

LUKAS WOLFGANG LÜBBEN

Ursprünge der
richterlichen Normenkontrolle
im Verfassungsrecht der
Vereinigten Staaten,
1761–1803

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 52



Lukas Wolfgang Lübben

Ursprünge der richterlichen
Normenkontrolle im Verfassungsrecht
der Vereinigten Staaten, 1761–1803

Mohr Siebeck

Lukas Wolfgang Lübben, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum; dort von 2011 bis 2019 Wissenschaftlicher Mitarbeiter; 2016 Promotion; 2017–2019 Referendar am Landgericht Leipzig; seit 2019 Richter in der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit.
orcid.org/0000-0002-8833-8297

ISBN 978-3-16-155078-2/ eISBN 978-3-16-156032-3
DOI 10.1628/978-3-16-156032-3

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

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

© 2021 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 und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Studie wurde im Sommersemester 2016 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Ihr Hauptteil ist im Wesentlichen in den Jahren 2012 bis 2016 entstanden. Neu erschienene Literatur konnte nachträglich bis zum Frühjahr 2020 berücksichtigt werden.

Größter Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Markus Kaltenborn. Neben einer Menge Zuspruch habe ich an seinem Lehrstuhl die notwendigen wissenschaftlichen Freiheiten vorgefunden, die die Entstehung dieser Arbeit überhaupt erst ermöglicht haben. Herzlicher Dank gebührt außerdem Herrn Professor Julian Krüper, der nicht nur das Zweitgutachten erstattet, sondern die Entstehung dieser Arbeit mit großem Interesse begleitet und zahlreiche wertvolle Anregungen gegeben hat. Großer Dank gilt schließlich Herrn Professor Sebastian Unger, an dessen Lehrstuhl ich das Manuskript im Frühjahr 2016 fertiggestellt habe. Er hat mich nicht lediglich an seinem Lehrstuhl beherbergt; vielmehr er hat mir noch während der Schlussphase des Schreibprozesses neue wissenschaftliche Perspektiven aufgezeigt.

Die weitere Danksagung muss mit meinem geschätzten Kollegen Jan-Marcel Drossel beginnen. Er hat das Manuskript in unterschiedlichen Stadien seiner Entstehung durchgesehen und mir für die Endfassung kritische Anregungen gegeben, die mich zu Anfang nicht unbedingt und ausschließlich glücklich gemacht, sich im Nachhinein aber als überaus hilfreich erwiesen haben. Dafür sei ihm herzlich gedankt. Alle verbleibenden Unzulänglichkeiten der Arbeit gehen selbstverständlich auf meine Rechnung.

Gedankt sei an dieser Stelle außerdem all denjenigen Kolleginnen und Kollegen, die dafür gesorgt haben, dass ich die Zeit an der Bochumer Fakultät als so großartig in Erinnerung behalten werde – insbesondere Annika Engelbert, Volker Herbolzheimer, Anna-Maria Kipphardt, Ruth Körsgen, Eva Ricarda Lautsch, Johannes Norpoth und Nina Reit.

Dank gilt schließlich meinen Eltern. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Breitbrunn, im Sommer 2020

Lukas Wolfgang Lübben

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Vorbemerkung	1
Erster Teil: Zur Einführung	7
Kapitel 1: Demokratie und Konstitutionalismus. Transatlantische Perspektiven	9
<i>A. Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess</i>	11
<i>B. Gesetzgebungsstaat und Richterstaat</i>	33
<i>C. Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit</i>	42
<i>D. Die ‚ewige‘ Frage nach den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Amerika</i>	45
<i>E. Der Argumentationstopos der richterlichen Zurückhaltung</i>	50
Zweiter Teil: Genese und Entwicklung der amerikanischen Judicial Review-Doktrin, 1761–1803	59
Kapitel 2: „Judicial Review“	61
<i>A. Normenkontrolle als Verfassungsdoktrin</i>	62
<i>B. Ideengeschichtliche Entwicklungslinien der richterlichen Normenkontrolle</i>	77
I. Richterliche Normenkontrolle als Ausdruck ideengeschichtlicher Kontinuität	77
II. Kontextualisierung im anglo-amerikanischen Konstitutionalismus	83
III. Geschichte, Theorie und Praxis	97

Kapitel 3: Theoretische Grundlegung des richterlichen Prüfungsrechts in der (post-)revolutionären Ära	103
<i>A. Gewaltenteilung und rechtsprechende Gewalt in der politischen Theorie der amerikanischen Gründung</i>	104
I. Das britische Erbe: Parlamentssouveränität	106
II. Föderalismus und rechtsprechende Gewalt in der Verfassungsdiskussion	116
III. Repräsentation, Deliberation und republikanische Mischverfassung	122
IV. Dezentralisierung und Selbstregierung; Geschworenenprozess	142
<i>B. Die verfassungspolitische Grundsatzkontroverse über das richterliche Prüfungsrecht</i>	159
I. James Otis und James Iredell als frühe amerikanische Theoretiker der richterlichen Normenkontrolle	164
1. Otis – richterliche Normenkontrolle zwischen Common Law, Natur- und Verfassungsrecht	165
2. Iredell – richterliche Normenkontrolle als Remedur gegen legislative Exzesse in der frühen amerikanischen Republik ...	176
II. The Federalist – Judicial Review in der Verfassungsdebatte 1787/88	189
1. Publius' (Alexander Hamiltons) Lehre vom richterlichen Prüfungsrecht	193
2. „Fiktion“ und „irreführende Vereinfachung“	211
III. Die Kritik der richterlichen Normenkontrolle bei den Anti-Federalists	230
1. Anti-Federalists und die richterliche Gewalt der Vereinigten Staaten	230
2. Stellungnahmen der Anti-Federalists „Brutus“ und „Federal Farmer“	235
a) Brutus XI: „A certain degree of latitude of explanation“	237
b) Brutus XV: Über die ‚Suprematie‘ der Justiz	242
c) Insbesondere Brutus als Dissident zwischen Prophezeiung und Abwegen	248
Kapitel 4: Judicial Review in der gerichtlichen Praxis der postrevolutionären Ära und in der frühen amerikanischen Republik	261
<i>A. Entscheidungen durch Gerichte der Bundesstaaten</i>	263
I. Commonwealth v. Caton, et al. (Virginia, 1782)	268
II. Trevett v. Weeden (Rhode Island, 1786)	275

III. Bayard & Wife v. Singleton (North Carolina, 1787)	286
<i>B. Frühe Präjudizien aus der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court</i>	292
I. Hylton v. United States (1796)	295
II. Calder v. Bull (1798)	301
III. Cooper v. Telfair (1800)	330
 Kapitel 5: Marbury v. Madison	 341
<i>A. Die Entscheidung</i>	345
I. Der politische Marbury: Die ‚Revolution‘ von 1800	348
II. Der doktrinäre Marbury: Das richterliche Prüfungsrecht	359
III. Marbury und die Lehre von der richterlichen Zurückhaltung	379
1. Marbury und die Doubtful Case Rule	382
a) Nur implizite Inkorporation in Marbury	382
b) Doubtful Case Rule und Verfassungsinterpretation	398
2. Marbury und die Trennung zwischen Recht und Politik	415
<i>B. Marbury als „Law of the Land“</i>	428
I. Marbury und das Ausmaß der richterlichen Normenkontrolle	429
II. Marbury und richterliche Interpretationshoheit	435
 Schlussbetrachtung	 461
 Literaturverzeichnis	 465
 Register	 521

Vorbemerkung

Dass Gerichte verfassungswidrige Gesetze je nach Rechtsordnung entweder für nichtig erklären oder ihnen jedenfalls die Anwendung versagen dürfen, muss man, außer vielleicht den Engländern¹, heutzutage niemandem mehr verständlich machen. Mein Eindruck ist, dass man heute vielmehr erklären muss, warum es sich bei der richterlichen Normenkontrolle um ein in vielerlei Hinsicht hochproblematisches Rechtsinstitut handelt. Mittlerweile nehmen die meisten Studenten und auch viele Wissenschaftler und Praktiker die richterliche Normenkontrolle schulterzuckend als eine normative Gegebenheit hin, die es sich nicht weiter zu hinterfragen lohnt. Und das, obwohl sich eine ganze Reihe schwieriger Fragen geradezu aufdrängt. Um nur einige zu nennen: Sollen die Gerichte in den politischen Prozess eingreifen und gesellschaftlichen Wandel initiieren? Auch gegen den Willen der Mehrheit? Was bedeutet das für die Demokratie, für die Gewaltenteilung? Ist die Verfassungsinterpretation nicht (auch) Sache der Bürger – oder jedenfalls ihrer gewählten Repräsentanten?

In dieser Arbeit geht es allerdings nicht darum, sämtliche der eingangs angedeuteten Problempunkte rund um die (Funktions-)Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit ein weiteres Mal aufzuarbeiten. Schließlich ist bereits eine kaum mehr überschaubare Fülle an Literatur erschienen, die sich aus den unterschiedlichsten disziplinären Blickwinkeln – Rechtsdogmatik, Verfassungstheorie, Rechtssoziologie, Politikwissenschaft – damit beschäftigt hat. Jedoch gibt es eine Disziplin, die zumal in der jüngeren deutschen Diskussion um die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit seltsam unterrepräsentiert zu sein scheint, nämlich die Verfassungsgeschichte.

Nun ist die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland vergleichsweise kurz. Die ‚Erfindung‘ der richterlichen Normenkontrolle war längst abgeschlossen, als das Grundgesetz mitsamt seiner Artikel 93 und 100 in Kraft trat. Wenn man darüber hinaus die deutsche Verfassungsgeschichte des ‚langen‘ 19. Jahrhunderts auf die Ursprünge der richterlichen Normenkontrolle hin befragt, stellt man rasch fest, dass sich deutsche Juristen vor

¹ Obwohl – Ironie der Geschichte – vermutlich zu allererst ein englischer Richter den Vorstoß gewagt hatte, sich gegen das Gesetz aufzulehnen (unten, insbes. Text bei Kapitel 2, Fn. 102 ff.).

allem oder jedenfalls auch bei den Amerikanern umgesehen haben^{2,3}, um herauszufinden, ob es eine gute Idee ist, die Entscheidung über die Gültigkeit von Rechtsakten der Legislative den Richtern anzuvertrauen⁴. Besonders viele Vergleichsrechtsordnungen, in denen sie um Auskunft hätten nachsuchen können, standen ihnen auch nicht zur Verfügung. Waren es doch die Amerikaner, die das Projekt des modernen Verfassungsstaates in den 1760er Jahren begründet⁵ und im Zuge dessen damit begonnen haben, in Verfassungstheorie und gerichtlicher Praxis mit dem Prototyp eines Rechtsinstituts herumzuexperimentieren, das wir heute als richterliche Normenkontrolle bezeichnen. Die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit steht – transfer- bzw. verflechtungsgeschichtlich⁶ gesehen – über einige Umwege (Paulskirche,

² Siehe *R. von Mohl*, Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Bd. 1, 1824, S. 298 ff.; *ders.*, in: Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, Bd. 1, 1860, S. 67 (69); Beitrag des Abgeordneten der Frankfurter Nationalversammlung Carl Mittermaier vom 27.11.1848, in: F. Wigard (Hrsg.), Stenographischer Bericht, Bd. 5, 1848, S. 3614 („Was ist es, was als Zierde der amerikanischen Verfassung angesehen wird? Das oberste Gericht ... An die Erfahrungen Amerika's, meine Herren, bitte ich Sie, sich zu wenden. ... [Durch dieses Gericht wird] [i]n den Entscheidungsgründen ... ausgesprochen, dass das Gesetz nicht der Verfassung gemäß sei“ [Robert von Mohl zitierend]); vgl. ferner den stenographischen Bericht der ersten Plenarversammlung des Dritten Deutschen Juristentages vom 25.8.1862, DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 3. DJT, Bd. II, 1863, S. 3 (10 ff.) (Bericht von Rudolph von Jhering, siehe auch die Diskussion, dort, S. 26 [30], etwa den Beitrag von August Reichensperger); auf dem folgenden Juristentag gab es Gutachten von Moritz von Stubenrauch, Rudolf von Gneist und Heinrich Jaques dazu, „ob der Richter auch über die Frage zu befinden hat, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen“ sei, siehe hier vor allem *H. Jaques*, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 4. DJT, Bd. I, 1863, S. 240 (242), mit Nachweisen aus der US-Literatur; für eine kritische Beurteilung der amerikanischen Verfassungspraxis aus der Weimarer Zeit etwa *G. Radbruch*, Die Justiz 1925/1, S. 12 (14); *R. Thoma*, AöR 43 (1922), S. 267 (275).

³ Zur zeitgenössischen deutschen Diskussion näher *Ch. Gusy*, Richterliches Prüfungsrecht, 1985, S. 29 ff.; *R. Ogorek*, ZNR 11 (1989), S. 12 ff., m. w. N. Im deutschen Konstitutionalismus scheint sich die Diskussion vor allem um die Frage danach gedreht zu haben, ob die Richter an durch die monarchische Exekutive in kompetenzwidriger Weise erlassene Verordnungen gebunden sind. Über eine solche richterliche Bindung an kompetenzwidrige Verordnungen hätte der Monarch den Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in Freiheit und Eigentum und so die – für den Konstitutionalismus ja kennzeichnende – Mitwirkungsbeugnis der Landstände an der Gesetzgebung unterlaufen können (siehe unten, Kapitel 2).

⁴ Vgl. *H. Steinberger*, 200 Jahre amerikanische Bundesverfassung, 1987, S. 13 ff., 16 ff.

⁵ Jedenfalls haben sie – an die englische Tradition seit 1688/89 anknüpfend – den modernen Konstitutionalismus unter der positivrechtlichen Verfassung begründet (unten, Kapitel 2).

⁶ Zum Transfer- bzw. Verflechtungstopos *J. Kocka/H.-G. Haupt*, in: H.-G. Haupt/J. Kocka (Hrsg.), Comparative and Transnational History, 2009, S. 1 (2); *M. Werner/B. Zimmermann*, Geschichte und Gesellschaft 28 (2002), S. 607 (612 ff., 618 ff.); speziell mit Blick auf die „Migration“ ausländischer Verfassungsideen nach Deutschland *H. Dippel*, Giornale di Storia Costituzionale, Bd. 37 (2019), S. 27 ff.

Weimar, Bonn) zumindest mittelbar in dieser Tradition^{7,8}. Allein deshalb erscheint es wünschenswert, mehr⁹ über die ideen- und dogmengeschichtlichen Ursprünge der richterlichen Normenkontrolle im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten zu erfahren. In den Kapiteln zwei bis fünf habe ich, natürlich auch unter Rückgriff auf die umfangreiche US-amerikanische Sekundärliteratur, versucht, diese Geschichte, so weit und so gut es mir eben möglich war, zu rekonstruieren¹⁰.

⁷ H. Steinberger, 200 Jahre amerikanische Bundesverfassung, 1987, S. 28 („Mittelbar freilich war amerikanisches Verfassungsdenken wiederum am Werk, nämlich über die weitgehenden Anknüpfungen der Weimarer Verfassung an wesentliche Strukturelemente der Verfassung von 1849.“); zur Amerikaorientierung des deutschen Liberalismus allgemein G. Moltmann, Jahrbuch für Amerikastudien 12 (1967), S. 206–210, m. w. N.; vgl. aus der jüngeren Literatur ferner C. Lerg, Amerika als Argument, 2011, S. 13; siehe aber auch M. Berg, Amerikastudien 54 (2009), S. 405 (412) (“[C]onsensus has emerged that American influences on German constitutional history before 1945 must not be exaggerated.”).

⁸ Damit ist natürlich nicht gesagt, die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit gehe ausschließlich auf die Amerikaner zurück. Die Ansätze einer Verfassungs- oder Staatsgerichtsbarkeit, die von einigen Autoren auch im Verfassungsrecht des Alten Reichs ausgemacht worden sind – siehe dazu näher B. Wulffen, Richterliches Prüfungsrecht, 1968, S. 93 ff., et passim; außerdem U. Scheuner, FG 25 Jahre BVerfG, hrsg. von Ch. Starck, Bd. 1, 1976, S. 1 (3, 10, 13 ff.); H. Boldt, in: U. Mübig (Hrsg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, 2006, S. 230, m. w. N. –, dienen sicherlich dazu, die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit als traditionskompatible Institution zu erklären. Jedoch scheint diese narrative Verbindungslinie, die zwischen der Gerichtsbarkeit des Alten Reichs und der Verfassungsgerichtsbarkeit unter dem Grundgesetz gezogen wird, eher als nostalgische Stilisierung, wenn man die konstitutionellen Umstände berücksichtigt, unter denen das Alte Reich politisch operiert hatte. Das Reich war als ein durch das Lehensrecht zusammengehaltener Personenverbandsstaat organisiert, der einen anderen Typus an politischen Konflikten heraufbeschwört als der liberale Rechts- und Nationalstaat des 19. Jahrhunderts. Vielleicht noch entscheidender: Eine – nicht föderativ veranlasste – richterliche Normenkontrolle findet eigentlich nur dort statt, wo Akte der Legislative auf ihre materielle Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden und wo es überhaupt kodifiziertes Verfassungsrecht gibt, das als Maßstab der Prüfung herangezogen werden kann. Will man im Hinblick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit eine gemeinsame Tradition des Alten Reichs und der Bundesrepublik erkennen, dann wird man sich auf einem eher hohen Abstraktionsgrad auf die Feststellung beschränken müssen, dass politische Streitigkeiten hier wie dort vor den Gerichten ausgetragen und durch Richterspruch beigelegt worden sind – in diese Richtung auch G. Roellecke, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 67 Rn. 5 f.

⁹ Es gibt bereits deutschsprachige (Aufsatz-)Literatur, siehe R. Alleweldt, ZaöRV 56 (1996), S. 205 ff.; W. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1987, S. 5 ff.; ders., Jus 2003, S. 320 ff.; W. Heun, Der Staat 42 (2003), S. 267 ff.; F. Hofer, Ideengeschichtliche Quellen, 2005, S. 75 ff.; jüngst A. Heusch, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 36 Rn. 4; weitere Nachweise im Text. Eine Monographie ist – meines Wissens – noch nicht erschienen.

¹⁰ Zum Rekonstruktionstopos vgl. M. Stolleis, Rechtsgeschichte schreiben, 2008, S. 33 ff.

Die Darstellung erstreckt bzw. beschränkt sich im Wesentlichen auf die Jahre 1761 bis 1803. Sie beginnt noch zu Kolonialzeiten mit renitenten Kaufleuten in Boston, die vor den Gerichten des englischen Königs um Rechtsschutz nachsuchten, weil sie sich den vermeintlich willkürlichen Anordnungen der Krone nicht beugen wollten; sie endet am Obersten Bundesgericht der Vereinigten Staaten (das damals noch, nach kurzen Zwischenstationen in New York und Philadelphia – nicht unbedingt glanzvoll – in einer Besenkammer des Kapitols untergebracht war). Nach klassischer Lesart gilt: Im Jahr 1803 zauberte John Marshall, weiland oberster Richter der Vereinigten Staaten, das richterliche Prüfungsrecht aus dem Hut. Nicht einfach so, sondern aus Anlass einer politisch hochbrisanten Entscheidung¹¹, in der sich das Gericht mit den Nachwirkungen der „Zweiten Amerikanischen Revolution“, der Präsidentschaftswahl von 1800, auseinandersetzen musste.

Ziel der Arbeit ist es, wie gesagt, nicht, die gegenwärtige wissenschaftliche Diskussion über das richterliche Prüfungsrecht systematisch aufzuarbeiten. Nahezu unvermeidlich greife ich jedoch dort, wo der historische Betrachtungsgegenstand dazu entsprechenden Anlass gibt, die in der gegenwärtigen theoretischen und rechtsdogmatischen Kontroverse über die richterliche Normenkontrolle ständig wiederkehrenden Themen auch im Verlauf dieser Studie immer wieder auf; mal vertieft, mal eher im Vorübergehen. Für den mit der aktuellen Debatte weniger vertrauten Leser habe ich vorab und zur Einführung im ersten Kapitel versucht, dasjenige normative Spannungsfeld jedenfalls in den Grundzügen zu erläutern, das in modernen Verfassungsstaaten zwangsläufig dann angelegt ist, wenn bzw. soweit die Justiz über eine Kompetenz zur Nullifikation von Rechtssetzungsakten der Gesetzgebung verfügt. Gemeint ist das Spannungsfeld – andere würden vielleicht nicht zu Unrecht sagen: die Kollision – zwischen dem Prinzip der demokratischen Selbstbestimmung und dem Prinzip des Konstitutionalismus. Dabei habe ich die verschiedenen rechtsdogmatischen und verfassungstheoretischen Ansätze, die in Deutschland und in Amerika im Zusammenhang mit der Auflösung oder jedenfalls der Einhegung des andauernden Kompetenzkonflikts zwischen gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt diskutiert werden, nur angerissen. Diese Ansätze waren bereits Gegenstand mehrerer (auch) rechtsvergleichender deutschsprachiger Arbeiten, auf die für eine vertiefte Darstellung verwiesen werden kann¹².

