

BERICHT

Deutschlands aktuelle Verfassungslage

Bericht über die Sondertagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Berlin am 27. April 1990

PETER BADURA

1. Die Vereinigung versammelte sich auf Einladung des Vorstands am 27. April 1990 im Plenarsaal des Bundesverwaltungsgerichts zu Berlin, um über Deutschlands aktuelle Verfassungslage zu beraten. Es berichteten *Jochen Abr. Frowein* über „Die Verfassungslage Deutschlands im Rahmen des Völkerrechts“, *Josef Isensee* über „Staatseinheit und Verfassungskontinuität“, *Christian Tomuschat* über „Wege zur Einheit“ und *Albrecht Randelshofer* über „Deutsche Einheit und Europäische Integration“. Der Bundespräsident, *Richard von Weizsäcker*, nahm als Gast der Vereinigung an den Beratungen des Vormittags teil und hörte die Referate der vier Berichterstatter. Die Aussprache am Nachmittag dauerte mehr als vier Stunden; sie ließ Übereinstimmung in wesentlichen Punkten erkennen, aber auch manche Kontroversen, vor allem in der Frage der Legitimation der Verfassung des vereinigten Deutschlands. Am Abend gab der Bundespräsident in seinem Berliner Amtssitz, dem Schloß Bellevue, einen Empfang.

2. Die Referate, ergänzt durch die sehr eingehende Aussprache, fügen sich zu einem Handbuch der Rechtsfragen zusammen, die durch den Prozeß der Wiedervereinigung aufgeworfen werden. Im Vordergrund standen die Hauptprobleme einer gesamtdeutschen Verfassungsgebung in der Form einer Geltungserstreckung des – unter Umständen novellierten – Grundgesetzes auf das Gebiet der heutigen Deutschen Demokratischen Republik und die völkerrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Bindungen, denen dieser staatsgestaltende und verfassungspolitische Vorgang unterworfen ist. Breite Einmütigkeit konnte in der Einschätzung des staatlichen Schicksals der DDR verzeichnet werden: ihre Entstehung und ihr voraussehbarer Untergang ist der gescheiterte Versuch einer Sezession von dem 1945 fortbestehenden und zunächst nur für Gebiet und Bevölkerung der Bundesrepublik reorganisierten deutschen Nationalstaat. Fünfundvierzig Jahre seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges findet Deutschland, schmerzhaft begrenzt auf das Gebiet der

zeitweise nebeneinander bestehenden beiden deutschen Staaten, wieder seine staatliche Gestalt, in einem vereinten Europa und unter Beendigung der seit der Potsdamer Erklärung vom 5. Juni 1945 bestehenden Viermächteverantwortung.

Referate und Diskussion mußten sich naturgemäß einer historischen und gegenständlichen Beschränkung gegenübersehen. Der Weg zur Wiedervereinigung, schon seit dem Oktober 1989 reich an überraschenden Wendungen, ist auch heute nicht bis zu seinem Ende überschaubar. Das heute gefragte Urteil muß sich von Prognosen und Spekulationen über Art und Maß des vorangehenden Prozesses freihalten, soweit nicht die Entwicklung der staatlichen Neubildung bereits faßbar ist. So ist zwar klar, daß die Herstellung der Rechtseinheit ein komplexer und zeitlich gestreckter Vorgang mit vielfältigen Übergangs- und Anpassungsregelungen sein wird. Doch sind hier zahlreiche Schritte rechtlich nur unvollkommen vorgezeichnet und politischer Entscheidung des Gesetzgebers, möglicherweise des verfassungsändernden Gesetzgebers überantwortet. Auf diesem Feld wurde deshalb in Berlin wenig gesagt. Das gilt etwa für die Rechtslage des sozialisierten, konfiszierten oder enteigneten Eigentums, bei dessen Neuordnung weder Willkürakte des sozialistischen Staates nachträglich anerkannt noch schutzwürdiges Vertrauen neuer Berechtigter unbillig verletzt werden darf. Das gilt weiter für die Umwandlung der volkseigenen Betriebe und der Kombinate in Unternehmen privatrechtlicher Rechtsform und privatwirtschaftlicher Funktion.

Auch abgesehen von den Grenzen des Voraussehens zukünftiger Ereignisse, Entwicklungen und Entscheidungen war das Gelingen der Tagung dadurch gekennzeichnet, daß die Konzentration auf das Wesentliche erreicht wurde. Mancherlei Rechtsfragen der aktuellen Politik konnten demgemäß nur knapp gestreift werden oder mußten ganz unter den Tisch fallen. Zu Recht wurde unterstrichen, daß die Wiedervereinigung eine Stunde des Föderalismus ist; doch unterblieb eine nähere Betrachtung einer Neugliederung der Länder im Westen und der Neukonstituierung der Länder im Osten. Größtes Interesse fand die Frage, ob die Konstituierung des Grundgesetzes als Verfassung Deutschlands allein durch Wahlen zum Bundestag legitimiert werden könne oder ob außerdem ein Referendum – in Deutschland oder nur im Gebiet der vormaligen DDR – nötig oder vielleicht wünschenswert sei, verbunden mit der weiteren Frage, ob das Grundgesetz nach Art. 79 GG in den Art. 23 und 146 oder auch darüber hinaus geändert werden müsse oder solle. Vernachlässigt blieb demgegenüber das nicht einfache Problem, wie es überhaupt in Abänderung der verfassungsrechtlich festliegenden Wahlperiode des Bundestages oder in anderer Weise zu gesamtdeutschen Wahlen kommen könne oder ob etwa „Nachwahlen“ für die Bevölkerung auf dem Gebiet der DDR verfassungsrechtlich zulässig wären. Die Konzentration auf

das Wesentliche gab auch der Aussprache ein festes Gerüst und einen fruchtbaren Verlauf.

