

JAKOB HOHNERLEIN

Recht und demokratische Reversibilität

*Grundlagen der
Rechtswissenschaft*

36

Mohr Siebeck

Grundlagen der Rechtswissenschaft

herausgegeben von

Horst Dreier, Ulrike Müßig und Michael Stolleis

36



Jakob Hohnerlein

Recht und demokratische Reversibilität

Verfassungstheoretische Legitimation
und verfassungsdogmatische Grenzen
der Bindung demokratischer Mehrheiten
an erschwert änderbares Recht

Mohr Siebeck

Jakob Hohnerlein, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft in Konstanz, Freiburg und Madrid; Erstes Staatsexamen 2014; Studium der Politikwissenschaft und Geschichte in Freiburg und Madrid; Bachelor of Arts 2015; 2014–19 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Lehrstuhl Prof. Dr. Ralf Poscher, Freiburg; 2018–20 Referendariat in Berlin.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-159130-3 / eISBN 978-3-16-159131-0

DOI 10.1628/978-3-16-159131-0

ISSN 1614-8169 / eISSN 2569-3964 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Dieses Buch ist die leicht überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Sommersemester 2019 angenommen hat. Rechtsprechung und Literatur sind bis April 2019, in Einzelfällen auch darüber hinaus berücksichtigt.

Die Idee zu dieser Arbeit kam im Sommer 2015 auf. Der interdisziplinäre Zugriff an der Schnittstelle von positivem Verfassungsrecht und politischer Theorie ist nicht zuletzt meiner Studienbiographie geschuldet. Während meines Studiums der Politikwissenschaft parallel zum Jurastudium habe ich spannende Einblicke in demokratietheoretische Überlegungen bekommen, insbesondere bei der Anfertigung meiner Anfang 2015 abgeschlossenen Bachelorarbeit zu der Frage, was deliberativ strukturierte demokratische Verfahren zur Legitimation politischer Entscheidungen beitragen können, wenn keine Aussicht besteht einen Konsens zu erzielen. Im Anschluss hieran wollte ich in meinem Promotionsvorhaben demokratietheoretische Ansätze mit rechtlichen Fragestellungen in Verbindung bringen. Dass die Wahl des konkreten Themas auf den Aspekt der Reversibilität fiel, verdanke ich einem Impuls meines Doktorvaters, Herrn Prof. Dr. Ralf Poscher. Je länger ich über seine Frage, was Reversibilität eigentlich bedeute, nachdachte, umso klarer wurde mir, dass eine umfassende Antwort bisher ausstand. Dabei hatte ich zunächst Phänomene der „Selbstbindung“ der Gesetzgebung insbesondere durch den Vertrauensschutz sowie solche der faktischen Irreversibilität politischer Entscheidungen im Blick. Bald wurde mir aber auch klar, dass das für viele Rechtsordnungen so grundlegende Konzept der Bindung der Gesetzgebung an zuvor gesetzte Verfassungsnormen bei einem dynamischen Demokratieverständnis gravierende Fragen aufwirft, die sich auch in Auseinandersetzungen um die richtige Verfassungsinterpretation widerspiegeln.

Ein so umfassendes Vorhaben wie diese Arbeit wäre ohne die Unterstützung zahlreicher Menschen nicht möglich gewesen. An erster Stelle möchte ich Herrn Prof. Poscher für die jahrelange Betreuung danken. Er hat die Arbeit von Anfang an mit Interesse begleitet und sich, wenn nötig, die Zeit genommen, einzelne Fragen mit mir ausführlich zu diskutieren. Auch wenn ich immer den Freiraum hatte, an meinem Standpunkt festzuhalten, haben mir seine Nachfragen doch

wichtige Impulse gegeben, die Argumentation zu präzisieren und Aspekte aufzunehmen, die sonst zu kurz gekommen wären.

Mit der Tätigkeit an Herrn Prof. Poschers Lehrstuhl, der Abteilung 2 des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, konnte ich das Promotionsvorhaben nicht nur finanzieren, sondern hatte stets auch die Gelegenheit zum Austausch mit netten Kolleginnen und Kollegen. Besonders danken möchte ich auch Frau Sabine Bennemann, die mir durch ihre fundierten Kenntnisse der organisatorischen Abläufe der Universität stets eine große Hilfe war.

Herrn Prof. Dr. Matthias Jestaedt danke ich für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein großes Dankeschön gilt weiterhin all meinen Freundinnen und Freunden, die zur Entstehung der Arbeit beigetragen haben. Laura Wallenfels, David Scheuing, Jakob Faig, Dr. Jakob Lohmann, Philipp Breuling, Dr. Johannes Buchheim, Timur Cinar, Niklas Burkart und Johanna Luther haben die Mühe auf sich genommen, Teile des Manuskripts zu lesen und mir wertvolle Anregungen gegeben. Mit vielen weiteren habe ich Gespräche über die Arbeit geführt, ohne die sie nicht das wäre, was sie geworden ist.

Schließlich bin ich sehr froh über die Unterstützung meiner Familie. Meine Großmutter Irmgard Köhler-Langewiesche hat das gesamte Manuskript redaktionell Korrektur gelesen und mir geholfen, die wohl unvermeidbaren Flüchtigkeitsfehler auszubügeln. Meine Eltern Ute Köhler-Hohnerlein und Thomas Hohnerlein haben mich nicht nur mental stets unterstützt, sondern waren auch trotz ihres ganz anderen fachlichen Hintergrunds an der Arbeit interessiert und haben durch ihre Lektüre zur besseren Verständlichkeit des Textes beigetragen. Ihnen sei dieses Buch gewidmet.

Berlin, im August 2019

Jakob Hohnerlein

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
<i>Recht und demokratische Reversibilität – ein erster Blick auf die Problemstellung</i>	1
Erster Teil: Verfassungstheoretische Perspektiven	9
§ 1 <i>Demokratiethoretische Grundlegung des Reversibilitäts- gedankens</i>	11
A. Kontingenz des Rechts und demokratische Politik	11
B. Das Bedürfnis nach demokratischer Reversibilität	30
C. Die besondere Relevanz rechtlicher Änderungerschwernisse	48
D. Zusammenfassung.	73
§ 2 <i>Formen der Rechtsverfestigung</i>	75
A. Vorfestlegung von Rechtsinhalten in rigiden Normen	75
B. Selbstbindungen	116
C. Wirksamkeit rechtlicher Vorgaben für politische Prozesse	138
D. Zusammenfassung.	163
§ 3 <i>Zur Rechtfertigung verfestigten Rechts</i>	165
A. Verfestigtes Recht als demokratische Entscheidung höherer Qualität?	166
B. Legitime Inhalte verfassungsrechtlicher Stabilisierung.	176
C. Konstitutionelle und kooperative Gründe für Vertragsbindungen	232
D. Gründe für eine Stabilisierung des einfachen Rechts	247
E. Zusammenfassung.	253