¹¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹² Aus der Vielzahl der Arbeiten etwa *U. Haltern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, 1998; *W. Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992; siehe aus der älteren Literatur z.B. *H. Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961; *Ch. Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, *F. Scharpf*, Grenzen, 1965; *H. Steinberger*, Konzeption und Grenzen, 1974; siehe außerdem die Arbeiten von *D. Burchardt*, Grenzen, 2004; *M. Eberl*, Verfassung und Richterspruch, 2006; *S.-P.*

Nähert man sich der richterlichen Normenkontrolle historisch, greifen Vergangenheits- und Gegenwartsinteresse notwendigerweise ineinander¹³. Verfassungsgeschichtliche Forschung wird kaum einmal aus reinem Erkenntnisinteresse heraus betrieben¹⁴; hinter ihr kommt regelmäßig eine mehr oder weniger offen auf der Hand liegende verfassungspolitische Agenda zum Vorschein. So auch hier: Die richterliche Normenkontrolle ist im Verfassungsstaat gewiss nicht fehl am Platz, aber sie ist ein scharfes Schwert, das, falsch eingesetzt, zu einer dauerhaften Kompetenzverschiebung im gewaltenteiligen Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung führen kann¹⁵. Hier ist alles eine Frage der Dosis.

Bei der Auswertung der Primärquellen und bei der Durchsicht der Sekundärliteratur habe ich deshalb besonderes Augenmerk darauf gerichtet, welche Konzepte die zeitgenössischen Theoretiker und Praktiker entwickelt haben, um die der Gesetzgebung und den Gerichten jeweils zugewiesenen und nicht selten miteinander konkurrierenden Entscheidungsräume gegeneinander abzugrenzen. Dabei ist mir aufgefallen, dass schon die Genese des Instituts der richterlichen Normenkontrolle in den Vereinigten Staaten von zwei Bedingungen abhängig gewesen ist, die heutzutage nicht nur nicht mehr gegeben sind, sondern bedauerlicherweise auch dem Vergessen anheimgefallen zu sein scheinen: Erstens konnten die Zeitgenossen das Institut der Normenkontrolle mehrheitlich nur akzeptieren, solange sich die Gerichte auf die Nullifikation eindeutig verfassungswidriger Gesetze beschränkten. Zweite Bedingung war, dass es keine unanfechtbare Interpretationshoheit über die Verfassung geben durfte, weil man die Verfassungausslegung (noch) nicht als spezifisch judikative Funktion begriff, sondern als gemeinsame Aufgabe aller drei Teilgewalten. Mit anderen Worten: Bei der ersten Bedingung handelt es sich um die Beachtung des dereinst freilich noch nicht so bezeichneten Gebots richterlicher Zurückhaltung. Zweite notwendige Bedingung war die Abwesenheit eines gerichtlichen Interpretationsmonopols. Während das Gebot richterlicher Zurückhaltung in der einen oder anderen Sonntagsrede

Hwang, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat?, 2005; *M. Kau*, United States Supreme Court, 2007; *Ch. Rau*, Selbst entwickelte Grenzen, 1996; *J. Riecken*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 2003; *C. Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, 1999; *M. Stoevesandt*, Aktivismus und Zurückhaltung, 1999.

¹³ Vgl. – in anderem Zusammenhang – *O. Lepsius*, ZNR 29 (2007), S. 47 (48); zur Kritik an der Gegenwartsferne der ‚alten‘ Rechtsgeschichte *D. Grimm*, Rechtswissenschaft und Geschichte, 1976, in: *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 399.

¹⁴ Siehe *O. Lepsius*, Rg 19 (2011), S. 190 (193); vgl. näher unten, Text bei Kapitel 4, Fn. 27 ff.

¹⁵ BVerfGE 93, 121 (151) (Sondervotum Böckenförde) – Einheitswerte II; *H. Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), S. 30 (70); vgl. *G. Casper*, 1989 Sup. Ct. Rev. 330; *E. Haas*, FS Landwehr, hrsg. von F. Drecktrah u. D. Willoweit, 2016, S. 429 f.; *G. Lübke-Wolff*, Bundesverfassungsgericht, 2015, S. 33 f.

noch immer beschworen wird¹⁶, sorgt das verfassungsgerichtliche Interpretationsmonopol hierzulande kaum mehr für hochgezogene Augenbrauen¹⁷, obwohl es im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht eigentlich nicht – jedenfalls nicht ausdrücklich – vorgesehen ist¹⁸.

¹⁶ Zum Beispiel von Gerhard Casper aus Anlass des Staatsakts zum 50-jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts; siehe *G. Casper*, ZRP 2002, S. 214 (217).

¹⁷ In jüngerer Zeit hat sich aber etwa *M. Borowski*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 274 Rn. 10 ff. mit einiger Emphase kritisch zu Begriff und Idee des verfassungsgerichtlichen Interpretationsmonopols positioniert; vgl. auch *U. Kischel*, AöR 131 (2006), S. 219 (223, 229, et passim); weitere Nachweise unten, Kapitel 5, Fn. 529.

¹⁸ Siehe etwa *Ch. Hillgruber*, AöR 127 (2002), S. 460 (472).

Erster Teil

Zur Einführung

Kapitel 1

Demokratie und Konstitutionalismus. Transatlantische Perspektiven

„Je weiter wir uns von der historischen Situation des Jahres 1949 entfernen, und je mehr das politische Selbstbewusstsein von Regierung, Parlament und Wählerschaft zunimmt, desto ... mehr mag auch der *judicial self-restraint* des amerikanischen Gerichts für uns an Relevanz gewinnen.“¹

Im Jahr 1965 hat Fritz Scharpf diese verfassungspolitische Entwicklung in Aussicht gestellt; gerade einmal – oder schon – eineinhalb Jahrzehnte nach Inkrafttreten des Grundgesetzes. Gut 50 Jahre sind seither vergangen. Hinterher ist man für gewöhnlich immer klüger. Jedenfalls bezogen auf den zweiten Teil der Vorhersage Scharpfs wird man auf die Frage, ob er mit seinem Blick in die imaginäre Kristallkugel Recht behalten sollte, wohl antworten müssen: eher nicht.

Vergleichsweise selten ist dieser Tage in der Presse oder in der wissenschaftlichen Literatur Kritik an der Institution der Verfassungsrechtsprechung als solcher zu vernehmen. Wenn allerdings leise oder einzelfallbezogen auch deutliche Kritik aufkommt, dann geht der Tenor in aller Regel jedenfalls nicht dahin, dass insbesondere das Bundesverfassungsgericht seine Befugnisse mit übertriebener Zurückhaltung ausübe². Im Gegenteil. Es ist hinlänglich bekannt, dass das Bundesverfassungsgericht, wie eigentlich jedes mit dem richterlichen Prüfungsrecht ausgestatte Verfassungsgericht, im Bereich der Normenkontrolle dazu neigt, durch seine Entscheidungen in teils ureigene Kompetenzbereiche der Gesetzgebung überzugreifen. Jene – zugegeben: abgedroschene – Kritik ist auch innerhalb des Gerichts zur Kenntnis genommen worden. Einige Richter des Bundesverfassungsgerichts haben sie sich in teils scharf formulierten Sondervoten sogar zu Eigen gemacht³. Den-

¹ F. Scharpf, Grenzen, 1965, S. 3 (Hervorhebung ebd.).

² Siehe aber etwa Ch. Hillgruber, JZ 2011, S. 861 ff., der die „freihändige“ Kompetenzausübung des Bundesverfassungsgerichts kritisiert, die teils „exzessiv“, teils zu „restriktiv“ erfolge; aus der umfangreichen älteren Literatur etwa M. Kriele, NJW 1976, S. 777 ff.; N. Achterberg, DÖV 1977, S. 649 ff.

³ Aus der jüngeren Vergangenheit etwa das Sondervotum von G. Lübbe-Wolff, BVerfGE 134, 366 (419) – OMT-Beschluss („In dem Bemühen, die Herrschaft des Rechts zu sichern, kann ein Gericht die Grenzen richterlicher Kompetenz überschreiten. Das ist meiner Meinung nach hier geschehen.“); ferner das Sondervotum von U. Di Fabio/R. Mel-

noch: Dass in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insgesamt eine Tendenz zur richterlichen Zurückhaltung zu erkennen wäre, lässt sich anderslautenden Beteuerungen zum Trotz nicht ernsthaft behaupten. Sollte Scharpf also mit seiner Prognose gleichzeitig eine rechtspolitische Hoffnung geäußert haben, wird man nicht umhinkommen, festzuhalten, dass sie weitgehend enttäuscht worden ist. Im Übrigen hat es nicht den Anschein, als würde das in der (Fach-)Öffentlichkeit auf breiter Front besonders bedauert. In einem juristischen Onlinemagazin war Anfang des Jahres 2016 etwa zu lesen, dass

„[d]ie Rolle des Verfassungsgerichts als systemstabilisierendes Instrument [sic] dafür [sprechen dürfte], dass die Richter im Zweifel einen Weg finden, eine nach ihren bisherigen Vorgaben eigentlich unzulässige Klage doch zuzulassen. Eine Verfassungskontrolle mit offensichtlichen Lücken dürfte in Deutschland auf wenig Verständnis stoßen.“⁴

Auch wenn es sich hier nicht zwingend um die wissenschaftliche Lehrmeinung, sondern lediglich um eine vereinzelte journalistische Stellungnahme handelt, so scheint sie doch irgendwie paradigmatisch für den konstitutionalistischen Zeitgeist der Gegenwart: „[R]echts- und verfassungstaatliche“ Politik verdient ihren Namen nur, insofern sie auch unter gehörige „gerichtliche Vormundschaft“ gestellt ist⁵.

linghoff, BVerfGE 129, 300 (351) – Fünfprozenthürde Europawahlrecht („Wahlrechtsfragen sind der politischen Gestaltung des Gesetzgebers unterworfen, dessen Regelungsauftrag angesichts der Allgemeinheit der Wahlgrundsätze dem Gericht Zurückhaltung auferlegt.“); außerdem das Sondervotum von *B.-O. Bryde*, BVerfGE 121, 317 (380 f.) – Nichtraucherschutz („Das Bundesverfassungsgericht darf keine Folgerichtigkeit und Systemreinheit einfordern, die kein demokratischer Gesetzgeber leisten kann.“); vgl. aus der älteren Rechtsprechung das Sondervotum *E.-W. Böckenfördes*, BVerfGE 93, 121 (151) – Einheitswerte II („Vor allem greift der Senat mit seinen breit ausgeführten ... Darlegungen in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers über, er läßt den gebotenen judicial self-restraint außer acht, der dem Verfassungsgericht gegenüber dem Gesetzgeber obliegt und leistet der Veränderung des vom Grundgesetz festgelegten gewaltenteiligen Verhältnisses zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht weiter Vorschub.“).

⁴ *Ch. Rath*, Streit um Bundestagsmandat für Syrien. Verschlungene Pfade zum Verfassungsgericht, in: Legal Tribune Online vom 6. Januar 2016, online: lto.de/recht/hintergruende/h/bundeswehr-einsatz-syrien-tuerkei-verfassungsrecht/; letzter Abruf am 23. September 2020.

⁵ Vgl. die Einschätzung bei *M. Höreth*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2014, S. 89.

A. Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess⁶

Noch einmal zurück zu Fritz Scharpf: Dessen Anspielung auf das Jahr 1949 ist geradezu ein Wink mit dem Zaunpfahl. Er verweist auf das bewusst oder unbewusst empfundene Misstrauen der unter dem Eindruck der Katastrophe der Jahre 1933 bis 1945 stehenden Verfassungsväter gegenüber Machtkonzentrationen in Händen politischer Institutionen, ja gegenüber der Ausübung vermeintlich ungebändigter Staatsgewalt insgesamt⁷. Frei nach einer bereits über einhundert Jahre zuvor von Alexis de Tocqueville verbreiteten Weisheit⁸ bemerkte Konrad Adenauer im Jahr 1947, in der Frühphase der Diskussion um die staatliche Neuordnung:

„Es gibt nicht nur eine Diktatur des Einzelnen, es kann auch eine Diktatur der parlamentarischen Mehrheit geben, und davor wollen wir einen Schutz haben in der Form des Staatsgerichtshofes.“⁹

Adenauer, dessen auf die Institution der Verfassungsrechtsprechung bezogener Enthusiasmus in späteren Jahren ja ein wenig nachlassen sollte¹⁰, fügte noch hinzu: „Auch darin wollen wir aus den Erfahrungen lernen, die wir 1933 gemacht haben.“ Aus Sicht der Gründergeneration lag es offenbar nahe, eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit zu institutionalisieren, um diese den Kompetenzprätendenten unter den staatsleitenden Verfassungsorganen als Kontrollinstanz zu dem Zweck entgegenzusetzen, Willkür und Machtmissbrauch

⁶ Siehe bereits die Arbeiten von *H. Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968; *Ch. Starck*, Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß, 1976.

⁷ Siehe z.B. *U. Herbert*, Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 2014, S. 610; ähnlich *C. J. Friedrich*, Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953, S. 272; *B. Grzeszick*, in: Th. Maunz/G. Dürig (Begr.), GG, Stand Aug. 2019, Art. 20, II. Abschn. Rn. 64; sowie *W. Henke*, Der Staat 3 (1964), S. 433 (453); *H. Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S. 20 f.; im Hinblick auf das zeitgenössische Verlangen nach einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit aus Sorge vor einer „neue[n] deutsche[n] Diktatur“ *G. Roellecke*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 67 Rn. 10.

⁸ Siehe *A. de Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika, 1835, hrsg. von J. P. Mayer, 1985, S. 139 ff., hier insbes. S. 145 ff.

⁹ Siehe Protokoll der 17. Sitzung des Zonenbeirats der britisch besetzten Zone vom 14.11.1947, in: Bundesarchiv/Institut für Zeitgeschichte (Hrsg.), Akten zur Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 1982, S. 850 (870).

¹⁰ Adenauers Sentenz, wonach man sich das mit dem Gericht „so nicht vorgestellt“ habe, wird etwa im Spiegel zitiert (*N. N.*, Der Spiegel Nr. 44 vom 30.10.1978, S. 38 [49]); siehe dazu insbesondere *U. Wesel*, Gang nach Karlsruhe, 2004, S. 76 f.

künftig wirksamer vorzubeugen^{11,12}. Andere posttotalitäre Staaten, etwa Italien, Spanien und Österreich, in jüngerer Vergangenheit auch Südafrika und mit Abstrichen einige Staaten Ost- und Mitteleuropas, haben aus ihren geschichtlichen Erfahrungen ähnliche Schlüsse gezogen und mit mehr oder weniger weitreichenden Kompetenzen ausgestattete Verfassungsgerichte geschaffen beziehungsweise – im Falle Österreichs – wiedererrichtet¹³.

Nichtsdestoweniger und unabhängig davon, wie man sich zu der nicht unproblematischen These positioniert, die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit verhindere nicht nur Machtmissbrauch, sondern sie schütze gar vor totalitären Abgründen¹⁴, ist nunmehr, im Verlauf der letzten sechs Jahrzehnte, ein Prozess der Konsolidierung des deutschen politischen Systems zu beobachten gewesen¹⁵. Man wird sagen können, dass dieser Prozess im Eindruck der Normalisierung des alltäglichen (innen-)politischen Geschehens in der Berliner Republik zu einem vorläufigen Abschluss gekommen ist¹⁶. Es scheint jedenfalls nicht vermessen, die Frage zu stellen, ob das auf dem ge-

¹¹ Vgl. *H. Säcker*, FS Zeidler I, hrsg. von W. Fürst u. a., 1987, S. 265; *H. Simon*, in: E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel (Hrsg.), HVerfR, 2. Aufl. 1994, § 34 Rn. 46; kritisch, und mit guten Argumenten dafür, von diesem einseitigen Erklärungsansatz für den raschen Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts unter der neuen Ordnung abzurücken, etwa *M. Hailbrommer*, 12 Int'l J. Const. L. 626–649 (2014).

¹² Die starke Position des Bundesverfassungsgerichts in der Institutionenordnung des Grundgesetzes ist allerdings auch in der Gründungsphase nicht mit ungeteilter Zustimmung aufgenommen worden, vgl. etwa *R. Schiffers*, in: L. Albertin/W. Link (Hrsg.), Politische Parteien, 1981, S. 277 (283); *M. Stolleis*, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV, 2012, S. 156, beide m. w. N.

¹³ Siehe *P. Graf Kielmansegg*, Instanz des letzten Wortes, 2005, S. 14; näher auch *A. von Arnau*, in: O. Depenheuer/Ch. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 21 Rn. 48; *M. Höreth*, Selbstautorisierung des Agenten, 2008, S. 152 f.; *A. Tschentscher*, in: T. Simon/J. Kalwoda (Hrsg.), Schutz der Verfassung, 2014, S. 187 f.

¹⁴ Vgl. *Ch. Gusy*, ZNR 32 (2010), S. 205 (216) („Ob eine stärkere Justiz allerdings die Republik hätte erhalten können, ist zumindest nicht sicher.“); *B. Rütters* u. a., Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, S. 315 („Der richterliche ... Widerstand gegen Unrechtsregimes kommt in aller Regel zu spät.“); siehe bereits *L. Hand*, Independent Judiciary, 1944, in: I. Dillard (Hrsg.), Spirit of Liberty, 1952, S. 172 (181) (“[T]his much I think I do know – that a society so riven that the spirit of moderation is gone, no court *can* save; that a society where that spirit flourishes, no court *need* save; that in a society which evades its responsibility by thrusting upon the courts the nurture of that spirit, that spirit in the end will perish.” [Hervorhebungen ebd.]); etwas nüchterner: *R. Thoma*, AöR 43 (1922), S. 267 (276).

¹⁵ Zu dem das Bundesverfassungsgericht mit seiner Rechtsprechung natürlich beigetragen hat, siehe *U. Volkmann*, FS Bryde, hrsg. von M. Bäuerle u. a., 2013, S. 131, der anmerkt, das Bundesverfassungsgericht habe eine „weithin noch autoritären Denkstrukturen verhaftete Gesellschaft“ mit Demokratie und Pluralismus „versöhnt“.

¹⁶ Zur Berliner Republik als „Epochenbegriff“ *J. Krüper*, Verfassung der Berliner Republik, 2015, S. 10.

schichtlich bedingten Misstrauen der Gründergeneration aufgebaute Argumentationsmuster heutzutage noch hinreichend tragfähig ist, um die – auch im internationalen Vergleich – teils spektakulären Eingriffe der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit in den politischen Prozess zu rechtfertigen.

Nun mag man eine strenge – bisweilen autoritär¹⁷ anmutende – richterliche Normenkontrollpraxis auch ganz unabhängig von historischen Begründungen für die „Krönung des Rechts- und Verfassungsstaates“ halten¹⁸. Denjenigen Beobachtern, die eine aktive Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit befürworten¹⁹, lässt sich freilich eine bisweilen irrationale Furcht vor, zumindest aber eine Überbetonung des – zugestandenermaßen auch nicht immer vollkommen unangebrachten²⁰ – Misstrauens gegenüber den kontingenten Ergebnissen demokratisch organisierter Entscheidungsfindung vorwerfen²¹. Dieser Vorwurf ist indirekt auch an die Gründergeneration gerichtet. Mit der gut gemeinten Schaffung einer Vorkehrung zur Machtmissbrauchsprävention hat sie eine Institution errichtet, die ihrerseits zumindest potentiell imstande ist, Macht zu missbrauchen, gleichviel, ob in gutem oder in bösem Glauben²². Das ist die zwangsläufige Folge der Verfassungsarchitektur. Man hat das Bundesverfassungsgericht einerseits mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet²³, und man hat andererseits davon abgesehen, das Handeln

¹⁷ Vgl. aus der jüngeren US-Literatur *O. Varol*, 100 Iowa L. Rev. 1687–1693 (2015) (gegenwärtige Normenkontrollpraxis als Ausprägung eines „stealth authoritarianism“); siehe auch *B.-O. Bryde*, in: J. Hesse u. a. (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, 1999, S. 197 (201).

¹⁸ *G. Roellecke*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 67 Rn. 10; *H. Säcker*, FS Zeidler I, hrsg. von W. Fürst u. a., 1987, S. 265; vgl. *O. Depenheuer*, in: ders./Ch. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 16 Rn. 25; *W. Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, S. 83; *J. Isensee*, JZ 1996, S. 1085 (1093) (Das Bundesverfassungsgericht „bildet den Schlussstein im Bau der auf das Recht gegründeten Republik.“); *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 951 ff.; *R. Wahl*, Der Staat 20 (1981), S. 485 (499).

