

JAHRBUCH
DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

BAND 73

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 73

herausgegeben von

Oliver Lepsius, Angelika Nußberger,
Christian Waldhoff und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. hc. Dr. hc. ANGELIKA NUSSBERGER, Universität zu Köln, Akademie für europäischen Menschenrechtsschutz, Kerpener Straße 30, 50937 Köln

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-164627-0 / eISBN 978-3-16-164628-7

DOI 10.1628/978-3-16-164628-7

ISSN 0075-2517 / eISSN 2569-4103

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

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch 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 Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Zeitgebundenheit öffentlich-rechtlicher Normen als Legitimationsproblem

| | |
|--|-----|
| CHRISTIAN WALDHOFF: Legitimationsverluste des alternden Grundgesetzes? | 1 |
| STEFAN KORIOTH: „Auf der Höhe der Zeit“ und schon „nicht mehr zeitgemäß“ – die Legitimationsverluste der drei grundgesetzlichen Schuldenbremsen von 1949, 1969 und 2009 | 21 |
| ANDREA EDENHARTER: Herrschaft der Toten über die Lebenden? Zur Legitimation der über Art. 140 GG inkorporierten staatskirchen- rechtlichen Vorschriften der Weimarer Reichsverfassung vor dem Hintergrund veränderter gesellschaftlicher und politischer Rahmen- bedingungen | 41 |
| HINNERK WISSMANN: Die Ordnung des Verwaltungsverfahrens durch Gesetz – Aufstieg, Entwicklung, Grenzerfahrungen | 75 |
| PAULA RHEIN-FISCHER: Die Verjährung als Aktualisierung gealterter Rechtsverhältnisse im Verwaltungsrecht | 91 |
| MATTHIAS RUFFERT: Zeitgebundenheit öffentlich-rechtlicher Normen als Legitimationsproblem: Das Recht der Europäischen Union | 119 |
| ANGELIKA NUSSBERGER: Können Menschenrechte altern? | 137 |
| MICHAEL RIEPL: Von der Kunst, alt zu werden. Herausforderungen und Anpassungsmechanismen des humanitären Völkerrechts | 157 |
| TORU MORI: Verfassungswandel in Japan. Begriffliche Diskussionen und Analyse der neueren Gerichtsentscheidungen | 181 |

Abhandlungen und Aufsätze

| | |
|--|-----|
| MATHIAS HONER: Perspektiven der Verfassungstheorie. Plädoyer für eine grundgesetzliche Elementelehre | 199 |
| ANDREAS FUNKE: Unrecht im Verfassungsstaat. Das Prinzip des Erkenntnis- fortschritts als Herzstück eines rechtsstaatlichen Rehabilitierungsrechts | 237 |
| BARDO FASSBENDER: Das Besatzungsstatut von 1949 in seinem rechtlichen Zusammenhang mit dem Grundgesetz | 285 |
| RUTH WEBER: Die Überprüfung von „cavaliers législatifs“. Formelle Verfassungsmäßigkeit im deutsch-französischen Vergleich | 337 |

Debattenthema: Chancen und Grenzen von Strategic Litigation

| | |
|--|-----|
| GERHARD WAGNER: Strategische Zivilprozesse | 353 |
| ISABEL LISCHEWSKI: Die Umsetzung sozialer Rechte durch die Verwaltung – eine Perspektive für die strategische Prozessführung? | 369 |
| GREGOR THÜSING / SIMON MANTSCH / RICO TANNER: Strategic Litigation im europäischen Arbeitsrecht: Prozessführung vor dem EuGH als Mittel der Rechtsgestaltung | 385 |
| CHRISTIAN WALTER: Ist „strategische Prozessführung“ eine sinnvolle Kategorie zur Analyse aktueller Verfahren vor dem IGH? | 403 |
| ANGELIKA NUSSBERGER: „Nicht ohne Risiken und Nebenwirkungen“ Strategic Litigation vor dem EGMR | 423 |
| JOHANNES REICH: Strategische Prozessführung im Kontext eines hegemonialen politischen Systems. Rechtsstaatliche und politische Kosten und Chancen gerichtlich initiierten sozialen Wandels im schweizerischen Bundesstaat | 439 |

Portraits und Erinnerungen

| | |
|---|-----|
| KLAUS-PETER SCHROEDER: Reinhard Höhn (1904 – 2000) – Die Habilitation eines NS-Ideologen an der Heidelberger Juristischen Fakultät | 463 |
| ELYAKIM RUBINSTEIN: Critical Policy Decisions: Will vs. Reality. From the Memories of a Witness-Participant | 483 |

Entwicklungen des Verfassungsrechts

| | |
|---|-----|
| HÜSEYİN YILDIZ: Das türkische Verfassungsgericht – quo vadis? | 495 |
| CARLOS RUIZ MIGUEL: Constitutional Courts: Protectors or Danger for the Rule of Law? Spain as Case Study | 529 |
| ALEXANDER GORSKIY: Recht als Lösung und Hindernis: Zur Rolle des nationalen Verfassungsrechts im territorialen Konflikt in der Ukraine | 555 |
| RAÚL GUSTAVO FERREYRA: The Idea of Constitution and its Reform. With a Special Reference to Brazil and Argentina | 575 |
| TENG-CHIEH YANG / QIANG SU: A New Model of Legislative Control: On China's System of Recording and Review of Legislation | 609 |

