

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 916**

# **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie**

**Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle  
unter besonderer Berücksichtigung von  
John Hart Elys prozeduraler Theorie  
der Repräsentationsverstärkung**

**Von**

**Jörg Riecken**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JÖRG RIECKEN

Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 916**

# Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie

Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle  
unter besonderer Berücksichtigung von  
John Hart Elys prozeduraler Theorie  
der Repräsentationsverstärkung

Von

Jörg Riecken



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg  
hat diese Arbeit im Jahre 2001/2002  
als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten

© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 3-428-10810-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit behandelt die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Staat. Im ersten Teil wird die Verfassungstheorie John Hart Elys untersucht, wie er sie 1980 in seinem Buch „Democracy and Distrust“ entwickelt hat. Diese Theorie versucht, die Grundrechtskontrolle des U.S. Supreme Court durch eine starke Prozeduralisierung zu beschränken. Der zweite Teil der Arbeit geht den methodischen, verfassungstheoretischen und funktionalen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts nach. Die Vielschichtigkeit des Themas hat eine Auswahl der diskutierten Positionen wie auch der Literatur erforderlich gemacht.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Die Literatur befindet sich auf dem Stand von Frühjahr 2001.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Winfried Brugger, LL.M., gilt mein herzlicher Dank für die Anregung zu diesem Thema, für das in mich gesetzte Vertrauen und nicht zuletzt für die schnelle Erstellung des Erstgutachtens.

Herrn Prof. Dr. Oliver Lepsius, LL.M., bin ich für seine rasche Zweitkorrektur sowie für Kritik und weiterführende Anmerkungen zu großem Dank verpflichtet.

Vor allem die beiden nachfolgend Genannten haben mich und die Arbeit mit fachlichem und persönlichem Rat unterstützt und sind dabei weit über das hinausgegangen, was Freunden zugemutet werden darf.

Herrn Dr. Ulrich Haltern, LL.M., danke ich für zahllose wichtige Anregungen und freundschaftliche Ratschläge, die mir in allen Phasen der Arbeit geholfen haben. Seiner kritischen Durchsicht des ersten Teils der Arbeit verdanke ich wertvolle Hinweise und Verbesserungsvorschläge. Nicht zuletzt hat mich die Auseinandersetzung mit seinen Schriften vielfach gezwungen, die eigene Position kritisch zu überdenken.

Frau Barbara van Schewick danke ich für ihre Begleitung des Fortgangs der Arbeit sowie für unverzichtbare Anregungen zu deren Inhalt, Stil und Aufbau. Mein Dank gilt insbesondere auch ihrer kritischen Durchsicht des zweiten Teils der Arbeit, die sich in einer überarbeiteten Fassung niedergeschlagen hat.

Für anregende Diskussionen, stete Ermutigung und seinen festen Glauben an die Vollendung dieser Arbeit danke ich meinem Bruder Nils Riecken.

Frau Dr. Gesine Walz danke ich für die ebenso gründliche wie schnelle Korrektur des Manuskripts.

Für vielfältige Unterstützung, geduldiges Zuhören und den notwendigen Rückhalt danke ich Frau Sabine Kempelmann, Frau Hendrikje Schilling, Frau Dr. Gudrun Girnghuber sowie Herrn Dr. Philipp Räther.

Meinen Eltern danke ich herzlich für ihre Unterstützung in der Ausbildung sowie in der Promotionszeit.

Die Voraussetzungen für die Untersuchung der US-amerikanischen Verfassungstheorie hat mein Aufenthalt am Georgetown University Law Center in Washington, D.C., im Rahmen eines LL.M.-Studiums im Jahre 1993/94 geschaffen. Der Haniel-Stiftung und der Studienstiftung des deutschen Volkes sei an dieser Stelle für ihre Unterstützung gedankt.

Ein Forschungsaufenthalt in Georgetown im Herbst 1999 hat mir weitere wertvolle Anregungen zur US-amerikanischen Verfassungstheorie vermittelt. Den Professoren Mark Tushnet, Louis Seidman, Roy Schotland und Vicki Jackson danke ich für ihre Beratung und für die mit ihnen geführten Gespräche über mein Thema. Ferner danke ich den Mitarbeitern der Law School für ihre freundliche Unterstützung. Mein besonderer Dank gilt Professor Jack Murphy und seiner Frau Lucinda sowie Mrs. Jean Friendly für die in dieser Zeit erfahrene außergewöhnliche Unterstützung und Gastfreundschaft.

Herrn Prof. Dr. Thomas Raiser danke ich für die Erstellung eines Gutachtens und für die Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl, die mir den Zugang zu manchen Aspekten dieser Arbeit erleichtert hat.

Darüber hinaus danke ich der Konrad-Adenauer-Stiftung für ein Promotionsstipendium, ohne das die Arbeit in der vorliegenden Form nicht möglich gewesen wäre.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich schließlich für die Gewährung einer großzügigen Druckbeihilfe.