Zweiter Teil: Demokratische Reversibilität unter dem Grundgesetz	255
§ 4 Die legitimitätsbezogene Rigidität des Grundgesetzes.	257
A. Demokratieorientierte Interpretation von Verfassungsbindungen.	258
B. Demokratische Reversibilität als Grenze für Verfassungsänderungen	312
C. Zusammenfassung.	332
§ 5 Verfassungsrechtliche Kontinuitätspflichten der Gesetzgebung	333
A. Die grundsätzliche Problematik.	334
B. Zur Reichweite des Vertrauensschutzes	342
C. Zusammenfassung.	365
§ 6 Verfassungsrechtliche Konsequenzen von Vertragsschlüssen	367
A. Befugnis zum „Treaty override“ als Gebot des Demokratieprinzips?	368
B. Demokratische Reversibilität als Anforderung an Verträge.	385
C. Zusammenfassung.	413
<i>Schlussbetrachtung</i>	415
Summary	423
Literaturverzeichnis	425
Sachregister.	473

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
<i>Recht und demokratische Reversibilität – ein erster Blick auf die Problemstellung</i>	1
Erster Teil: Verfassungstheoretische Perspektiven	9
<i>§ 1 Demokratietheoretische Grundlegung des Reversibilitäts- gedankens</i>	11
A. Kontingenz des Rechts und demokratische Politik	11
I. Recht als moralisch kontingente Setzung	11
1. Vernünftiger Dissens in normativen Fragen	12
2. Rechtssetzung als politische Entscheidung.	16
II. Die Frage nach der Legitimität rechtlicher Setzungen	18
1. Der Legitimitätsanspruch.	19
2. Die Form des Rechts	19
3. Demokratische Genese als notwendiger Teil einer vollständigen Rechtfertigung	21
III. Demokratische Legitimität	21
1. Die Mehrheitsregel	22
a) Theoretische Grundlegung	22
b) Die Mehrheitsregel in der repräsentativen Demokratie.	23
2. Demokratische Deliberation	25
a) Theoretische Grundlegung	25
b) Diskursive Repräsentation.	26
c) Einwände und Präzisierungen	28
B. Das Bedürfnis nach demokratischer Reversibilität	30
I. Neuvernahme kontingenter Mehrheitsentscheidungen	30
II. Fortgang demokratischer Deliberation	31

III. Veränderungen der Zusammensetzung der Bürgerschaft	33
1. Demokratie als Selbstbestimmung aller Generationen	33
2. Migration und Einbürgerung	35
IV. Demokratische, epistemische und rechtsstaatliche Gründe für Revisionen	36
V. Demokratische Reversibilität nicht-demokratischer Entscheidungen	38
1. Gesetze aus vordemokratischer Zeit	38
2. Nicht-demokratische politische Entscheidungen der Exekutive und Judikative	39
a) Setzung genereller Rechtsnormen durch die Exekutive.	40
b) Richterliche Rechtsfortbildung	42
c) Grenzen des Modells: Demokratie und Einzelfallentscheidungen	44
VI. Reversibilität und Ausgestaltung demokratischer Institutionen	46
1. Auswirkungen der institutionellen Gestaltung auf die sachpolitische Reversibilität	46
2. Reversibilität institutioneller Festlegungen	48
C. Die besondere Relevanz rechtlicher Änderungerschwernisse	48
I. Vielfalt außerrechtlicher Revisionsgrenzen	49
1. Kategorische Irreversibilität politischer Entscheidungen	49
a) Theoretische Irreversibilität für den Zeitraum bis zur Änderung	49
b) Empirische Irreversibilität von Entscheidungswirkungen	51
c) Praktisch zwingende Gründe gegen Revisionen: Prohibitive Kosten	54
2. Graduelle Reversibilitäterschwerung durch Pfadabhängigkeiten	55
a) Auswirkungen bestehender Regelungen auf die Stärke von Interessengruppen	55
b) Einfluss bestehender Regelungen auf normative Einstellungen	58
c) Relativierungen und ihre Grenzen.	60
d) Experimentelle und befristete Gesetze	61
II. Demokratietheoretische Folgerungen	63
1. Generationengerechtigkeit als demokratietheoretischer Maßstab?	64
2. Irreversibler Verlust bestehender Gestaltungsoptionen.	66
3. Beherrschung Künftiger durch intentional auferlegte Bindungen	68
4. Verbleibende demokratietheoretische Relevanz faktischer Auswirkungen	70
D. Zusammenfassung.	73
 § 2 <i>Formen der Rechtsverfestigung</i>	 75
A. Vorfestlegung von Rechtsinhalten in rigiden Normen	75
I. Verfassungsbindungen.	75

1. Politische Vorentscheidungen in der Verfassung	76
a) Staatsorganisatorische Bindungen.	76
b) Gewaltenteilung und demokratische Verfügbarkeit des Rechts.	77
c) Inhaltliche Bindungen.	79
d) Entschädigungspflichten.	81
2. Die Rigidität des Verfassungsrechts	83
a) Erhöhte Rigidität des änderbaren Verfassungsrechts	83
b) Änderungsfestes Verfassungsrecht	85
c) Ablösungsvorbehalte und besondere Änderungsverfahren	88
d) Befristete Verfassungsbindungen	90
3. Die Rolle der Verfassungsrechtsprechung	92
a) Verfassungswandel als Lösung des Rigiditätsproblems?	92
b) Ausdehnung der Rigidität durch Interpretation	95
4. Das europäische Primärrecht als (formelle) Verfassung der Europäischen Union	99
II. Vertragsbindungen	99
1. Völkervertragsrechtliche Vorgaben für die innerstaatliche Gesetzgebung	100
2. Revisionsmöglichkeiten auf internationaler Ebene.	105
a) Politische Fortentwicklung internationaler Regime.	105
b) Möglichkeiten und Grenzen supranationaler Demokratie	108
3. Kündigungsrechte	112
4. Verträge mit begrenzter Laufzeit	113
5. Verträge über die Gesetzgebung im innerstaatlichen Bereich	114
a) Staatsverträge föderaler Gliedstaaten	114
b) Verträge mit gesellschaftlichen Akteuren	114
III. Fazit: Ausdifferenzierung des Rechts als Verfestigung	116
B. Selbstbindungen	116
I. Selbstbindende Normen	116
1. Selbstbindende Gesetze.	117
2. Selbstbindung beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge.	118
II. Gesetze mit erhöhter Bestandskraft	119
III. Kontinuitätspflichten als Ausdruck materieller Vorgaben	122
1. Verbot rückwirkender Neubewertungen	122
2. Schutz des Kontinuitätsvertrauens	125
3. Bestands- und Wertschutz des Eigentums gegenüber neuen Nutzungsregelungen	128
a) Verfassungsdogmatische Debatte in Deutschland.	128
b) Property Rights Legislation in den USA	130
c) Internationales Investitionsschutzrecht	131
4. Objektiv-rechtliche Kontinuitätspflichten	132

