

Peter Graf Kielmansegg

## Die Instanz des letzten Wortes

Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung  
in der Demokratie

STIFTUNG  
BUNDESPRÄSIDENT-  
THEODOR-HEUSS-  
HAUS



STIFTUNG  
BUNDESPRÄSIDENT-  
THEODOR-HEUSS-  
HAUS

THEODOR-HEUSS-GEDÄCHTNIS-VORLESUNG 2004

Peter Graf Kielmansegg

## Die Instanz des letzten Wortes

Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung  
in der Demokratie



## THEODOR-HEUSS-GEDÄCHTNIS-VORLESUNG

Aus Anlass des Todestages von Theodor Heuss, der am 12. Dezember 1963 verstorben ist, veranstalten die Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus und die Universität Stuttgart alljährlich eine Theodor-Heuss-Gedächtnis-Vorlesung. Zum Andenken an den ersten Präsidenten der Bundesrepublik Deutschland referiert eine herausragende Persönlichkeit der Wissenschaft oder des öffentlichen Lebens über ein Thema der Zeitgeschichte. Die Vorlesung steht in der Tradition der öffentlichkeitswirksamen Rede, mit der Theodor Heuss ein spezifisches und für die Nachfolger in seinem Amt verpflichtendes Zeichen setzte. Sie ehrt zugleich den Hochschuldozenten Heuss, der von 1920-1933 als Dozent an der „Deutschen Hochschule für Politik“ und 1948 als Honorarprofessor für politische Wissenschaften und Geschichte an der Technischen Hochschule Stuttgart lehrte.

## Peter Graf Kielmansegg

Prof. Dr. Peter Graf Kielmansegg, 1937 in Hannover geboren, gehört zu den profiliertesten Politikwissenschaftlern der Bundesrepublik Deutschland. Er studierte an den Universitäten Bonn, Kiel und Tübingen Rechtswissenschaften und Geschichte, ging 1963 als Wissenschaftlicher Assistent an die Technische Hochschule Darmstadt, verbrachte ein Studienjahr in Oxford und wurde 1964 zum Dr. phil. promoviert. Nach seiner Habilitation erhielt er 1971 einen Ruf an die Universität zu Köln; eine Gastprofessur führte ihn an die Georgetown University in Washington, D.C. Von 1985 bis 2004 forschte und lehrte Graf Kielmansegg als Professor für Politische Wissenschaft an der Universität Mannheim. Seit 2003 ist er Präsident der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Er ist Autor zahlreicher Studien zur Entwicklung und Theorie der Demokratie sowie zur jüngeren deutschen Geschichte.

Trotz ihres hohen Ansehens sind Verfassungsgerichte im demokratischen Staat in ihrer Funktion und Bedeutung noch immer umstritten: Was tut ein Verfassungsgericht, wenn es die Verfassung „auslegt“? Woraus beziehen Verfassungsgerichte, deren Richter von den Bürgern nicht zur Verantwortung gezogen werden können, in der Demokratie ihre Legitimität? Was ist ihre Funktion im politischen Prozess und wie erklärt sich ihr bemerkenswert hohes Ansehen in der Öffentlichkeit? In einer subtilen Analyse gibt Peter Graf Kielmansegg Antworten auf diese Fragen. Er deutet die Verfassungsrechtsprechung als „sekundäre Verfassungsgebung“, das heißt: den Verfassungsgerichten ist ein Teil der an sich dem Volk vorbehaltenen verfassungsgebenden Gewalt anvertraut. In der Verfassungsgerichtsbarkeit kulminiert die für demokratische Verfassungsstaaten konstitutive Spannung zwischen Volkssouveränität und Souveränität des Rechts. Verfassungsgerichte entlasten den demokratischen Prozess, indem sie „streitfreien Raum“ abstecken. Durch sie tritt dem demokratischen Modus der Konfliktentscheidung ein ganz anderer Modus gegenüber: Ihre gerichtsförmig verfasste Autorität entspricht dem geheimen Verlangen der Demokratie nach Selbstkorrektur und lässt, etwa im Sinne des antiken Ideals der „gemischten Verfassung“, ein aristokratisches Element in der Demokratie zum Vorschein kommen.







## Die Instanz des letzten Wortes

### Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung in der Demokratie

I

Die Ehe zwischen der Demokratie und dem Verfassungsstaat ist, das darf man gut 200 Jahre nach dem Eintritt des demokratischen Verfassungsstaates in die Geschichte wohl sagen, eine glückliche. Aber es ist eine Ehe. Und was für jede Ehe gilt, gilt auch für diese: Es gibt nicht nur Harmonie, es gibt auch Spannungen. Etwas anders formuliert: Das demokratische Prinzip – alle Gewalt geht vom Volk aus – und das Verfassungsprinzip – alle Staatsgewalt soll rechtsgebunden ausgeübt werden – sind im demokratischen Verfassungsstaat eine sehr erfolgreiche Symbiose eingegangen. Mehr noch: Die Erfahrung gerade des 20. Jahrhunderts spricht dafür, dass sie, jedenfalls unter Bedingungen der Modernität, nur miteinander überleben können, die Demokratie nur in verfassungsstaatlicher Gestalt und der Verfassungsstaat nur auf demokratischem Fundament. Aber wie es in der Symbiose zwei verschiedene Lebewesen sind, die sich miteinander verbinden, so muss auch der demokratische Verfassungsstaat als die Synthese zweier verschiedener Grundprinzipien verstanden werden, zwischen denen keine prästabilisierte Harmonie herrscht.

Dabei sind durchaus unterschiedliche Mischungs- und Verbindungsverhältnisse möglich – demokratietylogische Überlegungen könnten an diesem Punkt ansetzen. Und es mag durchaus sein, dass die Varianz umso größer wird, je weiter der Siegeszug, den die Demokratie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts angetreten zu haben scheint, sie über den Globus führt.

Von allen Faktoren, die das „Mischungs- und Verbindungsverhältnis“ beeinflussen, ist vermutlich die Existenz oder Nichtexistenz eines Verfassungsgerichtes der bedeutendste. Verfassungsgerichtsbarkeit, so kann man es oft lesen, stelle die Krönung, den Schlussstein des Verfassungsstaates dar. In der Tat: Das Prinzip der Bindung aller staatlichen Gewalt an das Recht vollendet

sich in der Rechtsbindung auch des Gesetzgebers, der Bindung auch und gerade der rechtsetzenden Gewalt an ein Recht höheren Ranges, die Verfassung. Und diese Bindung wiederum ist nur dann wirklich eine Bindung, wenn es eine Instanz gibt, die sie gegenüber dem Gesetzgeber geltend zu machen vermag. Eben das ist die Kernkompetenz der Verfassungsgerichtsbarkeit, und nur um diese Kernkompetenz soll es hier gehen: Verfassungsgerichte haben die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung zu gewährleisten. Sie erfüllen diese Aufgabe mit Hilfe der Befugnis, verfassungswidrige Gesetze zu annullieren. Mit eben dieser Kernkompetenz ist die Verfassungsgerichtsbarkeit aber nicht nur Schlussstein und Krönung des Verfassungsstaates, sondern zugleich auch die Institution, in welcher die dem Doppelwesen demokratischer Verfassungsstaat eigentümliche Spannung zwischen Verfassungsprinzip und Demokratieprinzip am sichtbarsten zutage tritt. Diese Spannung wird uns im folgenden beschäftigen.

Genau genommen birgt schon die Idee des Vorrangs der Verfassung vor dem Gesetz als solche das Problem.<sup>1</sup> Aber es bricht erst mit der Institutionalisierung des Vorrangs in Gestalt der Verfassungsgerichtsbarkeit wirklich auf. Drei Schritte werden zu tun sein. In einem ersten Schritt wird die Problematik der Institution Verfassungsgerichtsbarkeit im Spannungsfeld der beiden konstitutiven Prinzipien des demokratischen Verfassungsstaates schärfer herauszuarbeiten sein. Die Frage wird zu stellen sein: Was tut eine Instanz eigentlich, die die Verfassung verbindlich auslegt? Es muss sichtbar werden (und diese Frage kann es sichtbar machen): Dass Demokratien sich überhaupt auf Verfassungsgerichtsbarkeit eingelassen haben, ist alles andere als selbstverständlich. In der Bundesrepublik mit ihrer, alles in allem, sehr erfolgreichen Verknüpfung von Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit ist das etwas in Vergessenheit geraten. In einem zweiten Schritt wird dann zu prüfen sein, ob das Nicht-Selbstverständliche theoretisch stimmig gemacht werden kann; ob, heißt das, Verfassungsgerichtsbarkeit argumentativ überzeugend in die Demokratie eingebettet werden kann. Es fehlt natürlich nicht an Versuchen, das zu tun. Wir werden sie in Augenschein nehmen müssen. Theoretisch schlüssige Lösungen des Spannungsverhältnisses erklären freilich noch nicht die bemerkenswerte Tatsache, dass in einer wachsenden Zahl von Demokratien ein Gericht als Instanz des letzten Wortes im politischen Raum nicht nur (fast) widerspruchlos hingenommen wird, sondern sich allgemeiner Zustimmung und allgemeinen Vertrauens erfreut. Sie wird uns in einem dritten

Schritt beschäftigen. Es ist anzunehmen, dass Argumentationsstrategien zur Rechtfertigung von Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie im zweiten Schritt erörtert werden, für die Bereitschaft einer weiten Öffentlichkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit zu akzeptieren und Verfassungsgerichten zu vertrauen, wenig bedeutsam sind. Diesen drei Schritten vorangestellt ist eine kurze historische Betrachtung, die die Ursprünge des modernen demokratischen Verfassungsstaates in den Revolutionen des ausgehenden 18. Jahrhunderts ins Auge fasst und in diesen Ursprüngen sowohl auf die Anfänge der Verfassungsgerichtsbarkeit als auch auf den demokratischen Vorbehalt gegen Verfassungsgerichtsbarkeit stößt.

## II

Logisches Denken vorausgesetzt stellt sich die Frage, wie denn die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung gewährleistet werden könne, unausweichlich von dem Augenblick an, in dem Verfassung und Gesetz gedanklich klar voneinander unterschieden werden und der Verfassung ein Geltungsvorrang vor dem Gesetz zugesprochen wird. Tatsächlich war der Gedanke des Vorranges des Verfassungsrechts vor dem Gesetzesrecht in den Verfassungsdebatten der beiden epochalen demokratischen Revolutionen des späten 18. Jahrhunderts, der amerikanischen und der französischen, die sich ja beide wesentlich in Akten der Verfassungsgebung verwirklichten, in aller Klarheit präsent. Die Verfassung wurde als ein Rechtsgehäuse begriffen, in dem sich die verfassten Gewalten, also auch der Gesetzgeber, zu bewegen haben würden. Damit war die Frage nach der Kontrolle des Gesetzgebers aufgeworfen, und sie wurde auch erörtert. Aber weder diesseits noch jenseits des Atlantiks entschied man sich für ein Gericht als Kontrollinstanz. Zweite Kammern, also Gewaltenteilung innerhalb der Legislative, oder ein suspensives Veto der Exekutive, des Präsidenten im amerikanischen Fall, des Königs im Fall der französischen Verfassung von 1791, waren die Mittel der Wahl. Und es ging dabei auch mehr um die Kontrolle der Legislativmacht im allgemeinen als um die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen im besonderen.<sup>2</sup>

Durch diese Parallele darf man sich freilich nicht täuschen lassen. Im französischen Fall war das Nein zu einer gerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers,

ganz ausdrücklich ausgesprochen gegenüber dem von Sieyès in die Verfassungsberatungen von 1795 eingebrachten Vorschlag einer „jurie constitutionnaire“, ein endgültiges, auf die Überzeugung vom Vorrang des Volkssouveräns, die sich im Gesetz artikuliere, gegründet. Für die französischen Revolutionäre war es, was immer die Logik des Verfassungsstaates verlangen mochte, eben doch undenkbar, dass die eben erst souverän gewordene Nation, die durch die Nationalversammlung handelte, sich einem Richterspruch unterwerfen könnte. Und so ist es bis 1971 geblieben. Im amerikanischen Fall, vor dem Hintergrund einer ganz anderen Geschichte, ließ das Schweigen der Verfassung die Frage einfach nur offen, und innerhalb von weniger als zwei Jahrzehnten wurde sie bekanntlich zugunsten des Kontrollrechtes der rechtsprechenden Gewalt im allgemeinen und des Supreme Court als letzter Instanz im besonderen entschieden.

Wie man weiß, war es ein Akt judikativer Usurpation, der die moderne Verfassungsgerichtsbarkeit begründete. Im Jahr 1803 sprach sich der Supreme Court in der berühmten Entscheidung *Marbury vs. Madison* das Recht, ja die Pflicht, Gesetze am Maßstab der Verfassung zu messen und gegebenenfalls für verfassungswidrig zu erklären, selbst zu.<sup>3</sup> Aber diese richterliche Selbstermächtigung konnte sich auf eine schon etablierte verfassungsstaatliche Tradition, die sie stützte, ihr jedenfalls nicht entgegenstand, berufen. Der Gedanke, dass ein Gemeinwesen sich auf eine kodifizierte Verfassung zu gründen habe und dass diese kodifizierte Verfassung natürlich auch den Gesetzgeber binde, hatte im kolonialen Amerika feste Wurzeln geschlagen. Für die Vorstellung, dass die Gerichte die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu prüfen hätten, kann man das nicht sagen. Aber ganz fremd war auch diese Vorstellung dem kolonialen Amerika nicht. Es gab Beispiele. Und eines der bekanntesten, wenn auch sicher nicht einflussreichsten Mitglieder des Verfassungskonventes von Philadelphia, Alexander Hamilton, hat in den „*Federalist Papers*“, also im unmittelbaren Anschluss an die Beratungen des Konventes, während der Ratifizierungsdebatten, nachdrücklich die These vertreten, die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze sei die einzige Möglichkeit, die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung zu sichern.<sup>4</sup> Sie sei, so muss man ihn lesen, implizit auch von der Verfassung gewollt. Seine Argumentationsweise legt die Vermutung nahe, dass seine These bei seinen Lesern gewiss nicht unumstritten war, aber auch nicht einfach als abwegig erschien.