*Jörg Riecken*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	25
A. Gegenstand der Untersuchung .....	25
B. Überblick zum Aufbau der Arbeit .....	28
I. Elys prozedurale Theorie verfassungsgerichtlicher Kontrolle .....	28
II. Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland .....	28

## Erster Teil

### **„Democracy and Distrust“ – John Hart Elys Theorie der Repräsentationsoptimierung**

Einleitung .....	32
------------------	----

## *Erstes Kapitel*

### **Elys prozedurales Modell verfassungsgerichtlicher Kontrolle**

A. Elys Theorie im Überblick .....	37
B. Elys Versprechen: Überwindung der „countermajoritarian difficulty“ .....	38
C. „Footnote 4“ als Keimzelle von Elys Theorie .....	40
I. <i>United States v. Carolene Products Co.</i> , Fußnote 4 .....	42
1. Erster Absatz: Spezifisches Verfassungsrecht .....	42
2. Zweiter Absatz: Behinderung des politischen Prozesses .....	44

3. Dritter Absatz: Minderheitenschutz .....	47
4. Zusammenfassung .....	49
II. Historischer Hintergrund der Fußnote 4 .....	49
III. Die Autoren der Fußnote 4 .....	51
D. Elys Entfaltung der Fußnote 4 in „Democracy and Distrust“ .....	53
I. Begrenzung des Verfassungsgerichts .....	53
1. Kritik am Non-Originalismus .....	53
2. Kritik am intentionalistischen Originalismus .....	55
3. Begrenzung der Generalklauseln .....	56
4. Elys Deutung der Fußnote 4 .....	58
II. Verfassungsgerichtliche Partizipationsoptimierung .....	60
III. Optimierung der Repräsentation von Minderheiten im politischen Prozeß .....	61
1. Ausgangspunkt: Gleichheitsklausel als prozedurales Gebot .....	63
2. Das Vorurteil als Schlüssel zur Identifizierung schutzbedürftiger Minderheiten .....	66
a) Vorurteil ersten Grades: Feindseligkeit .....	66
b) Vorurteil zweiten Grades: Stereotypen .....	68
3. Anwendungsbereich des Minderheitenschutzes .....	70
a) Ausländer .....	70
b) Armut .....	71
c) Rasse .....	71
d) Geschlecht .....	71
e) Homosexualität .....	72
IV. Elys Begründung der repräsentationsoptimierenden Theorie .....	73
1. Prozedurales Verfassungsverständnis .....	74
2. Repräsentative Demokratie .....	74
3. Funktionales Argument .....	75

Inhaltsverzeichnis	9
4. Ultra-Originalismus .....	75
V. Zur Bezeichnung der Theorie .....	76
VI. Zusammenfassung: Elys Theorie als prozedurales Kontrollmodell .....	76
E. Konsequenzen von Elys Theorie am Beispiel der Grundrechte auf Persönlichkeits- entfaltung und Abtreibung .....	77
I. Persönlichkeitsrechte im Bereich der Sexualität .....	77
1. Rechtsprechung des Supreme Court .....	77
2. „Freiheit“ in der Theorie der Repräsentationsoptimierung .....	79
3. Freiheit durch Gleichheit? .....	80
II. Grundrecht auf Abtreibung und Schutz ungeborenen Lebens .....	83
1. Rechtsprechung des Supreme Court .....	83
2. Theorie der Repräsentationsoptimierung .....	84
3. Extrapolation eines Grundrechts auf Abtreibung? .....	85
F. Exkurs: Jesse H. Chopers funktionale Theorie .....	86

## *Zweites Kapitel*

<b>Zur Analyse von Elys Theorie</b>	90
A. Elys Deutung der Rechtsprechung des Warren Court .....	90
B. Elys Methode der Verfassungsinterpretation .....	93
I. Spezifische Grundrechte .....	94
II. Generalklauseln .....	95
III. „Textualistischer Non-Originalismus“ in Methode und Theorie .....	96
IV. Abgrenzung zu Scalias historisch-traditionalem Textualismus .....	97
C. Trennung von Recht und Politik .....	98

D. Ely zwischen Positivismus und Nichtpositivismus .....	102
E. Ely als „gemäßiger“ Utilitarist .....	107
I. Utilitarismus als Ausgangspunkt .....	107
II. Repräsentationsoptimierung als Ausnahme .....	108
III. Gleichheit im Urzustand .....	111
F. Skeptizismus gegenüber Grundrechten und Gerichten .....	113
G. Elys Verständnis des politischen Prozesses .....	117
I. Liberalismus und Zivilrepublikanismus .....	118
II. Pluralistisches „Bargaining“ und deliberative Demokratie .....	120
1. Egoistisches Menschenbild und Politikmodell? .....	122
2. Klassischer und geläuterter Pluralismus .....	124
3. Partizipations- und Repräsentationsoptimierung als Elemente diskursiver Demokratie? .....	130
4. Ergebnis .....	130
III. Flucht des Gesetzgebers aus der Verantwortung .....	131
H. Elys Theorie zwischen Zurückhaltung und Aktivismus .....	133
J. Verfassungspolitische Konsequenzen von Elys Theorie .....	134
K. Zusammenfassung .....	136

### *Drittes Kapitel*

<b>Zur Kritik von „Democracy and Distrust“</b> .....	<b>138</b>
A. Rezeption durch den U.S. Supreme Court nach 1980 .....	138
B. Kritik der Literatur .....	140