5. Zielbezogene Rückschrittsverbote	133
IV. Fazit: Rechtliche Pfadabhängigkeiten der Gesetzgebung	137
C. Wirksamkeit rechtlicher Vorgaben für politische Prozesse	138
I. Normhierarchischer Vorrang der Rechtsbindungen	138
1. Vorrang der Verfassung als Kontrollermächtigung der Verfassungsgerichte	139
2. Vorrang völkerrechtlicher Verträge und des Unionsrechts	143
3. Geltungstheoretische Möglichkeit echter Selbstbindungen?	145
4. Rechtsbindungen allein als Frage gerichtlicher Kontrolle?	148
II. Normen als Fakten: Instrumentelle Motivation politischer Akteure zur Einhaltung und Beibehaltung von Rechtsbindungen	149
1. Rechtstreue politischer Akteure als Kosten-Nutzen-Erwägung	149
2. Informelle Revisionserschwerungen	151
3. Die Frage nach der Besonderheit von Rechtsbindungen	153
III. Autorität der Rechtsbindungen als Normen	154
1. Normen als ausschließende Gründe	154
2. Kanalisierung des politischen Diskurses durch Normen	155
3. Gründe für eine abstrakte Rechtstreue politischer Akteure	158
4. Deskriptive Adäquanz und normativer Sinn der Rechtstreue	159
IV. Überschießende Normautorität: Verfestigung durch Verfassungssymbolik	160
V. Fazit: Unterschiedliche Intensitäten derselben Problematik.	163
D. Zusammenfassung.	163
 <i>§ 3 Zur Rechtfertigung verfestigten Rechts</i>	 165
A. Verfestigtes Recht als demokratische Entscheidung höherer Qualität?	166
I. Qualifizierte Mehrheitserfordernisse im Parlament	166
II. Partizipative Verfassungsgebung: Einhegung der Politik durch das Volk	169
III. Notwendiger Zusammenhang mit den verfestigten Inhalten	175
B. Legitime Inhalte verfassungsrechtlicher Stabilisierung.	176
I. Institutionalisierung und Garantie demokratischer Strukturen	180
1. Demokratisch gebotener Schutz von Oppositions- und Individualrechten	180
2. Entlastung demokratischer Prozesse durch Festschreibung kontingenter Spielregeln	182
3. Entlastung durch Absicherung der Staatssouveränität	184
4. Schutz vor faktischer Aushöhlung zukünftiger demokratischer Gestaltungsfähigkeit	184
5. Änderungsfeste Gewährleistung demokratischer Kerngehalte.	185
II. Ordnung und Stabilität durch inhaltliche Bindungen	189

1. Erwartungsstabilisierung	189
2. Entlastung des politischen Prozesses durch inhaltliche Bindungen	190
a) Verfassung als rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens.	190
b) Festschreibung umstrittener Fragen – Verfassung als Befriedung	192
III. Individualschutz	194
1. Grundrechte als einseitiger Schutz von Privilegien?	195
2. Relative Verfestigung von Minderheiteninteressen (Kelsen).	196
3. Inhaltliche Begründung.	198
a) Moralische Begründung.	198
b) Verfassungsrechtlicher Schutz.	201
c) Qualifizierte Mehrheit für grundrechtsbeschränkende und ausgestaltende Gesetze?	203
4. Konkretisierung für verschiedene Typen von Individualrechten.	204
a) Nicht-kontingenter Schutz der Menschenwürde	204
b) Anforderungen einer rationalen Rechtfertigung	205
c) Vorrang von Freiheitsinteressen.	207
d) Gleichheitsrechte	210
e) Leistungsrechte	210
5. Gruppenrechte	211
6. Individualschutz jenseits subjektiver Rechte.	214
IV. Festschreibungen zu kollektiven Zwecken	215
1. Verfassung und kollektive Identitäten	215
a) Partikularität in der Verwirklichung universeller Prinzipien und der Staatsorganisation	217
b) Verfestigung national-kultureller Identitäten	219
2. Verfassung und objektives Gemeinwohl – zur Rolle „normativer Expertise“.	223
a) Die Problematik der „Wirtschaftsverfassung“	224
b) Normative Expertise?	227
3. Sicherung gesellschaftlicher Eigendynamiken	228
4. Prozessualer Exkurs: Die politische Problematik der abstrakten Normenkontrolle	230
V. Fazit: Das Problem der Überkonstitutionalisierung	231
C. Konstitutionelle und kooperative Gründe für Vertragsbindungen	232
I. Verfassungsfunktionen internationaler Bindungen	232
1. Individualschutz	233
a) Menschenrechte: Individualschutz mit Verfassungsfunktion	234
b) Abgrenzung zu instrumentellen Individualrechten	237
2. Sicherung demokratischer Politik im und jenseits des verpflichteten Staats	239
a) Sicherung innerstaatlicher demokratischer Strukturen	239

b) Begrenzung demokratiegefährdender Externalitäten	240
II. Bindungen in sachpolitischen Fragen	243
III. Fazit: Eine bedeutsame Unterscheidung.	245
D. Gründe für eine Stabilisierung des einfachen Rechts	247
I. Legitimitätsicherung durch Stabilität.	247
1. Individualschutz durch Stabilität des Gesetzesrechts	247
a) Vertrauensschutz.	248
b) Abstrakter Bestandsschutz von Eigentumsnutzungsrechten	248
c) Rückschrittsverbote	250
2. Objektiv-rechtliche Stabilitätsanforderungen	250
II. Effektive Verwirklichung politischer Ziele durch Rechtsstabilität	251
III. Dauer der Bindung.	252
E. Zusammenfassung.	253

Zweiter Teil: Demokratische Reversibilität unter dem Grundgesetz 255

§ 4 Die legitimitätsbezogene Rigidität des Grundgesetzes. 257

A. Demokratieorientierte Interpretation von Verfassungsbindungen.	258
I. Das Demokratieargument in der materiellen Verfassungsdogmatik	259
1. Verfügbarkeit des Rechts als Gehalt des Demokratieprinzips	259
2. Relevanz des Demokratieprinzips für die materielle Verfassungsdogmatik.	262
a) Das Demokratieprinzip als systematisches Argument	263
b) Selbststand eindeutiger Verfassungsbindungen	264
c) Begrenzung der Verfassungsbildung	267
3. Demokratiesensible Verfassungsdogmatik durch quantitative Eingrenzung?	269
a) Normstrukturelle Eingrenzung: Bindungen als relative Garantien	269
b) Voluntaristische Eingrenzung: Vorbehalt der historischen Auslegung	272
c) Die Frage nach dem Zweck gesetzgeberischer Bindungen	274
II. Materielle und prozedurale Legitimität als Kriterium für die dogmatische Fortentwicklung von Verfassungsbindungen der Gesetzgebung	274
III. Bei der Verfassunggebung des Grundgesetzes aufgegriffene verfassungstheoretische Konzepte zur Bindung der Gesetzgebung	277
1. Ziele der Verfassungsbindungen	277
a) Staatsorganisation	278