Landesverfassungsrecht

| | |
|--|-----|
| PHILIPP AUSTERMANN: Neue Entwicklungen im Abgeordnetenrecht der Länder . | 631 |
| MATTHIAS FRIEHE: Das System wahlprüfungsrechtlicher Rechtsbehelfe in Bund und Ländern | 661 |

Schwerpunktthema: Zeitgebundenheit öffentlich-rechtlicher Normen als Legitimationsproblem

Legitimationsverluste des alternden Grundgesetzes?

von

Prof. Dr. Christian Waldhoff (Berlin)

Inhalt

| | | |
|------|--|----|
| I. | Der zeitliche Geltung von Verfassungen als Legitimationsproblem | 1 |
| 1. | Spannungsverhältnis von Legitimation und Anspruch der Dauerhaftigkeit | 1 |
| 2. | Die Verfassung: Herrschaft der Toten über die Lebenden? | 3 |
| 3. | Legitimation und Geltung | 5 |
| II. | Legitimationsdiskurse zum und Legitimationskonjunkturen des Grundgesetzes | 5 |
| 1. | Frühe Verfassungskritik als Legitimationsproblem des Bonner Werks | 6 |
| 2. | „Das nicht erfüllte Grundgesetz“ Ende der 1950er Jahre als Erwartungshaltung und Legitimationsschub | 8 |
| 3. | Das „antiquierte Grundgesetz“ der 1960er Jahre als vermeintliches Legitimationsproblem durch neue technologische Entwicklungen | 9 |
| 4. | Verlängerte in den constitutional moments der 1990er Jahre als Ausweis herausragender Legitimität | 11 |
| 5. | Zwischenfazit: Inkongruente Legitimationsphasen des Grundgesetzes | 13 |
| III. | Legitimationsgewinne durch Änderungen und durch Anwendung/Interpretation des Grundgesetzes | 13 |
| 1. | Verfassungsänderungen als Legitimationsstabilisierung? | 13 |
| 2. | Verfassungsanwendung und Verfassungsinterpretation als Legitimationsquellen | 15 |
| IV. | „Erfolg“ der Verfassung als Legitimationsgrund und Faktor der Nichtlinearität von Legitimationsverlusten des Grundgesetzes | 17 |

I. Der zeitliche Geltung von Verfassungen als Legitimationsproblem

1. Spannungsverhältnis von Legitimation und Anspruch der Dauerhaftigkeit

Gesetze werden gewöhnlich unbefristet erlassen: „Über das Ende ihrer Geltungsdauer schweigen sich die allermeisten Gesetze aus. Sie gelten zwar nicht ewig, aber für unbestimmte Zeit, also bis auf weiteres.“¹ Ausnahmen bestätigen die Re-

¹ Schneider, Gesetzgebung, 3. Aufl., 2000, R.n. 550; vgl. auch die Hinweise in Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., 2008, R.n. 469 ff.; Müller/Uhlmann, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Aufl. 2013 R.n. 275: Unbefristete Rechtsätze zielen „auf eine stabile Ordnung

gel.² Gesetze treten außer Kraft durch Aufhebung – sei es durch den Gesetzgeber selbst, sei es im Wege einer Normenkontrolle, wegen ihres kontrafaktischen Geltungsanspruchs ganz selten aufgrund Funktionsverlustes.³ Die „Lebensdauer“ von Gesetzen hängt stark vom Typus der Rechtsvorschrift ab und ist sehr unterschiedlich: Eine Zivilrechtskodifikation hat eine längere Geltungsdauer als ein Jahressteuergesetz. Für Verfassungen ist eine Befristung in besonderem Maße völlig ungewöhnlich, letztlich ausgeschlossen. Das hängt mit ihren Funktionen und ihrem Anspruch zusammen:⁴ Als rechtliche Grundordnung des Staates⁵ ist ihr Zeithorizont von vornherein weiter ausgelegt, als des heutzutage fungiblen einfachen Rechts des „motorisierten Gesetzgebers“.⁶ Nur so kann die Maßstabsfunktion der Verfassung für die gesamte unterverfassungsrechtliche Rechtsetzung gewährleistet werden – ob die tatsächliche Geltungsdauer von Verfassungen wirklich länger ist als bei einfachen Gesetzen, bedürfte freilich noch näherer Prüfung und dürfte v. a. vom Typus des Gesetzes abhängen: Die Gewerbeordnung von 1869 und das BGB von 1896/1900 haben zumindest jeweils ein Alter erreicht, von dem Verfassungen nur träumen könnten, wobei noch zu klären wäre, welcher „Urbestand“ bei diesen Gesetzen noch in Geltung ist. Der Anspruch auf Langlebigkeit⁷ ist auch der Hintergrund dafür, dass Verfassungen gewöhnlich keine Bestimmungen über ihr Außerkrafttreten, über ihre Ablösung enthalten. Das ist auch das grundsätzliche Problem des Art. 146 GG in seiner seit der Wiedervereinigung geltenden m.E. missratenen Fassung mit den teils hilflosen Versuchen, der Norm Sinn einzugeben. Einzig sinnvolle Auslegung ist, die Vorschrift als deklaratorischen Hinweis auf die trotz geltender Verfassung fortbestehende, „schlummernde“ verfassungsgebende Gewalt des Volkes zu verstehen.⁸ Das kann und muss hier nicht ausdiskutiert werden. Letztlich erhebt jede Verfassung eine Art „Ewigkeitsanspruch“ oder wie *Gerd Roellecke* es ausgedrückt hat:

ab, die Rechtssicherheit gewährleisten und längerfristige Dispositionen der Betroffenen ermöglichen sollen“.

