



universität
wien

Diplomarbeit

Titel der wissenschaftlichen Arbeit

„Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie: Kritik an
der Verfassungsgerichtsbarkeit“

Verfasser

Jakob Emanuel Gaigg, BA

Wien, im März 2015

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 101

Studienrichtung lt. Studienblatt:

Diplomstudium Rechtswissenschaften UG2002

Betreuer:

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	2
1. Politikwissenschaftliche Ansätze: Misstrauen gegenüber Verfassungsgerichtsbarkeit.....	4
1.1 Normenkontrolle	5
1.1.1 Verfassungskonformität	5
1.1.2 Die politische Dimension der Normenkontrolle.....	6
1.2 Verfassungsgericht als „einzukalkulierender Faktor“: Der Vetospieleransatz.....	6
1.3 Sanktion als Potential der Öffentlichkeit.....	7
2. Zwischenresümee: Stärken und Schwächen politikwissenschaftlicher Ansätze	9
2.1 Fehlen einer explizit demokratisch-legitimatischer Komponente beim Vetospieleransatz.....	9
2.2 Öffentliche Wertschätzung als Bestandteil einer demokratischen Legitimation?	10
2.3 Von Institutionen von Diskursen zu institutionalisierten Diskursen	10
2.4 Probleme der Rational-Choice-Theorie.....	11
2.4.1 Der „Homo oeconomicus“ als Akteur wider eine Volonté générale?	11
2.4.2 Vom Antagonismus zum agonalen Diskurs	12
3. Versuch eines kontrafaktischen Ansatzes der Verfassungsgerichtsbarkeit	13
3.1 Die Doppelcharakteristik der Verfassung	13
3.1.1 Die Bereiche des Politischen und des Rechts	13
3.1.2 Judicial Self-Restraint als Lösung?	14
3.2 Der Begriff der konstitutionelle Demokratie als mögliche Rechtfertigung einer Verfassungsgerichtsbarkeit?.....	16
3.3 Das Problem der Rechtsauslegung	17
3.4 Das legitimatorische Kernproblem: Impliziter Verfassungswandel durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts.....	18
3.5 Allgemein berechtigte Kritik von Maus?	22
3.6 Bedingungen für eine Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit	27
3.6.1 Das diskursive (Rechts-)Staats und Gesellschaftsverständnis.....	27
3.6.2 Der Begriff einer Verfassung als Regelordnung des Gesetzgebungsprozesses.....	31
3.6.3 Die Rolle des Verfassungsgerichts als Initiator eines universellen, demokratischen Diskurses	32
Quellenverzeichnis:	34
Literatur:	34
Judikatur:	37

Einleitung

Ausgehend von dem klassischen und am ersten Blick einleuchtenden Vorwurf, wonach durch eine rege Aktivität der rechtsstaatlichen Institution einer Verfassungsgerichtsbarkeit auf die gesetzgeberische Funktion eines Parlamentes Einfluss genommen wird und sohin eine Beschränkung der gesetzgeberischen Souveränität eines wie auch immer vermittelten Volkswillens stattfindet, versucht diese Arbeit verschiedenen Ansätzen einer Kritik an Verfassungsgerichtsbarkeit nachzugehen. Dabei soll sowohl eine politikwissenschaftlich geprägte, deskriptiv-empirische Perspektive Platz finden, als auch eine rechtsphilosophisch-normativ argumentierende Sichtweise erläutert werden. Hauptziel dieser Beschreibung als Bestandteil des ersten Teils wird die Herausarbeitung des Kernproblems sein, welches m.E. als Zentrum beider Diskussionsstränge gelten kann. Im politikwissenschaftlichen Kontext ist dabei die Rede vom „impliziten Verfassungswandel“. Damit wird ein Konzept besprochen, welches im Gegensatz zu einem „expliziten Verfassungswandel“ – also Änderung der Verfassung aufgrund einer gesetzlich vorgesehenen Art der Verfassungsänderung durch das zur Verfassungsgesetzänderung berufene Organ – gerade jene rechtssprechende Aufgabe eines (Verfassungs-)Gerichtes als quasi-rechtsschöpfend herausstreicht, weil der Verfassungstext als solcher Bedeutungsoffen ist und somit einer begrifflichen Änderung durch Interpretation stets offen steht, eben auch durch eine sowohl extensive wie intensive Rechtssprechungspraxis so mancher Verfassungsgerichte. Dieses daraus resultierende Konkurrenzverhältnis zwischen Parlament bzw. legislativer Souveränität und Verfassungsgerichtsbarkeit wird vor allem bei Ingeborg Maus in eindeutiger und präziser Weise auf den Punkt gebracht.

„Demokratische Willensbildung wird folgerichtig durch die Interpretation ‚souveräner‘, vorgegebener Verfassungsinhalte ersetzt, in der das Verfassungsgericht und die Instanzengerichte qua expertokratischer Kompetenz gegenüber alternativen gesellschaftlichen Interpretationsbemühungen stets das letzte Wort behalten“.¹

Der Ansatz von Ingeborg Maus, welche in diesem Kontext von einer „Refeudalisierung“ der rechtsstaatlichen Strukturen spricht und sich in ihrer Position für eine Reformulierung einer Volkssouveränität – rechtsphilosophisch hauptsächlich auf Kant rekurrierend – ausspricht, soll ebenso wie die theoretisch eher kleiner gehaltenen politikwissenschaftlich-empirischen Ansätze einer Kritik unterzogen werden.

¹ I. Maus, Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie, Berlin 2011, 27.

Als Schlusspunkt, in welche meine Kritik der Ansätze kulminiert, will ich meine Thesen darlegen. Um den Vorwurf einer impliziten Änderung der Verfassung durch ein Verfassungsgericht zu entkräften, muss auf drei Bedingungen Rücksicht genommen werden. Zum ersten bedarf es einer anderen Sichtweise von Staat und Gesellschaft, nämlich eine diskursive Sichtweise, die sich einerseits von Modellen einer Rational-Choice-Theorie mit all ihren Problemen distanzieren muss und sich andererseits zugleich von normativ zu anspruchsvollen, rechtsphilosophischen Theorien abgrenzen muss. Im Hinblick auf die allseits anzutreffende Skepsis in Bezug auf die Eigendynamik von Gerichtsbarkeit – hier im speziellen Verfassungsgerichtsbarkeit – will ich argumentieren, dass (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit grundsätzlich als rechtsanwendende Instanz in ihrer Arbeit an das Gesetz gebunden ist. Dabei soll als zweite Bedingung die Notwendigkeit eines spezifischen Verfassungsbegriffes und einer damit einhergehenden Auslegungskonvention aufgezeigt werden, ohne welcher eine Verfassungsgerichtsbarkeit tatsächlich droht eine „expertokratische Instanz“ im Sinne von Maus zu werden.

Als dritte Bedingung wird eine bestimmte Rolle, eine bestimmte Funktion eines Verfassungsgerichts dargestellt, welche sie einzunehmen hätte, um nicht dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, das Verfassungsgericht bestimme letzten Endes, welche politischen Mittel adäquat seien und welche Werte entscheidend seien und so die Verfassung durchdringen. Als anschauliches Gegenbeispiel – und wohl der eigentliche Adressat der Kritik von Maus darstellend – soll das Verfassungsverständnis von Smend kurz erläutert werden. Dieses Beispiel soll dazu dienen die These vom Verfassungsgericht als Initiator eines universellen Diskurses zu plausibilisieren.

1. Politikwissenschaftliche Ansätze: Misstrauen gegenüber Verfassungsgerichtsbarkeit

Da die Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945 einen unvergleichlichen „Siegeszug“ in Europa angetreten hat² – seit dem Fall des Ostblocks auch in den ehemals kommunistischen Ländern Osteuropas – wird deren Rolle in der staatlichen Verfassung, deren Position im Zusammenspiel der verschiedenen staatlichen Institutionen nun auch in den Sozialwissenschaften, insbesondere der Politikwissenschaft, seit ca. zwei Jahrzehnten intensiv diskutiert. Mit dieser schier flächendeckenden Verbreitung dieser Institution ging aber auch einige Kritik und Misstrauen einher. Dieses Misstrauen gegenüber Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich anhand der verschiedenen Wortschöpfungen festmachen, welche im Laufe der Debatte entstanden sind. Dabei wird von Verfassungsgerichtsbarkeit als „Nebenregierung“, „dritter Parlamentskammer“, „Vetospieler“ oder „Vetopunkt“ gesprochen.³ All diese Wortschöpfungen dienen dem Zweck, ein spezifisches Phänomen zu beschreiben, welches in der politikwissenschaftlichen Literatur als „Justizialisierung politischer Entscheidungen“⁴ gefasst wird. Aber was nun genau stiftet dieses Misstrauen gegenüber einer Institution, welche in fast allen Demokratien Europas anzutreffen ist und „empirisch aber [als] überaus erfolgreiche[r] Akteur moderner liberaler Demokratien“⁵ gelten kann?

Dieses Misstrauen ist nicht neu. Es bestand schon zu Zeiten der Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika – dem „Mutterland der Verfassungsgerichtsbarkeit“ – indem der Supreme Court im Fall „*Marbury vs. Madison*“ im Jahre 1803 mehr oder minder eigenmächtig – von der Verfassung selbst wurde eine solche Prüfkompetenz des Supreme Court nicht vorgesehen! – zum ersten Mal ein einfaches Gesetz an der Verfassung geprüft hat.⁶ Die politikwissenschaftliche Literatur versucht nun dieses alte Misstrauen in empirischer Forschung zu erfassen und es so aus durchaus anschaulichen Erklärungskonzepten abzuleiten. Dabei ist eine klare begriffliche Strukturierung des

² Vgl. C. Hönnige, Verfassungsgerichte: neutrale Verfassungshüter oder Vetospieler?, in F. Grotz, F. Müller (Hrsg), Regierungssysteme in Mittel- und Osteuropa (2011) 262.

³ Vgl. ebd. 262.

⁴ C. Hönnige, Impliziter Verfassungswandel durch das Bundesverfassungsgericht in gesellschaftlichen und politischen Fragen, in C. Hönnige et al. (Hrsg), Verfassungswandel im Mehrebenensystem (2011) 249.

⁵ S. Kneip, Constitutional courts as democratic actors and promoters of the rule of law: institutional prerequisites and normative foundations, in Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft (2011) 131.

⁶ Vgl. M. Stelzer, Grundzüge des öffentlichen Rechts², Wien 2013, 140.

Untersuchungsgegenstands erforderlich, in welcher sowohl genuin juristische Termini als auch politikwissenschaftliche Begriffe miteinander verknüpft werden.

1.1 Normenkontrolle

1.1.1 Verfassungskonformität

Mittels des juristisch-dogmatischen Begriffs der Normenkontrolle, welcher nochmals in „abstrakte Normenkontrolle“ und „konkrete Normenkontrolle“ unterteilt wird, sucht ebenso die politikwissenschaftliche Literatur einen möglichen Ansatzpunkt für die Erklärung jenes Misstrauens ausfindig zu machen. Denn Normenkontrollen [insgesamt] stellen [...] den Kernbestand verfassungsgerichtlicher Kompetenzen dar⁷. Was aber beschreiben die juristischen Termini denn genau, welches „Verhalten“ eines Verfassungsgerichts wird mit den Begriffen abstrakte und konkrete Normenkontrolle eigentlich erfasst?

Als Normenkontrolle allgemein kann die Prüfung einer Norm anhand einer anderen Norm beschrieben werden. Diese Prüfungsrelation impliziert schon eine weitere Relation, nämlich die einer Über- bzw. Unterordnung von Normen, da ohne ein solches hierarchisches Verhältnis nicht einzusehen wäre, weshalb dann grundsätzlich gleichrangige Normen zueinander in ein Derogationsverhältnis geraten könnten. In der juristischen Literatur wird dieses Verhältnis nun konkreter ausgestaltet, indem vom „Vorrang des Verfassungsrechts (also der ‚Norm der Normen‘) auch gegenüber dem einfachen Gesetz“⁸ die Rede ist. So ist also in Österreich⁹ der Verfassungsgerichtshof dazu berufen, einfachgesetzliche Bestimmungen am Maßstab der Verfassung und Verordnungen anhand der Gesetze zu überprüfen, wobei nur der erste Fall hier von Interesse ist. Dabei besteht der Unterschied zwischen abstrakter und konkreter Normenkontrolle darin, dass bei ersterer unabhängig von einem konkreten Rechtsfall eine Norm auf ihre Verfassungskonformität hin überprüft wird, wohingegen bei der konkreten Überprüfung ein – wie der Name schon sagt – konkreter Anlassfall gegeben sein muss.¹⁰ Die Regelungen zur abstrakten Normenkontrolle beinhalten, auch in Österreich, typischerweise ein Antragsrecht bestimmter Körperschaften des öffentlichen Rechts¹¹, sei es, wie in Österreich gem. Art 140 B-VG, die Bundesregierung, die

⁷ Hönnige (FN 2) 266.