b) Grundrechtsschutz.	279
c) Internationale Einbindung.	281
d) Aufrechterhaltung tradierter Regelungsstrukturen	281
aa) Konservierungswille bei der Erarbeitung des Grundgesetzes	282
bb) Traditionserhaltung als Hilfs- und Selbstzweck.	283
cc) Relativierung der sonstigen Ziele durch den Traditionsschutz?	287
e) Notwendigkeit einer Anknüpfung der Verfassungsdogmatik an diese Ziele	289
2. Nicht vorgesehene Typen der Bindung der Gesetzgebung.	290
a) Keine Pflichten zur spezifischen Belastung von Individuen	290
aa) Verzicht auf Grundpflichten im Grundgesetz	290
bb) Exkurs zur Rechtsprechungsgeschichte: Verfassungs- gebotesheit der „Gewissensprüfung“?	292
cc) Schutzpflichten als Pönalisierungsgebote?	292
b) Keine konkret bezifferbaren Leistungsansprüche.	295
c) Keine Begrenzung der Staatsaufgaben	297
3. Zwischenfazit.	298
IV. Verfassungstheoretisch inspirierte ahistorische Interpretationen	299
1. Rein funktionelle Deutung der Institutsgarantien	299
2. Ahistorische Interpretationen als Interpretationen	302
3. Demokratische Vorzugswürdigkeit der subjektiv-historischen Auslegung?	305
a) Strikte Bindung der Fachgerichte an den Willen des Gesetzgebers	306
b) Ahistorische Ausweitungen von Verfassungsbindungen der Gesetzgebung	308
c) Ahistorische Abschwächungen der Verfassungsbindungen der Gesetzgebung	309
4. Konsequenzen für die Interpretation des Art. 6 Abs. 1 GG.	310
V. Fazit: Verfassungsinterpretation im Sog der Verfassungstheorie	311
B. Demokratische Reversibilität als Grenze für Verfassungsänderungen	312
I. Verfügbarkeit des Rechts für neue Mehrheiten als identitätsprägendes Charakteristikum der Demokratiekonzeption des Grundgesetzes	313
II. Reversible Mehrheitsentscheidungen im Staatsorganisationsrecht	315
1. Entscheidung mit einfacher Mehrheit im Gesetzgebungsverfahren	315
2. Zugriffsmöglichkeit der Legislative auf das von anderen Gewalten gesetzte Recht	316
3. Zwischenfazit: Staatsorganisationsrecht und materielle Verfassungskonzeption	317
III. Konstitutionalisierungsfähigkeit beliebiger Inhalte?	318

IV. Die Verfassungskonzeption des ursprünglichen Grundgesetzes als Grenze der Einschränkung legislativer Mehrheiten durch Verfassungsänderung	320
1. Transformationscharakter der Verfassungsnormen als basales Missbrauchsverbot	321
a) Transformation oder pure Dezision?	321
b) Der Sündenfall des Art. 16a GG.	322
c) Verbot der Instrumentalisierung der Verfassungsform im überstaatlichen Recht?.	323
2. Kontinuität des partikularen Verfassungsprojekts Grundgesetz	325
a) Ziele legislativer Bindungen	326
b) Exklusiv der einfachen Gesetzgebung vorbehaltene Fragen	329
V. Die Rolle des BVerfG	330
VI. Fazit: Mehr als der bloße Wille	331
C. Zusammenfassung.	332
 <i>§ 5 Verfassungsrechtliche Kontinuitätspflichten der Gesetzgebung</i>	 333
A. Die grundsätzliche Problematik	334
I. Einwände gegen verfassungsrechtliche Kontinuitätspflichten	334
1. Die bloße Verfassungsbindung der Gesetzgebung nach Art. 20 Abs. 3 GG.	335
2. Verfassungsvermittelte Selbstbindung als Ebenenvermischung?	336
II. Abwägung als alleinige Lösung?	337
III. Legislative Kontinuitätspflichten und Ziele der Verfassungsgebung.	338
1. Abstrakte Rückwirkungsverbote und Kontinuitätspflichten?	338
2. Eigentumsschutz als abstrakter Bestands- und Wertschutz?	339
a) Absoluter Vermögensschutz bei Umgestaltungen?	339
b) Untergesetzlich konkretisierte Vermögensrechtspositionen.	340
B. Zur Reichweite des Vertrauensschutzes.	342
I. Quasi-absoluter Schutz des Geltungsvertrauens.	343
II. Schutz des Kontinuitätsvertrauens bei unechter Rückwirkung	345
1. Die Grundrechte als Grundlage des Vertrauensschutzes – Freie Änderbarkeit der Gesetze im Bereich staatlicher Leistungen?.	346
2. Kontinuitätsvertrauensschutz als Dispositionsschutz	349
3. Wahrung schutzwürdigen Vertrauens durch Entschädigungen.	351
4. Zulässigkeit von Neubewertungen nur bei neuen Tatsachen- erkenntnissen?	352
5. Relative Garantie schutzwürdigen Kontinuitätsvertrauens.	353
6. Vertrauensschützende Übergangsregelungen.	355
III. Bindung des Gesetzgebers an freiwillig gegebene Zusicherungen	356

1. Relevanz freiwilliger legislativer Zusicherungen für den Vertrauensschutz	358
2. Quasi-effektiver Schutz zugesicherter Rechtspositionen?	360
3. Verstärkung des dispositionsbezogenen Vertrauensschutzes	362
4. Frühere und spätere demokratische Gestaltungsmacht.	363
C. Zusammenfassung.	365
<i>§ 6 Verfassungsrechtliche Konsequenzen von Vertragsschlüssen</i>	<i>367</i>
A. Befugnis zum „Treaty override“ als Gebot des Demokratieprinzips?	368
I. Die dualistische Perspektive auf völkerrechtliche Verträge	368
1. Eindeutige Regelung in Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG?	369
2. Die Argumentation mit dem Demokratieprinzip	372
II. Übertragung des Arguments auf innerstaatliche Verträge	375
III. Zweifel an der Verneinung des Vorrangs der vom Zustimmungsgesetz erfassten Vertragsinhalte gegenüber späteren Gesetzen	375
1. Völkerrechtliche Verträge	376
2. Länderstaatsverträge	378
3. Staatskirchenverträge.	379
4. Exkurs: Schon keine staatsvertragliche Bindung gegenüber anderen Privaten	382
IV. Dualismus als Lösung des Demokratieproblems?	382
V. Fazit: Unüberbrückbare Spannung zwischen Vertragsbindung der Gesetzgebung und demokratischer Reversibilität?	383
B. Demokratische Reversibilität als Anforderung an Verträge.	385
I. Zur Maßstäblichkeit des Demokratieprinzips	387
II. Kündigungsrechte	390
1. Reversibilität durch Kündbarkeit.	390
2. Demokratische Vertragsfortentwicklung als Alternative – zur Unterscheidung von Demokratie- und Souveränitätsargumenten	393
3. Föderale Sonderprobleme	395
III. Anforderungen an die Vertragsinhalte	396
1. Zwecke völkerrechtlicher Verträge	397
a) Völkerrechtliche „Nebenverfassungen“	397
b) Internationale Kooperation	400
c) Investitionsschutz: Völkerrechtliche Kontinuitätspflichten zugunsten Privater.	402
2. Koordination und Kooperation der Länder durch Staatsverträge	405
3. Staatskirchenverträge als kooperative Verfassungskonkretisierung	406
IV. Gerichtliche Kontrolle	408
1. Kontrolle späterer Gesetze am Maßstab von Verträgen	408