Das Schweigen der Verfassung wird also tatsächlich nicht als ein klares Votum des Verfassungsgebers gegen richterliche Normenkontrolle gelesen werden dürfen. Gleichwohl: Die Entscheidung des Supreme Court von 1803 war ein Akt der Selbstermächtigung. Dass er kaum auf Widerspruch stieß, bleibt erstaunlich, auch wenn man die verfassungsstaatliche Tradition der Gemeinwesen des kolonialen britischen Nordamerika in Rechnung stellt.

Zwei Gründe mögen dabei eine Rolle gespielt haben. Zum einen hat in der amerikanischen Verfassungsdiskussion, wie sie sich in den „Federalist Papers“ spiegelt, die Furcht vor dem Missbrauch der Mehrheitsmacht, Demokratiefurcht, wie man handfester wohl auch sagen könnte, eine besondere Rolle gespielt. Das Problem legislativer, nicht etwa exekutiver Tyrannei war ein Zentralthema dieser Debatte; die „Federalist Papers“ erklärten die Gefahr legislativen Machtmissbrauchs zur Hauptschwäche des „popular government“. Gewiss, in den „Federalist Papers“ sprach sich ein Parteistandpunkt aus, aber eben doch ein Parteistandpunkt von großem Gewicht – er dominierte die Verfassungsdebatte. Je entschiedener man von der Notwendigkeit einer Kontrolle der gewählten legislativen Mehrheit überzeugt war, desto einleuchtender wurde der Gedanke, sie einer nichtgewählten Instanz anzuvertrauen.

Der zweite Grund: Die USA wurden, anders als etwa Frankreich, als Bundesstaat gegründet, sie waren der erste moderne Bundesstaat überhaupt. Im Bundesstaat stellt sich unabweisbar die Aufgabe, legislative Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Gliedstaaten zu entscheiden, das heißt Gesetze des Bundes wie der Gliedstaaten an den Kompetenzverteilungsnormen der Bundesverfassung zu messen und gegebenenfalls für mit ihnen unvereinbar zu erklären.<sup>5</sup> Es liegt sehr nahe, auch wenn es nicht zwingend ist, für diese Aufgabe an eine neutrale Schiedsinstanz, also ein Gericht zu denken. Damit aber ist die Tür mehr als nur einen Spalt breit geöffnet. Der Gedanke umfassender Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung durch ein Gericht kann sich durch diesen breiten Spalt leicht hereindrängen.

Wie auch immer: Richterliche Normenkontrolle, „judicial review“, wurde von diesem frühen Zeitpunkt an ein ganz selbstverständlicher, im Grundsatz unumstrittener Teil der amerikanischen Verfassungspraxis. Nachgeahmt aber wurde die amerikanische „Erfindung“ kaum. Der Triumphzug der Verfas-

sungsgerichtsbarkeit – und von einem solchen muss man inzwischen in der Tat sprechen – in der Welt der Demokratien hat erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts begonnen.<sup>6</sup> Ihre Skepsis bewahrt haben sich vor allem die älteren traditionsreichen Demokratien, die skandinavischen Staaten,<sup>7</sup> die Niederlande, die richterliche Normenkontrolle von Verfassungen wegen bis heute explizit verbieten (Art. 120), die Schweiz, die sich auf das für Bundesstaaten gebotene Minimum, die Überprüfung von gliedstaatlichen Gesetzen an der Bundesverfassung, beschränkte; über lange Zeit auch Frankreich, wo es dann freilich unter dem Regime der Fünften Republik zu dramatischen Veränderungen kam. In Großbritannien sind mangels einer kodifizierten Verfassung auch nur die formalen Voraussetzungen für eine Verfassungsgerichtsbarkeit nie gegeben gewesen.

Deutschland, die Bundesrepublik Deutschland, führt mit seiner Gründungsentscheidung für ein kompetenzenreiches Verfassungsgericht den Triumphzug an. Viele der jungen, sich neu konstituierenden Demokratien der zweiten Jahrhunderthälfte haben sich das Bundesverfassungsgericht zum Vorbild genommen. War es in der frühen amerikanischen Debatte wesentlich die „Demokratiefurcht“, die die Suche nach Möglichkeiten der Kontrolle der gesetzgebenden Gewalt bestimmte, so wurde im Durchbruch und Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg vor allem die Diktaturerfahrung wirksam – in Deutschland wie in Italien, in Spanien wie in Griechenland, in so gut wie allen ostmitteleuropäischen Demokratien, um nur die wichtigsten Beispiele zu nennen. Man kann das so deuten, dass Diktatur, totalitäre Herrschaft weniger als Demokratieverlust denn als Rechtsverlust erfahren und verarbeitet wird, weshalb die Herrschaft des Rechts in einem umfassenden Sinn als einer zusätzlichen, letztinstanzlichen Sicherung bedürftig erscheint.

Unter allen einschlägigen Entwicklungen ist die schon angesprochene französische vielleicht das eindringlichste Indiz dafür, dass Verfassungsgerichtsbarkeit tatsächlich auf einem unaufhaltsamen Vormarsch ist. Gegen alle französische Tradition, gegen das tief in der politischen Kultur Frankreichs verwurzelte Dogma, dass ein „gouvernement des juges“ mit der Souveränität der Nation unvereinbar sei, hat sich in der Fünften Republik eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit, ausgeübt vom Conseil constitutionnel, herausgebildet.<sup>8</sup> Gewiss, dabei haben Zufälle eine Rolle gespielt. Und wie im amerikanischen

Fall war ein kühner Akt der Selbstermächtigung – hier des Conseil constitutionnel – entscheidend. Aber trotzdem ist die junge Institution Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich weithin akzeptiert – das ist das Bemerkenswerte, das Aussagekräftige an dieser Entwicklung.

### III

Was tun Verfassungsgerichte eigentlich? Je präziser die Antwort auf diese Frage ausfällt, desto deutlicher wird sichtbar, dass in Verfassungsgerichten die für den demokratischen Verfassungsstaat konstitutive Spannung zwischen Verfassungsprinzip und Demokratieprinzip tatsächlich kulminiert. Noch einmal also: Was tun Verfassungsgerichte eigentlich? Ist Verfassungsgerichtsbarkeit wirklich Gerichtsbarkeit? Der Form nach gewiss – Verfassungsgerichte sind als Gerichte verfasst und treffen ihre Entscheidungen justizförmig. Das ist, wie noch zu zeigen sein wird, alles andere als bedeutungslos. Aber was für Entscheidungen treffen sie? Ist das Nötige und Treffende gesagt, wenn man antwortet: Wie alle Gerichte legen auch die Verfassungsgerichte Rechtsnormen aus, um aus ihnen Entscheidungen für konkrete Streitfälle abzuleiten?

Die Parallele führt in die Irre. Die „Auslegung“ der Verfassung ist etwas grundlegend anderes als die Auslegung des Gesetzes. Das hat zum einen damit zu tun, dass die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Gewaltenteilungssystem eine ganz andere ist als die der Gerichtsbarkeit. Zum andern damit, dass Verfassung und Gesetz zwei höchst unterschiedliche Aggregatzustände des Rechts sind. Beide Gesichtspunkte bedürfen der Erläuterung. In der Gewaltenteilungsordnung sind die Gerichte dem Gesetzgeber eindeutig nachgeordnet. Die Bindung des Richters an das Gesetz ist abgesichert durch eine effektive Unterordnung der Gerichte unter den Gesetzgeber. Das heißt: Die legislative Gewalt vermag die judikative Gewalt prinzipiell mit dem Instrument des Gesetzes zu steuern. Das Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Verfassungsgesetzgeber ist ein ganz anderes. Zwar sind Verfassungsgerichte natürlich an die Verfassung gebunden und folglich dem Verfassungsgesetzgeber nachgeordnet. Aber die Parallele ist nur eine scheinbare. Der Gesetzgeber ist im Prinzip jederzeit handlungsfähig und aktiv. Das parlamentarische System ist geradezu darauf angelegt, dass handlungsfähige Mehrheiten sich im Par-



lament nicht nur von Fall zu Fall bilden, sondern verlässlich, stetig verfügbar sind. Die Bedingungen der Möglichkeit, den Vorrang der gesetzgebenden vor der rechtsprechenden Gewalt tatsächlich geltend zu machen, sind systemisch gewährleistet. Mit der verfassungsändernden Gesetzgebung verhält es sich ganz anders. Die einschlägigen Regeln zielen darauf ab, die Änderung der Verfassung zu erschweren, die Verfassung dem Zugriff gesetzgebender Mehrheiten zu entziehen. Die Verfassung ist das eine Gesetz, das gerade nicht einfach zur Disposition der Politik steht und stehen soll. Handlungsfähigkeit in Sachen verfassungsändernde Gesetzgebung muss immer gegen die Logik des politischen Alltags geschaffen werden. Das gibt der Auslegungsinstanz eine einzigartige Stellung. Sie ist tatsächlich „Instanz des letzten Wortes“ (Josef Isensee). Die gesetzgebende Gewalt vermag die rechtsprechende in dieser besonderen Relation nicht wirklich zu steuern. Der Verfassungsgesetzgeber, so will es das Regelwerk des Verfassungsstaates, kann nur ausnahmsweise intervenieren.

Das gilt umso mehr, je höher die Hürden für die verfassungsändernde Gesetzgebung sind. In den USA etwa sind sie extrem hoch. In mehr als 200 Jahren hat es nur 27 Änderungen, „amendments“, der amerikanischen Verfassung gegeben. Und es ist dem Verfassungsgesetzgeber nur viermal gelungen, die verfassungsauslegende Instanz, den Supreme Court, durch eine Verfassungsänderung gezielt zu überspielen.<sup>9</sup> In der Bundesrepublik sind Verfassungsänderungen sehr viel häufiger, die Hürden sind weniger hoch. Aber auch in Deutschland haben wir die Erfahrung gemacht, dass verfassungsändernde Mehrheiten, Mehrheiten, zu denen Regierung und Opposition zusammenfinden müssen, nur sehr schwer zusammenzubringen sind, sobald etwas auf dem Spiel steht. Und so soll es ja auch sein. Das aber bedeutet: Die Auslegungsinstanz ist in hohem Maß autonom.

Das zweite Argument lautete, Verfassung und Gesetz seien zwei höchst unterschiedliche Aggregatzustände des Rechts. Gewiss: Jeder Richter „legt aus“. Aber er tut das im Regelfall eingebunden in ein dichtes System, ein engmaschiges Netz von ganz überwiegend präzisen Normen – Generalklauseln sind die Ausnahme;<sup>10</sup> eingebunden zudem in Konsistenzzwänge, die sich aus der hierarchischen Ordnung der Auslegungsinstanzen wie auch aus ihrem Nebeneinander ergeben. Die Spielräume jeder einzelnen Auslegungsinstanz sind begrenzt.

Ganz anders bei der „Auslegung“ der Verfassung. Die Verfassung ist, jedenfalls in ihrem Grundrechtsteil, aber keineswegs nur in ihrem Grundrechtsteil, ein Gesetz, das aus Generalklauseln besteht. Verfassungsauslegung ist folglich ein Prozess der fortlaufenden Konkretisierung konkretisierungsbedürftiger Normen. Die Verfassung, um es pointiert zu sagen, entsteht im Zuge ihrer Konkretisierung durch Auslegung. Der Verfassungsstaat ist, wie Ernst Rudolf Huber es gelegentlich formuliert hat, notwendig Verfassungsauslegungsstaat.<sup>11</sup> Konkretisierung heißt: Es wird nicht durch Deduktion aus den Generalklauseln des Verfassungsrechts hergeleitet, was in ihnen und durch sie schon vorentschieden ist, vielmehr wird in der Konkretisierung der Verfassungssätze gerade das entschieden, was durch sie noch nicht entschieden ist. In der Verfassung, so kann man es auch formulieren, ist nicht mehr als ein normatives Potential angelegt, das erst durch konkretisierende Entscheidungen geltungswirksam gemacht werden muss. Es muss zwischen verschiedenen – nicht beliebig vielen, aber doch mehreren – Optionen der Konkretisierung gewählt werden, von denen keine durch logische Operationen als die dem Text oder dem Sinn der Verfassung gemäßere oder gar einzig gemäßere erwiesen werden kann.

Besonders augenfällig wird das, wenn Minderheitenvoten vorgelegt werden dürfen, wie das beim Supreme Court und seit 1970 auch beim Bundesverfassungsgericht der Fall ist. Da stehen sich Konkretisierungsoptionen oft in scharfem, ja polemischem Kontrast gegenüber, über die nicht nach den Regeln der deduktiven Logik befunden werden kann, obschon gerade dissentierende Minderheiten oft der Versuchung erliegen, die von ihnen verfochtene Auslegungsoption nicht nur als die plausiblere sondern – mit großer Schärfe – als die unter vernünftigen Menschen einzig denkbare zu verfechten. In aller Regel ist sie genau das nicht, weil es die „unter vernünftigen Menschen einzig denkbare“ Auslegungsoption da, wo überhaupt ausgelegt werden muss, eben nicht gibt.