I. Immanente Kritik an Elys Theorie .....	140
1. Kritik an Elys Begründung .....	141
a) Prozedurale Deutung der US-Verfassung .....	141
b) Ultra-Originalismus .....	142
c) Elys Demokratieverständnis .....	143
d) Funktionale Argumentation .....	144
e) Verfassungstheorie und positives Verfassungsrecht .....	145
2. Kritik an Elys methodischen Prämissen .....	146
3. Kriterien der Durchführbarkeit .....	150
4. Zur Durchführbarkeit der Trennung von Inhalt und Verfahren .....	151
a) Entscheidung für Elys Theorie als wertneutraler Akt? .....	151
b) Anwendung des prozeduralen Kontrollmodells .....	153
aa) Elys Theorie als materialer Ansatz .....	154
bb) „Prozeduraler“ Minderheitenschutz .....	154
(1) Das Verbot von Vorurteilen als inhaltlicher Maßstab .....	155
(2) Inhaltliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung .....	159
(3) Mehrheitsdemokratie und Minderheitenschutz .....	160
cc) Optimierung des Zugangs zum politischen Prozeß .....	161
dd) „Prozedurale“ Grundrechtskontrolle im übrigen .....	162
ee) Elys Rückzug auf bereichsspezifische inhaltliche Kontrolle .....	164
c) Ergebnisse .....	166
5. Durchführbarkeit der Partizipationsoptimierung .....	166
a) Nationaler politischer Prozeß .....	166
b) Einzelstaatlicher und lokaler politischer Prozeß .....	167
aa) Partizipation auf verschiedenen politischen Ebenen .....	167
bb) Formelle und informelle Betrachtungsweise .....	169
cc) Schlußfolgerung .....	170
c) Private und gesellschaftliche Behinderung der Partizipation .....	171
d) Armut als informelle Zugangsbeschränkung .....	174
e) Zusammenfassung .....	177

6. Durchführbarkeit des Minderheitenschutzes .....	177
a) Vorurteil ersten Grades: Feindseligkeit .....	177
b) Vorurteil zweiten Grades: Stereotypen .....	181
c) Mangelnde Differenzierung des Kontrollmaßstabs .....	183
d) <i>Carolene</i> -Minderheiten als einfache Verlierer? .....	184
e) Schutzbedürftigkeit von <i>Carolene</i> -Minderheiten .....	185
aa) <i>Carolene</i> -Minderheiten und die Theorie kollektiven Handelns .....	186
bb) Non-Kooperation im Paria-Modell .....	187
cc) Kritik am Paria-Modell .....	189
dd) Kritik an Ackermans soziologischer Methode .....	190
ee) Konsequenzen für Elys Theorie .....	191
ff) Ausblick: Schutz für anonyme und verstreute Minderheiten? .....	192
f) Anwendungsbereich des Minderheitenschutzes .....	193
g) Ergebnisse zum Minderheitenschutz .....	194
7. Ergebnisse der internen Kritik .....	195
II. Externe Kritik .....	196
1. Kritik aus der Perspektive der Critical Legal Studies .....	196
a) Aufhebung der Trennung von Recht und Politik .....	196
b) Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit .....	198
c) Verteidigung herkömmlicher Verfassungstheorie .....	199
d) Populistischer Minimalismus als Alternative? .....	201
e) Bedenken gegen populistisches Verfassungsrecht .....	204
2. Kritik aus der Perspektive des Originalismus .....	205
a) Historisierender Textualismus (Antonin Scalia) .....	205
b) Intentionalismus .....	208
aa) Überblick zum Intentionalismus .....	208
bb) „Original Understanding“ (Robert Bork) .....	211
cc) Kritik des Intentionalismus an Elys Theorie .....	214
dd) Intentionalismus als Alternative? .....	218
(1) Durchführbarkeit .....	218
(2) Externe Kritik .....	224
(3) Ergebnis .....	228

3. Kritik aus der Perspektive des Non-Originalismus .....	229
a) Überblick zum materialen Verfassungsverständnis .....	229
b) Verteidigung des Non-Originalismus .....	232
c) Kritik des Non-Originalismus an Elys Theorie .....	236
aa) Primat demokratischer Selbstbestimmung .....	236
bb) Prozeduralistisches Verfassungsverständnis .....	238
cc) Demokratie als „angewandter Utilitarismus“ .....	238
dd) Kein Recht auf Persönlichkeitsentfaltung? .....	239
ee) Prozeduraler Minderheitenschutz .....	243
d) Ergebnis .....	245
4. Liberalismus- und Kapitalismuskritik .....	245
5. Ideologiekritik? .....	246
6. Ergebnisse zur externen Kritik .....	247
C. Anschlüsse an Elys prozedurales Modell .....	248
I. Michael Klarmans „Theorie des politischen Prozesses“ .....	248
1. Mehrheitsdemokratie ohne spezifischen Minderheitenschutz .....	248
2. Kritik .....	251
3. Ergebnis .....	253
II. Anschlüsse durch prozedurale Theorien in Deutschland .....	254
D. Die Zukunft der Fußnote 4 .....	259
E. Gesamtergebnis .....	260