⁸ W. Berka, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁴, Wien 2012, 349.

⁹ In dieser Arbeit wird vorwiegend auf die österreichische Rechtslage Bezug genommen.

¹⁰ Vgl. Stelzer (FN 6) 144.

¹¹ Vgl. Hönnige (FN 2) 264.

Landesregierungen oder eine bestimmte Anzahl der Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften des Nationalrates, der Landtage oder des Bundesrates.¹²

1.1.2 Die politische Dimension der Normenkontrolle

Mit dem Instrument der abstrakten Normenkontrolle wird, im Gegensatz zur konkreten Normenkontrolle, also eine Norm abstrakt, ohne Beziehung zu einem konkreten Anlassfall bzw. Rechtsfall dahingehend überprüft, ob sie den Regelungen der Verfassungen insgesamt nicht widerspricht. Dieser Fall stellt den eher doch problematischeren Fall der Normenkontrolle dar, da hier das Verfassungsgericht sich nicht an der Analyse eines Einzelfalls entlang hanteln kann, sondern mit allgemeinen und vor allem politischen Erwägungen und Wertungen – dieser Umstand ist der Ausgestaltung der Antragslegitimation bei der abstrakten Normenkontrolle zu verdanken¹³ – im besonderen Ausmaß konfrontiert ist. Die hier angesprochene politische Dimension findet sich ebenso in Fällen der konkreten Normenkontrolle, jedoch wird sie bei der abstrakten auf die Spitze getrieben¹⁴, weil dadurch ein Organ mit politischen Fragen konfrontiert wird, dessen grundlegende Arbeit aber durch juristische Auslegungs- und Anwendungsfragen bestimmt und begrenzt sein sollte.¹⁵

1.2 Verfassungsgericht als „einzukalkulierender Faktor“: Der Vetospieleransatz

Eben jene politische Dimension, mit welcher sich ein Verfassungsgericht in den Normprüfungsverfahren auseinandersetzen hat, wird von manchen Diskussionsbeiträgen der Politikwissenschaft als Hauptursache des Misstrauens ausgemacht, welches der Verfassungsgerichtsbarkeit entgegengebracht wird. Der Vetospieleransatz ist eine Möglichkeit diese politische Facette eines Verfassungsgerichtshofs zu fassen, da „eine formale Beteiligung am Gesetzgebungsprozess und die Möglichkeit, ein Gesetz oder zumindest seine Anwendung zu unterbinden [...] ein zentrales Merkmal eines Vetospielers“¹⁶ darstellt. Ein Vetospieler ist somit eine Institution, die grundsätzlich nicht dazu berufen ist am Gesetzgebungsprozess teil zu nehmen; faktisch aber tut sie dies als sie Akte des Gesetzgebers

¹² Vgl. *Berka* (FN 8) 353.

¹³ Vgl. ebenso *P. Oberndorfer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in *M. Holoubek, B. Gutknecht, S. Schwarzer, A. Martin* (Hrsg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates. Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek, Springer (2002) 108.

¹⁴ Vgl. ebenso *J. Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats⁵, Frankfurt am Main 2014, 295.

¹⁵ *E. Pürgy*, Die Bedeutung der Verfassung im politischen System. Das österreichische Verfassungsverständnis, in *JRP* 19 (2011) 19.

¹⁶ *Hönnige* (FN 2) 265.

kassiert. Hönnige präzisiert diese Formel in Bezug auf ein Verfassungsgericht noch, weil ein Verfassungsgericht nicht an jedem Gesetzgebungsprozess beteiligt ist – nämlich nur, wenn es dazu angerufen wird – einerseits und weil es andererseits „auch Jahre nach der Verabschiedung, dem In-Kraft-Treten und der Anwendung eines Gesetzes dieses für nichtig erklären und unter Umständen sogar seine Folgen für den gesamten Anwendungszeitraum rückgängig machen“¹⁷ kann. Mit anderen Worten: Ein Verfassungsgericht verstößt in seiner Normenüberprüfungstätigkeit gegen die grundsätzliche Aufteilung der zu besorgenden Aufgaben der verschiedenen Institutionen in einem Staatswesen – juristisch gesprochen der Gewaltenteilung – , da es als Gericht in den Gesetzgebungsprozess eingreift. Mehr noch, sein Auftreten in der Rolle des Vetospielers führt zu sogenannten „Autolimitationseffekten“ auf Seiten des Gesetzgebers¹⁸, d.h. aufgrund seiner früheren Rechtsprechungstätigkeit bindet das Verfassungsgericht den Gesetzgeber indirekt, indem dieser versucht, mit Blick auf eben jene Rechtsprechung, seine Gesetze bestandsicher zu gestalten.

Ein solches für politikwissenschaftliche Ansätze beispielhaftes Vetospielermodell vermag nun zu verdeutlichen, von welcher Warte eine Verfassungsgerichtsbarkeit hier gesehen und analysiert wird, nämlich als zu berechnender, einzukalkulierender Faktor im Weg eines Gesetzgebungsprozesses. André Brodocz, formuliert dies so:

„Um die Effektivität ihrer [der politischen Institutionen der Legislative und Exekutive, J.G.] Entscheidungen sicher zu stellen, ist es für die Regierung und die parlamentarische Mehrheit deshalb rational, auch die verfassungsgerichtlichen Interpretationen ihrer Entscheidungen einzukalkulieren.“¹⁹

1.3 Sanktion als Potential der Öffentlichkeit

Darüber hinaus stellt Brodocz noch die überaus interessante Frage – im Unterschied zu dem eben skizzierten Vetospieleransatz – warum nun die politischen Institutionen ein entgegenstehendes Urteil eines Verfassungsgerichts überhaupt akzeptieren sollten. Denn aus juristischer Perspektive ist festzuhalten, dass zumindest nach österreichischer Rechtslage der Verfassungsgerichtshof keine eigene Sanktionsgewalt besitzt.²⁰ Ihm kommt keine volle Gerichtsgewalt zu, da die Urteile des Verfassungsgerichtshofes zwar bindend sind, d.h. es kommt ihnen Erkenntnisgewalt zu, jedoch kann der Verfassungsgerichtshof zur Durchsetzung

¹⁷ Ebd. 265.

¹⁸ Vgl. ebd. 266.

¹⁹ A. Brodocz, Bedrohungen der Judikative, in A. Brodocz, M. Llanque & G. Schaal (Hrsg), Bedrohungen der Demokratie, VS Verlag für Sozialwissenschaften (2008) 251.

²⁰ Vgl. Stelzer (FN 6) 128.

seiner Urteile keine Zwangsmittel ergreifen, es mangelt ihm an der Ordnungsgewalt.²¹ Vor diesem Hintergrund erscheint die von Brodocz gestellte Frage und der daraus resultierende modellierte bzw. erweiterte Ansatz durchaus konsequent.

Ogleich aus juristischer Sicht kein sogenanntes Sanktionspotential gegeben ist, versucht der Ansatz, den Brodocz näher ausführt, eine andere Sanktionsressource für die Institution eines Verfassungsgerichts ausfindig zu machen. Dies aber unter Beibehaltung der Prämisse, dass die diversen Institutionen rational agierende Akteure darstellen, denn „die Annahme einer Entscheidung erscheint nur dann rational, wenn der Widerstand teurer käme als die Unterwerfung“²². Ein solches indirektes Sanktionspotential sieht der Ansatz darin, dass die legislativen und exekutiven Gewalten durch die Bürger ihre demokratische Legitimation erfahren. Es bleibt also für die zur Gesetzgebung berufenen Personen und Parteien zu befürchten, dass sie, falls sie sich dem Urteil eines Verfassungsgerichts widersetzen, nicht mehr gewählt werden. Dies setzt schon voraus, dass das jeweilige Verfassungsgericht über ein dementsprechendes Ansehen unter der Bevölkerung verfügt, aufgrund dessen einer bestimmten politischen Besetzung einer Institution bei der nächsten Wahl die demokratische Legitimation entzogen wird. Damit sich aber eine solche indirekte Sanktionsressource auch tatsächlich aktualisiert, müssen zudem mehrere Bedingungen erfüllt sein.²³

Dieses Bündel aus Voraussetzungen, welche in ihrer Summe die sogenannte „Transparenz des politischen Umfelds“ ausmachen, besteht aus vier Bedingungen: „[D]ie Bekanntheit des Falls, das Interesse von Massenmedien und oppositionellen Meinungsführern, die Inklusion von Interessengruppen und die Komplexität des Falls“.²⁴ Können nun all diese Bedingungen erfüllt werden und liegt eine hohe öffentliche Wertschätzung des Verfassungsgerichts vor, so bedeutet dies den optimalsten Fall, um das indirekte Sanktionspotential zugunsten des Verfassungsgerichts auszuschöpfen. Das Zusammenspiel der verschiedenen Bedingungen und der Grad der öffentlichen Wertschätzungen sind in dieser Modellierung nicht als statische Anordnung zu verstehen, sondern als dynamische Abfolge, d.h. Entscheidungen der Legislative oder des Verfassungsgerichts wirken auf diese Bedingungen immer schon zurück und beeinflussen diese dadurch.²⁵

²¹ Vgl. W. Rechberger, D. Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁸, Wien 2010, RZ 39.

²² Brodocz (FN 19) 252.

²³ Vgl. Brodocz (FN 19) 253 f.

²⁴ Vgl. ebd. 254.

²⁵ Vgl. ebd. 256 f.

2. Zwischenresümee: Stärken und Schwächen politikwissenschaftlicher Ansätze

Die oben kurz vorgestellten spieltheoretischen Modelle vermögen zwar beide jenes Misstrauen, von dem einleitend die Rede war, zu erklären, jedoch mit unterschiedlichen Implikationen und Akzentsetzungen. Im Folgenden soll nun ein Zwischenresümee gezogen werden, wobei die jeweiligen Vor- und Nachteile der einzelnen Ansätze behandelt werden.

2.1 Fehlen einer explizit demokratisch-legitimierenden Komponente beim Vetospieleransatz

In Bezug auf die demokratische Legitimation von Institutionen bzw. deren Besetzung besteht ein gravierender Unterschied zwischen beiden Ansätzen. Der Vetospieleransatz geht in seiner Analyse von einem Konflikt bloß zwischen verschiedenen Institutionen aus, die im Gesetzgebungsprozess gegeneinander arbeiten und dabei verschiedene Interessen ins Spiel zu bringen versuchen. Dies ist dann der Fall, wie oben gezeigt, wenn ein Verfassungsgericht mittels der Normenkontrolle in die Gesetzgebung eingreift. Was dieser Ansatz bereits leistet ist, zu zeigen, inwiefern ein Verfassungsgericht nicht außerhalb, nicht als exogener Faktor zum politischen Prozess hinzutritt, sondern als in einer strategischen Beziehung stehend mit legislativen und exekutiven Institutionen begriffen werden kann.²⁶ Dabei aber übersieht dieser Ansatz das eigentliche Kernproblem, welches überhaupt grundlegend ist für die Spannung zwischen Demokratie verstanden als Volkssouveränität einerseits und Verfassungsgerichtsbarkeit verstanden als Hüterin der Verfassung andererseits. Denn erst unter Einbeziehung der Bürger, nämlich der von Bürgern ausgehenden Legitimation macht ein demokratietheoretischer Ansatz überhaupt Sinn. Andernfalls lässt sich ein Misstrauen nicht hinreichend plausibilisieren, da sich die Frage einer demokratischen Legitimation der Institutionen erst gar nicht stellt. Somit können alle am Gesetzgebungsprozess beteiligten Institutionen als bloße Konkurrenz zueinander gedeutet werden, wobei aber nicht geklärt ist, warum die eine Institution vor der anderen in irgendeiner Weise ein Primat bezüglich des Gesetzgebungsprozesses einnehmen sollte. Aus einer solchen Perspektive fehlt der Grund für ein Misstrauen gegenüber einem Verfassungsgericht als Vetospieler, wenn doch die demokratisch-legitimierende Komponente unterbelichtet bleibt.

²⁶ Vgl. ebd. 252.

2.2 Öffentliche Wertschätzung als Bestandteil einer demokratischen Legitimation?