¹⁹ Etwa: *A. von Brünneck*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, insbes. S. 133 ff.

²⁰ Vgl. *Ch. Gusy*, ZNR 32 (2010), S. 205 (223) („unbegründetes Misstrauen gegen das Volk ist in der Demokratie ebenso schlecht wie naiver Glaube an Identitätsmodelle“).

²¹ Siehe etwa *J. Limbach*, FS Dieterich, hrsg. von P. Hanau u. a., 1999, S. 344 („Indiziert das ungebrochen große Vertrauen in die Verfassungsgerichtsbarkeit etwa ein politisches Misstrauen gegen die Demokratie?“). Ähnlich äußert sich *P. Graf Kielmansegg*, Die Instanz des letzten Wortes, 2005, S. 33 f. – Ausgewogener etwa *Ch. Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation, in: M. Jestaedt u. a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 297 f.

²² Vgl. bereits *B. Cardozo*, The Nature of the Judicial Process, 1921, S. 136; siehe in diesem Zusammenhang auch die Bemerkung des US-Bundesrichters *J. Clifford Wallace*, Whose Constitution?, 1987, S. 8 (“A benevolent judicial tyranny is nonetheless a tyranny.”).

²³ Der mit Abstand häufigste und wichtigste verfassungsprozessuale Rechtsbehelf, die Verfassungsbeschwerde, war zwar im Entwurf von Herrenchiessee enthalten, wurde dann

des Verfassungsorgans Bundesverfassungsgericht einer effektiven demokratischen Kontrolle zu unterwerfen²⁴. Diese Kritik an den Gründern ist freilich wohlfeil. Denn seine Allzuständigkeit – juristisch-juridische Letztentscheidungskompetenz und politisches Mandat – hat sich das Gericht, wenn man Gerd Roellecke insoweit zustimmen will, selbst und zwar „gegen den Text des Grundgesetzes geschaffen“²⁵.

Scharpfs auf das gesteigerte politische Selbstbewusstsein von Wählerschaft und Staatsleitung bezogene Aussage lässt sich dahin verstehen, dass die Validität des in den Gründerjahren für eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit in Stellung gebrachte Argument ‚Weimar‘²⁶ mit der Gewöhnung an die Allgegenwart demokratisch verfasster und leidlich stabiler Staatlichkeit vermehrt in Zweifel gerät. Nicht umsonst wird die These vertreten, ein besonderes Verfassungsgericht stelle die angemessene Lösung insbesondere für solche staatlichen Ordnungen dar, deren politische Kultur und ‚konstitutionelle Moral‘²⁷ noch nicht so weit entwickelt ist, dass der Vorrang der Verfassung etablierten Institutionen, zum Beispiel der Legislative selbst oder etwa dem (unmittelbar demokratisch legitimierten) Staatsoberhaupt anvertraut werden könne²⁸. Wenn das zutrifft, spricht nicht wenig dafür, dass der Bedarf nach einer richterlichen Kontrolle der Gesetzgebung in wechselseitiger Abhängigkeit zur Herausbildung einer demokratischen politischen Kultur zu sinken beginnt: Der verfassungsrechtlich gebundene Souverän, repräsentiert durch seine unmittelbar demokratisch legitimierten Vertretungskörperschaften, könnte, vorausgesetzt, die demokratische politische Kultur ist hinreichend entwickelt, einen Verantwortungszuwachs für sich reklamie-

aber vom Parlamentarischen Rat aus Furcht vor einer „Überjuridifizierung“ gestrichen (*H. Meyer*, in: I. von Münch/Ph. Kunig (Hrsg.), GG, Bd. II, 6. Aufl. 2012, Art. 93 Rn. 52). Die Verfassungsbeschwerde, seit 1951 im BVerfGG geregelt, ist erst durch verfassungsänderndes Gesetz vom 29.1.1969 (BGBl. I, S. 97) konstitutionalisiert worden.

²⁴ Siehe statt vieler etwa *S. Broß*, ZParl 2000, S. 424 (426) („Das Bundesverfassungsgericht ist ein aristokratisches Element ... Es unterliegt ... keiner Kontrolle.“).

²⁵ *G. Roellecke*, Der Staat 35 (1996), S. 599 (611).

²⁶ Siehe *Ch. Gusy*, ZNR 32 (2010), S. 205 (216); *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. V, 2000, S. 1075; *F. Scharpf*, Grenzen, 1965, S. 2; *J. Wieland*, Der Staat 29 (1990), S. 333 (349).

²⁷ Begriff: *J. St. Mill*, Betrachtungen über die Repräsentativ-Regierung, 1861, in: Th. Gomperz (Übers./Hrsg.), John Stuart Mills Gesammelte Werke, Bd. VIII, 1873, S. 63.

²⁸ So *W. Hoffmann-Riem*, JZ 2003, S. 269 (273); vgl. bereits *C. J. Friedrich*, Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953, S. 272; jüngst wieder *A. Tschentscher*, in: T. Simon/J. Kalwoda (Hrsg.), Schutz der Verfassung, 2014, S. 187 (189 f.), m. w. N. – Zur Herausbildung einer demokratischen politischen Kultur als „reale“ Voraussetzung der Normativität der Verfassung vgl. allgemein etwa *Ch. Starck*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 271 Rn. 3.

ren²⁹. Dafür müssten im Gegenzug Abstriche bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollkompetenz hingenommen werden³⁰.

Allerdings kann man sich, den Blick auf das geltende Recht gerichtet, den Aufwand einer Suche nach Kriterien, anhand derer sich Entwicklungsgrad und Qualität einer politischen Kultur sinnvoll beurteilen ließen, getrost sparen. Das deutsche Verfassungsrecht kennt keine *clausula rebus sic stantibus*, die Bestehen und Ausmaß verfassungsgerichtlicher Kompetenzen vom Entwicklungsgrad der politischen Kultur abhängig machte; allein die Verfassungsrichter entscheiden, ob sie von der ihnen positivrechtlich zugewiesenen, wenngleich in Inhalt, Ausmaß und Umfang nicht eindeutig umrissenen Kompetenzen freihändigen oder eben zurückhaltenden Gebrauch machen³¹.

Davon abgesehen erscheint es reichlich ungewiss, ob ein Zuwachs an Letztentscheidungskompetenzen für die gesetzgebende Gewalt verfassungspolitisch überhaupt gewollt ist. Es ist bereits angeklungen, dass die Forderung nach einer Reduktion der verfassungsgerichtlichen Kontrolle politischer Entscheidungen derzeit nicht unbedingt überwältigenden Zuspruch findet. Zudem haben die Deutschen mit Weimar und der sich anschließenden Katastrophe des Nationalsozialismus eben „eine traumatische Erfahrung gemacht, die sich nach wie vor negativ auf die Legitimationsleistungen auswirkt, die wir vom politischen Prozess erwarten“³² oder zumindest realistischer Weise erwarten dürfen. Lässt man den – in seinen Einzelheiten durchaus nicht unumstrittenen³³ – historischen Befund einmal beiseite, könnte man außerdem den Eindruck gewinnen, der politische Prozess habe sich einigermaßen bequem in der Lage eingerichtet, in der er die demokratische Letztverantwortung in schwierigen (rechts-)politischen Fragen nicht selbst tragen muss, weil sich die Verantwortung im Zweifel auf die Verfassungsgerichtsbarkeit abwälzen lässt³⁴. Pessimisten werden dazu neigen, diese mutmaßliche

²⁹ Vgl. Ch. Hillgruber/Ch. Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, S. 16, die sich die Frage stellen, wie der „Souverän wieder in sein Recht gesetzt“ werden kann; kritisch gegenüber dem auf die politische Kultur bezogenen Argument etwa M. Hailbronner, 12 Int'l J. Const. L. 649 (2014).

³⁰ Diese Konsequenz zieht auch etwa K. Doehring, Der Staat 3 (1964), S. 201 (218 f.).

³¹ Das räumen einige Richter auch offen ein. Siehe zum Beispiel das Zitat aus einem von U. Kranenpohl mit einem namentlich nicht genannten Verfassungsrichter geführte Interview, in: Der Staat 48 (2009), S. 387 (407).

³² Siehe E.-W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 402; W. Brugger, AöR 126 (2001), S. 337 (401) („[A]ber muß das immer so bleiben?“).

³³ A. Rinken, in: Alternativkommentar GG, 2. Aufl. 1989, vor Art. 93 Rn. 40 (zur „Fehlinterpretation der Weimarer Misere“).

³⁴ H. Abromeit, PVS 36 (1995), S. 49 (61); W. Hoffmann-Riem, DVBl. 1999, S. 657 (667); in diese Richtung auch S. Broß, ZParl 2000, S. 424 f.; ferner G. Roellecke, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 67 Rn. 30, m. w. N.

Tendenz zur „Flucht aus der [legislativen] Verantwortung“³⁵ – wiederum mit Blick auf die Historie – als geradezu paradigmatischen Ausdruck eines „Selbstverständnisses der die verfasste Gemeinschaft prägenden Geschichte“³⁶ zu deuten. Diese Tendenz ist jedoch keine spezifisch deutsche oder durch die deutsche Geschichte bedingte: In den Vereinigten Staaten ist schon gegen Ende des 19. Jahrhunderts beobachtet worden, dass die schiere Existenz der richterlichen Normenkontrolle dafür sorgt, dass die Bereitschaft der an der Gesetzgebung beteiligten Staatsorgane nachlässt, eigenständige, also von der Rechtsprechung unabhängige Überlegungen hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit ihrer Rechtsakte anzustellen³⁷. Je aggressiver die Gerichte also bei der Kontrolle der Gesetzgebung vorgehen, desto weniger darf auf gediegene legislative Deliberation im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Normsetzung gehofft werden.

In dieser Gemengelage einer Rückbesinnung auf die gerade angedeuteten Legitimationsleistungen des Parlamentarismus das Wort zu reden, muss aber nicht unbedingt heißen, Eulen nach Athen zu tragen. Betrachtet man die Diskussion genauer, fällt auf, dass der Blickwinkel mittlerweile nicht mehr so einseitig auf die Vergangenheit und die Frage der ‚Wiederholungsgefahr‘ verengt ist, das heißt, ob effektivere Mechanismen gegen Machtmissbrauch in der Weimarer Reichsverfassung die nationalsozialistische Diktatur hätten verhindern können und welche Lehren daraus für die Verfassungsordnung des Grundgesetzes zu ziehen sind. Schon seit geraumer Zeit wenden sich Rechts- und Politikwissenschaftler verstärkt ausländischen Verfassungsordnungen zu, um die dortige Theorie und Praxis der Verfassungsgerichtsbarkeit im Allgemeinen, sowie die dort vorherrschenden Konzeptionen einer gericht-

³⁵ S. Koriath, *Der Staat* 30 (1991), S. 549 (564); *Th. von Danwitz*, JZ 1996, S. 481 (489).

³⁶ So *M. Herdegen*, JZ 2004, S. 873 (879). Herdegen weist darauf hin, dass der Ableitung normativer Argumente aus der Geschichte dort die größte Überzeugungskraft zukommt, wo es gilt, sich der (vermeintlich drohenden) Wiederkehr „traumatischer Vorgänge“ entgegenzustellen. Zur „Verfassungsgestaltung aus Vergangenheitserfahrung“ allgemein auch *M. Kloepfer*, *Verfassungsrecht*, Bd. I, 2011, § 17 Rn. 11.

³⁷ *J. B. Thayer*, 7 Harv. L. Rev. 155–156 (1893); dazu etwa *Th. Halper*, 7 Brit. J. Am. Legal Stud. 119 (2018); außerdem *R. H. Fallon*, 121 Harv. L. Rev. 1704–1705 (2008) (der wohl nicht zu Unrecht darauf hinweist, dass eine – infolge einer aggressiven gerichtlichen Normenkontrollpraxis – gegenüber den Vorgaben des Verfassungsrechts indifferent gewordene Legislative ihre Arbeitsweise nach der Abschaffung des richterlichen Prüfungsrechts kaum ändern wird); siehe aber auch *R. A. Posner*, *The Federal Courts*, 1985, S. 210; *N. Williams*, 57 Stan. L. Rev. 285 (2004); ferner *M. Tushnet*, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999, S. 57 ff. („Legislatures actually felt little responsibility to consider constitutional questions because they relied on the courts to bail them out of any difficulties they got into.”); zu den Konsequenzen dieses „judicial overhang“ *ders.*, 94 Mich. L. Rev. 247 (1995) („democratic debilitation“ und „policy distortion“); für *W. Brugger*, *Der Staat* 39 (2000), S. 137, ist „judicial overhang“ die US-amerikanische Spielart des „Karlsruhe wird es schon richten“.

lichen Kontrolle der Gesetzgebung im Besonderen näher zu untersuchen³⁸. Derartige Untersuchungen laufen regelmäßig auf den Schluss hinaus, „dass es auch anders geht“³⁹: Normenkontrollierende Gerichte gehören demnach „nicht zu jenen politischen Institutionen, die man zur gleichsam selbstverständlichen Grundausrüstung liberal-demokratischer Systeme zählen könnte“⁴⁰.

Eine – bereits seit den 1970er Jahren diskutierte – „Demokratisierung der Verfassungsinterpretation“⁴¹ ist natürlich nicht ohne gewisse Abstriche bei der Normenkontrolle zu haben. Diese Abstriche müssen aber nicht unweigerlich und zwangsläufig rechtsstaatliche Instabilität nach sich ziehen⁴². So stehen – bei aller Überspitzung – solche Staaten, die keine oder allenfalls eine in Ansätzen ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit kennen, etwa Finnland⁴³, Großbritannien⁴⁴, die Niederlande⁴⁵, Schweden⁴⁶ oder die Schweiz⁴⁷, nicht im Verdacht, Menschen- und Grundrechte notorisch zu missachten⁴⁸. Eine nach außen gerichtete Perspektive ist, so kann die – zugegeben eher banale – erste Einsicht lauten, nicht nur dazu geeignet, Zusammenhänge aufzudecken, sondern auch dazu, Selbstverständlichkeiten wie etwa die richterliche Normenkontrolle grundsätzlich in Frage zu stellen⁴⁹.

³⁸ Vgl. H. Mosler (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*. Länderberichte und Rechtsvergleichung, 1962; *M. Cappelletti/Th. Ritterspach*, JÖR N.F. 20 (1971), S. 65 ff.

³⁹ Vgl. Ch. Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 7.

⁴⁰ So L. Helms, ZfP 53 (2006), S. 50; ähnlich aus amerikanischer Sicht M. Graber, *New Introduction to American Constitutionalism*, 2013, S. 119 („Practice in other countries indicates that constitutionalism entails neither judicial review nor judicial supremacy.”); in der Grundtendenz anders aber etwa K. Schlaich/S. Koriath, *Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl. 2018, S. 94.

⁴¹ Siehe P. Häberle, JZ 1975, S. 297.

⁴² In diese Richtung auch M. Hailbronner, *Der Staat* 53 (2014), S. 425 (440).

⁴³ Siehe A. Dyevre, *Technocracy and Distrust*, 2012, S. 40, dort mit Fn. 22.

⁴⁴ Vgl. zum britischen Konzept der Parlamentsouveränität unten, Text bei Kapitel 3, Fn. 63 f.

⁴⁵ Siehe Art. 120 Verfassung des Königreichs der Niederlande („Der Richter beurteilt nicht die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verträgen.”); näher G. van der Schyff, 11 *German L.J.* 275 (2010).

⁴⁶ Die Ausübung der Normenkontrollkompetenz ist den Gerichten in Schweden gemäß dem Wortlaut der Verfassung angeblich allein bei „offensichtlichen“ Verstößen gegen Verfassungsrecht gestattet, siehe S. Moeller, *Kontrollen*, 2004, S. 205.

⁴⁷ Eine gerichtliche Verwerfungskompetenz ist in der Schweiz nur gegenüber kantonaler Gesetzgebung anerkannt, siehe A. Tschentscher, in: T. Simon/J. Kalwoda (Hrsg.), *Schutz der Verfassung*, 2014, S. 187 (191).

⁴⁸ W. W. Van Alstyne, 1969 *Duke L.J.* 17; E.-W. Böckenförde, NJW 1999, S. 9; W. Brugger, *Jus* 2003, S. 320 (324); G. Casper, 1989 *Sup. Ct. Rev.* 311; M. Troper, 1 *Int'l J. Const. L.* 109 (2003); M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999, S. 163.

⁴⁹ Vgl. M. Morlok, *Verfassungstheorie*, 1988, S. 32.

„Der Umstand, daß weiterhin einige entwickelte Verfassungsstaaten, die theoretisch den Vorrang der Verfassung anerkennen, von der Einrichtung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle absehen, zeigt, daß die Argumente gegen die Normenkontrolle ernster Natur sind.“⁵⁰

Für die deutsche Verfassungsordnung und deren fest etablierte Normenkontrollpraxis scheint dennoch der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten der faszinierendste und wohl auch vielversprechendste Referenzpunkt zu sein. Zum einen erfüllt der US-amerikanische Konstitutionalismus traditionsgemäß eine gewisse Vorbildfunktion für die deutsche Verfassungs- bzw. Staatsrechtswissenschaft⁵¹, zum anderen hat neben dem österreichischen Verfassungsgerichtshof insbesondere der U.S. Supreme Court dem Parlamentarischen Rat als institutionelles Vorbild in der Diskussion um das Bundesverfassungsgericht Modell gestanden⁵², auch wenn man sich letztlich für das „zentralisierte“ österreichische Grundkonzept entschieden hat⁵³. Die Bedeutung des U.S. Supreme Court wird vor allem in historischer Perspektive sichtbar. Er gilt als Wegbereiter der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit und hat, so will es jedenfalls die traditionelle Erzählung, dem richterlichen Prüfungsrecht – amerikanisch: „power of judicial review“⁵⁴ – in der Ent-

⁵⁰ Ch. Starck, in: ders./A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986, S. 11 (35).

⁵¹ B. Pieroth, NJW 1989, S. 1333 (US-Bundesverfassung als „Inspirationsquelle moderner Verfassungstheorie und -praxis in der westlichen Welt“); mit Blick auf die Rezeptionsgeschichte H. Steinberger, 200 Jahre amerikanische Bundesverfassung, 1987, S. 28; siehe ferner M. Berg, Amerikastudien 54 (2009), S. 405 (412); W. Brugger, AöR 126 (2001), S. 337 (339); O. Lepsius, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 319 ff.

⁵² Das wird man zumindest in Bezug auf das richterliche Prüfungsrecht behaupten können. Siehe etwa die Stellungnahme des Abgeordneten Rudolf Katz im Kombinierten Ausschuss vom 23.9.1948 („Das [= der gerichtliche Grundrechtsschutz gegen die Legislative] ist etwas, was im amerikanischen Recht immer gegolten hat“), in: Dt. Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat, Akten und Protokolle, Bd. 13/I, 2002, S. 146. Siehe aus der Literatur M. Berg, Amerikastudien 54 (2009), S. 405 (413); W. Brugger, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 186 Rn. 11; B. Pieroth, NJW 1989, S. 1333 (1337). Für den Supreme Court nach „positiven“ und „negativen“ Einflüssen auf die Beratungen des Parlamentarischen Rates differenzierend M. Kau, United States Supreme Court, 2007, S. 143 ff. – Insgesamt zurückhaltender bezogen auf die „Vorbildfunktion“ des Supreme Court W. Heun, Verfassungsordnung, 2012, S. 196; auch in: W. Heun/Ch. Starck/T. Tsai (Hrsg.), Rezeption und Paradigmenwechsel, 2009, S. 58, dort mit Fn. 27.

⁵³ H. Schäffer, in: Ch. Starck (Hrsg.), Grundgesetz und Verfassungsrechtsprechung, 1990, S. 41 (55); ferner W. Heun, in: ders./Ch. Starck/T. Tsai (Hrsg.), Rezeption und Paradigmenwechsel, 2009, S. 55 (64 f.); ähnlich W. Heun, Verfassungsordnung, 2012, S. 196; A. Stone Sweet, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, 2012, S. 816 (818) („constructed ... from the template Kelsen laid down“).