*Viertes Kapitel*

**Schlußfolgerungen für den Untersuchungsansatz  
im deutschen Verfassungsrecht**

262

A. Anschluß an Elys Theorie? .....	262
I. Aktivistische Partizipations- und Repräsentationsoptimierung .....	263

II. Restriktive Elemente in Elys Verfassungstheorie .....	265
1. Prozedurales Verfassungsverständnis .....	265
2. Rückzug auf die Kontrolle spezifischen Verfassungsrechts? .....	266
3. Skeptizismus .....	267
4. Ergebnis .....	268
B. Elemente einer Begrenzung des Verfassungsgerichts .....	268
I. Methodische Grenzen .....	269
II. Verfassungstheoretische Grenzen .....	270
III. Funktionale Grenzen .....	270
IV. Institutionelle Grenzen .....	270
V. Thematische Eingrenzung .....	271

## Zweiter Teil

<b>Zur Begrenzung der Grundrechtskontrolle des BVerfG durch Methodik, Verfassungstheorie und funktionell-rechtliche Ansätze</b> .....	273
---	-----

### *Erstes Kapitel*

<b>Einführung in die Problematik verfassungsgerichtlicher Grenzen</b> .....	273
A. Grenzen als Gebote positiven Verfassungsrechts .....	274
I. Verfassungsbindung .....	274
II. Gewalten- und Funktionsteilung .....	274
III. Fehlende demokratische Verantwortlichkeit des BVerfG .....	275
IV. Demokratieprinzip .....	276
V. Ergebnis .....	277
B. Zum Zusammenhang von verfassungsgerichtlichen Grenzen und weiten Kompetenzen des BVerfG .....	277

Inhaltsverzeichnis	15
I. Kompetenz-Kompetenz des BVerfG? .....	279
II. Teilhabe des BVerfG an der verfassungsgebenden Gewalt? .....	280
III. Souveränität des BVerfG? .....	281
IV. Ergebnis .....	281
C. Kritik an aktivistischer Grundrechtsjudikatur .....	282
I. Verstoß gegen die eindeutige Bedeutung der Verfassung .....	283
II. Verfassungsgerichtliche Rechtsfortbildung im Verfassungsrecht .....	284
III. Einengung des einfachen Gesetzgebers .....	287
1. Konkretisierung .....	288
2. Abwägung .....	288
3. Haushaltswirksame Gerichtsentscheidungen .....	289
4. Grundrechte und einfaches Recht .....	289
IV. Willkürkritik? .....	290
V. Thematische Eingrenzung .....	292
D. Deutschland als Jurisdiktionsstaat? .....	292
E. Fazit .....	294

### *Zweites Kapitel*

<b>Zur Ausweitung der Grenzen der Verfassungsinterpretation in der verfassungsrechtlichen Methodenlehre</b>	295
A. „Klassische“ Auslegung der Verfassung (Forsthoff) .....	296
I. Darstellung .....	296
II. Kritik .....	297
1. Die Gesetzesform der Verfassung .....	297

2. Beschränkung auf Savignys Auslegungskanon .....	298
3. Die Fiktion des syllogistischen Schlusses .....	299
III. Fazit .....	301
B. Teleologische Auslegung .....	302
C. Topik (Ehmke) .....	303
I. Darstellung .....	303
II. Vorzüge .....	304
III. Kritik .....	304
IV. Fazit .....	305
D. Theorie der Rechtsgewinnung (Kriele) .....	305
I. Darstellung .....	305
II. Vorzüge .....	307
III. Kritik .....	308
IV. Fazit .....	309
E. Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (Häberle) .....	309
I. Darstellung .....	309
II. Vorzüge .....	310
III. Kritik .....	310
IV. Fazit .....	311
F. Regel-Prinzipien-Modell der Grundrechte (Alexy) .....	312
I. Darstellung .....	312
II. Vorzüge .....	315
III. Kritik .....	316

Inhaltsverzeichnis	17
IV. Verteidigung .....	318
V. Fazit .....	321
G. Schlußfolgerung zu den Grenzen der Verfassungsinterpretation .....	322

*Drittes Kapitel*

<b>Methodische Grenzen der Verfassungsinterpretation</b>	325
A. Vorbemerkung .....	325
B. Wort- und Textbedeutung als Grenzen der Verfassungsinterpretation .....	327
I. Eindeutigkeit der Sprache als Ausnahmefall .....	328
II. Sprachliche Bedingungen der Wortlautgrenze .....	330
1. Herkömmliche Lehre .....	331
a) Larenz' Methodenlehre .....	331
b) Semantischer Konventionalismus (Koch/Rüßmann) .....	332
c) Kritik .....	334
2. Im Vordringen befindliche Lehre .....	335
a) Strukturierende Rechtslehre (Fr. Müller, Christensen) .....	335
aa) Wörterbücher .....	336
bb) Sprachgefühl .....	337
cc) Sprache als soziale Konvention .....	338
b) Wittgenstein-Rezeption (Deppenheuer, Herbert) .....	340
3. Stellungnahme .....	341
4. Ergebnis .....	344
III. Grenzfunktion der eindeutigen Wort- oder Textbedeutung als verfassungsrechtliche Anforderung .....	345
1. Verfassungsrechtliche Gründe für die Grenzfunktion .....	346
2. Unübersteigbare Grenzfunktion .....	348

