

**Hüten, richten, gründen:
Rollen der Verfassungsgerichte
in der Demokratisierung
Deutschlands und Ungarns**

**Dissertation zur Erlangung
des akademischen Grades
Doktor der Philosophie (Dr. phil.)
am Fachbereich Politik- und
Sozialwissenschaften,
Freie Universität Berlin**

**vorgelegt von
Christian Boulanger**

Berlin 2013

Erstgutachter: Prof. Dr. Ulrich K. Preuß
Zweitgutachterin: Prof. Dr. Silvia von Steinsdorff
Tag der Disputation: 18.04.2013

Stand: 3.12.2013

Copyright: © 2013 Christian Boulanger

Druck und Verlag: epubli GmbH, Berlin, www.epubli.de

ISBN 978-3-8442-7470-7

Inhaltsverzeichnis

Summary	ix
Zusammenfassung	xi
Vorwort	xiii

Kapitel 1: Verfassungsgerichte und Demokratisierung

1.1 Demokratisierung und Verfassungsgerichtsbarkeit	1
1.2 Die Rolle der Verfassungsgerichte als Forschungsfrage	3
1.3 Forschungsstand	5
1.3.1 „Hüter der Verfassung“	6
1.3.2 Theorie der Rolle von Verfassungsgerichten	7
1.3.3 Zusammenfassung	10
1.4 Argumentationsgang	10
1.5 Methodisches Vorgehen	13

Kapitel 2: Eine Theorie institutioneller Rollen

2.1 Prämissen	17
2.1.1 Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution	18
2.1.2 Rolle und Funktion	20
2.1.3 Neue Institutionen in der demokratischen Transformation	24
2.2 Theorie der institutionellen Rolle	25
2.2.1 Potentiale und Grenzen der Anwendbarkeit soziologischer Rollentheorie auf Institutionen	25
2.2.2 Rollenverhalten und Erwartungen von Teilöffentlichkeiten	29
2.2.3 Richter und Teilöffentlichkeiten	32
2.2.3.1 Das juristische Feld	34
2.2.3.2 Das politische Publikum: Exekutive und Legislative	36
2.2.3.3 Zivilgesellschaftliche Öffentlichkeit	37
2.2.3.4 Internationales Publikum	38
2.3 Richterliche Rolle und Methoden der Verfassungsinterpretation	40
2.4 Zusammenfassung	43

Kapitel 3: Rollen der Verfassungsgerichte in Transformationsphasen

3.1 Das Gericht als positivistischer „Hüter“	47
3.1.1 Kelsens Konzeption des „Hüters der Verfassung“	48
3.1.2 Ein minimalistisches „Hüter“-Konzept: Berechenbare Herstellung von Normtransparenz	51
3.1.3 Legitimität durch Berechenbarkeit	52
3.1.4 Aufgabe: Herrschaft des Rechts wiederherstellen und sichern ...	54
3.1.5 Zusammenfassung	55
3.2 Das Gericht als konfliktbearbeitender „Schiedsrichter“	56
3.2.1 Herleitung	56
3.2.2 Legitimität durch Konfliktbearbeitung eines neutralen Dritten ...	58
3.2.3 Aufgabe: Verfassungsgericht als Konfliktmanager und Kompromisserzwinger in der Transformation?	62
3.2.4 Zusammenfassung	64
3.3 Das Gericht als Werte setzender „Gründer“	64
3.3.1 Herleitung	64
3.3.2 Legitimationsgrundlagen	67
3.3.3 Aufgabe: Neue Rechtskulturelle Identität schaffen	70
3.4 Zusammenfassung	71

Kapitel 4: Das Bundesverfassungsgericht, 1952-1961

4.1 Entstehungsgeschichte	73
4.1.1 Verfassungskonvent	75
4.1.2 Parlamentarischer Rat	77
4.1.3 Beratungen über das Bundesverfassungsgerichtsgesetz	79
4.1.4 Richterwahl	82
4.1.5 Kompetenzen und Rollenzuschreibung	83
4.1.6 Ausgangslage: die Öffentlichkeiten des Gerichts vor dem Beginn seiner Arbeit.....	84
4.1.6.1 Zivilgesellschaft.....	85
4.1.6.2 Das juristische Feld	86
4.1.6.3 Internationales Publikum	88
4.2 Entscheidungsanalysen	89
4.2.1 Südweststaat (1951).....	90
4.2.1.1 Kontext	90
4.2.1.2 Urteil	93

4.2.1.3	Analyse	99
4.2.1.4	Reaktionen	102
4.2.1.5	Folgen	103
4.2.2	Statusstreit (1952-53).....	104
4.2.2.1	Kontext/Hintergrund	104
4.2.2.2	Statusbericht	105
4.2.2.3	Analyse	110
4.2.2.4	Denkschrift	112
4.2.2.5	Bewertung	114
4.2.2.6	Gutachten Thoma und Antwort des Gerichts	115
4.2.2.7	Bewertung	118
4.2.2.8	Streit zwischen Dehler und BVerfG	119
4.2.2.9	Folgen	121
4.2.2.10	Gesamtbewertung	122
4.2.3	Das BVerfG als unwilliger Schiedsrichter der Außenpolitik: Die bundesdeutsche „Wiederbewaffnung“ (1952)	126
4.2.3.1	Kontext	127
4.2.3.2	Plenargutachten Heuss (BVerfGE 2,79)	135
4.2.3.3	Folgen	140
4.2.3.4	Beschluss zur Klage der Bundestagsmehrheit.....	140
4.2.3.5	Bewertung	142
4.2.3.6	Folgen	144
4.2.4	„Lüth“ (1958) und die neue Wertordnung.....	146
4.2.4.1	Kontext	146
4.2.4.2	Urteil	149
4.2.4.3	Analyse	152
4.2.4.4	Reaktionen	155
4.2.4.5	Folgen	158
4.2.4.6	Zusammenfassung	160
4.2.5	Das Gericht als Hüter der föderalen Ordnung: Die Entscheidung zum „Deutschlandfernsehen“	161
4.3	Zusammenfassung und Rollenanalyse	165
4.3.1	Hüter	166
4.3.2	Schiedsrichter	167
4.3.3	Gründer/Gestalter der normativen Ordnung	170
4.3.4	Reaktion der Teilöffentlichkeiten	178
4.3.4.1	Juristisches Feld	178
4.3.4.2	Politik	179

4.3.4.3	Nationale und internationale Öffentlichkeit	180
4.3.5	Die Autorität des Verfassungsgerichts: Smends Festvortrag zum 10-jährigen Bestehen des BVerfG	181
4.3.6	Zusammenfassung	187

Kapitel 5: Das Ungarische Verfassungsgericht 1990-1995

5.1	Entstehungsgeschichte	189
5.1.1	Recht im „Gulaschkommunismus“	189
5.1.2	Pläne für ein Verfassungsgericht	192
5.1.3	Das Verfassungsgericht am „Nationalen Runden Tisch“	194
5.1.4	Rollenbilder in den Kompetenzzuweisungen	199
5.1.5	Richterwahl	204
5.1.6	Erste Parlamentswahl und Anfangsphase	205
5.2	Fallstudien	207
5.2.1	Wahlrechtsentscheidung	207
5.2.2	Der „Aktivismus“ beginnt: Die Erfindung einer Grundrechts- hierarchie	208
5.2.2.1	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (8/1990)	208
5.2.2.2	Bewertung und Folgen	210
5.2.3	Die Todesstrafe und der Wesensgehalt des Rechts auf Leben	212
5.2.3.1	Ausgangslage	212
5.2.3.2	Urteil	214
5.2.3.3	Sólyoms Manifest: Verfassungsdogmatik als „unsicht- bare Verfassung“	218
5.2.3.4	Reaktionen	226
5.2.3.5	Folgen	229
5.2.4	Entschädigungsurteile	232
5.2.4.1	Kontext	232
5.2.4.2	1. Entschädigungsurteil (21/1990)	233
5.2.4.3	2. Entschädigungsurteil (16/1991)	235
5.2.4.4	3. Entschädigungsurteil (27/1991)	237
5.2.4.5	Bewertung	238
5.2.5	Der Streit um die Stellung des Staatspräsidenten	240
5.2.5.1	Erstes Urteil (48/1991) – der Präsident als Hüter der Verfassung?	240
5.2.5.2	Parallelmeinungen: Die Verfassung als widerspruchslo- ses System	242

5.2.5.3	Zweites Urteil (8/1992)	245
5.2.5.4	Drittes Urteil: Zurückweisung (36/1992)	249
5.2.6	Bestrafung des kommunistischen Unrechts (1992): Rechtsstaatlichkeit als rechtliche Kontinuität	254
5.2.6.1	Ausgangslage	254
5.2.6.2	Urteil	256
5.2.6.3	Reaktionen	263
5.2.6.4	Folgen	264
5.2.6.5	Bewertung	265
5.2.7	Entscheidungen zur Reform des Sozialsystems	268
5.2.7.1	Ausgangslage	268
5.2.7.2	Urteile	269
5.2.7.3	Bewertung	273
5.2.7.4	Folgen	274
5.2.7.5	Reaktionen	276
5.3	Rollenanalyse	279
5.3.1	Selbstverständnis Sólyom	280
5.3.2	Verfassungsgestaltung durch Import ausländischer Dogmatik	283
5.3.3	Reaktion der Teilöffentlichkeiten	284
5.3.3.1	Parlament	284
5.3.3.2	Juristisches Feld	286
5.3.3.3	Öffentlichkeit	288
5.3.3.4	Internationale Öffentlichkeit	289
5.3.3.5	Neue Verfassung 1995/1996	291
5.3.4	Resümee	292

Kapitel 6: Konjunktoren verfassungsrichterlicher Autorität

6.1	Die „Revolution in den Wahlkabinen“, die neue ungarische Verfassung und das Verfassungsgericht	297
6.1.1	Eine neue Verfassung	300
6.1.2	Schwächung des Verfassungsgerichts	303
6.1.3	Bewertung	310
6.2	Bundesverfassungsgericht: oft kritisiert, nie ernsthaft gefährdet	310
6.3	Befund und Thesen	314
6.3.1	Richterpersönlichkeiten und Richterverhalten	316
6.3.2	Institutionelles Design und institutionelle Einbettung	319
6.3.3	Das Zusammenspiel internationaler und nationaler Öffentlich-	

keiten	323
6.3.4 Parlamentsmehrheiten als notwendige Bedingung	326
6.3.5 Historische Brüche und die Definition der politischen Gemeinschaft	328

Kapitel 7: Rollentheorie, verfassungsgerichtliche Autorität und Demokratisierung

7.1 Rolle und Legitimität	336
7.2 Rollentheorie und Demokratie	339
Internetquellen aus Kapitel 6	343
Literatur	347

Summary

In recent years, democratization research has increasingly emphasized the role of constitutional courts in the transformation of formerly authoritarian countries towards democracy. Only rarely do these studies explore the question of what it means in a socio-political context for an institution to ‘play a role’. In addition, the term ‘role’ is often used synonymously with ‘function’, even though both concepts originate from very different social science traditions.

From a socio-legal perspective, this book aims to unearth the potential of role theory for democratization studies and comparative research on constitutional courts. The focus of the study is not the well-known normative question of whether and to what extent courts have the legitimacy to intervene in the democratic process. Instead, the debates surrounding that question are viewed as the empirical context in which processes of attribution of legitimacy take place and in which constitutional courts act as the bearer of roles, communicating with different kinds of audiences (legal academia, politics, civil society, and international actors).

Based on sociological role theory and historical-sociological new institutionalism, in the tradition of Max Weber, the book develops an ‘ideal type’ framework of analysis intended to connect with the debates in legal scholarship. This heuristic framework aims to establish empirical points of reference to assess whether and to what extent constitutional courts act as ‘guardians’ of predetermined constitutional rules, manage and decide social and political conflicts as ‘umpires’, or define the values of the legal-political community in the role of ‘founder’.

This analytical approach is then applied to two cases of newly-founded constitutional courts in democratizing political systems: the German Federal Constitutional Court in post-fascist Germany during the period 1952-1961, and the Hungarian Constitutional Court in the period of post-Communist transformation between 1990 and 1995. The focus of each case study is the constitutional court’s most highly controversial cases, their socio-political context, and the reactions of the court’s main audiences. The case studies show that the role of ‘guardian’, which according to legal scholarship is the main role of constitutional courts, played mostly in the background. In most cases, the courts acted as umpires or founders. In the light of this finding, the remainder of the study engages in a comparative analysis of the development of the constitutional court system in both countries. It seeks to explain the partial disempowerment of the Hungarian court in 2010-11; a situation that, despite many conflicts between politics and the court, has not been experienced in Germany.

Zusammenfassung

In der Demokratisierungsliteratur wird zunehmend auf die Rolle der Verfassungsgerichte in demokratischen Systemtransformationen hingewiesen. Selten wird die Frage theoretisch expliziert, was es eigentlich heißt, wenn eine Institution in einem gesellschaftlichen Kontext „eine Rolle spielt“. Zudem wird der Begriff der Rolle oftmals synonym mit dem der „Funktion“ verwendet, obwohl beide Begriffe aus sehr unterschiedlichen sozialwissenschaftlichen Theorietraditionen stammen.

Diese Arbeit versucht aus politikwissenschaftlicher und rechtssoziologischer Perspektive, den Rollenbegriff für die Demokratisierungsforschung und die vergleichende Verfassungsgerichtsforschung fruchtbar zu machen. Dabei steht nicht die schon oft diskutierte, normative Frage im Vordergrund, ob und wie stark die Verfassungsgerichte in den Prozess demokratischer Gesetzgebung eingreifen sollen. Stattdessen werden die Debatten über diese Frage als empirischer Kontext von Prozessen der Legitimitätszuschreibung verstanden, in denen die Gerichte als Rollenträger auftreten, die mit verschiedenen Arten von Publikum (Rechtswissenschaft, Politik, Zivilgesellschaft, internationale Akteure) – hier als Teilöffentlichkeiten bezeichnet – kommunizieren.

Angelehnt an die soziologische Rollentheorie und auf der Grundlage des historisch-soziologischen Neoinstitutionalismus wird, in Anschluss an die Max Webersche Theorietradition, ein idealtypisches Untersuchungsrastrer entwickelt, das an rechtswissenschaftliche Debatten anschlussfähig sein soll: Dieses heuristische Raster will empirische Anknüpfungspunkte dafür geben, ob und inwieweit Verfassungsgerichte als „Hüter“ von vorgegebenen Verfassungsnormen auftreten, wann sie als „Schiedsrichter“ von politischen und gesellschaftlichen Konflikten tätig werden, und wann sie als „Gründer“ die Werte einer rechtlich-politischen Gemeinschaft definieren.

Dieser Ansatz wird dann auf zwei Fälle von neugegründeten Verfassungsgerichten in sich demokratisierenden politischen Systemen zur Anwendung gebracht: den Fall des Bundesverfassungsgerichts im postfaschistischen Deutschland (Untersuchungszeitraum: 1952-1961) und den Fall des ungarischen Verfassungsgerichtshofs, der vor dem Hintergrund der postkommunistischen Systemtransformation agierte (Untersuchungszeitraum: 1990-1995). Untersucht werden vor allem hochkontroverse Urteile, ihr gesellschaftlicher Kontext und die Reaktionen der Teilöffentlichkeiten. Ergebnis der Analyse ist, dass die von der Rechtswissenschaft vorrangig postulierte „Hüterrolle“ des Gerichts eher im Verborgenen gespielt wurde. In den meisten Fällen trat das Gericht als Schiedsrichter und Gründer auf. Darauf aufbauend wird die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit bis heute vergleichend analysiert und danach gefragt, wie sich die Teilentmachtung des ungarischen Verfassungsgerichts im Jahr 2010/2011 erklären lässt, die – trotz zahlreicher Konflikte zwischen Bundesverfassungsgericht und Politik – in Deutschland bisher keine Entsprechung gefunden hat.

Vorwort

Nicht erst seitdem Montesquieu den Richter als „Mund des Gesetzes“ bezeichnet hat, wird über die Rolle von Gerichten kontrovers diskutiert.¹ Eine kaum zu überblickende Literatur kreist um die Frage, was die Aufgabe der Gerichte ist und welche Funktion ihnen im sozialen Gefüge zukommt. Diese Frage wird in jedem nationalen Rechtssystem einzeln verhandelt; daneben wurde immer schon der Versuch gemacht, generalisierende Antworten zu geben.²

Besondere Bedeutung hat diese Frage in der Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit gewonnen. Die ordentliche Gerichtsbarkeit ist wohl ausnahmslos als funktionale Notwendigkeit anerkannt und es wird lediglich darüber gestritten, wie ihr Verhältnis zum Gesetzgeber ist oder sein soll. Im Gegensatz dazu sind die Positionen in der Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit sehr kontrovers. Viele lehnen die Institution grundsätzlich ab, weil sie mit dem demokratischen Prinzip des Mehrheitswillens nicht vereinbar sei. Für andere wiederum ist die moderne Demokratie ohne eine Verfassungsgerichtsbarkeit gar nicht denkbar, für manche stellt sie sogar die „Krönung“ demokratischer Rechtsstaatlichkeit dar.³ Dazwischen finden sich zahlreiche Ansätze und Positionen, die sich in unterschiedlichster Weise mit dem Problem auseinandersetzen, dass sich die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht einfach in die Kategorien der traditionellen Gewaltenteilungslehre nach Montesquieu einfügt.⁴ Es geht dabei nicht nur um die Frage der Legitimität und das „richtige“ Verständnis von der Rolle der Richter⁵ im demokratischen Verfassungsstaat – Fragen, mit denen sich vor allem die politische Theorie und die Rechtsphilosophie auseinandersetzen. Die Vermu-

-
1. „Mais les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur“ (Montesquieu, 1749, Buch XI, Kap. VI). Montesquieu hatte den Gerichten die Aufgabe zugewiesen, den Willen des demokratischen Gesetzgebers Wort für Wort anzuwenden. Die Härte eines formalistisch angewendeten Gesetzes abzumildern, sei nicht Aufgabe der Richter, sondern des Parlaments selbst.
 2. Ein gutes Beispiel dafür ist Montesquieu selbst mit seiner empirisch angelegten, historisch und geographisch übergreifenden Untersuchung, die zu generellen Aussagen kommen möchte. Zu Gerichten als universellem Phänomen siehe Shapiro, 1981.
 3. Zur ersten Position siehe beispielhaft Waldron, 2006 für die amerikanische Debatte, sowie die Arbeiten von Ingeborg Maus (2004, 2011) für die wesentlich spärlichere Diskussion in Deutschland. Ganz anders noch die Preisungen der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Marcic, 1963, 1966 und, bezogen auf das Bundesverfassungsgericht, bei Smend, 1976. Neuere Debattenbeiträge am Beispiel des Verfassungsgerichtes finden sich bei Jestaedt/Lepsius, 2011.
 4. Dazu umfassend Cappelletti, 1989. Zum Thema der „Gliederung“ der Gewalten zuletzt umfassend Möllers, 2005.
 5. Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit für die Bezeichnung beider Geschlechter die männliche Form verwendet.

tung vieler, vor allem sozialwissenschaftlicher Beobachter ist, dass Verfassungsgerichte soziale und politische Funktionen haben, die von der normativen Debatte nicht erfasst werden.⁶

Zusätzliche Aktualität haben diese Debatten dadurch erhalten, dass für die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts ein Trend zur internationalen Ausbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit festgestellt wurde. Zahlreiche Publikationen stellen eine „Global Expansion of Judicial Power“ (Tate/Vallinder, 1995) oder die „Globalization of Judicial Review“ (Shapiro, 1996) fest oder sprechen vom 20. Jahrhundert als dem „Jahrhundert der Verfassungsgerichtsbarkeit“ (Benda, 2001). Komparative Analysen sprechen von der Entwicklung einer „Mitregierung“ der Verfassungsgerichte (Stone Sweet, 2000) oder gar einer „Juristokratie“ (Hirschl, 2004). Oft wird ein Zusammenhang hergestellt zwischen der Ausbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit und den verschiedenen „Wellen“ der Demokratisierung, die nach 1945 weltweit zu beobachten sind. Eine Institution, deren demokratische Legitimität von so vielen Kommentatoren bestritten wird, scheint demnach für viele ein universell einsetzbares Vehikel der Demokratisierung zu sein. Damit spitzt sich die Frage nach der Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit nochmals zu auf die Frage, welche Aufgaben Verfassungsgerichte in Demokratisierungsprozessen übernehmen (sollen).

Die vorliegende Arbeit versteht sich als rechtssoziologischer Beitrag zur empirischen Literatur über die Rollen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Perioden des gesellschaftlichen Übergangs von einer autoritären zu einer demokratischen Regierungsform. Dabei steht nicht die Frage nach der Legitimität verfassungsrichterlicher Interventionen im Mittelpunkt der Analyse. Diese Frage ist schon in unzähligen Arbeiten in allgemeiner Weise oder am Beispiel eines bestimmten Gerichts aufgearbeitet worden, so dass kaum noch etwas Neues hinzugefügt werden kann. Stattdessen wendet sich diese Arbeit der Legitimitätsdebatte als einem empirischen Phänomen zu. In vielen politikwissenschaftlichen Ansätzen wird die epistemologische Trennung zwischen Sein und Sollen in einer Weise radikalisiert, die dem normativen Diskurs eine sozialwissenschaftliche Bedeutung vollkommen abspricht. Zum Beispiel vertreten viele Ansätze der *rational-choice*-Tradition die Position, dass normative Diskurse im Regelfall mit den tatsächlichen Präferenzen der Akteure, die auf Kosten-Nutzen-Erwägungen basieren, wenig zu tun haben, sondern nachträgliche normative Rationalisierungen dieser Präferenzen darstellen.⁷ Marxistische Theorien argumentieren ähnlich,

6. Wohl am deutlichsten ist diese Position im Werk von Niklas Luhmann ausgeprägt, der die Verfassungsgerichtsbarkeit als eine „strukturelle Kopplung“ von Recht und Politik versteht (Luhmann, 1995; siehe dazu Bornemann, 2007).

7. Dabei muss betont werden, dass viele Forscher, die innerhalb des *rational-choice*-Paradigmas arbeiten, die kausale Bedeutung von Normativität und Wertüberzeugungen ernst nehmen, siehe etwa Levi, 1997a, b. Das entscheidende ist, dass diese Variablen nachträglich in das Grund-

fokussieren aber statt auf Individualinteressen auf die Interessen sozialer Klassen. Auch die Systemtheorie kann mit normativen Diskursen als eigenständige Kategorie kausaler Faktoren wenig anfangen. Kommunikationen sind dort vor allem im Zusammenhang mit der Etablierung von Systemgrenzen und den unterschiedlichen Systemcodes von Interesse und nicht in erster Linie in ihrer narrativen und symbolischen Sinnhaftigkeit.

Diese Arbeit schließt im Unterschied dazu an das Forschungsprogramm von Max Weber an, dessen „verstehende Soziologie“ Fragen von Legitimität und Normativität große Bedeutung zugemessen hat. Für Weber standen rechtliche Phänomene immer im Zentrum der Aufmerksamkeit.⁸ In Bezug auf die konkrete Fragestellung kann man etwa auf Webers Begriff des „Rechtsdenkens“ zurückgreifen, mit dem er die unterschiedlichen rechtlichen Entwicklungen in England und auf dem europäischen Kontinent erfasst.⁹ Nach dieser Sichtweise können Gerichte nicht als „Black Box“ verstanden werden, deren Präferenzen ohne die Kenntnis des Rechtsdenkens der Akteure innerhalb und außerhalb der Institution modelliert werden können. Normative Diskurse und Ideen wirken in Webers Sichtweise aber nicht monokausal und einseitig,¹⁰ sondern sind immer auch Produkte von institutionellen Strukturen und materiellen Interessen. Eine zentrale Annahme in Webers Werk besteht darin, dass normative Diskurse das Potential besitzen, Legitimitätsglauben herzustellen, zu stärken oder auch zu schwächen. Sie können darüber hinaus Prozesse der Institutionenbildung rahmen.¹¹ An Webers historisch-soziologische Analysen hat sich eine einflussreiche politikwissenschaftliche Theorietradition angeschlossen, der Neo-Institutionalismus, auf dessen Theoriebestand diese Arbeit zurückgreift und zu dem ein rechtssoziologisch angelegter Beitrag geleistet werden soll.

Dieser Beitrag besteht vor allem in der Diskussion eines Begriffs, der im vorangegangenen Text schon des Öfteren genannt wurde: der Begriff der Rolle. Dieser Begriff ist weder in der Politikwissenschaft noch in der Rechtssoziologie

modell aufgenommen werden müssen, während sie beim hier vertretenen Weberschen Ansatz zentrale Prämissen der Theoriebildung darstellen.

8. Zur Bedeutung von Webers Werk als Begründung eines eigenständigen Forschungsprogramms siehe Schluchter, 1998; Ringer, 1997; Albert et al., 2003. Im Hinblick die politikwissenschaftlich-vergleichende Forschung siehe Hanson, 2006, besonders Kap. 1. Die oft übersehene zentrale Bedeutung des Rechts in Webers Werk betonen etwa Rehbinder/Tieck, 1987; Uecker, 2005.
9. Weber, 1980, Kap. VII, § 4, § 7. Vgl. auch Simon, 1990.
10. Weber ist entgegen vieler Darstellungen kein erkenntnistheoretischer „Idealist“. Die berühmte so genannte „Protestantismusthese“, nach der die calvinistische Heilslehre ursächlich für das Entstehen des Kapitalismus gewesen sei, ist ein Zerrbild der differenzierten Argumentation, die Weber in seiner „Protestantischen Ethik“ vorgelegt hat. Siehe hierzu Lehmann/Roth, 1993.
11. Hierzu Hanson, a.a.O.; Lembcke, 2008; Lübke, 1991.

von großer Bedeutung.¹² Dort, wo er noch verwendet wird, bezieht er sich auf Individuen, nicht auf Institutionen. Im Bezug auf letztere scheint er nur in diffuser Weise und ohne theoretische Begründung gebraucht zu werden. In den meisten Fällen wird kein Unterschied zwischen der „Rolle“ und der „Funktion“ einer Institution gemacht, obwohl diese Begriffe eine sehr differenzierte Begriffsgeschichte haben. Es bleibt oft unklar, ob eine normative Zuschreibung („Aufgabe“) oder die Beschreibung der tatsächlichen Aktivität einer Institution gemeint ist. Schließlich wird nur selten der Versuch unternommen, die Institution von den Akteuren zu unterscheiden, die in ihr tätig sind. Dabei scheint offensichtlich, dass etwa zwischen dem Rollenverständnis einzelner Richter und der tatsächlichen Rolle eines Verfassungsgerichts eine ganze Reihe von intermediären Variablen steht, d.h. dass die Beziehung zwischen richterlichem Rollenverständnis und institutioneller Rolle von Faktoren abhängt, die empirisch erforscht werden müssen (und nicht Teil eines Kausalmodells sind). Die theoretischen Debatten, die im Rahmen des soziologischen Funktionalismus oder neoinstitutionalistischer Ansätze in der Soziologie und der Politikwissenschaft geführt wurden, bieten reichhaltiges Material, um den Begriff der Rolle theoretisch präziser und damit fruchtbar zu machen.

