

SCHRIFTEN
zum internationalen und zum öffentlichen
RECHT

Herausgegeben von Gilbert Gornig

Karlheinz Rode

Verfassungsidentität
und Ewigkeitsgarantie

101

PETER LANG

Einleitung

Mit seinem Lissabon-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht – neben anderen - zwei verwunderliche Formulierungen an die Oberfläche der staatsrechtlichen Begriffsflut gespült: Die eine, die sogenannte „Verfassungsidentität“, bezieht sich offenbar auf die vermeintlich unabänderlichen Rechtsinhalte des Art 79 Abs. 3 GG, die andere auf die sich aus diesen Inhalten ergebende so genannte „Integrationsverantwortung“ deutscher Stellen mit der damit verbundenen „Identitätskontrolle“ - ganz vorrangig aber die des Gerichts selbst im Rahmen der Verwirklichung eines vereinten Europas.

Obwohl sich gerade aus dieser „Integrationsverantwortung“ bereits knapp ein Jahr nach dem Lissabon-Urteil mit dem „Mangoldt-Urteil“ desselben Senats der erste nicht unerwartete Eklat ergab, soll das Schwergewicht der vorliegenden Studie beim Begriff der „Verfassungsidentität“ und der damit verbundenen „Identitätskontrolle“ liegen. Wie kaum ein anderer des Grundgesetzes dürften diese Begriffe ideologisch vorbelastet sein. Und dies seit mehr als 220 Jahren, obwohl es die Wörter selbst in jener Zeit überhaupt noch nicht gab.

Zur Blüte gelangte der Begriff der Verfassungsidentität in den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts. Verdächtig ist – der Verfasser mag sich irren - *Paul Kirchhof* mit seinem Aufsatz „Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten“.

Was *Kirchhof* mit philosophischer Verklärung beschreibt, ist der uralte und allgemein bekannte Mythos der Ewigkeitsklausel, wie auch immer dieser „universale Menschheitsgedanke“ wie ein Meteorit in das Grundgesetz hineingelangt ist.

Nach weitaus überwiegender Meinung hält man ihn jedenfalls für ein Etwas, das man nur schwer wieder los wird. Denn – soweit ist *Kirchhof* Recht zu geben - „Verfassung ist Maßstab für werdendes Recht“ und „gibt keine positivrechtliche Erkenntnisquelle für sein Entstehen“. *Kirchhofs* Konsequenz „aus diesem verfassungsjuristischen Axiom“ ist allerdings aufsehenerregend: „Art. 79 Abs. 3 GG unterbindet die Frage nach dem Ursprung und Anfang des Verfassungsgesetzes“. Das ist zumindest erstaunlich, denn *Kirchhof* hatte die Frage des Entstehens von Verfassungen, also doch auch des Anfangs des Verfassungsgesetzes, gerade im Vorkapitel gestellt und ausführlich beantwortet. Aber immerhin, man wird an Thesen der Astrophysik von Urknall und Relativitätstheorie erinnert.

Und man glaubt bald selbst, dass – wie *Kirchhof* meint - „das Verfassungsgesetz sodann an die Grenzen menschlicher Verstehensfähigkeit“ stoße.

Man fragt sich, wieso eigentlich? Denn er beschreibt doch selbst sehr bald altbekannte Vorstellungen, die zwar der Robustheit der Thesen *Carl Schmitts* und *Sieyès`* entkleidet sind, im Ergebnis und in den Rechtsfolgen aber auf dasselbe hinaus laufen. Der Urgeist des *pouvoir constituant* ist wie vor mehr als zweihundert Jahren – allerdings in einem anderen Aggregatzustand – nämlich als „Sprachbild“, von dem man nicht erkennen kann, ob ihm überhaupt eine, und wenn, dann welche, normative Funktion zukommt. Als „Umschreibung der Rechtserzeugungsquelle fingiert(!) es, dass es die Verfassungsgebung im Handeln einer Nationalversammlung oder eines Staatsvolkes ihren Entstehungsgrund habe“. Genau eine solche „Fiktion der Wirklichkeit“ hatte *Kelsen* als logisch verfehlt *Georg Jellinek* im Zusammenhang mit dem Problem des Staatswillens bereits vor hundert Jahren vorgeworfen.