2. Normenkontrolle von Zustimmungsgesetzen	410
C. Zusammenfassung.	413
<i>Schlussbetrachtung</i>	415
Summary	423
Literaturverzeichnis	425
Sachregister.	473

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AK-GG	Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz
ArchVöR	Archiv des Völkerrechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BGH	Bundesgerichtshof
BIT	Bilateral Investment Treaty
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BRK	UN-Behindertenrechtskonvention
B-VG	Österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz
CETA	Comprehensive Free Trade Agreement
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DV	Die Verwaltung (Zeitschrift)
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EJIL	European Journal of International Law
EJPT	European Journal of Political Theory
EJLS	European Journal of Legal Studies
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EPSR	European Political Science Review
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechts-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FF	Forum Familienrecht (Zeitschrift)
Glob. Con.	Global Constitutionalism (Zeitschrift)
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
HGR	Handbuch der Grundrechte
HStR	Handbuch des Staatsrechts
I'CON	International Journal of Constitutional Law (Zeitschrift)
ICSID	International Center for the Settlement of Investment Disputes
IGH	Internationaler Gerichtshof
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
IPE	Ius Publicum Europaeum

IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte
JB	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
JRP	Journal für Rechtspolitik
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StW & StP	Staatswissenschaften und Staatspraxis (Zeitschrift)
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee (Zeitschrift)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht
ZfS	Zeitschrift für Soziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZPhF	Zeitschrift für philosophische Forschung
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Recht und demokratische Reversibilität – ein erster Blick auf die Problemstellung

Recht ist in modernen Gesellschaften positives Recht. Es ist nicht als Ausfluss moralischer Wahrheiten einfach da, sondern Produkt einer politischen Setzung. An die Stelle der Frage nach der absoluten Richtigkeit des Rechts ist diejenige nach seiner politischen Legitimität getreten, die im Wesentlichen mit der demokratischen Genese beantwortet wird. Dass die Gesetze Einzelnen bestimmte Rechte und Pflichten zuweisen und die Staatstätigkeit auf bestimmte Projekte festlegen, ist in der Demokratie Ausdruck der politischen Selbstbestimmung einer Gesellschaft. Diese Selbstbestimmung kann sich je nachdem, welche Ansichten sich im politischen Prozess durchsetzen, ändern. Im demokratischen Positivismus ist die Rechtssetzung reversibel.¹ Es könnte immer auch anders sein. Und doch ist das nicht das ganze Bild. In ganz erheblichem Umfang hat das positive Recht auch Mechanismen der Verfestigung herausgebildet. Einige Rechtsnormen sind, einmal gesetzt, dem Zugriff jedenfalls im regulären demokratischen Rechtssetzungsverfahren entzogen.

Einige Beispiele mögen dies zunächst verdeutlichen. 2016 entschied das Bundesverfassungsgericht über die Vereinbarkeit des 2011 nach der Katastrophe von Fukushima beschlossenen beschleunigten Atomausstiegs mit der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes.² Das BVerfG bestätigte zwar im Grundsatz, dass einmal eingeräumte Rechtspositionen nicht als solche oder wertmäßig Bestand haben müssen. Gleichwohl hielt das Gericht das Gesetz unter anderem deshalb für

¹ Zur Terminologie: Neben der „Reversibilität“ politischer Entscheidungen wird bisweilen auch von ihrer „Revisibilität“ gesprochen. Die beiden Begriffe ähneln sich nicht nur phonetisch, sondern auch in der Bedeutung: „revidere“, etwas noch einmal ansehen, betont den Vorgang; „revertere“, etwas umkehren, das Ergebnis. Dass hier von „Reversibilität“ gesprochen wird, ist in erster Linie der Unterscheidbarkeit von einem anderen Fragenkreis geschuldet: Mit „Revisibilität“ wird in der deutschen Rechtswissenschaft die Möglichkeit von Obergerichten bezeichnet, Entscheidungen der Untergерichte im Wege des Rechtsmittels der Revision zu korrigieren. Das Revisionsgericht darf nur „revisibles“ Recht als Maßstab seiner Nachprüfung des angefochtenen Urteils in rechtlicher Hinsicht heranziehen. So entzieht § 137 VwGO als Ausdruck des Föderalismus dem Bundesverwaltungsgericht die Entscheidung über die Auslegung und Anwendung von Landesrecht.

² BVerfGE 143, 246 – Atomausstieg [2016].

teilweise verfassungswidrig, weil erhebliche Teile der Reststrommengen, die den Stromkonzernen im ersten Atomausstiegsgesetz von 2002 als Übergangsregelung eingeräumt worden waren, nicht mehr erzeugt werden können und hierfür auch keine Entschädigung vorgesehen wurde. Wegen der früheren gesetzgeberischen Entscheidung war der Gesetzgeber später verpflichtet, zumindest eine Entschädigung vorzusehen.

Eine weitere Art der „Selbstbindung“ demokratischen Handelns zeigt sich in der immer stärker voranschreitenden internationalen Integration. Politische Gestaltungsspielräume auf nationaler Ebene gehen mit der Etablierung zahlreicher überstaatlicher Regime, die häufig detailreiche Vorgaben für das innerstaatliche Recht enthalten, zunehmend verloren. Der zunächst freiwillige Beitritt zu völkerrechtlichen Verträgen ist später oft nur schwer zu revidieren. Aber auch auf internationaler Ebene sind die einmal etablierten Verträge angesichts des Konsensprinzips im Völkerrecht nur sehr eingeschränkt politischen, geschweige denn demokratischen Veränderungen zugänglich. In dieser Verfestigung ist selbst dann ein Demokratieproblem zu sehen, wenn man die These nicht teilt, Demokratie jenseits des Staates sei mangels eines durch kulturelle Homogenität verbundenen Volkes nicht möglich. Das BVerfG hat in diesem Bereich 2015 eine in der Öffentlichkeit wenig, in der Rechtswissenschaft dagegen viel beachtete Entscheidung getroffen.³ Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Gedanken der demokratischen Reversibilität hat es angenommen, der nationalen Gesetzgebung müsse es stets möglich sein, Recht zu setzen, selbst wenn es einem mit ihrer früheren Zustimmung geschlossenen völkerrechtlichen Vertrag widerspricht (sog. „treaty override“).