3. *Jochen Abr. Frowein* schilderte klar und mit großer Überzeugungskraft die Verfassungslage Deutschlands im Rahmen des Völkerrechts. *Frowein* legte großes Gewicht auf die Verantwortung der Vier Mächte für Deutschland als Ganzes, die ihren sichtbarsten Ausdruck immer in Berlin fand. Sie war in der Zeit der Spaltung die rechtlich eindeutige Klammer, die die Teile Deutschlands zusammenhielt. Bei der Vereinigung der beiden deutschen Staaten geben die Vorbehaltsrechte den Vier Mächten ein Mitspracherecht. Dieses Recht, völkerrechtlich auch durch das Selbstbestimmungsrecht der Deutschen beschränkt, bezieht sich auf die Grenzproblematik und die Sicherheitsfragen, nicht auf die internen Verfassungsverhältnisse. Diese unterstehen allein deutscher Entscheidung. Mit einer Vereinigung der beiden deutschen Staaten fällt eine der wesentlichen Bedingungen weg, die nach Art. 2 des Deutschlandvertrages die Aufrechterhaltung der Rechte und Verantwortlichkeiten der Alliierten in bezug auf Berlin und auf Deutschland als Ganzes rechtfertigen. Auf die Ostgebiete bezieht sich die Verpflichtung der Westalliierten zur Wiedervereinigungspolitik, wie sie Art. 7 des Deutschlandvertrages enthält, nicht. Mit der Wiedervereinigung finden die alliierten Vorbehaltsrechte ihr Ende, was durch förmliche Erklärung der Vier Mächte bestätigt werden könnte; eines „Friedensvertrages“ bedarf es nicht.

Das Völkerrecht und ebenso das Verfassungsrecht der Bundesrepublik setzt eine freie Entscheidung der DDR für die Vereinigung der beiden deutschen Staaten voraus. Auch die Vier Mächte haben die Möglichkeit einer Selbstbestimmungsentscheidung in der DDR anerkannt. Sie ist durch die Wahlen am 18. März 1990 bereits im Grundsatz getroffen worden. Damit ist es völkerrechtlich nunmehr allein Sache des Willens der beiden deutschen Staaten, wie die Vereinigung vorbereitet und vollzogen wird. Weder die Sowjetunion noch die Drei Mächte haben ein Mitspracherecht hinsichtlich des Verfahrens nach Art. 23 oder 146 GG.

Teils Beifall, teils Widerspruch lösten in der Diskussion die Ausführungen *Froweins* zu Art. 146 GG aus. Zwischen Art. 23 und Art. 146 GG besteht – so *Frowein* – kein notwendiger Gegensatz. Nach einem Beitritt der DDR kann Art. 146 GG zur Anwendung kommen, d. h. eine die Rechtskontinuität des Verfassungsrechts durchbrechende Verfassungsgebung für Deutschland erfolgen, oder – durch eine „Abschaffung von Art. 146 GG“ – eine Entscheidung für die Weitergeltung des Grundgesetzes als Verfassung des vereinigten Deutschlands getroffen werden. „Sie mag in einer Wahl, die klar mit dieser Zielsetzung erfolgt, gesehen werden können. Ich neige zu der Auffassung, daß eine Volksabstimmung die richtige Voraussetzung für die Ablösung des Art. 146 wäre. Damit bekäme das Grundgesetz die ihm zu Anfang fehlende, freilich ihm in der Praxis der Bundesrepublik Deutschland

so deutlich zugewachsene demokratische Legitimität in einem Akt, der das gesamte Volk vereinte.“ Frowein sprach sich dafür aus, daß eine Entscheidung für die Beibehaltung des Grundgesetzes mit geringfügigen Änderungen als gesamtdeutsche Verfassung mit einer Volksabstimmung für diese grundlegende Verfassungsentscheidung verbunden werden sollte (entschieden anders *P. Lerche* in einem am selben Tage veröffentlichten Zeitungsartikel „Beitritt der DDR und dazu ein Volksentscheid? Kein Gewinn an Legitimität und ein Verlust an Klarheit, F. A. Z. vom 27. 4. 1990, S. 10). In seinem Schlußwort ließ *Frowein* keinen Zweifel daran, daß er den Weg über Art. 146 GG nicht für wünschenswert hält, ungeachtet dessen aber keinen Rechtsgrund – es sei denn, wie in der Aussprache erwähnt, einen Verfassungswandel – dafür erkennen kann, daß Art. 146 GG allein durch einen Beitritt der DDR nach Art. 23 GG überholt wäre. Eine Aufhebung des Art. 146 GG aber müßte im Wege des Art. 79 GG in Verbindung mit einer Volksabstimmung erfolgen. *Froweins* Argument, daß diese Rechtsfolge dem Grundgedanken der demokratischen Legitimation der Verfassungsgebung zu entnehmen sei, und die Berufung auf das Dekret des Konvents vom 21. Februar 1792 – “ . . . il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est accepté par le peuple“ – krankt daran, daß ein Referendum als das allein echte Werkzeug des Volkswillens vorausgesetzt wird. In der Diskussion wurde derartigen Thesen, wie sie mit unterschiedlichen Facetten vor allem von *Häberle* und *Hans Meyer* verfochten wurden, zu Recht entgegengehalten, daß verfassungstheoretische, verfassungspolitische und verfassungsrechtliche Argumente und Schlüsse auseinandergehalten werden sollten (*Sachs*).

Der weitläufige Problemkreis von „Identität und Sukzession“ wurde in *Froweins* Bericht klar und eindringlich erörtert. Dazu gehört zuerst der grundsätzliche Komplex der „Rechtslage Deutschlands“ vor und nach der Wiedervereinigung und dann die Frage des Schicksals der völkerrechtlichen Verträge der DDR nach deren Beitritt zur Bundesrepublik als der mit dem Deutschen Reich identischen – freilich zunächst auf ihr Territorium begrenzten – staatlichen Körperschaft. In der Grundsatzfrage sieht *Frowein* die Rechtslage so, daß mit den Ereignissen der Jahre 1989/90 die versuchte und mißlungene Sezession der DDR aufhört, die DDR als staatliche Körperschaft und Völkerrechtssubjekt untergeht und die DDR nunmehr Bestandteil der den deutschen Staat fortsetzenden Bundesrepublik Deutschland wird. Mit der Begründung der Wirtschafts- und Währungsunion wird ein deutlicher Schritt auf die Wiederbegründung staatsrechtlicher Strukturen hin erfolgen.