3. Überwindbare Grenzfunktion .....	350
a) Rechtsprechung des BVerfG .....	350
b) Herrschende Lehre .....	351
4. Ausnahmefallgruppen zur Wortlautgrenze .....	352
a) Einheit der Verfassung .....	352
aa) Logische Normwidersprüche .....	352
bb) Teleologische Reduktion bei kollidierendem Verfassungsrecht ....	353
b) Konsens .....	353
c) Materiale Gerechtigkeit .....	353
aa) Verbindlichkeit des positiven Verfassungsrechts .....	353
bb) Freiheitsmaximierung .....	354
cc) Wertungswidersprüche .....	355
d) Normzweck, Funktion und Zweckmäßigkeit .....	355
e) Fazit .....	357
5. Zur Konstruktion der Wortlautgrenze .....	357
6. Beispielfälle .....	358
a) Schutz von Geschäftsräumen nach Art. 13 Abs. 1 GG .....	358
b) Ungleiche Dauer von Wehr- und Ersatzdienst .....	359
c) Persönlichkeitsrechte .....	360
IV. Ergebnisse .....	360
C. Begrenzung der Verfassungsinterpretation durch den Willen des historischen Verfassungsgebers .....	361
I. Objektive Theorie der Interpretation .....	362
II. Subjektive Theorie der Interpretation .....	365
1. Zu den sprachtheoretischen Annahmen der subjektiven Theorie .....	365
2. Begrenzung der Interpretation durch das historisch Gewollte .....	367
3. Resümee zu Einwänden und Gegeneinwänden .....	370
III. Stellungnahme .....	372

Inhaltsverzeichnis	19
D. Begrenzung durch Strukturierende Methodik (Fr. Müller) .....	372
I. Strikte Normanbindung aller Auslegungselemente .....	373
II. Rangordnung der Auslegungselemente .....	374
III. Normbereichsanalyse .....	375
IV. Ergebnis .....	376
E. Grenzen der Rechtsfortbildung im Verfassungsrecht .....	377
I. Kriterien der Rechtsfortbildung im Verfassungsrecht .....	378
II. Grenzen der Rechtsfortbildung .....	383
1. Wortlautgrenze .....	384
2. Subjektive Theorie der Interpretation .....	384
3. Konsensualer Ansatz .....	385
4. Zur Begrenzung der Rechtsfortbildung durch Verfassungstheorie .....	386
III. Ergebnis .....	387
F. Schlußbemerkung zur Begrenzung der Verfassungsinterpretation durch Methodik ...	388

### *Viertes Kapitel*

<b>Verfassungstheoretische Grenzen der Verfassungsinterpretation und der Verfassungsgerichtsbarkeit</b>	390
A. Vorbemerkung .....	390
B. Formeller Rechtsstaatsbegriff (Forsthoﬀ) .....	392
I. Formales Verfassungsverständnis .....	392
II. Materiales Verfassungsverständnis .....	393
III. Stellungnahme .....	393

C. Verfassung als „Rahmenordnung“ (Böckenförde) .....	394
I. Darstellung .....	394
II. Kritik .....	396
1. Zum Verfassungsverständnis der Rahmenordnung .....	396
2. Verzicht auf Abwägung .....	399
3. Inhaltsermittlung statt Konkretisierung .....	400
4. Verzicht auf die objektive Dimension der Grundrechte .....	400
a) Verteidigung der objektiven Dimension .....	401
b) Begründung grundrechtlicher Schutzrechte .....	402
aa) BVerfG .....	402
bb) Literatur .....	403
cc) Stellungnahme .....	406
c) Abwehrrechtliche Rekonstruktion der Schutzrechte? .....	406
III. Ergebnis .....	408
D. Demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie .....	408
I. Darstellung .....	408
II. Kritik .....	409
III. Ergebnis .....	410
E. Enge Tatbestandstheorie .....	410
I. Zur Kontroverse zwischen enger und weiter Tatbestandstheorie .....	410
II. Möglichkeiten einer Verengung grundrechtlicher Schutzbereiche .....	413
1. Verengung des Schutzbereichs durch methodisch korrekte Verfassungsinterpretation .....	413
2. Verengung des Schutzbereichs durch abstrakte Abwägung auf Schutzbereichsebene .....	414
III. Ergebnis .....	415

F. Begrenzung der Verfassungsinterpretation und der Verfassungsgerichtsbarkeit durch Konsens .....	416
I. Zum Inhalt konsensualer Ansätze .....	416
II. Kritik .....	418
III. Ergebnis .....	421
G. Prozedurale Ansätze .....	421
I. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren .....	422
II. Reduzierte verfassungsgerichtliche Kontrolle bei intensiver Beteiligung der pluralistischen Öffentlichkeit? .....	422
III. Prozeduralisierung und Diskurstheorie .....	423
IV. Substitution inhaltlicher Entscheidungen durch Prozeduralisierung .....	424
V. Ergebnis .....	427
H. Ergebnis zur Begrenzung durch Verfassungstheorie .....	427