Diese Arbeit will über die politikwissenschaftliche Einbettung hinaus einen Beitrag zur interdisziplinären Rechtsforschung leisten, die in den letzten Jahren im deutschsprachigen Raum an Bedeutung gewonnen hat.¹³ Diese versteht sich als Versuch, die nach 1945 entstandenen¹⁴ disziplinären Grenzen zwischen der Rechtswissenschaft und den Sozialwissenschaften zu überwinden, indem die deutschsprachige rechtssoziologische Tradition mit der internationalen (vor allem englischsprachigen) Forschung verbunden werden soll, die unter dem Sammelbegriff „Law and Society“ firmiert.¹⁵ Es geht dabei nicht darum, die Rechts-

-
12. Siehe aber Kirste/Maull, 1996 für den Versuch, den Begriff in der Theorie der Internationalen Beziehungen zu verwenden.
 13. Siehe zum Begriff der interdisziplinären Rechtsforschung zuletzt Baer, 2011 und die Ergebnisse der Drei-Länderkongresse in Luzern 2008 und Wien 2011 (recht-und-gesellschaft.info). Vergleiche auch den Begriff der „Disziplinübergreifenden Rechtsforschung“, mit dem der Berliner Arbeitskreis Rechtswirklichkeit (rechtswirklichkeit.de) seit 2001 die selbe Zielrichtung verfolgt. Die 2009 erfolgte Gründung des Instituts für interdisziplinäre Rechtsforschung/Law and Society Institute Berlin an der Humboldt-Universität zu Berlin (lsi-berlin.de) ist ebenfalls Ausdruck dieser Neubelebung einer spätestens seit Max Weber existierenden empirisch orientierten Rechtsforschung im deutschsprachigen Raum.
 14. Siehe dazu etwa Maus, 2006.
 15. Dazu Wrase, 2006; Machura, 2001. „Law and Society“ steht schon aufgrund der schieren Größe der Forschungsgemeinschaft im Vordergrund. Nicht aus dem Blick geraten sollten allerdings auch die britischen „Socio-Legal Studies“ und weitere, allerdings weniger bekannte Strömungen wie das französische Forschungsfeld „Droit et société“ oder die skandinavische Rechtssoziologie. Zu weiteren Feldern, die rechtstheoretische Beiträge liefern können, z.B. aus den Post-Colonial-Studies, den Gender-Studies oder den Kulturwissenschaften siehe Baer

wissenschaft als Sozialwissenschaft zu vereinnahmen, wie dies in den 1970er Jahre während eines ersten Aufschwungs der Rechtssoziologie¹⁶ zum Teil vertreten worden ist.¹⁷ Diese Forschungsrichtung enthält sich auch jeden missionarischen Eifers im Sinne mancher „Legal Realists“, die ihre Aufgabe darin sahen, die Mythen des Rechts zu dekonstruieren.¹⁸ Eine unkritische Übernahme des *Legal Realism* würde aber übersehen, dass die Rechtswissenschaft längst die eigenen Grundlagen kritisch reflektiert hat.¹⁹ Leider hat diese innerjuristische Forschung bis heute nicht den Weg in den juristischen Mainstream gefunden, was dazu führt, dass die Rechtswissenschaft teilweise Schwierigkeiten hat, Anschluss an die internationale Forschungsdebatte zu finden.²⁰ Auf der anderen Seite aber ist die These, das Recht sei inhaltlich unbestimmt und nur ein formalistisches Mäntelchen, hinter dem sich die wahren Machtverhältnisse entfalten, empirisch unhaltbar. Recht „wirkt“ auf die Akteure im Rechtssystem genauso wie auf die gesellschaftlichen Verhältnisse. Die wirklich interessante Frage ist, wie genau das geschieht.²¹

Einen ständigen Austausch über die theoretischen Grundlagen des Rechts als gesellschaftliches Phänomen zu etablieren, wäre allein deshalb wichtig für die

(Baer, 2011). Vor einer Ausfransung des Forschungsfeldes warnt dagegen Röhl (Siehe etwa Röhl, 2010 und die Beiträge auf seinem Blog <http://www.rsozblog.de>).

16. Hierzu Wrase 2006, Requate, 2008:261-280.
17. Wie es unter anderem Rottleuthner, 1973 forderte, der aber später von dieser Vorstellung abgerückt ist. Die Erkenntnisinteressen der Rechtswissenschaften und Sozialwissenschaften sind unterschiedlich, ihre Methoden und Theorieverständnisse teilweise inkompatibel. Daran wird sich dauerhaft nichts ändern, weil beide wissenschaftlichen Felder in verschiedenartige soziale Praxen eingebunden bzw. an solche angebunden sind, die unterschiedliche Ansprüche an die Theoriebildung stellen. Dies ist aber kein Nachteil, sondern irritiert die Debatte ständig neu in produktiver Weise. Voraussetzung für den interdisziplinären Dialog ist allerdings eine gute Kenntnis der jeweils anderen Disziplin.
18. Siehe etwa Frank, 1930. Ronald Dworkin (Dworkin, 1992:391, Fn16) hat dies ironisch zugespitzt zur „old realist thesis that the law is only what the judge had for breakfast“, wobei er sich auf eine bereits fest etablierte Redewendung bezieht.
19. Siehe dazu Tamanaha, 2008a, b. Was Tamanaha für die englischsprachige Forschung feststellt, gilt genauso für die deutschsprachige. Die entscheidenden Beiträge zur Dekonstruktion von juristischen Legitimationsdiskursen (z.B. des Justizsylogismus) kamen von Juristen, die die Rechtspraxis genau kannten (siehe z.B. Lautmann, 1972, Esser, 1972 oder Grimm, 1982) oder die sich mit Linguistik und Sprachphilosophie beschäftigten (Siehe die Arbeiten von Friedrich Müller, Ralf Christensen). Umfassend zu dieser Frage zuletzt Wrase, 2013.
20. Forschungsförderungsinstitutionen wie die DFG klagen seit Jahren über den Mangel an qualifizierten Anträgen aus der Rechtswissenschaft, die über den Rahmen der juristischen Dogmatik hinausgehen. Unter anderem diese Situation motiviert Forschungsprogramme wie das am Wissenschaftskolleg zu Berlin beheimatete „Recht im Kontext“-Programm (www.rechtimkontext.de) und das damit verbundene internationale „Rechtskulturen“-Postdoc-Programm des Forum Transregionale Studien (www.rechtskulturen.de).
21. Ein Resumé rechtssoziologischer Forschung zu dieser Frage ziehen Cottier et al., 2010.

interdisziplinäre Rechtsforschung, um zu verhindern, dass das Rad ständig neu erfunden wird. Auch wenn die Situation sich in den letzten Jahren verbessert hat, nehmen die mit Rechtsphänomenen befassten Disziplinen sich gegenseitig immer noch nicht ausreichend zur Kenntnis.²² Das gilt auch für „Brückendisziplinen“ wie die Rechtssoziologie, die von der Politikwissenschaft bisher weitgehend ignoriert worden ist.²³ Auch in der rechtswissenschaftlichen Forschung und Lehre spielt die Rechtssoziologie eine marginale Rolle, zum Teil findet durch den Abbau rechtssoziologischer Lehrstühle²⁴ in grob fahrlässiger Weise eine Vernichtung von Forschungskompetenz statt. Glücklicherweise scheint sich das Blatt in letzter Zeit zu wenden.²⁵

Vor diesem Hintergrund will diese Arbeit auf die Potentiale interdisziplinärer Rechtsforschung hinweisen. Dabei ist mir bewusst, dass eine interdisziplinär und komparativ angelegte Arbeit zwangsläufig in vielerlei Hinsicht ungenügend bleiben muss. Es ist nicht einfach, die politikwissenschaftliche und rechtswissenschaftliche Literatur zu mehr als einem Land zu sichten, zu verstehen und schließlich zu verarbeiten, zumal der Zugang zur Literatur des einen in dieser Arbeit behandelten Landes mangels Sprachkenntnissen fehlt. Zugleich kann ein solcher Ansatz weder die methodischen Erwartungen derjenigen erfüllen, die sich mit der sozialwissenschaftlichen Theoriebildung beschäftigen, noch diejenigen zufrieden stellen, die Spezialisten für die jeweiligen Länder sind. Ich hof-

-
22. Vgl. für den Bereich der Verfassungsgerichtsforschung die Diagnose in Wrase/Boulanger, 2013:7-13 und 21-36, u.a. mit Verweis auf Oyen/Möllers 2006, Becker/Zimmerling 2006, von Beyme 2001.
23. Siehe auch Klaus F. Röhl's Kritik an der mangelnden Rezeption der Rechtssoziologie auf dem RSozBlog (www.rsozblog.de). Dabei liegt ein Teil der Schuld sicher bei der Rechtssoziologie selbst, die es versäumt hat, rechtzeitig den Anschluss an die sozialwissenschaftliche Forschung zu suchen. Jedoch muss man sich aus rechtssoziologischer Sicht über politikwissenschaftliche Beiträge wie Vanberg, 2005 wundern, der erst über die Auswertung von statistischen Daten zur der alten Erkenntnis kommt, dass die „Beziehungen zwischen dem BVerfG und dem Bundestag nicht allein in juristischen oder rechtlichen Kategorien gesehen werden können“ und dass das Bundesverfassungsgericht kein „unpolitischer Wächter“ sei, der „unbeeindruckt von politischen Überlegungen über dem politischen Tagesgeschäft schwebt“ (10). Dies zeigt, wie groß die Rezeptionslücke ist. Der Versuch, innerhalb der Politikwissenschaft eine separate „Rechtspolitologie“ (Voigt, 2006) zu etablieren, ist entsprechend ohne Erfolg geblieben. Statt die Zerklüftung des Forschungsgebietes in einzelne Disziplinen zu betreiben, sollte eher die disziplinenübergreifende Zusammenarbeit gesucht werden (so auch Bryde, 1999:490, zuletzt Wrase/Boulanger, 2013).
24. Siehe etwa die Abwicklung des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung an der Freien Universität und damit einhergehend die Nicht-Neubesetzung des Lehrstuhls von Hubert Rottleuthner; man könnte zahlreiche andere Beispiele anführen.
25. In diesem Zusammenhang zu nennen sind die Empfehlungen des Wissenschaftsrat zu "Perspektiven der Rechtswissenschaft" (Wissenschaftsrat, 2012) oder die Gründung einer Themengruppe "Politik und Recht" innerhalb der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft.

fe trotzdem, dass die Verknüpfungen, die ich in theoretischer und vergleichender Hinsicht in dieser Arbeit herstelle, Anregungen für die weitere Forschung geben können.

...

Die Arbeiten an dieser Dissertation waren „A Long and Winding Road“ (Lennon/McCartney 1970); viele Menschen haben mich auf diesem Weg mit sehr unterschiedlichen Abschnitten und Stationen ein Stück begleitet.

Der theoretische Ansatz dieser Arbeit verdankt viel dem Austausch mit Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern, die ich während meines Studiums an der University of Washington in Seattle 1997-98 kennengelernt habe, allen voran Stephen E. Hanson, Daniel Lev, Rie Nakamura, Sabrina Ramet und Ann Vogel. Die Freie Universität Berlin und die Fulbright-Kommission haben die Teilnahme am ersten Jahr Ph.D.-Programms in Political Science ermöglicht, das mir die Faszination sozialwissenschaftlicher Theoriearbeit und die Forschungsrichtung „Law and Society“ näher gebracht hat. Die Arbeiten von Kim Lane Scheppele waren der Auslöser dafür, die ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit näher zu untersuchen. Auf den Jahreskonferenzen der *Law and Society Association* und anderen *socio-legal conferences* konnte ich erleben, welche Forschungspotentiale die interdisziplinäre Rechtsforschung besitzt, und fand Kolleginnen, und Kollegen die ebenfalls in der Schnittmenge von Rechts- und Transformationsforschung arbeiteten, wie etwa Alexei Trochev und Cathrine Dupré.

In Deutschland bot der Berliner Arbeitskreis Rechtswirklichkeit sowie später das Institut für interdisziplinäre Rechtsforschung/Law and Society Institute an der Humboldt-Universität zu Berlin ein intellektuelles Milieu, aus dem zahlreiche Anregungen für die vorliegende, zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften verortete Studie stammen. In diesem Zusammenhang möchte ich insbesondere Alexander Klose, Julika Rosenstock, Ulrike Spangenberg, Kirsten Wiese und Michael Wrase nennen, die Thesen dieser Arbeit mit mir diskutiert und/oder Kapitel gelesen und kommentiert haben.

Die Studienstiftung des deutschen Volkes hat die Arbeit an dieser Dissertation drei Jahre lang mit einem Promotionsstipendium und weiteren Angeboten unterstützt. Das Stipendium erlaubte mir auch Forschungsaufenthalte in Budapest, Warschau und Tokyo. Ich danke der Central European University in Budapest und dem Institute of Social Science der Universität Tokyo für die Aufnahme als Gastwissenschaftler. Rie Nakamura hat den Aufenthalt in Japan möglich gemacht.

Das Kapitel zu Ungarn hätte in dieser Form ohne die Auskünfte meiner ungarischen Interviewpartner/innen nicht geschrieben werden können. László Sólyom hat mir in sehr offener und ausführlicher Weise über seine Arbeit am Un-

garischen Verfassungsgericht und zu den Ereignissen der frühen 1990er Jahre berichtet. Ebenfalls Dank schulde ich Ádám Antal, Endre Babus, Gábor Halmai, Géza Kilényi, István Kukorelli, Janos Németh, Péter Paczolay, Béla Pokol, Andras Sajo, Lázló Salamon, Pal Solt, Imre Vörös, János Zlinszky und anderen Akteuren aus dieser Zeit, die auf meine Fragen antworteten. Wichtige Informationen und Anregungen zum ungarischen Fall verdanke ich weiterhin Katalin Füzér, Kriszta Kovács, Herbert Küpper, Pál Sonnevend, Gábor Attila Tóth und Renata Uitz.

Meinem Betreuer Ulrich K. Preuß danke ich für die Geduld und die Unterstützung in der Endphase der Arbeit. Die Geburt meines Sohnes Titus hat die Fertigstellung der Dissertation erheblich beschleunigt, meine Partnerin Katharina Steudtner hat mir die dafür notwendige freie Arbeitszeit ermöglicht.

Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet, Ingrid und Jörg Boulanger, ohne deren Unterstützung die kontinuierliche Arbeit an der Dissertation nicht möglich gewesen wäre.

Berlin, im Herbst 2013
Christian Boulanger

Kapitel 1

Verfassungsgerichte und Demokratisierung

1.1 Demokratisierung und Verfassungsgerichtsbarkeit

Der „globale Aufstieg der Verfassungsgerichtsbarkeit“ seit Mitte des 20. Jahrhunderts ist in den letzten Jahren zunehmend in den Blick der Sozialwissenschaften gerückt. Nachdem der Supreme Court der Vereinigten Staaten lange die Weltkarte der Verfassungsgerichtsbarkeit ebenso wie die entsprechende sozialwissenschaftliche Forschungsliteratur dominierte, lässt sich in den vergangenen Jahrzehnten eine zunehmende Bedeutung von Verfassungsgerichten in demokratischen Staaten in allen Teilen der Welt dokumentieren.²⁶ Auch wenn der Einfluss der einzelnen Gerichte auf die nationale Politik sehr unterschiedlich ist, kann festgestellt werden, dass heute in sehr vielen Ländern Verfassungsgerichte „mit-regieren“ (Stone Sweet, 2000).

Besonders deutlich ist die Präsenz von Verfassungsgerichten in Ländern, die einen Systemwechsel von einem autoritären System hin zu einer Demokratie unternommen haben. Prominente Beispiele finden sich in den vormals diktatorisch oder faschistisch regierten Ländern Mittel- und Südeuropas sowie in den postkommunistischen Nationen Ostmittel- und Osteuropas.²⁷ In postautoritären oder posttotalitären Demokratisierungen²⁸ haben Verfassungsgerichte in unterschiedlicher, aber zum Teil eminenter Weise auf den Verlauf der Systemtransformation Einfluss genommen. Sie haben typische Entscheidungen, die beim Systemwechsel hin zu Demokratie und Marktwirtschaft getroffen werden müssen, verrechtlicht und entschieden: Dazu gehören etwa der Umgang mit Menschenrechtsverletzungen während des früheren Regimes, die Neuordnung von Besitzverhältnissen und sozialen Sicherungssystemen, die Klärung der Kompetenzen der verschiedenen Institutionen des Staates, die Konstituierung einer grundrechtlichen Freiheitssphäre des Bürgers gegenüber der Regierung und die

26. Siehe etwa Cappelletti, 1988; Landfried, 1988; Tate/Vallinder, 1995; Shapiro, 1996; aus letzter Zeit Harding/Leyland, 2009; Steinsdorff, 2010.

27. Hierzu nur einige Publikationen der letzten Jahre: Italien (Volcansek, 2000), Portugal und Spanien (Magalhães, 2003), Mittel- und Osteuropa (Schwartz, 2000; Procházka, 2002), Russland (Trochev, 2008). Weitere Beispiele finden sich in Asien (Ginsburg, 2003) oder Lateinamerika (Lösing, 2001; Frosini/Pegoraro, 2009).

28. Der hier verwendete Begriff der „postautoritären“ Demokratisierung ist ein rein pragmatischer und bezeichnet den Unterschied zur demokratischen Regierungsform, die in den Systemwechseln angestrebt wird. Ich beschäftige mich hier nicht mit begrifflichen Unterschieden zwischen „autoritär“ und „totalitär“ (siehe dazu Linz, 2001 und Arendt, 1955).

Rechte der Minderheiten gegenüber der Mehrheit. Die Gerichte haben dabei zentrale Gesetze der demokratisch legitimierten Parlamentsmehrheiten teilweise oder in Gänze aufgehoben.

Die Begründung, warum die Verfassungsgerichtsbarkeit ein solches Erfolgsmodell darstellt, ist im Regelfall, dass die Gerichte der „Demokratie-Versicherung“ (Steinsdorff, 2010) dienen. In anderen Worten: in Zeiten turbulenter Veränderungen stellen die Verfassungsgerichte sicher, dass die demokratischen und rechtsstaatlichen Errungenschaften erhalten bleiben und nicht einer Regression in autoritäre Muster zum Opfer fallen. In Ermangelung anderer korrigierender Instanzen (wie etwa Monarchen oder einer kritischen öffentlichen Meinung) wird die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit zum „Königsweg zur Sicherung der Verfassung“ (Hesse, 2000:23).

Auf der anderen Seite wird seit langem eine Diskussion darüber geführt, ob und wie weit verfassungsrichterliche Interventionen in den politischen Prozess in demokratietheoretischer Hinsicht legitim sind.²⁹ Diese Diskussion betrifft in erster Linie die Kompetenz des richterlichen Prüfungsrechts (judicial oder constitutional review³⁰), die es Verfassungsgerichten erlaubt, die materiell-rechtliche Übereinstimmung zwischen vom Parlament formal korrekt verabschiedeten Gesetzen und den in Grundrechten und allgemeinen Verfassungsbestimmungen enthaltenen Verfassungswerten zu überprüfen und, bei Feststellung der Verfassungswidrigkeit, die Gesetze zu verwerfen. Kritiker bemängeln, dass diese Kompetenz, wenn nicht grundsätzlich, dann zumindest in der konkreten Anwendung durch Gerichte, demokratietheoretisch bedenklich sei. Zentrale drängende politische und gesellschaftliche Entscheidungen, die in der Transformationszeit große Bedeutung haben, würden nicht vom demokratisch legitimierten Parlament, sondern von einer kleinen Anzahl von Personen getroffen, die zumeist nur höchst indirekt legitimiert und generell nicht den Wählern gegenüber verantwortlich seien. Beobachter wie Wojciech Sadurski (2005) oder Stephen Holmes (1993) haben scharfe Einwände gegen die Selbstverständlichkeit erhoben, mit denen Verfassungsgerichte zentrale Fragen der Transformation mitentschieden haben.

Diese Kritik schien dem Erfolgsmodell Verfassungsgerichtsbarkeit bisher nichts ausmachen zu können. Der Erfolg ist empirisch daran ablesbar, dass es in Ländern, die als demokratisch konsolidiert gelten, bis vor kurzem keine Bestrebungen gab, die Institution zu schwächen oder sogar wieder abzuschaffen. Im

29. Die Literatur hierzu füllt ganze Schrankwände und muss hier nicht wiedergegeben werden. Ein innovativer Beitrag aus letzter Zeit, der die Schwachpunkte der Debatte herausarbeitet, ist Hilbink, 2006.

30. In der amerikanischen Literatur wird meist von Judicial Review gesprochen, auch wenn das verfassungsrichterliche Prüfungsrecht gemeint ist. In Großbritannien bezeichnet Judicial Review auch die Prüfung von Verwaltungsakten am Maßstab einfachen Rechts.

Gegenteil wurden die Gerichte in einigen Fällen sogar noch gestärkt.³¹ In den Ländern, in denen man bisher eine Schwächung oder Ausschaltung der Gerichte beobachten konnte, war dies nicht Ergebnis einer demokratietheoretischen Diskussion, sondern eine Maßnahme autoritär agierender Machthaber, um sich der Kontrolle durch die Gerichte zu entledigen.³² Jedoch hat in letzter Zeit das Bild des glanzvollen Aufstiegs der Verfassungsgerichte zu Lasten der Parlamente zumindest für den Bereich Ostmitteleuropa einen Kratzer bekommen: In Ungarn wurden die Kompetenzen des Verfassungsgerichts empfindlich beschnitten. Dies ist besonders auffällig, weil das Verfassungsgericht im Ungarn der 1990er Jahre „wohl als das mächtigste und aktivste Exemplar seiner Art in der ganzen Welt“ galt (Brunner 1992).

1.2 Die Rolle der Verfassungsgerichte als Forschungsfrage

Aus diesen Entwicklungen lassen sich zwei unterschiedliche, aber miteinander verbundene Fragestellungen ableiten: Zum einen stellt sich die empirische Frage nach dem Ausmaß und der Art des Einflusses der Verfassungsgerichtsbarkeit auf die politische Entwicklung einzelner Staaten. Die andere, normative Frage betrifft die Bewertung der beobachteten Phänomene. Dass es für die zweite Frage keine allgemeingültige Antwort geben kann, scheint offensichtlich. Zu sehr sind solche normativen Fragen von den höchst unterschiedlichen sozialen, politischen und kulturellen Verhältnissen und Dynamiken der einzelnen Länder abhängig (Cappelletti, 1989:206). Die grundsätzliche Spannung zwischen demokratischer Mehrheitsentscheidung und verfassungsrechtlicher (Gegen-) Steuerung³³ ist jedoch allen Fällen gemeinsam und beschäftigt die Theorie des demokratischen Verfassungsstaates seit langem.

Dass im vorangegangenen Absatz von der tatsächlichen und zugeschriebenen Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit die Rede war, ist kein Zufall. Der Begriff der Rolle zieht sich explizit und implizit durch die Literatur zum Thema. Einerseits finden sich zahlreiche Publikationen, die die „Rolle des Verfassungsgerichts in ...“ explizit thematisieren.³⁴ Auf der anderen Seite kann man eine Viel-

31. Beispielsweise wurde durch Verfassungsänderungen in Polen (1997) und Rumänien (2003) die Möglichkeit eines parlamentarischen Vetos gegen einzelne Entscheidungen des Gerichts abgeschafft. Gerade der Fall Rumänien zeigt aber, wie wenig die Analyse der formalen Kompetenzen über die tatsächliche Stellung eines Verfassungsgerichts im politischen Gefüge eines Landes aussagt.

32. Beispiele finden sich in Weißrussland, Ukraine, Russland und in Zentralasien. Leider liegt hierzu, mit der Ausnahme des russischen Falls (siehe etwa Trochev, 2008) kaum Literatur vor.

33. Zur Frage, ob eine solche Steuerung überhaupt möglich ist, siehe Preuß, 2000.

34. Nur einige exemplarische Titel: Wildenmann, 1969; Cappelletti, 1988; Bryde, 2000; Garlicki, 2000; Gundermann, 2002; Schmitt, 2002; Sólyom, 2002a; von Beyme, 2006.

zahl von theoretischen und empirischen Beiträgen identifizieren, die das Gericht mit Begriffen in Verbindung bringen, die man als eine Rolle bezeichnen könnte. Am bekanntesten ist wohl die Formulierung von Hans Kelsen, der in Auseinandersetzung mit Carl Schmitt dem Verfassungsgericht die Rolle des „Hüters der Verfassung“ zugewiesen hat. Aber auch in der Politikwissenschaft können zahlreiche Beispiele genannt werden. Nicos Alivizatos etwa kontrastiert in seinem bekannten Aufsatz zu „Judges as Veto-Players“ (Alivizatos, 1995:566) die „traditional role as guardians of legality“ mit der Tatsache, dass „in practice, they are actually seen by an increasing number of observers as veto-players“. Ein anderes Beispiel ist András Sajó (2000), der über das ungarische Verfassungsgericht als „Erzieher der Exekutive“ schreibt und dabei einerseits die Selbstwahrnehmung der Richter, andererseits auch die tatsächlichen Auswirkungen auf die verfassungspolitische Realität Ungarns beschreibt. Schließlich kann auch der Vorschlag von Alec Stone Sweet, Verfassungsgerichte als „dritte Parlamentskammer“ zu deuten (Stone, 1992; Stone Sweet, 2002), als eine Rolle des Gerichts aufgefasst werden. Die Liste lässt sich fast beliebig verlängern. So finden sich in der Literatur Theorien der Verfassungsgerichtsbarkeit als „struktureller Kopplung“ zwischen Recht und Politik (Luhmann, 1995; Bornemann, 2007), als Instrument gesellschaftlicher Integration (Limbach, 2002; Schaal, 2001), als Retter der Demokratie vor sich selbst (Scheppelle, 2005), als demokratischer Akteur mit politikfeldspezifischer (Dys)-Funktionalität (Kneip, 2009), als Schaltzentrale reflexiver und deliberativer Politik (Häberle, 1975; Rosanvallon, 2010), als Sachverwalter des globalisierten juristischen Welt-Wissens (Slaughter, 1997; Ackerman, 1997), als „Kanal“ für die Einführung von internationalem Recht in nationale Politiken (Maveety/Grosskopf, 2004) oder als Hüter des sozialen Ausgleichs angesichts der Herausforderungen der (Post)-Industrialisierung (Cappelletti, 1989). Auch die schon genannte Funktion der „Demokratie-Versicherung“ gehört neben vielen anderen dazu.