Da die Wiedervereinigung die staatliche Kontinuität der Bundesrepublik nicht berührt, die staatliche Existenz der DDR dagegen beendet und damit für diese einen Tatbestand der Staatensukzession zur Folge hat, ergeben sich für die völkerrechtlichen Verträge der beiden deutschen Staaten unterschied-

liche Rechtswirkungen. Dies legte *Frowein* im einzelnen dar, Geltung und sachliche Anwendbarkeit der Wiener Konvention von 1978 verneinend. Von gewissen Modifikationen abgesehen, läßt sich *Froweins* Standpunkt in die zwei Hauptpunkte zusammenfassen, daß sich die Verträge der Bundesrepublik, soweit sie von ihrem Charakter her dazu geeignet sind, automatisch auf das gesamte deutsche Staatsgebiet ausdehnen (Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen), daß aber die Verträge der DDR ihre Gültigkeit verlieren, wenn sie nicht lokalisiert oder radiziert sind (Grundsatz der tabula rasa). Besonderheiten gelten für Verträge der DDR, die wirtschaftliche Leistungen der DDR betreffen: hier besteht zumindest eine Verhandlungspflicht zur Weiterführung oder schonenden Ablösung derartiger Pflichten. Besonderheiten bestehen weiter für die Staatsschulden der DDR: diese muß die Bundesrepublik nach einer allgemein anerkannten Regel des Völkerrechts übernehmen. Für die EG und für die NATO knüpft die Mitgliedschaft des vereinigten Deutschland an dessen Identität mit der Bundesrepublik an; hinsichtlich der NATO werden besondere Stationierungsregelungen für das Gebiet der früheren DDR politisch unumgänglich sein. Die Reparationsfrage bedarf der Klärung (siehe Art. 5 Abs. 2, 25 des Londoner Schuldenabkommens). Hier erscheint *Frowein* vor allem eine Bestätigung der Vier, daß keine weiteren Reparationen verlangt werden können, angemessen.

In der Grenzfrage trat *Frowein* ohne Wenn und Aber für den Rechtsstandpunkt ein, daß die beiden deutschen Staaten sich vertraglich darauf festgelegt haben, die Oder-Neiße-Grenze als polnische Staatsgrenze zu respektieren. Ausdrücklich entgegen der Meinung *Eckart Kleins*, der erst in künftigen Verträgen eines vereinigten Deutschland die Abtretung der Gebiete sehen will (NJW 1990, 1065), versteht *Frowein* – wie auch schon in früheren Äußerungen – den Warschauer Vertrag von 1970 als eine „Anerkennung der ursprünglich in ihrer Wirksamkeit bestrittenen einseitigen polnischen Annexion der Gebiete“. *Frowein* stimmte in der Aussprache dem Votum *Bothes* zu, daß der Warschauer Vertrag nicht nur einen Gewaltverzicht, sondern – entsprechend dessen dominierendem Art. 1 – die Anerkennung der Annexion und damit der Grenze zum Inhalt habe (gegen die Diskussionsbeiträge von *Rauschnig*, *Eckart Klein* und *Fiedler*). Das Ziel des Wiedervereinigungsgebots ist nicht die Durchsetzung von Territorialansprüchen, sondern die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des deutschen Volkes.

4. *Isensees* Referat über „Staatseinheit und Verfassungskontinuität“ war ein dem Grundsätzlichen verpflichtetes und zugleich vehementes Plädoyer für die Kontinuität der deutschen Staatlichkeit in Gestalt des wiedervereinigten Deutschland mit dem Grundgesetz als dem rechtlichen Fundament des „geglückten deutschen Verfassungsstaates“. Die staatsethische Solidareinheit der Nation ist Fundament der staatsorganisatorischen Entscheidungs- und Handlungseinheit, dementsprechend ist die wiedergewonnene nationale Ein-

heit die Grundlage der Staats- und Verfassungseinheit Deutschlands. Die erfolgreiche Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der – vorübergehend in einen eigenen Staat gezwungenen – Deutschen in der DDR im Einklang mit dem „Wiedervereinigungskonzept des Grundgesetzes“ stellt die nationale und staatliche Einheit wieder her. Die so erreichte, einvernehmlich errichtete staatliche Einheit Deutschlands ist die Prämisse der nunmehr möglichen gesamtdeutschen Verfassung. Der Beitritt der DDR, dieses anderen Teiles Deutschlands, bedeutet völkerrechtlich deren Untergang durch Eingliederung in die Bundesrepublik und löst (nur) für die DDR die Probleme der Staatensukzession aus.

Für die Bewerkstelligung der jetzt möglichen und aufgegebenen Verfassungseinheit stellt sich die Alternative: Ausdehnung oder Ablösung des Grundgesetzes. Das Grundgesetz muß entweder beibehalten (Art. 23 GG) oder aber aufgehoben (Art. 146 GG) werden. Mit dieser theoretisch zugespitzten Alternative nimmt *Isensee* das Ergebnis vorweg, nämlich politisch den Weg über Art. 23 Satz 2 GG und verfassungsrechtlich den Ausschluß einer – auch späteren – Anwendung des Art. 146 und die allein noch gegebene Option einer an Art. 79 GG gebundenen Verfassungsentwicklung durch Änderung des Grundgesetzes. Aus der zutreffenden Deutung des Art. 146 GG, daß dessen Anwendung die Verfassungskontinuität zerbrechen würde, deduziert *Isensee* eine Reihe weiterer Folgerungen für die politische und rechtliche Abwicklung des Wiedervereinigungsprozesses. Eine Kombination von „Beitritt“ (Art. 23 GG) und Beschluß des in freier Entscheidung handelnden deutschen Volkes über eine das Grundgesetz ablösende Verfassung (Art. 146 GG) scheidet aus. „Der Beitritt ist ‚Vereinigung mit der Bundesrepublik‘ unter vorbehaltloser Übernahme des Grundgesetzes: Nur bei der Wahrung der Identität von Staat und Verfassung entsteht nach Art. 23 GG der Anspruch auf Aufnahme in den Staatsverband.“ Mit dem Beitritt der DDR und der Inkraftsetzung des Grundgesetzes vollendet sich die staatliche Einheit Deutschlands. Damit erledigen sich die Normen und Klauseln des Grundgesetzes, die sich auf die Wiedervereinigung beziehen (der Schlußsatz der Präambel, Art. 23 und 146 GG); denn ihre Voraussetzungen entfallen. Als Dokumentation dessen, daß die Wiedervereinigung erreicht und abgeschlossen ist, sollten diese Verfassungssätze gestrichen werden. Auch Art. 146 GG wäre aufzuheben; denn die Verfassungsfrage ist nicht mehr offen, wenn der Beitritt nach Art. 23 GG erfolgt und die Einheit Deutschlands damit verwirklicht ist. Das Grundgesetz war von vornherein als Verfassung Deutschlands entworfen. Durch das „indirekte Verfassungsplebiszit“ der Deutschen, denen nach den Worten der Präambel „mitzuwirken versagt war“ und für die es treuhänderisch konzipiert worden war, kommt jetzt der Prozeß der Annahme des Grundgesetzes als deutscher Verfassung durch die freie Entscheidung der Deutschen in der DDR zum

Abschluß. Der Legitimation der so bekräftigten Verfassung durch ein Referendum bedarf es nicht.

