

Goethe-Universität Frankfurt am Main
Postfach 11 19 32, D-60054 Frankfurt am Main

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/1870

**Prof. Dr. Ute Sacksofsky, M.P.A.
(Harvard)**

Fachbereich Rechtswissenschaft
Institut für öffentliches Recht

Telefon +49 (0 69) 7 98 - 3 42 85

Telefax +49 (0 69) 7 98 - 3 45 13

E-Mail Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

Sekretariat.Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

www.jura.uni-frankfurt.de/sacksofsky/

9. Oktober 2013

Kurze Stellungnahme

zu den verfassungsrechtlichen, verfassungstheoretischen und verfahrensrechtlichen Fragen, die durch die vorgeschlagene Fassung der Präambel aufgeworfen werden:

„Die schleswig-holsteinischen Bürgerinnen und Bürger haben sich kraft ihrer verfassungsgebenden Gewalt ... diese Verfassung gegeben“

I. Unterscheidung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung

Verfassungstheoretisch wird in der deutschen Staatsrechtslehre zwischen verfassungsgebender und verfassungsändernder Gewalt unterschieden. Während der *pouvoir constituant* als Träger der Volkssouveränität rechtlich ungebunden ist, agieren die *pouvoirs constitués* auf Grundlage der von der verfassungsgebenden Gewalt geschaffenen Voraussetzungen. Die durch die Verfassung geschaffenen Gewalten werden im Rahmen der Verfassung konstituiert, so dass eine Verfassungsänderung Grenzen unterliegt. Wo diese Grenzen genau liegen, ist im Einzelnen freilich umstritten.

II. Zur Rolle der Präambel

Bei der Beurteilung der Rolle der Präambel einer Verfassung ist ihr rechtlicher und ihr politischer Gehalt zu unterscheiden. Es liegt nahe, der Präambel einer Verfassung vor allem politische Bedeutung beizumessen. Eine Präambel geht schon ihrem Wortsinn nach dem eigentlichen Dokument voran, so dass früher eine rechtliche Bedeutung der Präambel vielfach verneint wurde. Das Bundesverfassungsgericht hat indes schon recht früh den Rechtscharakter der Präambel des Grundgesetzes betont (BVerfGE 5, 85, 127) und in der späteren Rechtsprechung daran festgehalten (BVerfGE 36, 1, 17; 77, 137, 149); die Staatsrechtslehre ist dem weitgehend gefolgt. Ob diese bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung insoweit überzeugt, kann hier offenbleiben, denn sie bezog sich – jedenfalls mit dem Wiedervereinigungsgebot – auf eine sehr spezifische historische Situation. Die derzeit in Schleswig-Holstein diskutierten Fassungen der Präambel lassen solche klaren rechtlichen Gehalte nicht erkennen. Ihr rechtlicher Gehalt beschränkt sich daher darauf, Leitlinien für die Auslegung einer Verfassung vorzugeben. Insoweit ist der normative Gehalt der Präambel gering.

III. Präambel und verfassungsändernder Gesetzgeber

Im Hinblick auf das Grundgesetz war heftig umstritten, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber nach der Wiedervereinigung berechtigt war, eine Änderung der Präambel vorzunehmen; ganz überwiegend wurde das von der Staatsrechtslehre gebilligt. Betrachtet man die Präambel allein als rechtliches Instrument, liegt es in der Tat nahe, dem verfassungsändernden Gesetzgeber eine Befugnis auch zur Änderung der Präambel (und damit zugleich zu ihrer erstmaligen Schaffung) prinzipiell zuzuerkennen, solange nicht etwas zur Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG Vergleichbares ihn daran hindert; eine Verletzung solcher Staatsfundamentalnormen ist vorliegend offensichtlich nicht zu befürchten.

Doch können gegen eine solche formalistische Sichtweise erhebliche Einwände theoretischer Natur erhoben werden. Typischerweise sind Präambeln (und so ist auch der Vorschlag in Schleswig-Holstein formuliert) als „Seins-Aussagen“ gefasst. Sie werden in die Verfassunggebung integriert und stellen eine Aussage darüber dar, in welcher Situation und mit welcher Motivation der Träger der verfassunggebenden Gewalt die Verfassung erlassen hat. Daraus folgert etwa Murswiek: „Indem der Verfassungsgeber sich selbst als Subjekt in die Erklärung einbringt, entzieht er diese Erklärung notwen-

digerweise der Änderung durch ein anderes Subjekt. Denn der verfassungsändernde Gesetzgeber kann in Seinserklärungen nur etwas über seine eigene subjektive Sichtweise oder Motivation aussagen, nicht jedoch über die Sichtweise oder Motivation des Verfassungsgebers“ (in: Bonner Kommentar (2005), Stand: 2013, Präambel Rn. 184). Konsequenz zu Ende gedacht bedeutete eine solche Argumentation, dass Präambeln grundsätzlich in den Akt der Verfassunggebung gehörten und aus der Sphäre der Verfassungsänderung verbannt wären, so dass die nachträgliche Schaffung einer Präambel gar als verfassungswidrig anzusehen wäre. Selbst wenn man diese Auffassung nicht teilte, was sich wegen des geringen normativen Gehalts einer Präambel begründen ließe, besteht insoweit jedenfalls ein verfassungsrechtliches Risiko.