Bei näherer Auseinandersetzung wird schnell die unscharfe Verwendung des Begriffs deutlich: In vielen Publikationen, die den Begriff der Rolle explizit und implizit nutzen, könnte man Rolle auch mit dem Begriff der Funktion ersetzen. Mit Ausnahme der systemtheoretischen Beiträge³⁵ reflektiert kaum eine Publikation den Ansatz, einer Institution eine bestimmte Rolle oder Funktion zuzuweisen.³⁶ Angesichts der langen soziologischen Tradition der Beschäftigung mit „Rollen“ und „Funktionen“ ist das erstaunlich.

Man könnte die Beliebtheit der Rollen- und Funktionsmetaphorik auf ihre Ungenauigkeit zurückführen und daraus schließen, dass ein Versuch, daraus

35. Siehe zum Begriff der Funktion Luhmann, 1970.

36. Ein Beispiel für die rechtswissenschaftliche und vollständig theoriefreie Verwendung von „Funktion“ ist Brohm, 2001. Kranenpohl, 2004 stellt seinen analytischen Ansatz dar, ohne aber den Begriff der „Funktion“ zu erläutern.

systematisch Erkenntnisse zu gewinnen, zum Scheitern verurteilt ist. Ein Ziel dieser Arbeit besteht darin zu zeigen, dass sich ein solcher Versuch lohnt. Allgemein gilt, dass sozialwissenschaftliche Konzepte, die als Werkzeuge zur Beschreibung und Erklärung empirischer Sachverhalte benutzt werden, präzise gefasst und in ihren theoriegeschichtlichen Bezügen dargestellt werden sollten. Dies kann unter Umständen dazu führen, bestimmte Begriffe als ungeeignet zu verwerfen. Eine These dieser Arbeit ist, dass eine Theorie institutioneller Rollen hilft, die Entwicklung von Verfassungsgerichten besser zu verstehen. Auf der Grundlage des Rollenbegriffs, der von Erving Goffman (1959) in die Soziologie eingeführt wurde, vertrete ich in den folgenden Kapiteln die Position, dass es neue Einsichten verschaffen kann, wenn man das Wirken von Verfassungsgerichten als Interaktion von Darstellern und ihrem Publikum untersucht. Wie deutlich werden wird, ersetzt diese Perspektive nicht die Beschäftigung mit Institutionen, Akteuren und Strukturen, die im Zentrum politikwissenschaftlicher Analysen stehen. Die Klärung der (hier noch unscharfen) Frage, welche Rollen Verfassungsgerichte in der demokratischen Transformation spielten oder spielen sollten, kann auch nicht ohne die Ergebnisse der rechtssoziologischen Forschung auskommen, welche die Beziehung zwischen Rechtsnormen, Rechtsstab und Rechtsdenken zum Inhalt hat.³⁷

Die vorliegende Arbeit konkretisiert diese Frage in zweierlei Hinsicht. Zum einen arbeitet sie drei idealtypische Rollen heraus, die sich an rechtstheoretische und sozialwissenschaftliche Theoriebildung anschließen lassen: die eines formalistischen „Hüters“ der Verfassung, die eines konfliktbearbeitenden „Schiedsrichters“ und schließlich die eines „Gründers“, der die normative Ordnung wertgebunden ausgestaltet. Zum andern nutze ich diese Untersuchungsraster, um zwei Fälle empirisch zu untersuchen: die bundesdeutsche Verfassungsgerichtsbarkeit in den 1950er Jahren sowie die ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit in den 1990er Jahren.

1.3 Forschungsstand

Ein Blick auf die vorhandene Forschung zeigt, dass die in der vorliegenden Arbeit gewählte Vorgehensweise in dieser Form noch nicht eingesetzt wurde, um Verfassungsgerichte zu untersuchen.

37. Zur Rechtssoziologie als Interdisziplinärer Rechtsforschung siehe zuletzt Baer, 2011. Wie groß der Wissensfundus der Rechtswissenschaft in empirischer und institutionentheoretischer Sicht ist, vermittelt eindrucksvoll Röhl/Röhl, 2008.

1.3.1 „Hüter der Verfassung“

In juristischer, demokratietheoretischer und sozialwissenschaftlicher Hinsicht ist das wohl erfolgreichste Rollenmodell das des „Hüters der Verfassung“, das Hans Kelsen in Auseinandersetzung mit Carl Schmitt entworfen hat.³⁸ Ein Verfassungsgericht sei, so Kelsen (1929/1931), nicht nur demokratiekompatibel, sondern auch demokratiefördernd, weil es die in der Verfassung verankerten Grundregeln demokratischer Politik gerichtlich durchsetzbar mache und damit ermögliche, demokratische Entscheidungsprozesse transparent und nachprüfbar zu gestalten. Ein Verfassungsgericht verteidige die demokratisch beschlossene Verfassung auch gegen temporäre Mehrheiten und Sorge damit für den Schutz von Minderheiten. Allerdings, und das ist ein zentraler Bestandteil von Kelsens Theorie, funktioniere dieses Modell nur so lange, wie die Verfassung keine vage formulierten Grundrechtskataloge oder generalklauselartigen Verfassungsziele beinhalte: je unbestimmter die Norm, desto größer die Entscheidungsmacht desjenigen, der zur Auslegung der Norm berufen ist. „Gehütet“ werden kann aber nur das, was in irgend einer Weise konsentiert wurde.

Kelsens Forderung, dass die Verfassungen moderner Demokratien sich auf präzise formalrechtliche Normen beschränken sollten, hat sich als nicht wünschenswert und auch als nicht praktikabel erwiesen. Grundrechtskataloge und Staatszielbestimmungen bilden typischerweise den Kern neuer Verfassungen, und Verfassungsgerichte bedienen sich inhaltlich weitgehend unbestimmter Grundrechtsartikel, um Gesetze als verfassungswidrig zu erklären. Obwohl eine Grundbedingung des Kelsen'schen Modells verletzt wird, ist der Begriff des „Hüters der Verfassung“ zum festen Bestandteil des Legitimationsdiskurses von Verfassungsgerichten geworden. Unterm Strich bleibt deshalb die Frage, ob das Modell „Hüter der Verfassung“ überhaupt eine realistische Beschreibung der Rolle von Verfassungsgerichten in Demokratien ist, die über umfangreiche Grundrechtskataloge und Staatszielbestimmungen verfügen, deren Inhalt höchst unklar und umstritten ist. Rechtssoziologische Forschungen haben seit langem gezeigt, dass die Bindungswirkung von Normen in der Praxis relativ gering ist, d.h. dass die Voraussehbarkeit von Recht nicht so sehr dem Text und der juristischen Subsumptionsmethode (juristischer Syllogismus) geschuldet ist als vielmehr den sozialen und institutionellen Praxen, innerhalb derer juristisches Entscheiden stattfindet. Jedoch muss man im Fall der Verfassungsgerichtsbarkeit gar nicht so weit gehen. In Verfassungsstreitigkeiten werden die Entscheidungen oft auf der Grundlage von knappen Abstimmungsergebnissen gefällt. Die Sondervoten zeigen zudem, dass mit guten Begründungen auch das gegenteilige Ergebnis rechtlich vertretbar ist. Es fragt sich, was genau hier noch gehütet wird, und welche Rolle das Verfassungsgericht spielt.

38. Schmitt, 1985; Kelsen, 1931.

1.3.2 Theorie der Rolle von Verfassungsgerichten

Die Erforschung von Verfassungsgerichten wurde außerhalb der Vereinigten Staaten lange Zeit der Rechtswissenschaft überlassen. Dies trifft sowohl für die länderspezifische Forschung zu, etwa zum Bundesverfassungsgericht,³⁹ auf die vergleichende Forschung⁴⁰ und ebenso für die Forschung zur postkommunistischen Transformation.⁴¹ In den letzten Jahren hat sich die Situation allerdings verändert. In der vergleichenden Politikwissenschaft sind, wie bereits erwähnt, zahlreiche Monographien und Sammelbände erschienen, die die Ausbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre zunehmende Bedeutung im politischen Prozess zum Thema haben. Auch die Forschung zum Bundesverfassungsgericht hat große Fortschritte gemacht.⁴² Schließlich hat auch die Demokratisierungsforschung das Recht entdeckt und dabei auch Verfassungsgerichte in den Blick bekommen.⁴³

In keiner dieser Literaturstränge ist die Frage, welche „Rolle“ Verfassungsgerichte spielen (sollen), systematisch aufgearbeitet worden, obwohl der Begriff, wie oben dargelegt, immer wieder verwendet wird. Joachim Jens Hesse etwa schreibt

Um die Rolle der Verfassungsgerichte in Umbruchsituationen zu analysieren, bieten sich Funktionsbeschreibungen wie „Erzieher“, „Mittler“ oder „Manager“ an. Damit wird implizit zugestanden, daß Verfassungsgerichte in Umbruchsituationen, auch wenn sie ausgleichen, politische Akteure sind, die ihre Rolle innerhalb der jeweiligen politischen Strukturen bestimmen müssen. (Hesse, 2000:28)

Auch hier wird nicht deutlich, ob ein Unterschied zwischen Rolle und Funktion besteht und wie dieser aussehen könnte. Donald P. Kommers (1976:207) identifiziert zwar „certain roles played by the Court in the German system“, und zwar „protector of individual rights, umpire of the federal system, custodian of party democracy, and equalizer of socio-economic policy“, und diskutiert einzelne

39. So Ooyen/Möllers, 2006b; Nach Hesse, 2006:87 verbleibt auch die rechtssoziologische Erforschung des BVerfG bisher noch auf dem Niveau einer „Zeitschriftenwissenschaft“. Auch wenn seitdem einige Monographien erschienen sind wie Gawron/Rogowski, 2007 oder Kranenpohl, 2010 (letztere allerdings ohne rechtssoziologische Zuordnung), ist dieser Befund immer noch gültig.

40. So auch Kranenpohl, 2004:39.

41. Vgl. Boulanger, 2002:11. Zu diesem Zeitpunkt stand die Transformationsforschung immer noch vor ihrem (immer noch un abgeschlossenen) „Legal Turn“.

42. Siehe Herrmann, 2010. Es fällt aber auf, dass weiterhin kein sozialwissenschaftliches Lehrbuch zum Bundesverfassungsgericht existiert, das diese Forschung systematisch aufarbeitet. Ganz anders ist die Situation in den USA.

43. In Wolfgang Merkels Handbuch zur „Systemtransformation“ (Merkel, 1999) nimmt die Verfassungsgerichtsbarkeit noch eine Nebenrolle ein. Neuere Beiträge wie Ginsburg, 2003 untersuchen dagegen die zentrale Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Demokratisierungsprozessen.

Fälle, welche die jeweilige Rolle belegen, ohne jedoch zu klären, inwieweit es sich bei der Spruchpraxis des Gerichts um die Ausfüllung einer „Rolle“ handelt.

Es lassen sich jedoch Elemente finden, die für eine Theorie der Rolle von Verfassungsgerichten in Demokratierungsphasen verwendet werden können. Der erste Präsident des ungarischen Verfassungsgerichts, László Sólyom, betont in einem Beitrag über die „Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in politischen Transformationsprozessen“ (Sólyom, 2002a), dass die Rolle des Gerichts vom „Rollenverständnis“ der Richter abhängt, d.h. von ihrem „Willen zur Ausnutzung der Kompetenzen [und] der Auslegungsmöglichkeiten“ und ihrem Verständnis der Funktion, die ein Verfassungsgericht in der Demokratie ausübt.⁴⁴ Die ungarische Politikwissenschaftlerin Cilla Kiss hat in ihrer Untersuchung des ungarischen Gerichts drei Rollen eines Gerichts unterschieden (Kiss, 2004:60-65): Das Gericht habe erstens eine „stabilisierende“ Rolle: Politische Akteure wendeten sich an das Gericht, um Konflikte zu lösen, die – aus ideologischen oder anderen Gründen – innerhalb der „normalen Politik“ nicht zu lösen sind. Das Verfassungsgericht kann durch seine Aktivität dazu beitragen, dass die politischen Akteure nicht extrakonstitutionelle Wege suchen, um den Konflikt für sich zu entscheiden. Zweitens habe das Gericht eine „korrektive/schützende/ausbalancierende“ Rolle: Es handle in vielen Situationen als Schiedsrichter in institutionellen Konflikten und als Schutz vor übermäßig starken Regierungen/Präsidenten/Parlamenten, oftmals als Verteidiger der liberalen Demokratie. Die dritte Rolle sei eine „konstitutive“, die von den anderen beiden Rollen abgeleitet sei und deren (oft nicht intendierte) Konsequenz darstelle:

Through their decisions the courts not only settle the particular case in question, but also act as a constitutive power, by determining or modifying constitutional principles and thus the path of consolidation, defining basic institutional relations or such fundamental concepts as the rule of law. (Kiss, 2004:60-61)

Es fällt auf, dass die drei von Kiss genannten Rollen – die stabilisierende, schützende und konstitutive – nur eine sehr unbestimmte Beziehung zu dem haben, was in der Rechtswissenschaft als die Rolle von Verfassungsgerichten angesehen wird und sich im Ausdruck des „Hüters der Verfassung“ niederschlägt: die Übereinstimmung von Gesetzen und Regierungshandeln mit der Verfassung zu sichern. Rechtswissenschaftler gehen davon aus, dass das Rollenverständnis

44. Sólyom entwirft hier ein anspruchsvolles Programm für Verfassungsrichter: das Rollenverständnis müsse „theoretisch begründet sein, d.h. das Gericht soll sich darüber im klaren sein, wie die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit das ganze Rechtssystem (als System) grundlegend verändert“ und die Verfassungsrichter sollten „ein klares Bild darüber haben, welche Funktionen die Verfassungsgerichte in demokratischen Staaten wahrnehmen. Diese komplexe Rolle zu ermitteln, übernehmen zu wollen, zugleich aber auch kritisch auszuwerten ist eine Aufgabe für alle neuen Gerichte, unabhängig davon, wie bewusst, planmäßig und reflektiv oder aber nur zufällig sie erfüllt wird“ (31).

von Verfassungsrichtern zumindest auch davon geprägt ist, was *nach der Rechtslage* Aufgabe des Gerichts ist. Dies betrifft an vorderster Stelle die formalen Kompetenzen, die dem Gericht durch Verfassung und Verfassungsgerichtsgesetz verliehen worden sind. Die von Kiss genannte Liste der Rollen findet sich im Normalfall nicht in diesem Kompetenzkatalog.

Auch für zwei weitere Rollen, die in der Forschung zur Verfassungsgerichtsbarkeit immer wieder genannt wurden, trifft zu, dass sie aus den formalen Kompetenzen nicht direkt herauszulesen sind: die Rolle als „Vetospierer“ und die als gesellschaftliches Integrationsinstrument. Der „Vetospierer“-Ansatz ist ein Theorem der Politikwissenschaft, das erlaubt, Gerichte in die Analyse eines politischen Systems einzubauen, ohne sich mit deren spezifischen Eigenheiten auseinanderzusetzen zu müssen. Dabei wird, wie Lhotta (2002:1078) herausgearbeitet hat, einseitig auf den kassatorischen Charakter von Verfassungsgerichtsurteilen fokussiert, durch den Verfassungsgerichte bei bestimmten Politikzielen der Exekutive oder Legislative „ein Veto einlegen“. Dieser Ansatz ist erkenntnisfördernd, weil er den Blick darauf lenkt, dass Verfassungsgerichte Akteure sind, die politische Maßnahmen stoppen können. Diese Funktion beeinflusst die Art und Weise, wie andere politische Akteure, z.B. die politische Opposition, ihre Handlungsmöglichkeiten bewerten. Dabei spielt die rechtliche Qualität eines Gesetzes eine nur untergeordnete Rolle: Für die Opposition kommt es vor allem darauf an, ein Gesetz zu verhindern. Der Vetospierer-Ansatz ist aber nicht ausreichend, um Verfassungsgerichte zu verstehen. Er lässt außer acht, dass „veto-playing“ nicht die einzige und vielleicht nicht einmal die wichtigste Aktivität von Verfassungsgerichten ist. Auch sind Verfassungsgerichte einer Reihe von vor allen Dingen prozessualen und rechtsdogmatischen Beschränkungen unterworfen, die für typische politische Vetospierer nicht zutreffen.⁴⁵

Eine dem Vetospierer im Grunde entgegengesetzte Rolle ist diejenige, die mit dem Gedanken einer gesellschaftlichen „Integration“ zu tun hat.⁴⁶ Nach dieser Theorie hängt der Zusammenhalt moderner Gesellschaften, wie es der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts Ernst Benda, ausgedrückt hat, „entscheidend davon ab, ob in den wesentlichen Fragen des Zusammenlebens ein Grundkonsens besteht.“ (Benda, 1983:308). Die Entscheidungen des Gerichts berührten und beeinflussten diesen Konsens. Benda stellt die Abhängigkeit des Gerichts in den Vordergrund: Verletzt das Gericht den gesellschaftlichen Grundkonsens (und damit die Erwartung seines Publikums) dauerhaft, wird seine Autorität beschädigt. Andere betonen die Fähigkeit des Gerichts, den gesellschaftlichen Konsens zu fördern: Das Gericht werde in politischen und gesellschaftlichen Konflikten durch die Rechtsprechung zum Vermittler oder

45. Siehe dazu Lhotta, 2002.

46. Im deutschsprachigen Bereich geht diese Vorstellung auf den Juristen Rudolf Smend zurück. Vgl. zusammenfassend Smend, 1968a.

Schlichter (Lhotta, 2002; Schneider, 1987). Dies erlaube es dem Gericht, sofern es genug Vertrauen in der Bevölkerung genießt, zur gesellschaftlichen Integration beitragen (Schaal, 2001; Vorländer/Schaal, 2002). Dieser Ansatz stellt Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Mittelpunkt der Analyse, die einem rechtswissenschaftlichen Zugang verschlossen bleiben. Jedoch ist auch hier unklar, wie der kausale Zusammenhang zwischen der juristischen Tätigkeit des Gerichts und der soziologischen „Integration“ aussehen soll und wie man ihn nachweisen kann.

1.3.3 Zusammenfassung

Die Auswertung von Publikationen aus letzter Zeit hat gezeigt, dass viele Vorschläge existieren, was die Rolle und/oder Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in alten und neuen Demokratien sein könnte. Allerdings besteht kein Konsens darüber, was der Begriff der „Rolle“ genau bedeutet (und wie er sich etwa von „Funktion“ unterscheidet), noch existiert ein klares Bild dessen, was die Rolle von Verfassungsgerichten in Transformationsgesellschaften ist. Hinzu kommt ein Problem, das mit disziplinären Wissensgrenzen zu tun hat. In vielen Fällen, wie etwa beim Veto-player-Ansatz, fehlen der politikwissenschaftlichen Theoriebildung empirisches Wissen zur Praxis juridischer Institutionen. Auf der anderen Seite verbleiben manche Annahmen der rechtswissenschaftlichen Gesellschaftstheorie, wie etwa die „Integrationslehre“, im Spekulativen und müssen erst in sozialwissenschaftliche Konzepte übersetzt werden.

1.4 Argumentationsgang

Wie im zweiten Kapitel ausgeführt wird, folgt der Untersuchungsansatz dieser Arbeit Theorien und Methoden der historisch-institutionellen Schule der vergleichenden Politikwissenschaft, die detaillierte Fallstudien und historische Pfadabhängigkeiten fokussiert. Dieser Ansatz setzt auf Theorien mittlerer Reichweite und „concepts of limited applicability“ (Bendix, 1963). In der Tradition Max Webers geht es dem historischen Institutionalismus um die komparative Erklärung von Phänomenen mit den Instrumenten einer „verstehenden Soziologie“, so z.B. der Methode idealtypischer Begriffsbildung (Weber, 1980). Das zweite Kapitel entwickelt einen Forschungsansatz, der eine Theorie institutioneller Rollen zum Ziel hat. Dazu werden Elemente der soziologischen Rollentheorie mit Überlegungen aus dem soziologischen Neo-Institutionalismus verbunden, der Institutionen und Akteure nicht allein unter dem Aspekt von Anreizsystemen betrachtet, sondern danach fragt, welche Bedeutung Diskurse, Mentalitäten und soziale Praxen besitzen, die institutionell (re)produziert werden. Institutionelle Rollen sind Teil der Produktion von Legitimität und beschreiben das dynamische Zusammenspiel von Erwartungen, Darstellung und

Funktion: Einem Rolleninhaber werden bestimmte Eigenschaften zugeschrieben, und von ihm werden bestimmte Verhaltensweisen erwartet. Ob er in der Darstellung dieser Rolle den Erwartungen entspricht oder nicht, hat Auswirkungen auf die Legitimität, die ihm zugeschrieben wird. Manchmal aber ist die dargestellte Rolle nicht deckungsgleich mit der Funktion, die eine Institution tatsächlich in einem politischen System ausübt.

In einem zweiten Teil wird die Interaktion von Institutionen und ihrem Publikum thematisiert, denn die Zuschreibungen und Erwartungen existieren nicht abstrakt und uniform. Sie werden von bestimmten Teilöffentlichkeiten an die Institution herangetragen. Verfassungsgerichte existieren nicht im Vakuum. Sie kommunizieren mit rechtswissenschaftlichen, politischen, medialen und zivilgesellschaftlichen Akteuren und reagieren in irgend einer Weise auf die „öffentliche Meinung“. Auch wenn einige Erwartungen und Zuschreibungen in all diesen Teilöffentlichkeiten überlappen, sind andere sehr spezifisch für die jeweilige Teilöffentlichkeit. Unabhängig davon, ob man diese Kommunikation als einen Dialog⁴⁷ oder eher als aufmerksamen Monolog⁴⁸ auffasst, wird deutlich, dass Gerichte im Regelfall nicht die selben direkten politischen Kommunikationsformen nutzen, die politischen Akteuren zur Verfügung stehen, um ihr Publikum zu erreichen. Gerichte äußern sich normalerweise über ihre Urteile. Urteile sind juristische Texte, die bestimmten Konventionen und Regeln folgen. Die wichtigste Konvention, d.h. Erwartung an diese Texte ist, dass sie anerkannten juristischen Methoden folgen oder dies zumindest darstellen. Deswegen ist zum Verständnis von richterlichem Handeln die Einbeziehung des herrschenden Rechtsdenkens (Weber) notwendig, das sich in bestimmten Methoden der Verfassungsinterpretation äußert.

Das dritte Kapitel wendet sich dann drei idealtypischen Rollen zu, die, so die These, sich im Verhalten von Verfassungsgerichten in Transformationsgesellschaften identifizieren lassen. Die weiter oben angeführten Einwände gegen eine undifferenzierte Verwendung des Begriffs des Hüters der Verfassung führen zur Notwendigkeit, den Begriff radikal zu begrenzen und - für einen rechtssoziologischen Ansatz vielleicht überraschend - neopositivistisch zu interpretieren. Ausgangspunkt ist hier nicht so sehr Kelsen, dessen bekannte Schriften zur Verfassungsgerichtsbarkeit sich nicht auf die „Reine Rechtslehre“ stützen, sondern rechtspolitisch-pragmatischer Natur sind. Stattdessen soll mit Max Weber der Begriff der „Berechenbarkeit“ des Rechts stark gemacht und dessen realistische Analyse der Legitimität positivistisch verstandenen Rechts mit der Hüterrolle verknüpft werden. Von „Hüten“ kann nur gesprochen werden, wenn Urteile voraussehbar sind, das heißt, wenn juristische Beobachter auf der Grundlage des Normtexts und juristischer Methodik sowie mit der Kenntnis der vorherigen

47. So etwa Fisher, 1988 oder Häberle, 1975.

48. So im Gegensatz zu Häberle Blankenburg/Treiber, 1982.

Urteile mit großer Wahrscheinlichkeit zum selben Ergebnis wie das Gericht kommen. Verfassungsgerichte hindern Regierungen und Parlamente daran, die Normen der Verfassung zu verletzen, die diese selbst als geltend anerkennen (müssen). In diesen Situationen ist die Rede vom „Hüter“ angemessen und auch rechtssoziologisch zutreffend. Die Funktion des „Hüters“ ist, wie Kelsen argumentierte, demokratietheoretisch unproblematisch und dient der postautoritären Transformation zur Wiederherstellung oder auch erstmaligen Durchsetzung der Herrschaft des Rechts.

Wie zu zeigen sein wird, lassen sich weitere Rollen identifizieren, die Verfassungsgerichte in einem politischen System spielen, und deren normative Legitimität umstrittener ist. Dies sind zunächst die Rollen, die sich mit Begriffen wie „Schiedsrichter“ oder „Schlichter“ umschreiben lassen. Hierbei steht nicht die bindende Rolle des Rechts im Vordergrund, sondern die Fähigkeit eines Gerichts, gesellschaftliche und politische Konflikte in rechtliche Konflikte zu transformieren und unter kreativer Nutzung rechtlicher Normen diese Konflikte in eine Richtung hin zu entscheiden (Schiedsrichter) oder auch zu „bearbeiten“ bzw. temporär „kaltzustellen“ (Schlichter). Die empirische Legitimation dieser Rolle ergibt sich aus der tatsächlichen Fähigkeit, Konflikte zu lösen oder zumindest zu kanalisieren. Die normative Legitimation kann innerhalb der Demokratietheorie darin gesehen werden, dass eine solche Rolle zur Systemstabilisierung beiträgt.

Eine dritte, besonders in Transformationssituationen zu beobachtende Rolle ist die eines „Gründers“ (Ackerman, 1992). Hier geht es darum, dass ein Verfassungsgericht die normative Ordnung eines politischen Systems in einer Weise prägt, bei der der Verfassungstext nur als Rahmen dafür dient, Rechtsprinzipien zu etablieren, die anderen Quellen entstammen. Diese können unterschiedlicher Natur sein: etwa der eigenen rechtsdogmatischen Tradition außerhalb des Verfassungsrechts, internationalen Vorbildern, oder auch der innerhalb des Gerichts konsentierten Vorstellung einer gerechten Verfassungsordnung. In anderen Worten, das Gericht identifiziert bestimmte „Werte“ und legt sie der normativen Ordnung zugrunde. Damit findet ein Verfassungswandel statt, der in vielen Fällen aus Sicht der Verfassungsgeber nicht voraussehbar war.⁴⁹ Dies ist die normativ umstrittenste Rolle, der aber, wie man am Beispiel der in der Arbeit diskutierten Fälle sehen wird, unter Umständen hohe Legitimität zugeschrieben wird.