Die Aussprache des Nachmittags war auf weite Strecken von der Frage bewegt, ob nach einem Beitritt der DDR gemäß Art. 23 GG die bisher vielfach als weitaus gewichtiger eingeschätzte Verfassungsnorm des Art. 146 GG ohne weiteres obsolet werde und ohne sachliche Konsequenz „gestrichen“ werden könne, und wurde in diesem Punkt gerade durch *Isensees* Pointierungen angeregt. Während es auch Voten gab, die mit *Isensee* in einer Wiedervereinigung gemäß Art. 146 GG eine Entscheidung gegen das Grundgesetz sahen (*Murswiek*), betrachteten andere Stellungnahmen Art. 146 GG als eine „Chance“, die nicht aufgegeben werden dürfe und die nicht durch einen Beitritt nach Art. 23 GG hinfällig werden würde (*H. Meyer, Lange*). *Häberle* fragte, wo bei *Isensee* das Volk geblieben sei, und setzte sich mit *Frowein* für einen Volksentscheid am Ende des Wiedervereinigungsprozesses ein. Auch darauf wurde hingewiesen, daß Art. 146 GG eine Bestimmung zum Schutz des Grundgesetzes, nicht etwa ein Weg zur Wiedervereinigung sei, und daß andererseits Prämisse des Art. 146 GG die vorkonstitutionelle verfassungsgebende Gewalt des Volkes sei (*Maurer*). Diejenigen Diskussionsredner, die in Art. 146 GG eine in jedem Fall offenzuhaltende oder wahrzunehmende Chance der Verfassungspolitik sahen, haben sicher ebenso wie *Isensee* vor Augen gehabt, daß diese Norm auf der Lehre vom *pouvoir constituant* beruht. Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes ist nun allerdings einer positivrechtlichen Regelung weder bedürftig noch fähig, so daß Art. 146 GG einen konstitutiven Regelungsgehalt derart haben muß, einen selbständigen Revisionstatbestand für das Grundgesetz festzulegen. Aus den Äußerungen *Carlo Schmid*s im Parlamentarischen Rat (besonders die Reden vom 8. September und vom 20. Oktober 1948, Stenogr. Bericht, S. 8 ff., 69 ff.), auf die *Isensee* und andere Bezug nahmen, geht diese Bedeutung des Art. 146 GG deutlich hervor. Deshalb ist verständlich, daß die Auseinandersetzung in Für und Wider gerade bei dem Problem verharnte, ob mit dem vollzogenen Beitritt nach Art. 23 GG die Revisionsklausel des Art. 146 GG noch weiter (ob, wie und von wem?) in Anspruch genommen werden könnte. In seinem Schlußwort faßte *Isensee* den Standpunkt konzise zusammen, daß eine Fortgeltung des Art. 146 GG nach dem die Anerkennung des Grundgesetzes notwendig einschließenden Beitritt der DDR zu dem temporär durch die Bundesrepublik verkörpertten deutschen Staatsverband mit dem Wiedervereinigungskonzept des Grundgesetzes unvereinbar wäre.

Der letzte größere Abschnitt in *Isensees* Referat war den Hauptfragen gewidmet, die im Vollzug des Beitritts der DDR aufgeworfen werden: „Verfassungseinigung und Verfassungsverwirklichung als Aufgabe für Staat und Gesellschaft“. Die Ermächtigung des Art. 23 Satz 2 GG erlaubt eine zeitlich abgestufte und gegenständlich modifizierte Inkraftsetzung des

Grundgesetzes für das Gebiet der früheren DDR. Die schrittweise Herstellung der Rechtseinheit nach dieser Verfassungsnorm ist Sache des Gesetzgebers. Abgesehen von beitriffsbezogenen Textrevisionen des Grundgesetzes sollte auf zusätzliche Projekte der Verfassungsrevision nicht eingegangen werden; eine Verwässerung des Grundgesetzes durch „Präambel-Staatsrecht“ ist unangebracht. Das gemäß Art. 23 GG in Kraft gesetzte Grundgesetz erfährt eine Erweiterung seines räumlichen Geltungsbereichs und „muß die Menschen in ihren Lebensverhältnissen nehmen, wie sie sich in den Jahrzehnten der Trennung entwickelt haben“. Das Grundgesetz tritt in der DDR nicht rückwirkend in Kraft. Auch die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG schafft keine Rückgewähr- und Entschädigungsansprüche für rechtsstaatswidrige Eigentumsbeeinträchtigungen des vergangenen Systems, saniert aber nicht „unrechtmäßigen Besitz“.

Isensees Referat schloß mit einem Appell, die ungenutzten föderativen Ressourcen des Grundgesetzes (etwa Art. 72 Abs. 2 GG) durch Integration und Differenzierung auszuschöpfen, um die staatliche Symbiose der heterogen geprägten Teile Deutschlands zu fördern. Im Einklang mit dieser Programmatik begrüßte in der Diskussion *Häberle* den mit dem Wiedervereinigungsprozeß verbundenen Legitimationsschub für den deutschen Föderalismus. In diesem Punkt klang selbst bei *Isensee* eine Kritik, wenn nicht am Grundgesetz so doch an der Staatspraxis der Bundesrepublik an, wenn er forderte, die bisher unitarische Tendenz des Bundesstaates bedürfe der Wende.