Einmal gesetztes Recht, das nur erschwert demokratisch revidiert werden kann, ist schließlich mit der Bindung der Gesetzgebung an Vorgaben des Verfassungsrechts angesprochen. Auch Verfassungsnormen gelten nicht schlicht wegen ihrer inhaltlichen Richtigkeit, sondern sind selbst Produkt einer politischen Setzung bei der Verfassungsgebung oder Verfassungsänderung. Wenn Verfassungsgerichte Gesetze wegen eines Verfassungsverstößes aufheben, geht es nicht allein um die Frage, ob es legitim ist, dass wenige Richterinnen und Richter demokratische Mehrheitsentscheidungen übertrumpfen. Es geht auch darum, wie es zu begründen ist, dass heutige Mehrheiten an früher, bisweilen von weit zurückliegenden Generationen gesetztes Recht gebunden sein sollen. Auf dieses Recht bezieht sich die Verfassungsgerichtsbarkeit; auch dort, wo sie nicht existiert, kommt die Politik an der Autorität des Verfassungstextes nicht vorbei. Besonders deutlich tritt das Problem bei „Ewigkeitsklauseln“ wie Art. 79 Abs. 3 GG hervor. Aber auch wenn Verfassungsnormen geändert werden dürfen, ist dies meist nur

³ BVerfGE 141, 1 – Treaty Override [2015].

erschwert möglich. Verstärkt diskutiert wurde eine Diskrepanz zwischen den politischen Vorstellungen der gegenwärtigen Mehrheit und denen bei der Verfassunggebung in Deutschland anlässlich der einfach-gesetzlichen Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Einige sahen hierin wegen der Abweichung von einer historischen Dezision der Verfassungsväter und -mütter einen Verfassungsbruch, während andere das Konzept des „Verfassungswandels“ bemühten, um eine zeitgemäße Interpretation der Ehegarantie zu erreichen.

Sich diesen auf den ersten Blick doch recht verschiedenen rechtlichen Phänomenen aus der Perspektive der Frage nach der Reversibilität rechtlicher Setzungen zu nähern erscheint aus mehreren Gründen lohnenswert. In *theoretischer* Hinsicht besteht schon deshalb Anlass, das Konzept der Reversibilität näher zu beleuchten und die dahinterstehenden demokratietheoretischen Anliegen herauszuarbeiten, weil hierin vielfach ein zentraler Aspekt der Legitimität des allgemein verbindlichen, aber oft umstrittenen Rechts gesehen wird. Hier stellt sich zunächst die Frage, warum formal erhöhte Hürden zur Änderung des Rechts überhaupt ein Problem aufwerfen, wenn es doch ohnehin faktisch oft schwierig ist, bestehende Strukturen zu verändern, und politische Entscheidungen bisweilen sogar vollkommen irreversible Auswirkungen in der physischen und sozialen Welt haben. Selbst wenn hier Unterschiede auszumachen sind, bleibt klärungsbedürftig, welche Relevanz das Postulat demokratischer Reversibilität haben soll, wenn doch eine gewisse Stabilisierung des Rechts in modernen Verfassungsstaaten, die auch international eingebunden sind, an der Tagesordnung ist. Ist Reversibilität also ein Ideal, das mit der Wirklichkeit des Rechts nichts zu tun hat? Wenn die normative politische Theorie den Anspruch erhebt, dass ihre Überlegungen kein bloßes Glasperlenspiel sein sollen, sondern zur besseren Gestaltung konkreter Institutionen beitragen können, muss der Reversibilitätsgedanke in einer Weise verstanden werden, dass verfestigtes Recht nicht als per se demokratiewidrig erscheint. Er sollte vielmehr für die Frage sensibilisieren, wie es jeweils zu begründen ist, Rechtsinhalte dem laufenden politischen Diskurs zu entziehen.

Hier deutet sich bereits ein erster *praktischer* Ertrag an: Hinreichend deutlich gefasst, ermöglicht der Reversibilitätsgedanke eine theoretisch fundierte rechtspolitische Kritik an einzelnen Verfestigungen, die etwa in Verfassungsgebungsprozessen und beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge miteinbezogen werden kann. Daneben soll aber auch gezeigt werden, wie eine Sensibilität für die demokratietheoretische Problematik verfestigten Rechts die Verfassungsauslegung beeinflussen kann.

Die vorliegende Arbeit kann auf viele Beiträge zu Teilaspekten des Themas zurückgreifen. Eine umfassende Erörterung der Mechanismen der Rechtsverfestigung und insbesondere ihrer Rechtfertigung steht jedoch noch aus. Gerade in

Deutschland ist dies auch eine Konsequenz disziplinärer Trennungen: Während sich die politische Theorie oft auf einer abstrakten Ebene bewegt und sich weniger für konkrete Rechtsordnungen interessiert, geht es der Verfassungsrechtswissenschaft seit der Etablierung der Verfassungsgerichtsbarkeit ganz überwiegend darum, eine für sie praktisch verwertbare Dogmatik zu entwickeln. Überlegungen zu hinter dem positiven Recht stehenden grundlegenden theoretischen Konzepten, wie sie noch in der juristischen Staatslehre zur Zeit der Weimarer Republik vielfach angestellt wurden, sind damit tendenziell aus dem Blick geraten. Erst in jüngerer Zeit wenden sich Verfassungsrechtler in Deutschland wieder verstärkt der Außenperspektive zu, wobei das Interesse nun weniger „dem Wesen des Staates“ als den grundlegenden Verfassungsideen gilt, die hinter konkreten rechtlichen Normierungen stehen.⁴ In diesem Sinne sucht auch die vorliegende Arbeit den Brückenschlag zwischen Überlegungen der politischen Theorie und positiv-rechtlichen Strukturen. Sie kann dabei nicht zuletzt auch auf die Erörterung verfassungstheoretischer Fragen in der internationalen Diskussion sowie in einzelnen Rechtsordnungen zurückgreifen. Von besonderem Interesse sind Beiträge aus den USA, wo Verfassungsrecht und politische Theorie seit langem in engem Zusammenhang gesehen werden.

Soweit die Legitimität verfestigten Rechts bisher problematisiert worden ist, finden sich wichtige Einsichten, häufig aber auch Problemverengungen. So beziehen sich die Stellungnahmen im Bereich des Verfassungsrechts oft lediglich auf „Ewigkeitsklauseln“. Im Übrigen werden vor allem ausgreifende Tendenzen der Verfassungsrechtsprechung kritisiert, während im Hinblick jedenfalls auf die ursprüngliche Verfassung ein pauschal affirmatives Verständnis verbreitet ist. Wenn demgegenüber andere die Maßgeblichkeit historischer Intentionen pauschal bestreiten und für eine „verfassungswandelnde“ Interpretation im Sinne der jeweiligen gesellschaftlichen Auffassungen plädieren, bleibt die Frage, ob damit nicht vorschnell positive Potentiale rechtlicher Verfestigungen aus der Hand gegeben werden. Insgesamt ist die Diskussion stark auf das voluntaristische Element bezogen. Demgegenüber möchte die vorliegende Arbeit den Blick stärker auf die Inhalte lenken. Eine kohärente Konzeption, für welche Fragen es gute Gründe gibt, sie dem regulären politischen Diskurs zu entziehen, fehlt bisher.