*Fünftes Kapitel*

**Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation  
und der Verfassungsgerichtsbarkeit** 429

A. Political question-Doktrin .....	429
I. Zum US-amerikanischen Hintergrund .....	429
II. Political question-Doktrin in Deutschland? .....	430
III. Zur Unterscheidung von Recht und Politik .....	432
IV. Ergebnis .....	432
B. Judicial self-restraint .....	433
I. Verfassungsgerichtliche Selbstbeschränkung? .....	433
II. Verzicht auf obiter dicta .....	434

C. Funktionell-rechtliche Spielräume des Gesetzgebers .....	436
I. Begriff und Wirkungsweise des Spielraums .....	436
1. Strukturelle Spielräume .....	437
2. Funktionale Spielräume .....	438
3. Spielräume bei Einschätzungen, Prognosen und Abwägungen des Gesetzgebers .....	438
4. Wirkungsweise der Spielräume .....	439
II. Begründung und Konstruktion von Spielräumen .....	439
1. Materiell-rechtlicher Ansatz .....	440
2. Funktionell-rechtliche Ansätze .....	443
a) Gewaltenteilung als Funktionsverteilung .....	444
b) Beschränkung des BVerfG auf Kontrolle .....	445
c) Beschränkung des BVerfG auf Kassation (Heun) .....	447
d) Beschränkung des BVerfG durch die Organstruktur (Rinken) .....	448
aa) Darstellung .....	448
bb) Kritik .....	450
cc) Fazit .....	452
e) Ergebnis .....	452
3. Vermittelnde Ansätze .....	453
a) Differenzierung nach Handlungs- und Kontrollnorm (Hesse) .....	453
aa) Darstellung .....	453
bb) Kritik .....	454
cc) Bedenken gegenüber der Divergenzlösung .....	455
dd) Konvergenzlösung als Alternative? .....	457
ee) Modifizierte Konvergenzlösung im Regel-Prinzipien-Modell .....	459
ff) Ergebnis .....	459
b) Kompetenzieller Ansatz (Alexy, Sieckmann, Raabe) .....	460
aa) Spielräume als Anforderung des Demokratieprinzips .....	460
bb) Funktionale Reduktion von grundrechtlichen Anforderungen .....	461
cc) Kritik und Verteidigung .....	463

dd) Legislative Einschätzungs-, Prognose- und Abwägungsspielräume	464
(1) Begründung	465
(2) Unsicherheit als Voraussetzung eines Spielraums	467
(3) Kriterien zur Bestimmung des Spielraumumfangs	467
ee) Kritik und Verteidigung	472
ff) Ergebnis	473
<b>III. Das Beispiel grundrechtlicher Schutzpflichten</b>	<b>474</b>
1. Zustimmung zum Ob des schutzrechtlichen Spielraums	474
2. Rechtsprechung des BVerfG zum Umfang des Spielraums	475
3. Abstrakte Bestimmung von Rechtsfolge und Spielraum?	478
a) Verpflichtung zu effektivem Schutz	478
b) Regeln zum Schutzzumfang	478
aa) Maximales Schutzniveau	479
bb) Minimales Schutzniveau	479
c) Ergebnis	482
4. Bestimmung des Schutzzumfangs durch Abwägung	483
a) Schutzrechte als Prinzipien	483
aa) Schutzniveau	483
bb) Schutzmaßnahmen	485
cc) Untermaßverbot	485
b) Spielraum im Dreiecksverhältnis	487
c) Spielraum im zweiseitigen Verhältnis	488
5. Zum Umfang des Spielraums bei Schutzrechten	489
a) Minimalschutz als Untergrenze des Spielraums	489
b) Flexibler Spielraum	490
c) Argumentationslast zugunsten eines weiten Spielraums	490
d) Ergebnis	492
6. Beispielfall Schwangerschaftsabbruch	492
<b>D. Ergebnis zur Begrenzung durch funktionell-rechtliche Ansätze</b>	<b>494</b>

Schlußbemerkung zu den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit .....	495
<b>Zusammenfassung des zweiten Teils</b> .....	497
<b>Anhang</b> .....	506
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	507
<b>Personenverzeichnis</b> .....	530
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	532

\*

Übersetzungen von englischsprachigen Zitaten stammen vom Verfasser, sofern nichts anderes angegeben ist.

Die Abkürzungen und die Zitierweise zur US-amerikanischen Literatur und Rechtsprechung orientieren sich am Bluebook, A Uniform System of Citation.