Im etwas erweiterten Ansatz bei Brodacz wird hingegen eine Perspektive herausgearbeitet, in welcher die demokratische Legitimation durchaus eine Rolle spielt. Hier lassen sich aber nun zwei Punkte festhalten. Zum einen zeigt dieser Ansatz, dass die demokratische Legitimation nicht bloß die parlamentarische Seite des Gesetzgebungsprozesses betrifft, sondern auch in Form des indirekten Sanktionspotentials – also die öffentliche Wertschätzung des Verfassungsgerichts – dieses in bestimmter Weise mit umfasst, auf es rückwirkt. Die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit könnte, obwohl es kein gewähltes Gremium darstellt, sonst nicht in dieser Form auf den Gesetzgebungsprozess einwirken. In dieser Hinsicht spielen so auch die Bürger durchaus eine tragende Rolle im Spiel des Gesetzgebungsprozesses.

„Allerdings müssen die Bürger als endogene Variable berücksichtigt werden, da sie mit ihrer öffentlichen Wertschätzung des Verfassungsgerichts nicht nur die Interaktion zwischen dem Verfassungsgericht und den politischen Institutionen beeinflussen, sondern sie spielen – z.B. in Form von Verfassungsbeschwerden – selbst mit.“²⁷

2.3 Von Institutionen von Diskursen zu institutionalisierten Diskursen

Zum anderen zeigen die Überlegungen in diesem erweiterten Ansatz bereits, dass das Problem von Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie in einem rein institutionstheoretischen Setting nicht hinreichend beleuchtet werden kann. Es genügt demnach nicht, jenes legitimatorische Problem des Verfassungsgerichts vor dem Hintergrund fest verortbarer Diskurse zu behandeln. Vielmehr muss davon gesprochen werden, wie sehr sich Diskurse bezgl. Recht und dessen Setzung über zu eng gefasste institutionelle Schranken, sei es ein Parlament oder das Gremium eines Verfassungsgerichts, hinwegsetzen. In diesem Zusammenhang wird von Habermas m.E. zutreffender Weise folgender Befund geäußert:

²⁷ Ebd. 258.

„Weil nun die digitale Revolution nur einen weiteren Schritt in der kommunikativen Vernetzung und Mobilisierung der Bürgergesellschaft darstellt, müssen wir von einem institutionellen gefrorenen Bild des demokratischen Rechtsstaates Abschied nehmen. Die kommunikative Verflüssigung der Politik eignet sich als soziologischer Schlüssel für den realistischen Gehalt des Begriffs *deliberativer* Politik. Und unter diesem Gesichtspunkt lässt sich auch die Konstruktion des Verfassungsstaates als ein Netzwerk rechtlich institutionalisierter meinungs- und willensbildender Diskurse begreifen.“²⁸

Das von Habermas so verstandene Bild eines Verfassungsstaates als Netzwerk rechtlich institutionalisierte Diskurse zielt darauf ab, eben jene starre, auf Institutionen beschränkte, Konzeptualisierung des legitimatorischen Problems von Verfassungsgerichtsbarkeit und den daraus gefolgerten Konflikten als zu beschränkt und letzten Endes nicht mehr problemadäquat auszuweisen.

2.4 Probleme der Rational-Choice-Theorie

2.4.1 Der „Homo oeconomicus“ als Akteur wider eine *Volonté générale*?

Bezugnehmend auf den theoretischen Hintergrund der zwei politikwissenschaftlichen Ansätze, nämlich der Rational-Choice-Theorie, stellen sich m.E. noch grundsätzlichere Fragen. Zum einen muss gefragt werden, ob diese Theorie der rationalen Wahl nicht generell zu deskriptiv ist, d.h. für ein dezidiert legitimatorisches Problem von Verfassungsgerichtsbarkeit zu wenig normativen Gehalt aufzuweisen hat. Denn gerade dann, wenn ein bestimmtes Agieren von Verfassungsgerichten mitunter teils großes Misstrauen produziert und zugleich heftige Kritik evoziert, so muss doch immer schon klar sein, vor welchem normativem, kontrafaktischem Standpunkt aus hier argumentiert wird und sich gewisses Misstrauen artikuliert. Außerdem beinhaltet ein Rational-Choice-Ansatz in methodologischer Hinsicht bereits bestimmte Prämissen, die daran zweifeln lassen, ob ein solcher Ansatz nicht doch als zu begrenzt für jenes legitimatorische Problemszenario in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit angesehen werden kann.²⁹ Es sind vorwiegend die Prämissen eines methodologischen Individualismus, der ein von Eigeninteressen und Nutzenmaximierung geprägtes Menschenbild forciert und zur Grundlage jeglichen Verhaltens erklärt.³⁰ Ob auf der Grundlage eines *homo oeconomicus* auch eine kontrafaktische Rechtfertigung einer Verfassungsgerichtsbarkeit mit Blick auf ein normatives Kriterium wie

²⁸ J. Habermas, Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII, Berlin 2013, 68.

²⁹ Vgl. Brodocz (FN 19) 258 f.

³⁰ Vgl. T. Meyer, Was ist Demokratie? Eine diskursive Einführung, Wiesbaden 2009, 70.

Gemeinwohl – ein von akkumuliertem Eigeninteresse gerade unterschiedener Volonté générale – geleistet werden kann, muss wohl verneint werden.

2.4.2 Vom Antagonismus zum agonalen Diskurs

Zum anderen suggeriert auch das Vokabular dieser Ansätze eine zu stark auf Macht und Konkurrenz basierende Strukturierung des demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozesses. Ausdrücke wie „Kampf“, „Gegner“ oder die Bezeichnung eines Verfassungsgerichts als „Bedrohung“, eines „*unconstrained actors*“, „der anderen Akteuren ihren Willen“³¹ aufzwingt, legen eine zu antagonistische Sichtweise von demokratischen Verfahren nahe. Im Gegensatz dazu gälte es die argumentative, auf Überzeugung und Nachvollziehbarkeit abzielende diskursive Fassung von demokratischen Prozessen zu betonen und zugleich auch einzufordern. Jene diskursive Fassung negiert aber nicht jegliches konfligierende Moment, was ja eine immer schon vorverständigte Gemeinschaft von Diskursteilnehmern voraussetzen würde, sondern betont die durchaus agonale Struktur der in institutionellen Diskursen verlaufenden Diskussionen. Als ein solcher institutioneller Diskurs kann auch die Diskussion zwischen Verfassungsgericht und Parlament angesehen werden, wenn Öhlinger schreibt:

„Dem Konzept einer deliberativen Demokratie entspricht es aber auch, die Relation zwischen parlamentarischen Gesetzgeber und Verfassungsgesetz als einen deliberativen Dialog zu begreifen. Es geht um das *Zusammenwirken von Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Entwicklung der Rechtsordnung*“.³²

Um die vorher geäußerte Kritik (siehe Kap. 2.3) aufzunehmen, wonach eine zu enge Sicht auf die jeweiligen Institutionen als alleinige „Akteure“ eines solchen Diskurses zu verwerfen sei, sollte in diesem Zusammenhang nicht von Dia-log, sondern von Poly-log gesprochen werden, da sich die Meinungs- und Willensbildungsdiskurse nicht vorwiegend zwischen Parlament und Verfassungsgericht als Hüterin der Verfassung abspielen, sondern auch andere Stimmen und Argumente umfassen.

³¹ Brodocz (FN 19) 258.

³² T. Öhlinger, Verfassungsgerichtsbarkeit als Element einer deliberativen Demokratie. Überlegungen zur Legitimität der richterlichen Gesetzesprüfung, in K. Arnold, F. Bundschuh-Rieseneder, A. Kahl, T. Müller (Hrsg), Recht, Politik, Wirtschaft – dynamische Perspektiven. FN für Norbert Wimmer, Springer (2008) 452.

3. Versuch eines kontrafaktischen Ansatzes der Verfassungsgerichtsbarkeit

Im zweiten Teil dieser Arbeit soll nun eine kontrafaktische, also normative Sichtweise von Verfassungsgerichtsbarkeit herausgearbeitet werden. Diese Sichtweise versteht sich aber nicht als idealistische, welche Gefahr läuft, „den Kontakt mit der gesellschaftlichen Realität zu verlieren“³³. Sie versucht vielmehr unter Einbeziehung diskurstheoretischer Elemente in Bezug auf das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit, welche im vorigen Teil herausgearbeitet wurden, noch anschlussfähig zu bleiben. Gewissermaßen als Vorfrage soll der Problemzusammenhang von Verfassung und deren Auslegung durch das Verfassungsgericht erläutert werden. Dabei soll das mit dem Begriff des „Impliziten Verfassungswandels“ so bezeichnete juristische Auslegungsproblem als Kern- und Ausgangspunkt dienen, um den Fragen nach der Legitimation einer solchen Verfassungsänderung nach zu gehen. Der überaus kritische Ansatz gegenüber Verfassungsgerichtsbarkeit von Ingeborg Maus soll in diesem Kapitel als Kontrapunkt dienen. Dabei sind dem Ansatz von Maus auch in einigen Punkten Zugeständnisse zu machen, insbesondere dann, wenn die „Auslegungskultur“ des österreichischen Verfassungsgerichtshofes mit jener des deutschen Bundesverfassungsgerichts verglichen und kontrastiert wird.

3.1 Die Doppelcharakteristik der Verfassung

3.1.1 Die Bereiche des Politischen und des Rechts

In der Literatur wird oftmals davon gesprochen, ein Verfassungsgericht habe mit seiner Prüfungs- und Normverwerfungskompetenz, welcher als Prüfungsmaßstab das Verfassungsrecht zugrunde liegt³⁴, eine hervorgehobene Stellung im Vergleich zu anderen rechtsprechenden Instanzen. Damit wird die Funktion des Verfassungsgerichts als „negativer Gesetzgeber“³⁵ angesprochen. Diese außerordentliche Stellung wird mitunter daraus abgeleitet, dass das Verfassungsrecht mit seinem eminent politischen Gehalt als Prüfungsmaßstab für ein Verfassungsgericht heranzuziehen ist und so die Verfassungsgerichtsbarkeit „mit der Politik mehr als jeder andere Teil der Justiz in

³³ Habermas (FN 14) 21.

³⁴ Vgl. T. Öhlinger, H. Eberhard, Verfassungsrecht⁹, Wien 2012, RZ 1008.

³⁵ Ebd. RZ 1002.

Berührung³⁶ kommt. Aus dieser Doppelcharakteristik des Verfassungsrechts qua Rechtstext als auch politischer Grundkonsens folgern einige Autoren nun jenes Spannungs- und Konfliktverhältnis zwischen Politik und Recht, welches – so der Vorwurf mancher Autoren – zu einer „Verrechtlichung der Politik“ und auch zu eine „Politisierung des Verfassungsgerichts“ durch eben die Verfassungsrechtsprechung führt (siehe auch oben Kap. 1). Detlef Merten schreibt dazu:

„Sieht man jedoch in der Politik ein Verfahren der Austragung von Konflikten, das sich nicht an rechtlichen, sondern an politischen Maßstäben orientiert und nicht in einem rechtlich geordneten Verfahren, sondern durch Machtausübung oder Konsensbildung durchgeführt wird, so wird der Gegensatz von Recht und Politik [...] offenbar.“³⁷

Aus diesem Zitat geht bereits deutlich hervor, dass zwischen politischem und juristischem Diskurs eine grundlegende Verschiedenheit zu bestehen scheint, es sich um zwei miteinander inkommensurable Logiken der Konfliktlösungen handelt und es daher unmöglich scheint, die eine Logik in die je andere zu übersetzen. Ferner wird den zwei Bereichen idealtypisch die Eigenschaft von Dynamik auf der einen Seite und Starrheit auf der anderen Seite zugeordnet, um diese Logiken anschaulicher zu machen. Dabei konstatiert Schambeck, dass „von der Ungewißheit politischer Auseinandersetzung [...] die Rechtssicherheit des positiven Rechts sowie von der Dynamik der Politik die Statik des Rechts zu unterscheiden“³⁸ sei.

3.1.2 Judicial Self-Restraint als Lösung?

Um der Verschiedenheit der zwei Logiken Rechnung zu tragen, bestünde eine Lösung dieses Konflikts zwischen Recht und Politik in der Zurückhaltung der Verfassungsgerichts in politisch heiklen Fällen, um ein Ausgreifen der juristischen Logik auf die politische zu verhindern. Doch wie wäre eine solche Zurückhaltung für ein Verfassungsgericht juristisch dogmatisch durchführbar? Öhlinger nennt als mögliche Option die Beschränkung des Verfassungsgerichts auf *evidente* Widersprüche zwischen einfachem Gesetz und dem Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab. Dadurch wären bloß offensichtliche, von der Verfassung nicht mehr gedeckte Interpretationen bzw. Konkretisierungen durch den

³⁶ H. Schambeck, Österreichs Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, in H. Schäffer et al. (Hrsg), Im Dienst an Staat und Recht. FS Erwin Melichar, Manz (1983) 186.