⁵⁴ So die Übersetzung bei E. Fraenkel, Das richterliche Prüfungsrecht in den Vereinig-

scheidung *Marbury v. Madison*⁵⁵ im Jahr 1803 den vermeintlich „entscheidenden Entwicklungsschub“ gegeben⁵⁶. Das US-amerikanische Gericht ragt im Vergleich zu den Höchstgerichten anderer entwickelter Verfassungsstaaten nicht nur deshalb besonders heraus, weil es gemeinhin als Urheber der Doktrin vom richterlichen Prüfungsrecht angesehen wird, sondern – aus Sicht eines deutschen Beobachters – eben auch deshalb, weil sich unter den verfassungsrechtsprechenden Gerichten in den (insoweit bedeutsamen⁵⁷) Vergleichsrechtsordnungen wohl nur dessen Bereitschaft, aktiv in den politischen Prozess einzugreifen, ansatzweise an derjenigen des Bundesverfassungsgerichts messen kann. Seiner grundsätzlichen Bereitschaft zur Intervention zum Trotz hat der U.S. Supreme Court in seiner vergleichsweise langen und wechselvollen Historie immer wieder nach neuen Wegen gesucht⁵⁸ – und teils auch suchen müssen –, um das Spannungsfeld zwischen politischer Rechtssetzungsmacht und verfassungsgerichtlicher Normenkontrollkompetenz aufzulösen⁵⁹. Etwas pathetischer formuliert: Es hat versucht, die durch parlamentarische Repräsentation eingehegte Volkssouveränität und den justizstaatlich bewehrten Ordnungsanspruch⁶⁰ der Verfassung zu harmonisieren⁶¹. Denn, um das Offensichtliche auf den Punkt zu bringen, eine

ten Staaten, 1953, S. 50; vgl. auch *K. Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, 1959, S. 418; *M. Stolleis*, Ratio Juris 16 (2003), S. 266; differenzierend nach judicial review in einem engeren und in einem weiteren Sinne *W. Brugger*, Jus 2003, S. 320. *C. Egerer*, ZVglRWiss 88 (1989), S. 416 (424) beschreibt judicial review als ein Rechtsinstitut, das den U.S. Supreme Court ermächtigt, „Handlungen der anderen beiden Gewalten für verfassungswidrig“ zu erklären; ähnlich auch *H. J. Abraham*, The Judicial Process, 7. Aufl. 1998, S. 300. – *W. E. Nelson*, *Marbury v. Madison*, 2000, S. 1, definiert judicial review als „jurisdiction to examine whether legislation enacted by Congress is consistent with the Constitution“. *R. G. McCloskey*, American Supreme Court, 6. Aufl. 2018, S. 18, beschreibt den normativen Gehalt der judicial review-Kompetenz als „power to refuse to enforce an unconstitutional act of either the state or national government“. Siehe zur Kritik am überkommenen Begriff des judicial review *Ph. Hamburger*, 78 Geo. Wash. L. Rev. 1162 (2010); dazu auch unten Kapitel 3, Fn. 460, Kapitel 4, Fn. 159.

⁵⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁵⁶ So jedenfalls die Einschätzung bei *Ch. Schmidt*, Vorrang der Verfassung, 2000, S. 40; vgl. in diesem Zusammenhang auch *E. Fraenkel*, Das richterliche Prüfungsrecht in den Vereinigten Staaten, 1953, S. 50 ff. – *W. Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1987, S. 5, bezeichnet die Entscheidung als „Inthronisation der Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüter der Verfassung“; ähnlich auch *W. Heun*, Der Staat 42 (2003), S. 267; *W. Hoffmann-Riem*, JZ 2003, S. 269 (270).

⁵⁷ Vgl. *K. Lachmeyer*, JRP 18 (2010), S. 166 (170); *R. Glensy*, 45 Va. J. Int'l L. 357 (2005).

⁵⁸ *E. V. Rostow*, 66 Harv. L. Rev. 193 (1952) („The Court's power has been exercised differently at different times.“).

⁵⁹ Vgl. *Ch. Hillgruber/Ch. Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, S. 15 f.

⁶⁰ Zum Ordnungsanspruch der Verfassung *Ch. Hillgruber*, VVDStRL 67 (2008), S. 7 (14); *S. Unger*, DVBl. 2015, S. 1069 (1070), beide m. w. N.

⁶¹ Vgl. *W. Hoffmann-Riem*, JZ 2003, S. 269 (270); *D. Kommers/R. Miller*, Constituti-

allzu aggressive normenkontrollierende Justiz droht letztlich die demokratische Prärogative der gesetzgebenden Gewalt – oder gar: das ‚Recht auf Selbstregierung‘⁶² – auszuhebeln⁶³.

Terminologisch lässt sich das Spannungsfeld als ein solches zwischen Demokratie und Konstitutionalismus beschreiben⁶⁴. Gleichwohl ist der (hier nicht im historischen Sinne verstandene⁶⁵) Begriff des Konstitutionalismus, anders als der der Demokratie⁶⁶, weder in der grundgesetzlichen noch in der US-amerikanischen Verfassungsordnung ein normativer. Vielmehr handelt es sich um einen deskriptiven Begriff. ‚Konstitutionalismus‘ kann als Sammelbegriff für sämtliche aus dem Vorrang der Verfassung folgenden materiell-inhaltlichen und prozeduralen Beschränkungen des politischen Prozesses verstanden und inso-

onal Jurisprudence, 3. Aufl. 2012, S. 33; *H. Vorländer*, in: W. Leidhold (Hrsg.), Politik und Politeia, 2000, S. 373 ff.; vgl. auch die Einschätzungen bei *E.-W. Böckenförde*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 83 (Böckenförde beobachtet „eine – begrenzte – Affinität von Demokratie und Rechtsstaat“); *W. Käge*, Rechtsstaat und Demokratie, 1953, S. 107 ff. („Antinomie und Synthese“ der beiden Strukturprinzipien); *H. A. Wolff*, Das Verhältnis von und Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, 1998, S. 19 ff.

⁶² Siehe *J. Waldron*, Law and Disagreement, 1999, S. 213, 282 ff. (der von einem „Recht auf Partizipation“ spricht); vgl. auch *K. Roosevelt III*, 91 Va. L. Rev. 1662 (2005); skeptisch gegenüber der Annahme eines mit den individuellen Freiheitsrechten gleichrangigen Rechts auf Selbstregierung etwa *R. H. Fallon*, 121 Harv. L. Rev. 1713 (2008). Im deutschen Verfassungsrecht bestehen keine Zweifel an der subjektiv-rechtlichen Qualität des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG. Unklar sind jedoch Reichweite und Ausmaß der dort enthaltenen Garantie. Während sich seit der „Maastricht“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Verständnis der Norm aufzudrängen scheint, wonach dem Repräsentationsorgan des Volkes „Befugnisse von substantiellem Gewicht“ zustehen müssen (BVerfGE 89, 155 [186]; deutlicher noch BVerfGE 129, 124 [168] [„Grundrecht auf Mitwirkung an der demokratischen Selbstherrschaft des Volkes“]), neigen nicht wenige Autoren dazu, in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG vor allem oder ausschließlich eine Verfahrensgarantie sehen zu wollen, vgl. *S. Magiera*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 110, m. w. N. zu den in der Literatur vertretenen Ansichten.

⁶³ Deutlich: *Ch. Möllers*, Die Drei Gewalten, 2. Aufl. 2015, S. 147; vgl. auch *H. Boldt*, in: U. Müßig (Hrsg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, 2006, S. 227 (253).

⁶⁴ So etwa *J. E. Fleming*, 48 Stan. L. Rev. 25 (1995) („our scheme of government as a hybrid of the competing traditions of constitutionalism and democracy“); *R. Post*, 86 Calif. L. Rev. 429, et passim (1998); vgl. auch *W. Murphy*, 48 Rev. Pol. 402–403, 413 (1986).

⁶⁵ Siehe zum – nicht historisch besetzten – Konstitutionalismusbegriff *C. J. Friedrich*, Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953, S. 1 ff., 26 ff.; aus der jüngeren Literatur *M. Graber*, New Introduction to American Constitutionalism, 2013, insbes. S. 24 ff.; *L. Lacchè*, History & Constitution, 2016, S. 2 ff.; kritisch zur Verwendung des Konstitutionalismusbegriffs außerhalb des geschichtlichen Kontexts *W. Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, 2014, S. 19 f.

⁶⁶ Im Unterschied zum deutschen Grundgesetz, in dem mehrfach in adjektivischer Form von Demokratie die Rede ist, taucht der Begriff „Demokratie“ in der US-Verfassung nicht auf, wird dort aber wohl unter anderem durch Art. I, § 1–2, 4 stillschweigend vorausgesetzt.

weit mit einiger Trennschärfe von dem Strukturprinzip der Demokratie abgegrenzt werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist der Demokratiebegriff der Einfachheit halber im ‚primitiven‘ Sinne⁶⁷ zu verstehen: Wenn Demokratie im Hinblick auf die Verfassungsrechtsprechung als Argumentationstopos herangezogen wird, ist er nur mit den unbestrittenen normativen Kerngehalten des Demokratieprinzips besetzt – der Mehrheitsherrschaft auf Zeit⁶⁸ („rein dezisionistisches Modell der Demokratie“⁶⁹). Hinter dem normativen Demokratiebegriff der Verfassung steht, wenn man die Ergebnisse einer Untersuchung Ernst-Wolfgang Böckenfördes in dieser Hinsicht für richtig hält, ein „organisatorisch-formales Formprinzip“, zumal Demokratie (in ihrer rein juristischen begrifflichen Ausprägung) nicht auf den „Inhalt der staatlichen Herrschaftsgewalt“ ausgerichtet, sondern auf ihren „Träger und Inhaber“ bezogen ist⁷⁰. Der „nur“ demokratischen, von materiellen Bindungen zunächst befreiten Herrschaftsgewalt Inhalte und Grenzen vorzugeben, ist vielmehr die Funktion derjenigen Strukturprinzipien, die dem Konstitutionalismus zuzurechnen sind. Dazu gehören insbesondere der Rechtsstaat und die Grundrechte. Allerdings ist die Konstruktion einer solchen dichotomischen und spannungsgeladenen Beziehung zwischen Demokratie und Konstitutionalismus dem Anschein nach nicht mehr sehr weit verbreitet. Anstatt das Kollisionsverhalten von Demokratie und konstitutionalistischen Strukturprinzipien in den analytischen Mittelpunkt zu rücken, wird ein integrierendes Verständnis des Konstitutionalismus zugrunde gelegt, in dem sämtliche verfassungsrechtlichen Strukturbestimmungen von vorneherein eine konstitutionalistische Synthese⁷¹ eingehen und so

⁶⁷ Ein anspruchsvolleres demokratietheoretisches Konzept, wie etwa dasjenige des (staatszentrierten) Pluralismus, kann das behauptete Spannungsfeld natürlich anders verarbeiten, etwa in der Weise, dass Verfassungsgerichtsbarkeit der Demokratie nicht entgegengesetzt, sondern „geradezu ihr spezifischer Ausdruck“ sei. So jedenfalls *R. Ch. von Ooyen*, in: ders./M. H. W. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, S. 99 (102); aus der (älteren) US-Literatur mit vergleichbarem Ansatz etwa *E. V. Rostow*, 66 Harv. L. Rev 193 (1952); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Ch. Gusy*, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, S. 32. Das Problem wäre also anscheinend dann gelöst, wenn der Pluralismus nicht nur theoretisches Konzept, sondern ein durch die Verfassung in einen normativen Stand erhobenes Prinzip wäre (vgl. auch Fn. 68); zu einem neueren Legitimationansatz der Verfassungsrechtsprechung in der postmodernen („reflexiven“) Demokratietheorie *P. Rosanvallon*, *Demokratische Legitimität*, 2010, S. 171 ff.

⁶⁸ Siehe etwa *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *GG*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) dort Rn. 60 ff. zur Unterscheidung zwischen Demokratie als „juristische[r] Kategorie“ und „politische[m] Ideal“, Rn. 67 ff. zum Mehrheitsprinzip, und Rn. 73 ff. zur Herrschaft auf Zeit als juristischen Strukturelementen der Demokratie; *F. Schnapp*, in: I. von Münch/ Ph. Kunig (Hrsg.), *GG*, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 18 f., differenziert zwischen einem „Typuskern“ und „Randzonen“ des juristischen Demokratiebegriffs und positioniert sich im Übrigen kritisch gegenüber Versuchen, „dem [juristischen] Demokratiebegriff mit theoretischen Modellen der allgemeinen Staatslehre zu begegnen“.

⁶⁹ So die Bezeichnung bei *R. Alexy*, *Der Staat* 54 (2015), S. 201 (210); vgl. auch *U. Volkmann*, *AöR* 134 (2009), S. 157 (162 f.) („formaler Demokratiebegriff“).

⁷⁰ *E.-W. Böckenförde*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR* II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 83 (dort auch teilweise im Folgenden); vgl. außerdem *Ch. Hillgruber*, *AöR* 127 (2002), S. 460 (467) („Das demokratische Prinzip bestimmt lediglich, auf welchem Wege die Normen erzeugt, aber nicht, was durch die Normen statuiert werden soll.“).

⁷¹ Ein vergleichbarer Ansatz findet sich bei *U. Di Fabio*, in: J. Isensee/P. Kirchhof

als – je nach Sichtweise liberale oder autoritäre – „Grundrechtsdemokratie“⁷² oder ähnliches⁷³ eine höhere Einheit bilden. So jedenfalls ließe sich der in Deutschland vorherrschende Grundkonsens beschreiben⁷⁴. Stellt man sich auf einen kritischeren Standpunkt, dann wird man feststellen müssen, dass mit der Demokratie und dem Konstitutionalismus zwei „Ordnungsprinzipien unterschiedlicher, ja gegensätzlicher Provenienz“ zu einer gemischten Verfassung verknüpft werden, um sich jeweils wechselseitig auszubalancieren⁷⁵.

Im Unterschied zu der in Deutschland wohl vorherrschenden Auffassung setzt die US-amerikanische Verfassungstheorie hinsichtlich des Kollisionsverhaltens von demokratischem und nomokratischem⁷⁶ Prinzip traditionell konfrontativere Akzente^{77,78}. Schon im

(Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 29. Historisch verfehlt wäre es hingegen, pauschal von einem „gemeinsame[n] Ursprung von von Volkssouveränität und Menschenrechten“ auszugehen (so aber *D. Burchardt*, in: R. Ch. van Ooyen/M. H. W. Möllers (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2006, S. 497 (510)).

⁷² Siehe zum Begriff der „Grundrechtsdemokratie“ *G. Stourzh*, Grundrechtsdemokratie, 1989, S. XI ff., der sich seinerseits bezieht auf *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 509 f., 617.

⁷³ Etwa als „moderne“, „westliche“, „liberale“, „konstitutionelle“ oder als „rechtsstaatliche“ Demokratie, vgl. nochmals *G. Stourzh*, Grundrechtsdemokratie, 1989, S. XI f. Der Begriff der „rechtsstaatlichen“ Demokratie wird auch in der Rechtsprechung verwendet, siehe etwa BVerfGE 68, 1 (87) – Atomwaffenstationierung.

⁷⁴ Siehe dazu auch *D. Murswiek*, JZ 2017, S. 53 (53, 56). – *U. Haltern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, 1998, S. 185, beobachtet, dass die wohl herrschende Staatsrechtslehre um die Herstellung einer Kompatibilität der beiden Strukturbestimmungen bemüht ist. Er befürwortet es aber, ein dichotomisches Verständnis von Demokratie und Konstitutionalismus (Rechtsstaat) zu analytischen Zwecken „zunächst offen anzunehmen, anstatt von vorneherein ein harmonisierendes Verfassungsbild zu erzeugen“. In dieselbe Richtung *Ch. Hillgruber*, AöR 127 (2002), S. 460 (468); *S. Unger*, Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 236 f.; differenziert auch *P. Graf Kielmansegg*, Die Instanz des letzten Wortes, 2005, S. 9, 26 ff., der von einer „Synthese zweier verschiedener Grundprinzipien [...] zwischen denen keine prästabilisierte Harmonie herrscht“, spricht; vgl. außerdem *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 650, der wohl zutreffend feststellt, die deutsche Staatsrechtslehre habe bezogen auf das Spannungsfeld zwischen Demokratie und Konstitutionalismus „einem polarisierenden Denken weitgehend abgeschworen“.

⁷⁵ *P. Graf Kielmansegg*, Die Instanz des letzten Wortes, 2005, S. 35; vgl. *D. Murswiek*, JZ 2017, S. 53.

⁷⁶ Begriff etwa bei *A. von Arnould*, in: O. Depenheuer/Ch. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 21 Rn. 48.

⁷⁷ Die Einschätzung bei *H. A. Wolff*, Das Verhältnis von und Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, 1998, S. 9 f., wonach die „angelsächsische Demokratietheorie“ von vorneherein „demokratische Herrschaftsbegründung mit liberalen, an den Rechten des einzelnen orientierten Gedanken“ verbinde, ist deshalb nicht unbedingt unzutreffend, sie neigt aber in dieser generalisierenden Form dazu, den Befund zu überspielen, dass bereits die US-amerikanische Gründergeneration von einer Wechselbezüglichkeit – um nicht zu sagen: Gegensätzlichkeit – zwischen Demokratie und Konstitutionalismus ausgegangen ist; vgl. dazu auch *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 31; *B. Friedman*, Will of the People, 2009, S. 5, 9; *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 616 f.

⁷⁸ Vgl. etwa *R. G. McCloskey*, American Supreme Court, 6. Aufl. 2016, S. 7 ff.; siehe

historischen Gründungsakt der Verfassungsgebung von 1787/89 soll das sog. „Madisonian Dilemma“⁷⁹ enthalten gewesen sein. Danach gründet sich die amerikanische Republik auf einen inhärenten und unauflösbar erscheinenden Widerspruch in sich: Die Verfassung soll Selbstregierung durch das Volk auf der einen, und individuelle Freiheitsentfaltung auf der anderen Seite gleichermaßen realisieren. Da sich beide Positionen bekanntlich nicht gleichzeitig als Maximalforderungen umsetzen lassen⁸⁰, lautet die Antwort auf die Frage, wie der Widerspruch aufgelöst werden kann, dass die US-amerikanische Verfassung keine rein demokratische, sondern eine – in der Terminologie der politischen Theorie des ausgehenden 18. Jahrhunderts – republikanische Ordnung errichtet hat⁸¹. Wie die Gewichte zwischen Majoritarismus und Republikanismus ausbalanciert werden sollen, ist indes bis heute umstritten⁸². In der jüngeren Diskussion taucht der Madisonian Dilemma-Gedanke seit der vielzitierten Monographie Alexander M. Bickels, „The Least Dangerous Branch“ aus dem Jahr 1962, in Gestalt der sog. „counter-majoritarian difficulty“ erneut auf⁸³. Verfechter der „counter-majoritarian difficulty“ beschreiben die Verfassungsrechtsprechung als antimajoritäres und damit eigentlich apokryphes Element im ansonsten, so die – durch aus angreifbare⁸⁴ – Prämisse, am Mehrheitsprinzip ausgerichteten politischen Prozess⁸⁵.

Einerseits will der U.S. Supreme Court „mit seinen Kompetenzen zurückhaltend umgehen und den politischen Prozess, wann immer möglich, die Konflikte demokratisch entscheiden lassen. Andererseits will [er] das Verfassungsrecht auch gegen den Gesetzgeber verbindlich durchsetzen, wenn es

auch *M. S. Bilder*, 116 Yale L.J. 564 (2006); *B. Friedman*, *Will of the People*, 2009, S. 4 ff.; *G. S. Wood*, *Creation*, 1969, S. 455.

⁷⁹ *J. H. Wilkinson III*, *Cosmic Constitutional Theory*, 2012, S. 36 f. – Eher distanziert etwa *R. H. Bork*, 47 Ind. L.J. 2–3 (1971); vgl. aus der deutschen Literatur *K. Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessen*, 2000, S. 601.

⁸⁰ Vgl. *J. M. Bessette*, in: R. Goldwin/W. Schambra (Hrsg.), *How Democratic Is the Constitution?*, 1980, S. 102; *R. Dahl*, *Preface to Democratic Theory*, 1956, S. 22 ff.

⁸¹ Siehe dazu James Madisons Gegenüberstellung von Demokratie und Republik im *Federalist* #10, 1787, in: A. Adams/W. P. Adams (Hrsg./Übers.), *Die Federalist-Artikel*, 1994, S. 50 ff., 54 f.; vgl. in diesem Zusammenhang *R. Dahl*, *Preface to Democratic Theory*, 1956 (Afterword 2006), S. 155 ff.; *M. Graber*, in: D. J. Galligan (Hrsg.), *Constitutions and the Classics*, 2014, S. 327 (328 f.); *R. Gröschner*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR II*, 3. Aufl. 2004, § 23 Rn. 32.

⁸² Vgl. etwa *A. M. Kornhauser*, *Debating the American State*, 2015, S. 9 (‐Modern democracy has been conceived of in many different ways – as government by majority rule; as a system that ensures political and legal freedom and equality by securing rights; as an arena of bargaining among interest groups; or as popular sovereignty, a political arrangement in which the people as much as possible have the final word ...‐).

⁸³ Siehe nur *A. Bickel*, *Least Dangerous Branch*, 1962, S. 16.

⁸⁴ Vgl. *R. W. Bennett*, 95 Nw. U. L. Rev. 846–847 (2001); *D. Luban*, 44 Duke L.J. 456–457 (1994).