Dieses Risiko kann auch nicht im Hinblick darauf geleugnet werden, dass die Änderung der Präambel des Grundgesetzes nach der Wiedervereinigung überwiegend gebilligt wird. Denn die Änderung einer Präambel ist jedenfalls dann leichter zu rechtfertigen, wenn die Veränderung auf eine Entwicklung zurückzuführen ist, die einen rechtlichen Gehalt der Präambel, den Wiedervereinigungsauftrag, obsolet machte. Unabhängig davon, auf welche juristische Position man sich stellt, passt jedenfalls politisch gesehen die Schaffung einer Präambel allein in den Kontext der Verfassunggebung. Es wirkt wie eine Anmaßung, wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber, der ja nur zu einzelnen Änderungen der Verfassung ermächtigt ist, dem gesamten Instrument seine zeitgebundene und nachfolgende Motivation unterschiebt. Besonders eklatant ist die Irreführung bei der Formulierung, die derzeit im Sonderausschuss Verfassungsreform diskutiert wird: „Die schleswig-holsteinischen Bürgerinnen und Bürger haben sich kraft ihrer verfassungsgebenden Gewalt ... diese Verfassung gegeben“. Der Bezug auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes ist schlicht unzutreffend, denn es hat eben nicht das Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt, sondern der verfassungsändernde Gesetzgeber gehandelt.

Zu empfehlen ist daher, im Rahmen der Verfassungsänderung auf die Einfügung einer Präambel ganz zu verzichten. Keinesfalls aber sollte eine irreführende Formulierung gewählt werden, die den Eindruck erweckt, die Präambel entspringe der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, wenn es in Wahrheit lediglich um Verfassungsänderung geht.

IV. Volksabstimmung und Präambel

Die Verfassung Schleswig-Holsteins sieht nach Art. 40 Abs. 2 zwei Möglichkeiten der Verfassungsänderung vor: die Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Landtages oder die Zustimmung des Volkes. Es besteht also grundsätzlich die freie Wahl, wie eine Verfassungsänderung beschlossen werden soll. Gefragt worden ist, ob die Einfügung der Präambel in der vorgeschlagenen Fassung, also unter Berufung auf die verfassunggebende Gewalt des Volkes, notwendigerweise durch eine Volksabstimmung beschlossen werden muss. Die Beantwortung hängt von der Position ab, die zur Dispositionsbefugnis des verfassungsändernden Gesetzgebers über die Präambel vertreten wurde.

Stellt man sich auf die Position, dem verfassungsändernden Gesetzgeber die Disposition über die Präambel zuzugestehen, ändert allein der Inhalt einer Norm an dieser juristischen Befugnis nichts. Eine bestimmte Verfahrensweise wäre nicht vorgesehen. Es bliebe also bei der freien Entscheidung über den Verfahrensmodus der Änderung. Sieht man hingegen die Schaffung der Präambel allein im Kontext der Verfassunggebung verortet, stellt sich die Frage gewissermaßen in der umgekehrten Richtung: Kann eine Volksabstimmung eine Präambel mit der genannten Formulierung rechtfertigen? Auch diese Frage ist nicht leicht zu beantworten, da es sich bei der Verfassunggebung nicht um einen positivrechtlich normierten Begriff, sondern um die Schaffung der Grundlage des Gemeinwesens handelt; Böckenförde spricht daher von einem „Grenzbegriff des Verfassungsrechts“. Auch insoweit scheinen beide Sichtweisen vertretbar: Eine Volksabstimmung kann einerseits als Verfahrensweise zur Verfassungsänderung gedeutet werden, so dass sie nicht anders zu beurteilen wäre als eine Verfassungsänderung durch den Landtag. Andererseits aber ist politisch gesehen die Botschaft ganz sicher eine andere: Denn bei der Volksabstimmung handelt das Volk unmittelbar. Übersetzt in verfassungstheoretische Überlegungen könnte man sagen, dass der Verfassunggeber bei der Volksabstimmung über eine Verfassungsänderung mindestens „anwesend“ war. Es wäre zu kurz gegriffen, den Akt der Verfassunggebung als einmaligen Akt der Geschichte zu begreifen und die verfassunggebende Gewalt danach zum Verschwinden zu bringen (ausführlich und grundlegend dazu: Böckenförde, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, (1986), in: Staat, Demokratie, Freiheit, 1991, S. 90 ff.). Die Einführung der gewünschten Präambel im Wege der Volksabstimmung

wäre aus diesen Gründen politisch und verfassungstheoretisch stimmig und schlüssig.

gez. Ute Sacksofsky