³⁷ D. Merten, Aktuelle Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich, in H. Schäffer et al. (Hrsg), Im Dienst an Staat und Recht. FS Erwin Melichar, Manz (1983) 119 f.

³⁸ Schambeck (FN 36) 186.

Gesetzgeber vom Verfassungsgericht zu prüfen.³⁹ Jedoch führe diese Zurückhaltung, so Öhlinger, „zu einer geradezu unerträglichen Prämie des Machtbesitzes“⁴⁰. Denn die Fälle einer so offensichtlichen Abweichung, eines so evidenten Widerspruchs träten doch nur sehr selten auf, wodurch aber in anderen Fällen, in denen die Sachlage nicht so klar scheint, die Erwartungen auf Seiten der Antragsteller in die Institution Verfassungsgericht enttäuscht werden, da systematisch eine zurückhaltende Position gegenüber dem Gesetzgeber ausgeübt werde.⁴¹

Generell wird die Lösung dieses Problems in Formen eines „judicial self restraint“ bzw. der „political question doctrine“⁴² – beides Konzeptionen aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum – als nicht adäquat für eine kontinentaleuropäische Rechtsprechungstradition angesehen.⁴³ Zudem wird – die Kernaussage von Öhlingers Kritik aufgreifend – argumentiert, dass eine wie immer geartete Zurückhaltung geradezu gegen den verfassungsrechtlich normierten Auftrag zur Gesetzesprüfung steht. Denn die Verfassung stellt nicht nur den Prüfmaßstab dar, anhand dessen das Verfassungsgericht seine Prüfkompetenz ausübt, sondern beinhaltet selbst die rechtliche Grundlage für die Ausübung dieser Kompetenz und begrenzt sohin auch die Tätigkeit des Verfassungsgerichts.⁴⁴ Auf den Punkt bringt dies Schambeck, wenn er schreibt:

„Diese im Verfassungsrecht selbst gegebenen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit ermächtigen aber nicht zur Selbstbeschränkung in der Verfassungsauslegung, im Gegenteil, sie verpflichten zur Verfassungskonkretisierung in der ganzen Weite, die der Text des Verfassungsrechts zuläßt. Das nicht zu tun, widerspräche dem Verfassungsauftrag!“⁴⁵

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die Sichtweise des Verfassungsgerichts selbst, in wie weit nun in einer Rechtsfrage auch politische Dimensionen berührt werden, nicht ausschlaggebend sein kann. Denn eine strikte Trennung beider – zwar idealtypisch isolierten – Bereiche, des Politischen wie des Rechtlichen, kann so in einer Verfassungspraxis tatsächlich nicht vollzogen werden. Ferner muss darauf hingewiesen

³⁹ Vgl. T. Öhlinger, Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie. in H. Schäffer et al. (Hrsg.), Im Dienst an Staat und Recht. FS Erwin Melichar, Manz (1983) 133 f.

⁴⁰ Ebd. 134.

⁴¹ Vgl. ebd. 134.

⁴² Vgl. aber M. Piazzolo, Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen. Die Political Question Doktrin im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court der USA. München 1994, der den Versuch unternimmt, die political question doctrine für das BVerG zu adaptieren.

⁴³ Vgl. Merten (FN 37) 120., ebenso auch Oberndorfer (FN 13) 106.

⁴⁴ In der österreichischen Verfassung finden sich unter Art. 137-148 B-VG die Regelungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit.

⁴⁵ Schambeck (FN 36) 197.

werden, dass sich politische Entscheidungen in irgendeiner Weise in einen Rechtstext bringen lassen müssen, andernfalls es ja überhaupt keine politischen Entscheidungen geben könne, die rechtlich wirksam wären. Einem daraus möglicherweise entspringenden Konflikt kann einzig und allein mit dem Verweis auf die Verfassung begegnet werden, die Vorgaben zu den einzelnen Kompetenzen enthält. Diese kompetenzrechtlichen Regelungen bestimmen, ob eine solche Kompetenz von einem Verfassungsgericht ausgeübt werden darf und wie weit diese reicht.

3.2 Der Begriff der konstitutionellen Demokratie als mögliche Rechtfertigung einer Verfassungsgerichtsbarkeit?

Diese Überlegungen hinsichtlich der Kompetenzbestimmungen einer Verfassung, die sowohl die Judikative als auch die Legislative in vorgegeben Bahnen hält, setzen ein bestimmtes Demokratieverständnis immer schon voraus, nämlich jenes einer konstitutionellen Demokratie. Damit soll vor allem der Idee eine Absage erteilt werden, dass ein Parlament sich mit Verweis auf seine direkt demokratische Legitimation als alleiniger und unbeschränkter Souverän begreift. Faktisch soll einer bloßen Herrschaft der Mehrheit entgegengewirkt werden, da auch die Gesetzgebung an rechtliche Vorgaben der Verfassung gebunden ist.⁴⁶ Es besteht somit kein „Parlamentsabsolutismus“, keine „Parlamentssouveränität“, weil „das Parlament in kompetenzieller, verfahrensmäßiger und materieller Hinsicht verfassungsgesetzlich gebunden ist“.⁴⁷ In Österreich besteht mithin kein „reiner Gesetzgebungsstaat“, das demokratische Prinzip ist nicht als alleiniges oder zentrales Prinzip zu sehen, weil es „im demokratischen Rechtsstaat insbesondere durch das Gewaltenteilungsprinzip gezähmt“⁴⁸ wird.⁴⁹

Die so von verschiedenen Prinzipien durchwirkte Verfassung kann auch als „rechtliche Grundordnung des Staates“ verstanden werden, die dafür zu sorgen hat, dass die Spielregeln des politischen Prozesses eingehalten werden und auch die vom Staat ausgehende Macht zum Zweck des Schutzes der individuellen Freiheit der Bürger beschränkt wird.⁵⁰ Diese

⁴⁶ Vgl. *Öhlinger* (FN 32) 444.

⁴⁷ *Merten* (FN 37) 116.

⁴⁸ *D. Merten*, Gesetzgebung im demokratischen Rechtsstaat – Rechtsstaatliche Dominanz und Rationalität, in *M. Holoubek, B. Gutknecht, S. Schwarzer, A. Martin* (Hrsg.), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates. Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek, Springer (2002) 54.

⁴⁹ Vgl. auch *Öhlinger, Eberhard* (FN 34) RZ 16.

⁵⁰ Dies beschreibt das in liberaler Tradition vorherrschende Paradigma von Grundrechten als Abwehrrechte gegen den Staat vgl. dazu ebd. RZ 692.

materiellen Bestimmungen (also Verfassungsrecht im materiellen Sinn⁵¹) sollen als Normen höherer Stufe, als Grundkonsens höherer Ordnung gelten. Der dafür erforderliche breitere demokratische Konsens wird durch ein erschwertes Erzeugungsverfahren solcher Normen gewährleistet.⁵² Aus dieser erhöhten Bestandfestigkeit, welche den erhöhten Konsens widerspiegelt, ergibt sich der in Kap. 1.1.1 bereits angesprochene „Vorrang des Verfassungsrechts“. Das so gewonnene Vorrangs- bzw. Derogationsverhältnis lässt sich nun als Prüfungsrelation begreifen, welche eben die Grundlage für die Arbeit eines Verfassungsgerichts bildet.

Mit einer solchen Rechtfertigung der Tätigkeit eines Verfassungsgerichts – ausgehend von einer Verfassung, die sowohl ermächtigt als auch begrenzt– verbunden mit einer gleichzeitigen Akzeptanz des Begriffes von Demokratie als konstitutioneller Demokratie ergeben sich auf den ersten Blick nun keine gravierenden legitimatorischen Probleme mehr für ein Verfassungsgericht.⁵³ Die Arbeitsweise eines Verfassungsgerichts ließe sich nun folgendermaßen beschreiben:

„Das Verfassungsgericht mache nichts anderes, als die Gesetzgebung darauf zu kontrollieren, ob sie die ihr durch die Verfassung vorgegebenen Determinanten einhalte: sie stelle, wie dies ein amerikanischer Richter einmal beschrieben hat, nur den Text der Verfassung und den Text des zu prüfenden Gesetzes nebeneinander und vergleiche, ob zwischen beiden Texten ein Widerspruch besteht.“⁵⁴

3.3 Das Problem der Rechtsauslegung

Diesem von Öhlinger zitierten Richter dürfte ein bestimmtes Bild von Rechtsanwendung bzw. Rechtsauslegung vor Augen gestanden haben, welches aber letzten Endes die Problematik von Rechtsauslegung verkennt und so simplifizierend darstellt. Wenn also dieses Bild von Rechtsanwendung durch Gerichte in Form eines Syllogismus gedacht wird⁵⁵, in welchem das Gesetz den Obersatz, der konkrete Rechtsfall (konkrete Rechtsnorm) den Untersatz bildet und der Richterspruch die Schlussfolgerung darstellt, so muss darauf hingewiesen werden, dass Rechtsinterpretation und Rechtsanwendung so faktisch nicht funktionieren und es auch Non sense wäre dies kontrafaktisch zu fordern. Zwar kann ein Syllogismus bzw. die Form des

⁵¹ Vgl. ebd. RZ 14.

⁵² In Österreich besteht die rechtliche Grundlage hierfür in Art. 44 Abs. 1 B-VG.

⁵³ Vgl. Öhlinger (FN 39) 133.

⁵⁴ Ebd. 133.

⁵⁵ Vgl. bereits bei *I. Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Frankfurt am Main [1797] 1977, §45.

deduktiven Schlusses⁵⁶ als Veranschaulichung für die rechtsprechende Tätigkeit dienen, nichtsdestotrotz kann der Auslegungsarbeit keine mathematische Genauigkeit⁵⁷, keine Subsumtionsautomatik unterstellt werden. Jedenfalls zeigt sich bereits an dieser Stelle, dass das „Verständnis der Verfassung als Gesetz und seine Höherrangigkeit gegenüber dem einfachen Gesetzesrecht eine zwar notwendige, aber keineswegs hinreichende Erklärung [und vor allem Rechtfertigung, J.G.] der Verfassungsgerichtsbarkeit“⁵⁸ darstellt.

Die Schwierigkeiten der Rechtsauslegung eines Verfassungsgerichts betreffen zum einen generelle Probleme der Auslegung von Rechtstexten, zum anderen aber auch die einem Verfassungstext innewohnenden Besonderheiten. In erster Linie muss festgehalten werden, dass Recht nur in sprachlicher Form verfasst wird. Dementsprechend muss das in Sprache gehaltene Recht auch ausgelegt werden, interpretiert werden, denn es bestehen nicht nur verschiedene Interpretationsmöglichkeiten hinsichtlich sehr weiter bzw. deutungsoffener Begriffe – wie z.B. „Billigkeit“ – sondern Sprache per se ist ihrem Wesen nach unbestimmt. Öhlinger spricht in diesem Zusammenhang auch von der nicht eliminierbaren subjektiven Dimension⁵⁹, wonach Sprache niemals als bloßer objektiver Gegenstand eines Verstehensprozesses angesehen werden kann, sondern der Verstehensprozess sich immer schon in sein Objekt gleichsam einschreibt, es gewissermaßen zum Teil mit-erzeugt, es teils auch mit-konstituiert. Damit besteht jede rechtsprechende Tätigkeit ebenso aus einem kreativen, schöpferischen Akt, womit nun eine klare Unterscheidung zwischen Rechtsfortbildung und bloßer Rechtsauslegung qua Rechtsanwendung nicht mehr getroffen werden kann. Insbesondere durch die Anforderung an das Verfassungsrecht als höchste Rechtsstufe möglichst generell abstrakte Regelungen zu treffen und Prinzipien zum Ausdruck zu bringen, stellt sich das Unbestimmtheitsmerkmal von Sprache hier noch drastischer dar.

3.4 Das legitimatorische Kernproblem: Impliziter Verfassungswandel durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts

Das Kernproblem von Verfassungsgerichtsbarkeit beginnt nun klarere Konturen zu bekommen, indem gezeigt werden kann, wie die Verfassung selbst durch eine bestimmte Auslegung eines Verfassungsgerichts eine Änderung erfährt, ohne direkt vom

⁵⁶ Vgl. *Merten* (FN 37) 118.

⁵⁷ Wie dies Kant als Probestein einer „konsequent bleibenden Gesetzgebung“ einfordert, indem Gesetze einer „mathematisch[en] ähnlichen Formel“ genügen müssten. *I Kant, Zum ewigen Frieden*, Stuttgart [1795] 2008, 10.

⁵⁸ *Öhlinger* (FN 39) 133.