Im Lissabon-Urteil geht das Bundesverfassungsgericht weniger subtil mit dem Begriff der „verfassungsgebenden Gewalt des Volkes um und beschreibt die „Verfassungsidentität“, nämlich die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG, gewohnt apodiktisch.

„Die Verletzung der in Art. 79 Abs. 3 GG festgelegten „Verfassungsidentität“ ist aus der Sicht des Demokratieprinzips zugleich ein Übergriff in die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Die verfassungsgebende Gewalt hat insofern den Vertretern und Organen des Volkes kein Mandat erteilt, über die Verfassungsidentität zu verfügen. Keinem Verfassungsorgan ist die Kompetenz eingeräumt, die nach Art. 79 Abs. 3 GG grundlegenden Verfassungsprinzipien zu verändern. Darüber wacht das Bundesverfassungsgericht. Mit der so genannten Ewigkeitsgarantie reagiert das Grundgesetz einerseits auf historische Erfahrungen einer schleichenden oder auch abrupten Aushöhlung der freiheitlichen Substanz einer demokratischen Grundordnung. Es macht aber auch deutlich, dass die Verfassung der Deutschen in Übereinstimmung mit der internationalen Entwicklung gerade auch seit Bestehen der Vereinten Nationen einen universellen Grund besitzt, der durch positives Recht nicht veränderbar sein soll.“

Damit ist der Begriff der „Verfassungsidentität“, sieht man einmal von einem marginalen Verweis im Maastricht-Urteil ab, in die höchstrichterliche Rechtsprechung eingeführt. Welche Dimensionen er entwickeln kann, ahnt man, liest man den vorangehenden Absatz des Urteils:

„Ob diese Bindung schon wegen der Universalität von Würde, Freiheit und Gleichheit sogar für die verfassungsgebende Gewalt gilt, also für den Fall, dass das deutsche Volk in freier Selbstbestimmung, aber in einer Legalitätskontinuität zur Herrschaftsordnung des Grundgesetzes sich eine neue Verfassung gibt

(vgl. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR VII, 1992, § 166 Rn. 61 ff; *Moelle*, Der Verfassungsbeschluss nach Art. 146 GG, 1996, S. 73 ff; *Stückrath*, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, 1997, S. 240 ff; vgl. auch BVerfG 89, 155 < 180 >), kann offen bleiben. Innerhalb der Ordnung des Grundgesetzes jedenfalls sind die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG, also die Demokratie, die Rechts- und Sozialstaatlichkeit, die Republik, der Bundesstaat sowie die für die Achtung der Menschenwürde unentbehrliche Substanz elementarer Grundrechte in ihrer prinzipiellen Qualität jeder Änderung entzogen.“

Auch ohne sich die geistesgeschichtlichen und rechtsphilosophischen Hintergründe dieses Verfassungsverständnisses im Einzelnen sofort vor Augen zu führen, erkennt man die problembeladene und äußerst fragwürdige Position des höchsten deutschen Gerichts, besetzt mit acht Richtern, die sogar des öfteren diese Positionen nicht einmal einheitlich vertreten: Für umfangreiche Bereiche, soweit sie den Föderalismus und die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze berühren, wird die – wie man meinen könnte - selbstverständliche Auseinandersetzung der demokratischen politischen Kräfte im Staat aufgehoben und eine entsprechende Gesetzgebung unter Hinweis auf die berühmte „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG mit der sich dahinter verborgenden nicht in Frage gestellten, nahezu omnipotenten „verfassungsgebenden Gewalt des Volkes“ verboten. Vor Zeiten soll diese „Gewalt“ einmal als reales Phänomen gewirkt, eine möglicherweise auf alle Zeiten hinaus unantastbare Verfassung erzeugt und mit bestimmten unanfechtbaren Regeln versehen haben.

Diese fast geisterhafte Kraft wird heute nicht nur vom Bundesverfassungsgericht, sondern auch von einer weit verbreiteten „herrschenden Lehre“ als „pouvoir constituant“ bezeichnet. Obwohl dieser Begriff erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts entstanden ist, empfindet man den Hauch des Mittelalters. *Frank Schorkopf* (Staat und Recht, vom 16.7.2009) spricht von einer „unverfügbaren, apriorische Konstitution“ unseres Staates.