5. *Tomuschat* sprach über „Wege zur Einheit“, sorgsam und nüchtern das Terrain sondierend, Bindungen durch das Verfassungsrecht, Möglichkeiten und Risiken der einzelnen Schritte detailgenau abwägend. Auch *Tomuschat* setzte auf Art. 23 Satz 2 GG. Eine zusätzliche Grundgesetz-Revision sei weder erforderlich noch sinnvoll. Mit gutem Grund sah er die wesentlichen Probleme der Wiedervereinigung – nachdem die verfassungspolitisch wesentliche Entscheidung der Staatsgestaltung getroffen ist – in der Hand und Verantwortung des Gesetzgebers, das heißt des Bundestages und des Bundesrates des vereinten Deutschland.

In Übereinstimmung mit *Isensee* zeigte *Tomuschat* den ausschlaggebenden Unterschied von Beitritt nach Art. 23 GG und Verfassungsgebung nach Art. 146 GG darin, daß im ersten Fall der hinzutretende Teil Deutschlands unter das Dach des Grundgesetzes aufgenommen wird, im zweiten Fall aber ein „neues Verfassungsdach“ errichtet werden muß. Das Grundgesetz schließt andere Wege nicht aus; neben einer deutschen Konföderation wird ein „dritter Weg“ derart in Betracht gezogen, daß die beiden deutschen Staaten eine neue Verfassung zwischenstaatlich paktieren. Dies ähnelt der – von *Tomuschat* favorisierten und genauer durchdachten – Variante eines „Beitrittsvertrags mit Verpflichtung zur Grundgesetzänderung“. Das an sich

naheliegende Muster der Novembervträge von 1870 unterscheidet sich allerdings von dem erwogenen „Beitrittsvertrag“ in dem wesentlichen Punkt, daß die süddeutschen Länder damals dem durch sie erweiterten Bund als neue Bundesglieder und damit als fortbestehende Vertragsparteien beitraten. *Tomuschat* steht das vor Augen; seine Lösung für den Fall der Untervariante stipulierter „Reservatrechte“ besteht darin, entsprechende Zusagen durch Verleihung einer treuhänderischen Rechtsstellung an die „wiedererstandenen“ Länder der DDR mit einem Tutor zu versehen. Dies führt nun in ungebahntes Feld, wenngleich vielleicht weiteres Anschauungsmaterial aus dem Beispiel des Beitritts Coburgs zu Bayern (Staatsvertrag vom 14. Februar 1920, BayBS I S. 39, Art. 182 BayVerf. – BVerfGE 34, 216; 38, 231) hätte gewonnen werden können.

Der Weg des Art. 23 Satz 2 GG – staatliche Einheit unter dem Dach des Grundgesetzes – wurde Stück für Stück nach den Voraussetzungen und den Rechtswirkungen des Beitritts, für einen realistischen Verfahrensablauf und im Hinblick auf die Mitwirkung des Volkes abgegangen. Die Beitrittserklärung als ein „staatsrechtlicher Gestaltungsakt“ wird zu Recht von dem nach Auffassung *Tomuschats* anzustrebenden Beitrittsvertrag unterschieden. Als mögliche Vertragspflichten der Bundesrepublik werden auch Änderungen des Grundgesetzes in Betracht gezogen. *Tomuschat* legt der Beitrittserklärung unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung bei: der beitretende Teil werde mit dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens seiner Erklärung Bestandteil der Bundesrepublik. An anderer Stelle ist beiläufig davon die Rede, die DDR könne ihren Beitritt auch in einem Beitrittsvertrag erklären. Andererseits erstrecke sich das Grundgesetz nicht ipso iure auf das beitretende Gebiet, sondern müsse durch Bundesgesetz eigens in Kraft gesetzt werden, ggf. in zeitlicher Staffelung mit vorläufiger Suspendierung einzelner seiner Teile. Diese Auslegung *Tomuschats* tritt nicht nur in einen gewissen Gegensatz zu der anderen Annahme des Referenten, daß Art. 23 Satz 2 GG „nur den Endpunkt des erwarteten historischen Ablaufs“ beschreibe, nämlich die Inkraftsetzung einer räumlich erweiterten Verfassungsordnung. Sie ist auch darin nicht überzeugend, daß sie der Bundesrepublik für den eigentlich ausschlaggebenden Akt der Staatsgestaltung nur eine passive Rolle zugesteht. Die Bundesrepublik muß rechtlich allein Herr der Entscheidung über die Aufnahme der anderen Teile Deutschlands bleiben, sobald diese sich dafür entschieden haben beizutreten (BVerfGE 5, 85/128; 36, 1/17 f., 28). Die Pflicht der Bundesrepublik, aufgrund der Beitrittserklärung die Verfassungs- und Rechtseinheit und uno actu die staatliche Einheit herzustellen, kann einen Spielraum politischer Entscheidung und Gestaltung nicht ausschließen. Weitere Zweifel lassen sich aus der mit dieser These propagierten Vorstellung eines Staates mit temporär räumlich auf einen Teil des Staatsgebiets beschränkter Verfassung ableiten.

Die These *Tomuschat*s ist im übrigen dadurch weiter kompliziert, daß *Tomuschat* vor der Beitrittserklärung eine Erklärung der DDR für möglich hält, in der diese nach Abschluß der Verhandlungen über den Beitrittsvertrag „die von ihr gestellten Beitrittsbedingungen“ kundtut. Es bleibt offen, wie es weitergehen sollte, wenn die Bundesrepublik diese Bedingungen nicht bereit ist zu erfüllen. Daß die Beitrittserklärung selbst bedingungsfeindlich ist, scheint auch *Tomuschat* anzunehmen. Als „realistischer“ Ablauf wird aber offenbar nicht eine einseitige Beitrittserklärung, sondern die Erklärung des Beitritts im Rahmen eines Beitrittsvertrages, also als Element wechselbezüglicher Rechte und Pflichten, angesehen. Diese Variante würde in *Tomuschat*s Szenario der Bundesrepublik volle Freiheit belassen, den angebotenen Beitritt der DDR wegen nicht akzeptabler Vertragsforderungen abzulehnen, würde sie aber außerdem dem Risiko einer einseitigen Beitrittserklärung der DDR aussetzen, die unmittelbar staatsgestaltende Wirkung hätte.