⁵⁹ Vgl. *Öhlinger* (FN 32) 444.

Verfassungsgesetzgeber geändert worden zu sein. Dieses Phänomen wird in der politikwissenschaftlichen Literatur zunehmend mit dem Begriff „impliziter Verfassungswandel“ oder auch „informelle Verfassungsänderung“ umschrieben.⁶⁰ Es können nun vier Situationen unterschieden werden, in welchen ein Verfassungsgericht sich in Beziehung zu einem Verfassungstext setzt, unabhängig von den jeweiligen Urteilen. Die vier Situationen sehen folgendermaßen aus: 1) die bestehende Interpretation der Verfassung wird beibehalten, 2) die Verfassung wird hinsichtlich eines neuen Gegenstands, der noch keine Regelung erfahren hat, erstmals interpretiert, 3) die Verfassungsinterpretation eines anderen „Akteurs“, z.B. dem einfachen Gesetzgeber, wird reinterpretiert und 4) die eigene vom Verfassungsgericht vorherige Interpretation wird reinterpretiert und so verändert bzw. fortentwickelt.⁶¹

Vor allem der vierte Fall scheint am meisten Probleme zu bereiten, da z.B. ein – in Kap. 1.2 angesprochener – Autolimitationseffekt hier von vornherein verunmöglicht wird. Denn durch den vierten Fall gewinnt die Rechtsprechung eine innere Dynamik, welche es für Außenstehende zum Teil nicht mehr nachvollziehbar macht, nach welchen Kriterien hier Recht gesprochen wird. An dieser Stelle wird der Vorwurf laut, Verfassungsgerichtsbarkeit entbehre einer bestimmten Rationalität⁶² und der Verweis auf die Gesetzesbindung verkomme zur bloßen Leerformel. Ingeborg Maus schreibt dazu:

„Der ‚Vorrang des Gesetzes‘ ist nur dort gegeben, wo seine inhaltliche Bestimmtheit Justiz und Verwaltung tatsächlich programmiert. [...] [S]o setzten sich im 19. Jahrhundert selbst unter der rechtspositivistischen Doktrin strenger Gesetzesbindung der Justiz Formen apogrypher richterlicher Anpassungen des Rechts an gesellschaftliche Entwicklungsprozesse durch, die im 20. Jahrhundert mit der Ausweitung des Instrumentariums juristischer Methodik in die offene Selbstprogrammierung der Justiz zum Zwecke nicht mehr langfristiger Anpassung, sondern situative Dynamisierung des Rechts umschlugen. Die Justiz ist insofern diejenige politische Institution, die sich aus eigener Kraft besonders früh und gründlich gegen rechtliche Normierung verselbständigte und schließlich in der Wahrnehmung eines richterlichen Prüfungsrechts bzw. der [...] erst im 20. Jahrhundert vordringenden verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle – die wiederum durch verfassungsgesetzliche Einzelbestimmungen nicht zu programmieren ist – sich über den einst ‚souveränen‘ Gesetzgeber setzte.“⁶³

⁶⁰Vgl. Hönnige (FN 4) 252.

⁶¹Vgl. ebd. 253.

⁶²Vgl. ebd. wo das Thema Parteienfinanzierung in der Rechtsprechung des BVerG untersucht wurde und die mehrmalige Änderung der Rechtsprechung ohne Änderung der Verfassung teilweise mit politischen Präferenzen der Richter erklärt wurde.

⁶³I. Maus, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München 1986, 281.

Auch Öhlinger konstatiert, dass „Verfassungsgerichte dazu tendieren, bei mehrdeutigen Verfassungsregelungen ihre Deutung [...] an die Stelle der des Parlaments zu setzen oder jedenfalls den Spielraum der Deutung weit innerhalb der noch vertretbaren Deutungen einzuengen.“⁶⁴ Fälle eines „impliziten Verfassungswandels“ verändern so nicht nur die Verfassung, indem offene Begriffe konkretisiert, ihnen ein justiziabler Gehalt geradezu abgerungen wird, sondern sie binden bzw. schränken auch den einfachen Gesetzgeber ein.

Als berühmte österreichische Judikatur dazu – auch von Öhlinger zitiert⁶⁵ – lässt sich die Entscheidung zum Mietengesetz und den darauf folgenden Entscheidungen anführen. Die Mietengesetzentscheidung des VfGH aus dem Jahr 1928 behandelt u.a. die Frage, inwieweit der Art. 5 StGG, insbesondere in Bezug auf die §§ 364, 365 ABGB, eine Eigentumsbeschränkung durch den einfachen Gesetzgeber zulassen. Der zentrale Begriff stellt in diesem Zusammenhang der Begriff des „allgemeinen Wohls“ bzw. des „allgemein Besten“ dar. Dazu bringt der VfGH in den Entscheidungsgründen folgendes vor:

„Das allgemeine Wohl oder das allgemeine Beste ist ein juristisch gar nicht faßbarer Begriff, es ist ausschließlich Sache des Gesetzgebers, das Vorhandensein dieser Voraussetzungen festzustellen, welche sowohl in dem zitierten § 364 als in dem folgenden die Enteignung regelnden § 365 enthalten ist. Es besteht geradezu die Hauptaufgabe des gesetzgebenden Körperschaften darin, sich über den Wert der vielfach entgegenstehenden Interessen eine Meinung zu bilden, das nach ihrer Ansicht höhere Interesse zu begünstigen oder zwischen widerstreitenden Interessen ein Kompromiß zu schließen. Der Verfassungsgerichtshof muß es aber entschieden ablehnen, in einer solchen Frage eine Meinung zu äußern.“⁶⁶

Der Verfassungsgerichtshof entzieht sich damit einer Debatte um den Begriff des allgemeinen Wohls, er versucht nicht diesem Begriff in irgendeiner Weise einen justiziablen Gehalt abzugewinnen, er überlässt es vielmehr dem Gesetzgeber Erwägungen zu einem allgemein Besten in die Gesetzgebung selbst einfließen zu lassen. Damit wird der formelle Gesetzesvorbehalt des Art. 5 StGG bestätigt, der eine Beschränkung des Eigentums lediglich auf Grundlage eines vom Parlament beschlossenen Gesetzes vorsieht.⁶⁷ Etwaige Befürchtungen damit einer bloßen Herrschaft der Mehrheit Tür und Tor zu öffnen bestehen nicht, da die gesetzgebenden Körperschaften gerade als Ort einer grundlegenden Verständigung der divergierenden Interessen angesehen werden, wo die *Volonté général* gleichsam in die Form eines Gesetzes gegossen wird. In einem Erkenntnis von 1949, in dem

⁶⁴ Öhlinger (FN 39) 134.

⁶⁵ Vgl. ebd. 141.

⁶⁶ VfGH G 4/28, VfSlg 1123.

⁶⁷ Vgl. Öhlinger, Eberhard (FN 34) RZ 712.

ebenfalls eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährten Eigentumsrechts dem VfGH zur Entscheidung vorlag, wird dem Begriff des „allgemeinen Wohls“ zwar noch kein konkreter justiziabler Gehalt unterstellt, doch „die Prüfung und Beurteilung der Frage aber, ob eine Enteignung dem öffentlichen Wohle dient [...], obliegt im Rahmen ihrer verfassungsgesetzlich festgelegten Zuständigkeit den Gesetzgebern des Bundes und der Länder unter der nachprüfenden Kontrolle des Verfassungsgerichtshofes [J.G].“⁶⁸ Der Verfassungsgerichtshof geht in dieser Entscheidung schon einen Schritt weiter, indem er das öffentliche Wohl bzw. dessen Aktualisierung in Form eines Gesetzes bereits unter Vorbehalt stellt, weil es noch seiner Kontrolle bedarf, ob das allgemeine Wohl auch tatsächlich Eingang in das Gesetz gefunden habe. Im Jahr 1959 erging wiederum eine Entscheidung des VfGH, die nun dem Begriff des „allgemein Besten“ einen justiziablen Gehalt unterstellt. Darin heißt es:

„Im Enteignungsbegriff (Art. 5 zweiter Satz StGG) liegt die Forderung, daß eine Enteignung nur erfolgen darf, wenn sie durch das allgemein Beste gerechtfertigt, also durch das öffentliche Interesse geboten ist. Der Gesetzgeber darf somit eine Enteignung nur dann vorsehen, wenn und soweit es notwendig ist, Privatrechte zu entziehen, um ein Gebot des allgemein Besten zu entsprechen[...]. Es muß demnach ein konkreter Bedarf vorliegen, dessen Deckung im öffentlichen Interesse liegt, es muß weiters das Objekt der Enteignung überhaupt geeignet sein, diesen Bedarf unmittelbar zu decken, und es muß schließlich unmöglich sein, den Bedarf anders als durch Enteignung zu decken. Nur dann liegt eine Notwendigkeit im oben umschriebenen Sinn vor.“⁶⁹

An diesem Beispiel zur Entwicklung der Rechtsprechung des Begriffs des „allgemein Besten“ lässt sich gut erkennen, dass der Gesetzgeber sukzessive in größerem Ausmaß gebunden bzw. begrenzt wird. War in der Entscheidung von 1928 vom VfGH noch betont worden, er müsse sich hier einer Entscheidung zum Begriff des „allgemein Besten“ enthalten, so entwickelt sich über den Zwischenschritt einer in Anspruch genommenen Nachprüfung ein justiziabler Gehalt des „allgemein Besten“, dem der Gesetzgeber zu entsprechen habe. Damit wird in richterlicher Rechtsfortbildung der formelle Gesetzesvorbehalt des Art. 5 StGG zu einer vom VfGH vorgenommenen Verhältnismäßigkeitsprüfung⁷⁰ bei Eingriffen in das Eigentumsrecht hin modifiziert.

⁶⁸ VfGH B 129/49, VfSlg 1853.

⁶⁹ VfGH G 3/59, VfSlg 1959.

⁷⁰ Vgl. Öhlinger/Eberhard (FN 34) RZ 715.

3.5 Allgemein berechtigte Kritik von Maus?

Zwar zeigt das oben erläuterte österreichische Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, inwieweit der einst eher nach Kelsenschen Verständnis agierende, d.h. zurückhaltende VfGH in seiner Rechtsprechung immer aktiver wurde und somit auch der Kritik von Maus zu unterliegen scheint.⁷¹ Nichtsdestotrotz muss die Frage gestellt werden, ob Maus mit ihrer Analyse des Verhältnisses von demokratischen Willensbildungsprozess und Verfassungsgerichtsbarkeit denn generell Recht behält, wenn sie konstatiert:

„Demokratische Willensbildung wird folgerichtig durch die Interpretation ‚sovereäner‘, vorgegebener Verfassungsinhalte ersetzt, in der das Verfassungsgericht und die Instanzgerichte qua expertokratischer Kompetenz gegenüber alternativen gesellschaftlichen Interpretationsbemühungen stets das letzte Wort behalten.“⁷²

An dieser Stelle muss vorausgeschickt werden, dass die Art und Weise wie und mit welcher Intensität ein Verfassungsgericht in seiner Interpretation der Verfassung verfährt, auch eng mit dem jeweiligen Verfassungsverständnis zusammenhängt, welches durch Auslegungskonventionen bestimmt wird.⁷³ Aus diesem Grund muss m.E. bei der Beantwortung der oben gestellten Frage ein differenziertes Bild von Verfassungsgerichtsbarkeit und einem damit zusammenhängenden Verfassungsverständnis skizziert werden, denn die generell anmutende Kritik von Maus wird zu einem großen Teil – so meine These – aus einer spezifisch deutschen Problemlage gespeist, die in dieser Form für eine Bewertung des österreichischen Verständnisses von Verfassungsgerichtsbarkeit als nicht adäquat erscheint.

Das Anliegen Maus‘ besteht darin, die gegenwärtig vorherrschende Dominanz eines materialen Rechtsstaatsbegriffs aufzuzeigen und zu kritisieren, wobei das Kantische Modell eines formellen Rechtsstaatsbegriffs subkutan immer schon als Korrekturmaßstab präsent ist. Jene Dominanz versucht sie aufzuspüren und an politischen und juridischen Entwicklungen festzumachen, insbesondere auch an der Spruchpraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts (=BVerfG). Dazu schreibt sie:

„Mit der Anerkennung ‚überpositiven, auch den Verfassungsgeber bindenden Rechts‘ entwickelt das Gericht einen Rechtsstaatsbegriff, der sich nicht aus den einzelnen Verfassungsnormen ergibt, sondern

⁷¹ Vgl. Öhlinger (FN 39) 141.

⁷² I. Maus, Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie. Berlin 2011, 27.