Man muss sich nur wenige Schlüsselsätze des Grundgesetzes – von dem hier nur exemplarisch die Rede ist, für andere Verfassungen gilt grundsätzlich nichts anderes – in Erinnerung rufen, um deutlich zu erkennen, dass es in seinem normativen Kern ein aus Generalklauseln zusammengefügtter Rahmen ist, von dem ohne Konkretisierungsentscheidungen keine Wirkung ausgehen kann: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen

Ordnung“ (Art. 6); „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“ (Art. 14); „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“ (Art. 20); und selbst für eine so technisch klingende Verfassungsnorm wie „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln“ (Art. 33) gilt das gleiche. Immer stellt sich die Frage: Was folgt daraus? Und nie lässt sich diese Frage durch logisch zwingende Deduktionen beantworten, sondern immer nur durch die – freilich begründungspflichtige – Wahl einer von mehreren, häufig höchst unterschiedlichen Konkretisierungsoptionen.

Natürlich gibt es andere Sätze: „Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold“ (Art. 22); „Der Bundestag tritt spätestens am dreißigsten Tage nach der Wahl zusammen“ (Art. 39). Aber, noch einmal: Die normative Substanz der Verfassung findet sich nicht in präzisen Sätzen dieser Art. Die Dynamik der Entwicklung geht von den substanzreich-unpräzisen Normen aus. Es sind, anders formuliert, in aller Regel eher die wesentlichen als die zweitrangigen Normen der Verfassung, die der Auslegung durch Konkretisierung bedürfen. Das gilt übrigens auch für die Staatsorganisationsnormen, ungeachtet ihres prinzipiell höheren Präzisionsgrades. Wie, um beim Grundgesetz zu bleiben, die Verfassung die Kompetenzen zwischen Bund und Ländern verteilt und wann der Bundespräsident den Bundestag auflösen darf, das ergibt sich eben nicht eindeutig aus der Verfassung: Konkretisierungsentscheidungen, die so oder auch anders getroffen werden können, sind unumgänglich.

Die Quintessenz des Argumentes lässt sich in eine kurze Formel fassen: Verfassungsrechtsprechung ist die kontinuierliche Ausübung verfassungsgebender Gewalt in justizförmigem Verfahren. Woodrow Wilson, der bekanntlich Professor der Politikwissenschaft war, bevor er Präsident der USA wurde, hat es genau so gesagt: Der Supreme Court sei eine verfassungsgebende Versammlung in Permanenz.<sup>12</sup> Wie denn überhaupt die prägnantesten Formulierungen in dieser Sache von Amerikanern stammen, Amerikanern, die sehr genau wussten, wovon sie reden. Von Charles E. Hughes, Chief Justice in der kritischen Periode von 1930–1941, stammt der viel zitierte Satz. „The Constitution is what the judges say it is.“<sup>13</sup> Und Justice Felix Frankfurter hat diesen Satz noch einmal zugespitzt: „The Supreme Court is the Constitution.“<sup>14</sup> Aber auch im Blick auf das Bundesverfassungsgericht hat Rudolf Smend schon in

seiner Rede zum zehnjährigen Geburtstag des Gerichtes (1962) gesagt: „Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt.“<sup>15</sup> Und in einer neueren rechtsvergleichenden Monographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit heißt es ganz allgemein, Verfassungsgerichte seien Kündler, nicht Hüter der Verfassung.<sup>16</sup> Das ist deutlich genug. Selbst die pointiertesten dieser Formeln treffen die Wirklichkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit fraglos viel besser als die ihnen widersprechenden Versuche, die es natürlich auch gibt, Verfassungsrechtsprechung als richterlichen Vollzug von Entscheidungen, die der Verfassungsgeber schon getroffen habe, zu deuten.<sup>17</sup>

Eine Gegenfrage bleibt noch zu stellen: Hängt es nicht doch vom Selbstverständnis der Richter und von der gewählten Auslegungsmethode ab, ob Verfassungsgerichte zu Verfassungsgebern werden oder nicht?<sup>18</sup> Insbesondere in den USA wird diese Debatte immer wieder mit Leidenschaft geführt. Sie entzweit oft den Supreme Court selbst. Aber die Vorstellung, durch richterliche Zurückhaltung, durch strenge Orientierung am Wortlaut der Verfassung und an der nachweisbaren Intention der ursprünglichen verfassungsgebenden Gewalt könne der Verfassungsrichter sich den Zwängen (die natürlich auch Versuchungen sind) zur Rechtsschöpfung entziehen, ist illusionär. Der Wortlaut legt sich eben nicht selbst aus, jedenfalls nicht über die Selbstverständlichkeit hinaus, dass „Auslegung“ nicht zu Ergebnissen führen kann, die in explizitem, eindeutigen Widerspruch zum Wortlaut stehen.<sup>19</sup> Ohne die Entscheidung für eine von mehreren Konkretisierungsoptionen geht es, um das noch einmal zu sagen, gerade im normativen Kern der Verfassung nicht ab. Die Hoffnung, man könne diese Entscheidung dadurch vermeiden oder objektivieren, dass man „historisch“ auslegt, ist eine Selbsttäuschung. Es gibt den eindeutigen, eindeutig ermittelbaren Willen der ursprünglichen verfassungsgebenden Gewalt nicht.<sup>20</sup> Es gibt eine Fülle von – oft genug widersprüchlichen – Motiven politischer Akteure, die am Ende nur darin übereingestimmt haben, dass sie mehrheitlich diesen und keinen anderen Wortlaut in Geltung gesetzt haben. Womit wir wieder beim Wortlaut, der sich nicht selbst auslegt, angelangt sind. Damit ist das Thema Auslegungsmethoden natürlich nicht für bedeutungslos erklärt. Gesagt ist nur: Keine Auslegungsmethode kann bewirken, dass „auslegen“ nicht immer auch bedeutet, „etwas in die Verfassung hineininterpretieren“.

Im übrigen gilt natürlich: Es gibt keine Antworten der ursprünglichen verfassungsgebenden Gewalt auf Fragen, die sie sich nicht gestellt hat, nicht stellen konnte. Je älter eine Verfassung wird, desto hilfloser wird deshalb die „historische“ Methode. Sollen Verfassungsgerichte nur auf Fragen Antworten geben dürfen, die sich schon die verfassungsgebende Gewalt gestellt hat, so könnte man Verfassungen nur dadurch vor Irrelevanz bewahren, dass man eine verfassungsgebende Gewalt in Permanenz institutionalisiert, die die anderen, die neuen Fragen durch explizite Verfassungsergänzung beantwortet. Wie man sich das vorstellen soll und was damit gewonnen wäre, steht hier nicht zur Erörterung. Für unsere Zwecke genügt es, den Befund festzuhalten: Verfassungen gewinnen Geltungsmacht durch „Auslegung“. Und Auslegung ist notwendig, so oder so, ein Prozess der Fortschreibung.

Das gilt prinzipiell für jede Verfassung. Dass alle Verfassungen durch Auslegungsentscheidungen konkretisiert werden müssen, um geltungsmächtig werden zu können, heißt freilich nicht, dass alle Verfassungen für die „Interpretationsherrschaft“ (Otwin Massing) durch die verbindlich auslegenden Gerichte die gleichen Voraussetzungen böten. Zwar sind reine Organisationsstatute, die der Auslegungsmacht am wenigsten Spielraum lassen, als moderne Verfassungen kaum noch denkbar. Aber Grundrechtskataloge, das Hauptfeld der Auslegungsarbeit, können sehr unterschiedlich ausfallen, knapp, konzentriert, traditionsorientiert oder auch ausgreifend, üppig, wortreich. Ebenso können Verfassungen, was Staatsziele, Aufträge an den Gesetzgeber, Verpflichtungen des Gemeinwesens, in dieser oder jener Weise tätig zu werden, angeht, zurückhaltend, asketisch oder wiederum „vielversprechend“ im exakten Wortsinn angelegt sein. Diese Unterschiede entscheiden darüber, wieviel Interpretationsmacht den auslegenden Gerichten anvertraut ist. In Michael Oakeshotts Terminologie: Teleokratische Verfassungen geben den Verfassungsgerichten mehr Macht als nomokratische.

Die Bestimmung der Verfassungsgerichtsbarkeit als Ausübung verfassungsgebender Gewalt in justizförmigem Verfahren bedarf freilich einer bedeutsamen Qualifizierung. Um diese Qualifizierung zunächst auf einen Begriff zu bringen: Verfassungsrechtsprechung ist „sekundäre“ Verfassungsgebung. Was soll das heißen? Der Zusatz sekundär macht zum einen darauf aufmerksam, dass der Verfassungsgesetzgeber mit dem Recht zur Änderung des Wortlauts der Verfassung dem Gericht, das die Verfassung auslegt, vorgeordnet bleibt.

So hoch die Hürden auch sein mögen, die seinem Tätigwerden entgegengesetzt sind, so wenig er folglich als ein regulärer Mitspieler angesehen werden kann – es gibt ihn. Im übrigen verfügt er, anders als das Gericht, nicht nur über den Wortlaut, er hat auch, anders als das Gericht, das Initiativrecht. Selbst in den Vereinigten Staaten hat er, davon war schon die Rede, im direkten Zusammenstoß mit dem Gericht gelegentlich den Sieg davongetragen.

Der Zusatz „sekundär“ erinnert, zweitens, daran, dass der Text der Verfassung der verfassungsgerichtlichen Konkretisierung vorgegeben ist. Sie muss, heißt das, einen argumentativen Bezug zu diesem Text herstellen. Und dieser argumentative Bezug muss, nicht in jedem Einzelfall und für jeden, aber doch in der Regel, nachvollziehbar sein, er muss plausibel sein, wenn die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit sich nicht selbst in Frage stellen will. In diesem Sinne ist das Gericht dann doch notwendig eine textgebundene und eine argumentierende Instanz, eben weil es ein Gericht ist. Dabei hat Plausibilität zwei Dimensionen: Das Gericht muss auf der einen Seite eine aufmerksame, zur Kritik geneigte Fachöffentlichkeit, die vor allem den Argumentationsgang prüft, auf der anderen Seite die allgemeine, politische Öffentlichkeit, die vor allem auf das Entscheidungsergebnis reagiert, überzeugen. Es bewegt sich zudem bei der argumentativen Verknüpfung seiner Entscheidung mit dem vorgegebenen Text nicht auf freiem Feld, sondern in einem Raum, der durch eine – in der Regel – ausdifferenzierte verfassungsrechtliche Dogmatik vorstrukturiert ist.<sup>21</sup>

Alles in allem: Es ist durchaus geboten, der Beschreibung von Verfassungsgerichten als verfassunggebende Instanzen ein qualifizierendes Attribut hinzuzufügen. Aber wenn das gesagt ist, bleibt es doch dabei: Die Interpretationsherrschaft<sup>22</sup>, die Verfassungsgerichte über die Verfassung ausüben, kann angemessen nur als die Praktizierung verfassunggebender Gewalt in Permanenz verstanden werden.

Diese These an der Rechtsprechung der großen Verfassungsgerichte zu veranschaulichen, wäre nicht schwierig. Im Rahmen dieser Argumentationsskizze muss es bei einigen wenigen illustrierenden Stichworten bleiben. Die Rechtsprechung des Supreme Court zur Rassenfrage ist vielleicht das Paradeexempel schlechthin für den Satz „The constitution is what the judges say it is“.<sup>23</sup> Der Supreme Court hat im Verlauf eines guten halben Jahrhunderts aus

dem gleichen Verfassungstext die Erlaubtheit wie das Verbot der Rassentrennung und schließlich auch noch das Gebot zu ihrer aktiven Überwindung herausgelesen. Er hat sich, heißt das, im Zeitablauf nicht nur für verschiedene, sondern für entgegengesetzte Optionen der Interpretation des Textes entschieden.<sup>24</sup> Er hat in die ihrem Wortlaut nach eindeutig prozessuale Rechtsschutzklausel des amendment XIV („nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law“) einen weitreichenden materiellen Eigentumsschutz hineingelesen und an ihm zunächst die Versuche Franklin D. Roosevelts, durch wirtschaftsregulierende und sozialstaatliche Gesetzgebung die Weltwirtschaftskrise zu bekämpfen, scheitern lassen, schließlich aber doch, ohne dass auch nur ein Wort des Verfassungstextes geändert worden wäre, dem Staat weitgehend freie Hand zur Intervention eingeräumt.<sup>25</sup> Er hat in das gleiche amendment XIV ein Recht auf eine geschützte private Lebenssphäre hineingelesen, das sich im Wortlaut des Artikels nicht einmal andeutungsweise findet. Und aus diesem Recht wiederum ein Recht auf Abtreibung herausinterpretiert – da ist die Grenze dessen, was allenfalls noch Konkretisierung genannt werden könnte, zugunsten einer eigenschöpferischen Weiterentwicklung der Verfassung evident überschritten.<sup>26</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat auf dem schmalen Fundament des einen Satzes „Die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk ist gewährleistet“ in immer neuen Anläufen ein imposantes System verfassungsrechtlicher Vorgaben für die Ordnung des Rundfunks errichtet.<sup>27</sup> Das Rundfunkverfassungsrecht der Bundesrepublik ist im wesentlichen Richterrecht. Wie durch die verbindliche Auslegung der Verfassung ganz neues Verfassungsrecht geschaffen wird, ist an diesem Beispiel besonders gut zu studieren. Wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 5 Abs.1 Satz 2 GG ist auch die Rechtsprechung zu Art. 6 Abs.1 GG, die Entwicklung eines vom Gericht dem Staat auferlegten Kataloges von Pflichten, für die Familie tätig zu werden, ein Musterbeispiel für die machtvolle Konkretisierung einer Grundnorm der Verfassung, Konkretisierung aber nicht im Sinn deduktiver Explikation, die nicht möglich ist, sondern der Wahl von Konkretisierungsoptionen, zu denen es auch Alternativen gab und weiterhin gibt.<sup>28</sup>

Eine dritte Illustration: Durch Gesetz sei sicherzustellen, dass die unterschiedliche Finanzkraft der Länder angemessen ausgeglichen werde, sagt Art. 107 Abs.2 Satz 1 des Grundgesetzes, die Basisnorm des Länderfinanzaus-

gleichs. Was das bedeutet, ist nur durch Fortschreibung der Verfassung zu entscheiden. Es war das Verfassungsgericht, das, von den streitenden Ländern immer häufiger angerufen, der Sache nach die Verfassung auch in diesem Punkt fortgeschrieben hat.<sup>29</sup> Mehr als „nur“ Fortschreibung war die Einfügung eines vom Gericht postulierten neuen Grundrechtes, des Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung, in die Verfassung.<sup>30</sup> Und als eine förmliche Korrektur der Verfassung wird man das Urteil verstehen müssen, das out-of-area-Einsätze der Bundeswehr für zulässig erklärte, sie aber von der Zustimmung des Parlamentes abhängig machte.<sup>31</sup> Natürlich hätte jedes dieser beispielhaft angeführten Urteile auch anders ausfallen können. Aber das heißt eben nur: Es gibt keine zwingend „richtige“ Auslegung der Verfassung. Es heißt nicht, dass Auslegung ohne Entscheidungen, die neues Verfassungsrecht schaffen, möglich wäre.