² Aus den USA ist die „sunset legislation“ bekannt; vgl. aus der Diskussion nur *Funke*, Bürokratieabbau mit Hilfe zeitlich befristeter Gesetze, 2011; *Zimmermann*, DÖV 2003, 946. Ursprünglich waren auch im deutschen Bereich etwa Steuergesetze zunächst – wie das Haushaltsgesetz – oft befristet, vgl. *Vogel/Waldhoff*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Vorbem. z. Art. 104a-115 Rn. 117.

³ *Schneider* (Fn. 1), Rn. 559.

⁴ Zum Anspruch der Dauerhaftigkeit etwa *Pestalozza*, in: Scholz (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, 2008, 31 ff.; *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, 66 f. und öfter; zu den Verfassungsfunktionen etwa *Grimm*, AöR 97 (1972), 489; *Lang*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl., 2014, § 266.

⁵ *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945.

⁶ Formulierung *Carl Schmitts*, vgl. in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 2. Aufl., 1973, 386 (407).

⁷ In einer bestimmten deutschen staatsrechtlichen Denkrichtung wird freilich dem Staat, nicht der Verfassung, die Aufgabe der Kontinuitätsgewähr zugeschrieben, vgl. einerseits *Klein*, Staat und Zeit, 2006, 41 ff. und passim; andererseits *Möllers*, Staat als Argument, 2000, 136 ff.

⁸ Das folgt schon daraus, dass verfassungstheoretisch in der verfassten Gewalt keine wirksamen Regelungen zur verfassungsgebenden Gewalt getroffen werden können, vgl. zum Ganzen differenziert kritisch *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.); GG. Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl., 2018, Art. 146 Rn. 21, 36.

„Die künftige Geltung ist zu sichern. Das erreichen Verfassungen dadurch, dass sie alle Alternativen für die Zukunft ausschließen und mit einem Ewigkeitsanspruch auftreten, häufig ausdrücklich, meist aber implizit. Die französische Verfassung von 1791 beruft sich auf die natürlichen, unveräußerlichen und heiligen Menschenrechte. Die Paulskirchenverfassung enthält einen Abschnitt ‚Die Gewähr der Verfassung‘. Die Reichsverfassung vom 16. April 1871 beschwört einen ‚ewigen Bund‘ der deutschen Fürsten. Und das Grundgesetz erklärt die Prinzipien der Menschenwürde, der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Bundesstaatlichkeit für unberührbar (Art. 79 Abs. 3 GG). Mit diesem Ewigkeitsanspruch legitimiert sich eine Verfassung. Er ist der Kern ihrer Identität.“⁹

Die auf längere Zeiträume angelegte Funktion und Geltung von Verfassungen steht in einem Spannungsverhältnis zur demokratischen Legitimation und zur Legitimität und Akzeptanz der Verfassung, denn die Möglichkeit der Abänderung, ja Aufgabe der Verfassung sind im Vergleich zum einfachen Recht limitiert.¹⁰ „Der Zeitfaktor macht aus Selbstbindung Fremdbindung, aus Autonomie Heteronomie.“¹¹ Die Verfassung lebt daher mit einem Paradox, dem Verhältnis zwischen Bewahrung und Entwicklung der Verfassung: „Dass eine Verfassung sowohl erhalten bleiben wie an die Entwicklung der Gesellschaft anschließen muss, dessen war sich die französische Nationalversammlung schon 1791 bewusst. Die Entwicklung ist kaum, allenfalls kurzfristig zu prognostizieren. Sicher ist allein, dass sie aus Quellen gespeist wird, die nicht zu übersehen und jedenfalls mit Verfassungsnormen nicht zu beherrschen sind. Deshalb kann die Verfassung nur in der Weise auf gesellschaftliche Änderungen eingestellt werden, dass ihre Dauerhaftigkeit verstärkt wird. [...] Wer die politischen Verhältnisse für die Zukunft mit einiger Plausibilität stabil halten will, kann daher nur bei der geltenden Verfassung ansetzen.“¹² *Peter Häberle* spricht von einer „spezifischen Zeitproblematik“ der Verfassung:

„Einerseits verleiht ihm [dem Verfassungsrecht] die erschwerte Abänderbarkeit Dauer und Kontinuität, Verlässlichkeit und Sicherheit; andererseits dringt die Zeit eben deshalb spezifisch in das Verfassungsrecht ein, ja sie muß es tun: in Gestalt flexibler, offener Verfassungsinterpretation, im Verfahren der Verfassungsänderung oder in der Forderung nach Total- oder Partialrevision.“¹³

2. Die Verfassung: Herrschaft der Toten über die Lebenden?

Dieses verfassungsstaatliche Grundproblem wurde bereits – genauer: vor allem – in der Frühzeit der modernen Verfassungsbewegung gesehen und erörtert. In drastischer Formulierung geht es um die „Herrschaft der Toten über die Lebenden“.¹⁴ Angesprochen ist damit das Problem der Verfassungsgeltung in der Folge von Generationen. Protagonist des Diskurses war einer der Urväter westlichen Verfassungs-

⁹ *Roellecke*, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 13 Rn. 71.

¹⁰ Grundsätzlich *Dreier*, *Gilt das Grundgesetz ewig?*, 2008.

¹¹ *Dreier*, *Grundgesetz* (Fn. 10), 29.

¹² *Roellecke* (Fn. 9), Rn. 16.

¹³ *Häberle*, *ZfP* 21 (1974), 111 (113).