⁸⁵ *A. Bickel*, 75 Harv. L. Rev. 47 (1961); *ders.*, *Least Dangerous Branch*, 1962, S. 18 (‐judicial review is a deviant institution in the American democracy‐); etwas zurückhaltender *W. H. Rehnquist*, 54 Tex. L. Rev. 695–696 (1976) (‐the ideal of judicial review has basically antidemocratic and antimajoritarian facets that require some justification in this Nation, which prides itself on being a self-governing representative democracy.‐).

denn der einigermaßen deutliche Verfassungstext (oder die offene Verfassungsstruktur) erzwingt (oder auch erlaubt).“⁸⁶ Es ist genau dieses Spannungsfeld zwischen Demokratie und Konstitutionalismus⁸⁷, in dem sich seit nunmehr annähernd sieben Jahrzehnten auch das Bundesverfassungsgericht bewegt^{88,89}.

Mit Blick auf Scharpfs Vorhersage zeichnet sich ein Bild ab, in dem das – wie er das formuliert – „Selbstvertrauen“ der genuin⁹⁰ politischen Akteure insgesamt zugenommen hat, ohne dass damit allerdings ein irgendwie gearteter Bedeutungsverlust der Verfassungsrechtsprechung einhergegangen wäre, lässt man die Entwicklungen auf supra- und internationaler Ebene,

⁸⁶ W. Brugger, *Öffentliches Recht der USA*, 2. Aufl. 2001, S. 25.

⁸⁷ Siehe bereits Fn. 64; außerdem P. Graf Kielmansegg, Die Instanz des letzten Wortes, 2005, S. 10; H. Vorländer, in: W. Leidhold (Hrsg.), *Politik und Politeia*, 2000, S. 373 f.; E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl. 1981, S. 402 (der „keinen Zweifel“ daran hat, dass durch die nunmehr in Händen der Gerichte statt der Gesetzgebung liegende „Rechtsgewähr“ das „demokratische Prinzip in der Verfassung ... eingeschränkt und zurückgedrängt wird“); siehe außerdem Ch. Hillgruber, *AöR* 127 (2002), S. 460 (472 f.); U. Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen*, 1998, S. 169 ff. (nach dessen Einschätzung (S. 176 f.), man die Spannung zwischen Demokratie und Konstitutionalismus in Deutschland zwar erkennt, „nicht aber als paradigmatisch angenommen“ habe). Diese letztgenannte Einschätzung wird eindrucksvoll etwa durch eine Aussage bei R. Wahl, *FS Stern*, hrsg. von M. Sachs u. a., 2012, S. 252, dort mit Fn. 58, bestätigt; anders wohl H. A. Wolff, *Das Verhältnis von und Rechtsstaats- und Demokratieprinzip*, 1998, S. 23 („Die Hauptfunktion der Verbindung von Demokratie mit rechtsstaatlichem Prinzip wird heute in der Begrenzung des demokratischen Prinzips durch das rechtsstaatliche gesehen.“). Auch J.-M. Drossel, in: D. Elser u. a. (Hrsg.), *Das letzte Wort – Rechtssetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie*, 2014, S. 255 ff., legt seinem Beitrag einen Gegensatz zwischen Demokratie und Verfassungsrechtsprechung zu Grunde, um abschließend darzulegen, die Verfassungsgerichtsbarkeit sei mit dem demokratischen Prinzip nicht nur vereinbar, sondern sie trage zu dessen „Vollendung“ bei und bilde „den Schlussstein des demokratischen Staates“ (S. 274). Drossel erkennt den Gegensatz also immerhin zu analytischen Zwecken an, um sich dann letztlich doch zu einer allzu axiomatischen Schlussfolgerung hinreißen zu lassen.

⁸⁸ Ähnlich F. Scharpf, *Grenzen*, 1965, S. 2, der eine „wenigstens grobe Parallelität der Grundbedingungen, unter denen sowohl der Supreme Court wie unser Bundesverfassungsgericht operieren“, beobachtet.

⁸⁹ Bundesverfassungsgericht und U.S. Supreme Court unterscheiden sich natürlich dadurch erheblich voneinander, dass das Bundesverfassungsgericht in einem System „zentralisierter“, der U.S. Supreme Court in einem System „dezentralisierter“ gerichtlicher Kontrolle der Gesetzgebung operiert (zur Unterscheidung zwischen dezentralisierter und zentralisierter Verfassungsgerichtsbarkeit unten, Kapitel 2, Fn. 13 mit begleitendem Text).

⁹⁰ Nach Lesart der klassischen Gewaltenteilungsdoktrin ist die Rechtsprechung jedenfalls nicht als politischer Akteur konzipiert – deshalb wird sie trotz ihres „Aufstiegs“ (H. von Arnim, *Staatslehre*, 1984, S. 377) zur politischen Gewalt hier aus dem Kreis der genuin politischen Akteure ausgesondert.

namentlich die Einbindung des Bundesverfassungsgerichts in einen „europäischen Verfassungsgerichtsverbund“⁹¹, einmal außer Betracht. Die Verfassungswirklichkeit hat sich verglichen mit der Ausgangssituation Mitte des vorigen Jahrhunderts nicht unwesentlich in Scharpfs Sinne gewandelt. Nur das Bundesverfassungsgericht hat seine Kompetenzen eher ausgebaut, statt sich in Reaktion auf die im Umbruch begriffenen Verhältnisse, wie von Scharpf vorhergesehen oder erhofft, fortan in vornehmer Zurückhaltung zu üben. Stattdessen hat es seinem amerikanischen Pendant, will man dem Urteil mancher US-Juristen Glauben schenken, sogar den Rang als „mächtigstes Verfassungsgericht der Welt“⁹² abgelaufen⁹³.

Einer eher kleinen, aber durchaus wahrnehmbaren Gruppe an Publizisten bereitet das ein gewisses Unbehagen. Bei diesen Autoren herrscht Verdruss über „weltfremde Gutmenschen in Richterroben“⁹⁴, über einen „republikanischen Großinquisitor“, oder – ganz klassisch – über eine „Aristokratie der Robe“⁹⁵. Während in der Presse unlängst die „Karlsruher Republik“⁹⁶ ausgerufen worden ist⁹⁶, erscheint der „oligarchische Richterstaat“⁹⁷ in der wissenschaftlichen Literatur nunmehr nicht allein als düsteres Menetekel, sondern

⁹¹ Begriff: A. Voßkuhle, NVwZ 2010, S. 1.

⁹² Dieser inoffizielle Titel wurde dem U.S. Supreme Court von Alexander Bickel verliehen (Least Dangerous Branch, 1962, S. 1), der damit auf Alexander Hamiltons These aus dem Federalist #78 anspielt, wonach die rechtsprechende Gewalt als die „am wenigsten gefährliche“ der drei Staatsfunktionen anzusehen sei (näher unten, Kapitel 3).

⁹³ Etwa P. Quint, 65 Md. L. Rev. 153 (2006). B. Pieroth, NJW 1989, S. 1333 (1337) beobachtete noch eine „Annäherung“ des Bundesverfassungsgerichts an die „Rolle“ des U.S. Supreme Court im politischen Prozess; zurückhaltender auch etwa D. Kommers, 26 Comp. Pol. Stud. 470 (1994) („most active and powerful constitutional court in Europe“). S. Paulson, Ratio Juris 16 (2003), S. 223 (224 mit Fn. 2) bezeichnet das Bundesverfassungsgericht als „most prominent system of centralized constitutional review in the world“. D. Kommers/R. Miller, Constitutional Jurisprudence, 3. Aufl. 2012, S. 1, meinen, das Bundesverfassungsgericht sei „along with the Supreme Court of the United States, one of the world’s most influential constitutional courts“. H. Schulze-Fielitz, AöR 122 (1997), S. 1 (2), beobachtet eine im „weltweiten Vergleich einzigartige Stellung“ des Bundesverfassungsgerichts; ähnlich sieht es das Gericht selbst, vgl. BVerfGE 114, 121 (159 f.); siehe ferner Ch. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 1, der eine „im internationalen Vergleich ungewöhnlich[e] Kompetenzfülle“ des Gerichts feststellt, um hinterherzuschreiben: „Schon deshalb verspricht eine Konkretisierung seiner Zuständigkeiten auf rechtsvergleichender Ebene wenig Ertrag.“

⁹⁴ J. Jahn in seinem FAZ-Blog „Das letzte Wort“ vom 2. April 2014, online: <http://blogs.faz.net/wort/2014/04/02/weltfremde-gutmenschen-richterrobe-171/>, letzter Abruf am 23. September 2020.

⁹⁵ Nachweise bei W.-R. Schenke, NJW 1979, S. 1321.

⁹⁶ R. Müller, Karlsruher Republik im Wandel, FAZ Nr. 117 vom 23. Mai 2013, S. 1; Begriff bereits bei G. Casper, ZRP 2002, S. 214 ff.

⁹⁷ B. Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2012, S. 507.

als gelebtes Unheil. An melodramatischen Sentenzen und wilder Rhetorik herrscht jedenfalls kein Mangel⁹⁸. Der ‚oppositionellen‘ Krawallpublizistik zur Verfassungsrechtsprechung soll mit dieser Arbeit nicht ein weiterer Beitrag hinzugefügt werden. Allerdings wird man den Kritikern einen wichtigen Punkt zuzugestehen haben: In der Tat ist es nicht angebracht (und war auch ursprünglich nicht beabsichtigt⁹⁹), jeden erdenklichen politischen (Werte- oder Verteilungs-)Konflikt, der – politisch – durch parlamentarische Mehrheitsentscheidung aufgelöst werden könnte, „in einen verfassungsrechtlichen Diskurs zu übersetzen“¹⁰⁰. Kaum ein politischer Streit ist noch vorstellbar, der „nicht irgendwie ein Freiheits- oder Gleichheitsproblem ist“, zumal sich den Konfliktparteien stets die Möglichkeit einer Berufung auf subjektivverfassungsrechtliche Positionen eröffnet. Wenn ein spezielles Freiheits- oder Gleichheitsrecht einmal nicht einschlägig ist, stehen die Generalklauseln aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG in Reserve bereit¹⁰¹. Es lassen sich demnach nahezu alle erdenklichen Interessenkonflikte als Grundrechtskollisionen rekonstruieren, die durch juristische Entscheidungen aufgelöst werden müssen, gleichviel, ob nun von großer oder zu vernachlässigender politisch-gesellschaftlicher Bedeutung¹⁰² (bekanntes Beispiel: Reiten im Walde¹⁰³). Funktionell-rechtliche Folge der umfassenden¹⁰⁴ verfassungsrechtlichen Ver-

⁹⁸ Siehe etwa – teils referierend – *B. Rüthers*, Wer herrscht über das Grundgesetz?, FAZ Nr. 268 vom 18. November 2013, S. 7 (im Grundgesetz „nicht vorgesehenes Organ zur Verfassungsänderung“); *B. Groffeldt*, NJW 1995, S. 1719 („Götterdämmerung“); *R. Scholz*, FS Stern, hrsg. von J. Burmeister u. a., 1997, S. 1202 („Wohlfahrtsausschuss“); *R. Neukirch/R. Pfister*, Der Spiegel Nr. 40 v. 26.9.2009, S. 28 („Politiker in Roben“); *G. Wewer*, in: B. Blanke/H. Wollmann (Hrsg.), Alte Bundesrepublik, 1991, S. 310 („Gegenregierung“).

⁹⁹ Siehe nur BVerfGE 114, 121 (160) – Bundestagsauflösung III. In dieser (offensichtlich nicht-normenkontrollierenden) Entscheidung zum Staatsorganisationsrecht führt das Gericht aus, das Grundgesetz habe „nur die Kontrolle politischer Herrschaft“, nicht aber die „Verrechtlichung des politischen Prozesses“ „gewollt“.

¹⁰⁰ Vgl. *A. Scherzberg*, DVBl. 1999, S. 356 (357); ähnliche *A. Rinken*, in: Alternativkommentar GG, 2. Aufl. 1989, vor Art. 93 Rn. 40 („Verstaatlichung sozialer Auseinandersetzungen und Verrechtlichung politischer Konflikte“); siehe bereits *H. Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 1931, hrsg. von R. Ch. van Ooyen, 2008, S. 58 (67 f.).

¹⁰¹ Siehe BVerfGE 80, 137 (168) (Sondervotum Grimm) (Durch Art. 2 Abs. 1 GG „weitet sich die auf dieses Grundrecht gestützte Verfassungsbeschwerde tendenziell zur allgemeinen Normenkontrolle aus“.); vgl. auch *W. Brugger*, StWSIP 4 (1993), S. 319 (332).

¹⁰² Siehe *R. Camilo de Oliveira*, Kritik der Abwägung, 2013, S. 221 f., deren Schlussfolgerung, dass ein struktureller Unterschied zwischen den Aufgaben der Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit nicht mehr erkennbar sei, dann vielleicht doch ein wenig zu alarmistisch daherkommt.

¹⁰³ BVerfGE 80, 137.

¹⁰⁴ *R. Wahl*, FS Stern, hrsg. von M. Sachs u. a., 2012, S. 241 („Ubiquität der Verfassungsgerichtsbarkeit“).

argumentierung politischer Konflikte ist – jedenfalls potentiell – die autoritative¹⁰⁵ Beilegung des Streits im Wege verfassungsgerichtlicher Dezision¹⁰⁶. Das heißt: Beendigung des Streits durch reine Entscheidung. Dabei lässt sich das zugrundeliegende Entscheidungsprogramm – Stichwort „Abwägung“ – weder vollständig aus dem Inhalt der einschlägigen Normen herleiten noch sonst überzeugend rationalisieren¹⁰⁷. Nicht wenig spricht also für die Annahme, dass jene Befugnis zur ‚reinen‘, weil nicht (ausschließlich) normangeleiteten Entscheidung¹⁰⁸ im pluralistisch organisierten demokratischen politischen Prozess deutlich besser aufgehoben wäre als im Gerichtssaal. Den politischen Prozess, und nicht die Verfassungsgerichte, hat das Grundgesetz ja vorrangig mit der Lösung politischer Konflikte betraut¹⁰⁹. Die verfassungsrechtliche Verargumentierung darf derweil nicht darüber hinwegtäuschen, dass *im Kern* juristisch überlagerte politische Fragen zur Entscheidung anstehen¹¹⁰.

Angesprochen ist in diesem Zusammenhang die gerade für den grundgesetzlichen Verfassungsstaat vielfach beklagte Tendenz zu einer „expansive[n] Konstitutionalisierung“¹¹¹ der gesamten Rechtsordnung, die „jede Form von Politik im Keim erstickt“, und, das beobachtet Andreas Voßkuhle, „das Problemlösungspotential der Gesellschaft nicht hinreichend zur Entfaltung kommen lässt“¹¹². Eine Rückbesinnung auf den formal-rechtsstaatlich ver-

¹⁰⁵ Siehe etwa *E.-W. Böckenförde*, EuGRZ 2004, S. 598 (603); *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 374.

¹⁰⁶ *C. Schmitt*, Hüter der Verfassung, 1931, S. 45 f.; auch *ders.*, Politische Theologie, 8. Aufl. 2004, S. 13.

¹⁰⁷ Das betont jüngst wieder *E. Haas*, FS Landwehr, hrsg. von F. Drecktrah u. D. Wiloweit, 2016, S. 441; siehe bereits *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976.

¹⁰⁸ Vgl. *D. Grimm*, ZfP 66 (2019), S. 86 (95).

¹⁰⁹ Siehe *A. Scherzberg*, DVBl. 1999, S. 356 (363); vgl. die Kritik bei *G. Roellecke*, Der Staat 35 (1996), S. 599 (611); ferner *M. Brenner*, AöR 120 (1995), S. 248 (266); *M. Herdegen*, JZ 2004, S. 873 (874 f.).

¹¹⁰ *B. Schlink*, FS BVerfG, Bd. II, hrsg. von P. Badura und H. Dreier, 2001, S. 464 f. („Ohne Übertreibung lässt sich sagen, dass jede politische Kontroverse des Gesetzgebers als Problem des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, d.h. als rechtliches Problem rekonstruiert werden kann. ... Im Rahmen des ausgreifenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lässt es sich alles als rechtliches Problem erörtern.“); vgl. bereits *A. de Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika, 1835, hrsg. von J. P. Mayer, 1985, S. 171, der für die amerikanischen Verhältnisse beobachtet: „Es gibt ... kaum ein politisches Problem, das nicht früher oder später zu einem rechtlichen Problem wird.“

¹¹¹ *R. Camilo de Oliveira*, Kritik der Abwägung, 2013, S. 218; *O. Lepsius*, in: R. Scholz u. a. (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, 2008, S. 103 (114 f.); siehe bereits *G. F. Schuppert/C. Bumke*, Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, insbes. S. 26, et passim; aus der US-Diskussion *R. F. Nagel*, 38 Wake Forest L. Rev. 628 (2003).

¹¹² So jedenfalls *A. Voßkuhle*, in: Ch. Hillgruber/Ch. Waldhoff (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2010, S. 97 (113); vgl. ferner *W. Hoffmann-Riem*, DVBl. 1999, S. 657 (667); *O. Lepsius*, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 319 (355).

standenen ‚Rahmencharakter‘ der Verfassung wäre der passende theoretische Ansatz, die stets voranschreitende und vielen Beobachtern wohl bereits als unumkehrbar erscheinende Konstitutionalisierungstendenz aufzuhalten.

Die Verfassung als Rahmenordnung zu begreifen bedeutet, die Normativität der kompetenz- und verfahrensrechtlichen Regelungen für die politische Entscheidungsfindung hervorzuheben und gleichzeitig Konzepte wie dasjenige der Verfassung als „Gerechtigkeitsordnung“¹¹³ zurückzuweisen. Kurz gesagt steht das Rahmenordnungsmodell unter der Prämisse, dass die Verfassung Entscheidungsprozesse reguliert, nicht aber Entscheidungsergebnisse determiniert¹¹⁴. Für die Justitiabilität der Verfassung hat das beträchtliche Konsequenzen. So, wie es hier verstanden wird, diktiert das Rahmenordnungsmodell dem richterlichen Verfassungsrechtsanwender, dass er sich in materiellen Fragen Zurückhaltung auferlegt. Es sieht die methodische Entgrenzung der Verfassungsauslegung kritisch¹¹⁵ – *de minimis non curat constitutio* –, in methodischer Hinsicht beschränkt es den Zugriff des Richters im Wesentlichen auf die Interpretation der Entstehungsgeschichte, des Wortlauts und der Systematik der Verfassung¹¹⁶. Es sieht die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung in der Gewähr der zentralen, strikt bindenden Grundentscheidungen der Verfassung¹¹⁷. Die Richter sollen einerseits die Integrität der verfassungsmäßigen Kompetenzordnung sichern und die Beachtung der vorgesehenen Entscheidungsverfahren überwachen¹¹⁸. Andererseits sollen sie in materieller Hinsicht für die Durchsetzung der Grundrechte in ihrer Abwehrdimension auch gegenüber der Gesetzgebung sorgen. Um dem juristisch nur schwer rationalisierbaren Abwägungsvorgang auf der

¹¹³ Siehe dazu die Schilderung bei *U. Volkmann*, *Der Staat* 54 (2015), S. 35 (54 ff.), m. w. N.

¹¹⁴ *P. Kirchhof*, DVBl. 2009, S. 541 (542); vgl. *P. Unruh*, *Verfassungsbegriff*, 2002, S. 85.

¹¹⁵ Siehe noch Text bei Fn. 162 f.

¹¹⁶ Vgl. zur Kritik an der objektiv-teleologischen Verfassungsauslegung unten, Kapitel 3, Fn. 846.

¹¹⁷ Zum Rahmenordnungsmodell siehe *E.-W. Böckenförde*, *Der Staat* 42 (2003), S. 165 (187); *ders.*, NJW 1976, S. 2089 (2091, 2099); außerdem *H. Dreier*, RW 1 (2010), S. 11 (17 f.) (kein „umfassende[r] Regelungs- und Steuerungsanspruch“ der Verfassung“); referierend *G. F. Schuppert/C. Bumke*, *Konstitutionalisierung*, 2000, S. 25 f., 32 ff.; *U. Volkmann*, *Der Staat* 54 (2015), S. 35 (42); vgl. aus der US-Literatur *G. Casper*, 1989 Sup. Ct. Rev. 331 (“No one theory can resolve disputes about the appropriate scope of government. Which is precisely why we should be reluctant to make constitutions carry more weight than they can bear.”); siehe auch *ders.*, ZRP 2002, S. 214 (216 f.).

¹¹⁸ Siehe *H.-J. Mengel*, ZG 1990, S. 193 (204, 207 f.), der die Inhaltskontrolle der Gesetzgebung zugunsten einer stärkeren Verfahrenskontrolle reduzieren will. Das ist ein interessanter Ansatz; aus Sicht des Rahmenordnungsmodells stellt sich natürlich die Frage, woher die Kontrollstandards stammen sollen. Das Grundgesetz selbst statuiert jedenfalls kaum „materiell demokratisch-rechtsstaatliche“ (*Mengel*, ebd.) prozedurale Pflichten, die eine gerichtliche Qualitätskontrolle des Gesetzgebungsverfahrens ermöglichen könnten.