# Einführung

## A. Gegenstand der Untersuchung

Wo liegen die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Interpretation des Grundrechtsteils einer Verfassung? Gibt es überhaupt noch Grenzen angesichts der „Offenheit“ und Flexibilität, wie sie für Grundrechtsnormen typisch ist? Läßt sich aufgrund des Methodenpluralismus und eines fehlenden Konsenses im Bereich der Grundrechts- und Verfassungstheorie letztlich so gut wie alles vertreten? Wie weit darf das Verfassungsgericht die Verfassung im Zuge der Konkretisierung<sup>1</sup> nicht nur „anwenden“, sondern auch fortbilden, etwa indem es neue Dimensionen der Grundrechte erfindet? Die Welle massiver Kritik, die im vergangenen Jahrzehnt nach kontroversen Entscheidungen, etwa zur Meinungsfreiheit („Soldaten sind Mörder“<sup>2</sup>), zur Religionsfreiheit (Kruzifix im Klassenzimmer<sup>3</sup>) und zum Schwangerschaftsabbruch<sup>4</sup> über das BVerfG hereinbrach, verdeutlicht, wie problematisch die Bindung an die Verfassung als Brücke zwischen Verfassungsrechtsprechung und verfassungsgerichtlicher Legitimität ist. Die Frage, welchen Grenzen die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie unterliegt, stellt auf einen Ausschnitt dieser Verfassungsbindung ab. Die Grenzproblematik ist jedoch angesichts der Uneindeutigkeit der Verfassung in schwierigen Fällen stets vorhanden, nicht nur dann, wenn das Verfassungsgericht unpopuläre Entscheidungen fällt. Deshalb hat die Frage nach den Grenzen der verfassungsgerichtlichen Interpretation und Kontrolle in methodologischer, verfassungstheoretischer, rechtsphilosophischer und letztlich

---

<sup>1</sup> Unter Konkretisierung wird im folgenden der schöpferische Vorgang verstanden, mit dem eine „offene“ Norm der Verfassung (dazu allg. *Hesse*, Grundzüge, Rdnr. 19, 23 f., 50) unter Berücksichtigung der anerkannten Auslegungsmethoden inhaltlich soweit präzisiert und dabei gegebenenfalls auch fortgebildet wird, daß sie einen Prüfungsmaßstab für einen heute zu entscheidenden Fall aus dem Verfassungsrecht abgibt (vgl. *Hesse*, Grundzüge, Rdnr. 60 ff.; *Brugger*, AöR 119 (1994), S. 1 ff.; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 1676, 1712 ff.). Neben Konkretisierung werde ich gleichbedeutend von Interpretation sprechen, wobei der Begriff der Konkretisierung die Problemorientierung der Interpretation und ihren Einzelfallbezug besonders hervorhebt (vgl. *Hesse*, Grundzüge, Rdnr. 64). Soweit nachfolgend von Auslegung die Rede ist, werden damit strukturelle Unterschiede zwischen Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht in Abrede gestellt. Vgl. aber auch *Brugger*, Konkretisierung, AöR 119 (1994), S. 22, 30 f., der die spezifischen Prinzipien der Verfassungsinterpretation, wie sie insbesondere *Hesse*, Grundzüge, Rdnr. 70 ff., vertritt, in den klassischen Viererkanon der Auslegungsmethoden einordnet.

<sup>2</sup> BVerfGE 93, 266 ff.

<sup>3</sup> BVerfGE 93, 1 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 88, 203 ff.

erkenntnistheoretischer Hinsicht eine viel tiefere, beunruhigendere Dimension, als es die Kritik am einzelnen Fall vermittelt.

In der US-amerikanischen Verfassungstheorie zeigt sich zumeist ein aggressiverer Umgang mit dem Problem verfassungsgerichtlicher Kontrolle. Der dem Mehrheitsprinzip zuwiderlaufende Charakter der Verfassungsgerichtsbarkeit, der mit dem Schlagwort der „countermajoritarian difficulty“ umschrieben wird, ist das klassische Paradigma der jenseits des Atlantik geführten und in neuerer Zeit auch in Deutschland stärker beachteten Debatte über Reichweite und Grenzen verfassungsgerichtlicher Macht<sup>5</sup>. Der Supreme Court<sup>6</sup> der Vereinigten Staaten von Amerika wird vielfach als gegenmehrheitliche, zuweilen sogar als antidemokratische Institution und damit als Systemfehler in der Verfassungsordnung wahrgenommen. Auch wenn man diese Sichtweise für einseitig hält<sup>7</sup>, lenkt die amerikanische Diskussion den Blick zu Recht auf das Demokratieprinzip als Sitz der Legitimitätsproblematik eines Verfassungsgerichts. Bei einer so akzentuierten Zuspitzung des Konflikts von Mehrheitsdemokratie und Grundrechten, von Parlament und Verfassungsgericht, darf man weiterführende Einsichten zur Grenzproblematik erwarten.

Mit der Theorie der Repräsentationsoptimierung hat John Hart Ely in den USA einen vielversprechenden Ansatz entwickelt, der mit einem Modell prozeduraler Kontrolle die Verfassungsgerichtsbarkeit stärken und zugleich begrenzen will. Im Ergebnis hält Ely – wie etwa in Deutschland Böckenförde – eine allumfassende Verfassungsgerichtsbarkeit, die mit ihren Entscheidungen sämtliche Lebensbereiche durchdringt und mit faktisch unwandelbaren verfassungsrechtlichen Vorgaben imprägniert, für bedenklich. Durch den Rückzug auf die prozedurale Kontrolle soll der politische Prozeß gestärkt werden, ohne daß dabei die in der US-Verfassung ausdrücklich gewährten grundrechtlichen Freiheiten sowie der Schutz von Minderheiten vernachlässigt würden. Ob die repräsentationsoptimierende Theorie eine anschließfähige Begrenzung des Verfassungsgerichts leistet, wird im ersten Teil der vorliegenden Arbeit untersucht.