Der Europäische Gerichtshof, um noch ein drittes Beispiel zu nennen, ist gewiss ein Sonderfall unter den Verfassungsgerichten, insofern er eine werdende Verfassung auslegt. Aber die These ist keineswegs abwegig, dass gerade dieser Sonderfall überdeutlich sichtbar macht, was Verfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Kern ist. Die werdende Verfassung Europas ist in hohem Maße vom Europäischen Gerichtshof mitgeschaffen. Der Europäische Gerichtshof ist es im besonderen, der letztlich über die Verteilung der Kompetenzen zwischen der Union und den Mitgliedsstaaten entscheidet, die in der europäischen Föderation noch viel mehr als in traditionellen Bundesstaaten die Schlüsselfrage des Verfassungssystems ist. Und er entscheidet darüber angesichts der Eigenart des europäischen Primärrechts mit einem ungewöhnlich weiten Ermessensspielraum. Man kann ihn mit dieser Gestalterrolle im Prozess des Werdens einer Verfassung, pointiert formuliert, durchaus als das Verfassungsgericht par excellence verstehen.<sup>32</sup>

Noch einmal: Der kurze Blick auf die Rechtsprechung dreier herausragender Verfassungsgerichte sollte unsere These nur veranschaulichen, nicht systematisch belegen. Aber auch Veranschaulichung vermag die Plausibilität des theoretischen Argumentes zu erhöhen. Der Befund ist eindeutig: Man verfehlt die Realität, wenn man die Verfassungsgerichtsbarkeit im Montesquieu'schen Gewaltenteilungsschema kommentarlos der dritten, der rechtsprechenden Gewalt zuordnet, die doch nach Montesquieu „en quelque façon nul“ ist, sie dort gleichsam versteckt. Sie setzt Recht, das alle anderen Gewalt



ten, den Gesetzgeber eingeschlossen, bindet. Rechtsprechende Gewalt ist die Verfassungsgerichtsbarkeit nur dem *modus operandi*, nicht ihrer Stellung und Funktion im Gewaltenteilungssystem nach. Der Sache nach handelt es sich um eine eigenständige vierte Gewalt, die Verfassungsgewalt zu nennen nicht unangemessen wäre. Ihre Funktion lässt sich so bestimmen: Alle öffentliche Gewalt agiert im Verfassungsstaat in einem rechtlich eingegrenzten Raum. Die Verfassungsgewalt ist die Gewalt, die die rechtlichen Grenzen des Handlungsspielraums der anderen Gewalten im Streitfall durch Auslegung der Verfassung definiert. Ihr besonderer Rang ergibt sich daraus, dass sie *mit* der Autorität der Verfassung handelt, alle anderen Gewalten aber *unter* der Autorität der Verfassung.

Hat die Verfassungsgewalt deshalb die Suprematie unter den vier Gewalten? Kann man im gewaltenteilenden Verfassungsstaat überhaupt von der Suprematie einer Gewalt sprechen? Das ist ein neues, diese Argumentationsskizze sprengendes Thema. Die Behauptung von der Suprematie der Verfassungsgerichtsbarkeit ließe sich jedenfalls nicht allein mit dem Hinweis auf den Vorrang des Rechts, das es setzt, begründen. Denn das stärkste Gegenargument – Verfassungsgerichte haben in aller Regel keine Initiativmacht, sie können nicht von sich aus in den Prozess der Politik eingreifen – bleibt davon unberührt. Diesem Argument kommt mehr Gewicht zu als dem – vor allem in der amerikanischen Literatur seit den „Federalist Papers“ immer wieder auftauchenden – Hinweis auf die Möglichkeiten des Gesetzgebers (nicht des Verfassungsgesetzgebers), sich gegen das Verfassungsgericht zu wehren. Es gibt solche Möglichkeiten, weil in der Regel sowohl die Organisation als auch die Kompetenzen von Verfassungsgerichten partiell in einfachen Gesetzen geregelt sind. Aber tatsächlich ist der Zugriff auf diese Möglichkeiten im allgemeinen sehr heikel und deshalb eingeschränkt, weil richterliche Unabhängigkeit in der westlichen Verfassungstradition ein hoch bewertetes Gut ist.<sup>33</sup>

Übrigens kann man die Geschichte der Institutionalisierung von Verfassungsgerichtsbarkeit durchaus als eine Geschichte der allmählichen Verselbständigung von Verfassungsgerichtsbarkeit zu einer vierten Gewalt verstehen. Verfassungsgerichtsbarkeit entsteht, wie wir gesehen haben, in einem „Usurpationsakt“ der dritten Gewalt und bleibt im amerikanischen Modell auch Kompetenz der dritten Gewalt. Jedes Gericht hat das Recht und die Pflicht, die Verfassungsmäßigkeit der Normen, die für die Entscheidung des anstehen-

den Falles bedeutsam sind, zu prüfen und über sie zu befinden. Das Oberste Gericht ist hervorgehoben nur dadurch, dass seine Entscheidung die abschließende, letztinstanzliche ist. Verfassungsauslegung ereignet sich, bis hin zur letzten Instanz, im regulären Justizbetrieb. Die vierte Gewalt ist in dieser Verwirklichungsform in der Tat institutionell ganz und gar in der dritten „versteckt“. Sie wird „implizit“ ausgeübt.

Die österreichische Verfassung von 1920 hat zum ersten Mal die Verfassungsgerichtsbarkeit institutionell verselbständigt, hat die verbindliche Auslegung der Verfassung einem Spezialgericht anvertraut und nur ihm. Diesem Vorbild sind die im 20. Jahrhundert geschaffenen Verfassungsgerichtsbarkeiten weit hin nachgebildet, auch die des Grundgesetzes, mit der der Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit recht eigentlich beginnt. Zwar ist in Deutschland die konkrete Normenkontrolle, die weitaus mehr Gesetze auf den Prüfstand bringt als die abstrakte, als Zusammenspiel der allgemeinen Gerichtsbarkeit mit der Verfassungsgerichtsbarkeit konzipiert. Jedes Gericht prüft die Verfassungsmäßigkeit der entscheidungsrelevanten Gesetze und kann Zweifel anmelden. Das erinnert an das amerikanische Modell. Aber nur das Bundesverfassungsgericht entscheidet, nur ein höchstes Gericht also legt die Verfassung verbindlich aus, und dieses Gericht ist kein allgemeines Revisionsgericht, sondern ein Gericht mit der besonderen Aufgabe, die Geltung der Verfassung zu sichern. Auch in der deutschen Variante impliziert das österreichische Modell mithin eine Art von stillschweigendem Eingeständnis, dass die Gewalt, die die Verfassung verbindlich auslegt, eine eigenständige vierte Gewalt ist.

Frankreich hat eine interessante dritte Variante gewählt, weil es sich mit seiner Demokratietradition weder auf die amerikanische Lösung eines allgemeinen richterlichen Prüfungsrechtes noch auch auf die österreichische – vielleicht weniger angreifbare, aber immer noch provozierende – der Institutionalisierung einer eigenständigen vierten Gewalt einlassen mochte. Im Conseil constitutionnel ist Normenkontrolle zwar eigenständig institutionalisiert, aber die Kontrolle ist als Teil des Gesetzgebungsprozesses konzipiert. Nur vor ihrer Verkündung können (in bestimmten Fällen gilt: müssen) Gesetze dem Verfassungsrat zur Überprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit vorgelegt werden. Gegebenenfalls wird also eine Gesetzesvorlage verworfen, nicht ein Gesetz; einmal verabschiedete Gesetze sind dem Zugriff des Verfassungsra-

tes definitiv entzogen. So lässt sich das Votum des Verfassungsrates als ein verbindlicher Rat verstehen, der dem Gesetzgeber vor seiner endgültigen Entscheidung erteilt wird. Der Sache nach praktiziert natürlich auch der Conseil constitutionnel in bestimmter Weise zurückgenommene verfassungsgerichtliche Normenkontrolle. Auch er schafft kontinuierlich in justizförmigem Verfahren Verfassungsrecht.

#### IV

Wenn es richtig ist, dass Verfassungsgerichte verfassunggebende Gewalt in Permanenz ausüben, dann drängt sich die Frage auf: Wie lässt sich das rechtfertigen? Wie lässt sich die „Verfassungsgewalt“ argumentativ in die Legitimitätsdogmatik des demokratischen Verfassungsstaates einfügen? Die verfassunggebende Gewalt ist nach dem Selbstverständnis der modernen Demokratie der ursprünglichste, der unmittelbarste Ausdruck der Volkssouveränität, ihr Kern. In der verfassunggebenden Gewalt des Volkes hat die Legitimationskette der Demokratie letztlich ihre Verankerung. Wie lässt es sich begründen, dass ein wesentlicher Teil der verfassunggebenden Gewalt auf eine als Gericht verfasste Instanz übertragen wird, eine Instanz also, die sehr weitgehend aus dem Prozess der demokratischen Willensbildung ausgegliedert, ja geradezu gegen ihn abgeschirmt ist?

Wer die Übertragung eines Teils der verfassunggebenden Gewalt auf ein Gericht mit guten Gründen rechtfertigen will, hat prinzipiell die Wahl zwischen zwei Argumentationsstrategien. Ich nenne diese Strategien harmonisierend und kontrastierend. Sie finden sich beide in der Literatur, manche Autoren verknüpfen sie auch relativ unbefangen. Harmonisierende Argumentationsstrategien versuchen Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip miteinander zu versöhnen, die Spannung zwischen dem Demokratieprinzip und der Institution Verfassungsgerichtsbarkeit aufzulösen. Kontrastierende Argumentationsstrategien versuchen ihre guten Gründe gerade aus der vorausgesetzten Spannung, in der das demokratische Prinzip und die verfassunggebende Macht eines Gerichtes zueinander stehen, zu gewinnen.

Um mit den harmonisierenden Argumenten zu beginnen: Alexander Hamilton hat in den „Federalist Papers“ dort, wo er das Recht der Gerichte postuliert,

Gesetze für verfassungswidrig zu erklären (Nr.78), einen ersten Versuch unternommen.<sup>34</sup> Gerichte hätten den Volkswillen, wie er in der Verfassung niedergelegt sei, gegen die Repräsentanten zu verteidigen, wenn die bei der Ausübung der ihnen anvertrauten Gesetzgebungsmacht die Verfassung missachteten. Weitergehend noch: Sie hätten den Volkswillen, so wie er in der Verfassung Ausdruck gefunden habe, gegen „a momentary inclination“ einer Mehrheit von Wählern zu schützen; denn nur durch förmliche Verfassungsänderung könne der Volkswille sich als neuer „Verfassungswille“ artikulieren.

In beiden Varianten des Argumentes wird die Befugnis der Richter, Gesetze für nichtig zu erklären, damit gerechtfertigt, dass sie eben dadurch die Souveränität des Volkes zur Geltung brächten, sei es gegen die Repräsentanten, sei es gegen Stimmungen des Augenblicks im Volke selbst. Hamilton, so kann man seinen Text lesen, scheint sich der Überzeugungskraft seines Argumentes freilich selbst nicht ganz sicher gewesen zu sein. Warum sollte gerade ein unabhängiges Gericht als Anwalt und Stellvertreter des Volkssouveräns fungieren? Um das Argument stark zu machen, stärker, als es bei Hamilton ist, müsste man es wohl so formulieren: In einem demokratisch gegründeten Verfassungsstaat kann die Verfassung als Kodifizierung des aufs Prinzipielle, auf die Schaffung dauerhafter Fundamente des Gemeinwesens gerichteten Volkswillens verstanden werden.<sup>35</sup> Ihn von dem auf die politischen Entscheidungen des Tages, sie mögen von Repräsentanten oder von den Bürgern selbst getroffen werden, gerichteten Volkswillen zu unterscheiden und ihm eine höhere demokratische Dignität zuzusprechen, ist durchaus nicht unplausibel (was nicht heißt, dass damit das Paradox des Vorrangs der Vergangenheit vor der Gegenwart gänzlich aufgelöst ist<sup>36</sup>). Man kann dann in einem die Verfassung auslegenden Gericht den Agenten des „Verfassungswillens“ des Volkes sehen. Die plausible Unterscheidung zwischen einem konstitutionellen und einem ephemeren, zwischen, wie gelegentlich nicht ganz glücklich auch formuliert wird, einem strategischen und einem taktischen Volkswillen, liefert aber noch keine schlüssige Verknüpfung der Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Demokratieprinzip. Denn das Problem besteht ja gerade darin, dass der „Verfassungswille“ des Volkes der ständigen Konkretisierung durch Entscheidung bedarf. Und dass diese Entscheidungen dort, wo es Verfassungsgerichtsbarkeit gibt, einer Instanz anvertraut sind, die nicht an den Volkssouverän rückgebunden ist. Auch da, wo Parlamente bei der Bestellung von Verfassungsrichtern eine Schlüsselrolle spielen, gilt ja: Sind sie bestellt, so sind

sie – durch ihren Status als Richter – gegen alle Einwirkungen von Parlamenten oder Wählern abgeschirmt. Verfassungsgerichte sind eben nicht einfach Exekutoren des „Verfassungswillens“ des Volkes, sie sind selbst eine zweite, sekundäre Quelle des Verfassungsrechts. Das Argument endet da, wo es angesetzt hat.