¹⁴ *Dreier*, *Grundgesetz* (Fn. 10), 29.

denkens, *Thomas Jefferson*.¹⁵ Locus classicus ist ein Brief an *James Madison* von 1789.¹⁶ Danach habe jede Generation das Recht, sich die politische Grundordnung in Form einer Verfassung selbst zu geben; Folge ist dann die Forderung, dass im Generationenabstand neu entschieden werden müsse. Ewigkeitsansprüche von Verfassungen sind damit von vornherein ein Problem. Die Generationenfolge setzt *Jefferson* zeitgenössisch empirisch mit ganzen 19 Jahren an! Quasi umgekehrt ironisierte *Alexis de Toqueville* 1856 rückblickend über „neun oder zehn Verfassungen, die in Frankreich seit sechzig Jahren auf ewige Zeiten eingeführt worden sind“.¹⁷ Diese Problematik einer Legitimation langfristiger Bindung ist in der deutschen verfassungstheoretischen Diskussion erstaunlicherweise kaum angekommen oder rezipiert worden.¹⁸ *Horst Ehmke* etwa sprach in der Frühzeit des Grundgesetzes wie selbstverständlich von Verfassungsfunktionen „in der Generationenfolge“.¹⁹ Dass die Jeffersonschen Einwände auch theoretisch problematisch sind, beruht darauf, dass die Generationenfolge immer ein ununterbrochenes Kontinuum ist, es tritt nicht eine Generation ab und eine andere „übernimmt“, sondern es findet ein kontinuierlicher, letztlich täglicher Austausch im Legitimationssubjekt statt. Zudem nimmt eine solche Denkfikur zu stark Anleihen bei einem konkreten, individuellen Vertragsdenken, das jedoch der staatsphilosophischen Denk- und Legitimationsfigur des Gesellschaftsvertrags (der auch *Jefferson* zuneigte) unangemessen ist.²⁰

Das Grundgesetz ist inzwischen zu der am längsten geltenden Verfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte herangewachsen: 2024 konnte das 75jährige Jubiläum seines Inkrafttretens gefeiert werden. Das erreicht nicht einmal ansatzweise die Geltungsdauer der US-Verfassung, ist aber dennoch im diachronen Vergleich beachtlich. Die Bismarcksche Reichsverfassung war von 1871 bis 1918, also 47 Jahre in Kraft, die Weimarer Reichsverfassung brachte es bis 1933 nur auf knapp 14 Jahre, auch wenn sie durch die Instrumente der nationalsozialistischen Machtergreifung und -sicherung in den folgenden Jahren nicht förmlich aufgehoben wurde. Auf gliedstaatlicher Ebene sind freilich längere Geltungszeiten festzustellen: Die frühkonstitutionelle Bayerische Verfassungsurkunde von 1818 war genau 100 Jahre in Geltung!²¹

Vor diesem Hintergrund sollen Legitimationsprobleme des alternden Grundgesetzes bespiegelt werden. Da es kaum um ein grundsätzliches Infragestellen der Geltung unserer Verfassung gehen kann, wird auf die unterschiedliche Wahrnehmung, die sich nicht stetig entwickelnde Wertschätzung des Grundgesetzes, abgestellt und ein Längsschnitt durch die letzten 75 Jahre versucht.²² Das entfernt sich von der juristi-

¹⁵ Dazu etwa *Bühler*, Verfassungsrevision und Generationenproblem, 1949.

¹⁶ Näher m. w. N. *Dreier*, Grundgesetz (Fn. 10), 31 ff.; *Murswiek*, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, 217 ff.

¹⁷ *De Toqueville*, Der alte Staat und die Revolution, 1978, 68.

¹⁸ Vgl. etwa die spärlichen Nachweise bei *Murswiek*, verfassunggebende Gewalt (Fn. 16), 217 ff.

¹⁹ *Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, 128.

²⁰ Näher *Murswiek*, verfassunggebende Gewalt (Fn. 16), 217 ff.

²¹ Zu diesem Jubiläum erschien eine zwei Auflagen erlebende Festschrift: *Doeberl*, Ein Jahrhundert bayerisches Verfassungsleben, 1918.

²² Aus geschichtswissenschaftlicher Sicht dazu jüngst der mentalitätsgeschichtliche Ansatz bei *Frevert*, Verfassungsgefühle, 2024, 161 ff.

schen Zentralkategorie der Geltung²³, öffnet diese Kategorie zur Analyse von „Geltungskulturen“.²⁴

3. Legitimation und Geltung

Wenn die Frage nach Legitimationsverlusten einer alternden Verfassung am Beispiel des Grundgesetzes gestellt wird, ist zu fragen, was mit Legitimation oder Legitimität gemeint ist. Diese Phänomene sind insbesondere von der juristischen Zentralkategorie der Geltung abzugrenzen. Legitimation und Legitimität betreffen die Rechtfertigung von Herrschaft, sollen die alte Grundfrage beantworten, warum Menschen über andere Menschen herrschen dürfen.²⁵ Es geht mithin um den Geltungsgrund, nicht die Geltung der Verfassung.²⁶ Ihren Geltungsgrund kann eine Rechtsnorm jedoch niemals in sich tragen, er wird aus höherrangigen Rechtsnormen abgeleitet oder liegt außerhalb des Rechtssystems. Da es für Verfassungen keine höherrangigen Rechtsnormen gibt, ist hier auf Außerjuristisches zurückzugreifen. Legitimität bezeichnet dabei einen erreichten Zustand, Legitimation den Weg dorthin, mithin etwas Prozesshaftes.²⁷ Teilweise wird Legitimität in dem soeben skizzierten Sinn von Akzeptanz abgegrenzt: Letztere sei ein schwankender, demoskopisch ermittelbarer Wert, während

„Legitimität des Staates und einer konkreten Verfassungsordnung [...] die in Prinzipien begründete und durch tatsächliche Handlungen bezeugte – ‚gelebte‘ – Anerkennung und Bestätigung politischer Herrschaft und der Legalität öffentlicher Gewalt“²⁸

sei.