---

<sup>5</sup> Vgl. nur *Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 1962.

<sup>6</sup> Der Supreme Court ist bekanntlich kein reines Verfassungsgericht, sondern fungiert darüber hinaus auch als oberstes Bundesgericht, wie dies seine englische Bezeichnung nahelegt (vgl. Art. III, Sec. 2 US-Verfassung). *Scalia*, *A Matter of Interpretation*, 1997, S. 13, hält dazu fest: „Ich würde schätzen, daß selbst im Supreme Court weniger als ein Fünftel der Probleme, mit denen wir konfrontiert sind, verfassungsrechtlicher Art sind. Wenn man strafrechtliche Fälle ausschließt, handelt es sich wahrscheinlich um weniger als ein Zwanzigstel.“ Die Zuständigkeit des Supreme Court für die inzidente verfassungsrechtliche Normenkontrolle (vgl. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. [1 Cranch] 137 ff. [1803]; dazu *Brugger*, *Grundrechte*, S. 5 ff.) rechtfertigt es aber, ihn im Rahmen der vorliegenden Darstellung als Verfassungsgericht zu bezeichnen. Ebenso *Brugger*, *Persönlichkeitseinfaltung*, S. 3 Fn. 6.

<sup>7</sup> Ausgewogen z. B. *Tribe*, *American Constitutional Law*, S. 307: „A realistic analysis of judicial and political institutions, however, might suggest that the dichotomy [between a democratic political process and an antidemocratic adjudicatory process] is greatly exaggerated.“

Eine kritische Auseinandersetzung mit der US-amerikanischen Literatur zu Ely ist auch deshalb angebracht, weil die Rezeption seiner Theorie in der deutschen Literatur nach verdienstvoller Grundlegung durch Winfried Brugger in den achtziger Jahren nunmehr weit vorangeschritten ist<sup>8</sup>. Jürgen Habermas, Martin Vocke und Oliver Gerstenberg haben in den neunziger Jahren auf Elys Theorie zugegriffen, um ein prozeduralistisches Verfassungsverständnis fortzuführen<sup>9</sup>. In neuerer Zeit wird Elys Theorie in den sehr unterschiedlich angelegten Arbeiten von Markus Schefer, Ulrich Haltern und Cornelius Simons rezipiert<sup>10</sup>. Die Arbeit versucht, durch eine umfassende Analyse und Bewertung der Theorie klarzustellen, wofür Ely zu Recht in Anspruch genommen werden kann, und beugt damit auch Verkürzungen und Mißverständnissen aus deutscher Sicht vor.

Im zweiten Teil will die Arbeit die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im deutschen Kontext ausloten, wobei sich der demokratische Impetus der Untersuchung Elys Theorie verpflichtet fühlt. Die Grenzproblematik knüpft in normativer Hinsicht an die demokratische Ordnung des Grundgesetzes an. In einer Demokratie erscheint es selbstverständlich, daß ein Gericht – auch ein Verfassungsgericht – Grenzen unterliegt. Die vorliegende Untersuchung verfolgt diese Prämisse in zwei Richtungen. Zum einen soll der Ist-Zustand untersucht werden, wobei zu fragen ist, ob und inwieweit wirksame und durchführbare Grenzen verfassungsgerichtlicher Tätigkeit bestehen. Im Anschluß an diese Diagnose zur Grenzwirkung einzelner Elemente sollen Überlegungen zum Soll-Zustand angestellt werden. Dazu ist aus normativer Perspektive zu untersuchen, ob und inwieweit die jeweilige Begrenzung angemessen erscheint, wobei dem demokratiebezogenen Aspekt besondere Aufmerksamkeit zugewendet wird.

---

<sup>8</sup> Vgl. *Brugger*, Grundrechte, S. 363 ff., 367 ff.; sowie *ders.*, ARSP Beih. 37 (1990), S. 179 ff., 185 f.; *ders.*, JöR N.F. 42 (1994), S. 580, 589; *ders.*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, S. 333 f.; *ders.*, Ruperto Carola 3/1994, S. 23. Vgl. auch *Landfried*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, S. 157 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung (Erstauf. von 1992), insb. S. 321 ff., 333; *Gerstenberg*, Bürgerrechte und deliberative Demokratie, 1997, S. 84 ff. Vgl. auch *Callies*, Prozedurales Recht, 1999, S. 114; ferner *Vocke*, Verfassungsinterpretation und Normbegründung: Grundlegung zu einer prozeduralen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1995, S. 130 ff., 141, 145 f. Aus der älteren Lit. ist vor allem auf *Goerlich*, Staat 20 (1981), S. 454 ff.; *ders.*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, hinzuweisen. Siehe dazu unten 3. Kap., zu C. II.

<sup>10</sup> Vgl. *Schefer*, Konkretisierung, 1997, S. 241 ff., 453 ff.; *Haltern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, S. 130 f., 256 ff. u.ö.; *ders.*, Staat 36 (1996), S. 559 f.; *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, 1999, S. 315 ff.