⁷³ Vgl. Pürgy (FN 15) 19.

der als ‚elementarer‘ Verfassungsgrundsatz erst deren Inhalt bestimmt. So ist Recht ausdrücklich nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze (und Verfassungsgesetze) identisch, sondern aus dem ‚Sinnganzen‘ der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als ein ‚Mehr an Recht‘ gegenüber dem positiven Recht abgeleitet.“⁷⁴

Die von Maus zitierten Stellen stammen allesamt aus Entscheidungen des BVerfG. Dabei scheinen zwei Punkte erläuterungsbedürftig, nämlich 1)welches Verfassungsverständnis liegt hier dem BVerfG zugrunde und 2)welche Rolle versucht das BVerfG für sich in Anspruch zu nehmen?

Wie der oben zitierte Begriff eines „Sinnganzen“ oder der Hinweis auf ein „Mehr an Recht“ gegenüber der positiven Rechtsordnung deuten bereits an, dass hier die Verfassung offenbar nicht mehr als mit der Summe der positivierten verfassungsrechtlichen Normen ident angesehen wird. Van Ooyen stellt nun die These auf, dass die in den Entscheidungen des BVerfG hervortretende Dualität von Verfassung und dem „Mehr an Recht“ nicht zufällig ist, sondern wesentlich einem bestimmten Verfassungsbegriff und einer damit im Zusammenhang stehenden bestimmten Auffassung von Verfassungsgerichtsbarkeit und deren Auslegungskonvention geschuldet ist. Es handelt sich dabei um die „Integrationslehre“ von Rudolf Smend, die „als regelrechte ‚offizielle‘ Staatsdoktrin“⁷⁵ in Deutschland bezeichnet werden kann. Nun muss gezeigt werden, welche Implikationen Smends „Integrationslehre“ beinhaltet, damit Maus eine solch harsche Kritik an dem gegenwärtigen Rechtsstaatsverständnis in Deutschland und der damit verbundenen Verfassungsgerichtsbarkeit üben kann.

Ausgangspunkt der Smendschen Theoriebildung war die Kritik und gleichzeitige Abarbeitung an der „Reinen Rechtslehre“ Kelsens und dessen juristischen Staatsbegriffs.⁷⁶ Demgegenüber versucht Smend einen soziologischen bzw. geisteswissenschaftlich geprägten Staatsbegriff zu etablieren, der einem methodisch korrektem Vorgehen⁷⁷ im Sinne der reinen Rechtslehre aber immer schon vorausliegt und dieses bedingt.

⁷⁴ Maus (FN 63) 11.

⁷⁵ R.C. van Ooyen, Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik, Wiesbaden 2014, 17.

⁷⁶ M. Morlok, A. Schindler, Smend als Klassiker. Rudolf Smends Beitrag zu einer modernen Verfassungstheorie, in R. Lhotta (Hrsg), Die Integration des modernen Staates. Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smend (2005) 18.

⁷⁷ In diesem Punkt streicht Smend das Verdienst Kelsens heraus, wenn er schreibt: „Diese Linie [Linie Jellinek-Kelsen, J.G.] ist für die sachliche Arbeit insofern von dauernder Bedeutung, als seit Kelsens großer Kritik jene Naivetät, jenes Arbeiten ohne völlige Klarheit der methodischen Voraussetzungen, nicht mehr möglich ist.“ Smend setzt aber fort: „Abgesehen hiervon ist sie[Linie Jellinek-Kelsen, J.G.] eine Sackgasse ohne Zweck und Ziel.“ R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928, 4.

„Der juristische Formalismus bedarf vielmehr methodischer Erarbeitung der materialen – um nicht zu sagen soziologischen und teleologischen – Gehalte, die Voraussetzung und Gegenstand seiner Normen sind. Insbesondere also bedarf die Staatsrechtslehre einer materialen Staatstheorie.“⁷⁸

Der Staat besteht demnach nicht als Gesamtheit der normativen Sollensanordnungen, der Rechtsordnung insgesamt, sondern umfasst als Totalität jedes Individuum, versucht das gesellschaftliche – besser gemeinschaftliche – Leben als soziologische wie geisteswissenschaftliche Kategorie insgesamt zu umfassen. Damit ist auch die klassische Trennung von Staat und Gesellschaft nicht mehr existent. Die gesellschaftliche Wirklichkeit als solche ist der Staat, ist mit diesem ident. Als solche Totalität besteht der Staat aber nicht als statische Entität, sondern als stets fortlaufender Prozess, als Integration. „Der Staat ist nur, weil und sofern er sich dauernd integriert, in und aus den Einzelnen aufbaut – dieser dauernde Vorgang ist sein Wesen als geistig-soziale Wirklichkeit.“⁷⁹ Und: „Es ist dieser Kernvorgang des staatlichen Lebens, wenn man so will, seine Kernsubstanz, für die ich schon an anderer Stelle die Bezeichnung als Integration vorgeschlagen habe.“⁸⁰ Damit besteht der Staat bzw. die Gesellschaft darin, sich immer wieder neu zu integrieren, was nur auf dem ersten Blick der Annahme einer politischen Einheit im Sinne einer vorverständigten Gemeinschaft zu widersprechen scheint. Tatsächlich aber kommt zu einer politischen Einheit bloß ein dynamisches Element in Form der Integration hinzu.⁸¹

Damit ist der erste problematische Punkt bei der Smendschen Staatsrechtslehre angesprochen, den auch Maus andeutet, wenn sie über die „Exekution von Verfassungsinhalten“ spricht. Diese Verfassungsinhalte seien „gegenüber einem demokratischen Prozedere ‚vorkonsentiert‘“⁸². Eine solche monologische demokratietheoretische Betrachtungsweise unterstellt eben immer schon eine „substantielle Vorverständigung“ über wesentliche Inhalte der Verfassung, die so einem politischen Diskurs entzogen bleiben. Bei einer staatsrechtlichen Konzeption, in welcher der Staat integrierende Totalität qua politischer Einheit ist – wie dies bei Smend der Fall ist –, wird wohl für die Austragung von Konflikten in Diskursen, generell für ein konfligierendes Moment kein Platz sein. Ein solcher Staatsbegriff scheint vordergründig mit dem Begriff der Integration als dynamisches Element zwar jene diskursive Aushandlung bestimmter Rechts- und Verfassungsinhalte zu meinen, die sich gesamtgesellschaftlich ereignen soll; zugleich verweist der Begriff der Integration im

⁷⁸ Ebd. 5.

⁷⁹ Ebd. 20.

⁸⁰ Ebd. 18.

⁸¹ Vgl. *van Ooyen* (FN 75) 27.

⁸² *Maus* (FN 72) 27.

Zusammenhang mit dem Staat auf einen uniformen, sich stets selbstbezüglich hervorbringenden politischen Gemeinkörper qua politischer Einheit, deren immer schon zugrunde liegende Vorverständigung bloß zu aktualisiert werden braucht. Mit anderen Worten: Das Smendsche Staatskonzept beinhaltet durchaus antipluralistische Züge⁸³, indem die Einheit des politischen Prozesses überbetont wird. Maus sieht daher auch in der Rechtssprechung des BVerfG zum Teil den Versuch mittels „vorkonsentierter“ Verfassungsinhalte, einem demokratischen Diskurs die Möglichkeit zu entziehen gewisse Verfassungs- und Rechtsinhalte zur Disposition stellen.

Der Begriff der Verfassung bekommt bei Smend im Zusammenhang mit dem Integrationsprozess seine Bedeutung. Zum einen schreibt Smend: „Die Verfassung ist die Rechtsordnung des Staats, genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat, nämlich seines Integrationsprozesses.“⁸⁴ Die Verfassung als Rechtsordnung kann in diesem Zitat als Hintergrund eines sich vollziehenden Integrationsprozesses verstanden werden, der Integrationsprozess gründet sich gleichsam auf der Verfassung als Rechtsordnung. Doch zum anderen findet sich im selben Abschnitt bereits folgendes:

„Eine solche Lebensfülle kann von wenigen, noch dazu meist recht schematischen [...] Verfassungsartikeln nicht voll erfaßt und normiert, sondern nur angedeutet und, was ihre integrierende Kraft angeht, angeregt werden. Ob und wie aus ihnen der aufgegebenen Erfolg befriedigender Integration hervorgeht, hängt von der Auswirkung aller politischen Lebenskräfte des Volksganzen überhaupt ab. Dieser aufgegebenen Erfolg mag dabei vom politischen Lebensstrom vielfach in nicht genau verfassungsmäßigen Bahnen erreicht werden.“⁸⁵

Die im Titel seines Staatstheoretischen Werks „Verfassung und Verfassungsrecht“ angelegte Doppelgleisigkeit der Verfassung wird durch diese Passage offenbar. Verfassungsrecht als Rechtsordnung kann selbst nur andeuten, nicht integrieren. Den Integrationsprozess leisten vielmehr alle politischen Kräfte gemeinsam, mitunter auch in Abweichung von den positivierten Verfassungsartikeln. Die Verfassung im eigentlichen Sinne stellt somit die Totalität des Integrationsprozesses selbst dar. Das sekundäre Verfassungsrecht kann jederzeit um der Integration Willen außer Acht gelassen werden. Dies hat auch Folgen für die Verfassungsinterpretation, wie folgende Stelle zeigt:

⁸³ Vgl. *van Ooyen* (FN 75) 31 ff.

⁸⁴ *Smend* (FN 77) 78.

⁸⁵ *Ebd.* 78.

„Es ist also der Sinn der Verfassung selbst, ihre Intention nicht auf Einzelheiten, sondern auf die Totalität des Staates und die Totalität seines Integrationsprozesses, die jene elastische, ergänzende, von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichende Verfassungsauslegung nicht nur erlaubt, sondern sogar fordert.“⁸⁶

Verfassungsinterpretation bedeutet nach diesem Verständnis genau nicht bloße Verfassungsrechtsinterpretation, sondern fordert gerade dazu auf in ergänzender Weise dem Integrationsprozess als Ganzem, der Verfassung als Sinnanzem, als dem „Mehr an Recht“ justiziablen Gehalt abzugewinnen.

Das Problem der Verfassungsrechtsprechung gewinnt zusätzlich an Brisanz, wenn nun auch die Integrationslehre „um eine Integrationsfunktion des Verfassungsgerichts erweitert“⁸⁷ wird, wie dies in einem Statusbericht des Bundesverfassungsgerichts auch geschah⁸⁸ und sich so ein über den politischen „Niederungen“ der Partikularinteressen stehendes, einheitsförderndes BVerfG als politischer Schlussstein des Integrationsprozesses betrachten konnte.⁸⁹

Vor dem Hintergrund des Smendschen Staats- und Verfassungsverständnis gewinnt die harsche Kritik von Maus durchaus Plausibilität, denn die von ihr kritisierte „Verselbstständigung des Rechts gegenüber dem demokratischen Prozeß der Rechtserzeugung“⁹⁰ kann gerade dort ungehindert vonstattengehen und als bloße Rechtsanwendung gerechtfertigt werden, wo zum einen mit der begrifflichen Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsrecht im Sinne Smends gearbeitet wird und sich andererseits das BVerfG selbst mitunter als letzter Garant der Einheit des Staates sieht. Ooyen schreibt dazu treffend:

„Diese Flexibilität [der Smendschen Integrationslehre, J.G.] gab der neuen, machtvollen Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit [...] ein äußerst anpassungsfähiges Instrument der Auslegung an die Hand, da mit den Smendschen Leerformeln von ‚Integration‘, ‚Einheit‘, ‚Bundestreue‘, ‚Wertordnung‘ usw. genau das entschieden und (juristisch) camoufliert werden konnte, was (rechtspolitisch) gefiel.“⁹¹

⁸⁶ Ebd. 78 f.

⁸⁷ *van Ooyen* (FN 75) 64.

⁸⁸ Vgl. ebd. 64.

⁸⁹ Vgl. ebd. 66 ff.

⁹⁰ *I. Maus*, Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant, Frankfurt a.M. 1994, 35.

⁹¹ *Van Ooyen* (FN 75) 19 f.

3.6 Bedingungen für eine Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit

Das – in Kap. 3.4 herausgearbeitete – Kernproblem der Verfassungsgerichtsbarkeit, nämlich der „implizite Verfassungswandel“ durch das Verfassungsgericht, kann sich m.E. in unterschiedlicher Intensität darstellen. Diese Intensität hängt wesentlich von ein paar Faktoren ab, die am Beispiel der Diskussion über die Smendsche Integrationslehre gezeigt werden konnten: 1) Welches Staats- und Gesellschaftsverständnis gründiert einen juristischen Diskurs, 2) welcher Verfassungsbegriff und welche damit im Zusammenhang stehende Auslegungskonvention sind vorherrschend und 3) welche Rolle bzw. Funktion wird einem Gericht einerseits von der Verfassung zugedacht und wie interpretiert das Verfassungsgericht selbst seine Rolle andererseits.

