

§ 3 Die Legitimität des Grundgesetzes

Benjamin Straßburger

I. Anfang ohne Zauber: Der sog. „Geburtsmakel“ des Grundgesetzes

Am 23. Mai des kommenden Jahres jährt sich die Ausfertigung und Verkündung des Grundgesetzes zum 75. Mal. Dass dieser Tag mit großen Festen in den „Verfassungsstädten“ Frankfurt, Weimar, Bonn und Berlin sowie zahlreichen Veranstaltungen in allen Teilen der Republik gewürdigt werden soll, überrascht nicht, denn Verfassungsstaaten pflegen die Gründungsgeschichte ihrer Verfassung lebendig zu halten.¹ Ein wesentlicher Grund hierfür ist, dass Verfassungen in gesteigertem Maße auf fortwährende Affirmation angewiesen sind. Da ihre Geltung als verbindliches Recht einer rechtsordnungsimmanenten Erklärung nicht zugänglich ist² und ihnen überdies ein strukturelles Sanktionsdefizit eignet³, bedürfen sie mehr noch als andere Rechtstexte der politisch-gesellschaftlichen Akzeptanz, um ihre praktische Wirksamkeit zu bewahren.⁴ Als Mittel der Akzeptanzförderung bietet sich in besonderer Weise die Erzählung vom Ursprung der Verfassung an – vorausgesetzt es handelt sich dabei um eine heroische, erhabene Geschichte. Davon kann im Falle der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland jedoch beim besten Willen keine Rede sein: Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes versprüht wenig Glanz, taugt keineswegs zur Heldensaga.⁵ Dies gilt umso mehr, wenn man die demokratische Qualität des Verfahrens ihrer Erarbeitung und ihres „In-Geltung-Setzens“ als zentrale Bedingung legitimer Verfassungsgebung identifiziert. Denn dass beim Zustandekommen des Grundgesetzes tatsächlich

¹ Vgl. *J. Isensee*, in: ders./Kirchhof, HStR Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 254 Rn. 35.

² *P. Badura*, „Verfassung“, in: Evangelisches Staatslexikon Bd. II, 3. Aufl. 1987, Spalte 3737 (3744).

³ *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 171.

⁴ *B. Kempen*, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 27 Rn. 20.

⁵ *J. Isensee*, in: ders./Kirchhof, HStR Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 254 Rn. 35.

der Wille des deutschen Volkes am Werk war, wie es die Präambel scheinbar glauben machen will, kann mit Fug und Recht angezweifelt werden.

Dies gilt zunächst mit Blick auf den beträchtlichen Einfluss, den die westlichen Besatzungsmächte auf den Prozess der Grundgesetzentstehung ausübten. So initiierten die Alliierten nicht nur die Verfassunggebung, sondern machten dem Parlamentarischen Rat auch richtungweisende inhaltliche Vorgaben, insbesondere in Gestalt der sog. „Frankfurter Dokumente“, griffen aktiv in dessen Beratungen ein und stellten das Beratungsergebnis zudem unter einen umfassenden Genehmigungsvorbehalt.⁶ Doch selbst dann, wenn man sich die „Vormundschaft der Besatzungsmächte“⁷ hinwegdächte, müsste das Verfahren der Grundgesetzentstehung als demokratisch defizitär beurteilt werden. Der Grund ist ein doppelter: Zum einen wurde es jenem Volk, auf dessen verfassunggebende Gewalt es sich beruft, niemals zur Abstimmung vorgelegt; zum anderen waren jene Funktionsträger, welche das Grundgesetz beraten und verabschiedet haben, bei Lichte besehen nicht in der Lage, das Volk in Sachen Verfassunggebung zu repräsentieren.⁸ Zwar wurde der Parlamentarische Rat von den volksgewählten Landesparlamenten beschiedt und das Inkrafttreten des Grundgesetzes davon abhängig gemacht, dass mindestens acht der elf Landesparlamente dem Entwurf des Parlamentarischen Rats zustimmten, doch hatten die Landtage und Bürgerschaften von ihren Wählern zu keinem Zeitpunkt das Mandat erhalten, sich an einer über den jeweiligen Landesrahmen hinausgehenden Verfassungsarbeit zu beteiligen:⁹ Weder stand im Frühjahr 1947, als die Landtage und Bürgerschaften gewählt wurden, eine gesamtstaatliche Verfassunggebung überhaupt zur Debatte, noch war für die Wahlberechtigten in den Ländern erwartbar, dass ausgerechnet die Landesparlamente federführend beteiligt sein würden, wenn es dereinst darum gehen würde, dem Gesamtstaat eine Verfassung zu geben.¹⁰ Die europäi-

⁶ Vgl. *H. Schneider*, NJW 1954, 937; *R. Mußgnug*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR Bd. I, 3. Aufl. 2003, § 8 Rn. 76 ff.