Im Beitrittsverfahren nach Art. 23 Satz 2 GG ist – wie *Tomuschat* darlegt – kein Platz für eine Volksabstimmung. Eine Kombination des Beitrittsvorgangs mit der „plebiszitären Substanz“ des Art. 146 GG scheidet aus. Denn Art. 146 GG entläßt nur den gesamtdeutschen Verfassungsgeber aus den verfahrensrechtlichen Bindungen des Art. 79 GG. Die durch den Beitritt etwa bedingten Änderungen des Grundgesetzes müssen nach Art. 79 GG erfolgen. Ebenso ist eine zeitliche Staffelung der Verfahren nach Art. 23 Satz 2 und 146 GG ausgeschlossen. „Art. 146 GG wird mit dem Beitritt der DDR obsolet.“ Wer eine Volksabstimmung über die künftige gesamtdeutsche Verfassung für wünschenswert hält oder eine Totalrevision des Grundgesetzes mit einer anschließenden Volksabstimmung anstrebt, muß zuvor eine entsprechende Änderung des Art. 79 GG erreichen. *Tomuschat* bekräftigte im Schlußwort diesen Standpunkt zum Thema eines Referendums und sprach vom „Mythos der unmittelbaren Demokratie“. Die Fortgeltung des Art. 146 GG nach einem Beitritt der DDR würde die normative Kraft des Grundgesetzes schwächen. Die gesuchte demokratische Legitimation finde sich in dem Beitritt der DDR selbst.

In der Frage der Geltung und Fortgeltung der völkerrechtlichen Verträge der Bundesrepublik und der DDR wich *Tomuschat* von der grundsätzlichen Auffassung ab, die *Frowein* vertreten hatte und die dann *Randelzhofer* vertrat. Hinsichtlich der Verträge der Bundesrepublik, deren völkerrechtliche Identität durch den Beitritt der DDR nicht berührt werde, würden sich gleichwohl „Schwierigkeiten“ einstellen, weil nach einer verbreiteten Auffassung der sog. Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen nur gelte, wenn ein Gebietsteil seine Zugehörigkeit zwischen zwei existierenden und fortbestehenden Staaten ändern. Demzufolge könne auch – außer bei Verträgen politischen Einschlags – ein automatisches Erlöschen der Verträge der DDR nicht angenommen werden. Die ungewisse Rechtslage werde die Bundesre-

gierung wohl in manchen Fällen dazu zwingen, mit den Vertragspartnern der DDR einvernehmliche Ablösungs- oder Fortführungsvereinbarungen zu treffen.

Obwohl der Weg des Art. 146 GG – „staatliche Einheit unter einem vom gesamten deutschen Volk neu zu errichtenden Verfassungsdach“ – mittlerweile durch die politische Entwicklung überholt zu sein scheint und auch von *Tomuschat* nicht befürwortet wird, werden dessen Besonderheiten vor Augen geführt. Dabei wird hauptsächlich die Variante betrachtet, daß die neue Verfassung das Werk einer verfassunggebenden Nationalversammlung wäre. Zu Recht wird gesagt, daß Art. 146 GG heute in einem anderen Licht zu sehen ist als 1949. Nach den ursprünglichen Vorstellungen des Parlamentarischen Rates konnte es nur darum gehen, dem völkerrechtlich wie staatsrechtlich fortbestehenden Deutschen Reich eine neue politische Ordnung zu geben. Aus heutiger Sicht betrachtet bestehen indes unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten, „so daß es entscheidend auf den von den Deutschen selbst zum Ausdruck gebrachten Willen ankommt“. Damit treten die allgemeinen Grundsätze über die verfassunggebende Gewalt des Volkes in den Vordergrund. *Tomuschat* läßt keinen Zweifel daran, daß damit schütterer Boden betreten wird: „Die Gegenwart zeigt, daß manche der abstrakt entwickelten Theorievorstellungen über das angebliche Wesen der verfassunggebenden Gewalt keineswegs jenes Maß an Denknötwendigkeit besitzen, das ihnen gelegentlich zugeschrieben wird.“

Tomuschat hielt den Weg über Art. 23 Satz 2 GG aus einer Reihe von Rechtsgründen für vorzugswürdig. Dies wurde in einem Vergleich zwischen den möglichen Wegen zur deutschen Einheit abschließend erläutert. Eine Verfassungsreform ist für *Tomuschat* kein notwendiger oder auch nur wünschenswerter Bestandteil des Wiedervereinigungsprozesses. Nur scheinbar ist mit Art. 146 GG eine Chance gegeben, eine geeignete Konsensgrundlage für eine neue Verfassung zu gewinnen. Die Möglichkeit, nach Art 146 GG auch das Volk selbst zu Wort kommen zu lassen, macht den Mangel nicht wett, daß mit Hilfe dieses Artikels mit Mehrheit und u. U. mit den Zufälligkeiten einer 51 Prozent-Mehrheit ein neues Verfassungsgesetz gebilligt werden könnte. „Es ist . . . nicht recht verständlich, weshalb sich nun plötzlich aus dem Prozeß der staatlichen Einigung die Notwendigkeit einer umfassenden Neuordnung ergeben sollte, zumal man die Wahlentscheidung der Bürger der DDR vom 18. März 1990 ohne Verfälschung als ein massives Votum für das Grundgesetz betrachten darf.“

6. *Randelzhofer* war mit dem Bericht „Deutsche Einheit und Europäische Integration“ die Aufgabe gestellt, das in der Präambel des Grundgesetzes und in Art. 7 Abs. 2 des Deutschlandvertrages vorgeschriebene Staatsziel eines in die europäische Gemeinschaft integrierten wiedervereinigten Deutschland in die Anforderungen einzufügen, die sich aus den gemeinschaftsrechtlichen

Bindungen der Bundesrepublik und aus ihrer Stellung als Mitgliedstaat der EG ergeben.