In Anbetracht der Wirkung der Smendschen Integrationslehre auf die deutsche Verfassungsrechtsprechung hat Maus mit ihrer Kritik zum Teil recht, wenn sie der Verfassungsgerichtsbarkeit einen antidemokratischen Befund ausstellt. Doch behält sie damit gegenüber dem gesamten Konzept einer Verfassungsgerichtsbarkeit Recht? Muss ein Verfassungsgericht immer antidemokratisch sein?

3.6.1 Das diskursive (Rechts-)Staats und Gesellschaftsverständnis

Der Einwand gegen eine Verfassungsgerichtsbarkeit von Maus überhaupt lautet, dass es einer solchen Institution schlichtweg nicht mehr bedürfe, wenn zum einen die Verfassung selbst bloße „Spielregelordnung“ des politischen Meinungs- und Willensbildungsprozesses sei, also bloß Summe der Verfahrensnormen darstelle. Zum anderen kämen die materialen Rechtsinhalte nur mehr in demokratischer Rechtssetzung zustande. Die Rechtssetzung soll aber laut Maus zum Teil dezentralisiert sein, denn es sollen über die Gesetze nur die jeweils „betroffenen Konfliktparteien“ entscheiden. Bloß die Rechtssetzung allgemeiner Verfahrensnormen soll von einem zentralen Organ aus geschehen.⁹² Maus kritisiert nun damit implizit einen bestimmten Begriff der Gewaltenteilung, der dem Begriff einer konstitutionellen Demokratie – wie er in Kap 3.2 beschrieben wurde – inhärent ist. Dabei soll der Gesetzgeber, die Legislative verstanden als ungeteilte Volkssouveränität, über die materialen Rechtsinhalte frei entscheiden und nicht durch Judikative in Form eines Verfassungsgerichts eingeschränkt werden. Mit Sicherung einer „symmetrischen

⁹² Vgl. Maus (FN 72) 12.

Verhandlungspositionen⁹³ aller Teilnehmer soll gewährleistet werden, dass „nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, so fern ein jeder über alle und alle über einen jeden ebendasselbe beschließen, mithin nur der allgemein vereinigte Volkswille gesetzgebend sei[n]“⁹⁴ soll. So bedarf es keines schützenden Verfassungsgerichts mehr, das Grundrechtsverletzungen durch den Gesetzgeber mittels Normenkontrolle beanstandet und diesen damit zum Durchbruch verhilft. Habermas formuliert diesen Gedanken folgendermaßen:

„[D]er normative Gehalt der Menschenrechte [oder verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte oder Grundrechte oder Jedermannsrechte, J.G.] geht vielmehr in den Modus des Vollzugs der Volkssouveränität selber ein. Der vereinigte Wille der Staatsbürger ist über das Medium allgemeiner und abstrakter Gesetze an ein Verfahren demokratischer Gesetzgebung gebunden, das per se alle nicht-verallgemeinerungsfähigen Interessen ausschließt.“⁹⁵

Dieser Idealvorstellung eines Gesetzgebungsprozesses muss entgegnet werden, dass sie „an einem überzogenen demokratischen Normativismus“⁹⁶ leidet. Die Vorstellung, dass alle tatsächlich Normunterworfenen direkt über ein Gesetz entscheiden können sollen, das sie selbst betrifft, wird dem Faktum moderner Flächenstaaten nicht gerecht. Es fehlt hier an pragmatischem Problembewusstsein. Zwar versucht Maus sich über ihre Kantinterpretation Schützenhilfe zu holen, indem sie das „als ob“⁹⁷ der bloß republikanischen ‚Regierungsart‘ als bloße Notlösung darstellt und argumentiert, Kant selbst hätte „die Einführung der ‚reinen Republik‘ als der ‚einzig rechtmäßigen Verfassung‘ ‚auch dem Buchstaben nach‘ ausdrücklich zum Ziel einer kontinuierlichen historischen Entwicklung erklärt“⁹⁸. Doch letzten Endes bleibt sie damit einer rousseauistischen Vorstellung von direkter Demokratie verhaftet, in der sich „die Volkssouveränität [...] als physisch greifbare Präsenz der vereinigten Bürger“⁹⁹ darstellt. Dagegen beweist Kant m.E. mit seiner Simulation einer gerechten Gesetzgebung, mit dem „als ob“ der republikanischen Regierungsart, gerade eine bei Rousseau so nicht anzutreffende Sensibilität für die Balance zwischen normativen, zum

⁹³ Ebd. 12.

⁹⁴ Kant (FN 55) §46.

⁹⁵ Habermas (FN 14) 131 f.

⁹⁶ Meyer (FN 30) 73.

⁹⁷ Damit ist die Simulation des demokratischen Rechtssetzungsverfahrens gemeint, wenn der gesetzgebende Monarch sich selbst die Frage stellt, ob die Gesetze, die er erlassen hat, als aus dem vereinigten Willen des Volkes entspringend gedacht werden können.

⁹⁸ Maus (FN 72) 282.

⁹⁹ Habermas (FN 14) 170.

Teil auch idealen Vorstellungen einerseits und pragmatischen, die jeweiligen historischen Umstände beachtenden Erwägungen andererseits.

Demgegenüber muss eine diskursive Fassung des Gesetzgebungsprozesses bzw. eines demokratischen Rechtsstaates überhaupt stark gemacht werden, in der sich verschiedene Diskurse über die jeweiligen Grenzen bestimmter Institutionen und auch über Formen zwar dezentraler, aber doch noch fest verortbarer Gesetzgebungsabläufe im Sinne Maus' hinwegsetzen. Der zentrale Begriff, der eine solche Pluralität beschreibt und dabei eine partielle Unabhängigkeit von Institutionen impliziert, ist der der Öffentlichkeit (siehe Kap. 2.2 und 2.3). Habermas schreibt dazu:

„Im diskurstheoretisch begriffenen Rechtsstaat verkörpert sich die Volkssouveränität nicht mehr in einer anschaulich identifizierbaren Versammlung autonomer Bürger. Sie zieht sich in die gleichsam subjektlosen Kommunikationskreisläufe von Foren und Körperschaften zurück.“¹⁰⁰

Daraus ergibt sich eine doppelte Fronstellung eines solch diskursiv verstandenen Rechtsstaates, einer diskursiv verstandenen Demokratie. Einerseits gilt es der Vorstellung von miteinander konkurrierenden Institutionen – wie sie im ersten Teil der Arbeit als Ergebnis spieltheoretischer Modellierung vorgestellt wurden (insbesondere in Kap. 2.4.2) – mit dem Hinweis zu begegnen, dass sich die Diskurse über scheinbar feste Grenzen von Institutionen immer schon hinwegsetzen. Auch Maus vertritt zuweilen ein zu enges sequentielles Bild solcher Kommunikationsverläufe zwischen Institutionen, wenn sie schreibt, dass die Arbeit von Gerichten wesentlich reaktiv sei.¹⁰¹ Die aus der politikwissenschaftlichen Arbeit stammende Erkenntnis, dass es „Autolimitationseffekte“ im Zusammenhang mit Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung gibt (Kap. 1.2), stellt bereits klar, dass ein sequentiell verstandener Kommunikationsprozess zwischen Gesetzgebung und Judikative (insb. Verfassungsgerichtsbarkeit) im Sinne einer starren Nacheinanderkoppelung dieser Institutionen zu kurz greift. Ein Verständnis von Diskursen im Sinne von Kreisläufen, als Abfolge von nie völlig erstarrten und sedimentierten Kommunikationsprozessen kann daher bereits ein Fundament für ein anderes Verständnis des demokratischen Rechtsstaates moderner Prägung bieten, insbesondere auch für das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit. In eine ähnliche Richtung weist auch die von Bruce Ackerman in „We The People“ aufgestellte These, dass ein monistisches Demokratieverständnis immer einen antidemokratischen Verdacht gegenüber Institutionen hegt, die sich die Überprüfung einer

¹⁰⁰ Ebd. 170.

¹⁰¹ Vgl. Maus (FN 72) 37.

gewählten Volksvertretung zur Aufgabe machen. „[D]uring the period between elections, all institutional checks upon the electoral victors are presumptively antidemocratic. [...] When the Supreme Court, or anybody else, invalidates a statute, it suffers from a ‘countermajoritarian difficulty’[...]“.¹⁰² Der antidemokratische Verdacht gegenüber einem Verfassungsgerichts stellt sich insofern ähnlich dar wie bei Maus als es auch bei dem sogenannten monistischen Demokratieverständnis nur eine Institution geben kann, in der sich ein Wille artikulieren soll. Jeder nicht in diesem abgegrenzten institutionellen Bereich artikulierter Stimme mangelt es schlichtweg an demokratischer Legitimation. Dagegen wendet sich Ackerman mit seinem Konzept eines dualen Verständnisses von Demokratie, in welchem die verschiedenen Foren und Körperschaften, wie Habermas sagen würde, in deliberativer Manier zusammenarbeiten und kooperieren anstatt sich als Konkurrenz oder gar als antidemokratische Gegner zu sehen.

„In contrast, the dualist sees the discharge of the preservationist function by the courts as an essential part of a well-ordered democratic regime. Rather than threatening democracy by frustrating the statutory demands of the political elite in Washington, the courts serve democracy by protecting the hardwon principles of a mobilized citizenry against erosion by political elites who have failed to gain broad and deep popular support for their innovations.“¹⁰³

Andererseits muss sich eine diskursive Fassung von Demokratie und Rechtsstaat gegenüber Staatsbegriffen und Gesellschaftsbegriffen abgrenzen, in denen immer schon auf eine vorverständigte Gemeinschaft rekurriert wird, weil eine vorverständigte Gemeinschaft auch immer Exklusion, den Ausschluss anderer bedeutet und sohin auch den Ausschluss anderer Diskurse impliziert. Denn konsequenter Weise kann ein Gemeinwesen, dessen Wesen in der ständigen Integration der Lebenstotalität einer gesellschaftlichen Wirklichkeit besteht, nur einen Einheitsdiskurs propagieren. Dieser Einheitsdiskurs zeigt sich dann auch als ausgrenzender Diskurs, denn die Integration selbst setzt ein Verhältnis von Entitäten voraus, wonach eine kleinere Entität in einer größeren in bestimmter Weise aufgehen soll. Dieser Bezug auf die größere Einheit – einer Identität – schafft konsequenterweise auch einen Bereich, der nicht dazugehört. Anders formuliert: „Die ‚Integration‘ beinhaltet, weil auf politische ‚Einheit‘ bezogen, immer zugleich auch Exklusion.“¹⁰⁴

¹⁰² B. Ackerman, *We the people*. Foundations, Cambridge 1993, 8.

¹⁰³ Ebd. 10.

¹⁰⁴ van Ooyen (FN 75) 70.

3.6.2 Der Begriff einer Verfassung als Regelordnung des Gesetzgebungsprozesses

Die diskursive Fassung demokratischer Prozesse, von Staat und Gesellschaft stellen einen ersten Schritt zu einer möglichen Rechtfertigung von Verfassungsgerichtsbarkeit dar, weil sie die Intensität eines „impliziten Verfassungswandels“ abschwächen. Ferner bedarf es eines Verfassungsbegriffs und einer damit zusammenhängenden Auslegungskonvention, die einem Smendschen Verfassungsverständnis als Wertordnung vorbeugen. Das pluralistische Gegenmodell bestünde in einer Verfassung verstanden „als Kodifikation der Spielregeln der parlamentarischen Demokratie“¹⁰⁵. In diesem Punkt kann Maus' Ansicht zugestimmt werden, da jedes andere Verständnis von Verfassung möglicherweise bereits wiederum vorkonsentrierte Verfassungsinhalte suggerieren würde, womit man einer Wertordnung im Sinne Smends gefährlich nahe käme. Pluralistisch ist dieses Gegenmodell, weil dadurch sichergestellt würde, dass alle möglichen Teilnehmer eines Gesetzgebungsprozesses in symmetrischer, d.h. gleichberechtigter Weise an Diskursen teilnehmen können, ohne zu einer politischen Einheit integriert zu werden. Die Auslegungskonventionen müssten sich an den positivierten (Verfassungs-)Gesetzen orientieren, d.h. die Rolle der Richter bestünde in der Auslegung der niedergeschriebenen Verfassung mittels sprachlicher Auslegungsmethoden, also mittels Wortinterpretation als auch systematischer bzw. grammatikalischer Interpretation. Darüber hinaus kommt auch ein historischer Interpretationsansatz in Frage. Mit Vorsicht ist eine teleologische Interpretation zu handhaben, da man hier Gefahr läuft eine zu extensive Auslegung zu betreiben und sich so die nötige Distanz zu einer Wertordnungsjudikatur nicht mehr aufrechterhalten lässt.¹⁰⁶ In der amerikanischen Debatte wird an dieser Stelle die Unterscheidung „interpretivism“ und „noninterpretivism“ diskutiert, die die Auslegungsfrage als Problem anzeigt.