⁷ Formulierung nach *J. Isensee*, in: *ders./Kirchhof*, HStR Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 254 Rn. 31.

⁸ A. A. – allerdings ohne nähere Begründung – *W. Grewe*, DRZ 1949, 313 (314).

⁹ *H. Nawiasky*, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950, S. 79; *H. Schneider*, NJW 1954, 937.

¹⁰ Vgl. *R. Laun*, Das Grundgesetz Westdeutschlands, 2. Aufl. 1951, S. 6.

sche Verfassungstradition und zumal die deutsche wiesen klar in eine andere Richtung, lag die Verfassungsschöpfung doch sowohl in Frankfurt 1848/1849 als auch in Weimar 1919 in den Händen von eigens zu diesem Zweck gewählten und konstituierten *gesamtdeutschen* Repräsentativversammlungen.

Somit ist festzuhalten: Da das deutsche Volk das Grundgesetz weder selbst beraten und angenommen noch Repräsentanten einen entsprechenden Auftrag erteilt hat, kann schwerlich behauptet werden, dass das Erarbeiten und „In-Geltung-Setzen“ jenes Rechtstextes tatsächlich vom Willen des deutschen Volkes beherrscht wurde.

II. Selbstermächtigung als historische Konstante moderner Verfassungsgebung

Indessen darf nicht übersehen werden, dass sich das Grundgesetz mit Blick auf seinen vermeintlichen Geburtsmakel in bester Gesellschaft befindet. Denn genau besehen entspricht die Art und Weise des Zustandekommens von modernen Verfassungen praktisch nie denjenigen demokratischen Standards, die sodann durch die jeweilige Verfassung etabliert werden.¹¹ Vielmehr zieht sich das – an sich undemokratische – Moment der *Selbstermächtigung* wie ein roter Faden durch die neuzeitliche Verfassungsgeschichte des Westens. So waren bezeichnenderweise bereits die beiden Prototypen des modernen westlichen Verfassungsmodells, namentlich die United States Constitution von 1787 sowie die französische Revolutionsverfassung von 1791, das Produkt bewusster Kompetenzüberschreitungen jener Eliten, die das Heft des Handelns in der Hand hielten.¹²

In Amerika versammelte sich diese Elite im sogenannten „Konvent von Philadelphia“. Als selbiger im Jahr 1787 zusammentrat, waren die amerikanischen Einzelstaaten – damals 13 an der Zahl – noch in einem mehr oder weniger losen Staatenbund zusammengeschlossen, der als bloße Konföderation die Souveränität der Einzelstaaten unberührt ließ.¹³ Nachdem

¹¹ Vgl. J. Elster, in: ders., *Deliberative Democracy*, 1998, S. 97; C. Möllers, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 227 (251).

¹² C. Waldhoff, in: Depenheuer/Grabenwarter, *Verfassungstheorie*, 2010, § 8 Rn. 24.

¹³ E. Morgan, *Inventing the People*, 1988, S. 263 ff.

die Bedrohung von außen durch den Sieg der Amerikaner im Unabhängigkeitskrieg gegen das britische Mutterland entfallen war, kristallisierte sich bald heraus, dass das Organisationsstatut der Konföderation – die sogenannten „Konföderationsartikel“ – den inneramerikanischen Herausforderungen der Zeit nicht gewachsen war. Das Zentralorgan der Konföderation beschloss deshalb, die später als „Konvent von Philadelphia“ bezeichnete Versammlung einzuberufen und ihr den Auftrag zu erteilen, Vorschläge für eine Revision der Konföderationsartikel zu unterbreiten. Das vom Konvent von Philadelphia schlussendlich entworfene Werk entpuppte sich sodann jedoch als etwas qualitativ anderes. So handelte es sich bei dem, was der Konvent den 13 Einzelstaaten letzten Endes zur Abstimmung vorlegte, keineswegs um eine bloße Revision des überkommenen Organisationsstatuts der Konföderation, sondern um nicht weniger als die Verfassung eines neu zu gründenden Bundesstaats: die United States Constitution. Ein Auftrag dieser Art und dieser Dimension war dem Konvent indes von niemandem erteilt worden.¹⁴