Überzeugender ist der Vorschlag, Stimmigkeit zwischen Demokratieprinzip und Verfassungsgerichtsbarkeit dadurch herzustellen, dass Verfassungsgerichtsbarkeit konsequent in den Dienst des Demokratieprinzips gestellt wird.<sup>37</sup> Verfassungsgerichte haben nach dieser Konzeption nur noch eine Aufgabe: die Offenheit und Fairness des demokratischen Prozesses zu überwachen und zu sichern, nicht aber auf die Ergebnisse dieser Prozesse Einfluss zu nehmen. Sie legitimieren sich durch ihre Arbeit an dieser Aufgabe, sie delegitimieren sich, sobald sie die Grenzen ihres Auftrages überschreiten. Offenbar muss, wenn dieser Vorschlag greifen soll, ein schutzwürdiger von einem nicht schutzwürdigen Teil der Verfassung abgegrenzt werden. Nur wenn der schutzwürdige Teil eng definiert wird, ist etwas gewonnen. Denn wird er nicht eng definiert, ist es ohne große Mühe möglich, fast jede denkbare Norm einer demokratischen Verfassung, insbesondere auch noch die opulentesten Grundrechts- und Staatszielkataloge in all ihren Teilen auf Offenheit und Fairness des demokratischen Prozesses zu beziehen. Die Argumentationsstrategie liefe dann ins Leere. Durch eine enge Definition des Schutzbereiches aber wird die Verfassung auch in ihrem normativen Kern zweigeteilt. Es dürfte schwierig sein, die Schutzwürdigkeit bestimmter Normen im Unterschied zu anderen allein aus ihrem Bezug zum demokratischen Prozess herzuleiten. Jedenfalls aber wäre der Preis, der für diesen Versuch der Harmonisierung zu zahlen wäre, beträchtlich – von den praktischen Schwierigkeiten seiner Umsetzung ganz abgesehen.

Neben diesen anspruchsvollen Harmonisierungsversuchen gibt es auch noch ein ganz einfaches Argument, das Beachtung verdient. Verfassungsgerichtsbarkeit sei dadurch demokratisch legitimiert, dass sie akzeptiert werde, „Anerkennung“ finde. Natürlich gilt David Humes Maxime „All government rests on opinion“ auch für Verfassungsgerichte. Sie müssen respektiert werden, um Wirksamkeit entfalten zu können. Und sie werden in erstaunlichem Maß respektiert – davon wird noch zu reden sein. Aber Akzeptanz ist zunächst einmal nur ein Faktum, kein Argument, das Verfassungsgerichtsbarkeit mit

der Demokratienorm kompatibel macht. Die Demokratienorm schreibt legitimierende Wirkung nur einer Zustimmung, die nach anerkannten Regeln erteilt wird und wirksam entzogen werden kann, zu. Sonst wäre auch die Diktatur Hitlers zeitweilig Demokratie gewesen.

Die harmonisierenden Argumentationsstrategien führen also nicht zu überzeugenden Ergebnissen. Und die kontrastierenden? Sie weisen in verschiedenen Argumentationsvarianten darauf hin, dass in der axiomatischen Grundlegung des demokratischen Verfassungsstaates Komponenten zusammengeführt werden, die sich eben nicht spannungsfrei verschmelzen lassen. Spannungen im normativen Fundament sind – ganz im Gegenteil – konstitutiv für den demokratischen Verfassungsstaat: Spannungen zwischen dem Demokratieprinzip und dem Verfassungsprinzip, zwischen „Volksouveränität“ und „Rechtssouveränität“ (René Marcic), zwischen herrschaftsbegründenden und herrschaftsbegrenzenden Normen, Spannungen zwischen dem Entscheidungsrecht der Mehrheit und Schutzrechten von Minderheiten. Spannung kann durchaus mit Komplementarität zusammenfallen, auch Komplementarität hat ja Nichtidentität zur Voraussetzung.

Eine eher formale, funktionale Beschreibung solcher spannungsreichen Komplementarität sieht so aus: Der demokratische politische Prozess ist im Kern ein institutionalisierter Konflikt. Damit der institutionalisierte, ritualisierte Konflikt zum Modus der Politik gemacht werden kann, müssen die Bedingungen der Möglichkeit kontinuierlichen gewaltfreien Streitens mindestens temporär streitfrei gestellt werden. Das ist evident für die Regeln, nach denen politische Konflikte ausgetragen und durch Entscheidungen abgeschlossen werden. Aber die Notwendigkeit der Entlastung des demokratischen Modus der Politik reicht weiter. Durch Verfassungen wird der streitfreie Raum abgesteckt. Da Verfassungen aber nur durch Auslegung wirksam werden können, da, etwas anders formuliert, nicht ein für allemal verbalisiert werden kann, was streitfrei zu stellen ist, bedarf es einer Instanz, die den streitfreien Raum immer wieder neu – fallbezogen – definiert. Eben diese Aufgabe erfüllen Verfassungsgerichte. Ihre Funktion ist also, so gesehen, die, den demokratischen politischen Prozess zu entlasten und dadurch zu stabilisieren.<sup>38</sup>

Normativ aufgeladen wird aus der spannungsreichen Komplementarität eine Kompensationsaufgabe des Verfassungsgerichtes. Schwächen des demokra-

tischen politischen Prozesses müssen ausgeglichen werden. Alexander von Brünneck hat diesen Gedanken zu einem geradezu enthusiastischen Plädoyer für eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelt.<sup>39</sup> Weil Mehrheiten ihre Mehrheitsmacht prinzipiell im eigenen Interesse nutzen und weil sie sie vor allem zur Erhaltung ihrer Machtstellung nutzen, bedarf es einer starken kompensatorisch wirkenden Gegenmacht. Und weil Mehrheiten im Zeitalter des demokratischen Sozialstaates ein außerordentlich reiches, vielfältiges Macht-Instrumentarium in der Hand haben, wird diese Gegenmacht dringlicher als in früheren Entwicklungsphasen der Demokratie gebraucht. Aus dieser Sicht ergibt sich ein weites Spektrum von Aufgaben für Verfassungsgerichte, vom Kampf gegen die Zukunftsvernachlässigung, die für demokratische Politik charakteristisch ist, bis hin zu Verteilungsentscheidungen zugunsten „notorisch vernachlässigter Minderheiten“.<sup>40</sup> Sie haben nicht nur verfassungswidriges Handeln zu unterbinden, sondern auch verfassungsgewolltes Handeln zu gebieten. Sie tragen eine umfassende kompensatorische Gemeinwohlverantwortung, und aus dieser Verantwortung wächst ihnen eine große Macht zu.

Es ist fraglich, ob diese Deutung der Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit die Balance zwischen der „Verfassungsgewalt“ und den anderen Gewalten zu wahren vermag. Als aktiver Mitgestalter des Gemeinwohls wird ein Gericht, dessen Entscheidungen verfassungsrechtlichen Rang haben, sehr schnell zur Vormacht im politischen Prozess, zu einer Vormacht, die ihren kompensatorischen Auftrag weitgehend frei ausdeuten kann. Da nützt es auch nichts, das Gericht, wie Brünneck es tut, auf eine progressive Interpretationsprogrammatische festlegen zu wollen. Weder faktisch noch normativ wird einer so verstandenen Verfassungsgerichtsbarkeit die Befugnis abzusprechen sein, selbst zu entscheiden, wo die kompensationsbedürftigen Schwächen des demokratischen Mehrheitsprinzips liegen. In dieser starken Version beantwortet die kontrastierende Argumentationsstrategie die Legitimitätsfrage also nicht, sie verschärft sie.

Es empfiehlt sich offenbar, auf eine schwächere Version zurückzugehen, auf den ursprünglichen Sinn des Verfassungsprinzips. Es steht in der Begründung des demokratischen Verfassungsstaates dem Demokratieprinzip als Prinzip der Begrenzung des Handlungsspielraums der Politik gegenüber. Die Grenzen des Handlungsspielraumes der Politik, besagt dieses Prinzip, werden nicht im Prozess der Politik selbst definiert, sie sind der Politik als ein Rechtsrahmen

vorgegeben. Der Rechtsrahmen, die Verfassung, kann sich aber gegenüber den politischen Akteuren, gegenüber dem Demokratieprinzip, um es noch einmal abstrakter zu formulieren, nicht selbst zur Wirksamkeit verhelfen. Das Demokratieprinzip ist seiner Natur nach das dynamischere. Es ist das Prinzip des Handelns, ist mit Akteuren, der Regierung, dem Parlament, den Parteien, dem Volk selbst auf dem Plan. Das Verfassungsprinzip hingegen muss erst durch einen Agenten handlungsfähig, reaktionsfähig gemacht werden.<sup>41</sup> Dieser Agent der Verfassung aber, das folgt aus der Logik von Prinzip und Gegenprinzip, darf nicht in den demokratischen Prozess eingebunden werden. Die verfassungsgebende Gewalt, darauf läuft es hinaus, wird um der Balance zwischen Demokratieprinzip und Verfassungsprinzip willen aufgeteilt – in eine primäre des Volkes, durch die das Prinzip der normativen Gebundenheit, der normativen Eingrenzung von Politik konstituiert wird, und eine sekundäre, in der dieses Prinzip handlungsfähig gemacht wird.

Das ist, bei Licht betrachtet, Montesquieu'sche Gewaltenteilung, die Montesquieu'sche Maxime, dass nur Macht Macht begrenzen könne, die Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit aus dem Geist Montesquieus – bei gleichzeitiger Preisgabe der Montesquieu'schen Dreiteilung. Eine zusätzliche Dimension der Macht, die verfassungsgebende Gewalt, ist in das Schema einbezogen und der Montesquieu'schen Maxime unterworfen.

Natürlich sind mit einer solchen argumentativen Operation die Balanceprobleme, von denen im Blick auf die These von der kompensatorischen Gemeinwohlverantwortung der Verfassungsgerichtsbarkeit die Rede war, nicht ein für allemal gelöst. Zwar entschärft sich die Gefahr einer Suprematie des Verfassungsgerichtes, wenn ihm nicht ein allgemeiner Auftrag der Mitgestaltung des Gemeinwohls, sondern nur der, die Grenzen des Handlungsspielraumes der Politik zu bewachen, zugesprochen wird. Aber sie verschwindet nicht. Man muss sich ihrer bewusst sein, bei der Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit wie in der Praxis der Verfassungsrechtsprechung. Davon, dass das Fehlen eines Initiativrechtes des Gerichtes für die Balance ganz entscheidend sei, war schon die Rede. Auch die Regelungen des Zugangs zum Gericht haben Bedeutung. Ebenso der Umstand, dass Verfassungsgerichte den Verfassungsgehorsam, den sie einfordern, nicht mit eigenen Mitteln erzwingen können; weniger noch als Gerichte im allgemeinen können sie ihren Sprüchen selbst Geltung verschaffen. Sie sind auf den Respekt der politischen Akteure



wie der Bürger angewiesen, müssen folglich immer die Gefahr im Auge behalten, ihn zu verspielen. Aber aller dieser Wirkungsschranken ungeachtet: Es hat sich gezeigt, dass es ohne Selbstbeschränkung der „Verfassungsgewalt“, auf welche Doktrinen und Usancen auch immer sie gegründet sein mag, keine einigermaßen stabile Balance gibt.

## V

Es bleibt im Rahmen unseres Vorhabens eine letzte Frage zu beantworten: Wie lässt es sich erklären, dass Demokratien sich auf die Ausübung verfassungsgebender Gewalt durch ein Gericht einlassen? Und wie, dass sie es immer bereitwilliger und in immer größerer Zahl tun? Es wäre ein Irrtum anzunehmen, die Antwort sei im vorangegangenen Abschnitt schon gegeben. Argumente, die Verfassungsgerichtsbarkeit schlüssig im normativen Fundament des demokratischen Verfassungsstaates zu verankern vermögen, sind für die faktische Akzeptanz von Verfassungsgerichtsbarkeit sicher nicht bedeutungslos. Aber man tut vermutlich gut daran, ihre Bedeutung nicht zu überschätzen. Der Sachverhalt bleibt erklärungsbedürftig, auch wenn die argumentative Arbeit getan ist.

