte und die deutsche Staatslehre von einem Destabilisierungspotential der Neufassung des Artikels 146 GG, der rätselhaftesten Bestimmung des ganzen Grundgesetzes, ausgehen, was Gegenstand einer anhaltenden staatsrechtlichen Kontroverse ist.*

Mit diesem unfertigen Orakelspruch offenbart der Gesetzgeber, dass die Staatsgewalt nicht vom deutsche Volke sondern von den im Bundestag vertretenen Parteien ausgehen soll, von Parteien, die nach Artikel 21 Abs. 1 Satz 1 GG lediglich bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken sollen, gemeinsam mit einzelnen Bürgerinnen und Bürgern sowie gesellschaftlichen Gruppen, Vereinigungen und Verbänden. Dies kann nur bedeuten, selbst wenn man den Parteien mit dem Bundesverfassungsgericht „Organqualität“ einräumt, dass die Parteien sich auf eine Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes zu beschränken haben und ihr Wirken nicht zu einer Bevormundung des Volkes führen darf, insbesondere indem sie vorschreiben, welche Verfassung der Souverän zu akzeptieren hat; denn für die vom Grundgesetz verfasste Staatsordnung ist eine durch Wahlen und **Abstimmungen betätigte Selbstbestimmung des Volkes** nach dem Mehrheitsprinzip konstitutiv (BVerfGE 124, 267 < 213 >).

Für das Demokratiegebot bedeutet dies, dass jedem Staatsangehörigen [.....] **ein gleicher Anteil an der Ausübung der Staatsgewalt** zusteht (BVerfGE a. a. O. < 214 >) und die Ausübung der Staatsgewalt beginnt in einer Republik, die sich dem Demokratiegebot untergeordnet hat, mit einem Diskurs und einer Abstimmung der Staatsangehörigen über die zu verfassende Staatsordnung und die Voraussetzungen dafür, sollte der Gesetzgeber nach der Wiedervereinigung Deutschlands in Freiheit ohne schuldhaftes Zögern schaffen.

#### **j) Die verfassungslose Anarchie**

Was aber ist, wenn der Gesetzgeber dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtung nicht nachkommt? Die staatsrechtlichen Konsequenzen könnten verheerend sein

Die vom Parlamentarischen Rat aus der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes abgeleitete Legitimation zur Verfassungsgebung, gegenständlich beschränkt auf die Schaffung einer **Übergangsverfassung**, wird mit der Wiedervereinigung gegenstandslos. Das kann nur dazu führen, dass nach Vollendung der Einheit Deutschlands das zeitliche

und räumliche Provisorium des Grundgesetzes ohne Bestätigung durch den pouvoir constituant seine Legitimität verliert mit der Folge eines verfassungslosen Zustandes.

Damit endet die Legitimation für die verfassungsrechtlichen Institutionen des Grundgesetzes. Ihrem Handeln fehlt die Rechtsgrundlage, d. h. die verfassungsrechtlichen Institutionen agieren, nach Ablauf der Übergangszeit zur Einholung der Entscheidung des Souveräns über seine Verfassung, illegal. Dieses Ergebnis leitet sich zwangsläufig aus der Entscheidung des Grundgesetzes für den pouvoir constituant ab. Nur er ist Träger der verfassungsgebenden Gewalt und nur er kann dem Grundgesetz nach dem Ende der Übergangszeit Legitimität verleihen.

Der Parlamentarische Rat hat bei seinem Akt der Notgeschäftsführung für das deutsche Volk „der Legitimationsfrage die Unverbindlichkeit subjektiven Glaubens genommen und die Geltung des übrigen Verfassungsrechts an den pouvoir constituant geknüpft“ (D. Murswiek, a.a.O., Seite 147).

Ohne Bestätigung des grundgesetzlichen Provisoriums durch das deutsche Volk leben wir in Deutschland spätestens seit Beginn des 21. Jahrhunderts nach Ablauf der Übergangszeit in einer verfassungslosen Anarchie mit der Folge, dass alles staatliche Handeln seitdem illegal wäre. Diesen staatsrechtlich unhaltbaren Zustand müssen die Beschwerdeführer nicht als materiell verfassungsgemäß hinnehmen. Eine abschließende verfassungsrechtliche Klärung ist unerlässlich.

Die Staatsraison gebietet dem Gesetzgeber unverzüglich das verfassungslose Interregnum durch Umsetzung des Artikels 146 GG zu beseitigen und damit zugleich die rätselhafteste Bestimmung des Grundgesetzes zu entschlüsseln.

Es ist unverantwortlich, dass der Gesetzgeber, in seiner Absicht das deutsche Volk unter Verstoß gegen Artikel 20 Abs. 2 S. 1 GG auf Wahlen zu reduzieren, derart katastrophale staatsrechtliche Konsequenzen billigend in Kauf nimmt.

Was sonst hindert den Gesetzgeber daran, einen verfassungsrechtlichen Schlusstrich zu ziehen und dem deutschen Volk zu „gestatten“ dem Grundgesetz, „das sich als deutsche Verfassung bewährt hat und in Fachkreisen der Verfassungsrechtler als Markenzeichen für die in Deutschland geltende freiheitliche demokratische Staatsordnung gilt“, so Sonja Eichwede SPD Anlage 2, seinen Segen zu geben und dem Verfassungsgeber die Absolution zu erteilen?



Oder fehlt dem deutschen Volk nach über 70 Jahren Bundesrepublik noch immer die nötige politische Reife für diesen „unerlässlichen“ Erkenntnisgewinn i. S. von Frau Eichwede und darf deshalb das deutsche Volk unter keinen Umständen in die Prozesse staatlicher Willensbildung, insbesondere der Verfassungsgebung, mit einbezogen werden, sondern muss von den verfassten Gewalten vor sich selbst bis in alle Ewigkeit in Vollzug von Artikel 79 Abs. 3 GG geschützt werden?

Ist das die Auflösung des Rätsels von Artikel 146 GG n.F. und der Inhalt des Demokratiegebotes dieser Republik?

F. Willemer  
Rechtsanwalt