Offensiver und radikaler noch vollzog sich der Bruch mit der überkommenen Herrschaftsordnung in der französischen Revolution. Als juristisches Schlüsselereignis ist hier die Versammlung des Dritten Standes vom 17. Juni 1789 herauszustellen, in der sich die Deputierten auf Antrag des *Abbé Sieyès* kurzerhand zur Nationalversammlung erklärten, um als solche sogleich den Anspruch zu erheben, in Vertretung der gesamten französischen Nation zur Verfassunggebung berufen zu sein.¹⁵ Darin lag ersichtlich eine revolutionäre Abkehr vom Ancien Régime, das weit davon entfernt war, den Deputierten des Dritten Standes derart weitreichende Kompetenzen zuzugestehen.¹⁶ Doch auch aus der Warte des von den Revolutionären propagierten demokratischen Prinzips musste das Selbstverständnis der Nationalversammlung als Anmaßung erscheinen.¹⁷ Denn von den damals 26 Millionen Franzosen gehörten nur etwa vier Millionen – also weniger

¹⁴ Vgl. B. Ackerman, *We the People*, Bd. 1: Foundations, 1991, S. 41; E. Morgan, *Inventing the People*, 1988, S. 270.

¹⁵ E. Schmitt, *Repräsentation und Revolution*, 1969, S. 277 ff.; C. Waldhoff, in: *Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie*, 2010, § 8 Rn. 40.

¹⁶ F. Furet/D. Richet, *La Révolution*, Bd. I, 1965, S. 98; J.-D. Bredin, *Sieyès: La clé de la Révolution française*, 1988, S. 111 f.

¹⁷ Dazu und zum Folgenden J. Isensee, *Das Volk als Grund der Verfassung – Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt* –, 1995, S. 43 f.

als ein Sechstel – zur Aktivbürgerschaft. Und auch jene vergleichsweise kleine Gruppe, die bei der Wahl zu den Generalständen des Jahres 1789 stimmberechtigt war, hatte ihre Abgesandten keineswegs zur Ausarbeitung und Verabschiedung einer Verfassung ermächtigt. Das Mandat beschränkte sich vielmehr auf Interessenvertretung im Rahmen der Verhandlungen der Generalstände.

Der vergleichende Blick auf die Vereinigten Staaten von Amerika und Frankreich als denjenigen Ländern, in denen die moderne Verfassung gleichsam erfunden worden ist, nährt folglich den Verdacht, dass die Umstände des Zustandekommens einer Verfassung nicht zum Primärkriterium der demokratischen Legitimität einer Verfassung taugen.

III. Die Statik der Verfassung und die Dynamik der politischen Gemeinschaft

Der Verdacht wird zur Gewissheit, wenn wir die Funktion der Verfassung in unsere Überlegungen einbeziehen, also bedenken, dass sie eine dauerhafte Grund- und Rahmenordnung sein will:¹⁸ Die Verfassung – und so auch das Grundgesetz – ist dazu bestimmt, für Kontinuität im Grundsätzlichen zu sorgen. Sie soll die Essentialia des gesellschaftlichen Zusammenlebens und der Ausübung von Herrschaft verbindlich festlegen, auf dass der politische Alltag von Grundsatzfragen entlastet werde.¹⁹ Einlösen kann die Verfassung dieses Versprechen jedoch nur, wenn sie eine gewisse Statik erlangt, also nicht selbst ständig im Fluss ist. Letzteres wäre aber unvermeidlich, wenn man forderte, dass jedes Mitglied der Gemeinschaft faktisch-real in gleicher Weise Einfluss auf das Zustandekommen der Verfassung hat. Der Grund liegt schlicht darin, dass sich die personelle Zusammensetzung der Gemeinschaft unaufhörlich ändert: Menschen sterben, Menschen werden geboren. Die einen emigrieren, andere ziehen zu. Wollte man die gleiche Teilhabe aller Mitglieder des Gemeinwesens an der Begründung und Einrichtung jener institutionalisierten Macht, der sie unterworfen sind, im faktisch-realen Sinne gewährleisten, so gälte es, die Ver-

¹⁸ J. Isensee, in: ders./Kirchhof, HStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 184 ff. m. w. N.