Die Fakten sprechen eine eindeutige Sprache. Verfassungsgerichtsbarkeit wird da, wo sie etabliert ist, nicht nur nicht in Frage gestellt, allenfalls respektiert – sie genießt bei den Eliten wie in der breiten Öffentlichkeit hohes Ansehen. Demoskopische Daten belegen das da, wo sie vorliegen, eindrucksvoll. In Deutschland wie in den USA schneiden die Verfassungsgerichte bei der Frage nach dem Vertrauen in Institutionen weitaus am besten ab.<sup>42</sup> Sie behaupten einen stabilen ersten Platz, mit deutlichem Vorsprung vor den aus Wahlen hervorgehenden Verfassungsorganen. Auch Krisen des Vertrauens in das politische System überstehen sie besser als andere Institutionen. Noch bemerkenswerter sind die Daten für Frankreich. Ungeachtet des traditionellen französischen Misstrauens gegen das „gouvernement des juges“ ist der Conseil constitutionnel inzwischen die populärste Verfassungsinstitution der Fünften Republik. Vier von fünf Bürgern stimmen der Verfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Lande zu.<sup>43</sup> Noch einmal also: Wie lässt sich das bemerkenswert

hohe und bemerkenswert stabile Niveau der Zustimmung, die Verfassungsgerichtsbarkeit in vielen Demokratien findet, erklären?

Wir wissen darüber so gut wie nichts. Allenfalls Vermutungen lassen sich formulieren. Und es ist unwahrscheinlich, dass diese Vermutungen empirisch überprüfbar sind. Nur über ihre Plausibilität lässt sich diskutieren. Meine Hypothese lautet: Das auffallend starke Vertrauen in die Verfassungsgerichtsbarkeit ist zumindest auch als Ausdruck eines latenten Misstrauens gegen die Demokratie, genauer: gegen den demokratischen Modus der Entscheidung zu interpretieren. Warum ist der Demokratie, pointiert formuliert, ein Misstrauen gegen sich selbst immanent?

Eine mögliche Antwort ergibt sich, wenn wir die beiden Entscheidungsmodi, die hier in Rede stehen, einander gegenüberstellen. Idealtypisch lässt sich der demokratische Modus der Entscheidung für unsere Zwecke so beschreiben: Er ist als Konflikt von Interessen organisiert. Dieser Konflikt wird entschieden von Autoritäten, die selbst in ihn eingebunden sind, an ihm teilnehmen, die interessengebunden entscheiden, wobei das dominierende Interesse der politischen Akteure immer das der Behauptung oder Gewinnung der Regierungsmacht ist. Nicht-argumentative Machtressourcen sind letztlich ausschlaggebend, auch wenn Argumente in den Willensbildungsprozessen eine Rolle spielen (können). In der Entscheidungsregel ist das Recht des Stärkeren, wenn auch in sublimierter Form, nämlich gebunden an die normative Prämisse des gleichen Stimmrechtes aller Bürger, festgeschrieben.

Antithetisch ist der gerichtliche Modus der Entscheidung, wiederum idealtypisch, so zu kennzeichnen: Das Verfahren unterscheidet prinzipiell zwischen interessierten Petenten und interesseloser Entscheidungsautorität. Die Entscheidungsinstanz, heißt das, ist nicht selbst in den Konflikt involviert. Das Verfahren lässt nur ein Mittel der Einflussnahme auf die Entscheidung zu, das Argument; es ist ganz und gar auf argumentative Klärung einer Streitfrage hin angelegt. Die Entscheidungsregel bringt nicht das, wie auch immer sublimierte, Recht des Stärkeren zur Geltung, sondern orientiert sich an der Idee des Rechts des Richtigen.

Offenbar gibt es in Demokratien so etwas wie ein gegen sich selbst gekehrtes Bedürfnis nach diesem zweiten, nicht-demokratischen Modus der Konflikt-

schlichtung, nach Beteiligung einer Autorität, die die Demokratie mit den ihr eigentümlichen Verfahren gleichsam von sich selbst entlastet, am Prozess der Bestimmung dessen, was für alle gelten soll. Die Form der justiziellen Konfliktentscheidung ist wahrscheinlich die einzige, in der diesem Bedürfnis demokratiekompatibel entsprochen werden kann. Durch gerichtsförmig verfasste Autorität und nur durch gerichtsförmig verfasste Autorität vermag die Demokratie ihrem geheimen Verlangen nach Selbstkorrektur zu entsprechen.

Tocqueville hat diesen Gedanken bei Gelegenheit seiner Analyse der amerikanischen Demokratie in den 1830er Jahren in erstaunlicher Weise vorgedacht. Das 8. Kapitel im 2. Abschnitt des Bandes I seines zweibändigen Werkes „Über die Demokratie in Amerika“ trägt die Überschrift „Was zur Milderung der Mehrheitstyrannie beiträgt“. Tocqueville stellt in diesem Kapitel die Frage, wie es zu erklären sei, dass die amerikanische Demokratie nicht zur Mehrheitstyrannie entarte. Kern seiner Antwort ist die These, dass der politisch außerordentlich einflussreiche Juristenstand eine Art von aristokratischem Gegengewicht zur Herrschaft der Mehrheit, der großen Zahl darstelle. Und er fügt dieser These die Bemerkung an: „Der Stand der Rechtskundigen bildet die einzige aristokratische Gruppe, die sich mühelos mit den natürlichen Kräften der Demokratie mischen und mit ihr glücklich und dauerhaft zusammenarbeiten kann.“<sup>44</sup> Die Rechtskundigen, die Richter als die einzige demokratiekompatible Erscheinungsform der Aristokratie – das liegt ganz nahe bei meiner These vom justiziellen Verfahren als dem einzigen, durch das nicht-demokratisch legitimierte Autorität sich in der Demokratie an der verbindlichen Bestimmung des Gemeinwohls beteiligen kann.

Zugleich weist die Begrifflichkeit Tocquevilles aber auch über meine These hinaus. Tocqueville spricht in einem durchaus handfesten Sinn von Aristokratie, einer Aristokratie in der Demokratie. In der Formel „Aristokratie in der Demokratie“ ist in aller Deutlichkeit die alt-ehrwürdige Figur der gemischten Verfassung angesprochen, die im europäischen politischen Denken seit Aristoteles eine so wichtige Rolle gespielt hat. Tocqueville selbst hat sich bei seiner Deutung der amerikanischen Demokratie trotz seines Verweises auf das aristokratische Ingredienz, als das er den Juristenstand begriff, dieser Figur nicht explizit bedient. Am Ende meines Argumentationsganges drängt sie sich aber geradezu auf. Demokratien mit Verfassungsgerichtsbarkeit lassen sich in der Tradition des europäischen politischen Denkens als Ordnungen des

Typs „gemischte Verfassung“ verstehen. Zwei Ordnungsprinzipien unterschiedlicher, ja gegensätzlicher Provenienz werden miteinander verknüpft, um sich wechselseitig auszubalancieren, vor den Gefahren der Einseitigkeit, vor den Exzessen konsequentialistischer Logik zu bewahren und eben dadurch dem Gemeinwesen Stabilität zu sichern, die Stabilität des mittleren Weges – das ist das klassische Verständnis der gemischten Verfassung. Wenn dieser Gedanke im Zeitalter der Demokratie überhaupt noch fortlebt, dann doch wohl in der erstaunlichen Bereitschaft vieler – nicht aller – Demokratien, eine sekundäre verfassunggebende Gewalt einem Gericht anzuvertrauen.<sup>45</sup>

Theoder Heuss, an den diese Vorlesung alljährlich erinnert, hat als Bundespräsident früh die Erfahrung gemacht, dass gemischte Verfassungen spannungsreiche Verfassungen sind. In der zweiten Hälfte des Jahres 1952 – das Bundesverfassungsgericht hatte seine Arbeit gerade erst aufgenommen, der erbitterte politische Streit um die Wiederbewaffnung erreichte eben jetzt seinen Höhepunkt – erlag ein politischer Akteur nach dem anderen der Versuchung, das neugeschaffene Gericht ins hektische politische Spiel zu bringen: erst die Opposition mit einer Feststellungsklage, dann der Bundespräsident mit einem Gutachtensuchen, dann die Regierung mit einer Gegenfeststellungsklage, die Opposition und Bundespräsident austricksen sollte. Die Frage, die dem Gericht von allen Seiten, wenn auch in unterschiedlicher Absicht, gestellt wurde, die Frage, ob das Grundgesetz geändert werden müsse, um die Wiederbewaffnung möglich zu machen, überantwortete die entscheidende politische Weichenstellung der jungen Republik dem die Verfassung verbindlich auslegenden Gericht. Es war klar: Eine Zwei-Drittel-Mehrheit für die Wiederbewaffnung gab es im 1949 gewählten ersten Bundestag nicht. Adenauers Außenpolitik drohte also – zumindest im ersten Anlauf – das Scheitern. Dass Adenauer von 1953 an – vorübergehend – eine Zwei-Drittel-Mehrheit hinter sich haben würde, konnte 1952 niemand voraussehen.

Tatsächlich stellte dann doch nicht das Gericht, das zunächst einmal mit guten rechtlichen Gründen auf Zeit spielen konnte und den Instrumentalisierungsversuchen auswich, die Weichen, sondern der Wähler, für die junge Republik ganz sicher die bessere Lösung. Aber alle Beteiligten waren um eine wichtige Erfahrung reicher, die Erfahrung, dass eine gemischte Verfassung – Verfassungsgerichtsbarkeit in einem demokratisch verfassten Gemeinwesen – eingeübt werden müsse. Sie hatten alle, auch der Bundespräsident, auch

das Gericht selbst, Lehrgeld zahlen müssen. Theodor Heuss hat die Lektion auf dem Höhepunkt der, wie die Opposition es nannte, Verfassungskrise im Dezember 1952 in einer kurzen Rundfunkansprache in der für seine Rhetorik charakteristischen bedeutungsgeladenen Unbestimmtheit in die Worte gefasst: „Sie“ – gemeint waren das Gericht und das Staatsoberhaupt, aber die anderen Verfassungsorgane lassen sich unschwer einbeziehen – „müssen sich in den Staats- und Rechtsnotwendigkeiten zu begegnen verstehen.“<sup>46</sup> Was doch wohl heißt: Wenn ein demokratisch verfasstes Gemeinwesen, wie gut seine Gründe dafür auch sein mögen, einem Gericht sekundäre verfassunggebende Gewalt anvertraut, muss es in hohem Maße auf die politische Klugheit aller Akteure im Umgang mit dieser Verfassungskonfiguration vertrauen.



## Anmerkungen

- 1 Das wird deutlich, sobald man sich an der Aufgabe versucht, den Vorrang der Verfassung demokratietheoretisch schlüssig zu begründen. Tatsächlich sind nur pragmatische Antworten möglich. Dazu P. GRAF KIELMANSEGG: Das Verfassungsparadox.
- 2 Zu den Debatten in Frankreich W. VOGEL: Demokratie und Verfassung in der V. Republik, S. 73ff. Die Verfassungen von 1791 (Titel III, Kapitel V, Art. 3) und 1795 (Achter Titel, Art. 203) untersagten es den Richtern ausdrücklich, die Gültigkeit eines Gesetzes in Frage zu stellen. Für die Verfassung von 1793, die sich mit der Dritten Gewalt insgesamt schwer tat, verstand sich das von selbst. Zu den USA: R. ALLEWELDT: Die Idee der gerichtlichen Überprüfung von Gesetzen in den Federalist Papers; J. ELSTER: Limiting Majority Rule; M. MARCUS: The Founding Fathers, Marbury vs. Madison – And so What? Ferner G. STOURZH: Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit; DERS.: The Declaration of Rights, Popular Sovereignty and the Supremacy of the Constitution.
- 3 Zu Marbury vs. Madison P. IRONS: A People's History of the Supreme Court, Kap. 9.
- 4 THE FEDERALIST, Nr. 78. Zu Hamiltons Argumentation R. ALLEWELDT: Die Idee der gerichtlichen Überprüfung von Gesetzen in den Federalist Papers.
- 5 Der Verfassungskonvent, so das Urteil der Historiker, war sich wenn auch nicht über Verfassungsgerichtsbarkeit im allgemeinen so doch darüber einig, dass die Gerichte des Bundes berechtigt sein sollten, kompetenzüberschreitende Gesetze der Gliedstaaten für verfassungswidrig zu erklären.
- 6 Vor 1945, so R. WAHL: Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld, S. 45, habe es nur in den USA, der Schweiz, in Österreich und Irland Verfassungsgerichtsbarkeit unterschiedlichen Umfangs gegeben. Da implizite Normenkontrolle sich im Verfassungsstaat jederzeit, auch schleichend im Wege der Selbstermächtigung der Gerichte entwickeln kann, sind präzise Aussagen dieser Art nicht ganz einfach zu treffen.
- 7 § 14 / Kapitel 11 der schwedischen Verfassung zeigt anschaulich, dass einerseits die Idee der richterlichen Normenkontrolle auch in Skandinavien Boden gewinnt, andererseits die traditionellen Vorbehalte aber noch

fortwirken: Wenn es sich um Vorschriften des Reichstages oder der Regierung (!) handelt, soll die Normenkontrollbefugnis nur bei „offenbaren Fehlern“ wirksam werden. Damit können eigentlich nur eklatante Verfahrensfehler gemeint sein.