In Übereinstimmung mit dem nunmehr gefestigten Standpunkt der Bundesregierung und der EG-Kommission sprach sich *Randelzhofer* dafür aus, daß der Beitritt der DDR nach Art. 23 Satz 2 GG eine Änderung der Gemeinschaftsverträge nicht voraussetzt und auch nicht analog Art. 237 EWGV wie die Aufnahme eines neuen Mitglieds zu behandeln ist. Andererseits löst sich das Problem auch nicht nur mit Hilfe des Art. 227 Abs. 1 EWGV, der den territorialen Geltungsbereich des Vertrags durch Aufzählung der Mitgliedstaaten und damit implizit ihrer Staatsgebiete angibt, in Verbindung mit dem Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen. Als maßgebliche Rechtsgrundlage betrachtete *Randelzhofer* die Erklärung, die der Delegationsleiter der Bundesrepublik, *Walter Hallstein*, am 28. Februar 1957 bei den Verhandlungen zu den Römischen Verträgen zu Protokoll gegeben hatte: Die Bundesregierung geht von der Möglichkeit aus, daß im Fall der Wiedervereinigung Deutschlands eine Überprüfung der Verträge über den Gemeinsamen Markt und Euratom stattfindet (*von der Groeben* u.a., EWG-Vertrag, 3. Aufl., 1983, Art. 240, RNr. 10). Die *Hallstein*-Erklärung ist kein Vorbehalt im strengen Sinn, aber als unwidersprochen akzeptierte förmliche Erklärung einer Vertragspartei völkerrechtlich verbindlich. *Randelzhofer* leitet aus ihr das Recht der Bundesrepublik und der anderen Mitgliedstaaten ab, im Falle der Herstellung der deutschen Einheit eine Änderung des EWG-Vertrages zu verlangen. Die *Hallstein*-Erklärung war dann auch Gegenstand der Diskussion. Die These *Hailbronners*, daß diese Erklärung bedeute, daß die Wiedervereinigung nicht von der Zustimmung der EG abhängt, stieß auf Widerspruch (*Vedder, Pernice*).

Wenn auch – folgt man *Randelzhofer* – eine Wiedervereinigung ohne Änderung der Gemeinschaftsverträge bewerkstelligt werden kann, so bedarf es doch ohne Zweifel organgeschaffener Regelungen durch Verordnungen und Richtlinien, um die unumgängliche Überleitung und Anpassung des Gemeinschaftsrechts für das Gebiet der DDR zu gewährleisten und, wie *Kaiser* in der Aussprache betonte (ebenso *Pernice*), den *acquis communautaire* auf dieses Gebiet zu erstrecken (siehe auch *U. Everling*, Der Weg nach Deutschland ist langwierig, F.A.Z. vom 15. 3. 1990, S. 13). Soweit diese Vorschriften nach Art. 235 EWGV zu erlassen sind, wird damit die Zustimmung aller Mitgliedstaaten erforderlich. Ob dieses Mitspracherecht durch die *Hallstein*-Erklärung, durch die bündische Gemeinschaftstreue oder durch andere Normen oder Grundsätze inhaltlich beschränkt ist, ist eine Frage, der nicht näher nachgegangen wurde. Daß hier jedenfalls nicht durchgehend Rechtsfolgen durch das bestehende Gemeinschaftsrecht vorgezeichnet sind, war die Meinung *Randelzhofers* (ebenso und dezidiert *Kaiser* und *Pernice*), wenn er – doch wohl zu relativierend – sagte, „zumindest aus Gründen der

Praktikabilität“ erfordere der Beitritt Übergangs- und Anpassungsregelungen, die von der Bundesrepublik und der EWG auszuhandeln seien. Für den bevorstehenden Vertrag zwischen der Bundesrepublik und der DDR über die Wirtschafts- und Währungsunion hielt *Randelzhofer* die Zustimmung der EWG erforderlich. Daß die EG zur Förderung der Wiedervereinigung verpflichtet sei (so *Kaiser*), schien *Randelzhofer* als Rechtspflicht nicht hinreichend begründbar.

Randelzhofer wandte seine Aufmerksamkeit in erster Linie der Wiedervereinigung durch Beitritt der DDR gemäß Art. 23 Satz 2 GG zu, erörterte dann aber auch die Fälle einer „Fusion“ der beiden deutschen Staaten und einer selbständigen Aufnahme der DDR als EG-Mitgliedstaat. Unter „Fusion“ verstand der Referent die im Vertragsweg zustande kommende Gründung eines neuen Völkerrechtssubjekts, also nicht etwa die Gestaltung einer neuen Verfassungsordnung nach Art. 146 GG. In abschließenden Ausführungen legte *Randelzhofer* dar, daß die KSZE-Schlußakte der Wiedervereinigung Deutschlands keine Schranken setzt.

7. Die Aussprache über die vier Referate berührte, in einigen Punkten über die reichen Anregungen und Ausführungen hinausgreifend, in konzentrierter Dichte die Hauptfragen der Wiedervereinigung Deutschlands, soweit Verfassungsrecht, Völkerrecht und Europarecht auf diesen Epochenschritt der europäischen Geschichte einen Einfluß haben. Unter der Leitung von *Volkmar Götz* vollzog sich die Diskussion in den drei Abteilungen: 1) Verfassungslage Deutschlands im Rahmen des Völkerrechts, 2) Verfassungsrechtliche Bedingungen der Wiedervereinigung, 3) Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften.

Oppermann bezeichnete die Frage nach der Kontinuität des Völkerrechtssubjekts Bundesrepublik Deutschland/wiedervereinigtes Deutschland als den archimedischen Punkt der Wiedervereinigung. Dieser Punkt kann nach den Referaten und dem Ergebnis der Aussprache als besonders wohlgegründet gelten, weil allgemein der Beitritt der – damit untergehenden – DDR zu der fortbestehenden Bundesrepublik als der wünschenswerte oder jedenfalls zu erwartende Weg zur deutschen Einheit vorausgesetzt wurde. *Oppermann*, *Quaritsch*, *Schiedermair* und andere bekräftigten in Übereinstimmung mit den Referenten, daß die Bevölkerung der DDR in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts die konstituierende Entscheidung für den Beitritt der DDR nach Art. 23 Satz 2 GG getroffen hat.

Zu der Frage der Fortgeltung der Verträge der DDR stellte *Randelzhofer* auf Einwand *Doehring*s klar, daß auch er im Grundsatz die Linie *Froweins* für richtig halte, der sich an dem Prinzip der tabula rasa (mit bestimmten Modifikationen, siehe oben) orientiert hatte. Dies fand auch sonst Zustimmung (*Ress*, *Hailbronner*), wenngleich einige Redner stärker für eine Differenzierung plädierten und die Notwendigkeit von Verhandlungen zur Her-

beiführung einer geordneten Abwicklung betonten (besonders *Dolzer*, auch *E. Klein*, *Bothe*, *Fiedler*). Das Völkergewohnheitsrecht hält, wie sich erneut zeigte, nur fragmentarische und unsichere Regeln für die Staatensukzession bereit.