II. Legitimationsdiskurse zum und Legitimationskonjunkturen des Grundgesetzes

Bezogen auf das Grundgesetz ist die unterschiedliche Wahrnehmung der Verfassung im Laufe ihrer Geltung interessant.²⁹ Man kann von Wahrnehmungskonjunkturen und Wahrnehmungskulturen sprechen, die zugleich Spiegel der Legitimitätsfrage i.w.S. in der Zeit darstellen.³⁰ Noch 1977 hat ein bedeutender Staatsrechtler eine

²³ Zur Rechtsgeltung nur *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl., 2020, § 8; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, § 37.

²⁴ Vgl. in anderen Kontexten etwa *Gephart/Sakrani*, in: *Gephart* (Hrsg.), Rechtsanalyse als Kulturforschung, 2012, 103 (106 ff.).

²⁵ *Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, 11; *Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, 74; *Schliesky*, Legitimität, 2020, 15; zur Begriffsgeschichte *Würtenberger*, Legitimität staatlicher Herrschaft, 1973; *ders.*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 3, 1982, 677.

²⁶ *Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl., 2018, Rn. A 9; *Isensee*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl., 2014, § 254 Rn. 9.

²⁷ *Isensee*, Volk (Fn. 25), 75; *Schliesky*, Legitimität (Fn. 25), 15.

²⁸ *Badura*, JöR 52 (2004), 165 (166 f.).

²⁹ Dazu jetzt ausführlich *Frevort*, Verfassungsgefühle (Fn. 22), v. a. 161 ff.

³⁰ Der folgende Abschnitt aktualisiert *Waldhoff*, Das andere Grundgesetz, 2019, 23 ff.

Aufsatzsammlung mit „Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik“ betitelt.³¹ Der Legitimation des Grundgesetzes war auch noch im Abschlussband des „Handbuchs des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ im zweiten Jahrzehnt des neuen Jahrhunderts ein eigenes Kapitel gewidmet.³²

1. Frühe Verfassungskritik als Legitimationsproblem des Bonner Werks

Noch bevor das Grundgesetz eine Staatspraxis determinieren konnte, sah es sich von konservativer Seite massiver Kritik ausgesetzt.³³ Der Start des Bonner Verfassungswerks begann mit äußerst kritischer fachlicher Begleitung. Insofern wurde seine Legitimität sofort in Frage gestellt. *Ernst Forsthoff*³⁴ meinte, diese Verfassung löse nicht die Probleme der Gegenwart, sondern der Vergangenheit. Man habe sich aus Einfallsslosigkeit oder Verlegenheit an das Vorbild der Weimarer Reichsverfassung geklammert.³⁵ Während der Beratungen des Grundgesetzes schrieb *Forsthoff*, der Parlamentarische Rat gehe wohl davon aus, „der Teufel komme immer durch die gleiche Tür, so daß es genüge, diese Tür durch ein Sicherheitsschloß zu verwahren, um allen Gefahren entronnen zu sein“.³⁶ Seinem beißenden Spott fiel auch die Tatsache anheim, dass man unter Verkennung der politischen Lage trotz des ursprünglich avisierten provisorischen Charakters eine Vollverfassung geschaffen habe. Ende 1948 bemerkte er sarkastisch über die Arbeit des Parlamentarischen Rates:

„wenn erst der Bonner Verfassungsentwurf, wie er heute vorliegt, Gesetz geworden ist, wird auch der Wissenschaftler die Wahrheit unter die Treue zur Verfassung zu beugen haben. Dann wird das ganze Volk in schweigender Treue um die Verfassungskadaver stehen und einem Verfassungsprozeß beiwohnen, der nach ausdrücklicher Anordnung der Verfassung kein Ende haben darf“.³⁷

Damit ist die interessante Frage angesprochen, warum in den Beratungen der Verfassung der provisorische Charakter so stark betont, gleichzeitig mit Art. 79 Abs. 3 GG eine „Ewigkeitsklausel“ geschaffen wurde. Und zum Inkrafttreten ergänzte er dann:

„Das Verfassungswerk konnte nicht gelingen, weil die deutsche Verfassung heute ein unlösbares Problem ist. Das eigentliche Unglück des Bonner Werkes ist die ihm zuge dachte Dauer. Schon heute läßt sich mit Sicherheit voraussagen, daß es bald zum Gefängnis werden wird und daß es dann die vordringliche Sorge aller gutwilligen und aufrechten Demokraten sein wird, wie man diesem Gefängnis so schnell und so legal wie möglich wieder entinnen kann. Das so stark lädierte Verfassungsbewußtsein wird dadurch erneut schweren Schaden nehmen.“³⁸

³¹ *Kriele*, Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik, 1977.

³² *Isensee*, Volk (Fn. 25).

³³ Differenziert kritisch *Ipsen*, Über das Grundgesetz, 1950.

³⁴ Zu ihm *Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, 2011.

³⁵ Dies und das Folgende nach *Meinel* (Fn. 34), 347 f., der die Zitate aus dem Familienarchiv ermittelt hat.