- 8 Dazu A. S. STONE: *The Birth of Judicial Politics in France*, und W. VOGEL: *Demokratie und Verfassung in der V. Republik*, IV/2.
- 9 J. ELY: *Democracy and Distrust*, S. 46. Siehe auch R. Baker: *The United States Congress Responds to Judicial Review*.
- 10 Richterrecht entsteht natürlich auch in anderen Bereichen der Rechtsprechung. In Deutschland sind bedeutende Teile des Arbeitsrechts das wichtigste Beispiel. Aber Richterrecht dieser Reichweite kann nur entstehen, wenn und weil der Gesetzgeber ein Feld freigibt. Er könnte von seiner Legislativmacht jederzeit Gebrauch machen. Für den Verfassungsgesetzgeber gilt das aus den dargelegten Gründen eben nicht.
- 11 E. R. HUBER: *Nationalstaat und Verfassungsstaat*, S. 195.
- 12 Zitiert nach R. MARCIC: *Die Deutung der Natur des Verfassungsgerichts*, S. 320. Marcic spricht ganz ähnlich von „Konstituante in Permanenz“, ebd., S. 322.
- 13 Zitiert nach P. IRONS: *A People’s History of the Supreme Court*, S. 260.
- 14 Zitiert nach P. HÄBERLE (Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 352.
- 15 R. SMEND: *Zwanzig Richter hüten das Grundgesetz. Zehn Jahre Bundesverfassungsgericht*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14. Februar 1962. Abgedruckt auch bei P. HÄBERLE (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 329-343.
- 16 A. v. BRÜNNECK: *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, S. 187.
- 17 In dem vor 30 Jahren erschienenen Sammelband P. HÄBERLE (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit*, kann man nachlesen, dass die hier vertretene Auffassung alles andere als neu und originell ist. Besonders deutlich hat M. DRATH formuliert: „Die Verfassungsgerichte haben geradezu die Aufgabe, in dem mehr oder minder weiten und lockeren Rahmen des Verfassungsrechts den *pouvoir constituant* auszuüben“ (S. 168). Ähnlich äußert sich in seinem bei HÄBERLE abgedruckten Beitrag H. KRÜGER (S. 353). R. MARCIC (S. 317) spricht von einer Aufteilung der gesetzgebenden Gewalt zwischen gesetzgebenden Körperschaften und dem Verfassungsgericht. Das ist zumindest ungenau – es geht um den *pouvoir constituant*. Man kann in



dem gleichen Band aber auch nachlesen, dass bedeutende Verfassungsrichter und Verfassungsrechtslehrer an der Gegenthese hartnäckig festhalten, Verfassungsgerichte interpretierten nur die Entscheidungen der verfassungsgebenden Gewalt, sie hätten nicht Teil an ihr. So E. FRIESENHAHN (S. 357), W. GEIGER (S. 452), K. HESSE (S. 369). Es ist natürlich kein Zufall, dass Verfassungsrichter das, was sie tun, im allgemeinen eher vorsichtig beschreiben. Die Bereitschaft auszusprechen, dass Verfassungsgerichtsbarkeit die Ausübung verfassungsgebender Gewalt ist, scheint aber zu wachsen. D. GRIMM: *Constitutional Adjudication and Democracy*, S. 206, etwa formuliert: „The norms which bind government are, in the process of interpretation, to a large extent made by the courts.“ Auch I. EBSEN: Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, und TH. WÜRTEMBERGER: Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechtes, äußern sich ähnlich eindeutig: Verfassungsgerichte schaffen Verfassungsrecht.

- 18 Zu den juristischen Auslegungslehren s. CH. STARCK: Die Verfassungsauslegung, und E. W. BÖCKENFÖRDE: Die Methoden der Verfassungsinterpretation.
- 19 Während O. DEPENHEUER: Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit? Verfassung und schriftlich fixierte Offenbarung, Verfassungsgericht und kirchliches Lehramt nebeneinander stellend die „lehramtliche Verwiesenheit auf das Wort“ betont, lässt J. ISENSEE: Arbeiter am Text: Philologen und Juristen, nicht einmal den Wortlaut als Auslegungsschranke gelten: „Der Wortlaut ist unvermeidlich Gegenstand der Auslegung. Damit entscheidet diese über ihre Grenzen selbst. Der Triumph der Auslegung über ihren Gegenstand ist vollständig“ (S. 54). Dieses elegante Argument übersieht aber, dass der Wortlaut auch denen verfügbar ist, die den Geltungsanspruch der Auslegung anerkennen müssen. Auslegung, die in eindeutigem Widerspruch zum Wortlaut steht, zerstört die Autorität der auslegenden Instanz.
- 20 Gäbe es ihn, so wäre die Frage immer noch unbeantwortet, warum er hier und heute gelten soll. Wenn der Vorrang der Verfassung demokratietheoretisch überhaupt befriedigend begründbar ist, dann jedenfalls nicht unter Bezugnahme auf den tatsächlichen Willen des historischen Verfassungsgebers.
- 21 Darauf verweist zu Recht besonders A. v. BRÜNNECK: Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, S. 45.
- 22 Interpretationsherrschaft meint zweierlei: Das Verfassungsgericht

beherrscht die Interpretation und es herrscht durch Interpretation. Im Zusammenhang mit der zweiten Bedeutung des Begriffs ist noch einmal an DEPENHEUERS Analogie zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und kirchlichem Lehramt zu erinnern (s. Anm. 19).

- 23 Siehe Anm. 13.
- 24 Dazu W. BRUGGER: Recht und Rasse in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung.
- 25 Dazu P. IRONS: A People's History of the Supreme Court, Kap. 23-25.
- 26 Dazu P. IRONS: A People's History of the Supreme Court, Kap. 32 und 33.
- 27 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 12, S. 205ff; 57, S. 295ff; 73, S. 118 ff; 74, S. 29 ff; 83, S. 238ff; 90, S. 60ff.
- 28 BVerfGE 99, S. 216 ff; 99, S. 246ff.
- 29 BVerfGE 86, S. 148ff; 101, S. 158ff.
- 30 BVerfGE 65, S. 1ff.
- 31 BVerfGE 90, S. 286ff.
- 32 I. HITZEL-CASSAGNES: Der europäische Gerichtshof: Ein europäisches Verfassungsgericht?
- 33 F. D. Roosevelts court-packing-Plan aus dem Jahr 1937 ist das bekannteste Beispiel für den Versuch einer politischen Majorität, sich mit den Mitteln der Gesetzgebung gegen ein Verfassungsgericht zu wehren. Roosevelts Ziel war es, durch eine Erhöhung der Zahl der Richter – sie war und ist nicht durch die Verfassung festgeschrieben – die Mehrheitsverhältnisse im Supreme Court zu verändern. Ob der Präsident für diesen Plan den Kongress (und die Bevölkerung) hätte gewinnen können, blieb offen, weil der Supreme Court selbst wenige Wochen nach Ankündigung von Roosevelts Absichten seinen Kurs korrigierte und seinen Widerstand gegen die New-Deal-Gesetzgebung aufgab.
- 34 Diesen Versuch analysiert R. ALLEWELDT: Die Idee der gerichtlichen Überprüfung von Gesetzen in den Federalist Papers.
- 35 Der Gedanke, dass in der Verfassung der aufs Prinzipielle, Dauerhafte gerichtete Volkswille seinen Ausdruck gefunden habe und das Volk die Geltendmachung dieses Willens sehr wohl einem Gericht anvertrauen könne, findet sich z.B. bei D. GRIMM: Constitutional Adjudication and Democracy. In der amerikanischen Literatur begegnet man der Unterscheidung zwischen den „Prinzipien“, für deren Wahrung die Gerichte zuständig seien, und der „Politik“, zwischen dem Grundsätzlichen und

dem Aktuellen bei A. BICKEL: *The Least Dangerous Branch*. Die Deutung der Verfassungsgerichtsbarkeit als „Manifestation des strategischen Volkswillens“ im Unterschied zur Artikulation des „taktischen“ Volkswillens in der Gesetzgebung ist explizit bei W. Steffani: *Verfassungsgericht und demokratischer Entscheidungsprozeß*, zu finden.

- 36 Das Problem, wie sich der Vorrang der Vergangenheit vor der Gegenwart demokratietheoretisch rechtfertigen lasse, wird in der Literatur erstaunlich selten aufgegriffen. D. GRIMM: *Constitutional Adjudication and Democracy*, S. 198f, berührt es. Aber sein Hinweis auf die Möglichkeit der Verfassungsänderung als Lösung des Problems übersieht, dass nur bei der Gesetzgebung Symmetrie der Entscheidungsregeln zwischen Vergangenheit und Gegenwart gegeben ist. Bei der Verfassungsgesetzgebung hat die verfassungsgebende Gewalt das Privileg, die Bedingungen, unter denen ihre Entscheidungen geändert werden können, einseitig festsetzen und dadurch absichern zu können. Wie sich angesichts dieser Asymmetrie der Vorrang der Vergangenheit vor der Gegenwart rechtfertigen lässt, das ist die Frage.
- 37 Den einflussreichsten Vorschlag dieser Art hat J. ELY, *Democracy and Distrust*, gemacht. Ähnlich hat auch R. DAHL, *How Democratic is the American Constitution?* argumentiert: Er will die Zuständigkeit von Verfassungsgerichten – abgesehen von der Schlichtung bundesstaatlicher Kompetenzkonflikte – auf die Aufhebung von Gesetzen beschränken, „that seriously impinge on any of the fundamental rights that are necessary to the existence of a democratic political system“ (S. 153).
- 38 Die Argumentation darf nicht so gelesen werden, als sei Verfassungsgerichtsbarkeit ein notwendiger Bestandteil einer funktionsfähigen Demokratie. Es gibt funktionale Äquivalente für die Verfassungsgerichtsbarkeit. Es gibt sie, wie der britische Fall zeigt, sogar für Verfassungen. Aber dass es Äquivalente gibt, bedeutet wiederum nicht, dass Verfassungsgerichtsbarkeit nicht auf die vorgeschlagene Weise demokratiekompatibel begründet werden kann.
- 39 A. v. BRÜNNECK: *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*. v. BRÜNNECK vertraut in seinem Plädoyer darauf, dass die Macht des Verfassungsgerichts in den Dienst bestimmter – unverkennbar progressiv definierter – Werte gestellt werden könne. Wie das verlässlich geschehen soll, ist nicht ganz klar. Der Wortlaut des Verfassungstextes spielt für ihn keine

- große Rolle mehr. V. Arnims Gemeinwohlstudie hatte eine andere Fragestellung. Aber auch sie schrieb dem Verfassungsgericht eine eigenständige Gemeinwohlverantwortung in kompensatorischer Funktion zu, vgl. H. v. ARNIM: Gemeinwohl und Gruppeninteressen. Auch D. GRIMM: Constitutional Adjudication and Democracy, S. 214, spricht von einer kompensatorischen Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, freilich sehr viel vorsichtiger.
- 40 A. v. BRÜNNECK: Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, S. 183.
- 41 Auch bei D. GRIMM: Constitutional Adjudication and Democracy, S. 212, spielt das Argument, das Verfassungsprinzip sei im Verhältnis zum Demokratieprinzip das schwächere, für die Rechtfertigung von Verfassungsgerichtsbarkeit eine Rolle.
- 42 Zu den USA E. SMITH: The Legitimacy of Judicial Review of Legislation, S. 378. Zu Deutschland K. v. BEYME: Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, S. 69.
- 43 W. VOGEL: Demokratie und Verfassung in der V. Republik, S. 290.
- 44 A. DE TOCQUEVILLE: Über die Demokratie in Amerika, S. 307.
- 45 Soweit ich sehe, hat bisher nur R. MARCIC: Die Deutung der Natur des Verfassungsgerichts, S. 323, die Verfassungsgerichtsbarkeit im Zusammenhang mit der Idee der gemischten Verfassung gebracht, allerdings ohne den Begriff zu gebrauchen. Mehr und mehr, heißt es dort, übernehme das Verfassungsgericht die typisch „aristokratisch“-elementaren Aufgaben der Zweiten Kammer.
- 46 THEODOR HEUSS: Hüter der Verfassung, S. 413.

## Literatur

RALF ALLEWELDT: Die Idee der gerichtlichen Überprüfung von Gesetzen in den Federalist Papers, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 56 (1996) S. 205-239.

HANS HERBERT VON ARNIM: Gemeinwohl und Gruppeninteressen. Frankfurt a. M. 1971.

RICHARD A. BAKER: The United States Congress Responds to Judicial Review. The Twentieth Century Experience, in: EIVIND SMITH (ed.): Constitutional Justice under Old Constitutions, Amsterdam 1995, S. 51-79.

KLAUS VON BEYME: Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden <sup>10</sup>2004.

ALEXANDER M. BICKEL: The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, New Haven <sup>2</sup>1986.

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: DERS.: Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt 1991, S. 53-89.

WINFRIED BRUGGER: Recht und Rasse in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung, in: Juristenzeitung 44 (1989), S. 809-817.

ALEXANDER VON BRÜNNECK: Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Verfassungsvergleich, Baden-Baden 1992.

ROBERT A. DAHL: How Democratic is the American Constitution? New Haven/London 2001.

OTTO DEPENHEUER: Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit? Das Verfassungsbewußtsein der Bürger als Schranke der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 485-505.

RUDOLF DOLZER: Verfassungskonkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht und politische Verfassungsorgane, Heidelberg 1982.

INGWER EBSEN: Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat, Berlin/München 1985.

JON ELSTER: Limiting Majority Rule. Alternatives to Judicial Review in the Revolutionary Epoch, in: EIVIND SMITH (Hg.): Constitutional Justice under Old Constitutions, Amsterdam 1995, S. 3-21.

John H. Ely: Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review, Cambridge / Mass. 21992

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1952ff.

FELIX ERMACORA: Verfassungsrecht durch Richterspruch. Weiterbildung des Verfassungsrechts durch die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte, Karlsruhe 1960.

THE FEDERALIST. With Letters of Brutus. Ed. by T. BALL, Cambridge 2003.

MATTHEW J. FRANCK: Against the Imperial Judiciary. The Supreme Court vs. The Sovereignty of the People, Lawrence 1996.

DIETER GRIMM: Constitutional Adjudication and Democracy, in: Israel Law Review 33 (1999), S. 193-215.

BERND GUGGENBERGER / THOMAS WÜRTEMBERGER (Hg.): Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, Baden-Baden 1998.