Die Arbeit umfasst entsprechend dem sowohl verfassungstheoretischen, als auch verfassungsdogmatischen Erkenntnisinteresse zwei größere Teile. Der erste Abschnitt befasst sich von einem rechtsexternen Standpunkt aus mit der Legitimität von Normen, die der Disposition wechselnder demokratischer Mehrheiten

⁴ Vgl. zum Verhältnis von Allgemeiner Staatslehre und Verfassungstheorie nur *M. Jestaedt*: Verfassungstheorie als Disziplin, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 5.

entzogen sind. Im *ersten Kapitel* soll zunächst begründet werden, warum die Kriterien demokratischer Legitimität politischer Entscheidungen implizieren, dass sie nicht nur einmal demokratisch getroffen werden, sondern fortlaufend demokratisch revidiert werden können. Dabei wird es auch um die Frage gehen, warum gerade rechtliche Erschwerungen von Rechtsänderungen ein Problem aufwerfen, während Revisionshemmnisse infolge der faktischen Auswirkungen politischer Entscheidungen auf die physische und soziale Welt hinzunehmen sind. Das *zweite Kapitel* entwickelt einen typologischen Überblick über Mechanismen der Rechtsverfestigung. Die Beispiele aus zahlreichen Rechtsordnungen insbesondere Europas, Nord- und Südamerikas sowie aus dem Europa- und Völkerrecht geben einen Eindruck von den vielfältigen Ausprägungen verfestigten Rechts. In diesem Zusammenhang ist auch zu thematisieren, wie formal bestehende rechtliche Hürden den Handlungsspielraum politischer Mehrheiten tatsächlich wirksam beschränken. Vor diesem Hintergrund geht das *dritte Kapitel* der Frage nach der Legitimität verfestigten Rechts nach. Hier sind sowohl Ansätze auf ihre Überzeugungskraft zu prüfen, die auf eine gegenüber der einfachen Gesetzgebung gesteigerte demokratische Qualität verfestigten Rechts, vor allem von Verfassungen, verweisen, als auch verschiedene Strategien, warum die Verfestigung bestimmter Inhalte gut zu begründen ist.

Der zweite Teil fragt nach der Bedeutung des Gedankens der demokratischen Reversibilität für die Interpretation des Grundgesetzes. Dabei legt die Arbeit zugrunde, dass das positive Verfassungsrecht gegenüber der Verfassungstheorie einen Selbststand aufweist, sich beide aber auch nicht unverbunden gegenüberstehen. Insoweit beleuchtet das *vierte Kapitel* zunächst Verfestigungen durch materielle Vorentscheidungen auf der Ebene des Verfassungsrechts. Kann mit Blick auf die Verankerung des Demokratieprinzips im Grundgesetz die Frage, ob für eine Verfestigung gute Gründe sprechen, bei der Entwicklung der Dogmatik materieller Bindungen der Gesetzgebung eine Rolle spielen? Kann sie sogar in Fällen wie der einfach-gesetzlichen Einführung der „Ehe für alle“ für ahistorische Verfassungsinterpretationen sprechen? Und ist es dem verfassungsändernden Gesetzgeber wirklich erlaubt, mit den jeweiligen Zweidrittelmehrheiten jeden denkbaren Inhalt der späteren Disposition der einfachen Mehrheit zu entziehen? Im *fünften Kapitel* geht es um die Verfassungsdogmatik legislativer Kontinuitätspflichten. Wie lassen sich in Fällen wie dem Atomausstieg die Grundsätze des Vertrauensschutzes in einer Weise verstehen, dass Raum für demokratische Änderungen bleibt? Und welche Bedeutung kommt einer Zusicherung des Gesetzgebers zu, an einer Norm für eine gewisse Zeit festzuhalten? Schließlich wird im *sechsten Kapitel* erörtert, welche verfassungsrechtlichen Konsequenzen mit Zustimmung des Gesetzgebers eingegangene vertragliche Bindungen des Staates nach sich ziehen. Ob das Demokratieprinzip wirklich die Möglichkeit eines ver-

fassungsrechtlich wirksamen Bruchs völkerrechtlicher und innerstaatlicher Verträge über Gesetzgebungsinhalte erfordert, ist keineswegs klar.

Dass die vorliegende Arbeit gegenüber nicht oder nur erschwert politisch verfügbaren Rechtsinhalten einen tendenziell kritischen Standpunkt einnimmt, könnte mit Blick auf die Situation in Ländern wie Polen und Ungarn, wo rechtspopulistische Parteien unter dem Vorwand der Stärkung der Demokratie am Abbau rechtsstaatlicher Strukturen arbeiten, Anlass zu Bedenken geben. Indes ist es keineswegs das Anliegen dieser Arbeit, supermajoritäre Bindungen pauschal so weit wie möglich zurückzudrängen. Ganz im Gegenteil sollen dem regulären politischen Diskurs vorgegebene rechtsstaatliche Elemente als wichtige Errungenschaften verteidigt werden, die gerade auch dabei helfen können, mit Defiziten der repräsentativen Mehrheitsdemokratie umzugehen. Eine zentrale These wird sein, dass „weniger Rechtsstaat“ eben nicht „mehr Demokratie“ bedeutet, sondern die Legitimität des Rechts nur durch eine Gesamtkonzeption gesichert werden kann, die demokratische und rechtsstaatliche Ideale verknüpft. Zudem kann eine gewisse Verfestigung des Rechts auch aus Gründen der Demokratie selbst sinnvoll sein, wenn etwa wirksame Stabilitätsversprechen gegenüber Privaten und anderen Staaten eine effektive Verwirklichung bestimmter politischer Projekte sicherstellen.

All das bleibt freilich begründungsbedürftig. Die vorliegende Arbeit wendet sich deutlich gegen ein rein instrumentelles Rechtsverständnis, dem zur Durchsetzung der „richtigen Lösungen“ jedes Mittel Recht ist. Gerade wer dezidiert für politische Positionen eintritt, sollte stets erklären können, warum in der Auseinandersetzung mit anderen die eigene Position einen formalen Vorteil haben sollte, weil sie in Gestalt einer erschwert änderbaren Norm Teil des positiven Rechts ist. Mit der bloßen Behauptung, die eigenen Wertungen seien eben die richtigen, können andere nicht überzeugt werden. Regeln, wie politisch umstrittene Fragen zu entscheiden sind, lassen sich nicht unter dem Aspekt der Wahrheit festlegen, sondern nur nach politischen Fairnesskriterien. Bei der Beurteilung der Legitimität der Bindung wechselnder politischer Mehrheit an Normen höherer Rigidität geht es letztlich darum, Grenzen der in der Mehrheitsregel enthaltenen Fairnessvermutung abzustecken. Die Beurteilung einer Sachfrage und die der Rechtfertigung ihrer Verfestigung kann dabei durchaus divergieren. Beispielsweise hegt der Autor keine politischen Sympathien für die Privatisierung von Autobahnen, hält aber die Einführung eines Verbots in Art. 90 GG gleichwohl für problematisch.

