

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

Einführung	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

Zur Analyse von Elys Theorie	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

Zur Kritik von „Democracy and Distrust“	138
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**

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

Zur Begrenzung der Grundrechtskontrolle des BVerfG durch Methodik, Verfassungstheorie und funktionell-rechtliche Ansätze	273
---	-----

Erstes Kapitel

Einführung in die Problematik verfassungsgerichtlicher Grenzen	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 Kompeten- zen 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

Zur Ausweitung der Grenzen der Verfassungsinterpretation in der verfassungsrechtlichen Methodenlehre	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

Methodische Grenzen der Verfassungsinterpretation	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 (Depenheuer, 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

Verfassungstheoretische Grenzen der Verfassungsinterpretation und der Verfassungsgerichtsbarkeit	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
III. Das Beispiel grundrechtlicher Schutzpflichten	474
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
D. Ergebnis zur Begrenzung durch funktionell-rechtliche Ansätze	494

Schlußbemerkung zu den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit	495
Zusammenfassung des zweiten Teils	497
Anhang	506
Literaturverzeichnis	507
Personenverzeichnis	530
Sachwortverzeichnis	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 Konkretisierung¹ 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“²), zur Religionsfreiheit (Kruzifix im Klassenzimmer³) und zum Schwangerschaftsabbruch⁴ 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

¹ 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.

² BVerfGE 93, 266 ff.

³ BVerfGE 93, 1 ff.

⁴ 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 Macht⁵. Der Supreme Court⁶ 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 hält⁷, 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.

⁵ Vgl. nur *Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 1962.

⁶ 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*, *Persönlichkeitsentfaltung*, S. 3 Fn. 6.

⁷ 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 ist⁸. Jürgen Habermas, Martin Vocke und Oliver Gerstenberg haben in den neunziger Jahren auf Elys Theorie zugegriffen, um ein prozeduralistisches Verfassungsverständnis fortzuführen⁹. In neuerer Zeit wird Elys Theorie in den sehr unterschiedlich angelegten Arbeiten von Markus Schefer, Ulrich Haltern und Cornelius Simons rezipiert¹⁰. 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.