Das vierte und das fünfte Kapitel sind den beiden Fallstudien gewidmet. In diesen Kapiteln werden ausgewählte Urteile und andere Äußerungen der Gerichte analysiert. In diesen Untersuchungen geht es darum, zu klären, in welchen Rollen das Gericht auftritt. Soweit es die mir zugänglichen Quellen zulassen, werden die Reaktionen der Teilöffentlichkeiten des Gerichts und deren

49. Zum Begriff des „Wandels“ oder der „Entwicklung“ der Verfassung Bryde, 1982.

Erwartungen rekonstruiert. Die Urteilsanalysen werden von zusammenfassenden Überlegungen zur untersuchten Periode ergänzt. Das sechste Kapitel fasst die Ergebnisse vergleichend zusammen: Es wird deutlich, dass beide Gerichte durch ihre Rechtsprechung die normative Ordnung der beiden Länder in erheblicher Weise mitgestaltet haben, indem sie durch Verfassungsinterpretation eine bestimmte „Wertordnung“ errichteten. Der Begriff der „Wertordnung“ ist der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entnommen. Das ungarische Gegenstück dazu ist die „unsichtbare Verfassung“, die zwar nie dogmatisch akzeptiert wurde, aber die Diskussion bis heute beherrscht.

Das sechste Kapitel widmet sich dann in vergleichender Perspektive der Frage, wie nachhaltig diese normative Prägung gewesen ist. Diese Frage drängt sich schon deswegen auf, weil die Geschichte des ungarischen Verfassungsgerichts stärker durch Diskontinuitäten geprägt ist als die des bundesdeutschen Gerichts. So hat der Amtswechsel von Verfassungsgerichtspräsident László Sólyom zu seinem Nachfolger János Németh 1998 einen deutlicheren Bruch im Entscheidungsstil nach sich gezogen als es im Fall des Bundesverfassungsgerichts je festgestellt worden ist. Weil zur ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit nach 1998 sehr wenig Literatur existiert, kann ich diese Periode nicht detailliert untersuchen. Erst ab 2010/2012 sind die Entwicklungen im ungarischen Verfassungsrechts besser dokumentiert. International fand Beachtung, dass die Kompetenzen des ungarischen Verfassungsgerichts im Zuge von Verfassungsänderungen empfindlich geschwächt wurden und Richter an das Gericht gewählt wurden, die der Rechtsprechung des ersten ungarischen Verfassungsgerichts kritisch bis feindlich gegenüberstehen. In diesem Kapitel untersuche ich vergleichend, in welcher Weise die Schwächung des Gerichts mit seiner Rolle in der Anfangsphase der ungarischen Demokratie zusammenhängt und wie sich der offensichtliche Unterschied zum Bundesverfassungsgericht erklärt, dessen Kompetenzen nie in ähnlicher Weise bedroht worden sind.

1.5 Methodisches Vorgehen

Der Rechtssoziologe und ehemalige Bundesverfassungsrichter Brun-Otto hat auf das „*ceteris paribus*-Problem“ aufmerksam gemacht, auf das man stößt, wenn man den Einfluss des Verfassungsgerichts auf die nationale Politik mit sozialwissenschaftlicher Methodik abschätzen will: Die Gesellschaften, in denen Verfassungsgerichte operieren, seien „so verschieden, daß es schwer ist, den Beitrag des Gerichts als entscheidenden Faktor herauszuarbeiten“ (Bryde, 2000:207). Die untersuchten Fälle – das deutsche Bundesverfassungsgericht (ab 1952) und das ungarische Verfassungsgericht (ab 1990) – sind in einen sehr unterschiedlichen Kontext eingebettet: Deutschland hatte zwölf Jahre nationalsozialistischer Diktatur und einen furchtbaren Krieg hinter sich. Das Land lag in Trümmern, die ökonomische und politische Zukunft war ungewiss, und die jun-

ge Bundesrepublik war international isoliert. In Ungarn sehen wir eine Gesellschaft, die ein nicht-demokratisches Regime überwunden hat: die staatssozialistische Diktatur, wenn auch in einer abgemilderteren Variante, dem oft als „Gulasch-Kommunismus“ betitelten Regime János Kádárs. Die Demokratie wurde im Land selbst geschaffen, wobei die alte Elite und die Opposition am Runden Tisch auf gesetzmäßigem Wege eine völlige Veränderung des Systems aushandelten. Ganz anders der deutsche Fall: Die faschistische Diktatur musste von den Alliierten niedergekämpft werden, erst danach wurde eine kontrollierte Demokratisierung eingeleitet, wobei die alten Herrschaftseliten – allerdings nur teilweise – aus der Macht gedrängt wurden. Viele andere politische, soziale, ökonomische und kulturelle Unterscheide könnten genannt werden. Der in Kapitel zwei und drei entwickelte Untersuchungsansatz dient dazu, diese Verschiedenheiten theoretisch fruchtbar zu machen. Sie können systematisch in den Blick genommen werden, wenn die Interaktionen zwischen den Gerichten und den jeweiligen Teilöffentlichkeiten untersucht werden.

Im deutschen Fall wird das erste Jahrzehnt der Verfassungsgerichtsbarkeit (1952-1962), im ungarischen Fall werden im Wesentlichen die ersten fünf Jahre des ersten ungarischen Verfassungsgerichts unter Gerichtspräsident László Sólyom untersucht. Die unterschiedlichen Zeitspannen erklären sich aus der Tatsache, dass im ungarischen Fall die Zeit für die Verfassungsrechtsentwicklung aus zahlreichen Gründen „komprimiert“ ablief. Das ungarische Gericht musste eine „dreifache Transition“ (Offe, 1997) mitgestalten (Marktwirtschaft, Demokratie und Rechtsstaat), operierte in einem gesamteuropäischen Kontext (EU-Beitritt) und verfügte mit dem Bundesverfassungsgericht über ein Vorbild, auf das es sich beziehen konnte. Zudem waren die Hürden zur Einreichung von Verfassungsklagen im ungarischen Fall wesentlich geringer als im deutschen Fall: mit der „Bürgerklage“ (action popularis) bestand eine weitgehend voraussetzungslose Möglichkeit, Gesetze vor das Verfassungsgericht zu bringen. Dies führte zu einer hohen Falllast für das Gericht, aber auch dazu, dass das Gericht über fast alle Schlüsselfragen der Systemtransformation innerhalb kürzester Zeit zu entscheiden hatte. Schließlich war das erste ungarische Gericht weitaus stärker bereit, einen Konflikt mit Regierung und Parlament zu riskieren, als das frühe Bundesverfassungsgericht. Alle diese Faktoren führten dazu, dass in Ungarn in kurzer Zeit eine große Anzahl von wichtigen und kontroversen Fällen entschieden wurden, die genug Material für die Analyse bieten.

Material für die Herausarbeitung des richterlichen Rollenbildes sind vor allem die Urteile. Im deutschen Fall wird zusätzlich der „Statusbericht“ von 1957 untersucht. Öffentliche Äußerungen von Verfassungsrichtern und juristische Fachartikel werden zur Plausibilisierung der Interpretation hinzugezogen. Weiterhin verwende ich Interviews, die ich 2002 mit amtierenden und ehemaligen Verfassungsrichtern des ungarischen Verfassungsgerichts geführt habe. Bei der Analyse der Reaktionen der Teilöffentlichkeiten wurde vor allem auf Zeitungs-

artikel aus der Untersuchungszeit zurückgegriffen.⁵⁰ Verglichen mit dem reichhaltigen Forschungs- und Quellenmaterial, das zur Bundesrepublik der 1950er Jahre existiert, ist die ungarische Zeitgeschichte seit den 1990er Jahren zwar noch wenig erschlossen, insbesondere wenn der Zugriff auf ungarische Originalquellen mangels Sprachkenntnissen verschlossen bleibt. Das mir zugängliche und hier verarbeitete Material für den ungarischen Fall ist jedoch von hoher Qualität, vor allem auf Grund der umfangreichen Publikationstätigkeit des ersten ungarischen Verfassungsgerichtspräsidenten und anderer ungarischer Wissenschaftler.

50. Während meines Forschungsaufenthaltes am ungarischen Verfassungsgericht Anfang 2002 konnte ich die vom ersten Präsidenten des Gerichts angelegte Sammlung von Pressemeldungen auswerten.

Kapitel 2

Eine Theorie institutioneller Rollen

Im ersten Kapitel habe ich gezeigt, dass der Rollenbegriff im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit oft verwendet wird, eine theoretische Grundlage bisher jedoch nicht explizit entwickelt worden ist. Die Aufgabe dieses Kapitels ist es, Bausteine einer institutionellen Rollentheorie zusammenzustellen, die für die Analyse von Verfassungsgerichten verwendet werden können. Dafür verbinde ich Elemente der klassischen (d.h. frühen) soziologischen Rollentheorie mit ausgewählten Elementen des (modernen) soziologischen Neo-Institutionalismus.

Allerdings ist eine Einschränkung hinsichtlich des hier verwendeten Theoriebegriffs nötig: Laut Donald Searing ist die „Rollentheorie“ keine Theorie, von der sich falsifizierbare Hypothesen ableiten lassen:

What is usually called “role theory” are frameworks consisting of topics, concepts, and assumptions. There are in such frameworks no sets of statements that explain why or how phenomena occur [...]. The most promising path to theory construction is not a search for a single general role theory but, instead, a series of quests for particular theories about particular problems involved in particular types of roles. (Searing, 1991:1243)

Sowohl die klassische Rollentheorie als auch der Neo-Institutionalismus sind als analytische Rahmen zu verstehen, innerhalb derer Theorien mittlerer Reichweite⁵¹ formuliert werden können, die zur Erklärung bereits vergangener Phänomene dienen. Anders als hypothesengenerierende Modelle behaupten sie nicht, zukünftige Ereignisse vorhersagen zu können. Es handelt sich um wissenschaftliche Theoriebildung, die versucht, in verallgemeinernder Weise bestimmte soziale Mechanismen aufzuzeigen, ohne allerdings zeit- und ortsunabhängige Geltung zu beanspruchen (Esser, 2002).

2.1 Prämissen

Bevor ich die Umriss einer Theorie institutioneller Rollen skizziere, möchte ich die Annahmen darlegen, die dieser Theorie zugrunde liegen. In diesem Ab-

51. Unter „theories of the middle range“ versteht man nach Robert Merton „theories that lie between the minor but necessary working hypotheses that evolve in abundance during day-to-day research and the all-inclusive systematic efforts to develop a unified theory that will explain all the observed uniformities of social behavior, social organization and social change“ (Merton, 1957:39). Siehe hierzu Esser, 2002.

schnitt wende ich mich dem Institutionenbegriff, dem Unterschied zwischen Rolle und Funktion sowie der Bedeutung der institutionellen „Neuheit“ im Kontext politischer Transformationsprozesse zu.

2.1.1 Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution

Bisher war immer wieder von der Verfassungsgerichtsbarkeit als einer Institution die Rede. Dies ist einerseits gängiger Sprachgebrauch und erscheint daher aus rechts- und politikwissenschaftlicher Sicht kaum problematisch. Jedoch steckt hinter dem Institutionenbegriff, wie er hier verwendet wird, eine historisch-spezifische Sichtweise in den Sozialwissenschaften, die als historisch-soziologischer Institutionalismus bezeichnet wird. Der „Neo-Institutionalismus“ in der Soziologie und in der Politikwissenschaft beschäftigt sich mit der Frage, wie individuelles Akteurshandeln durch Institutionen strukturiert und mediativiert wird und welche Mechanismen dabei wirken.⁵²

Der soziologische Neo-Institutionalismus wendet sich dabei von zwei älteren Positionen ab: Die erste ist der ältere Funktionalismus, aus dessen Sicht Institutionen latente oder manifeste Funktionen erfüllen, die zur Erhaltung von Gesellschaften dienen (vgl. anschaulich Parsons, 1971). Die zweite ist die neoklassische ökonomische Theorie, die auch in der Soziologie präsent ist (siehe etwa Homans, 1972) und durch das rational-choice-Paradigma weiterentwickelt worden ist (z.B. Hechter, 1983). Der Neo-Institutionalismus widerspricht der ökonomischen Analyse von Institutionen in zwei Aspekten: so könne die Genese von institutionellen Regeln nicht einfach als evolutionäres Ergebnis iterativer Transaktionskostenreduzierung verstanden werden.⁵³ Außerdem sei die Annahme der Institutionenökonomik ungenügend, nach der Institutionen vor allem formale Regelsysteme darstellten, innerhalb derer rationale Akteure mit stabilen Präferenzen handelten (vgl. Scharpf, 2000). Der historisch-soziologische Institutionalismus in der Politikwissenschaft (siehe z.B. Thelen/Steinmo, 1992; Pierson, 2004), befasst sich mit der historischen Genese und Entwicklung von Institutionen, mit den Sinnstrukturen („Weltbilder“, Weber), die institutionelle Genese und Reproduktion voraussetzen, sowie mit der Frage, wie Institutionen wiederum Sinn produzieren und soziale Praxen erzeugen. In anderen Worten, Institutionen können nicht einfach als „geronnene Präferenzen“ verstanden

52. Einflussreich waren hier v.a. James G. March und Johan P. Olsen (March/Olsen, 1989; March/Olsen, 1996). Für die deutsche Politikwissenschaft siehe vor allem die Beiträge in den Bänden von Göhler u.a. (Göhler et al., 1990; Göhler, 1994; Göhler, 1997; Göhler, 1998). Die Bedeutung für die Rechtsforschung betonen Smith, 1988 und Edelman, 1995; kritisch Cooney, 1995; in der deutschsprachigen Forschung siehe die Beiträge von Rottleuthner, Röhl und Schmalz-Bruns in Göhler et al., 1990. Für eine Bestandsaufnahme siehe Hasse/Krücken, 1999.

53. Hierzu siehe etwa Leifer/Obershall, 1986; Knight/Sened, 1995.

werden, an denen sich präferenzorientiertes Handeln wiederum lediglich ausrichtet. Eine Schlüsselerkenntnis in der soziologischen Theorie seit Durkheim ist eher, dass Institutionen Präferenzen von Akteuren produzieren wie auch verändern. Sie stellen hierfür sowohl eigennutzorientierte als auch symbolische Ressourcen und Sanktionen bereit.⁵⁴ Der analytische Vorteil ist, dass damit Entwicklungen erklärbar werden, die bei der Gründung von Institutionen nicht intendiert waren und der „Rationalität“ der Institution zum Teil zuwiderlaufen.⁵⁵

Daraus ergibt sich eine weitere Prämisse dieser Theorierichtung: Akteurshandeln innerhalb Institutionen folgt nicht allein der Logik des nutzenoptimierenden *homo oeconomicus*, sondern auch oder sogar eher einer „Logik der Angemessenheit“ (March/Olsen, 1996). Diese Logik, die sich auf die Einbettung von Menschen in soziale Beziehungen gründet, bestimmt menschliches Handeln nicht nur in Standardsituationen des Alltags, sondern auch in „ill-defined, novel situations“:

Institutionalized rules, duties, rights, and roles define acts as appropriate (normal, natural, right, good) or inappropriate (uncharacteristic, unnatural, wrong, bad). (March/Olsen, 1996:252-253, siehe auch Olsen/March, 2004).

In der U.S.-amerikanischen Forschung ist die Bedeutung des „New Institutionalism“ für die Analyse des Supreme Court in letzter Zeit vor allem von Howard Gillman und Cornell Clayton betont worden (Clayton/Gillman, 1999; Gillman/Clayton, 1999). In der deutschsprachigen Forschung zum Bundesverfassungsgericht sind die Forschungsansätze zumeist explizit neo-institutionalistisch, wie etwa die Beiträge von Roland Lhotta (Lhotta, 2003, 2012). Für Lhotta sind

[p]olitische Akteure – wie etwa Verfassungsgerichte und Richter - [...] in ein kulturelles und organisatorisches, lies: institutionelles und damit „regelhaftes“ Umfeld eingebettet, das ihre Präferenzen und Handlungen präjudiziert. (Lhotta 2003:147)

Andere Studien aus letzter Zeit, wie etwa die von Oliver Lembcke (2007), André Brodocz (2009), Uwe Kranenpohl (2010) oder die Publikationen im Umfeld der Forschungen von Hans Vorländer zur verfassungsgerichtlichen „Deutungsmacht“ (siehe etwa Vorländer, 2006a) betrachten die Institution Verfassungsge-

54. Diese Theorierichtung ist schon bei Max Weber angelegt, der zwar den Institutionenbegriff nicht explizit nutzte, aber in seiner historisch-vergleichenden Soziologie (Weber, 1980; Weber, 1988a) beschrieb, wie formale Institutionen aus anderen Formen von Vergemeinschaftung entstanden sind. Die Annahme, dass formale Institutionen, insbesondere das Recht, Verhalten steuern, ist eine zentrale Annahme Weber'scher Rechts- und Staatssoziologie. Siehe etwa Lepsius, 1990; Lübke, 1991; Gimmler, 1996; Breuer, 1991; Petersen, 2008.

55. Dazu der bekannte Artikel von John W. Meyer und Brian Rowan, „Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony“ (Meyer/Rowan, 1991), der als eine der Grundlagentexte des Neo-Institutionalismus gilt.

richt als Teil einer sinnhaften Ordnung.⁵⁶ Konkurrierende Ansätze wie das „attitudinal model“⁵⁷ oder das „strategic model“⁵⁸ haben im deutschsprachigen Raum bisher keinen größeren Einfluss erlangt. Ausnahme ist die Studie von Christoph Hönnige (2007), der die Bedeutung von strategischen Verhalten im „Spannungsdreieck“ zwischen Verfassungsgericht, Regierung und Opposition betont und sich auf die Modellierung des Gerichts als „rationaler Nutzenmaximierer“ festlegt (Hönnige 2007:24).

2.1.2 Rolle und Funktion

Eine Diskussion von institutionstheoretischen Ansätzen kann nicht erfolgen, ohne das Problem zu diskutieren, das sich aus dem fast synonymen Sprachgebrauch der Begriffe „Rolle“ und „Funktion“ in empirischen Arbeiten zur Gerichtsbarkeit ergibt. Es stellt sich die Frage, inwieweit eine Unterscheidung von beiden Begriffen theoretisch wichtig und im Rahmen dieser Studie und ihrer Analyse der Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt sinnvoll oder notwendig ist. In anderen Worten, muss dieser Unterschied in meinem analytischen Ansatz zur Rolle von Institutionen berücksichtigt werden?

Während der Begriff der Rolle der Theatermetaphorik entnommen ist (Goffman, 1959), entstammt der Funktionsbegriff der sozialwissenschaftlichen Beschäftigung mit Technik und Technologie, wo „Funktion“ die Aufgabe eines Objektes innerhalb einer technischen Vorrichtung bezeichnet. Der Funktionsbegriff wurde von der sogenannten strukturfunktionalistischen Schule innerhalb der Soziologie, und hier insbesondere von den Soziologen Robert K. Merton und Talcott Parsons in die soziologische Theoriebildung eingeführt. Merton de-

56. Für das Bundesarbeitsgericht siehe die Studie von Britta Rehder (2011).

57. Zum „Attitudinalism“ siehe Segal/Spaeth, 1993 und die Darstellung bei Kneip, 2009:111ff. Die Haltungen der Richter („attitudes“) zu den Rechtsfragen lassen sich beim Supreme Court relativ leicht bestimmen, da der Entscheidungsmodus transparenter ist als in den meisten anderen Gerichten weltweit. Die Methode lässt sich daher nicht oder schlecht übertragen, davon abgesehen, dass der Erkenntnisgewinn gering ist. Dass Richter nicht das „reine Recht“ anwenden, sondern dass dabei „Vorverständnisse“ im Spiel sind, ist rechtssoziologisch keine Neuigkeit, sondern findet sich sehr differenziert etwa bei Esser, 1972. Kritische Anmerkungen finden sich in den Bänden von Gillman und Clayton, siehe auch Gillman, 2001. Eine empirisch-methodische Kritik haben zuletzt Bailey und Maltzman (Bailey/Maltzman, 2011) vorgelegt.

58. Siehe Epstein/Knight, 2000. Das „strategische Modell“ ist Vorstellungen vom rein wertgebundenen („attitudinal“) Entscheiden oder der Vorstellung vom „Richter als Subsumptionsautomaten“ (letzteres wird allerdings wissenschaftlich von niemandem vertreten) überlegen. Es ist sehr plausibel anzunehmen, dass strategische Überlegungen Teil richterlicher Entscheidungsfindung sind. Allerdings ist auch dies nichts Neues, sondern in der Rechtssoziologie seit langem vertreten worden (siehe etwa Lautmann, 1972). Das Problem beginnt, wenn Forscher Entscheidungsprozesse so modellieren, dass die Entscheidungsfindung ausschließlich von strategischen Überlegungen geprägt ist, dass also „Überzeugungen“ keine Rolle spielen.

finiert als Methode funktionalistischer Analyse „the practice of interpreting data by establishing their consequences for larger structures in which they are implicated“ (Merton, 1957:19). Die Funktion einer Institution ist damit die Aufgabe, die diese innerhalb eines größeren Zusammenhangs erfüllt. Bei Luhmann (1970:10) sind Funktionen die Leistungen eines Systems, die seiner Erhaltung dienen. Außerhalb der Systemtheorie ist diese Definition aber nicht zwingend.⁵⁹

Der ältere Funktionalismus ist heute als wissenschaftliche Methode weitgehend diskreditiert, hat aber im Neo-functionalism (Alexander/Colomy, 1985) und in der deutschen Systemtheorie (Luhmann, 1996) zwei Renaissancen erfahren. Einer der wichtigsten Kritikpunkte gegenüber dem vor allen von Parsons vertretenen Struktur- und Systemfunktionalismus besteht darin, dass der Funktionalismus Beschreibung mit Erklärung verwechselt: Es sei ein argumentativer Zirkelschluss, die zugeschriebene Funktion eines Phänomens als die Erklärung dieses Phänomens zu deuten.⁶⁰ Manche Ansätze in der Verfassungsgerichtsforschung, wie etwa die „Insurance“-Theorie von Tom Ginsburg (2002), laufen bei unreflektierter Verwendung weiterhin Gefahr, diesem Zirkelschluss zu erliegen, zumindest dann, wenn die Einrichtung eines Verfassungsgerichts mit der „Funktion“ des Verfassungsgerichts erklärt wird, Eliten eine „Versicherung“ für den Fall des Machtverlusts zu bieten, ohne diese Überlegungen der Akteure empirisch nachzuweisen.⁶¹

Von Bedeutung ist der offensichtliche semantische Unterschied zwischen „Funktion“ und „Rolle“. Während eine Funktion zumindest in ihrer systemtheoretischen Definition nach systemerhaltend wirkt, kann die Rolle einer Institution sein, ein System zu sprengen. Dies kommt auch zum Ausdruck, wenn von „Funktionalität“ und „Dysfunktionalität“ die Rede ist, zum Beispiel bei Kneip (2009), der untersucht, ob Urteile des Bundesverfassungsgerichts im Sinne einer bestimmten Definition eines demokratischen Systems („embedded democracy“) funktional sind oder nicht. Im alltäglichen Sprachgebrauch bedeutet der Ausdruck „es funktioniert“, dass etwas so arbeitet, wie es vorgesehen war. „Etwas spielt eine Rolle“ hat auch diese Bedeutung, soweit sich die Rolle auf vor-

59. Ein triviales Beispiel: Die Klimaanlage hat in einem Auto eine bestimmte Funktion (die Fahrt für den Fahrer angenehmer zu machen), sie ist aber für den Erhalt des Systems „Auto“ nicht notwendig. Systemtheoretiker werden hier (neben der Tatsache, dass die soziologische Systemtheorie sich nicht mit mechanischen Systemen beschäftigt), sicherlich darauf hinweisen, dass es darauf ankommt, wo die Grenzen eines Systems gezogen werden. Mir geht es hier lediglich darum, zu zeigen, dass der Funktionsbegriff in der Systemtheorie ebenso arbiträr ist wie in jeder anderen Theorie.

60. Siehe die bekannte Kritik von Davis (Davis, 1959) und die Diskussion bei Erasmus, 1967. Warum dieser Vorwurf auf die neuere systemtheoretisch-funktionelle Analyse nicht zutrifft, erklärt Luhmann, 1970.

61. Siehe kritisch zur „Insurance Theory“ Inclán Oseguera, 2009

gefasste Erwartungen bezieht. Jedoch kann eine Rolle für einen größeren Zusammenhang dysfunktional wirken, etwa die des Revolutionärs, der ein bestimmtes politisches Regime überwinden will. Bei Kneip hat der Funktionsbegriff eine normative Zielrichtung, wonach Verfassungsgerichte demokratisch dysfunktionale Urteile vermeiden sollen. Für den Systemtheoretiker Luhmann ist die Verfassungsgerichtsbarkeit Teil der „strukturellen Kopplung“, welche die Verfassung zwischen dem rechtlichen und dem politischen System übernimmt (Luhmann, 1995:479). Diese Kopplung geschieht allerdings „hinter dem Rücken“ der Akteure, sie ist kein Akt bewusster Planung, sondern eine evolutionäre Folge sozialer Ausdifferenzierung.⁶²

Dies führt uns zu einer weiteren Unterscheidung zwischen Rolle und Funktion, die mit der Differenzierung zwischen „manifeste“ und „latente“ Funktion durch Robert Merton (1957:25-37) ins Repertoire des Struktur-Funktionalismus eingegangen ist. Funktionen, die den untersuchten sozialen Institutionen zugeschrieben werden, sind demnach für die Zuschreibenden offensichtlich („manifest“). Diese zugeschriebenen Funktionen sind aber, so Merton, nicht immer diejenigen, die die soziale Institution tatsächlich erfüllt. Diese versteckten („latenten“) Funktionen können nur durch den soziologisch geschulten Beobachter entdeckt werden. Die Unterscheidung zwischen beiden Typen von Funktionen ist in der Soziologie nicht mehr gebräuchlich, da es nicht gelungen ist, die Differenzierung methodisch überzeugend einzusetzen (Campbell, 1982). Ich finde sie aber wichtig anzusprechen, da sie auf Eigenschaften des Funktions- und Rollenbegriffes hinweist: Beides sind Zuschreibungen, wobei sich Rollen auf empirisch dokumentierbare normative Zuschreibungen einer größeren Anzahl von Individuen beziehen („manifeste Funktion“), während es für die Beschreibung einer („latenten“) Funktion ausreicht, wenn ein Beobachter diese Funktion feststellt. Dabei kann die Funktion sich auch auf Erwartungen beziehen, diese sind aber im Regelfall nicht so offensichtlich („manifest“) wie diejenigen, die mit einer Rolle verknüpft sind. Oftmals ist die von Beobachtern festgestellte „Funktion“ kontraintuitiv, d.h. sie widerspricht gerade den Erwartungen, die vorher an die Institution gerichtet wurden. Gleichzeitig wird man feststellen können, dass die Institution dafür andere, oftmals als nicht legitim angesehene Akteurserwartungen erfüllt.