Rechtfertigungsebene der Grundrechtsprüfung aus dem Weg zu gehen, liegt es aus Sicht des Rahmenordnungsmodells nahe, die Voraussetzungen des Übermaßverbots als *gerichtlichem* Kontrollstandard auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit des staatlichen Grundrechtseingriffs zurückzuführen und die verhältnismäßige Rechtsgüterzuordnung wieder dem politischen Prozess zu überlassen¹¹⁹.

Stellt man sich bei der Verfassungsinterpretation also auf den Standpunkt, dass die Verfassung nicht mit einem kodifikationsgleichen Entscheidungsprogramm verwechselt werden darf, sondern vielmehr als Rahmenordnung zu begreifen ist, kommt man nicht umhin, anzuerkennen, dass es so etwas wie verfassungsrechtsfreie Räume gibt, die durch das Grundgesetz (bewusst) nicht, oder jedenfalls nicht abschließend durchnormiert worden sind¹²⁰. Das Rahmenordnungsverständnis gibt „weite Bereiche des Verfassungslebens zur autonomen [politischen] Gestaltung“ frei¹²¹. Ein „Weniger an Verfassungsrecht“ kann dem politischen Prozess also ein „Mehr an Flexibilität“ zurückgeben, was nach einer Einschätzung Winfried Bruggers, und hier lässt sich ein Bogen zu der in den Blick genommenen US-Verfassungsrechtsordnung schlagen, „im Rahmen des amerikanischen Pragmatismus eher als Tugend denn als Verführung zum Laster angesehen wird“¹²².

Allerdings, das sollte in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, macht das Grundgesetz der Politik, verglichen mit der US-amerikanischen Verfassung, erkennbar mehr inhaltliche Vorgaben, insbesondere im Hinblick auf die Sozialpolitik. Die US-amerikanische Verfassung ist gegenüber der Sozialpolitik nicht unbedingt indifferent, aber doch in der Grundanlage „flexibler“ als die deutsche; sie ähnelt verglichen mit der deutschen Verfassung eher einem wertneutralen Organisationsstatut¹²³. Ihr materiell-inhaltlicher Steuerungsanspruch ist jedenfalls *vergleichsweise* schwach. Umgekehrt ist das Grundgesetz, zumal im Bereich der Sozialpolitik, programmatischer und „verfassungsgerichtsfreundlicher“, da es in diesem Politikressort, wenn man so will, „justitiablere“ Standards (etwa das Sozialstaatsprinzip, ggf. versubjektiviert in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie¹²⁴) bereitstellt als die US-Bundesverfassung. Diese Standards erscheinen von vorneherein eher geeignet, gerichtliche Interventionen in den politischen Prozess zu legi-

¹¹⁹ Zu entsprechenden Überlegungen B. Schlink, FS BVerfG, Bd. II, hrsg. von P. Badura und H. Dreier, 2001, S. 461 ff.; siehe ferner etwa Ch. Hillgruber, JZ 2011, S. 861 (862).

¹²⁰ Ch. Gusy, JöR N.F. 33 (1984), S. 105 (120).

¹²¹ Siehe U. Volkmann, Der Staat 54 (2015), S. 35 (42).

¹²² W. Brugger, AöR 126 (2001), S. 337 (345, 354).

¹²³ Siehe W. Brugger, StWStP 4 (1993), S. 319 (323); ders., in J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 186 Rn. 43 f. Diese Lesart reflektiert eine Aussage des Richters Oliver Wendell Holmes in der Entscheidung *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) (Holmes, J., dissenting) (“[The Constitution] is made for people of fundamentally differing views.”). Zur Kritik an diesem relativistischen Verfassungsverständnis, das weitgehend ohne normativ abgesicherte Wertvorstellungen auskommt, siehe etwa T. Sandefur, 35 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 322 n. 153 (2012), m. w. N.

¹²⁴ Siehe etwa BVerfGE 125, 175 (222, m. w. N.) – Hartz IV.

timieren oder für solche zumindest einen verfassungstextlichen Anhaltspunkt zu bieten¹²⁵. Im Unterschied zum Bundesverfassungsgericht kann der U.S. Supreme Court, und das ist letztlich der springende Punkt, eigentlich nur über die „equal protection clause“¹²⁶ (U.S. Const., Am. XIV) aktiven Einfluss auf die Sozialpolitik nehmen, und dies auch erst dann, wenn der Kongress überhaupt ein Sozialprogramm legiferiert hat. Erst wenn ein solcher Akt der Gesetzgebung etwa Minderheiten diskriminiert, dann besteht die Möglichkeit einer gerichtlichen Korrektur, während das Bundesverfassungsgericht, zumindest theoretisch, unter Rückgriff etwa auf verfassungsnormative Schutzpflichten auch ein legislatives Unterlassen auf dessen Vereinbarkeit mit dem sozialstaatsgerichteten Normen des Grundgesetzes hin überprüfen könnte.

Ohne das an dieser Stelle im Hinblick auf die US-amerikanische politische Kultur im Einzelnen bewerten zu wollen¹²⁷, wird man aus vergleichender Perspektive behaupten können, dass sich die Berliner Republik – immer mit einem Auge nach Karlsruhe schielend – eher durch eine legalistische politische Kultur¹²⁸ (oder: den Wunsch nach einer möglichst „unpolitischen Politik“) als durch überbordenden Pragmatismus auszeichnet¹²⁹. Der von Brugger gepriesene amerikanische Polit-Pragmatismus sucht seinesgleichen in Deutschland vergebens und unabhängig davon, ob man Bruggers Lob des spezifisch US-amerikanischen Pragmatismus teilen will, scheint eine andere, ebenfalls von Brugger stammende Beobachtung im Hinblick auf die Unterschiede der politischen Kulturen in den Vereinigten Staaten und in Deutschland ohne weiteres konsensfähig zu sein. Brugger geht davon aus, dass die Zielsetzung von Staat und Verfassung in der Realisierung des Gemeinwohls bestehe; diese Zielsetzung sei in der US-Bundesverfassung in der Präambel textlich fixiert¹³⁰, für die deutsche Verfassungsordnung lasse sich die Gemeinwohlverpflichtung des Staates derweil nur „implizit“ bestimmen. Das solle aber – und hier wird man Brugger unbedingt zustimmen haben – keines-

¹²⁵ Nochmals *W. Brugger*, StWStP 4 (1993), S. 319 ff. (323), der wohl zu Recht relativierend darauf hinweist, dass verfassungsunmittelbare soziale Ansprüche auch im deutschen Recht eher die Ausnahme als die Regel darstellen.

¹²⁶ Zur Anwendbarkeit der equal protection clause auf Hoheitsakte des Bundes siehe *E. Chemerinsky*, *Principles and Policies*, 5. Aufl. 2015, S. 696 f.

¹²⁷ Angesichts der jüngeren Entwicklungen der US-amerikanischen Innenpolitik kommen Zweifel an der Berechtigung des bei Brugger durchscheinenden Optimismus auf, nicht nur mit Blick auf den Wahlkampf 2016 und dessen Ausgang. Hingewiesen sei auch etwa auf den mittlerweile fast alljährlich wiederkehrenden Haushaltsstreit im Kongress.

¹²⁸ *W. Heun*, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2014, S. 309.

¹²⁹ Vgl. *H. Abromeit*, PVS 36 (1995), S. 49 (60), nach deren Einschätzung die Fokussierung der deutschen Politik auf Karlsruhe zu „genereller Entscheidungsschwäche und Innovationsscheue“ führe; siehe auch *I. Ebsen*, Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 11; *Ch. Landfried*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, 1984, S. 51 ff.; *W. Heun*, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2014, S. 309 („verfassungsrechtliche Angststarre“).

¹³⁰ “We the People of the United States ... promote the general Welfare ...”.

wegs bedeuten, dass dem Gemeinwohl im deutschen Verfassungsrecht ein geringerer Stellenwert für das staatliche Handeln beigemessen würde als in den Vereinigten Staaten. Zur Umsetzung des verfassungsrechtlich begründeten Auftrags zur Förderung des Gemeinwohls stehen dies- und jenseits des Atlantiks unterschiedliche Ansätze bereit. Brugger stellt der Prozessorientierung der US-amerikanischen Politik die Bindung des deutschen politischen Prozesses an materiell-inhaltliche Politikziele und an substantielle, auch für die Politik indisponible Werte¹³¹ gegenüber und schlussfolgert:

„Will man diesen Unterschied überspitzt ausdrücken, könnte man sagen: Während die Amerikaner eher der organisierten Staatsgewalt mißtrauen, mißtrauen die Deutschen eher dem politischen Prozess; während die Amerikaner eher dem politischen Prozess trauen, trauen die Deutschen eher der materiellen Bindung der Politik durch Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit.“¹³²

Zur weiteren Erklärung verweist Brugger auf grundlegend verschiedene Staats(vor-)verständnisse. Danach sei die traditionelle deutsche Staatsideologie insbesondere durch das im Rechtsstaatsdenken verwurzelte Verteilungsprinzip¹³³ bzw. durch die Idee von der Trennung von Staat und Gesellschaft gekennzeichnet¹³⁴, wohingegen die Amerikaner die in der Unabhängigkeitserklärung von 1776 postulierte Idee der Selbstregierung („self-government“) betonten¹³⁵. Bürgerliche Freiheit gibt es einer gängigen Beobachtung zufolge im amerikanischen Denken nicht nur im Privaten, sondern

¹³¹ Dass das Grundgesetz „keine wertneutrale Ordnung“ sein wolle, hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1958 entschieden (E 7, 198 [204 f.] – Lüth). Eben jene über die Lüth-Doktrin vermittelte Bindung an übergeordnete Werte war, zumindest nach J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, S. 92, gerade nicht das (Haupt-)Anliegen US-amerikanischen Gründergeneration. Vielmehr ging es den Gründern nach Ely um die Strukturierung des politischen Prozesses; die Gründer waren angeblich „overwhelmingly dedicated to process and structure and not to the preservation of specific substantive values“. – Ely betont hier also die wertrelativistische Tendenz der US-Bundesverfassung; vgl. dazu auch J. Goebel, Jr., *History*, Bd. I, 1971, S. 320 („the Constitution was designed merely to regulate the political interests of the nation“); K. L. Hall, 35 U. Fla. L. Rev. 283 (1983) („[The Constitution] sketched a process of government.“); kritisch etwa E. T. Lee, *Judicial Restraint in America*, 2011, S. 204 f.; E. Foley, 59 Ohio St. L.J. 1623 n. 103 (1998).

¹³² W. Brugger, StWStP 4 (1993), S. 319 (324).

¹³³ Vgl. klassisch C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 125 ff., 158, et passim.

¹³⁴ Siehe E.-W. Böckenförde, *Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, 1972, in: *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 209 ff.; außerdem H. A. Wolff, *Das Verhältnis von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip*, 1998, S. 17 („Trennung [von Staat und Gesellschaft] ist durch die Einführung der Demokratie nicht überflüssig geworden.“).

¹³⁵ Siehe Absatz 7 der US-Unabhängigkeitserklärung von 1776. Dort wird dem britischen Monarchen vorgeworfen, er habe, indem er die Repräsentativkörperschaften der Kolonien wiederholt auflöste, die verfassungsmäßigen Rechte der Amerikaner verletzt; zum Topos „Selbstregierung“ in der Unabhängigkeitserklärung etwa A. Tsesis, 97 Cornell L. Rev. 696, 751 (2012).

auch im Staat und seinen Institutionen¹³⁶. Bei den Amerikanern bleibt weder in konzeptioneller noch in historischer Hinsicht größerer Raum für eine klare Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft¹³⁷, derweil es aber sehr wohl eine mit großer Emphase verfochtene Trennung zwischen öffentlich und privat gibt. Eine der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft zugrundeliegende klare Differenzierung zwischen (klassisch-liberaler) bürgerlicher Freiheit auf der einen und (partizipatorischer) ‚staatsbürgerlicher‘ Freiheit auf der anderen Seite kommt in den Ursprüngen des amerikanischen konstitutionellen Denkens nicht so deutlich zum Vorschein wie etwa in Deutschland¹³⁸. Damit erklärt Brugger, dass man in den Vereinigten Staaten weniger auf feststehende, verfassungsrechtlich fundamentierte Werte und vorformulierte Politikziele angewiesen sei; bei der Definition des Gemeinwohls wachse dem gesamtgesellschaftlich-politischen Prozess umso stärkeres Gewicht zu¹³⁹. Kritiker¹⁴⁰ werden ein solches minimalistisches Verständnis von der Verfassung als ein lediglich den Gemeinwohlfindungsprozess regulierendes Statut¹⁴¹ als unbefriedigend empfinden. Aus Sicht des seit Mitte des 20. Jahrhunderts tradierten deutschen Verfassungsdenkens, das ja großen Wert auf die Normativität (und Justitiabilität) materieller Verfassungswerte legt¹⁴², mag es

¹³⁶ H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 31.

¹³⁷ W. Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 1999, S. 407; vgl. B. Ackerman, 93 Yale L.J. 1043 (1984) („As Americans, we are neither perfectly public citizens nor perfectly private persons. The Constitution of the United States constitutes us as private citizens equipped with a language and process that may, if intelligently used, allow for liberal democratic self-government.”); vgl. auch A. Jakab, Kommentar, in: Ch. Schönberger, Der „German Approach“, 2015, S. 75 (103).

¹³⁸ So jedenfalls W. P. Adams, Republikanische Verfassung, 1973, S. 7.

¹³⁹ W. Brugger, StWStP 4 (1993), S. 319 (322); vgl. auch G. Casper, 1989 Sup. Ct. Rev. 315.

¹⁴⁰ Siehe etwa U. Volkmann, FS Bryde, hrsg. von M. Bäuerle u. a., 2013, S. 124 ff., 127 ff.

¹⁴¹ H. Vorländer, JöR N.F. 36 (1987), S. 451 (456).

¹⁴² Das sieht auch D. Rennert, Der Staat 54 (2014), S. 31 (56 ff.), der die – seines Erachtens für Deutschland typische – „distanzierende Skepsis gegenüber dem politischen Prozess“ mit der in der deutschen Verfassungstheorie dominanten „Grundordnungslehre“ begründet. Für die Vertreter jener Grundordnungslehre seien die wesentlichen politischen „Entscheidungen oft in den Grundrechten vorgeformt“, ihr „Organ“ sei die „Rechtserkenntnis“, und nicht der „(Willens-)Entschluss“, ihr „Ort“ sei der „rationale Diskurs im Gerichtssaal, nicht der oft polemische Schlagabtausch im Parlament“. Die Annahme, dass sich der politische Prozess tatsächlich über einen „Schlagabtausch im Parlament“ vollziehe, ist allerdings – auch für potentielle Vergleichsdemokratien wie England, Frankreich, oder die USA – fragwürdig. Siehe zur „Entparlamentarisierungsthese“ mit jeweils unterschiedlichen Schlussfolgerungen A. von Bogdandy, AöR 130 (2005), S. 445 (457, et passim); Ch. Möllers, Die Drei Gewalten, 2. Aufl. 2015, etwa S. 95; Ch. Schönberger, JZ 2016, S. 486 (490 ff.).

den Anschein haben, als werde die normative Kraft der Verfassung im amerikanischen Konstitutionalismus gewissermaßen an die politischen und sozialen Kräfte „ausgeliefert“¹⁴³.

B. Gesetzgebungsstaat und Richterstaat

Dass ein gewichtiger Unterschied besteht zwischen der Ausübung alltäglicher – „konventioneller“ – rechtsprechender Gewalt durch die ordentlichen Gerichte einerseits und der Rechtsprechung eines Verfassungsgerichts andererseits, liegt auf der Hand¹⁴⁴. Vor allem das deutsche Bundesverfassungsgericht setzt sich schon auf den ersten Blick deutlich von der gewöhnlichen rechtsprechenden Gewalt ab, etwa durch seine herausgehobene protokollarische und staatsorganisationsrechtliche Stellung als Verfassungsorgan¹⁴⁵, außerdem durch die Normenkontroll- und Letztentscheidungskompetenz¹⁴⁶ (das zentralisierte richterliche Prüfungsrecht), ein besonderes Verfahrensregime, genuin politische Akteure als Verfahrensbeteiligte (mit der Ausnahme der Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a und Art. 100 GG) und vor allem durch die jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht¹⁴⁷ zu beobachtenden Teilhabe des Gerichts an der Staatsleitung¹⁴⁸. Das muss nicht heißen, die Verfassungsgerichtsbarkeit sei der dritten Gewalt strukturell gleichsam entwachsen und bilde eine eigenständige Staatsfunktion – ihr rechtsprechender Charakter und ihre Zugehörigkeit zur Judikative werden durch diese Feststellungen nicht grundsätzlich infrage gestellt¹⁴⁹. Schließlich ist auch etwa der Amtsrich-

¹⁴³ Vgl. H. Vorländer, JÖR N.F. 36 (1987), S. 451 (456).

¹⁴⁴ Vgl. A. Heusch, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 36 Rn. 20; G. F. Schuppert, Verfassungsgerichtliche Kontrolle, 1973, S. 207 ff.; P. Graf Kielmansegg, Die Instanz des letzten Wortes, 2005, S. 15; E. McWhinney, JÖR N.F. 7 (1958), S. 155 (156).

¹⁴⁵ H. Vorländer, in: ders. (Hrsg.), Deutungsmacht, 2006, S. 9 (12).

¹⁴⁶ Die Abwesenheit einer positiv-verfassungsrechtlichen Letztentscheidungskompetenz betont z. B. Ch. Hillgruber, AöR 127 (2002), S. 460 (472); vgl. die Nachweise in Kapitel 5, Fn. 529.

¹⁴⁷ Nach M. Jestaedt, FS Isensee, hrsg. von O. Depenheuer u. a., 2002, S. 183 (184 mit Fn. 4) handelt es sich um eine „rechtssoziologisch-deskriptive Kennzeichnung von Verschiebungsprozessen in der sogenannten Verfassungswirklichkeit“, deshalb ziehe der „Übergang“ vom Gesetzgebungs- zum Jurisdiktionsstaat keinerlei Veränderungen im positiven (Verfassungs-)Recht nach sich.

¹⁴⁸ K. Hesse, Grundzüge, 20. Aufl. 1999, S. 278; H. Säcker, BayVBl. 1979, S. 193 (199); vgl. auch S. Broß, ZParl 2000, S. 424; M. Herdegen, ZaöRV 69 (2009), S. 257 (260 f.), mit Hinweis auf K. Doehring, Der Staat 3 (1964), S. 201 (216 f.).

¹⁴⁹ Siehe etwa W. Heun, FS BVerfG, Bd. I, hrsg. von P. Badura und H. Dreier, 2001, S. 615 (617); vgl. auch Ch. Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 185; I. Ebsen, Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 105 ff.; zur Gegenansicht bereits C. Schmitt, Hüter der Verfassung, 1931, S. 45 („in der Sache Gesetzgebung“); ferner W. Henke, Der Staat 3 (1964)

ter ein „politischer Richter“¹⁵⁰, wenn er die Generalklauseln des bürgerlichen Rechts auslegt und anwendet. Das Bundesverfassungsgericht ist „Rechtssprechungsorgan mit „besondere[r] Funktionsstruktur“¹⁵¹, oder, wenn man so will, eine „judikative Institution sui generis“¹⁵², nicht aber eigenständige neutrale Gewalt („pouvoir neutre“)¹⁵³ – es ist keine klandestine vierte Staatsgewalt¹⁵⁴. Selbst wenn man das Gericht als neutrale Gewalt bezeichnen wollte, ist nicht ersichtlich, welche juristisch erheblichen Konsequenzen daraus erwachsen könnten. Die mit dem pouvoir neutre gemeinhin assoziierte ‚Schiedsrichterfunktion‘ (was auch immer damit in concreto gemeint sein soll) ist dem Bundesverfassungsgericht durch das Grundgesetz ohnehin zugewiesen, wenn man dem Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GG entsprechende Andeutungen entnehmen will.

Dass jedes (verfassungsrechtsprechende) Gericht immer auch ein hochgradig politischer – und eben kein neutraler – Akteur ist, wird, soweit ersichtlich, von niemandem¹⁵⁵ ernsthaft abgestritten und kann eigentlich schon seit der berühmten Predigt des Bischofs Benjamin Hoadly aus dem Jahr 1717¹⁵⁶ als konstitutionalistischer Ur-Gemeinplatz¹⁵⁷ gelten¹⁵⁸. Die Offensichtlichkeit

S. 433 (S. 448 ff.) („Normenkontrolle ist ... keine Gerichtsbarkeit ... sie ist Teil der Gesetzgebung“).

¹⁵⁰ Begriff: R. Wassermann, *Der politische Richter*, 1972; dazu A. Voßkuhle, in: H. von Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck (Begr.), GG, Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 31, dort mit Fn. 127 („[N]icht mehr als die weitgehend konsentierten Erkenntnis, dass dem Richter auf Grund der Teilrationalität richterlicher Entscheidungsprozesse auch Macht zukommt.“).