CHRISTOPH GUSY: Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung, Berlin/München 1985.

PETER HÄBERLE (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976.

PETER HÄBERLE: Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 97 (1978), S. 1-49.

THEODOR HEUSS: Hüter der Verfassung, in: RALF DAHRENDORF / MARTIN VOGT (Hg.): Theodor Heuss. Politiker und Publizist, Tübingen 1984, S. 412-414.

TANJA HITZEL-CASSAGNES: Der Europäische Gerichtshof: Ein europäisches „Verfassungsgericht“? in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 52-53/2000, S.22-30.

ERNST RUDOLF HUBER: Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee, Stuttgart 1968.

PETER H. IRONS: A People's History of the Supreme Court, New York u. a. 1999.

JOSEF ISENSEE: Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, in: Juristenzeitung 51 (1996), S. 1085-1093.

JOSEF ISENSEE: Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: BERND WIESER / ARMIN STOLZ (Hg.): Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Wien 2000, S. 15-40.

JOSEF ISENSEE: Arbeiter am Text. Philologen und Juristen. Hommage an Willi Herdt, in: Grenzüberschreitende Wissenschaft. Bonner Akademische Reden. Bonn o.J.

PAUL W. KAHN: Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratische Legitimation, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 49 (2001), S. 571-585.

PETER GRAF KIELMANSEGG: Das Verfassungsparadox, in: Politik, Philosophie, Praxis. Festschrift für Wilhelm Hennis zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1988, S. 397-411.

RENÉ MARCIC: Die Deutung der Natur des Verfassungsgerichts, in: PETER HÄBERLE (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 314-328.

MAEVA MARCUS: The Founding Fathers, Marbury vs. Madison – And so What?, in: EIVIND SMITH (Hg.): Constitutional Justice under Old Constitutions, Amsterdam

1995, S. 523-550.

EDWARD McWHINNEY: Supreme Courts and Judicial Law Making. Constitutional Tribunals and Constitutional Review, Dordrecht u.a. 1996.

ROBERT POST: Democracy, Popular Sovereignty, and Judicial Review, in: California Law Review 86 (1998), S. 429-443.

EIVIND SMITH: The Legitimacy of Judicial Review of Legislation. A Comparative Approach, in: DERS. (Hg.): Constitutional Justice under Old Constitutions, Amsterdam 1995, S. 363-402.

CHRISTIAN STARCK: Die Verfassungsauslegung, in: JOSEF ISENSEE / PAUL KIRCHHOFF (Hg.): Handbuch des Staatsrechts, Band VII, Heidelberg 1992, S. 189-229.

CHRISTIAN STARCK / ALBRECHT WEBER (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. 2 Bände, Baden-Baden 1986.

WINFRIED STEFFANI: Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratischer Entscheidungsprozeß, in: PETER HÄBERLE (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 374-397.

ALEC S. STONE: The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective, New York 1992.

ALEC S. STONE: Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe, Oxford 2000.

ALEC S. STONE: Constitutional Courts and Parliamentary Democracy, in: West European Politics 25 (2002), S. 77-100.

GERALD STOURZH: Vom Widerstandsrecht zur Verfassungswidrigkeit. Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert, Graz 1974.

GERALD STOURZH: The Declaration of Rights, Popular Sovereignty and the Supremacy of the Constitution. Divergences between the American and the French Revolution, in: La révolution américaine et l'Europe, Paris 1979, S. 347-366.



ALEXIS DE TOCQUEVILLE: Über die Demokratie in Amerika, München 1976.

WOLFRAM VOGEL: Demokratie und Verfassung in der V. Republik. Frankreichs Weg zur Verfassungsstaatlichkeit, Opladen 2001.

RAINER WAHL: Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 37-38/2001, S. 45-54.

CHRISTOPHER WOLFE: The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law, New York 1986.

THOMAS WÜRTEMBERGER: Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: BERND GUGGENBERGER / THOMAS WÜRTEMBERGER (Hg.): Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik, Baden-Baden 1998, S. 57-80.



## Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus

Die Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, eine parteiunabhängige Stiftung des öffentlichen Rechts, betreibt zeitgeschichtliche Forschung und politische Bildung. Im Mittelpunkt stehen dabei Leben und Werk des ersten Präsidenten der Bundesrepublik Deutschland, Theodor Heuss (1884-1963). Theodor Heuss engagierte sich seit Anfang des 20. Jahrhunderts aktiv im politischen und kulturellen Leben – als liberaler Politiker und Parlamentarier, als Journalist und Historiker, als Redner und als Zeichner. In einem Jahrhundert, das geprägt wurde von zwei Weltkriegen, von autoritären und totalitären Regimes und der Konfrontation der Ideologien, steht Heuss für eine rechtsstaatliche und demokratische Tradition in Deutschland. Als erstes Staatsoberhaupt nach der nationalsozialistischen Diktatur fiel Heuss daher die schwierige Aufgabe zu, das demokratische Deutschland nach innen und außen zu festigen und glaubwürdig zu repräsentieren.

An diesen vielfältigen Lebensbezügen von Theodor Heuss orientiert sich die wissenschaftliche und pädagogische Arbeit der Stiftung: das Theodor-Heuss-Kolloquium zu Themen der Zeitgeschichte, Seminare zur politischen Bildung und die politisch-kulturellen Veranstaltungen. In den Stiftungsräumen stehen der interessierten Öffentlichkeit der umfangreiche Nachlass von Theodor Heuss und eine Bibliothek zur Verfügung, die sowohl Heuss' vollständiges publizistisches Oeuvre als auch Literatur zur deutschen und europäischen Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts umfasst. Der Nachlass bildet die Grundlage für eine geplante „Stuttgarter Ausgabe“ der Reden, Schriften und Briefe des ersten Bundespräsidenten. Ein wichtiges Forum zur Auseinandersetzung mit Theodor Heuss bietet vor allem das Theodor-Heuss-Haus in Stuttgart, das Bundespräsident Johannes Rau im Frühjahr 2002 eröffnet hat. In Heuss' letztem Domizil erwarten den Besucher drei authentisch rekonstruierte Wohnräume und eine ständige Ausstellung, die anhand von rund 1000 Exponaten über Leben und Werk des ersten Bundespräsidenten im historischen Kontext informiert.

Weitere Informationen erhalten Sie unter: [www.stiftung-heuss-haus.de](http://www.stiftung-heuss-haus.de)

Neuerscheinung  
in der Wissenschaftlichen Reihe

**WOLFGANG HARDTWIG/ERHARD SCHÜTZ (Hg.)**  
**Geschichte für Leser.**

**Populäre Geschichtsschreibung in Deutschland im 20. Jahrhundert**

**Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus**

**Wissenschaftliche Reihe, Band 7**

**Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2005, EUR 34,00**

Herausgeber: Wolfgang Hardtwig ist Professor für Neuere Geschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Erhard Schütz ist Professor für Neuere deutsche Literatur an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Die Vermittlung von Geschichte ist kein Monopol der akademischen Geschichtswissenschaft. Vielmehr hat sich spätestens mit der Entstehung eines literarischen Massenmarktes um 1900 eine populäre Geschichtsschreibung herausgebildet, die sich als eigenständige Form historischer Selbstverständigung an ein breites Publikum wendet und damit in Konkurrenz tritt zur wissenschaftlichen Geschichtsschreibung. Erstmals werden in diesem Buch Inhalte, Formen und Vertreter einer „Geschichte für Leser“ untersucht und in einer Erinnerungskultur verortet, die zunehmend die großen historischen Prozesse, wichtige Persönlichkeiten und die geschichtlichen Katastrophen des 20. Jahrhunderts vergegenwärtigt.

Die Beiträge befassen sich mit Autoren wie Oswald Spengler und Golo Mann, mit unterschiedlichen Gattungen von der Biographie über das Tagebuch bis zum Illustrierten-Bericht sowie mit Texten über bekannte historische Persönlichkeiten, über Krieg, Lager und Kriegsgefangenschaft oder über religiös-kulturelle Milieus.

## Bisher in der Wissenschaftlichen Reihe erschienene Publikationen

- 1 THOMAS HERTFELDER / JÜRGEN C. HESS (Hg.)  
Streiten um das Staatsfragment. Theodor Heuss und Thomas Dehler berichten von der Entstehung des Grundgesetzes  
Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, Wissenschaftliche Reihe, Band 1  
Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 1999
- 2 EBERHARD JÄCKEL / HORST MÖLLER / HERMANN RUDOLPH (Hg.)  
Von Heuss bis Herzog: Die Bundespräsidenten im politischen System der Bundesrepublik  
Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, Wissenschaftliche Reihe, Band 2  
Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 1999
- 3 GANGOLF HÜBINGER / THOMAS HERTFELDER (Hg.)  
Kritik und Mandat. Intellektuelle in der Deutschen Politik  
Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, Wissenschaftliche Reihe, Band 3  
Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 2000
- 4 ULRICH BAUMGÄRTNER  
Reden nach Hitler. Theodor Heuss – Die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus  
Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, Wissenschaftliche Reihe, Band 4  
Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 2001
- 5 ERNST WOLFGANG BECKER / THOMAS RÖSSLEIN (Hg.)  
Politischer Irrtum im Zeugenstand. Die Protokolle des Untersuchungsausschusses des württemberg-badischen Landtags aus dem Jahre 1947 zur Zustimmung zum „Ermächtigungsgesetz“ vom 23. März 1933  
Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, Wissenschaftliche Reihe, Band 5  
Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 2003
- 6 HANS VORLÄNDER (Hg.)  
Zur Ästhetik der Demokratie. Formen der politischen Selbstdarstellung  
Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, Wissenschaftliche Reihe, Band 6  
Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 2003

## Bisher in der Kleinen Reihe erschienene Publikationen

- 1 TIMOTHY GARTON ASH  
Wohin treibt die europäische Geschichte?  
Theodor-Heuss-Gedächtnis-Vorlesung 1997  
Stuttgart 1998
- 2 THOMAS HERTFELDER  
Machen Männer noch Geschichte?  
Das Stuttgarter Theodor-Heuss-Haus im Kontext  
der deutschen Gedenkstättenlandschaft  
Stuttgart 1998
- 3 RICHARD VON WEIZSÄCKER  
Das parlamentarische System auf dem Prüfstand  
Theodor-Heuss-Gedächtnis-Vorlesung 1998  
Stuttgart 1999
- 4 Parlamentarische Poesie  
Theodor Heuss: Das ABC des Parlamentarischen Rates  
Carlo Schmid: Parlamentarische Elegie im Januar, hg. v. GUDRUN KRUIP  
Stuttgart 1999
- 5 JOACHIM SCHOLTYSECK  
Robert Bosch und der 20. Juli 1944  
Stuttgart 1999
- 6 HERMANN RUDOLPH  
„Ein neues Stück deutscher Geschichte“  
Theodor Heuss und die politische Kultur der Bundesrepublik  
Theodor-Heuss-Gedächtnis-Vorlesung 1999  
Stuttgart 2000
- 7 ULRICH SIEG  
Jüdische Intellektuelle und die Krise der bürgerlichen Welt  
im Ersten Weltkrieg  
Stuttgart 2000

- 8 ERNST WOLFGANG BECKER  
Ermächtigung zum politischen Irrtum  
Die Zustimmung zum Ermächtigungsgesetz von 1933 und die  
Erinnerungspolitik im ersten württemberg-badischen Untersuchungsausschuß der Nachkriegszeit  
Stuttgart 2001
- 9 JUTTA LIMBACH  
Vorrang der Verfassung oder Souveränität des Parlaments?  
Theodor-Heuss-Gedächtnis-Vorlesung 2000  
Stuttgart 2001
- 10 HILDEGARD HAMM-BRÜCHER  
“Demokratie ist keine Glücksversicherung ...”  
Über die Anfänge unserer Demokratie nach 1945 und ihre Perspektiven  
für Gegenwart und Zukunft.  
Theodor-Heuss-Gedächtnis-Vorlesung 2001  
Stuttgart 2002
- 11 RICHARD SCHRÖDER  
“Deutschlands Geschichte muss uns nicht um den Schlaf bringen.”  
Plädoyer für eine demokratische deutsche Erinnerungskultur  
Theodor-Heuss-Gedächtnis-Vorlesung 2002  
Stuttgart 2003
- 12 ANDREAS RÖDDER  
Wertewandel und Postmoderne.  
Gesellschaft und Kultur der Bundesrepublik Deutschland 1965-1990  
Stuttgart 2004
- 13 JÜRGEN OSTERHAMMEL  
Liberalismus als kulturelle Revolution.  
Die widersprüchliche Weltwirkung einer europäischen Idee  
Theodor-Heuss-Gedächtnis-Vorlesung 2003  
Stuttgart 2004
- 14 FRIEDER GÜNTHER  
Mislungene Aussöhnung?  
Der Staatsbesuch von Theodor Heuss in Großbritannien im Oktober 1958  
Stuttgart 2004

15 THOMAS HERTFELDER

In Presidents we trust.

Die amerikanischen Präsidenten in der Erinnerungspolitik der USA

Stuttgart 2005

16 DIETER LANGEWIESCHE

Liberalismus und Demokratie im Staatsdenken von Theodor Heuss

Stuttgart 2005



Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgegeben

von der Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus,

Im Himmelsberg 16, 70192 Stuttgart

[www.stiftung-heuss-haus.de](http://www.stiftung-heuss-haus.de)

Redaktion: Thomas Hertfelder

Satz: Renate Nutz

Foto: Jessen Oestergaard, Schwetzingen

Gestaltung: Arne Holzwarth, Büro für Gestaltung, Stuttgart

Gesamtherstellung: E. Kurz & Co., Stuttgart

ISBN 3-9809603-1-5

ISSN 1435-1242

© SBTH, Oktober 2005