Die durch die Volkskammerwahlen vom 18. März 1990 förmlich bekräftigte verfassungsgestaltende Entscheidung der DDR-Bevölkerung für die Einheit Deutschlands und die freiheitliche Demokratie bedeutet die Entscheidung für den Beitritt der DDR nach Art. 23 Satz 2 GG und damit für das Grundgesetz als die gesamtdeutsche Verfassung. Diese zentrale These *Isensees* wurde im zweiten Abschnitt der Aussprache vor allem von *Stern* aufgenommen und vertieft (anders *Meyer*). Auch die These *Isensees*, daß im Fall des erfolgten Beitritts der DDR der Weg einer Verfassungsgebung nach Art. 146 GG obsolet und damit ausgeschlossen ist, traf auf Zustimmung (*Brohm*, *Murswiek*), aber auch auf Widerspruch (*Meyer*, *Lange*, *Sachs*, *Steiger*). Die Voten, die sich mit *Frowein* und gegen *Isensee* und *Tomuschat* dafür einsetzten, den Wiedervereinigungsprozeß durch eine Volksabstimmung zu legitimieren oder ein derartiges Referendum jedenfalls für zweckmäßig hielten (*Häberle*, *Maurer*, *Küchenhoff*; anders *Scholz*, *Riedel*), ließen einen ähnlichen Grundgedanken erkennen wie die Vertreter des Kurses einer mit Art. 146 GG aufrechtzuerhaltenden verfassungspolitischen Chance. Substantiell trat dieser Grundgedanke in den Beiträgen zu Tage, die eine selbständige politische und kulturelle Gestaltungsmöglichkeit des vormaligen DDR-Staatsvolkes offenhalten oder das „Einbringen“ von positiven Verfassungsvorstellungen aus der zeitweise eigenständigen Entwicklung der DDR oder der revolutionären demokratischen Erneuerung sichern wollen (*Häberle*, *Kirn*, *Küchenhoff*, *Lange*). In der Tat ist der Staat – wie *Kirn* meinte, in Erinnerung rufen zu müssen – nicht nur eine Organisationsform von Interessen und Macht.

Die Grundannahmen *Isensees*, *Tomuschats* und *Sterns* führen zwangsläufig dazu, daß die Bundesregierung, der Bundestag und der Bundesrat als die staatsleitenden und gesetzgebenden Organe der Bundesrepublik die Herren des Wiedervereinigungsprozesses sind und daß dann die aus gesamtdeutschen Wahlen und Berufungen hervorgehenden Organe Deutschlands, also wiederum die durch das Grundgesetz bestimmten – nunmehr gesamtdeutschen – Organe Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat dazu befugt und legitimiert sind, die weiteren Entscheidungen zu treffen. Auch Verfassungsänderungen, sollten sie sich als nötig oder wünschenswert erweisen (dafür *Stern*, *Häberle*, dagegen *Scholz*), gehörten in die Verantwortung dieser Organe und wären auf den Weg des Art. 79 GG verwiesen. Die schrittweise Einführung des Grundgesetzes in der DDR, wie auch die allmähliche Herstellung der Rechtseinheit, wäre gemäß Art. 23 Satz 2 GG Sache der Bundesgesetzgebung. *Burmeister* machte darauf aufmerksam, daß Zentralnormen des

Grundgesetzes – so Art. 1 Abs. 3, 31 GG – auch im Rahmen der besonderen Ermächtigung des Art. 23 Satz 3 GG nicht zeitweise suspendiert werden könnten.

Eine verfassungspolitische Dimension hat, wie vor allem *Scholz* darlegte (ebenso *Kirn*) bereits der Staatsvertrag über die Wirtschafts- und Währungsunion; dennoch kann er (wie *Rudolf* betonte) das Grundgesetz nicht ändern. Er gehört zu den politischen Voraussetzungen, die geschaffen werden müssen, um die Beitrittserklärung der DDR praktisch möglich zu machen. Eine andere politische Voraussetzung des Beitritts ist die föderative Gliederung der DDR in Länder, die Sache der bestehenden Organe der DDR ist. Die Bedeutung des Föderalismus für die Wiedervereinigung kam mehrfach zur Sprache, die institutionellen und verfahrensrechtlichen Probleme der Bundesstaatlichkeit im Prozeß der Wiedervereinigung kamen allerdings nur ganz am Rande zur Geltung. *Stern* widersprach unter Berufung auf das Gesetz über die Eingliederung des Saarlandes vom 23. Dezember 1956 (BGBl. I S. 1011) und auf bundesstaatsrechtliche Grundsätze der Auffassung, daß ein Bundesgesetz nach Art. 23 Satz 2 GG als solches kein Zustimmungsgesetz sei (*Badura*).

Die Debatte über die gemeinschaftsrechtliche Seite der Wiedervereinigung verharrete ganz überwiegend im Grundsätzlichen. Der Weg zur deutschen Einheit, soweit er durch das Verfassungsrecht bestimmt wird, ist – wie unwidersprochen dargetan wurde (*Hailbronner, Meeßen*) – eine „interne“ Frage des Mitgliedstaates Bundesrepublik. Die gewisse Rechtsähnlichkeit des Vereinigungsvorganges mit einem Beitritt dürfte aber in verschiedener Hinsicht zur Herbeiführung von Übergangs- und Anpassungsregelungen der Verhandlungen bedürfen (*Kaiser, Vedder, Pernice*), um die notwendigen und geeigneten EG-Vorschriften zustandezubringen (siehe oben zum Referat *Randelzhofers*). Das wird sicher für die Erstreckung der EG-Marktordnungen auf die Landwirtschaft der DDR und für die markt- und privatwirtschaftliche Umgestaltung des bisher sozialistisch-staatswirtschaftlich organisierten Produktionssektors gelten müssen, letztlich insgesamt für die mit der Währungsreform zu verbindende Wirtschaftsreform, die einen erheblichen Übergangszeitraum beanspruchen wird.

8. Die Berichte und die Diskussionsbeiträge der Aussprache werden alsbald als Heft 49 der Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer erscheinen.