¹⁹ D. Grimm, in: ders., Die Zukunft der Verfassung II, 2012, S. 11 (33).

fassung jeden Tag aufs Neue auszuhandeln. Verfassunggebung in Permanenz wäre die unausweichliche Folge. Jener Rechtstext, der doch eigentlich dauerhafte Grund- und Rahmenordnung sein soll, würde in einem hochdynamischen Prozess des Werdens und Vergehens bis zur Unkenntlichkeit verschwimmen, der auf Kontinuität zielende Verfassungsgedanke dadurch ad absurdum geführt. In Anbetracht dessen können die konkreten Entstehungsumstände für die demokratische Legitimität einer Verfassung nicht ausschlaggebend sein. Das Augenmerk muss vielmehr auf der Frage liegen, ob sich die Verfassung ihrem Inhalt nach in den Dienst des demokratischen Dogmas stellt.

IV. Das demokratische Dogma

Welche Bedeutung hat nun aber dieses so wirkmächtige, schillernde und nicht zuletzt in der täglichen Berichterstattung so häufig beschworene Dogma? Abschließend lässt sich diese Frage im Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht klären, doch soll zumindest der Versuch einer Annäherung gewagt werden.

Als gedanklicher Ansatzpunkt kann insoweit die Einsicht dienen, dass das demokratische Dogma ein überaus komplexes Spannungsfeld zu entschärfen sucht, nämlich jenes zwischen dem Phänomen „Herrschaft“ einerseits und dem Bedürfnis des Individuums nach Selbstbestimmung andererseits.²⁰ Seinen Ausgang nimmt dieses Spannungsfeld in der historischen Erfahrung, dass menschliche Gemeinschaft, soll sie gedeihlich sein, auf Herrschaft angewiesen ist, d. h. auf Institutionen, die über ausreichend Macht verfügen, um die gegensätzlichen Interessen der Gemeinschaftsglieder durch ihren überlegenen Willen auszugleichen. Fehlt es an derartigen Institutionen, dann gilt schlicht das Primat des Stärkeren. Die Existenz machtvoller Institutionen bewahrt also den Schwächeren vor dem Übergriff des Stärkeren. Indes liegt in der überlegenen Macht der Institutionen zugleich eine Gefahr für die Autonomie jedes Einzelnen begründet.²¹ Sie bedroht die freie Selbstbestimmung sämtlicher Mitglieder des Gemeinwesens, seien sie nun stark oder schwach. Insoweit kommt zum Tragen, dass

²⁰ Vgl. E.-W. Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 36 f.

²¹ J. Isensee, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JZ 1999, 265 (271).

„Herrschaft“ dem Begriff nach auf ein spezifisches Verhältnis der Über- und Unterordnung verweist, welches *Max Weber* treffend als dauerhafte Befehls- und Gehorsamsbeziehung charakterisiert.²² Der übergeordnete Wille des Herrschaftssubjekts bestimmt den untergeordneten Willen des Herrschaftsobjekts. Jener strukturellen Autonomiefeindlichkeit der institutionalisierten Macht begegnet das demokratische Dogma mit einer theoretisch wie auch praktisch überaus anspruchsvollen Strategie. Im Kern besteht diese Strategie darin, den Gegensatz von Herrschaftssubjekt und Herrschaftsobjekt so weit wie möglich zu relativieren. So soll der Einzelne nicht nur Adressat von Herrschaftsakten sein – d. h. Herrschaftsobjekt –, sondern zugleich auch deren Miturheber – d. h. Herrschaftssubjekt –, auf dass er letztlich nur mit solcher Herrschaft konfrontiert werde, an deren Ausübung er gleichen Anteil hat.²³

Richten wir den Blick diesbezüglich auf das Grundgesetz, so zeigt sich, dass es sich vorbehaltlos zum demokratischen Dogma bekennt und ihm mit aller Entschiedenheit zu praktischer Durchsetzung zu verhelfen sucht. Beredtes Zeugnis hierfür legt die Vorschrift des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ab, die nüchtern, aber effektiv bestimmt: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“ Diese wenigen Worte beinhalten die Quintessenz des demokratischen Prinzips. In ihnen gelangt der demokratische Imperativ, wonach Herrschaft ihren Ausgangs- und Zurechnungsendpunkt im souveränen Volk finden muss, verfassungstextlich zum Ausdruck. Der von Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG dekretierten vollumfänglichen Kopplung der Erzeugung und Einrichtung von Herrschaft an den Willen des Volkes in seiner Eigenschaft als (verfassungsvorgängiger) *Souverän* korrespondiert dabei die vollumfängliche Kopplung der Herrschaftsausübung an den Willen des Volkes als *verfassungsetablierte Größe*.²⁴ Denn das Grundgesetz lässt eindeutig erkennen, dass das Volk nicht nur als Quelle aller staatlichen Herrschaftsmacht figuriert, sondern sich auch selbst zu regieren hat. Ganz in diesem Sinne

²² *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921/22), Halbbd. I, 5. rev. Aufl. 1976, S. 28 und 122.