Es wird sich im Laufe der Untersuchung zeigen, dass das dem Begriff des „pouvoir constituant“ zugrunde liegende Gedankenmaterial schwer befrachtet ist mit ideologischen Vorstellungen unterschiedlichster Art. Sie sind nicht geeignet, wissenschaftliche Aussagen mit dem Anspruch rationaler Kontrollierbarkeit intellektuell zu begründen.

Denn nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist vor allem ein Weiteres zu beachten: Was und welche gedanklichen Inhalte dieser pouvoir constituant im Einzelnen geregelt hat, bestimmt im Wesentlichen als „Wächter“ - wenn andere Organe versagen - das Bundesverfassungsgericht selbst im Rahmen seiner Integrationsverantwortung“, und die wieder vor dem Hintergrund und dem Gewicht des § 31 BVerfGG.

Das Gericht bringt also deutlich zum Ausdruck, dass es, wenn die anderen Staatsorgane die Ihnen insoweit obliegenden Pflichten nicht hinreichend wahrnehmen, nur selbst befugt ist, im Zusammenhang mit der Europäischen Vereinigung jene Grenzen zu prüfen und inhaltlich zu bestimmen, die gemäß Art. 79 Abs. 3 GG der *pouvoir constituant* der deutschen Politik verfassungsrechtlich gesetzt hat, mit anderen Worten, auf welche Weise die durch diese Vorschrift zu beachtende „Verfassungsidentität“ der Bundesrepublik Deutschland gewahrt bleibt und auf welche Weise nicht. Das bedeutet weiter, dass das Bundesverfassungsgericht angesichts des § 31 BVerfGG mit letzter Verbindlichkeit über die Tatbestandsinhalte des Art. 79 Abs. 3 GG, d. h. über den deutschen Föderalismus, über Begriffe wie Menschenwürde, Menschenrechte, Republik, Demokratie, Sozialstaatlichkeit und Bundesstaatlichkeit entscheidet und damit den Gesetzgeber jederzeit in seinem Sinne zu korrigieren vermag. In einem demokratischen Staatswesen ist das fürwahr eine außerordentliche Kompetenz, deren Problematik nicht zuletzt in der juristischen Interpretation von z. T. undefinierbaren und schwer konkretisierbaren Verfassungsbegriffen wie den oben genannten angelegt ist. Sie wird einen zentralen Punkt der vorliegenden Studie ausmachen.

Im Untertitel nennt der Verfasser das derzeitig überwiegende Verständnis des Art. 79 Abs. 3 GG „einen Mythos der deutschen Staatsrechtslehre“. Das wird im Einzelnen nachzuweisen sein, bedarf an dieser Stelle jedoch angesichts der vielfältigen und mehrdeutigen Verwendung des Wortes Mythos eines kurzen Hinweises: Seit der Antike verbindet man mit dem Wort Erzählungen von Göttern, Helden und ähnlichen irdischen und überirdischen Gestalten, die, aus welchen Gründen auch immer, einen besonderen positiven oder negativen Rang einnehmen und dadurch Vorbildfunktionen bzw. das Gegenteil gewinnen.

Diese Bedeutung gibt es zwar auch heute noch, jedoch hat sich die Begrifflichkeit in unterschiedliche Spielarten aufgespalten, die hier nicht von Interesse sind. Wenn die vorliegende Studie von „Mythos“ spricht, ist in einem verengenden Sinne der so genannte „politische Mythos“ gemeint, wie er in jüngerer Zeit vor allem von Medienwissenschaftlern entwickelt worden ist, und zwar häufig vor Bezugnahme auf historische Personen oder historische Ereignisse, die ein „sinn- oder identitätsstiftendes“ Wirkungspotential in sich tragen, das sich plötzlich oder allmählich zu unwiderstehlicher und unwidersprochener Geltungskraft entfaltet.