³⁶ *Forsthoff*, in: Pressedienst für undoktrinäre Politik Nr. 50/51 (1948), 1; hier zitiert nach *Meinel* (Fn. 34), 347.

³⁷ Zitiert nach *Meinel* (Fn. 34), 347.

³⁸ Wiederum zitiert nach *Meinel* (Fn. 34), 347.

Für *Forsthoff* war 1948/49 damit das Grundgesetz nur eine weitere Episode in der seit dem Ersten Weltkrieg herrschenden deutschen Staatskrise und der ständigen Auflösung der staatlichen Institutionen.

In den gleichen Kontext passt *Werner Webers*³⁹ ein Jahr später gehaltene Göttinger Antrittsvorlesung „Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz“.⁴⁰ Hier kommt es zu aufschlussreichen unmittelbaren Vergleichen, durch die die Bonner Verfassung im Vergleich zur Weimarer als in jeder Hinsicht defizitär herausgestellt wird. Die in Bezug auf die westliche Verfassungsbewegung als „epigonales Werk“⁴¹ bezeichnete Weimarer Verfassung wird in ihrer Bedeutung für die neue Verfassung, die letztlich als durch die westlichen Besatzungsmächte oktroyiert aufgefasst wird, analysiert:

„Im Bonner Grundgesetz gelangt die Weimarer Verfassung zwiespältig zu neuer Wirkung. [...] Gewiß ist der allgemeine Rahmen der Weimarer Verfassung übernommen, und wesentliche neue Verfassungskonzeptionen sind nicht hinzugetreten. Aber selbst wo der Parlamentarische Rat schlicht zu bewährten Einrichtungen und Strukturprinzipien der Weimarer Republik zurückzukehren glaubte, hat die Veränderung Deutschlands und der Welt in den 30 Jahren seither daraus etwas anderes entstehen lassen. Wieweit diese Problematik den Verfassungsschöpfern von Bonn bewußt geworden ist, findet in ihrem Werk keinen Niederschlag. Jedenfalls waren sie stärker von der Aufgabe erregt, in bestimmten Teilen eine kritische Auseinandersetzung mit der Weimarer Verfassung aufzunehmen, und gerade dadurch hat ihnen diese Verfassung, wenn auch in Widerspruch und Umkehrung, das Gesetz des Handelns diktiert. Wie die geisterhafte Erscheinung eines nach verfehltem Leben unglücklich Abgeschiedenen hat die Weimarer Verfassung die Bonner Beratungen erfüllt und bedrückt. Der Parlamentarische Rat hat seine Kraft wesentlich darin verbraucht, dieses Gespenst zu bannen, die Not seiner Unruhe zu erfahren und zu beheben.“⁴²

Für den Parlamentarischen Rat habe es angesichts der alliierten Vorgaben nichts Existentielles mehr zu entscheiden gegeben; insoweit seien auch die legitimatorischen Defizite nachrangig. Demgegenüber habe es sich in Weimar um „echte Verfassungsschöpfung“ gehandelt. Der Parlamentarische Rat, der als durch „esoterische Fach- und Parteiklugheit“ gekennzeichnete „Ratsversammlung“⁴³ charakterisiert wird, habe sich zwar in einer ähnlichen Rolle gewährt, wie die Weimarer Nationalversammlung, das sei jedoch ein Irrtum gewesen. Während sich die Weimarer Reichsverfassung durch unbekümmerte Frische auszeichne, wird die fehlende Volkstümlichkeit des Grundgesetzes – die schon in der wenig öffentlichkeitswirksamen Ausarbeitung angelegt gewesen sei – erklärt:

„Der ganze Stil des Grundgesetzes verleugnet denn auch nicht, aus welcher Verlegenheit das Gesetz stammt. An ihm ist nichts von unbekümmerter Frische, vorwärtsgreifendem Wagnis und mutiger Entscheidung. Alles ist reflektiert, jeder Satz und jedes Wort gewendet und gefeilt, alles normiert und peinlich reguliert. Schon von vornherein durch starke auferlegte Rücksichten gebunden, haben seine Verfasser dann noch ihre dreißigjährigen Erfahrungen als Politiker und Juristen rückwärtsblickend hineingeflochten, vorsichtig abwägend und ab-

³⁹ Zu ihm *Schmidt-Aßmann*, Werner Weber (1904–1976), in: Häberle/Kilian/Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2. Aufl., 2018, 793.

⁴⁰ Zunächst als Separatdruck veröffentlicht, Göttingen 1949; dann in: *Weber*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 1. Aufl., 1951, 7; 2. Aufl., 1958; 3. Aufl. 1970.

⁴¹ *Weber* (Fn. 40), 10.

⁴² *Weber* (Fn. 40), 7f.