¹⁵¹ H. Säcker, BayVBl. 1979, S. 193 (194); ähnlich auch S. Broß, ZParl 2000, S. 424.

¹⁵² So bereits E. Forsthoff, *Umbildung des Verfassungsgesetzes*, 1959, in: *Die juristische Methode im Staatsrecht*, hrsg. von H.-J. Koch, 1977, S. 423 (448); siehe ferner H. Vorländer, in: ders. (Hrsg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2006, S. 9 (12); vgl. auch Ch. Möllers, *Legalität, Legitimität und Legitimation*, in: M. Jestaedt u. a., *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 304, der die Verfassungsgerichtsbarkeit als einen „im System einzigartige[n] Akteur“ bezeichnet.

¹⁵³ Grundsätzlich: B. Constant, *Betrachtungen über Constitutionen*, hrsg. und übers. von J. Stolz, 1814, S. 2, et passim; C. Schmitt, *Hüter der Verfassung*, 1931, S. 133 ff., greift diese „staatsrechtliche Lehre von der neutralen Gewalt“ auf, und identifiziert das Staatsoberhaupt als pouvoir neutre („pouvoir neutre, intermédiaire und régulateur“). Schmitt hielt den pouvoir neutre offenbar für erforderlich, um das „Eskalieren des Interessenwiderstreits ... zu einer Freund-Feind Gruppierung“ zu verhindern (so E.-W. Böckenförde, *Der Begriff des Politischen*, 1988, in: *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 344 [362]).

¹⁵⁴ C. J. Friedrich, *Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, S. 214; siehe zu solchen Überlegungen näher M. Herdegen, ZaöRV 69 (2009), S. 257 ff.

¹⁵⁵ Über die „naive“ Theorie des richterlichen Prüfungsrechts berichtet I. Ebsen, *Bundesverfassungsgericht*, 1985, S. 105 ff.

¹⁵⁶ Siehe unten, Kapitel 3, Fn. 850 und Kapitel 5, Fn. 443 mit begleitendem Text.

¹⁵⁷ E. Denninger, JZ 1975, S. 545.

¹⁵⁸ Siehe etwa W. Hassemer, JZ 2008, S. 1 ff.; W. Heun, FS BVerfG, Bd. I, hrsg. von P. Badura und H. Dreier, 2001, S. 615 (617); H. Steinberger, *Konzeption und Grenzen*,

dieses Befundes macht den Hinweis auf die Konfrontation des Verfassungsrichters mit einer fortwährenden Gratwanderung zwischen verfassungsnormativ gesollter Kompetenzausübung und den Verlockungen einer richterlichen Hybris, speziell sich der Realisierung einer eigenen gesinnungsethischen Agenda hinzugeben, nicht überflüssig¹⁵⁹. Es sei denn, man will die Verfassungsgerichtsbarkeit von vorneherein (auch) als „moralische Führungsinstanz“¹⁶⁰ anerkennen und für legitim halten, dass normenkontrollierende Gerichte bei der Überprüfung der Gesetzgebung gewissermaßen unter „falscher Flagge segeln“¹⁶¹, und dass sie dabei über die methodische „Entgrenzung“¹⁶² der Verfassungsauslegung mittles eines vom Willen des historischen (Verfassungs-)Gesetzgebers losgelösten „objektiv-teleologischen“¹⁶³ Interpretationsmodus auf außerjuristische Maßstäbe, also auf „sittliche Postulate“¹⁶⁴ oder auf die natürliche Vernunft („*ius gentium*“¹⁶⁵), zugreifen können. Sie sind dann von vorneherein nicht auf im engeren Sinne verstandene ‚harte‘ juristische Argumente beschränkt¹⁶⁶. Thomas von Danwitz etwa meint – und

1974, S. 128. Aus der Tagespresse etwa R. Müller, Der Karlsruher Blick, FAZ Nr. 90 vom 16. April 2014, S. 1 („uralter Vorwurf“, dort auch mit Hinweis auf die nicht zitierfähigen Tiraden eines ehemaligen Vorsitzenden der SPD-Bundestagsfraktion). – Siehe für den U.S. Supreme Court etwa R. A. Posner, 119 Harv. L. Rev. 102 (2005) („If the Supreme Court is inescapably a political court when it is deciding constitutional cases, let it at least be restrained in the exercise of its power, recognizing the subjective character, the insecure foundations, of its constitutional jurisprudence.“).

¹⁵⁹ Siehe *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. __, __ (2015) (Scalia, J., dissenting) („[W]hat really astounds is the hubris reflected in today’s judicial Putsch.“) (slip. op., at 6); vgl. außerdem H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 63 („Daß hier verführerische Möglichkeiten zu alternativer Politikgestaltung liegen, ist evident.“); siehe aus der US-Literatur etwa A. V. Baker, 39 Duq. L. Rev. 732 (2001) („Apart from human errors, there is the more sinister danger of the Court deliberately listing toward mundane, partisan politics, and taking the Constitution captive along the way.“).

¹⁶⁰ U. Volkmann, FS Bryde, hrsg. von M. Bäuerle u. a., 2013, S. 131.

¹⁶¹ Th. C. Grey, 27 Stan. L. Rev. 714 (1975).

¹⁶² Ch. Starck, in: ders. (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, S. 29 (33); siehe bereits E. Forsthoff, Umbildung des Verfassungsgesetzes, 1959, in: Die juristische Methode im Staatsrecht, hrsg. von H.-J. Koch, 1977, S. 423 (432, 439, et passim).

¹⁶³ Siehe etwa B. Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2012, S. 510, 518 ff., et passim.

¹⁶⁴ E. Forsthoff, Umbildung des Verfassungsgesetzes, 1959, in: Die juristische Methode im Staatsrecht, hrsg. von H.-J. Koch, 1977, S. 423 (442, 429, et passim); siehe ferner C. Schmitt, Tyrannei der Werte, 3. Aufl. 2011, Einleitung, S. 26, auch im Hauptteil, S. 46 (objektive Wertlehren als „Vehikel der Rechthaberei“).

¹⁶⁵ Vgl. H. Dreier, in: W. Härle/B. Vogel (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Naturrechts, 2007, S. 128.

¹⁶⁶ Siehe bereits oben, Kapitel 1, Text bei Fn. 112 ff., sowie näher U. Neumann, in: W. Brugger u. a. (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 233 ff. – dort zu der Frage, was eine „Entscheidung als spezifisch ‚rechtliche‘ konstituiert“; vgl. ferner die

er dürfte für die überwältigende Mehrheit der (Verfassungs-)Juristen sprechen –, dass bei einer Erörterung der Grenzen der verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsgewalt zu allererst die Einsicht gefordert sei, dass jeder Form von Verfassungsinterpretation „ein mehr oder minder großer Rest richterlicher Dezision“ anhafte, der „eo ipso zugleich verfassungsrechtlicher und politischer Natur ist“¹⁶⁷. Ihre Grundlage hat die oben angedeutete Gefahr „abenteuerlicher richterlicher Exkursionen in den Bereich des Politischen“/Moralischen/Ethischen¹⁶⁸ in der verfassungsgerichtlichen Befugnis zur autoritativen¹⁶⁹ Letztentscheidung über den normativen Gehalt (auch) der deutungsoffenen¹⁷⁰ Vorschriften der Verfassung¹⁷¹.

Die deutungsoffenen Verfassungsnormen werden – in der Terminologie insbesondere Konrad Hesses – nicht im Sinne der klassischen Hermeneutik (der sog. „juristischen Methode“) ausgelegt bzw. interpretiert; sie werden

grundsätzliche Kritik an einer wertphilosophisch orientierten Jurisprudenz bei C. Schmitt, *Tyrannie der Werte*, 3. Aufl. 2011, S. 53 f.

¹⁶⁷ Th. von Danwitz, JZ 1996, S. 481 (484).

¹⁶⁸ W. Haller, *Supreme Court und Politik*, 1972, S. 132.

¹⁶⁹ Nochmals A. Scherzberg, DVBl. 1999, S. 356 (357).

¹⁷⁰ Siehe nur K. Stern, *Staatsrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 128. Damit sind insbesondere die Verfassungsprinzipien (Grundrechte und die Staatsstrukturprinzipien) und implizit auch die Kontroverse um die Verfassung als Rahmenordnung oder als Werte- bzw. einer Staat und Gesellschaft erfassenden Grundordnung angesprochen. Siehe zur Wertordnung grundsätzlich BVerfGE 7, 198 ff. (insbes. S. 204 f.) – Lüth. Aus der Literatur etwa H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, S. 10 ff.; E.-W. Böckenförde, *Der Staat* 29 (1990), S. 1 ff.; ders., *Der Staat* 42 (2003), S. 165 (187); vgl. außerdem K. Hesse, FS Mahrenholz, hrsg. von H. Däubler-Gmelin u. a., 1994, S. 542. – Die Kritik an der Lehre von den objektiven Grundrechtsgehalten unter dem Gesichtspunkt der Ablehnung des aus dieser Lehre in funktioneller Hinsicht folgenden Kompetenzzuwachses des Bundesverfassungsgerichts ist im Kern sicherlich zutreffend, nur neigen die Kritiker dazu, den Befund zu überspielen, dass dem Gericht die interpretatorische Deutungsmacht nicht allein aufgrund der objektiven Grundrechtsgehalte wächst. Interpretationsmacht kann das Gericht auch dann ausüben, wenn es die Grundrechte als Abwehrrechte konzeptualisiert. „Die Furcht vor einem unkontrollierbaren Machtzuwachs des Bundesverfassungsgerichts“ sollte sich also nicht auf die objektiv-rechtlichen Funktionen der Grundrechte, sondern ganz allgemein auf die gerichtliche Ausdeutung unklarer Verfassungsnormen beziehen, siehe nochmals H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, S. 53, 56, 60 ff.; zu einem Vergleich der Wirkungsweise der Theorie der Grundrechte als objektiver Wertordnung nach Lesart des Bundesverfassungsgerichts mit der aktivistischen Rechtsprechung des U.S. Supreme Court, die auch ohne Wertordnungsdoktrin auskommt: A. Kulick, JZ 2016, S. 67 (73 ff.).

¹⁷¹ Vgl. E.-W. Böckenförde, NJW 1999, S. 9 (13); R. Grawert, *Der Staat* 52 (2013), S. 503 (509 f.); kritisch etwa W. Heun, FS BVerfG, Bd. I, hrsg. von P. Badura und H. Dreier, 2001, S. 615 (616 f.), der wohl nicht zu Unrecht darauf hinweist, dass dem Gericht bei rein juristischer Betrachtung allein die Kompetenz zur Entscheidung über die Gültigkeit eines Gesetzes, nicht aber zur „authentischen Verfassungsinterpretation“ zugewiesen sei.

vielmehr „konkretisiert“¹⁷². Will man dieser Unterscheidung zu analytischen Zwecken folgen, setzt sich der Vorgang der ‚Konkretisierung‘ wohl dadurch von der schieren ‚Auslegung‘ ab, dass aus den durch ein besonderes Maß an Vagheit¹⁷³ gekennzeichneten generalklauselartigen Rechtssätzen der Verfassung nicht nur dasjenige hergeleitet wird, das in ihnen und durch sie bereits entschieden ist, „vielmehr wird in der Konkretisierung der Verfassungsrechtssätze gerade das entschieden, was durch sie noch nicht entschieden ist“¹⁷⁴. Der Verfassungsrichter erkennt also nicht lediglich auf ein in der einschlägigen deutungsoffenen Verfassungsnorm bereits enthaltenes hypothetisches Urteil des historischen Verfassungsgesetzgebers, betreibt also nicht nur Rechtsanwendung¹⁷⁵; vielmehr nimmt er die Norm zum Anlass, einen eigenen Entscheidungsmaßstab zu erarbeiten, der Richter betreibt also – als der Rechtsanwendung vorgeschalteten Arbeitsschritt – zunächst einmal Rechtserzeugung¹⁷⁶. In der Verfassung bzw. in ihren bruchstückhaften¹⁷⁷ und eben konkretisierungsbedürftigen Rechtssätzen befindet sich demnach allenfalls ein normatives Potential¹⁷⁸, das sich mit juristischen Mitteln allein¹⁷⁹ kaum in vollem Umfang ausschöpfen lässt^{180,181}. Nur die Wertungsjurispru-

¹⁷² K. Hesse, Grundzüge, 20. Aufl. 1999, S. 24 ff.; siehe bereits H. Kelsen, VVDStRL 5 (1929), S. 30 (32); ferner E.-W. Böckenförde, NJW 1976, S. 2089 (2097) (Konkretisierung, die über die Interpretation im „herkömmlichen Sinne“ hinausgeht); aus der jüngeren Literatur etwa D. Grimm, ZfP 66 (2019), S. 86 (94); G. F. Schuppert/C. Bunke, Konstitutionsalisierung, 2000, S. 28; U. Volkmann, AöR 134 (2009), S. 157 (158), m. w. N.; zur amerikanischen Paralleldiskussion L. Sohm, 27 Const. Comment. 95 (2010).

¹⁷³ Zur Unterscheidung zwischen Mehrdeutigkeit (ambiguity) und Deutungsoffenheit (vagueness) etwa R. E. Barnett, 34 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 67 (2011).

¹⁷⁴ P. Graf Kielmansegg, Instanz des letzten Wortes, 2005, S. 17; aus juristischer Sicht ferner K. Hesse, Grundzüge, 20. Aufl. 1999, S. 22; F. Müller, Arbeitsmethoden, 1972, in: Die juristische Methode im Staatsrecht, hrsg. von H.-J. Koch, 1977, S. 508 (518 f.); H. Säcker, BayVBl. 1979, S. 193 (197).

¹⁷⁵ Siehe Gerhard Leibholz’ Argumente in der „Status-Denkschrift“ des Bundesverfassungsgerichts, JöR N.F. 6 (1957), S. 109 (111); G. F. Schuppert, Verfassungsgerichtliche Kontrolle, 1973, S. 217; D. Grimm, ZfP 66 (2019), S. 86 (94).

¹⁷⁶ Vgl. A. Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, S. 217 f.; siehe BVerfGE 131, 316 (370) – Landeslisten.

¹⁷⁷ E.-W. Böckenförde, NJW 1976, S. 2089 (2091).

¹⁷⁸ P. Graf Kielmansegg, Instanz des letzten Wortes, 2005, S. 17.

¹⁷⁹ Vgl. dazu auch N. Achterberg, DÖV 1977, S. 649 (652) („metajuristischer In-/Output“ bei Verfassungsgerichten sei erheblich größer als bei „anderen Gerichten“).

¹⁸⁰ Deshalb ist fraglich, ob es wirklich richtig ist, dass „ein Weniger an sprachlicher Dichte und juristischer Eindeutigkeit [zu] einem Mehr an Normativität“ führt (siehe A. Voßkuhle, AöR 119 (1994), S. 35 [54]), wenn man bedenkt, dass die Verfassung dort, wo sie einen inhaltlich offenen Maßstab vorgibt, nicht mit voller (textlicher) Autorität hinter den Richterspruch tritt (vgl. G. Radbruch, Die Justiz 1925/1, S. 12 [14]; siehe dazu noch unten, Text bei Kapitel 5, Fn. 360 ff.).

¹⁸¹ Allgemein zum schöpferisch-wertenden Moment bei der Rechtsanwendung

denz wäre wohl in der Lage, das – eminent – politische Verfahren der Normkonkretisierung als rein juristischen Ablauf zu rekonstruieren.

Der naheliegende Einwand, dass insoweit kein wesentlicher Unterschied zwischen rechtsprechender und verfassungsrechtsprechender Jurisdiktionsgewalt zu beobachten sei, ist sicherlich berechtigt. Schließlich gehört es, wie oben erwähnt, zum Alltagsgeschäft der ordentlichen Gerichte, die zahlreichen Generalklauseln des einfachen Rechts zu konkretisieren und für die Rechtspraxis handhabbar zu machen. Bei genauerem Hinsehen ist es also weniger eine methodische Eigenheit des Verfassungsrechts, als vielmehr ein kompetentieller Aspekt, der den entscheidenden Unterscheid ausmacht, liegt es doch auf der Hand, dass die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte im Unterschied zu derjenigen der Verfassungsgerichte durch eine schlichte Gesetzesänderung korrigiert werden kann. Dauerhaft können die ordentlichen Gerichte legislative Gestaltungskompetenzen also ohne den Willen der Gesetzgebung nicht an sich ziehen¹⁸². Hingegen lässt sich die Korrektur missliebiger verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ausschließlich durch die – bekanntlich wesentlich höhere Hürden als das Gesetzgebungsverfahren aufrichtende – Prozedur der Verfassungsänderung bewerkstelligen.

Nach alledem ist es kaum überraschend, dass bisweilen behauptet wird, über die Letztentscheidungskompetenz, die der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Aktivierung des in der Verfassung angelegten ‚normativen Potentials‘ zugewiesen ist, vollziehe sich, auch über die immer mitgedachte ‚Entgrenzung‘ der Verfassungsauslegung, eine gleitende Verschiebung der Machtbalance innerhalb der gewaltenteilenden Verfassungsordnung weg vom ‚parlamentarischen Gesetzgebungsstaat‘¹⁸³ hin zu einem durch ‚[V]erfassungsgerichtspositivismus‘¹⁸⁴ gekennzeichneten ‚Justiz‘-¹⁸⁵ bzw. ‚Jurisdiktions-

H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 140, m. w. N.

¹⁸² Näher G. F. Schuppert, Verfassungsgerichtliche Kontrolle, 1973, S. 207 ff.; siehe auch D. Murswiek, JZ 2017, S. 53 (59).

¹⁸³ Siehe bereits C. Schmitt, Hüter der Verfassung, 1931, S. 75. – Aus der jüngeren Literatur etwa Ch. Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 70 f.; vgl. ferner H. Maier, NJW 1989, S. 3202 ff.

¹⁸⁴ B. Schlink, Der Staat 28 (1989), S. 161 (insbes. 168 f., et passim).

¹⁸⁵ Vgl. C. Schmitt, Hüter der Verfassung, 1931, S. 13 f.; R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1957; E. Forsthoff, Umbildung des Verfassungsgesetzes, 1959, in: Die juristische Methode im Staatsrecht, hrsg. von H.-J. Koch, 1977, S. 423 (435, 442, 448) (Der „Entformalisierung des Verfassungsrechts ist die Entfaltung des Justizstaates, wie sie sich insbesondere in der Institution Verfassungsgerichtsbarkeit zeigt, kongruent.“ [Hervorhebung ebd.]); ferner G. Casper, 1989 Sup. Ct. Rev. 330 (“What the French call ‘le gouvernement de juges’ and the Germans highlight as ‘Justizstaat’ is indeed a common characteristic of 20th century constitutionalism on both sides of the Atlantic.”); B. Rütters, Unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2012, S. 506.

staat¹⁸⁶. Sicherlich ist es richtig, dass ein normenkontrollierendes Gericht mit jeder Einzelfallentscheidung, die es trifft, zugleich die ihm selbst und den kontrollierten Organen zugewiesenen Kompetenzen bestimmt und so an der verfassungsrechtlichen Funktionenordnung insgesamt herumhantiert¹⁸⁷. Die beiden vorgenannten Begriffe vom Gesetzgebungs- und vom Jurisdiktionsstaat haben in dieser Hinsicht eine gewisse strukturbildende Kraft und sie eignen sich auch als deskriptive Kriterien, gleichwohl sie zu plakativ und zu kontrastreich sind, um die Grundlage für seriöse und kleinteilige Ableitungen im Hinblick auf Fragen rund um die ‚Grenzen‘ der Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁸⁸ bilden zu können, – eben weil sie den Blick auf die in diesem Zusammenhang notwendigerweise zu beachtenden Graustufen verstellen. Sie beschreiben den Idealtypus zweier Extreme, die in dieser Form gegenwärtig wohl nur in der Theorie existieren. Das Grundgesetz hat jedenfalls weder einen reinen „Gesetzgebungsstaat“ noch einen „Jurisdiktionsstaat“, sondern einen Verfassungsstaat konstituiert. Eine Ordnung also, die sich irgendwo zwischen den beiden genannten Polen des parlamentarischen Gesetzgebungsstaats auf der einen und des verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaats auf der anderen Seite einpendelt¹⁸⁹. Zweifelsohne gibt es eine ganze Reihe an Möglichkeiten, um insoweit einen Ausgleich herzustellen¹⁹⁰. Das Pendel kann, um im Bild zu bleiben, mal mehr in die eine, mal mehr in die andere Richtung ausschlagen. Welche Richtung man bevorzugt, dürfte nicht unwesentlich durch das verfassungspolitische, rechts- und staatsideologische Vorverständnis bestimmt sein¹⁹¹, zumal sich das Grundgesetz, wie oben angedeutet, darauf beschränkt, der Legislative und der Verfassungsrechtspre-

¹⁸⁶ C. Schmitt, *Hüter der Verfassung*, 1931, S. 75; siehe auch E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl. 1981, S. 402; ders., *Der Staat* 29 (1990), S. 1 (25, et passim); ders., *EuGRZ* 2004, S. 598 (603); S. Koriath, *Der Staat* 30 (1991), S. 549 (558); referierend und kritisch G. F. Schuppert/C. Bumke, *Konstitutionalisierung*, 2000, S. 79 ff.