Die tatsächlichen Ereignisse werden kaum noch empirisch nachgeprüft und verlieren mit der Zeit auf diese Weise immer mehr an Profil und Substanz. Was bleibt ist das scheinbar sinn- und identitätsstiftende Gedankenmaterial, das in Politik und Rechtswissenschaft dann nicht selten vermeintlich saubere wissenschaftliche Begründungen zu liefern vermag.

Einen solchen „sinn- und identitätsstiftenden“ Mythos gibt es auch in Bezug auf Art. 79 Abs. 3 GG. Er ist jedem Verfassungsrechtler bekannt und hat auch zum Begriff der „Verfassungsidentität“ seinen Beitrag geleistet. Es ist die Geschichte des 1748 in Frejus geborenen *Emmanuel Joseph Sieyès*, eines Priesters und bischöflichen Generalvikars sowie – als Vertreter des Klerus seiner Diözese – Mitglied der Provinzialstände der Provinz Orleanais. Seine im Januar 1789 erschienene revolutionäre Kampfschrift „*Qu'est – ce que le Tiers Etat?*“ (Was ist der Dritte Stand?) wurde rasch zu einem fast märchenhaften „Bestseller“ und ermöglichte ihrem Autor einen ebenso märchenhaften Aufstieg in den verschiedensten Staatsorganen der Französischen Revolution. Die zahlreichen widerspruchsvollen Umstände seiner großen Karriere bis zu seinem Tode im Jahr 1836 gerieten in der Folgezeit mehr oder weniger aus dem Blickwinkel der Staatstheoretiker.

Die größte Anerkennung erfuhr *Sieyès* dann aber viele Jahre später im Verein mit dem 140 Jahre später geborenen *Carl Schmitt* in Deutschland. Über dessen 1928 publizierte „Verfassungslehre“ gewinnen seine Überlegungen dann (allerdings erst nach dem zweiten Weltkrieg) überraschend einen immensen Einfluss auf die heute herrschende Lehre und Rechtsprechung zum Grundgesetz, vor allem zur Präambel und zu Art. 79 Abs. 3 GG. Darauf wird im Folgenden eingehend zurückzukommen sein, denn erst die Enttarnung dieses Mythos ermöglicht einen klaren Blick auf die so genannte „Ewigkeitsklausel“.

Schließlich noch einige wenige Bemerkungen zur gedanklichen Anlage der Studie: Berücksichtigt man die Tatsache, dass zentrales Argumentationsmaterial konkret zur Ausgangsfrage sich über heute mehr als 220 Jahre erstreckt, dass Literatur und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sich in hohem Maße zusätzlich immer wieder auf noch viel ältere naturrechtliche Gedankengänge berufen und man in den Kontexten selten erfährt, welche Spielarten solcher Positionen rechtsphilosophisch eigentlich gemeint sind, konnte es kaum gelingen, eine streng deduktive Gedankenführung und Argumentationskette durchzuhalten. Es blieb zwar der Anknüpfungspunkt – die möglichst einsichtige Interpretation des Art. 79 Abs. 3 GG – immer derselbe. Die vorhandenen Stellungnahmen aber auch rechtliche Sachverhalte zu Details sind aber so vielfältig, dass sie sich einer exakt deduktiv angelegten Ordnung entziehen. Soweit der Verfasser dem Rechnung tragen musste, hat er sich zu singulären Fragestellungen, wenn es nicht zu vermeiden war, mit ebenso singulären „Anmerkungen“ begnügt.

Dass der Untertitel dieser Studie von „Anmerkungen“ spricht, soll aber über das Gesagte hinaus noch ein Weiteres andeuten: Art. 79 Abs. 3 GG ist und bleibt eine der rätselhaftesten Vorschriften unseres Grundgesetzes, genau so rätselhaft wie die Sicherheit, mit der einige Autoren, aber auch das Bundesverfassungsgericht ihre Interpretationen verkünden. Der Verfasser meint zwar, das Problem

einer vertretbaren Lösung zugeführt zu haben. Dennoch verbleibt ein rational nicht zu beschreibendes „Gefühl“ des Vorbehalts. Aber vielleicht ist dies nur das berechnete Gefühl für die inzwischen gewonnene Einsicht in die Subjektivität jeder wissenschaftlichen Aussage.