⁴³ *Weber* (Fn. 40), 12.

stimmend und zu immer neuen Abzirkelungen fortschreitend. Ein Juristengesetz, kein Volksgesetz“.⁴⁴

Als zentrale Abweichungen vom Weimarer Werk werden von *Weber* die Punkte „Mediatisierung des Volkes, Auflösung des Ausnahmezustandes, Entmachtung der Exekutive“ angesehen und äußerst kritisch analysiert.⁴⁵ Immerhin münden seine Ausführungen in der richtigen Erkenntnis, dass weniger die konkrete Verfassung, als vielmehr die politischen Umstände zum Scheitern 1933 führten. Die Kritik am neuen Grundgesetz wird so zur Kritik an dessen Vätern und Müttern, konkrete Verfassungsnormen für politisches Scheitern verantwortlich zu machen:

„Aber das Eigentümliche an ihm [dem Grundgesetz; C.W.] ist, daß es für den Irrweg des nationalsozialistischen Regimes, gegen den es sich unmittelbar wendet, gleichsam die Weimarer Verfassung verantwortlich macht. Es sieht den Ursprung des Übels in den Fehlern dieser Verfassung, spürt ihnen nach und merzt sie aus, um damit für die Zukunft alles zum Guten zu wenden. So wurde die Weimarer Verfassung zum Schuldigen und die Tilgung des Schwachen oder Bösen an ihr zum ängstlichen Hauptinhalt der Bonner Bemühungen. [...] Uns will scheinen, daß hier zu vordergründig gedacht und zu viel Schuld an dem deutschen Verhängnis auf die Weimarer Verfassung abgewälzt ist, und daß die bloße Wahl einer Gegenposition zu den Stellen, an denen diese Verfassung einer konkreten geschichtlichen Belastung wirklich oder vermeintlich nicht standhielt, eine zu leichte Entsöhnung bedeutet.“⁴⁶

Zu Recht ist als Pointe dieser Kritik am Grundgesetz die vergleichsweise positive Sicht auf die Weimarer Reichsverfassung herausgestellt worden.⁴⁷

2. „Das nicht erfüllte Grundgesetz“ Ende der 1950er Jahre als Erwartungshaltung und Legitimationsschub

Der „Kronjurist“ der SPD der 1950er und 1960er Jahre *Adolf Arndt*⁴⁸ warnte nach ungefähr zehn Jahren Geltung 1960 vor einer „ideologischen Unterwanderung des Grundgesetzes“ dadurch, dass zahlreiche Verfassungspostulate nicht erfüllt oder gar bewusst konterkariert würden: Fortbestehende Strafbefugnisse von Finanz- und Postbehörden verstießen gegen den Richtervorbehalt, das inzwischen in der konkreten Normenkontrolle aufgegangene richterliche Prüfungsrecht werde in einer Mischung rousseauistischer und obrigkeitstaatlicher Überhöhung des Gesetzes und bewusstem Fehlverstehen von Gewaltenteilung von Teilen der Gerichtsbarkeit missachtet, die Gleichstellung von Mann und Frau werde sowohl im Familien-, als auch im Sozialrecht nicht angemessen verwirklicht und anderes mehr.⁴⁹ Wirkliche oder vermeintliche innere oder äußere Bedrohungen hätten Ordnungs- vor Freiheitsvorstellungen dominant werden lassen. Das mündet in das Postulat einer Demokratisie-

⁴⁴ *Weber* (Fn. 40), 15.

⁴⁵ *Weber* (Fn. 40), 19 ff.

⁴⁶ *Weber* (Fn. 40), 35, 37.

⁴⁷ *Meinel* (Fn. 34), 348.

⁴⁸ Zu ihm *Gosewinkel*, Adolf Arndt. Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945–1961), 1991.

⁴⁹ *Arndt*, in: ders., Gesammelte juristische Schriften, 1976, 141; zuerst 1960.

rung des Gesetzesverständnisses, einer Betonung des demokratischen vor dem rechtsstaatlichen Verfassungsprinzip:

„Die ideologische Unterwanderungen des Grundgesetzes bezwecken samt und sonders, bewußt oder unbewußt diese Freiheitsfähigkeit des Menschen aus Angst vor ihm zu leugnen. Darin liegt der Grund, weshalb man die Verfassung als eine Art von politischer Lyrik oder eine Sammlung programmatischer Phrasen entkräften will, aber sich scheut oder sogar widerstrebt, sie ernst zu nehmen. Das Bonner Grundgesetz harrt noch seiner Erfüllung. Erst von der Erfüllung seiner Wertentscheidungen her wird das Bonner Grundgesetz die volle Strahlkraft gewinnen, durch die es uns auf das ganze Deutschland hinweisen will.“⁵⁰

Anders als die konservative Kritik zehn Jahre zuvor erscheint die neue Verfassung hier als unerfüllte Verheißung, ist damit eindeutig positiv konnotiert. Das weißt u. a. bereits auf die sozial-liberale Reformpolitik nach 1969 voraus. Bemerkenswert ist an dieser Kritik, dass die SPD großen Anteil an der Etablierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit hatte und ein Instrument nutzte, das – zumindest vor der Godesberger Wende 1959 – in seiner konkreten Gestalt von ihren institutionellen Vorstellungen abwich, wie dies etwa in den Beratungen zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz deutlich wurde.

Ute Frevert hat in ihrer aktuellen Mentalitätsgeschichte deutscher Verfassungen andere Diskurse angeführt, in denen die Berufung auf das Grundgesetz diesem besondere Legitimität zuspricht: Die Wiederbewaffnungsdiskussion Anfang der 1950er Jahre („Kampf um den Wehrbeitrag“) und die aus heutiger Sicht völlig hypertroph erscheinenden Diskussionen um die Einführung einer Notstandsverfassung Mitte der 1960er Jahre.⁵¹

3. Das „antiquierte Grundgesetz“ der 1960er Jahre als vermeintliches Legitimationsproblem durch neue technologische Entwicklungen