¹⁸⁷ Siehe K. Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. von P. Häberle u. a., 1984, S. 311 ff.; G. F. Schuppert, *DVBl.* 1988, S. 1191 (1192).

¹⁸⁸ Siehe etwa K. Hesse, *FS Mahrenholz*, hrsg. von H. Däubler-Gmelin u. a., 1994, S. 541.

¹⁸⁹ Vgl. U. Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen*, 1998, S. 185.

¹⁹⁰ Vgl. P. Graf Kielmansegg, *Die Instanz des letzten Wortes*, 2005, S. 9.

¹⁹¹ Verfassungspolitisch beispielsweise durch die oben kritisierte umfassende verfassungsrechtliche Verargumentierung politischer Konflikte, verfassungstheoretisch etwa durch die oben Fn. 170 nachgewiesenen Positionen des Verständnisses der Verfassung als Rahmenordnung auf der einen oder der Konzeptualisierung der Grundrechte als Wertordnung auf der anderen Seite; vgl. auch – freilich mit etwas anderer Akzentuierung („Strategie[n] der Vermeidung demokratischer Politik“) – Ch. Möllers, *Der vermisste Leviathan*, 2008, S. 106.

chung Entscheidungskompetenzen zuzuweisen, ohne diese bis ins letzte Detail gegeneinander abzugrenzen¹⁹². Allgemeiner Konsens ist, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit konzeptionell als ausbalancierendes Gegengewicht zur Politik und nicht als Bestandteil des politischen Prozesses verstanden werden muss, und dass sie ihre Kompetenzausübung an dieser Standortbestimmung auszurichten hat¹⁹³. Eine über diese Selbstverständlichkeit hinausreichende, detailscharfe und praxistaugliche Zuteilung der Entscheidungskompetenzen an Politik und Justiz ist mit einer solchen abstrakten organisationssoziologischen Betrachtungsweise indes kaum möglich.

Ähnliches gilt für ‚philosophische‘ Ansätze, wie publizistisch etwa von Luis Barroso vertreten.¹⁹⁴ Diesem Autor zufolge sollen die Verfassungsgerichte drei zentrale „Rollen“ wahrnehmen, nämlich erstens eine kontramajoritäre – wenn die Verfassungsgerichte Entscheidungen der demokratisch legitimierten Teilgewalten aufheben –, zweitens eine repräsentative, wenn sie soziale Probleme lösen, die der politische Prozess nicht angehen kann oder nicht angehen will und drittens eine „aufgeklärte“¹⁹⁵, wenn die Gerichte „den“ sozialen Fortschritt befördern, ohne, dass es dabei auf die politischen Gesamtumstände ankäme. Diesem Ansatz kann hier, unabhängig davon, wie man ihn politikwissenschaftlich beurteilen will, nicht gefolgt werden, weil er sich nicht normativ an das (Organisations-)Recht der Verfassung anbinden lässt. Barrosos Standortbestimmung ist nicht das Ergebnis von Verfassungsinterpretation, sie ist eine – mit beachtlichen theoretischen und historischen Argumenten unterfütterte – verfassungspolitische Forderung.

Die Standortfrage verlagert sich nach alledem vom Organisationsrecht in das im konkreten Streitfall anwendbare materielle Recht. Bei der einzelfallbezogenen, trennscharfen Grenzziehung zwischen legislativem Gestaltungsanspruch und gerichtlicher Normenkontrollkompetenz entsteht das unter anderem von Winfried Brugger und Hans Vorländer beschriebene¹⁹⁶, sich einer näheren normativen Durchdringung anscheinend entziehende „Beziehungsmuster“¹⁹⁷ zwischen Demokratie und Konstitutionalismus, das ganz wesentlich durch den richterlichen Verfassungsrechtsanwender gestaltet

¹⁹² Vgl. J. Riecken, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 2003, S. 277 („Wo die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit liegen, läßt sich aus dem Grundgesetz nicht einfach ‚ablesen‘.“).

¹⁹³ Siehe B. Schlink, FS BVerfG, Bd. II, hrsg. von P. Badura und H. Dreier, 2001, S. 462.

¹⁹⁴ L. Barroso, 67 Am. J. Comp. L. 143 (2019).

¹⁹⁵ Zu diesem Begriff erläutert L. Barroso, 67 Am. J. Comp. L. 134 (2019): “The term “enlightenment” is used in this Article to describe humanist reason that drives the civilizing process and pushes history toward social progress and the liberation of women and men.”

¹⁹⁶ Siehe die Zitate oben Fn. 86, 87 und begleitenden Text.

¹⁹⁷ W. Höfling, Der Staat 33 (1994), S. 493.

wird. Denn die Kompetenz-Kompetenz liegt, zumindest de facto, bei demjenigen, der die Letztentscheidungsbefugnis ausübt, also bei demjenigen, der bei der Norminterpretation die Deutungshoheit innehat¹⁹⁸.

Die Handhabung desjenigen Bestimmungsfaktors, der in der Theorie die Kompetenzverteilung zwischen Politik und normenkontrollierender Justiz reguliert, bereitet auf einer rein analytischen Ebene zunächst kaum Schwierigkeiten. Die Bestimmung der sogenannten Kontrolldichte dient dem Gericht aus der Innenperspektive zur Entscheidungsfindung, von außen betrachtet sorgt die Definition der Kontrolldichte für die notwendige Kompetenzabgrenzung gegenüber dem politischen Prozess. Wenn nun die Kontrolldichte wesentlich durch den Kontrollmaßstab – die im Einzelfall entscheidungserheblichen Normen der Verfassung – gesteuert wird, sollte daraus eigentlich folgen, dass der Prüfungsumfang von der Regelungsdichte der Verfassung abhängt, einer inhaltlich offenen Maßstabsnorm also ein weiterer legislativer Entscheidungsspielraum entspricht und umgekehrt dort, wo die Maßstabsnormen eine hohe Regelungsdichte aufweisen, der Entscheidungsspielraum der Gesetzgebung sich entsprechend verringert. Dem ist in der Praxis bekanntlich nicht so, jedenfalls soweit der Blick auf die inhaltlich offenen Normen fällt. Die Grenzen der Justitiabilität der Verfassung sind eben nicht dort erreicht, wo ihre Normativität infolge der Vagheit einzelner Vorschriften ‚prekär‘¹⁹⁹ zu werden droht. Nach dem oben zur Entgrenzung der Verfassungsauslegung Gesagten lassen sich die deutungsoffenen Vorschriften der Verfassung im Wege der Interpretation inhaltlich anreichern oder ‚konkretisieren‘, normativ verdichten, mit der Folge, dass ein – bei Betrachtung allein des Maßstabs – bestehender legislativer Gestaltungsspielraum erheblich schrumpfen kann. „Eine geringe Normdichte zieht also nicht zwingend eine verminderte Kontrolldichte nach sich.“²⁰⁰ Hat man dieses inzwischen offenkundige Problem des Auseinanderfallens von Norm- und Kontrolldichte²⁰¹ auf einer analytischen Ebene erkannt, muss man es allerdings auf einer normativen Ebene auflösen, und man begegnet dabei wiederum dem bereits angesprochenen Spannungsfeld zwischen Demokratie und Konstitutionalismus.

¹⁹⁸ Ch. Hillgruber, AöR 127 (2002), S. 460 (472).

¹⁹⁹ Begriff der „prekären Normativität“ in anderem Zusammenhang bei U. Haltern, Was bedeutet Souveränität?, 2007, S. 77 ff.

²⁰⁰ W. Heun, FS BVerfG, Bd. I, hrsg. von P. Badura und H. Dreier, 2001, S. 615 (630 f.); M. Brenner, AöR 120 (1995), S. 248 (255 f.) („Die verfassungsgesetzliche Normdichte wird gleichsam von der verfassungsgerichtlichen Interpretationsprärogative überlagert.“).

²⁰¹ Siehe etwa M. Raabe, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 147 ff.; J. Riecken, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 2003, S. 439.

C. Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit

Über die Kompetenzgrenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit ist bereits ausgiebig diskutiert worden. Nicht weniger als dreimal haben sich die Staatsrechtslehrer auf ihren Jahrestagungen mit der Thematik befasst²⁰², unzählige Monographien und Aufsätze aus allen Epochen der jüngeren deutschen Verfassungsgeschichte dokumentieren historische Tragweite, Bedeutung und Brisanz der traditionell unter dem Stichwort des richterlichen Prüfungsrechts erörterten Problemstellung²⁰³. Die „Kompetenzverteilung zwischen dem parlamentarischen Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht ist in der Bundesrepublik stets unsicher gewesen“²⁰⁴. Mag die Kontroverse über die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den letzten Jahren vergleichsweise ruhig verlaufen sein, hat sie durch eine Reihe spektakulärer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus der jüngeren Vergangenheit erneut an Fahrt aufgenommen. In einigen mehr oder weniger bedeutsamen Fällen hat das Gericht die oben ausgeführte Kritik, wonach es bisweilen dazu neigt, in Kompetenzbereiche der Gesetzgebung überzugreifen, ein um das andere Mal bestätigt, indem es Akte der Bundes- und Landesgesetzgebung mit plausiblen Argumenten für verfassungswidrig erklärt hat, ohne dass sich diese Entscheidungen in ihrer Begründung als wirklich zwingend erwiesen hätten. Beispiele sind die Entscheidungen zum landesrechtlichen Nichttraucherschutz²⁰⁵, zur Pendlerpauschale²⁰⁶, zur Grundsicherung für Arbeitssuchende²⁰⁷ („Hartz IV“) und zur einkommenssteuerrechtlichen Gleichstellung von eingetragene-

²⁰² Wien 1928 („Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“), München 1950 („Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“), Innsbruck 1980 („Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen“) – implizit neben anderen auch etwa Freiburg 1961 („Prinzipien der Verfassungsinterpretation“).

²⁰³ Vgl. bereits oben, Vorbemerkung, Fn. 2 f. – Der Begriff des richterlichen Prüfungsrechts ist historisch gewachsen, siehe aus der zeitgenössischen deutschen Literatur *E. von Hippel*, Das richterliche Prüfungsrecht, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, § 99; *W. Jellinek*, FS Laun, hrsg. von C. Hernmarck, 1948, S. 269; vgl. Reichsgericht, Urteil vom 4. November 1925 – V 621/24 –, RGZ 111, 320 (323); siehe aus der Sekundärliteratur *H.-G. Dederer*, in: Th. Maunz/G. Dürig (Begr.), GG, Stand Aug. 2019, Art. 100 Rn. 1; *Ch. Gusy*, Richterliches Prüfungsrecht, 1985, S. 7 ff.; *H. Maurer*, DÖV 1963, S. 683 (684); *R. Ogorek*, ZNR 11 (1989), S. 12 (14 f.); zur Kritik an der „Unschärfe“ des Begriffs *N. Herrmann*, Entstehung, Legitimation und Zukunft, 2001, S. 15, dort mit Fn. 4. Aus heutiger Sicht wäre es sicherlich angebracht, von richterlicher Prüfungs- und Verwerfungskompetenz oder von gerichtlicher Normenkontrollkompetenz zu sprechen. Dass es sich bei der richterlichen Normenkontrolle um eine Befugnis – und nicht um ein subjektives Recht – handelt, liegt auf der Hand.

²⁰⁴ *Ch. Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 1.

²⁰⁵ BVerfGE 121, 317.

²⁰⁶ BVerfGE 122, 210.

²⁰⁷ BVerfGE 125, 175.

nen Lebenspartnerschaften mit der Ehe²⁰⁸. Diese Entscheidungen haben dem Gericht teils heftige Kritik eingebracht – nicht nur aus politischer Frustration bezogen auf die entschiedene Sachfrage heraus, sondern aufgrund handfester kompetenzrechtlicher Bedenken²⁰⁹. Die Forderung, das Gericht möge sich wieder mehr Zurückhaltung auferlegen, erscheint vor dem Hintergrund der genannten Entscheidungen nur allzu nachvollziehbar²¹⁰.

Über die schlichte Forderung nach einem Mehr an richterlicher Zurückhaltung hinaus sind bereits zahlreiche theoretische Modelle in der Absicht entwickelt worden, eine schärfere Grenze zwischen den Kompetenzsphären der Gesetzgebung und der Verfassungsgerichtsbarkeit einzuziehen. Am bekanntesten sind die sog. „funktionell-rechtlichen“ und „materiell-rechtlichen“ Ansätze. Während der funktionell-rechtliche Ansatz die Grenzen aus der staatsorganisationsrechtlichen Stellung eines Verfassungsgerichts als Gericht im gewaltenteiligen System heraus definieren will, beschränkt sich der materielle Erklärungsansatz – vereinfacht ausgedrückt – auf die (zweifelhafte) Einsicht, dass verfassungsgerichtliches Entscheiden nur, und nur durch die einschlägigen Verfassungsnormen determiniert werde. Mit anderen Worten hängen die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit nach dem materiell-rechtlichen Ansatz von der Regelungsdichte der Verfassung ab²¹¹. Darauf, dass dieser Ansatz rasch an Grenzen stößt, ist oben bereits hingewiesen worden²¹².

Vielfach werden die hinter den genannten Ansätzen stehenden Gedanken miteinander kombiniert. Die heute in der wissenschaftlichen Literatur wohl überwiegende Meinung hat sich auf einen Kompromiss verständigt und will das kompetentielle Beziehungsmuster zwischen Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung, mal mehr zum funktionell-rechtlichen, mal mehr zum materiell-rechtlichen Ansatz tendierend, in seiner Gesamtheit als „offenes System“²¹³ begreifen. Dabei sind die Überlegungen, die in Rechtsprechung

²⁰⁸ BVerfGE 133, 377.

²⁰⁹ E. Haas, FS Landwehr, hrsg. von F. Drecktrah u. D. Willoweit, 2016, S. 443; B. Rüthers, Wer herrscht über das Grundgesetz?, FAZ Nr. 268 vom 18. November 2013, S. 7, der sich, bezogen auf BVerfGE 133, 377 ff., die Frage stellt: „Wer hat die politische Gestaltungs- und Normsetzungsmacht im demokratischen Rechtsstaat? Das Parlament oder das Bundesverfassungsgericht?“.

²¹⁰ Vgl. aus der Literatur etwa Ph. Dann, Der Staat 49 (2010), S. 630 (642); B. Grzeszick, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (63); O. Lepsius, JZ 2009, S. 260 (261); Ch. Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation, in: M. Jestaedt u. a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 386; deutlich bereits W. Hoffmann-Riem, DVBl. 1999, S. 657 (667); A. Scherzberg, DVBl. 1999, S. 356 (366).

²¹¹ Siehe zur Diskussion näher K. Schlaich/S. Koriath, Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, S. 385 ff., m. w. N.

²¹² Siehe oben, Text bei Kapitel I, Fn. 197 ff.

²¹³ H.-P. Schneider, NJW 1980, S. 2111; K. Schlaich/S. Koriath, Bundesverfassungsge-

und Literatur zur näheren Entfaltung der Beschaffenheit dieses – möglicherweise euphemistisch so bezeichneten – offenen „Systems“ angestellt werden, rechtsvergleichend informiert. Die deutsche Literatur kennt die einschlägigen Topoi, die in der amerikanischen Debatte diskutiert werden. Gemeint sind die aus der US-amerikanischen Verfassungsrechtslehre überlieferten Begriffe des *judicial restraint*²¹⁴ und – damit nahezu untrennbar verknüpft²¹⁵ – der *political question doctrine*²¹⁶. Nicht nur die Spezialliteratur hat sie zur Kenntnis genommen, auch in vielen Standardwerken werden sie zumindest beiläufig angesprochen²¹⁷. Sogar das Bundesverfassungsgericht hat sich in den 1970er Jahren aus Anlass der Grundlagenvertrags-Entscheidung des zweiten Senats ausdrücklich zum *judicial (self-)*²¹⁸ *restraint* be-

richt, 11. Aufl. 2018, S. 387; *A. Voßkuhle*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck (Begr.), GG, Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 42.

²¹⁴ *J. Nowak/R. Rotunda*, Constitutional Law, 8. Aufl. 2010, S. 13; siehe ferner *H. J. Abraham*, *The Judicial Process*, 7. Aufl. 1998, S. 385 ff.; *J. Daley*, in: T. Campbell/J. Goldsworthy (Hrsg.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, 2000, S. 279 ff.; *M. A. Graber*, *New Introduction to American Constitutionalism*, 2013, S. 104 ff.; *E. T. Lee*, *Judicial Restraint in America*, 2011; *D. Luban*, 44 *Duke L.J.* 450–461 (1994); *S. A. Lindquist/F. B. Cross*, *Measuring Judicial Activism*, 2009, S. 141 ff.; *R. A. Posner*, 59 *Ind. L.J.* 1–24 (1983); *ders.*, *The Federal Courts*, 1985, S. 198–222; *ders.*, 100 *Calif. L. Rev.* 520–521 (2012); *Z. Shemtob*, 21 *B.U. Int. L.J.* 61–84 (2011); *J. C. Wallace*, 50 *Geo. Wash. L. Rev.* 1–16 (1981); *J. H. Wilkinson III*, *Cosmic Constitutional Theory*, 2012, S. 104 ff.; *J. E. Wyszynski, Jr.*, 1989 *Det. C.L. Rev.* 121–129; siehe außerdem die Beiträge bei *S. C. Halpern/C. M. Lamb* (Hrsg.), *Supreme Court Activism and Restraint*, 1982.

²¹⁵ *G. F. Schuppert*, DVBl. 1988, S. 1191; siehe außerdem *Th. Millet*, 23 *Santa Clara L. Rev.* 759 (1983); *D. Novak*, in: *S. C. Halpern/C. M. Lamb* (Hrsg.), *Supreme Court Activism and Restraint*, 1982, S. 77 f., der die gerichtliche Vermeidung solcher „politischer“ Fragen, die besser durch den demokratischen Prozess zu entscheiden seien, als eines von vier Kernelementen des *judicial restraint*-Gedankens bezeichnet.

²¹⁶ Siehe *R. E. Barkow*, 102 *Colum. L. Rev.* 237–336 (2002); *J. Nowak/R. Rotunda*, *Constitutional Law*, 8. Aufl. 2010, S. 125 ff.; *N. Feldman/K. M. Sullivan*, *Constitutional Law*, 20. Aufl. 2019, S. 59 ff.; *L. Tribe*, *American Constitutional Law*, 3. Aufl. 2001, S. 365 ff.; kritisch bis ablehnend *E. Chemerinsky*, *Principles and Policies*, 5. Aufl. 2015, S. 135 ff.; *R. B. Jackson*, 44 *U. Colo L. Rev.* 501 (1973) („fundamentally at odds with the notion of checks and balances“); *M. S. Paulsen*, 83 *Minn. L. Rev.* 1377–1378 (1999) („free-form principle of pseudo-restraint“); *M. H. Redish*, 79 *Nw. U. L. Rev.* 1059–1061 (1985).

²¹⁷ Siehe die Nachweise unten, Fn. 252.

²¹⁸ In der deutschen Verfassungsrechtsprechung (siehe nachf. Fn. 219) und „Rezeptionsliteratur“ (vgl. etwa *K. Schlaich/S. Korioth*, *Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl. 2018, S. 385) ist überwiegend von *judicial „self“-restraint* die Rede. Das birgt insoweit die Gefahr eines Missverständnisses, als „self“-restraint statt auf eine heteronome, d.h. verfassungsrechtlich gesollte, auf eine autonom auferlegte Zurückhaltung hindeutet (vgl. *K. Lange*, *Jus* 1978, S. 1 f. [„Zurückhaltung des BVerfG gegenüber dem Spiel der politischen Kräfte ist ... verfassungsrechtlich geboten; sie ist darüber hinaus ein Gebot der Klugheit, wenn die Autorität des Gerichts nicht zerschossen werden soll.“]; aus der US-Literatur siehe etwa *J. C. Wallace*, 50 *Geo. Wash. L. Rev.* 1 [1981] [“judicial restraint is dictated by the Con-