Nach dieser Klassifizierung wären der „Vetospieler“ und der „Motor der Integration“ als Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit zu bezeichnen. Zwar gibt es neben den Sozialwissenschaftlern, die der Institution diese Funktion zu-

62. Luhmann sieht dies vor allem vor dem Hintergrund der Trennung zwischen Recht und Moral im modernen Staat, die aber den gerechtigkeitspraktischen Erfordernissen des modernen Wohlfahrtsstaates zuwiderläuft. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist eine mögliche Lösung für dieses Problem. Zur systemtheoretischen Analyse des Verfassungsgerichts siehe Bora, 2003; Bornemann, 2007 und Brodocz, 2009.

schreiben, auch soziale Akteure, die erwarten, dass das Verfassungsgericht als Bremsklotz der Politik wirken oder das Auseinanderdriften der Gesellschaft verhindern soll. Jedoch stellen der „Vetospieler“ ebenso wie der „Integrator“ Rollen dar, welche der Institution nur von einem kleinen Kreis von Beobachtern explizit zugeschrieben werden. Sie entsprechen keiner geläufigen Erzählung von der Rolle des Verfassungsgerichts. Nur selten ist „Vetospieler“ oder „Integrator“ eine normative Zuschreibung.

Zusammenfassend kann Folgendes festgestellt werden: Auch wenn in der Literatur die Begriffe der „Rolle“ und der „Funktion“ oft in austauschbarer Weise verwendet werden, darf nicht vergessen werden, dass diese Konzepte eigentlich aus verschiedenen theoretischen Traditionen stammen. Beide Begriffe bezeichnen Zuschreibungen, sind aber in idealtypischer Weise antagonistisch angelegt: Je mehr eine Institution ihr Handeln in performativer Weise auf empirisch beobachtbare, normativ begründete Erwartungen sozialer Akteure ausrichtet, desto mehr handelt sie gemäß einer Rolle. Auf der anderen Seite können wir von einer Funktion sprechen, wenn wir das Handeln der Institution darüber erklären, dass sie bestimmte Probleme löst oder an sie gerichtete Erwartungen erfüllt, ohne dass dies den Akteuren immer bewusst ist, bzw. ohne dass diese Erwartungen normativ begründet, d.h. legitimiert werden (können). Auch ist die Funktion idealtypischerweise nicht mit einer „szenenhaften“ Darstellung (Performanz) verbunden.⁶³ Allerdings können Rolle und Funktion auch zusammenfallen, die Institution also eine Funktion erfüllen, die den Rollenerwartungen entspricht.

Nach dem hier verfolgten Ansatz sind „Rolle“ und „Funktion“ heuristische Werkzeuge, die der komparativen Analyse empirischer Daten sowie der Generierung von Theorien mittlerer Reichweite dienen. Ihre Nützlichkeit erweist sich in der Praxis und den Ergebnissen des empirischen Vergleichs. Die Begriffsverwendung verbleibt auf dem Boden des methodologischen Individualismus und der darauf aufbauenden Theorierichtung des akteurszentrierten Institutionalismus (vgl. Scharpf, 1997). Wenn Institutionen aus der Sicht von Beobachtern bestimmte Probleme lösen, dann ist das erst der Ausgangspunkt für Fragen danach, welche Akteure das Problem definieren, wer an der Problemlösung mitwirkt und wem diese nützt oder schadet. Weder Funktion noch Rolle erklären soziale, politische oder institutionelle Entwicklungen in direkter Weise. Sie sind keine Variablen im Sinne der politikwissenschaftlichen Methodik. Sie leiten jedoch unseren Blick auf empirische Phänomene, die als Variablen in einem Erklärungsmodell dienen können und machen damit verschiedenartige politische Entwicklungen analysierbar.

63. Zu einer Performanztheorie der Politik siehe Soeffner/Tänzler, 2002.

2.1.3 Neue Institutionen in der demokratischen Transformation

Diese Arbeit untersucht neue Verfassungsgerichte, d.h. Institutionen am Anfang ihrer Tätigkeit, die in einer Transformation von einem autoritären zu einem demokratischen System tätig sind. Diese Transformation ist mehrdimensional – in sehr unterschiedlicher Weise sind politische, soziale, ökonomische und kulturelle Institutionen von der Transformation betroffen. Während es den neuen Demokratien Europas nach 1945 vor allem darum ging, die Folgen des Krieges und der faschistischen Regime zu verarbeiten, musste im postkommunistischen Mittelost- und Osteuropa zusätzlich ein völlig neues Wirtschaftssystem eingeführt werden. Hinzu kommen ethnische Konflikte oder sogar der zum Teil gewaltsame Zerfall von Staaten (Offe, 1991). Vor dem Hintergrund dieser hochkomplexen und stark konflikthaften gesellschaftlichen Prozesse treten die Verfassungsgerichte als neue Institutionen auf die politische Bühne der neuen Demokratien.

Diese Aspekte – Neuartigkeit der Institution und Systemtransformationkontext – können unter dem Blickpunkt der hier zu skizzierenden Theorie institutioneller Rollen analysiert werden. Sie knüpfen zunächst an die vorangegangene Diskussion über den Unterschied zwischen Rolle und Funktion an. So mag eine Institution für die Etablierung eines neuen Regimes dauerhaft funktional notwendig sein. Beispielsweise wäre die Demokratisierung eines Landes ohne irgendeine Form von allgemeinen und freien Wahlen nicht möglich. Wie sich am Beispiel zahlreicher Demokratien zeigen lässt, die kein Verfassungsgericht besitzen, ist die Verfassungsgerichtsbarkeit kein zwingend notwendiges Element einer Demokratie. Sie kann aber eine Rolle spielen, die dem Zweck des zu etablierenden Regimes dient, etwa der Durchsetzung demokratischer und rechtsstaatlicher Prinzipien.

Auch die Neuartigkeit der Institution hat für die Theorie der institutionellen Rolle gewichtige Konsequenzen. Etablierte Institutionen haben eine Arbeitspraxis und ein Bild der eigenen Rolle entwickelt, auf das die Akteure innerhalb der Institution zurückgreifen können. Bei neuen Institution, d.h. solchen, die auf der Bühne des politischen Theaters neu auftauchen, fehlen diese Rollen(vor-)bilder bzw. müssen erst entwickelt werden. Die formalen Regeln, die eine Institution errichtet, enthalten normalerweise wichtige Vorgaben zur Rolle der Institution. Aber die Leitidee („idee directrice“, vgl. Lembcke, 2007:50-57) kann einer Institution nur in sehr begrenzter Weise über die formalen Regeln eingeschrieben werden. Sie wird von den Akteuren innerhalb der Institution ausgehandelt und nach außen präsentiert. Auf welche Quellen sie sich dabei stützen, ist wiederum historisch zufällig: Die Leitideen können aus den Umständen der Institutionengründung abgeleitet sein, sie können Elemente der persönlichen Lebenserfahrung der Akteure aufnehmen, sie können den Leitideen ähnlicher Institutionen entnommen sein oder sich auf spezielle Gründungstexte beziehen, wie dies etwa bei religiösen Institutionen der Fall ist. Auch neue Ver-

fassungsgerichte nehmen in ihrer Rollendefinition diese kontextgebundenen Einflüsse auf. Die Periode, bevor das Verfassungsgericht seine Rolle gefunden hat, gehört daher zu den interessantesten Abschnitten seiner Geschichte. Viele spätere Strukturen und Verhaltensweisen der konsolidierten Institution sind pfadabhängig, d.h. erklären sich aus früheren Entscheidungen, die später nur noch schwer rückgängig zu machen sind (Pierson, 2004).

Schließlich lenkt die Neuartigkeit der Institution Verfassungsgericht in besonderer Weise den Blick auf die dynamischen Prozesse, durch die Legitimität behauptet und zugeschrieben wird (Lembcke, 2008). Die Legitimität einer Institution muss gegen Anfechtungen ständig verteidigt und im Kontext des sozialen Wandels immer wieder neu verhandelt werden. Für neuartige Institutionen trifft das in noch stärkerem Maße zu als für Institutionen, die vor dem Systemwechsel bereits existierten oder – zumindest in Umrissen – schon bekannt sind.

2.2 Theorie der institutionellen Rolle

2.2.1 Potentiale und Grenzen der Anwendbarkeit soziologischer Rollentheorie auf Institutionen

Der hier diskutierte Rollenbegriff entstammt der soziologischen Theorie.⁶⁴ Im Rahmen dieser Untersuchung ist es – wie zuvor beim Funktionsbegriff – nicht möglich, die Begriffsgenealogie und die zahlreichen Spielarten der Rollentheorie detailliert darzustellen.⁶⁵ Ein zentrales Problem für die Verwendung der soziologischen Rollentheorie ist, dass sie für individuelle Akteure entwickelt wurde, während es in dieser Arbeit um Institutionen geht. Ich konzentriere mich im Folgenden auf wesentliche Annahmen der (älteren) soziologischen Rollentheorie, um festzustellen, ob sie sich prima facie bei der vergleichenden Untersuchung der Verfassungsgerichtsbarkeit anwenden lassen.

64. Für die soziologische Handlungstheorie konstatiert Miebach (2010:39): „Mittlerweile hat der Rollenbegriff seine exponierte Stellung in der soziologischen Theoriediskussion an Begriffe wie Frame und Organisation abgetreten, wird aber weiterhin als Standardinstrument in konkreten soziologischen Studien verwendet. Diese Selbstverständlichkeit in der Anwendung ist ein Hinweis darauf, dass sich Rolle als Grundbegriff der Soziologie etabliert hat“. Die Luhmann'sche Systemtheorie verwendet den Begriff nicht an zentraler Stelle. Während Luhmann, 1964 den Begriff der „Rolle“ noch in Verbindung mit der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen nutzt, taucht der Rollenbegriff in späteren Werken nur noch am Rande auf (Diesen Hinweis verdanke ich Thomas Scheffer).

65. Hans Joas stellt fest, dass „es ‚die‘ Rollentheorie schlechthin nicht gibt, und daß unter ihrem Titel die verschiedensten, im Zusammenhang mit der Analyse zwischenmenschlicher Beziehungen stehenden Probleme diskutiert werden“ (Joas, 1978). Zur englischsprachige Forschung siehe Biddle, 1986. Für eine kritische Zusammenfassung aus marxistischer Sicht siehe Haug, 1994.

Die erste Annahme ist, dass die durch den Rollenbegriff beschriebenen sozialen Mechanismen einen Einfluss auf individuelles Handeln haben. Zum Beispiel hat der Soziologe Talcott Parsons den Rollenbegriff verwendet, um das Verhalten von Personen zu erklären, die soziale Positionen in stabilen sozialen Systemen innehaben. Parsons versteht unter Rollen, wie Biddle zusammenfasst,

the shared, normative expectations that prescribe and explain these behaviors. Actors in the social system have presumably been taught these norms and may be counted upon to conform to norms for their own conduct and to sanction others for conformity to norms applying to the latter. (Biddle, 1986:70)

Für Ralf Dahrendorf (2006:33) bedeuten Rollen „Bündel von Erwartungen, die sich in einer gegebenen Gesellschaft an das Verhalten der Träger von Positionen knüpfen“. Sie bezeichnen bestimmte Formen der Beziehung zwischen Individuum und Gesellschaft. Von Parsons setzt sich der Konflikttheoretiker Dahrendorf ab, indem seine Rollentheorie nicht voraussetzt,

dass nur solche Verhaltensmuster als Erwartungen in Frage kommen, deren Verwirklichung einen Beitrag zum Funktionieren eines bestehenden Systems leistet. Auch Verhalten, das vom Standpunkt der Integrationstheorie „dysfunktional“ ist, kann normiert, also zu Rollenerwartungen verfestigt sein. (Dahrendorf, 2006:76)

Wichtig ist für Dahrendorf, zu erklären, warum sich Menschen gemäß ihrer Rolle verhalten: „Wer seine Rolle nicht spielt, wird bestraft; wer sie spielt, wird belohnt, zumindest aber nicht bestraft“ (36). In der Rollentheorie Dahrendorfs sorgen Rollen, wie Peuckert es ausdrückt, „für regelmäßiges, vorhersagbares Verhalten als Voraussetzung für kontinuierlich planbare Interaktionen und erfüllen somit eine allgemeine soziale Orientierungsfunktion“ (Peuckert in Schäfers, 2003: 289). Rollen strukturieren soziale Interaktionen dadurch, dass bestimmte Formen des Handelns nicht mehr ausgehandelt werden müssen, sondern von der Rolle vorgegeben werden (Miebach, 2010:42). Das erklärt nicht, wie Rollen entstehen, hat aber Konsequenzen für den Erhalt bestimmter Rollenmuster: Derjenige, der „aus der Rolle“ fällt, muss wesentlich größere Anstrengungen unternehmen, um sein Handeln zu rechtfertigen, als derjenige, der in seiner Rolle verbleibt, d.h. den Erwartungen entspricht, die an ihn gerichtet werden.

Dahrendorfs Annahme von der verhaltensstabilisierenden Funktion der Rolle hat zahlreichen Widerspruch erfahren.⁶⁶ Das wichtigste Problem ist mit dem Begriff des „Rollenkonflikts“ bezeichnet. Ein Individuum kann mehr als eine Rolle innehaben, die aber unterschiedliche Verhaltensweisen von ihm verlangen (Linton, 1973: 312). Dieses Theorem bringt Unsicherheit in die Prognose zu-

66. Darüber hinaus wurde Dahrendorf vorgeworfen, seine Rollentheorie ohne Bezug auf schon geführte Debatten entwickelt zu haben - siehe die scharfe Kritik von Joas (1978), siehe zuvor schon Tenbruck, 1961.

künftigen Handelns. Sicherlich können statistische Aussagen darüber getroffen werden, wie sich Personen in typischen Rollenkonfliktsituationen verhalten. Wenn ein Individuum jedoch mehrere Rollen innehat, die aber unterschiedliches Handeln von ihm verlangen, dann ist unklar, wie es sich in konkreten Fällen verhält, außer man nimmt zusätzliche handlungstheoretische Annahmen in Anspruch.⁶⁷ Dahrendorf ist vorgeworfen worden, die Prozesshaftigkeit sozialer Rollen zu vernachlässigen.⁶⁸ Vor Dahrendorfs Entwurf statischer Rollenbeziehungen hatten G.H. Mead (1968) und Ervin Goffman (1959), betont, dass Rollen erst in der Interaktion entstehen und sich dabei auch wandeln. Anders als im Theater werden die Beziehung zwischen Rolleninhabern und Publikum durch Argumentations- und Aushandlungsprozesse geprägt. Einzelnen Akteuren gelingt es auch, die Rolle, die sie spielen, zu verändern oder sogar selbst zu definieren. Das bedeutet für die Rollentheorie, dass die Akzeptanz einer Rolle nicht immer nur durch die Erfüllung vorgefundener Erwartungen bedingt ist, sondern dass Rolleninhaber unter bestimmten Umständen vermögen, ihre Rolle zu modifizieren.

Die soziologische Rollentheorie bildet mehr oder weniger explizit die theoretische Grundlage von Studien, die sich mit dem Selbstverständnis von Richtern beschäftigen (z.B. Lautmann, 1970; Werle, 1977). In mikrosoziologischen Studien über Verfassungsrichter können die Prämissen, Begriffe und Fragestellungen der soziologischen Rollentheorie fruchtbar eingesetzt werden. Jeder Verfassungsrichter ist beim Eintritt in ein Verfassungsgericht mit bestimmten Rollenerwartungen konfrontiert. Sein Verhalten wird durch zahlreiche äußere Faktoren beeinflusst, die mit diesen Erwartungen in Verbindung stehen: formelle und institutionelle Normen, die Erwartungen der verschiedenen Teilöffentlichkeiten, an die sich das Gericht wendet (dazu unten). Dazu kommen Verhaltensprägungen aus früheren Kontexten (v.a. Richteramt, Wissenschaft, Politik).

Die soziologische Rollentheorie stößt bei ihrer Übertragung auf Institutionen wie ein Verfassungsgericht auf offensichtliche Grenzen. Das zentrale Problem ist, dass Institutionen keine dem Individuum vergleichbare „Akteure“ sind. Institutionen handeln nicht als Einheit, sie haben keine Erinnerung, keine Emotionen, keine Verhaltensmuster. Das heißt nicht, dass man keine Mechanismen identifizieren könnte, die als funktionale Äquivalente dieser auf der Ebene des „psychischen Systems“ angesiedelten Phänomene dienen (etwa die Metapher des „institutionellen Gedächtnisses“). Aber grundsätzlich gilt, dass individuelles und kollektives Handeln sehr unterschiedlich vonstatten gehen, wie es z.B. die rational-choice-Theorie zu kollektivem Handeln überzeugend herausgearbeitet hat (Olson, 1971). Zwar gibt es, etwa in der Theorie internationaler Beziehungen, zahlreiche Ansätze, die Institutionen als „Black Box“ behandeln, al-

67. Etwa die Theorie rationalen Handelns (Braun, 1999).

68. Vergleiche für das Folgende Miebach, 2010:49-64.

so diese als Akteure betrachten, denen „Haltungen“, „Interessen“ und auch „Rollen“⁶⁹ zugeschrieben werden können. Jedoch ist aus der hier gewählten Perspektive fraglich, inwieweit diese Ansätze tragen können, solange sie sich nicht mit diesem „Mikro-Makro“-Problem auseinandersetzen.

Auch bei Verfassungsgerichten besteht das Problem der Untersuchungsebene („level of analysis“). Verfassungsgerichte bestehen aus zahlreichen Personen, die alle unterschiedlichen Anteil am Zustandekommen von Urteilen haben und die über das Richterkolleg noch hinausgehen, man denke nur an die wissenschaftlichen Mitarbeiter oder das Verwaltungspersonal. Innerhalb der Richtergruppe besteht in der Regel keine hierarchische Beziehung, und selbst die Präsidenten oder vorsitzenden Richter können nur in sehr indirekter Weise auf das empirisch beobachtbare Handeln des Gerichts hinwirken.

Dieses Handeln besteht zuallererst in den Urteilen, die Verfassungsgerichte produzieren (oder auch nicht produzieren). Die Richtersozio­logie beschäftigt sich seit langem mit der Frage, wie Urteile zustande kommen und welchen Einfluss insbesondere nicht-rechtliche Faktoren dabei haben.⁷⁰ Gleichzeitig betonen richtersozio­logische Beiträge, wie schwierig es ist, von dieser Art kommunikativer Handlung auf die „wahren“ Motive der beteiligten Richter zurückzuschließen. Eikenberg (1970:365) weist auf den „beschränkten Erkenntniswert von Urteilsbegründungen für soziologische Untersuchungen“ hin. Zweck der Entscheidungsbegründung sei, „nicht ein Spiegelbild richterlicher Überzeugungsbildung zu entwerfen, sondern eine gedrängte und zusammenfassende Schilderung der Entscheidungsgründe zu vermitteln.“ Urteilsbegründungen folgen – zumindest in Situationen, in der die richterliche Unabhängigkeit gewährleistet ist⁷¹ – der noch zu diskutierenden „logic of appropriateness“: Es wird formuliert, was auf Zustimmung oder zumindest nicht feindselige Ablehnung hoffen kann. Damit ist nicht immer inhaltliche Zustimmung gemeint, wie weiter unten noch ausgeführt wird, sondern eine Akzeptanz, die mit der Feststellung „Das Urteil ist juristisch vertretbar“ ausgedrückt werden kann.

Inwieweit alle anderen Handlungen, die im Zusammenhang mit dem Gericht passieren (z.B.: Ansprachen, Auftritte oder Publikationen einzelner Richter), dem Gericht zugeschrieben werden und somit als Handeln des Gerichts zählen können, ist unklar. Jedoch geht es bei der institutionellen Rollentheorie nicht um die Betrachtung einzelner Richter, sondern um die Frage, ob einer Institution eine bestimmte Rolle zugeschrieben werden kann, bzw. ob diese Institution

69. Diskussion dazu bei Kirste/Maull, 1996 und Harnisch et al., 2011, die den Unterschied zwischen Akteuren und Institutionen ebenfalls diskutieren.

70. Klassisch hierzu in der deutschsprachigen Literatur: Lautmann, 1972; Esser, 1972.

71. Anders in Justizsystemen, in denen Richter durch politischen Druck gefügig gemacht werden. In den postkommunistischen Ländern finden sich dafür zahlreiche Beispiele, etwa in der Ukraine, Weißrussland oder Russland.

sich selbst eine Rolle zuschreibt. Dabei führt kein einfacher Weg von der Beobachtung des Verhaltens einzelner Individuen in den Institutionen zur Einschätzung der Rolle(n) der Institution. Zu komplex sind die internen Prozesse, die bestimmen, wie die Institution nach außen wirkt. Theoretisch und methodisch muss ein anderer Ansatz gewählt werden. Wir wissen schon einiges über die Mechanismen, die bei der Formierung und Reproduktion individueller Richterrollen zum Tragen kommen. Auch sind die Legitimitätsdiskurse, die Teil der Selbstbeschreibung einzelner Richter zu beobachten sind, gut erforscht. Diese Einsichten können bei der Analyse institutioneller Rollen verwendet werden, solange zwischen der Institution und den einzelnen Akteuren sorgfältig unterschieden wird.

2.2.2 Rollenverhalten und Erwartungen von Teilöffentlichkeiten

Auf der allgemeinsten Ebene beschreibt die institutionelle Rollentheorie, so wie sie hier skizziert wird, ein bestimmtes Verhältnis zwischen Erwartungen, Verhalten und Legitimität. Die Übereinstimmung oder das Auseinanderfallen von Rollenerwartungen und -verhalten auf der Ebene des Individuums hat Auswirkungen auf das Verhalten der Personen, mit denen ein Rollenträger interagiert. Jede Teilöffentlichkeit, an die sich die Institution wendet, richtet bestimmte Erwartungen an diese Institution. Je nachdem, ob die Institution diese Erwartungen erfüllt oder zumindest die Erfüllung der Erwartungen darstellen kann, wird der Institution von dieser Teilöffentlichkeit Legitimität zugeschrieben.⁷² Der Begriff „Teilöffentlichkeit“ ist eine Übertragung des audience-Begriffes, den Lawrence Baum für die verschiedenen Arten von Publikum benutzt, an die sich Richter wenden (Baum, 2006).⁷³ Baum zählt als *audiences* auf: die Richterkollegen am Gericht, die Öffentlichkeit (*general public*), die anderen Teilgewalten (Parlament, Regierung), soziale Gruppen, die juristische Profession, politische Lobbygruppen sowie die Presse. Der Begriff der „Teilöffentlichkeit“, wie er hier verwendet wird, unterscheidet sich von der Verwendung von *audience* bei Baum. Terminologisch bleibt *audience* näher bei der Theatermetaphorik, die mit dem Begriff der Rolle verbunden ist. Mit dem Begriff der "Öffentlichkeit" ist eine komplexe Diskussion verbunden,⁷⁴ die ich aber nicht weiter verfolge,

72. Zum Prozess der Legitimitätszuschreibung siehe Lembecke, 2008.

73. Ich danke Uwe Kranenpohl für den Hinweis auf den Begriff der „Teilöffentlichkeit“. Er stammt aus der Kommunikationswissenschaft und ist verständlicher als der ungebräuchliche Plural „Publika“. Der Begriff beschreibt das kommunikative, aber asymmetrische Verhältnis zwischen Institution und Teilöffentlichkeit besser als etwa der alternative soziologische Begriff der „Arenen“. Gawron und Rogowski (Gawron/Rogowski, 2007:83ff) verwenden den Begriff „Adressatenfelder“.

74. So etwa die Debatte, die Jürgen Habermas mit "Strukturwandel der Öffentlichkeit" (1962) initiiert hat.

weil der Begriff in dieser Arbeit rein pragmatisch verwendet wird. Ich meine damit Gruppen von Akteuren, an die sich das Gericht mit seinem performativen Handeln wendet. Diese Akteure sind kommunikativ miteinander verbunden, wobei die Kommunikationen zwischen ihnen auch "öffentlich" sichtbar sind. So ist der Zuschnitt der Gruppen, die unter dem Begriff gefasst werden, ein anderer als bei Baum. So sind bei kollegial arbeitenden Gerichten die Richterkollegen sicherlich ein Publikum, definieren sich aber nicht als „Öffentlichkeit“.⁷⁵ Welche „Teilöffentlichkeiten“ untersucht werden, ist letztendlich auch nicht vorgegeben, sondern eine Folge der Besonderheiten der Vergleichsobjekte und der Erkenntnisinteressen des Beobachtenden.

Ein entscheidendes Merkmal des Begriffs der „Öffentlichkeit“ oder des „Publikums“ ist, dass die Kommunikation der Institution mit der Publikum asymmetrisch aufgebaut ist: Auch wenn in der Literatur von „constitutional dialogues“ (Fisher, 1988) oder von einer „offenen Gesellschaft von Verfassungsinterpreten“ (Häberle, 1975) die Rede ist, kann man von einem „Dialog“ im üblichen Sinne nicht sprechen. Blankenburg und Treiber haben in ihrer Kritik an der Vorstellung einer „offenen Gesellschaft“ von an der Interpretation des Grundgesetzes beteiligten Akteuren auf den „zweifachen Schließungsprozeß“ hingewiesen:

1. nur rechtswissenschaftlich geschulte Fachleute können sich beteiligen und beteiligen sich faktisch am Prozeß der Verfassungsinterpretation, 2. in diesem geschlossenen Kreis von rechtswissenschaftlich geschulten Fachleuten werden juristische Entscheidungsprämissen ausgetauscht, die die Komplexität sozialer Wirklichkeitsausschnitte auf eine rechtlich vorstrukturierte Wirklichkeitsperzeption reduzieren, deren Übernahme Nicht-Juristen ausgesprochen schwerfällt. (Blankenburg/Treiber, 1982:548).