In ganz besonderer Weise steht die nächste „Wahrnehmungsepoche“ mit ihrem Mantra, das gerade gut zehn Jahre alte Grundgesetz sei angesichts aktueller, vor allem technologischer Entwicklungen wie der Atomkraft bereits veraltet⁵² für das hier angesprochene Problem – rückblickend kann man freilich nur den Kopf schütteln. Das Grundgesetz hatte sich in der Zwischenzeit etabliert, seinen provisorischen Charakter mehr und mehr abgestreift und die Kritik verstummte zunehmend. 1966 erschien jedoch von dem v. a. in den 1950er Jahren präsenten evangelischen Publizisten *Helmut Lindemann* ein Buch mit dem programmatischen Titel „Das antiquierte Grundgesetz“.⁵³ 1970 folgte die vielbeachtete Schrift des seinerzeitigen CDU-Bundestagsabgeordneten *Hans Dichgans* „Vom Grundgesetz zur Verfassung. Überlegungen zu einer Gesamtrevision“. Die Wahrnehmung als „antiquiert“ beruhte dabei auf mehreren Faktoren, v. a. auf der technologischen und gesellschaftlichen Entwicklung

⁵⁰ *Arndt* (Fn. 49), 156 f.

⁵¹ *Frevert*, Verfassungsgefühle (Fn. 22), 161 ff.

⁵² In der Gegenwart werden staatliche Grundfragen wie Souveränität und Legitimität angesichts der zunehmenden Digitalisierung neu aufgeworfen, vgl. *Schliesky*, Legitimität (Fn. 25), 62 ff.

⁵³ *Lindemann*, Das antiquierte Grundgesetz, 1966.

seit 1949. So heißt etwa bei *Lindemann* ein Kapitel „Konventionelle Verfassung im Atomzeitalter?“⁵⁴

„Im Parlamentarischen Rat hatten die weitaus meisten Delegierten – ebenso wie damals die weitaus meisten Menschen überhaupt – den Anbruch des Atomzeitalters, das sich ‚grundsätzlich von der Vergangenheit unterscheidet‘, noch gar nicht bemerkt. Heute aber sind viele Menschen einfach nicht gebildet genug, um zu ermessen, wie grundlegend sich die Welt gewandelt hat.“

In der typischen Übersteigerung der Wahrnehmung eines neuen Phänomens werden dort weitreichende Schlussfolgerungen gezogen, wie etwa das Postulat eines Wandels des Freiheitsverständnisses; Freiheit sei jetzt „mit und im Staat“ zu gewährleisten.⁵⁵ Beide Publikationen bringen eine Reformstimmung gerade auch bezogen auf das Grundgesetz zum Ausdruck, die von der zweiten Hälfte der 1960er bis Anfang der 1970er Jahre andauerte und in die Einsetzung der Enquêtekommision Verfassungsreform 1970 mündete, in der sich dann u. a. auch *Dichgans* wiederfand.⁵⁶ Das war ein Reformprojekt aus der Mitte von Gesellschaft und politischem Spektrum.⁵⁷ Der Auftrag der Kommission war jedoch bereits explizit weg von einer Totalrevision des Grundgesetzes hin zu Reformen bestimmter Bereiche konkretisiert worden. Im Einsetzungsbeschluss liest sich das so: Aufgabe der Kommission sei es zu prüfen, „ob und wie weit es erforderlich ist, das Grundgesetz den gegenwärtigen und voraussehbaren zukünftigen Erfordernissen – unter Wahrung seiner Grundprinzipien – anzupassen“. Ein Zwischenbericht 1972⁵⁸ und ein letztlich enttäuschender zweibändiger Endbericht 1976⁵⁹ hatten die Aufbruchstimmung vor 1970 dann endgültig vergessen lassen. Die tatsächlich durchgeführten Reformen waren eher homöopathisch.⁶⁰ Seit den 1970er Jahren wurde dann das Grundgesetz teilweise erfolgreich, teilweise erfolglos gegen die Reformpolitik der neuen sozial-liberalen Koalition in Stellung gebracht. Man könnte von einer konservativen Wende der Verfassungswahrnehmung sprechen.⁶¹ Dass das zu einer Statik in der Konzeption bei gleichzeitiger Steigerung der Vehemenz der Verteidigung des Grundgesetzes führte, lag nicht fern. Dies alles mündete in gewisser Weise in die Situation der 1990er Jahren, als Irritationen von außen Verlustängste in Bezug auf das Grundgesetz freisetzten. Angesprochen sind die beiden Beispiele der Wiedervereinigung 1990 und der Koordination mit der voranschreitenden Europäischen Integration ab dem Vertrag von Maastricht 1992/93.

⁵⁴ *Lindemann* (Fn. 53), 65 ff., das folgende Zitat 170.

⁵⁵ *Lindemann* (Fn. 53), 168.

⁵⁶ Vgl. auch *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, 133 ff.; *Hofmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 3. Aufl., 2003, § 9 Rn. 57 f.; *Grimm*, in: Heinig/Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz, 2019, 287 (287 f.).

⁵⁷ Vgl. etwa *Grimm*, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 1991, 372 (376).

⁵⁸ Fragen der Verfassungsreform. Zwischenbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages (=Zur Sache. Themen parlamentarischer Beratung 1/73), 1973.

⁵⁹ Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform, 2 Bde., (=Zur Sache. Themen parlamentarischer Beratung 3/76 und 2/77), 1976/77.

⁶⁰ *Seifert*, Grundgesetz und Restauration, 3. Aufl., 1977, 46 ff.

⁶¹ Anhand der Karlsruher Judikatur etwa *Lamprecht*, Ich gehe bis nach Karlsruhe, 2011, 119 ff., 177 ff.