„Jurisprudential theory, meanwhile, has been preoccupied with methodological debates concerning ‘interpretivism’ and ‘noninterpretivism’. The issue here is whether judges should restrict themselves to a ‘strict construction’ of the constitution in terms of the written text or the original intent of the framers, or whether they should go beyond such argumentative resources and adjudicate hard cases on the basis of values and norms [...]“¹⁰⁷

Nichtsdestotrotz, auch wenn eine Auslegung im Sinne eines „Mehr an Recht“ und damit ein Rückgriff auf überpositives Recht verhindert wird, kann es aufgrund der sprachlichen

¹⁰⁵ Öhlinger (FN 39) 141.

¹⁰⁶ Vgl. Öhlinger (FN 34) RZ 693, der einer Rezeption einer „Werttheorie der Grundrechte“ für Österreich kritisch gegenübersteht.

¹⁰⁷ C. Zurn, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, in *Law and Philosophy* 21 (2002) 470.

Verfasstheit und den damit verknüpften Schwierigkeiten (siehe Kap. 3.3) nicht zu einer mathematischen Genauigkeit der Rechtsanwendung kommen. Dies selbst dann nicht, wenn die Verfassung lediglich als „Spielregelanordnung“ gedacht wird. Dies zeigt Öhlinger anhand eines kurzen Beispiels:

„Eine Verfassung besagt, dass die Gesetzgebungsperiode eines Parlaments vier Jahre dauert [...]. Aber selbst in diesem fiktiven Beispiel könnte sich die Frage stellen, ob der Text der Verfassung nicht besagen will, dass die Gesetzgebungsperiode höchstens vier Jahre dauern darf, so dass eine Ermächtigung der Mehrheit angenommen werden kann, die Periode entweder im Einzelfall oder aber auch generell zu verkürzen. Der historische und/oder sprachliche Kontext einer solchen Regelung kann vielleicht eine eindeutige Antwort ermöglichen, tut dies aber nicht immer.“¹⁰⁸

Eine richterliche Rechtsfortbildung lässt sich aufgrund der sprachlichen Verfasstheit des Rechts sohin nicht völlig eliminieren und wird als Kernproblem, solange Recht sprachlich verfasst ist, immer bestehen.

3.6.3 Die Rolle des Verfassungsgerichts als Initiator eines universellen, demokratischen Diskurses

Bezüglich der Rolle eines Verfassungsgerichts kann eine Hauptfunktion herausgehoben werden, mit der sich m.E. ein Verfassungsgericht abschließend rechtfertigen lässt. Immer dort, wo die Verfassung als Spielregel des demokratischen Prozesses faktisch nicht eingehalten wird oder nicht zur Geltung kommt, muss das Verfassungsgericht einschreiten. Dies ist besonders dann der Fall, wenn Interessensartikulationen nicht die nötige Aufmerksamkeit im Rahmen eines Gesetzgebungsprozesses geschenkt wird. Dies liegt mitunter an Strukturen des Gesetzgebungsprozesses selbst. Dabei kann sich erst nach der Gesetzwerdung herausstellen, welche Interessen hier ungerechtfertigter Weise nicht mitgedacht wurden. Um dies zu korrigieren, kann ein Verfassungsgericht den unberücksichtigt gebliebenen Stimmen Gehör verschaffen.¹⁰⁹

Im Kontrast dazu stellt sich die Aufgabe eines Verfassungsgerichts beispielsweise bei Michael J. Perry völlig anders dar. Hier wird den Richtern des Supreme Court eine Vorrangstellung eingeräumt, wenn es darum geht, die wesentlichen Grundfeste und Werte der Amerikanischen Identität zu finden und in einem Dialog zwischen juristischen Fachmeinungen herauszudestillieren. Politiker selbst seien dazu nicht in der Lage, da sie

¹⁰⁸ Öhlinger (FN 32) 445.

¹⁰⁹ Vgl. ebd. 450 f.

durch das niedere politische Tagesgeschäft abgelenkt seien und ohnedies ihr politischer Aktionsradius bloß im Zusammenhang mit der nächsten Wahl zu sehen sei.¹¹⁰ Die Ähnlichkeiten mit der Integrationsfunktion und damit einhergehenden Selbstwahrnehmung des deutschen BVerfG als Schlussstein der Integration sind evident. Darüber hinaus verfügen Richter über ein tieferes Verständnis für Werte und Ethos, sodass eine solche Funktion nicht jedermann zukommen kann.

„From his account of the legitimacy conditions of a constitution and his argument about the superior dialogical and moral capacities of the judiciary, Perry argues that noninterpretive review [...] should be entrusted to an unelected body of guardians who will enforce our own best moral interests even over our own objections as expressed through legislature.”¹¹¹

Vernunft, Einsicht und argumentatives Verständnis sind somit Fähigkeiten oder Ausfluss von Fähigkeiten, welche per se ungleich verteilt sind unter den Menschen. Ein solches Verständnis der Rolle eines Verfassungsgerichts ist als gleichheitsfeindlich abzulehnen.

Im Gegensatz dazu und im Sinne einer oben angedeuteten diskurstheoretischen Betrachtungsweise könnte man auch davon sprechen, dass eine Hauptfunktion eines Verfassungsgerichts darin besteht, als Institution einen universellen Diskurs – im Unterschied zu einem pragmatischen und ethisch-politischen Diskurs bei Habermas¹¹² – zu initiieren!, nicht ihn abschließend zu reglementieren. Die zentrale Fragestellung lautet: Hatten alle möglichen Rechtsunterworfenen auch die Chance auf die gleichberechtigte Teilnahme am Meinungs- und Willensbildungsprozess? Damit reformuliert das Verfassungsgericht die transzendentalen legitimatorischen Voraussetzungen eines demokratischen Prozesses überhaupt, indem nach der Gleichheit aller im demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozess gefragt wird und diese so eingefordert wird. Transzendental deshalb, weil ohne diese Anerkennung eines jeden als gleichberechtigten Teilnehmer am demokratischen Prozess, also einer symmetrischen Beziehung zwischen jedermann, die Bedingung der Möglichkeit für Demokratie fehlen würde. Soin kann ein Verfassungsgericht gerechtfertigt werden, wenn es die Funktion einer ständigen Reartikulation des Demokratieprinzips – im Sinn von Habermas – einnimmt, welches ein Verfahren legitimer Rechtsetzung einfordert¹¹³. Damit erfüllt ein Verfassungsgericht eine zwar integrierende und fundamentale Funktion, aber nur in dem Sinne als ein solcher universeller Diskurs als

¹¹⁰ Vgl. *Zurn* (FN 108) 488.

¹¹¹ Ebd. 491.

¹¹² Vgl. *Habermas* (FN 14) 139 f.

¹¹³ Vgl. ebd. 141.

grundlegend für das Führen von Diskursen von rechtlich zueinander gleichgestellten Akteuren überhaupt gesehen werden kann. Ein Eingriff in andere Diskurse erfolgt somit nicht, weder in einen eher pragmatischen Diskurs, wo Mittel-Zweck-Relationen eine Rolle spielen, noch in einen ethisch-politischen Diskurs, in welchem es um Identitätsstiftung einer Gemeinschaft geht.¹¹⁴ Solange der Zugang zu diesen Diskursen für alle möglichen Rechtsunterworfenen in gleicher Weise offen steht und sohin das Metaprinzip der Demokratie gewahrt bleibt, erfüllt ein Verfassungsgericht eine seiner Hauptfunktionen.

Quellenverzeichnis:

Literatur:

- Ackerman, Bruce. 1993. *We the people. Foundations.* Cambridge: Harvard Univ. Press.
- Berka, Walter. 2012. *Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium.* 4.Aufl., Wien: Verlag Österreich.
- Brodocz, André. 2008. *Bedrohungen der Judikative.* In *Bedrohungen der Demokratie.* Hrsg. André Brodocz, Marcus Llanque und Gary S. Schaal, 250-269. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Habermas, Jürgen. 2014. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.* 5.Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen. 2013. *Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII,* Berlin: Suhrkamp.

¹¹⁴ Vgl. ebd. 139.

- Hönnige, Christoph. 2011a. Impliziter Verfassungswandel durch das Bundesverfassungsgericht in gesellschaftlichen und politischen Fragen. In *Verfassungswandel im Mehrebenensystem*. Hrsg. Christoph Hönnige et al., 249-271. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Hönnige, Christoph. 2011b. Verfassungsgerichte: neutrale Verfassungshüter oder Vetospieler? In *Regierungssysteme in Mittel- und Osteuropa*. Hrsg. F. Grotz, F. Müller-Rommel. 262-280. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Kant, Immanuel. [1795] 2008. Zum ewigen Frieden. Stuttgart: Reclam.
- Kant, Immanuel. [1797] 1977, *Metaphysik der Sitten*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Kneip, Sascha. 2011. Constitutional courts as democratic actors and promoters of the rule of law: institutional prerequisites and normative foundations. In *Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft* 2011, 5: 131-155.
- Maus, Ingeborg. 2011. Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie. 1.Aufl., Berlin: Suhrkamp.
- Maus, Ingeborg. 1994. Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant. 1.Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Maus, Ingeborg. 1986. Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus. 1.Aufl., München: Wilhelm Fink Verlag.
- D. Merten, Gesetzgebung im demokratischen Rechtsstaat – Rechtsstaatliche Dominanz und Rationalität, In *Dimensionen des modernen Verfassungsstaates. Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek*. Hrsg. Michael Holoubek, et al., 53-72. Wien: Springer.
- Merten, Detlef. 1983. Aktuelle Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich, In *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale FS Erwin Melichar*, Hrsg. Heinz Schäffer et al., 107-124. Wien: Manz.
- Meyer, Thomas. 2009. Was ist Demokratie? Eine diskursive Einführung. 1.Aufl., Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Morlok, Martin; Schindler, Alexandra. 2005. Smend als Klassiker. Rudolf Smends Beitrag zu einer modernen Verfassungstheorie, In *Die Integration des modernen Staates. Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smend*. Hrsg. Roland Lhotta, 13-35. Baden-Baden: Nomos Verlag.

- Oberndorfer Peter. 2002. Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich. In *Dimensionen des modernen Verfassungsstaates. Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek*. Hrsg. Michael Holoubek, et al., 105-128. Wien: Springer.
- Öhlinger, Theo; Eberhard, Harald. 2012. Verfassungsrecht. 9.Aufl., Wien: Facultas.
- Öhlinger, Theo. 2008. Verfassungsgerichtsbarkeit als Element einer deliberativen Demokratie – Überlegungen zur Legitimität der richterlichen Gesetzesprüfung. In *Recht, Politik, Wirtschaft - dynamische Perspektive n. Festschrift für Norbert Wimmer*. Hrsg. Konrad Arnold et al., 443-460. Wien: Springer.
- Öhlinger, Theo. 1983. Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie. In *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale FS Erwin Melichar*, Hrsg. Heinz Schäffer et al., 125-148. Wien: Manz.
- Piazzolo, Michael. 1994. Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen. Die Political Question Doktrin im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court der USA. München: Vögel.
- Pürgy, Erich. 2011. Die Bedeutung der Verfassung im politischen System. Das österreichische Verfassungsverständnis. In *Journal für Rechtspolitik* 2011, 19: 15-25.
- Rechberger, Walter; Simotta, Daphne-Ariane. 2010. Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. 8.Aufl., Wien: Manz Verlag.
- Schambeck, Herbert. 1983. Österreichs Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik. In *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale FS Erwin Melichar*, Hrsg. Heinz Schäffer et al., 185-204. Wien: Manz.
- Smend, Rudolf. 1928. Verfassung und Verfassungsrecht. München: Duncker & Humblot.
- Stelzer, Manfred. 2013. Grundzüge des öffentlichen Rechts. 2.Aufl., Wien: LexisNexis Verlag.
- Van Ooyen, Robert C. 2014. Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Zurn, Christopher F. 2002. Deliberative Democracy and Constitutional Review. In *Law and Philosophy* 2002, 21: 467-542.

Judikatur:

- VfGH G 3/59, VfSlg 1959.
- VfGH B 129/49, VfSlg 1853.
- VfGH G 4/28, VfSlg 1123.