Zwar können Argumente verschiedener Teilöffentlichkeiten in die Dokumente eingehen, die vor Gericht präsentiert werden (inklusive Gutachten, Stellungnahmen, Amicus-Curiae-Schriftsätze). Einzelne Urteile können als eine „Antwort“ des Gerichts auf Erwartungen oder Herausforderungen bestimmter Teilöffentlichkeiten verstanden werden. Ein Dialog im engeren Sinne ist jedoch dadurch gekennzeichnet, dass jeder Teilnehmer nach eigenem Belieben Argumente vorbringen und Fragen stellen kann, und dass kein Teilnehmer eines Dialogs diesen mit einer (wenn auch immer nur vorläufigen) einseitig getroffenen Entscheidung beenden kann. Dies ist im Fall von Verfassungsgerichten nicht gegeben: Die Richter können in ihren Urteilen nach Belieben auf Argumente und Fragen der Teilöffentlichkeiten eingehen, diese aber auch ignorieren. Dabei müssen Richter selektieren: Sie können nicht alle vorgebrachten Argumente be-

75. Dies betrifft im Einzelnen empirische Fragen, die sich einer Generalisierung entziehen. So entscheidet die formale und informale interne Organisation eines Gerichtes, inwieweit die einzelnen Richter/innen Urteilen mit verfassen und damit nicht einmal „Publikum“ sind.

rücksichtigen, in vielen Fällen wollen sie es auch nicht. Eine Hypothese, die sich aus diesen Annahmen ergibt, wäre etwa, dass sie vor allem die Argumente derjenigen berücksichtigen, die für sie aus normativen oder strategischen Gründen am wichtigsten erscheinen. Die hier vertretene Theorie besagt, dass es Teilöffentlichkeiten gibt, die unterschiedliche Erwartungen an die Institution richten und denen gegenüber die Institution eine bestimmte Rolle spielen muss, um anerkannt zu werden. Der Nutzen des analytischen Zuschnitts der Teilöffentlichkeiten bemisst sich nämlich auch danach, ob empirisch plausibel gemacht werden kann, dass diese Teilöffentlichkeiten sich in Bezug auf Rollenerwartungen, Interessen, Rationalitäten, Kommunikationsformen und Einfluss auf politische „Outcomes“ unterscheiden.

Wie bereits dargelegt, sind Rollen im verwendeten Sinn keine „Variablen“, die in kausale Erklärungsmodelle eingebaut werden können. Sie bündeln in idealtypischer Weise empirische Phänomene und Annahmen über kausale Zusammenhänge zwischen diesen Phänomenen mit dem Zweck, besser zu verstehen, warum sich ähnliche Institutionen in unterschiedlichen Kontexten verschieden verhalten. Der oben postulierte Zusammenhang zwischen Rollenerwartung, Rollenverhalten und Legitimität muss jedoch empirisch operationalisiert werden. Dabei konzentriere ich mich auf zwei Elemente der soziologischen Rollentheorie, die schon diskutiert wurden. Das sind als erstes die Erwartung der verschiedenen Teilöffentlichkeiten und als zweites die Selbstdarstellung des Gerichts. Was vom Gericht erwartet wird, kann durch eine Analyse der Diskurse der Teilöffentlichkeiten dokumentiert werden. Die Darstellung des Gerichts ist sein Rollenverhalten. Sie erfolgt vor allem über die Urteile, in denen es sich explizit oder implizit zu seiner Rolle äußert.⁷⁶ Aber wie wir in der empirischen Untersuchung sehen werden, stehen den Richtern auch noch weitere Wege der Kommunikation offen: Sie können Interviews geben, Ansprachen halten oder Artikel in Zeitungen oder wissenschaftlichen Zeitschriften schreiben. Ob und in welchem Maße dieses individuelle Verhalten dem Gericht als Ganzes zugeschrieben wird, ist eine empirische Frage. So können einzelne Richter für das Gericht sprechen und als dessen Vertreter angesehen werden, sie können aber auch ihren Dissens mit einem Urteil an die Öffentlichkeit tragen und die Differenzen innerhalb eines Gerichts aufzeigen.

76. Darüber hinaus gibt es weitere Aspekte der nonverbalen institutionellen Kommunikation, wie die Wirkung der Architektur der Gerichtsgebäude (Bürklin in Ooyen/Möllers, 2006a), die Theatralik der „Aufführung“ der Gerichtsverhandlungen mit Roben, die Würde und Autorität ausstrahlen sollen und die besondere Sprache des Gerichts, mit dem es sich an die Öffentlichkeit wendet. All dies ist ein fruchtbares Thema für kulturwissenschaftliche Untersuchungen, kann hier aber nicht weiter verfolgt werden.

2.2.3 Richter und Teilöffentlichkeiten

Viele Ansätze vor allem in der U.S.-amerikanischen Politikwissenschaft behandeln Richter und Gerichte als *policy seeker*, d.h. Akteure, die ganz bestimmte Ziele durchsetzen wollen und sich insoweit nicht von politischen Akteuren unterscheiden (Dahl, 1957; Spaeth/Segal, 1999; Epstein/Knight, 1998). Dass Richter keine „Paragrafen-Automaten“⁷⁷ sind, hat der Legal Realism – in oftmals überzogener Weise – betont. Die eigentlich interessante Frage ist, auf welche Weise richterliche Präferenzen und Vorverständnisse (Esser, 1972) in juristische Entscheidungen übersetzt werden. Lawrence Baum hat an eine sozialpsychologische Grundannahme erinnert, die in der *policy-seeker*-Perspektive oftmals übersehen wird: Richter, wie andere Menschen auch, wollen mit ihrem Handeln, soweit es eben geht, andere überzeugen und deren Wertschätzung erlangen (Baum, 2006:25). Bei der Auslegung von Verfassungsstreitigkeiten können alle möglichen Motive am Werk sein: Rechtsüberzeugungen, Ehrgeiz, der Versuch, bestimmten Gruppen Vorteile zu verschaffen oder auch anderes. Das ändert nichts an der Tatsache, dass die Urteile, die als Ergebnis von Aushandlungen zwischen den Richtern entstehen, in den allermeisten Fällen darauf abzielen, bestimmte Rezipienten zu überzeugen.

Die Prozessparteien sind dabei nur eine Gruppe von Rezipienten. Von der Richtigkeit des Urteils ist in den allermeisten Fällen wohl nur die Partei überzeugt, die den Prozess gewinnt. Der Verlierer wird regelmäßig den Gerichtssaal mit der Meinung verlassen, dass das Gericht „falsch“ entschieden hat. Hauptsächlich aber muss das Urteil die Fachkollegen überzeugen: zunächst das übergeordnete Gericht, das die Entscheidung wegen juristischer Mängel aufheben kann, dann aber auch die juristische Fachliteratur, die das Urteil analysiert und kommentiert. Verfassungsrichter werden nicht durch höhere Gerichte kontrolliert. Aber auch sie müssen fachlich kompetent auftreten, da ihre Urteile von der juristischen Fachliteratur kommentiert werden. Sie müssen eine viel breitere Öffentlichkeit überzeugen als nur ihre Fachkollegen. Dies liegt vor allem daran, dass die Urteile über die Regelung der Rechtsverhältnisse der Prozessgegner bzw. des Antragstellers hinaus im Regelfall große politische, ökonomische oder soziale Auswirkungen haben – man denke an Urteile zu föderalen Streitigkeiten, zum Steuer- oder Sozialrecht oder zu Fragen wie der Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs oder der sexuellen Orientierung.

77. So Weber (1980:826) ironisch über den bürokratischen Richter auf dem Kontinent, der einem Apparat gleichkommt, "in welchen man oben die Akten nebst den Kosten und Gebühren hineinwirft, auf daß er unten das Urteil nebst den mehr oder minder stichhaltigen Gründen ausspiele". Weber spricht von dem "Paragrafen-Automat" im Gegensatz zum englischen, an Präzedenzen gebunden Richter, wobei beide Rechtssysteme für ihn die Funktion haben, Berechenbarkeit herzustellen.

Verfassungsrichter wollen nicht nur überzeugen, weil ihnen die Anerkennung bestimmter Gruppen (wie etwa die Fachkollegen) wichtig ist, sondern weil ihre Legitimität daran hängt, dass die politisch einflussreichen Akteure im politischen System die Urteile für akzeptabel oder immerhin tolerabel halten. Selbstverständlich betrifft dies einerseits, wie die Vertreter strategischer Entscheidungsmodelle betonen, die Frage, inwieweit politische Akteure gewillt sind, bestimmte Ergebnisse überhaupt hinzunehmen.⁷⁸ Richtig an den machstrategischen Ansätzen ist, dass es unwahrscheinlich ist, dass Gerichte Urteile verkünden, für deren Ergebnis sie keinerlei Rückhalt erwarten können. Aber machstrategische Rücksichtnahme erklärt die Entscheidungsergebnisse nur in Grenzfällen in hinreichender Weise. Meist ist eine ganze Reihe von alternativen Urteilen möglich, die politisch akzeptabel wären. Welche Begründung die Richter wählen, ist dann nach dem hier gewählten Ansatz davon abhängig, für wie überzeugend sie diese halten.

Verfassungsrichter richten sich also in ihren Urteilen an Gruppen von Rezipienten, von denen sie aus den oben skizzierten Gründen Akzeptanz erhoffen. Diese Gruppen werden hier, wie oben ausgeführt, als „Teilöffentlichkeiten“ bezeichnet. Sie unterscheiden sich aus Sicht des Verfassungsgerichts voneinander dadurch, dass jede Teilöffentlichkeit durch ein anderes Wissen, andere Rationalitäten, Diskursmuster und insbesondere auch andere Rollenverständnisse geprägt ist. Wie schon erwähnt, ist der Zuschnitt der Teilöffentlichkeiten, die komparativ untersucht werden, keine Vorgabe der Theorie, sondern eine Frage, die sich aus dem empirischen Material ergibt. In der vorliegenden Studie, die bestimmte Abschnitte der deutschen und ungarischen Verfassungsgeschichte untersucht, unterscheide ich analytisch zwischen folgenden Teilöffentlichkeiten: 1) die juristische Fachöffentlichkeit und die übrige Gerichtsbarkeit (das juristische Feld), 2) das exekutive, parlamentarische und administrative Publikum (Politik und Verwaltung), 3) Presse und Bevölkerung (d.h. veröffentlichte und öffentliche Meinung) und 4) die internationale Öffentlichkeit.⁷⁹ Warum diese Teilöffentlichkeiten untersucht werden, wird in den folgenden Abschnitten erklärt. Dabei gehe ich jeweils zum einen auf die Gründe ein, warum diese Teilöffentlichkeiten wichtig sind, und stelle zum anderen dar, welches empirische Material zur Untersuchung dieser Teilöffentlichkeiten verwendet werden kann. Dabei gehe ich auch auf die unterschiedlichen „Systemrationalitäten“ (Gawron/Rogowski, 2007:83) ein, die in den Teilöffentlichkeiten vorherrschen.⁸⁰

78. So betonen Epstein et al., 2001 die Bedeutung von „Toleranzintervallen“, innerhalb derer Verfassungsgerichte agieren können, ohne existenzbedrohende Angriffe von außen zu riskieren.

79. Würde man das heutige Bundesverfassungsgericht mit dem U.S. Supreme Court vergleichen, wäre vielleicht die oben genannte Aufteilung von Baum sinnvoller, wieder eine andere wäre das Vergleichsobjekt das Verfassungsgericht von Bosnien-Herzegowina.

2.2.3.1 Das juristische Feld

Die Bedeutung von Juristen für die politische Entwicklung von Staaten ist von verschiedenen Studien herausgestellt worden (Rueschemeyer, 1973; Halliday/Karpik, 1997; Cohen/Vauchez, 2007). Zu Recht hat Martin Shapiro die vergleichende Politikwissenschaft aufgefordert, die juristische Profession, und insbesondere die Verfassungsjuristen, ernster zu nehmen:

[L]awyers are so politically significant an elite that they ought to be permitted admission to the purview of comparative politics studies in a way engineers and architects are not. Yet one very important dimension of the self-defense armory of constitutional judicial review is their embeddedness in the epistemic community of lawyers, and particularly academic constitutional lawyers. (Shapiro, 1999:214)

Juristische Akteure sind dabei nicht nur Quelle von Unterstützung, sondern liefern auch die Grundlage für Angriffe auf das Gericht. Aber:

constitutional lawyers, both practitioners and academic commentators (often both at the same time), by the very nature of their daily occupation, turn what judicial review judges say into the constitution. In countries that have constitutional judicial review, it is constitutional law and not the constitution that is the operative force. And in all such countries constitutional law is the case law. The constitution is what the judges say it is and what the commentators say the judges say it is. (Ebd.)

In vielen Fällen ist also das rechtswissenschaftliche Publikum für ein Gericht, und auch für das Verfassungsgericht, das entscheidende. Warum aber ist es Juristen so wichtig, von möglichst vielen anderen ihrer Profession ernst genommen zu werden? Antworten hält unter anderem die Professionssoziologie bereit, die auf Sozialisationseffekte der juristischen Ausbildung hinweist (etwa Rueschemeyer, 1973, 1986). Ein anderer Ansatz stellt den Kampf um Prestige und Einfluss in den Vordergrund. Der Soziologe Pierre Bourdieu etwa bezeichnete in einem Beitrag zur soziologischen Analyse des Rechts (Bourdieu, 1987) das „juristische Feld“ als

the site of a competition for monopoly of the right to determine the law. Within this field there occurs a confrontation among actors possessing a technical competence which is inevitably social and which consists essentially in the socially recognized capacity to interpret a corpus of texts sanctifying a correct or legitimized vision of the social world. (25)

Ebenso wie die Akteure in anderen gesellschaftlichen Feldern bewerten auch die Akteure im juristischen Feld Urteile danach, ob sie ihnen nützen oder scha-

80. Gawron und Rogowski verwenden den Begriff „Adressatenfelder“ für die verschiedenen Teilöffentlichkeiten. Den Gerichten wird „Rechtsrationalität“, dem Gesetzgeber/Verfassungsorganen „Machtrationalität“, der Verwaltung „Administrative Rationalität“, den Parteien/Verbänden „Kollektivinteressen“ und Privaten „Einzelinteressen“ zugeordnet (a.a.O.).

den, und auch danach, ob sie den persönlichen Überzeugungen entsprechen. Die professionsinterne Kommunikation ist aber so strukturiert, dass die öffentliche Diskussion über ein Urteil in rechtlichen Kategorien geführt werden muss, d.h. die Überzeugungskraft der rechtlichen Argumente steht im Vordergrund. „Nicht-rechtliche“ Argumente (zum Beispiel die ökonomischen oder politischen Konsequenzen einer Entscheidung) können eingeführt werden, werden aber der Bedeutung der Stringenz der juristischen Ausführungen untergeordnet.⁸¹

Dieser Kampf um die „Deutungsmacht“ über juristische Texte wird von neueren kulturwissenschaftlich beeinflussten Ansätzen thematisiert (Vorländer, 2006a). Die Theorie der Deutungsmacht konzentriert sich dabei aber vor allem auf die Konkurrenz zwischen Verfassungsgericht und politischen Akteuren um das Monopol der Verfassungsinterpretation. Neuere Ansätze in der Rechtsgeschichte wie etwa die Studien von Günther, 2004 oder der Sammelband von Henne/Riedlinger, 2005 haben den Einfluss der Rechtswissenschaft – und insbesondere der Verfassungsrechtslehre – auf die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit systematisch herausgearbeitet.

Das juristische Feld besteht aus zahlreichen Elementen – wie etwa juristischen Ausbildungsstätten, Anwaltsvereinen oder Patentgerichten –, die aber nicht alle einen relevanten Einfluss auf verfassungsrechtliche Entwicklungen haben. Relevant für die Fragen dieser Arbeit sind vor allem zwei davon: die obersten Gerichte sowie die rechtswissenschaftliche Literatur. Mit beiden ringt die Verfassungsgerichtsbarkeit um die Deutungshoheit über das Recht. Im Fall der juristischen Fachöffentlichkeit steht ein umfangreicher Textkorpus zur Verfügung: die rechtswissenschaftlich-dogmatische Literatur, in der die Rolle des Gerichts explizit oder implizit verhandelt wird. Der Kampf zwischen anderen Gerichten und dem Verfassungsgericht wird auch in der juristischen Literatur geführt. Darüber hinaus aber ist zu erwarten, dass die Akteure in konkurrierenden Gerichten ihre politischen Netzwerke und Verbindungen nutzen, um der Verfassungsgerichtsbarkeit ihre Rolle(n) streitig zu machen.

81. Diese Verhältnisse können allerdings nicht generalisiert werden. So spielen der „common sense“ und pragmatische Überlegungen in anderen Rechtskulturen eine wesentlich stärkere Rolle.

2.2.3.2 Das politische Publikum: Exekutive und Legislative

Das Verhalten der Exekutive und Legislative ist im Regelfall empirisch gut erforscht und in Sekundärliteratur und Zeitungsarchiven der Forschung zugänglich. Das politische Publikum zeichnet sich dadurch aus, dass es die Urteile des Verfassungsgerichts vor allem nach den Kriterien politischer Nützlichkeit bewertet. Damit fallen viele Urteile, die auf den ersten Blick keine Relevanz für die Tagespolitik haben, aus der Aufmerksamkeit der politischen Akteure heraus. Martin Shapiro hat darauf aufmerksam gemacht, dass sich Gerichte diese selektive Aufmerksamkeit zunutze machen können, indem sie ihre Urteile darauf einstellen:

The most fascinating self-defense resource, long obvious to (but lacking systematic analysis by) judicial scholars, is the proclivity of courts to make low visibility, incremental, case-by-case, cumulative, seemingly ‚technical‘ decisions, exhibiting a particular capacity to manipulate short- and long-term outcomes. Although occasionally constitutional judgments are high visibility, most are not. Many that are involve a lot of misdirection in which controversy is concentrated on immediate minor matters, while the big judicial policy initiative remains more or less in hiding. (Shapiro, 1999:212)

Aber auch in den „high visibility cases“ stellen sich erfolgreiche Verfassungsgerichte auf das politische Publikum ein. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn sie Akteuren, die ihnen gefährlich werden können, einen scheinbaren Sieg zusprechen, gleichzeitig aber wichtige dogmatische Entscheidungen treffen, die später von Bedeutung sein werden:

The judges can, through a host of legal techniques, award immediate victory or non-defeat to their most dangerous potential opponents while moving the legal doctrine toward an eventual outcome that would have engendered highly destructive opposition if incorporated in actual results the day it was announced. Marbury itself is a classic example, but any constitutional scholar can provide dozens of others. (Shapiro, 1999:212)

Wie genau die Verhältnisse zwischen Verfassungsgericht, dem Parlament und der Regierung aussehen, ist eine empirische Frage, die von Land zu Land und Fall zu Fall sehr verschieden sein kann. Jeder Fall berührt die konkreten Interessen der Akteure und die formale und informelle Machtbalance zwischen ihnen in anderer Weise. Verallgemeinern kann man nur die Wirkung des richterlichen Prüfungsrechtes. Wie Alec Stone Sweet (2000) dargelegt hat, kann es durch die Einführung verfassungsrichterlicher Kontrolle zu einem „Feedback-Loop“ kommen, in dem die politischen Akteure die Kontrollfunktion des Verfassungsgerichts schon antizipieren und ihr Verhalten darauf ausrichten. Gemeinsam ist dem politischen Publikum auch eine bestimmte Art von Systemrationalität: Die Entscheidungen des Gerichts werden nicht zuerst danach beurteilt, ob sie juristischen Qualitätsmaßstäben gehorchen, sondern ob sie der

jeweiligen politischen Gruppe nützen oder schaden. In den seltensten Fällen werden politische Akteure Urteile kritisieren, die den eigenen Interessen entsprechen. Typischerweise wird die juristische Qualität der Urteile erst dann thematisiert, wenn die Gerichte gegen die eigene Position entschieden haben.

Die Beziehung des Gerichts zur Verwaltung ist ein weiteres, meist vernachlässigtes Thema, das auch in dieser Untersuchung nicht weiter verfolgt wird. Anzunehmen ist, dass das administrative Publikum Verfassungsgerichtsentscheidungen unter dem Blickwinkel bewertet, inwieweit die Entscheidungen eingespielte Verwaltungsabläufe neu gestalten, modifizieren oder nur stören oder ob sie die Kompetenzen der Verwaltungsapparate beschneiden.⁸²

2.2.3.3 Zivilgesellschaftliche Öffentlichkeit

Die Frage, wie (un-)sichtbar Entscheidungen von Verfassungsgerichten sind, stellt sich im Fall der breiten (zivil-)gesellschaftlichen Öffentlichkeit noch stärker als im Fall der politischen Akteure. Nur ein geringer Prozentsatz der Bevölkerung verfügt über das Wissen, um Verfassungsgerichtsentscheidungen und ihre Konsequenzen zu verstehen. Dies ist für die USA gut nachgewiesen (Caldeira, 1991), dieser Befund trifft vermutlich auch in anderen Ländern zu. Das Wissen über die Existenz und die genauen Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts hängt unmittelbar davon ab, in welcher Intensität die Medien über das Gericht berichten. Dies trifft ebenfalls für die Kenntnis der eigentlichen Urteile des Gerichts zu. Nach Hans Vorländer und Gary Schaal kann man davon ausgehen, dass

Bürger in der Regel keine unmittelbare Kenntnis der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts besitzen. Diese werden vielmehr auf zwei Wegen wahrgenommen: Einerseits über die professionellen Kanäle der Informationsdistribution, über die Massenmedien: Fernsehen, Radio und Zeitungen. Andererseits über die personale, direkte Kommunikation zwischen den Bürgern - doch auch diese Kommunikation bedarf eines Informationsinputs durch die Massenmedien. (Vorländer/Schaal, 2002:348)

Die Frage, welche Einstellung der Bürger zum Gericht haben, ist nicht einfach zu beantworten. Über allgemeine oder spezielle Meinungsumfragen können Daten erhoben werden, die ganz bestimmte Fragen beantworten, etwa nach dem „Vertrauen“ in das Verfassungsgericht (siehe etwa Gibson et al., 1998; Vorländer/Brodocz, 2006). Diese Daten liegen aber nur sehr vereinzelt vor und sind nur selten vergleichend angelegt. Für Ungarn in den 1990er Jahren und Deutschland in den 1950ern existieren jedenfalls keine Daten, die einen systematischen Vergleich erlauben würden. Wir sind darauf angewiesen, aus punktuell vorliegenden Informationen Rückschlüsse zu ziehen.

82. Siehe hierzu Gawron/Rogowski, 2007:86-87.

Der Forschung relativ leicht zugänglich ist die Berichterstattung der Tagespresse und hier insbesondere die Kommentare, die das Handeln der Verfassungsgerichte bewerten (siehe etwa Lembcke, 2006b; Vorländer/Schaal, 2002). Der Zusammenhang zwischen „öffentlicher Meinung“ und „veröffentlichter Meinung“ ist allerdings komplex, wie Vorländer und Schaal (349) darlegen:

Die Massenmedien erzeugen und spiegeln die öffentliche Meinung, die als das nur temporär stabile Ergebnis von politisch-moralischen Selbstverständigungsdiskursen, die in unterschiedlichen Foren der (politischen) Öffentlichkeit geführt werden, verstanden wird. Besondere Bedeutung für die öffentliche Meinung besitzen die politischen und kulturellen Deutungseliten: Politiker, Journalisten und public intellectuals, die in den Massenmedien Kämpfe um Deutungsmacht führen und eine herausragende Rolle hinsichtlich des Agenda-Setting der Medien und der medialen Konjunkturzyklen einzelner Themen spielen.

Es kann also aus der „veröffentlichten“ nicht einfach auf die „öffentliche“ Meinung geschlossen werden, auch wenn sich in einer freien Presselandschaft die Stimmung in der Bevölkerung zu einem gewissen Grad in den Pressekommentaren widerspiegelt. In jedem Fall spiegeln uns diese Kommentare in stärkerer Weise die Ansichten der meinungsprägenden Eliten als die Einstellung anderer Bevölkerungsgruppen.

Für die Frage, welches Bild von der zivilgesellschaftlichen Öffentlichkeit die Richter des Verfassungsgerichts haben, ist das allerdings kein Nachteil. Es kann angenommen werden, dass Richter die Meinung der gesellschaftlichen Öffentlichkeit primär über die Massenmedien rezipieren. Im Regelfall lassen Verfassungsgerichte keine empirische Sozialforschung betreiben, die das Bild des Gerichts in der Öffentlichkeit untersuchen. In vielen Fällen stellt ein interner oder externer Pressedienst die Artikel zusammen, die über das Verfassungsgericht berichten und zirkuliert sie unter den Richtern.⁸³ Das „gesellschaftliche“ Publikum der Verfassungsgerichte ist also ausschließlich das mediale Publikum, und auf dieses Publikum reagieren die Richter eines Verfassungsgerichts genauso wie auf die anderen Teilöffentlichkeiten. Wie genau, ist wiederum eine empirische Frage.

2.2.3.4 Internationales Publikum

Das letzte Publikum, vor dem Verfassungsgerichte ihre Rollen spielen, ist die internationale Teilöffentlichkeit. In dieser werden für die Zwecke dieser Arbeit sehr viele unterschiedliche Akteure und Foren zusammengefasst, die bei einer genauen Betrachtung einzeln untersucht werden müssen: internationale Organisationen, die internationale Presse, einzelne Regierungen, andere Verfassungsgerichte, supranationale Gerichte wie der EuGH oder die juristische Fachöf-

83. So zumindest im Fall des ungarischen Verfassungsgerichts.

fentlichkeit in anderen Ländern. Die Rezipienten in dieser Teilöffentlichkeit verfügen über ganz unterschiedliche Einflusspotentiale, die im konkreten empirischen Fall relevant werden, so dass Verallgemeinerungen hier schwierig sind. Diese Teilöffentlichkeit wird bei der Analyse von Verfassungsgerichten oft vernachlässigt, da sich die Verfassungsrichter/innen nicht immer an ein internationales Publikum wenden. Die komparativ interessante Frage ist aber dann, warum sie es nicht tun.

Die wohl offensichtlichste richterliche Verbindung mit einem internationalen Publikum ergibt sich durch die Integration in ein internationales oder supranationales Rechtssystem. So stehen heute in den Ländern der Europäischen Union alle nationalen Gerichte inklusive der Verfassungsgerichte in einem – zum Teil umstrittenen – Verhältnis zum Europäischen Gerichtshof (Slaughter et al., 1998), diese Gerichte sowie diejenigen anderer nicht-EU-Länder darüber hinaus in einem Konkurrenzverhältnis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (Mückl, 2005). Andererseits wenden sich Richter, sofern sie die Fähigkeiten dazu haben, auch unabhängig davon an das internationale juristische Fachpublikum. Richter sind Teil einer „epistemic community of lawyers“ (Shapiro, 1999:215)⁸⁴ und – natürlich in sehr unterschiedlichem Maße – daran interessiert, internationale Kontakte zu pflegen und auch international wahrgenommen zu werden. Ann-Marie Slaughter hat diese Entwicklungen unter das Stichwort „Judicial Globalization“ gefasst, „a diverse and messy process of judicial interaction across, above and below borders, exchanging ideas and cooperating in cases involving national as much as international law“ (Slaughter, 2000:1104). Dabei kommt es insbesondere zu einer Internationalisierung von Verfassungsrecht, bei der verfassungsrechtliche Dogmatik von der einen in die andere Verfassungsrechtsordnung transportiert wird (Bryde, 2003; Bryde, 2005). Diese „constitutional borrowings“ können auch auf heftigen Widerstand stoßen, wie der Fall der USA zeigt (Rosenkrantz, 2003). Andererseits werden sie auch, wie wir im Fall Ungarns sehen werden, zur Legitimierung der eigenen Rechtsprechung genutzt.