Ein weiterer Einwand gegen das Anliegen der Arbeit könnte noch grundsätzlicher ansetzen. Sie setzt voraus, dass es legitim ist, Rechtsfragen durch Mehrheitsentscheidung gesetzgebender Körperschaften zu entscheiden. Sollte nicht anstelle „zentralistischer“ Vorgaben Gerechtigkeit in Einzelfällen aus dem jewei-

ligen gesellschaftlichen Kontext heraus gesucht, vielleicht auch politisch erstritten werden,⁵ und das Recht durch die Gerichte „organisch“ fortentwickelt werden? Solche Fragen sind nicht Gegenstand der Arbeit. Festzustellen ist jedenfalls, dass moderne Rechtsordnungen zwar nicht ausschließlich, aber doch sehr weitgehend durch „zentralistische“ Normsetzung geprägt sind. Wenn dem aber so ist – und eine radikale Transformation ist nicht zu erwarten – lässt sich das Vorhaben der Arbeit als immanente Kritik einordnen. Die Verfestigung einmal gesetzter Rechtsnormen gegenüber neuen Mehrheiten sollte zumindest mit den der zentralisierten Rechtssetzung zugrunde liegenden Prämissen demokratischer Legitimität zu vereinbaren sein.

⁵ In diese Richtung *D. Loick*: *Juridismus*, 2017, 231 ff.; vgl. unten § 3 B.IV.3 S. 228.

Erster Teil

Verfassungstheoretische Perspektiven

Sachregister

- Allgemeinheit des Gesetzes 20, 78 f.
Anerkennungsgedanke 26, 29 f., 32, 198 ff.
Atomausstieg 1 f., 125, 126, 128, 337, 339, 345, 352 ff., 360 ff.
- Befristete Normen 62, 90 f.
– als Vertrauenstatbestand 126, 335 ff.
Bestandsschutz 128 ff., 248, 339 ff.
- Chancengleichheit der Parteien 56, 61 f., 180, 389
Clausula rebus sic stantibus 91, 113 f., 379
- Demokratische Deliberation 25 ff.
Drogenkonventionen 102, 104 f., 106, 152, 160, 164, 244, 402
Dualismus (Völkerrecht) 143 ff., 368 ff., 376 ff.
- Ehegarantie *siehe* Institutsgarantien
Einspeisevergütung 126 f., 345 f., 349, 356 f., 360 ff.
Eigentumsschutz 128 ff., 195 f., 208, 210, 248 ff., 339 ff.
Entschädigungspflichten 81 f., 125, 127 ff., 351, 403 f.
EU-Recht 99, 145, 373, 386 f., 394 f.
Exekutive Normsetzung 39 ff.
Expertokratie 40 f., 227 f., 316 f.
Ewigkeitsklauseln 2 f., 4, 85 ff., 98, 185 ff., 204 f., 219, 312 ff.
- Folgerichtigkeit 132 f., 207, 338 f.
- Gemeinwohl 13, 223 ff.
Generationenfolge 33 ff., 64 f., 90 f., 124, 185
- Gesetzgeberische Zusicherung *siehe* Selbstbindung
Gewaltenteilung 78 f., 214 f.
Grundpflichten 291 ff.
Grundrechte 16, 37, 38 f., 80, 118, 119, 147, 156, 161, 175, 180 ff., 194 ff., 269 ff., 279 ff.
– Ausgestaltung 128 f., 203 f., 348
– auf Kommunikation 180, 239 f., 261 f.
- Institutsgarantien 80 f., 221 f., 299 ff.
Investitionsschutz 103 f., 112, 115 f., 127, 131 ff., 150 f., 238 f., 383, 402 ff.
Irreversible Entscheidungsfolgen 49 ff.
- Konstitutionalisierung (Völkerrecht) 99 f., 234 f.
Kommunitarismus 21 f., 299 f., 211, 219 ff.
Kündigung *siehe* Verträge
- Leistungsrechte 210 f., 212 f., 295 ff.
Lochner-era (USA) 140 f., 195, 237 f.
- Meinungsverschiedenheiten 12 ff.
Mehrheitsregel 22 ff.
Menschenrechtsverträge 101, 234 ff., 397 ff.
Menschenwürde 204 f., 234, 270 f., 278, 279 f., 296 f., 308
Minderheitenschutz 180 ff., 196 ff., 211 f.
- Neoliberalismus *siehe* Wirtschaftsordnung
Normenhierarchie 138 ff.
- Organgesetze 119 ff., 203 f., 315
Originalismus 95, 107 f., 272 ff.
- Parlamentssouveränität 117, 165, 186, 335, 358

- Partikularität 215 ff., 254, 324, 325
 Pfadabhängigkeit 55 ff.
 Politischer Konstitutionalismus 142 f., 156
 Pönalisierungspflichten 102, 104 f., 281, 292 ff., 402
 Precommitment-Theorie 84, 108
 Prohibitive Kosten 54, 150 f., 153

 Qualifizierte Mehrheit 23, 166 ff., 203 f., 315

 Relativismus 15, 22 f., 30 f., 177 ff., 180, 196 ff.
 Rehabilitierung (Strafrecht) 50, 123, 339
 Richterliche Rechtsfortbildung 42 ff.
 Rückschrittsverbot 133 ff., 250
 Rückwirkung 122 ff., 338

 Schwerpunktgesetze (Ungarn) 120, 183, 203, 315, 324
 Selbstbindung des Gesetzgebers 117 ff., 145 ff., 157 f., 335 ff., 356 ff., 367 f.
 Souveränität 77, 101, 149, 184, 188, 233, 241, 373, 393 ff.,
 Staatsaufgaben 297 f.
 Staatskirchenrecht 80, 212 f., 221, 266, 282 ff., 302
 – Verträge *siehe* dort
 Staatsorganisationsrecht 76 f., 182 f., 315 ff.
 Staatsverschuldung 67, 71, 184 f., 224, 388
 Standstill-Verpflichtung *siehe* Rückschrittsverbot
 Strafrecht *siehe* Pönalisierungspflichten, Rehabilitierung
 Supergesetze *siehe* Organgesetze

 Systemtheorie 13, 18, 189, 228 ff.
 Tierschutz 17, 134, 224, 227, 327 f., 337
 Treaty override 2, 144, 368 ff.

 Umweltschutz 17, 37, 47, 57, 67, 102, 105, 115 f., 134 ff., 214, 223, 241, 336, 401
 Unabhängige Zentralbank 79, 316, 328 f.

 Verfassung
 – Ablösung 88 ff.
 – Änderung 83 ff., 312 ff.
 – Funktionen 176 ff.
 – Gebung 169 ff., 217 ff., 277 ff.
 – gerichtliche Kontrolle 92 ff., 139 ff., 230 f., 319 f., 330 f., 408 ff.
 – Identität 216, 324
 – Interpretation 92 ff., 257 ff.
 – Konsens 160 f., 178
 – Symbolik 160 ff.
 – Wandel 92 ff., 99, 222, 299
 Verschlechterungsverbot *siehe* Rückschrittsverbot
 Vertrauensschutz 125 ff., 248, 342 ff.
 Vetospielertheorie 47, 63, 141, 168, 344
 Verträge
 – föderale 114, 244 f., 375, 405
 – Kündigung 112 f., 151 f., 246, 390 ff.
 – staatskirchenrechtliche 115, 157, 245, 375, 379 ff., 406 ff.
 – völkerrechtliche 100 ff., 232 ff., 367 ff.

 Wahlrecht 23, 26, 39, 46 f., 56, 180, 260 f.
 Wirtschaftsordnung 80 f., 102 ff., 224 ff., 237 f., 298, 321