²³ Näher dazu *E.-W. Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof, HStR* Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 37 f., 41 ff.

²⁴ Mit *U. Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1998, S. 33 kann insoweit von „pragmatische[r], d.h. verstetigte[r] und veralltäglichte[r] Inklusion“ des Volkes als Korrelat der sich in der Verfassunggebung vollziehenden „genetische[n] Inklusion“ gesprochen werden.

ordnet Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG an, dass alle Staatsgewalt „vom Volke in Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt“ wird. Auf dem Boden des Grundgesetzes gibt es somit keine Erscheinungsform öffentlicher Gewalt (verfassunggebende Gewalt, verfasste Gewalt, verfassungsändernde Gewalt), die dem demokratischen Prinzip entzogen ist.

V. Geschichtlichkeit der Legitimität

Was bedeutet all dies nun mit Blick auf unsere Ausgangsfrage nach der Legitimität des Grundgesetzes? Dessen „Geburtsmakel“ ist – wie bereits festgestellt wurde – in demokratischer Perspektive verzeihlich, denn maßgeblich kann nur sein, ob sich eine Verfassung ihrem Inhalt nach zum demokratischen Dogma bekennt. Dies aber tut das Grundgesetz unmissverständlich und ohne jeden Vorbehalt. Allerdings ist damit keineswegs ausgemacht, dass es sich seiner Legitimität für alle Zeit sicher sein kann. Das kann das Grundgesetz schon deshalb nicht, weil sich „Legitimität“ bei näherem Hinsehen als eine historisch kontingente Kategorie entpuppt: Einstmals wirkmächtige Legitimationsmuster verlieren im Laufe der Zeit ihre Gültigkeit und neue treten an ihre Stelle. Der italienische Jurist und Historiker *Guglielmo Ferrero* beschreibt das Phänomen wie folgt:

„Die soziale Ordnung ist ein Bauwerk, das beständig wiederaufgerichtet werden muss, weil die Legitimitätsprinzipien, die es stützen, sämtlich nur teilweise gültig und begrenzt sind und sich niemals ganz und für immer durchsetzen. Der Mensch nimmt sie nur an, nachdem er sich an sie gewöhnt hat, und nur provisorisch; wie er sie aus Gewohnheit annimmt, so wird er ihrer müde und löst sich von ihnen. Da sie nur teilweise gültig und begrenzt sind, erschöpfen sie sich, und das erklärt uns, warum sie werden und sterben, warum sie eine Kindheit und ein Alter haben.“²⁵

Nehmen wir *Ferrero* beim Wort, dann kann auch das demokratische Dogma seiner legitimatorischen Kraft niemals gewiss sein. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, welche hohen Anforderungen es an jeden Einzelnen heranträgt. Beispielhaft seien genannt: Achtung des anderen in seinem politischen Teilhaberecht, gleichviel, ob man dessen politische Ansichten

²⁵ G. Ferrero, *Macht*, 1944, S. 481 f.

teilt oder ablehnt; Bereitschaft zum ernst gemeinten Dialog und konstruktiven Kompromiss; Akzeptanz auch solcher Mehrheitsentscheidungen, die der eigenen Überzeugung widersprechen; Abstraktion vom individuellen Nutzen und Ausrichtung der eigenen politischen Entscheidung am Gemeinwohl.²⁶ Schwindet die Bereitschaft, jenen besonderen Anforderungen, welche die Demokratie als Herrschaftsform an sämtliche Mitglieder der Verfassungsgemeinschaft heranträgt, Rechnung zu tragen, so gerät unweigerlich auch die Legitimität der demokratischen Verfassung ins Schwanken. Insofern bietet das bevorstehende 75-jährige Jubiläum des Grundgesetzes nicht nur einen guten Grund zu feiern, sondern zugleich auch Anlass zur Reflexion über die Frage, wie das ethische Fundament, auf dem es ruht, erneuert und gefestigt werden kann.

²⁶ Näher dazu *E.-W. Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof, HStR Bd. II*, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 74 ff.