Darüber hinaus kann man aber auch machtstrategische Beziehungen zwischen den Verfassungsgerichten und dem internationalen Publikum identifizieren. Radoslav Procházka hat in seiner vergleichenden Untersuchung von Polen, Ungarn und der Tschechischen und Slowakischen Republik (Procházka, 2002) argumentiert, dass der Einfluss des ungarischen Verfassungsgerichts auch dadurch erklärt werden kann, dass seine Rechtsprechung positive Signale für das

84. Der Begriff „epistemic community“ stammt aus der Theorie der internationalen Beziehungen und wurde von Haas für die Analyse transnationaler Netzwerke in der Umweltpolitik geprägt (Haas, 1992). In der politikwissenschaftlichen Rechtsforschung wurde zuletzt von Britta Rehder (2011) auf den Zusammenhang zwischen epistemischen Gemeinschaften und institutionellem Wandel hingewiesen.

westeuropäische Publikum aussenden sollte, dessen politische Repräsentanten über die Aufnahme des Landes in die Europäische Union zu entscheiden hatten. Ein Beweis dieser These muss zeigen können, dass die Eliten aus Rücksicht auf internationale Reaktionen vor bestimmten Aktionen zurückschreckten bzw. dass von Seiten der westeuropäischen Institutionen darauf geachtet wurde, dass die Entscheidungen der Gerichte befolgt wurden.

Diese Perspektive muss aber noch um den Blick des Gerichts selbst auf das internationale Publikum ergänzt werden. Gerichte können in dieser Perspektive das internationale Publikum nutzen, um ihre Position zu sichern oder sogar auszubauen. Dies hängt ab von den Fähigkeiten der Richter und deren internationaler Vernetzung. Richter, die Fremdsprachen sprechen und Kontakte zu einflussreichen Juristen außerhalb des Landes haben, werden sich damit leichter tun als solche, die nicht über diese Ressourcen verfügen.

Einen anderen Aspekt zum Einfluss internationaler Akteure betonen Nancy Maveety und Anke Grosskopf in einer Studie zum Obersten Gericht Estlands (Maveety/Grosskopf, 2004). Nationale politische Eliten können internationale rechtliche Vorgaben, die von einer Mehrheit der Bevölkerung abgelehnt werden, durchsetzen, ohne selbst einen Popularitätsverlust zu erleiden. Sie überlassen die Durchsetzung den Gerichten, die mit Verweis auf die internationalen Verpflichtungen ganz eigene rechtliche Lösungen finden. Die damit einhergehende Instrumentalisierung des Gerichts kann seine Position gegenüber der Politik stärken, allerdings ist auch denkbar, dass die Bevölkerung mit Entzug von Unterstützung für das Gericht reagiert.

2.3 Richterliche Rolle und Methoden der Verfassungsinterpretation

Diese Arbeit geht davon aus, dass eine Theorie der Rolle von Verfassungsgerichten unvollständig ist ohne rechtssoziologische Überlegungen zur Bedeutung der juristischen Dogmatik für das Handeln von Verfassungsrichtern.⁸⁵ Viele sozialwissenschaftliche Studien, die (Verfassungs-)Gerichte untersuchen, sind – in der Tradition des „Legal Realism“ – skeptisch gegenüber der Behauptung von Juristen, sie verfügten über eine ergebnisneutrale Technik (die „juristische Methode“), die sie bei der Auslegung von rechtlichen Normen anleite und die Ergebnisse dieser Auslegung mehr oder weniger bedinge. Die Skepsis ist grundsätzlich berechtigt: Auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird kaum noch bestritten, dass eine strikte Bindung des Richters an den Normtext unmöglich ist.⁸⁶ Gegen die „realitätsverzerrende Fiktion einer einzigartigen ju-

85. Das Forschungsgebiet der „Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie“ ist noch sehr unterentwickelt, wie Ingo Schulz-Schaeffer, (Schulz-Schaeffer, 2004) bemerkt.

86. Nach Hoffman-Riehm (Hoffmann-Riem, 2006:3-4) gibt es, „in der Rechtswissenschaft eine

ristischen Richtigkeit“ weist Wolfgang Hoffmann-Riehm (1974:547) darauf hin, dass es „grundsätzlich nur darum gehen [kann], eine in der konkreten Entscheidungssituation ‚brauchbare‘ Entscheidung (i.S. der Theorie begrenzter Rationalität) ‚zu finden‘“. Präzise Gesetzesformulierungen können helfen, den Interpretationsspielraum von Normen zu begrenzen. Letztlich funktioniert der „Wortlaut als Grenze“ (Depenheuer, 1988) nur in sehr formalen Regelungen. Bei der Auslegung von Grundrechtsartikeln gibt der Normtext jedenfalls kein Ergebnis vor.

Ralf Dreier (1976:15) formuliert die entscheidende Frage: verfügt die juristische Methodenlehre überhaupt „über einen konsensfähigen Regelkanon [...], der der Richterwillkür rational kontrollierbare und juristischer Kompetenz unterliegende Grenzen“ setzen kann? Diese Frage kann ohne die Kenntnis der rechtsdogmatischen und rechtstheoretischen Fachliteratur eines Landes kaum beantwortet werden. Daran schließt sich die rechtssoziologische Frage an, ob ein existierender Regelkanon in der Praxis richterlichen Entscheidens eine empirisch dokumentierbare Wirkung entfaltet. Die rechtssoziologische und rechtslinguistische Forschung der letzten Jahre (etwa Stegmaier, 2009; Lerch, 2005), aber auch schon der 1960er bis 1980er Jahre (Esser, 1972; Ebsen, 1974; Lautmann, 1972; Simon, 1975) hat gezeigt, dass Rechtsprechung keine logisch-technische Tätigkeit „im stillen Kämmerlein“, sondern eine soziale Praxis ist, die innerhalb institutioneller Zwänge, professioneller Selbstverständnisse und gesellschaftlicher Zusammenhänge stattfindet (Morlok et al., 2000).

Ob und wie weit „legal method really matters“ ist sozialwissenschaftlich nicht ausreichend erforscht. Die These, dass richterliches Entscheidungsverhalten auf die Formel „Verfassungsrichter entscheiden auf Grund ihrer politischen Einstellungen“ reduziert werden kann (vgl. Hönnige, 2007:21), ist vor dem Hintergrund langjähriger rechtssoziologischer Forschung zu richterlichem Entscheidungsverhalten jedenfalls nicht zu halten. Einen Ansatz für eine differenziertere Analyse bietet Dieter Grimm in seinen Überlegungen zur juristischen Methode als einem „Machtfaktor“ (Grimm, 1982). Grimm wendet sich gegen die Vorstellung, die die juristische Methode als eine vorgegebene Technik begreift, die in objektiver Weise jeden beliebigen Rechtsfall bearbeiten kann, ohne selbst Wertungen zu enthalten. Statt dessen stellt er die Methodenwahl in den Vordergrund, die „zwangsläufig Vorentscheidungen über Interpretationsinhalte“ impliziert. Grimm übernimmt gerade nicht die These der „Legal Rea-

weitgehende Übereinstimmung darüber, dass das geschriebene Gesetz seine Umsetzung im Einzelfall und damit seine Maßgeblichkeit für Verhalten nicht abschließend und eindeutig programmieren kann, und zwar aus vielen, insbesondere aus sprachtheoretischen Gründen“. Die umfangreiche Diskussion kann hier nicht nachgezeichnet werden. Positionen in dieser Debatte sind etwa Simon, 1975; Haverkate, 1977; Kriele, 1976; Müller, 1986; Christensen, 2005; Rüthers, 2009; Lahusen, 2011. Siehe hierzu zuletzt Wrase, 2013 mit weiteren Nachweisen.

lists“, dass das Recht so unbestimmt und die Rechtstechnik so flexibel sei, dass jedes erdenkliche Ergebnis damit gerechtfertigt werden könne. Das dem Recht inwohnende Moment der Dezision liegt für Grimm bei der Methodenwahl. Die Methode selbst besitze dann durchaus das Potential, die Ergebnisse der Auslegung zu disziplinieren. An anderer Stelle führt Grimm aus:

Die generellen Normen können die Lösung von Einzelfällen immer nur mehr oder weniger determinieren. Das Ausmaß der Determinierung hängt von verschiedenen Faktoren ab, namentlich von der Regelungsdichte, dem Alter der Rechtsnormen und der Dynamik des Regelungsgegenstandes. Es gibt aber keine Rechtsnorm, deren Anwendung nicht irgendwann Zweifelsfragen aufwürfe, die vom Richter durch Konkretisierung und Interpretation beantwortet werden müßten. Einflüsse des Vorverständnisses, der Herkunft und Sozialisierung, der politischen und weltanschaulichen Präferenzen der Richter sind hier unausweichlich. In jedem Akt richterlicher Rechtsanwendung gehen folglich kognitive und volitive Elemente eine unauflösbare Verbindung ein. Die damit verbundenen subjektiven Einflüsse werden durch die juristische Methode eingegrenzt. (Grimm, 1995:99-100)

Dass auch die ausgefeilteste Interpretationstechnik Ergebnisse nicht bedingen kann, sondern nur das Spektrum möglicher Ergebnisse eingrenzt, ist in der modernen Rechtstheorie unstrittig.⁸⁷ Juristische Methodik wird nicht genutzt, um das Recht „aufzufinden“, sondern dazu, zu treffende oder getroffene Entscheidungen juristisch plausibel darstellbar zu machen.⁸⁸ Es kommt im Grunde genommen überhaupt nicht darauf an, ob sich Richter bei der Entscheidungsfindung von juristischer Methodik haben leiten lassen oder nicht, solange das Ergebnis innerhalb der Parameter juristischer Methoden dargestellt werden kann. Aus empirischer Sicht stellt sich nicht die Frage, ob eine Entscheidung „richtig“ oder „falsch“ ist, sondern ob sie juristisch „vertretbar“ oder „nicht vertretbar“ ist. Und die Vertretbarkeit einer Ansicht ist nicht zeitlos, sondern an den konkreten diskursiven und sozialen Kontext gebunden. Moderne rechtstheoretische Ansätze gehen davon aus, dass

die Grenzen der Legitimität dogmatischen Argumentierens weniger durch eine konsistente Methodologie als vielmehr durch das soziale Substrat definiert sind, das die Dogmatik trägt, d. h. durch den Erwartens- und Toleranzhorizont eines professionalisierten Juristenstandes, der eine spezifische Ausbildung durchlaufen hat (Dreier, 1976:21).

Diese „Erwartungs- und Toleranzhorizonte“ – Teil des Weberschen „Rechtsdenkens“ – betreffen offensichtlich die Rollenerwartungen des juristischen Publikums an das Verfassungsgericht. Von empirischem Interesse ist, welche Vorstel-

87. Dass Rechtsprechung etwas anderes als die bloße „Subsumtion eines Tatbestandes unter eine Rechtsnorm“ sei, betont auch Friesenhahn, 1950:25. Siehe ausführlich Kriele, 1976:47-84.

88. So schon Isay, 1929, ausführlich dazu zuletzt Wrase, 2013, Abschnitt B.

lungen über die juristische Methode in den anderen Teilöffentlichkeiten existieren, die damit Legitimitätszuschreibungen beeinflussen. Gleichzeitig stellt sich die Frage, inwieweit Verfassungsgerichte es vermögen, diese Erwartungen zu verändern und die eigenen Interpretationsmethoden als Maßstab der Verfassungsauslegung durchzusetzen.

2.4 Zusammenfassung

Ich habe in diesem Kapitel argumentiert, dass sich der Begriff der Rolle eignet, um das Verhalten von Verfassungsgerichten empirisch zu fassen und zu Erklärungsstrategien zu gelangen, die den gesellschaftlichen Kontext mit einbeziehen, in dem die Gerichte handeln. Im Anschluss an die Diskussion in der Soziologie erfasst der Rollenbegriff Selbst- und Fremdzuschreibung von Legitimität sowie die Erwartungen, die an eine Institution gerichtet werden. Dabei ist die Rolle eines Gerichts nicht als statisch zu verstehen, sondern wird von der Institution selbst verändert, einerseits auf Grund von Ambitionen der institutionellen Akteure, andererseits als Reaktion auf die Öffentlichkeiten, mit denen das Gericht kommuniziert. Ich habe außerdem argumentiert, dass eine Institution, genau wie personale Rollenträger, nicht nur eine, sondern mehrere, zum Teil sich widersprechende oder sogar konträr angelegte Rollen in sich vereinen kann. Schließlich habe ich dargestellt, dass Gerichte sich als Rollenträger an juristische, politische, zivilgesellschaftliche und internationale Teilöffentlichkeiten wenden. Das nächste Kapitel entwickelt auf dieser Grundlage drei Rollenmodelle, die diese theoretischen Überlegungen konkretisieren werden.

Kapitel 3

Rollen der Verfassungsgerichte in Transformationsphasen

Wie wir gesehen haben, werden Verfassungsgerichten verschiedene Rollen und Funktionen zugeschrieben. Viele davon befinden sich auf einer Makro-Ebene, da sie die Rolle des Gerichts in einem größeren Zusammenhang betrachten. Ob ein Verfassungsgericht etwa als „Integrator“, „Erzieher der Exekutive“ oder „Hüter der Demokratie“ wirkt, kann nur im Nachhinein und bei Betrachtung einer größeren Zahl von Fällen festgestellt werden. Auch können die mit diesen Rollen verbundenen Zuschreibungen nur schwer in juristische Sprache übersetzt werden. Im Folgenden wähle ich einen anderen Ansatz, der das Agieren von Gerichten auf der Ebene individueller Entscheidungen im Blick hat und – so die Hoffnung – sich an den binnenjuristischen Diskurs besser anschließen lässt: die Rolle des Gerichts als „Verfassungshüter“, „Schiedsrichter“ und „Gründer“. Wie ich im Weiteren ausführe, hat jede dieser Rollen bestimmte Konsequenzen für die Entscheidung konkreter Fälle, aber auch darüber hinaus für den sozialen und politischen Kontext, in dem das Gericht jeweils agiert. Jedes dieser Rollenmodelle hat darüber hinaus auch bestimmte Legitimitätsvoraussetzungen. Wie deutlich werden wird, handelt es sich bei den Rollenmodellen um Idealtypen⁸⁹, die gewonnen werden

durch einseitige Steigerung eines oder einiger Gesichtspunkte und durch Zusammenschluß einer Fülle von diffus und diskret, hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht, vorhandenen Einzelercheinungen, die sich jenen einseitig herausgehobenen Gesichtspunkten fügen, zu einem in sich einheitlichen Gedankenbilde. In seiner begrifflichen Reinheit ist dieses Gedankenbild nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar, es ist eine Utopie, und für die historische Arbeit erwächst die Aufgabe, in jedem einzelnen Falle festzustellen, wie nahe oder wie fern die Wirklichkeit jenem Idealbilde steht [...]. (Weber, 1988b:190)

Gerichte können also jede dieser Rollentypen annehmen, in den meisten Fällen finden sich „Mischformen“ von Rollenmodellen in dem verfassungsgerichtlichen Verhalten. Trotzdem lassen sich diese idealtypischen Rollenmodelle voneinander abgrenzen, da sie unterschiedliche Präsentationsformen und Legitimationsvoraussetzungen haben, die antagonistisch angelegt sind. Das heißt nicht, dass sich diese Modelle gegenseitig ausschließen, sondern, dass wenn sie

89. Zur idealtypischen Methode der (Rechts-)Soziologie siehe u.a. Gerhardt, 2001; Raiser, 2009:94; siehe auch Petersen, 2008:133-158.

gleichzeitig auftreten, Widersprüche und Spannungen auftreten, die empirisch dokumentiert werden können.

Die hier entwickelten Rollenmodelle sind nicht induktiv gewonnen, sondern das Ergebnis des Versuchs, handhabbare Kategorien zu entwickeln, mit denen das performative Handeln von Verfassungsgerichten beschrieben werden kann. Dabei stütze ich mich auf frühere Arbeiten, die Rollentypologien für einzelne Richter entwickelt haben. So hat Hubert Rottleuthner (1973) eine Typologie von Richterselbstverständnissen entwickelt, die in die hier verfolgte Richtung weisen: Rottleuthner unterschied zwischen dem Richter als „devoter“ oder „charismatischer Gesetzespriester“, als „Sozialingenieur“ und als „Sozialarzt“. Später haben Rolf Stürner und Astrid Stadler sechs verschiedene Typen ausgearbeitet, um die Rolle des Richters zu beschreiben: der Richter als „Sprachrohr des Gesetzes“, als „Rechtsinterpret, Rechtsfinder und Rechtsschöpfer“, der „Richter contra Legem“, der Richter als „Schlichter“, „Sozialingenieur“ oder „Wahrheitsfinder“. Peter Kauffmann (2003) hat, u.a. in Auseinandersetzung mit diesen Entwürfen, auf der Grundlage einer empirischen Auswertung von Veröffentlichungen von Richtern richterliche „Leitbilder“ rekonstruiert.⁹⁰ Für ihn besteht eine „relativ plurale Struktur“ an Leitbildern, von denen manche „den Richter auf Gesetzesbindung und politische Enthaltensamkeit verpflichten“, andere „eine gesellschaftsgestalterische Funktion oder bestimmter Schutzfunktionen der Rechtsprechung gegenüber variablen Bedrohungspotentialen für die Menschen bzw. die Gesellschaft betonen“ (339). Kauffmann entwickelt „im Hinblick auf Freiheit und Bindung des richterlichen Handelns und auf das Ausmaß seiner gesellschaftsgestalterischen Funktion“ fünf Richterleitbildtypen: die „staats- und gesetzesbezogene, die auf den Menschen im Einzelfall bezogene, die gesellschaftsgestalterische, die auf die schutzpolitische Abwehr bestimmter Schadenspotentiale bezogene und die Dienstleistungs-Perspektive“ (340).

Die Vielzahl und Verschiedenheit der bei Rottleuthner, Stürner/Städler und Kauffmann entwickelten Typen zeigt, dass sich sehr unterschiedliche Rollentypen konstruieren und empirisch untersuchen lasse. Dass ich im Folgenden genau drei Typen entwickle, hat rein forschungspragmatische Gründe. Es geht mir nicht darum, eine möglichst differenzierte Typenbildung durchzuführen, sondern mich auf einige Elemente zu konzentrieren, die in der normativen und empirischen Diskussion besonders oft auftauchen und für mich besonders präzise ausdrücken, was Verfassungsgerichte tun (können). Der „Hüter“ steht für den Aspekt der Transparenz und Berechenbarkeit der Bindung an das positive Recht. Die Bedeutung für die Herstellung von (Rechts)-Frieden ist im Typus des „Schiedsrichters“ ausgedrückt. Die Rolle des „Gründers“ steht im Transfor-

90. Kauffmann, 2003:43. Trotzdem ist seine Studie Teil der Forschung zu Rollen: Er dokumentiert die Selbstbeschreibung der Richterrolle, das richterliche Selbstverständnis, mit dem Richter auf gesellschaftliche Erwartungen reagieren.

mationszusammenhang für die konstitutive Tätigkeit von Gerichten, die normative Ordnung wertgebunden auszugestalten und damit die rechtliche Identität der politischen Gemeinschaft mitzugründen. Ich behaupte nicht, dass Verfassungsgerichte immer eine oder mehrere dieser Rollen einnehmen. Verfassungsgerichte können auch andere, aus demokratischer Perspektive dysfunktionale Rollen spielen, wie etwa die Privilegien oder die Unantastbarkeit einer bestimmten sozialen Gruppe zu schützen.⁹¹ Oder es ist gerade das Auffällige, dass Verfassungsgerichte die zu beschreibenden Rollen gerade nicht spielen, weil sie von machtvollen Akteuren an die Seite gedrängt werden.⁹²

3.1 Das Gericht als positivistischer „Hüter der Verfassung“

Das erste Modell⁹³, das ich entwickeln will, ist der „Hüters der Verfassung“. Diese Kategorie wurde gewählt, weil sie im rechtswissenschaftlichen Diskurs wie auch im allgemeinen Sprachgebrauch im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit zumindest im deutschen Sprachraum ständig wiederkehrt. Der Begriff scheint die Kernerwartung zu transportieren, dass das Gericht die Verfassung „hütet“, sie also vor Angriffen schützt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, wie schwer der Kern dieser Erwartung zu fassen ist, und wie schwierig es ist, das Gericht auf diese Rolle zu begrenzen.

Der Begriff des „Hüters der Verfassung“ für ein Gericht findet sich in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft erstmals 1923 bei Heinrich Triepel.⁹⁴ Danach war er Thema der berühmten Auseinandersetzung zwischen Kelsen (1929, 1931) und Schmitt (1985[1929]).⁹⁵ Dass ich im Folgenden auf Kelsens Aufsätze zum Thema genauer eingehe, liegt nicht so sehr daran, dass sie den Begriff des „Hüters“ besonders konzise definieren. Vielmehr hat Kelsen in diesen Texten eine stimmige institutionelle und rechtspolitische Ausarbeitung vorgelegt, die auch heute noch Anregungen bietet.⁹⁶ Das gilt nicht nur für das Modell des „Hüters“, sondern auch für die anderen Rollenmodelle, die in den nachfolgenden Abschnitten behandelt werden.

91. Diese Funktion ist dem türkischen Verfassungsgericht zugeschrieben worden (Shambayati/Kirdis, 2009).

92. Dies trifft etwa für Russland zu, siehe Trochev, 2008.

93. Zur Unterscheidung von „Metapher“ von „Modell“ siehe Lembcke, 2007:105ff.

94. Triepel, 1923 bezeichnet das Reichsgericht so.

95. Zur Debatte siehe etwa Lembcke, 2007:15-27; van Ooyen, 2008.

96. Zu Recht bezeichnen Jaestedt und Lepsius Kelsen als den „einzige[n] Weimarer Theoretiker, dessen Demokratietheorie heute noch anschlussfähig ist“ (Jestaedt/Lepsius, 2006, S. xxvi).

3.1.1 Kelsens Konzeption des „Hüters der Verfassung“

Kelsen wird allgemein (meist in eher ablehnender Weise) als „Rechtspositivist“ bezeichnet⁹⁷ und seine Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit dementsprechend vor allem mit seiner Stufentheorie des Rechts in Verbindung gebracht. Diese macht er in den genannten Aufsätzen auch zur Grundlage seiner Ausführungen. Demnach ist die Verfassungsgerichtsbarkeit dafür da, die Dominanz des übergeordneten Rechts (in diesem Fall das Verfassungsrecht) gegenüber dem untergeordneten Recht (Gesetzesrecht, Verordnungen, Verwaltungsakte) durchzusetzen (Kelsen, 1929:31). Von der Theorie der „Grundnorm“, die in seiner „reinen Rechtslehre“ (Kelsen, 1960) im Vordergrund steht, spricht er allerdings kaum; auch die dort thematisierte „Reinigung“ des Rechts von politischen Einflüssen spielt in den Schriften zur Verfassungsgerichtsbarkeit keine Rolle. Im Gegenteil zeigt sich Kelsen hier erstaunlich pragmatisch, realistisch und rechtspolitisch orientiert - ihm geht es um die Praxis der Institution in der politischen Wirklichkeit.

Genauer gesagt geht es Kelsen bei der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit um die Sicherung der „Rechtmäßigkeit der Staatsfunktionen“ vor dem Hintergrund einer „soziologischen Einsicht von so primitiver Selbstverständlichkeit, daß man es kaum noch für nötig fand, sie in der gründlichen Erörterung besonders hervorzuheben“, dass nämlich „niemand Richter in eigener Sache sein soll“ (Kelsen, 1931:577). Dabei sind für Kelsen Recht und Politik keine getrennte Sphären. Den logischen Positivismus lehnt er explizit ab: Gerichtsentscheidungen sind immer gleichzeitig Rechtsanwendung und Rechtserzeugung.

Wird einem „Gericht“ die Befugnis übertragen, ein Gesetz aufzuheben, dann wird es zur Setzung einer generellen Norm ermächtigt. Denn die Aufhebung eines Gesetzes hat den gleichen generellen Charakter wie die Erlassung eines Gesetzes. Aufhebung ist ja nur Erlassung mit einem negativen Vorzeichen gleichsam. Aufhebung von Gesetzen ist somit selbst Gesetzgebungsfunktion und ein gesetzaufhebendes Gericht: selbst Organ der gesetzgebenden Gewalt. (Kelsen, 1929:32)

Für Kelsen besteht die Rolle des Verfassungsgerichts darin, die anderen Gewalten zu kontrollieren, indem es den Vorrang der Verfassung zur Geltung bringt. Deswegen beruhe der Vorwurf, die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit verletze das Prinzip der Gewaltenteilung, auch auf einem Missverständnis:

Soll es auch für die demokratische Republik einen vernünftigen Sinn haben, dann kommt von seinen verschiedenen Bedeutungen nur jene in Betracht, die besser als in dem Worte „Trennung“ in dem der „Teilung“ der Gewalten zum Ausdruck kommt. Es ist der Gedanke der Aufteilung der Macht auf verschiedene Organe, nicht so sehr zum

97. So beklagt Ingeborg Maus (1972:131) die ungerechtfertigte Charakterisierung Kelsens „als realitätsferner Formalist“. Siehe ausführlich Jestaedt/ Lepsius, 2006.

Zweck ihrer gegenseitigen Isolierung, als vielmehr zu dem ihrer gegenseitigen Kontrolle. Und dies nicht nur zu dem Zwecke, um eine der Demokratie gefährliche, allzu große Machtkonzentration in einem Organ zu verhindern, sondern insbesondere um die Rechtmäßigkeit der Funktion der verschiedenen Organe zu garantieren. Dann aber bedeutet die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur keinen Widerspruch zum Prinzip der Trennung der Gewalten, sondern gerade im Gegenteil dessen Bestätigung. (Kelsen, 1929:54)

Verfassungsgerichte sind für Kelsen politische Institutionen, die aber auf Grund ihrer Unabhängigkeit und ihrer institutionellen Zielsetzung einer anderen Entscheidungslogik folgen als die politischen Institutionen. Deswegen ist die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit für ihn auch nicht in der eines Hüters der Verfassungsnormen erschöpft. Vielmehr geht es weiterhin um einen Schutz der Minderheiten vor der „Tyrannei der Mehrheit“. Diese Rolle als Beschützer der politische Minderheit sieht er als erforderlich, um eine Demokratie krisenfrei zu halten (Kelsen, 1929:80). Zudem soll die Verfassungsgerichtsbarkeit in einem parteimäßig organisierten Verfahren die Herstellung von Interessenkompromissen ermöglichen. Kelsen argumentiert hier ausdrücklich sozialwissenschaftlich:

Den eigentlichen Sinn der sogenannten „Justizförmigkeit“ und ihrer Brauchbarkeit für das Verfahren vor einer als „Hüter der Verfassung“ fungierenden Behörde muß man allerdings verkennen, wenn man die soziologische Grundtatsache nicht sieht, von der die Einrichtung eines parteimäßig gestalteten Verfahrens ausgeht: die Tatsache, daß, wie an einer bestimmten Rechtsgestaltung überhaupt, so auch an der Entscheidung eines Gerichts und insbesondere auch eines „Hüters der Verfassung“ entgegengesetzte Interessen in einem entgegengesetzten Sinne beteiligt sind, daß jede „Dezision“ zwischen Interessengegensätzen, d. h. zugunsten des einen oder des anderen oder im Sinn einer Vermittlung zwischen beiden, entscheidet; so daß ein parteimäßig gestaltetes Verfahren, wenn schon zu nichts anderem, so dazu gut ist, die tatsächliche Interessenslage deutlich herauszustellen. (Kelsen, 1929:61)

Es geht, wie Kelsen feststellt, um die Herstellung eines Kompromisses zwischen widerstreitenden Interessen und nicht um die Anwendung objektiver, über allen Einzelinteressen stehenden Rechtsnormen. Diese Rolle des Gerichts als Schiedrichter wird im nächsten Abschnitt diskutiert.

Auf der anderen Seite will Kelsen, dass ein Verfassungsgericht nicht nur die „formale“ Verfassung zur Geltung bringen soll, indem es die Einhaltung der Prozeduren der Gesetzgebung überwacht. Moderne Verfassungen enthalten auch einen Katalog von Grund- und Freiheitsrechten, deren „vornehmster, wenn auch vielleicht nicht ausschließlicher Sinn ist, daß mit ihm Grundsätze, Richtlinien, Schranken für den Inhalt künftiger Gesetze errichtet werden.“ So kann

die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ... nicht nur darin bestehen, daß das Verfahren fehlerhaft war, in dem das Gesetz zustande gekommen ist, sondern auch darin, daß der Inhalt des Gesetzes den in der Verfassung aufgestellten Grundsätzen oder

Richtlinien widerspricht, die dort gesetzten Schranken überschreitet (Kelsen, 1929:37).

Gleichzeitig betont Kelsen, dass die Bindungswirkung von Verfassungsbestimmungen desto geringer ist, je ungenauer sie formuliert sind und desto mehr Interpretationsspielräume sie zulassen. Deswegen lehnt er die Aufnahme von vage formulierten Grundrechten und allgemeinen Staatszielbestimmungen ab. Diese würden eine „politisch höchst unangebrachte Machtverschiebung“ vom demokratisch gewählten Parlament hin zur Judikative verursachen. Wenn eine Verfassung eine „Phraseologie“ enthalte, die unbestimmte Formeln wie „Gerechtigkeit“, „Freiheit“, „Gleichheit“, „Billigkeit“, „Sittlichkeit“ bemihe, bedeute dies nichts anderes,

als daß der Gesetzgeber wie der Gesetzvollzieher ermächtigt werden, den ihnen durch Verfassung und Gesetz gelassenen Spielraum nach freiem Ermessen zu erfüllen. Denn die Anschauungen über das, was gerecht, frei, gleich, sittlich usw. ist, sind je nach dem Interessentenstandpunkt so verschieden, daß - ist nicht einer von ihnen positivrechtlich festgelegt - jeder beliebige Rechtsinhalt mit einer der möglichen Anschauungen gerechtfertigt werden kann. [...] Das bedeutete aber, daß dem Verfassungsgericht eine Machtvollkommenheit eingeräumt wird, die schlechthin als unerträglich empfunden werden muß. (Kelsen, 1929:69)

Kelsens Texte zur Verfassungsgerichtsbarkeit nehmen viele Positionen vorweg, an die sich die heutige Debatte wieder herantastet. Wie Robert van Oyen zu Recht feststellt, ist bemerkenswert,

dass das Verfassungsgericht bei Kelsen zwar selbstverständlich ein „Hüter der Verfassung“ ist, aber nicht im Verständnis der Entgegensetzung von Recht und Politik, sondern aus einem funktionalen Verständnis des Verfassungsbegriffs heraus. Weil Kelsen die Verfassung als Ausdruck der politischen Machtverhältnisse begreift, ist die Funktion der Verfassung in einer pluralistischen Gesellschaft die einer „Vereinsatzung“. Diese lenkt den „Kampf“ der politischen Gruppen durch die Festlegung von Spielregeln in „zivilisierte“, d. h. „rationale“, berechenbare Verfahrensabläufe. Hierüber vollzieht sich die Herstellung des „Gemeinwohls“ als „Resultierende“ des pluralistischen Kräftespiels – oder konkreter formuliert: der zwischen Mehrheit und Minderheit ausgehandelte Gesetzesbeschluss des Parlaments als dem primären Ort einer parteipolitisch organisierten pluralistischen Demokratie. Zugleich ist die Verfassung in der Festlegung dieser Regeln auch der Minimalkonsens, auf den sich die politischen Gruppen geeinigt haben. (Ooyen, 2006:101)

So schlussfolgert Kelsen:

Wenn man das Wesen der Demokratie nicht in einer schrankenlosen Majoritätsherrschaft, sondern dem steten Kompromiss zwischen den im Parlament durch Majorität und Minorität vertretenen Volksgruppen erblickt, dann ist die Verfassungsgerichtsbarkeit ein besonders geeignetes Mittel, diese Idee zu verwirklichen. (Kelsen, 1929:81)

Rechtstheoretisch stimmt Kelsen mit heutigen Vorstellungen darin überein, dass er den logischen Positivismus ablehnt. Für ihn ist der Positivismus bereits in den 1930er Jahren schon seit langem wissenschaftlich überwunden. Rechtsprechung ist für Kelsen gerade keine rein logische Tätigkeit. Seine Vision von Demokratie als ständig neu ausgehandelter Kompromiss lässt die konservative Staatsrechtslehre, die einen überparteilichen Staat postuliert, ebenso hinter sich wie die marxistische Vorstellung des unausweichlichen Klassenkampfes. Kelsen sieht die Gefahr in Situationen, die es unkontrollierbaren Richtern erlauben, Entscheidungsmacht an sich ziehen, die eigentlich den demokratischen Mehrheiten zusteht.

3.1.2 Ein minimalistisches „Hüter“-Konzept: Berechenbare Herstellung von Normtransparenz

Hier soll es zunächst um ein minimalistisches und anwendbares Konzept des „Hütens“ der Verfassung gehen. Kelsens diesbezügliche Ausführungen müssen präzisiert werden. Zum einen bleibt seine Theorie der Rechtsbindung unvollständig und letztendlich der normativen Geltung des Rechts verhaftet. Die These, dass die genügend präzise Formulierung von Verfassungsnormen ausreichen würde, die Richter zu binden und damit die „Hüterrolle“ sicherzustellen, widerspricht seiner Forderung, dass über formale Prozeduren hinaus auch materielle Prinzipien die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen bedingen können. Wo die Grenze zwischen positiv-rechtlich genau bestimmten Verfassungsregeln und solchen liegt, denen „jeder beliebige Rechtsinhalt“ (1929:69) zugeschrieben werden kann, ist auf der Grundlage seiner Ausführungen nicht bestimmbar. Es geht Kelsen nicht darum zu beweisen, dass sich etwa über die Bedeutung der Aussage „Die Hauptstadt der Bundesrepublik Deutschland ist Berlin“ (Art. 22 Abs. 1 GG) Einigkeit herstellen lässt.⁹⁸ Er behauptet, dass es einen Weg gibt, die Verfassung inhaltlich aufzuladen und gleichzeitig die Richter effektiv an den Wortlaut zu binden. Diese Vorstellung ist heute, wie oben gezeigt wurde, nicht mehr haltbar.

Was bleibt dann aber vom „Hüter“? Zunächst ist es wichtig zu betonen, dass das Bestehen auf formalen Verfassungsnormen für sich allein ein großer Wert ist. Wie sehr die Geringschätzung des Gesetzespositivismus ungerechtfertigt ist, wird schnell deutlich, wenn man nicht Rechtsstaaten untereinander vergleicht, sondern solche Regime in den Blick nimmt, in denen das formale Recht in evidenter Weise durch autoritäre Regime gebrochen wird.⁹⁹ Der Wert eines „Hüters“ der Verfassung besteht dann zunächst darin, dass ein Gericht auf Verfas-

98. Klaus und Hans Röhl (2008:§ 29 I) unterscheiden zwischen „harten“ Normen, die wenig bis keinen Spielraum lassen und „weichen“ Normen, die stark interpretationsbedürftig sind.

99. Hierzu Ginsburg/Moustafa, 2008.

sungsbrüche hinweist und diese öffentlich sichtbar macht, unabhängig davon, ob es auch die tatsächliche Autorität hat, Abhilfe zu schaffen. In rechtsstaatlichen Regimen wird die Hüterfunktion oftmals unsichtbar, solange zumindest sich die politischen Akteure vermeiden, das unbestritten geltende Recht zu brechen. Inwieweit dies der Existenz der Verfassungsgerichtsbarkeit geschuldet ist, ist nur schwer abzuschätzen.¹⁰⁰

Als „Hüter“ kontrolliert das Gericht aber nicht nur die Einhaltung unbestritten geltender Verfassungsnormen, die für alle sichtbar im Text zu finden sind. Auch die Entscheidungen in strittigen Fällen, die das Gericht in anderen Rollen vorgenommen hat (siehe unten), können „gehütet“ werden. Ist eine Interpretation der Verfassung, auf welcher Grundlage auch immer, vom Gericht als die „Bedeutung“ der Verfassung bestimmt worden, ist sie Teil der Verfassung geworden.¹⁰¹ Natürlich kann die Richtigkeit der Entscheidung bestritten werden. So lange aber die Verfassung nicht explizit modifiziert wird, um die bestrittene Entscheidung wieder außer Kraft zu setzen, gilt das Urteil und hat die normative Ordnung verändert. Es gibt keine Möglichkeit, die Verfassung auf ihren „ursprünglichen“ Sinn zurückzuführen, denn dieser steht nicht zur Verfügung. Mit der Einführung eines Verfassungsgerichts, das autoritativer Deuter der Verfassung ist, kann nur der Sinn gehütet werden, den das Gericht selbst der Verfassung zugewiesen hat (Schäller, 2006). Ein Gericht kann auch die Rechtsprechung ändern, und diese Veränderung kann von den Teilöffentlichkeiten als „klug“ beurteilt werden. Normalerweise besteht die Erwartung, dass ein Gericht nicht in einem Fall so und im nächsten ganz anders entscheidet, ohne dass nachvollzogen werden kann, aus welchen Gründen die Entscheidungen unterschiedlich ausgefallen sind. Dieses Konsistenzprinzip ist Teil der „Rationalität“ des modernen Rechts, das auf der Vorhersehbarkeit von rechtlichen Entscheidungen fußt.

3.1.3 Legitimität durch Berechenbarkeit

Die Suche nach Quellen für die „Legitimität durch Legalität“ führt von Kelsen zurück zu Max Weber, der den Aspekt der „Berechenbarkeit“ betont hat. Die positivistische Rechtsdogmatik seiner Zeit hatte, laut Weber, das Ziel der Systeme-

100. Dabei darf die kausale Wirksamkeit des „Hüters“ auch nicht überschätzt werden – viele Verfassungsbestimmungen sind „self-enforcing“, weil ihr Bruch für die Akteure zu hohe politische Kosten verursacht.

101. Dies setzt voraus, dass die Entscheidungen des Gerichts *erga omnes* wirken, d.h. nicht nur im konkreten Fall und nicht nur zwischen den beteiligten Parteien. Da dies in den Ländern, die in dieser Arbeit untersucht werden, zutrifft, muss diese Frage hier nicht weiter verfolgt werden. Bei weitergehenden vergleichenden Analysen müssten jedoch die jeweiligen Normen, welche die Bindungswirkung von verfassungsrechtlichen Entscheidungen regeln, im Einzelnen untersucht werden. Ich danke U.K. Preuß für diesen Hinweis.

matisierung und Generalisierung von Rechtsentscheidungen und sollte eine Vorhersehbarkeit richterlichen Entscheidens erlauben (Weber, 1980:468-513). Für Weber war diese Berechenbarkeit eine der Grundlagen des modernen Kapitalismus: ein berechenbares Rechtssystem erlaubte es Unternehmern, die Folgen ihrer Investitionen abzuschätzen, dies führte zu größeren Wertschöpfungsketten und Kapitalakkumulationen. Dabei behauptet Weber nicht, dass der methodische Positivismus, den er beschreibt, der tatsächliche Grund der Berechenbarkeit ist. Vielmehr bilde die unter Juristen herrschende Vorstellung (das „Rechtsdenken“), dass dies so sei oder zumindest so sein sollte, den soziologischen Hintergrund für die tatsächliche generelle Vorhersehbarkeit von Entscheidungen.¹⁰² Weitere Überlegungen hierzu hat Weber nicht explizit entwickelt. Die rechtssoziologische Forschung hat Webers Gedanken aufgenommen und weitergeführt: Zum einen spielt die Tatsache der Vorhersehbarkeit weniger bei den Fällen eine Rolle, die vor Gericht verhandelt werden, als bei denen, die gar nicht erst zum Gericht kommen, weil sich die Akteure darüber im Klaren sind, welchen Ausgang das Verfahren wahrscheinlich haben wird und darauf ihr Verhalten ausrichten („Handeln im Schatten des Rechts“).¹⁰³ Zum anderen ist es nicht so sehr die rechtliche Logik und die Positivität des Rechts an sich, die die Berechenbarkeit herbeiführt, sondern die Praxis der Gerichte, möglichst gleichförmig zu entscheiden. Diese Praxis entsteht in einem hierarchisch strukturierten System, in dem eine große Anzahl von ähnlichen Fällen immer wieder entschieden werden, und in dem Abweichungen von der Entscheidungspraxis von höheren Instanzen durch Aufhebung sanktioniert werden.

Die Rolle des Hüters erfordert die Präsentation juristischen Wissens und juristischer Technik. Ob diese – nach Ort und Zeit unterschiedlichen – Maßstäbe korrekt angewandt wird, wird vom juristischen Publikum kontrolliert. Auch die anderen Teilöffentlichkeiten können die Korrektheit der juristischen Begründung zumindest teilweise noch nachvollziehen. Wenn man die Kelsen'sche Stufentheorie als Grundlage der Hüterrolle ernst nimmt, dann erscheint das Verfassungsgericht als ein Gremium von Experten, das mit einer technischen Methode (intersubjektiv nachprüfbar juristische Normeninterpretation) legislative und exekutive Maßnahmen beurteilt und bei Nichtübereinstimmung mit den Verfassungsnormen aufhebt, unabhängig vom konkreten Anlass und dem da-

102. Weber entwickelt dies in Auseinandersetzung mit der „Freirechtsschule“, die ähnlich wie der „Legal Realism“ die Bindungswirkung des Rechts bezweifelt, allerdings daraus den Schluss zog, die Richter sollten auch nach anderen als rechtlichen Kriterien urteilen. Vgl. Moench, 1971.

103. Vgl. Willekens, 2008, der sich mit dem Zusammenhang zwischen Recht und Berechenbarkeit bei Weber am Beispiel des frühen englischen Rechts auseinandersetzt. Der Ausdruck „Bargaining in the shadow of the law“ stammt von Mnookin/Kornhauser, 1979, meint dort aber v.a. die Tatsache, dass soziale Konflikte (wie etwa um Unterhaltsregelungen) oft von Recht „gerahmt“, aber privat ausgehandelt werden.

hinterstehenden politischen Konflikt. Ziel ist es, die Rechtsordnung widerspruchsfrei zu halten und die Übereinstimmung von Rechtsordnung mit der Verfassungsordnung zu garantieren. Wie im vorangegangenen Abschnitt argumentiert, ist dieses Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht einfach eine Vorstellung realitätsfremder Anhänger eines Methodenpositivismus, sondern kann als regulative Idee oder als institutioneller Idealtyp verstanden werden. Das Modell ist plausibel: zum einen, weil so evidente Verfassungsbrüche für jeden transparent gemacht werden können, zum anderen dadurch, dass die Institution durch ihre bloße Existenz Regime daran hindert, diese Verfassungsbrüche zu begehen. Die dadurch entstehende „Berechenbarkeit“ bildet die Grundlage dafür, dass politisches Handeln transparent verläuft und durch positive Normen kontrolliert werden kann.¹⁰⁴

3.1.4 Aufgabe: Herrschaft des Rechts wiederherstellen und sichern

In der postautoritären Transformation kann die Rolle eines „Hüters“ die Anstrengungen unterstützen, das alte Recht den neuen Erfordernissen anzupassen und das neue, demokratische Recht durchzusetzen. Dabei geht es auch darum, das Verhalten der politischen Akteure zu disziplinieren. Selbst wenn Formen der Rechtsstaatlichkeit auch in nicht-demokratischen Regimen zu finden sind – siehe etwa das weit entwickelte Justizsystem im deutschen Kaiserreich nach 1871 – zeichnen sich autoritäre Regime generell dadurch aus, dass sie versuchen, ohne starke rechtliche Bindungen zu herrschen, oder zumindest politisch sensible Bereiche „justizfrei“ zu halten. Die diversen faschistischen und kommunistischen Regime des 20. Jahrhunderts haben die Prinzipien des Rechtsstaats in verschiedener Weise und in zum Teil extremen Ausmaß verletzt. Gemeinsam war ihnen, dass das Recht nie völlig abwesend war. Es dient jedoch grundsätzlich nur als technisches Instrument der Herrschaftsausübung und nicht als ein Instrument der Herrschaftseinschränkung – selbst wenn sich solche Staaten des Rechts als Form bedienten, Verfassungen verabschiedeten, Gesetzblätter veröffentlichten oder Gerichtsverhandlungen durchführen ließen. Für die kommunistische Theorie war der Rechtsstaat eine bürgerliche Ideologie im

104. „Berechenbarkeit“ auf Grund formaler Normen bedeutet etwas anderes, als voraussehen zu können, dass ein Gericht auf Grund von Abhängigkeiten regelmäßig zugunsten der Mächtigen oder auf Grund von traditionellen Moralvorstellungen regelmäßig zuungunsten von bestimmten Gruppen entscheidet. Auch ist damit etwas anderes gemeint als die Sicherheit, einen Prozess zu gewinnen, wenn man dem Richter nur ausreichend hohe Bestechungssummen zahlt. Es geht also nicht um die Erwartbarkeit der Entscheidung per se, sondern deren Rückführbarkeit auf positive Normen oder deren Konkretisierungen in Urteilen. Die Erwartung, die aus allen Teilöffentlichkeiten des Gerichts an dieses in der Rolle des „Hüters“ gerichtet werden, ist, dass ein bestimmter Satz an formalen und transparenten Regeln besteht, auf die man sich verlassen kann und deren Einhaltung das Gericht durchsetzt. Dabei kann es oft vorkommen, dass andere Erwartungen, wie etwa die der „Herstellung von Gerechtigkeit“, enttäuscht werden.

Dienst der Interessen der besitzenden Klasse. Im Sozialismus dagegen herrschte die kommunistische Partei und verwirklichte die Interessen der Arbeiterklasse unter dem klaren Primat der Politik über das Recht (Böckenförde, 1967; Markovits, 1982). Auch für die diversen faschistischen Bewegungen war das Recht, und insbesondere das Strafrecht, nur ein Mittel zur Durchsetzung politischer Ziele. Entscheidend war der „Wille“ des charismatischen Führers oder der von ihm direkt oder indirekt eingesetzten Befehlsträger (vgl. Schmitt, 1934). Obwohl Reste „bürgerlicher“ Justiz fortbestanden, hatten diese keinen Einfluss auf den diktatorisch organisierten „Maßnahmestaat“ (Fraenkel, 1974).

Für die Systemtransformation hin zu einem rechtsstaatlichen und demokratischen System ist die Wiederherstellung der Herrschaft des Rechts eine zentrale Aufgabe. Ohne einen verlässlichen Rechtsrahmen lassen sich keine Parteien gründen, Wahlen abhalten oder Gesetze verabschieden. In der postkommunistischen Transformation kommt dazu, dass das Wirtschaftssystem von der zentralisierten Kommandowirtschaft hin auf einen marktbasieren Kapitalismus umgestellt werden muss, der zum Funktionieren ebenfalls einen festen rechtlichen Rahmen benötigt. Rein „legale“ Herrschaft im Sinne Webers ist für die moderne, wertgebundene Demokratie keine hinreichende, aber eine notwendige Bedingung: Ohne Rechtsstaatlichkeit ist Demokratie im Massenstaat nicht zu verwirklichen. Formalistische Rechtstechnik, Gesetzespositivismus und bürokratische Verfahren sind die Grundlagen freiheitlicher politischer Systeme.

Das Verfassungsgericht als „Hüter“ kann die Herrschaft des Rechts aus mehreren Gründen nicht allein herstellen. Zunächst bedarf es entsprechender Fälle, die Verfassungsverletzungen beinhalten. Es muss also Akteure geben, die Klagen vor dem Gericht einreichen wollen und dies auf der Grundlage der gegebenen Verfahren auch können. Noch entscheidender: Das Gericht ist auf die Kooperation der Akteure angewiesen, die über die eigentliche politische Macht verfügen und sich den Urteilen beugen. Das Gericht ist jedoch in der Lage, die Regeln des neuen Systems für alle sichtbar zu bekräftigen und offensichtliche Verstöße gegen diese Regeln transparent zu machen.

Neben der Kontrolle neuen Rechts kann eine weitere wichtige Aufgabe des „Hüters“ in Transformationssituationen die Überprüfung des alten Rechts sein, das aus dem vorherigen Regime übernommen wurde. Es ist unmöglich, bei einem Regimewechsel das gesamte Recht auf einmal auszuwechseln. Um die Funktionsfähigkeit der unzähligen staatlichen, wirtschaftlichen und sozialen Institutionen aufrecht zu erhalten, müssen die alten Normen weitergelten, bis die Parlamentsmehrheit den Willen und die Ressourcen aufgebracht hat, diese zu ändern. Ein Verfassungsgericht kann dazu beitragen, die neue normative Ordnung durchzusetzen, indem es als „negativer“ Gesetzgeber (Kelsen, 1929:54) die Anzahl offensichtlich verfassungswidriger Gesetze zu verringern hilft.

3.1.5 Zusammenfassung

Die hier vorgeschlagene Konzeption der Hüterrolle ist auf die Berechenbarkeit einer richterlichen Entscheidung vor dem Hintergrund relativ klar bestimmbarer Regeln gerichtet. Insgesamt ist die Rolle des „Hüters“ in der hier dargestellten Form ein wichtiges Werkzeug der „verfassungsrechtliche[n] Steuerung der politischen Führung“ (Preuß, 2000), also ein Instrument, um das Verhalten politischer Akteure an Regeln zu binden. Jedoch ist gerade bei den verfassungsrechtlichen „Hard Cases“ die Voraussage, wie das Gericht entscheiden wird, in den meisten Fällen nicht möglich. Das liegt nicht nur daran, dass auch in der juristischen Fachöffentlichkeit umstritten sein kann, wie die Normen, auf die das Gericht sich im konkreten Fall stützt, ausgelegt werden müssen. Es lässt sich oft im Einzelfall nicht sagen, wie sich die Natur des Konfliktes, der eine Verfassungsstreitigkeit auslöst, auf deren Ergebnis auswirkt. In diesen Fällen ist eine zweite Rolle gefragt, die im Folgenden untersucht werden soll.

3.2 Das Gericht als konfliktbearbeitender „Schiedsrichter“

Das „Hüter“-Modell impliziert die Bindung der Verfassungsrichter an eine vorgegebene Ordnung. Die Öffentlichkeiten des Gerichts erwarten im Regelfall, dass die Geltung dieser Ordnung vom Gericht durchgesetzt oder zumindest bestätigt wird. In vielen Fällen ist aber fraglich, welches Recht eigentlich gilt? Diese Frage taucht regelmäßig immer dann auf, wenn ein politischer oder gesellschaftlicher Konflikt von den Konfliktparteien nicht dyadisch, d.h. innerhalb der Zweierbeziehung gelöst werden kann. In einer pluralistischen Gesellschaft, die von teilweise unvereinbaren Interessenunterschieden geprägt ist, wird das Recht zum „Medium für die Austragung gesellschaftlicher Konflikte“ (Christensen/Kudlich, 2008:195). Die Akteure „mobilisieren“ das Recht (Blankenburg, 1995) mit dem Interesse, den Konflikt in ihrem Sinne zu entscheiden. Das Gericht kann sich dem nicht entziehen, es muss diesen Konflikt bearbeiten.¹⁰⁵

105. Der Begriff der „Konfliktbearbeitung“ stammt aus der Friedens- und Konfliktforschung, siehe z.B. Bonacker/Imbusch, 2006.

3.2.1 Herleitung

Die Rolle des Konfliktbearbeiters wird hier in der Arbeit mit dem Begriff des „Schiedsrichters“ bezeichnet. Für Hans P. Schneider kann die Vorstellung vom Verfassungsgericht als neutralem „Schiedsrichter“ auch so verstanden werden, dass dieser „über die Einhaltung bestimmter Spielregeln wacht“:

Denn bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe wirkt ein Schiedsrichter ja nicht nur vermittelnd und mäßigend auf die Spieler ein, sondern spricht auch Verwarnungen und Platzverweise aus und entscheidet über den Erfolg oder Mißerfolg einer Mannschaft, „urteilt“ also ähnlich wie der Richter nach konkreten, vorher feststehenden oder vereinbarten Normen. Dennoch ist er in der Auslegung dieser „Spielregeln“ sehr viel freier als ein Richter, d. h. weder an vorgegebene Methoden noch an Präjudizien oder gar an ein objektives Verfahren der Sachverhaltsfeststellung gebunden. Mit seinen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsbefugnissen sowie der Unüberprüfbarkeit seiner Entscheidungen steht der Schiedsrichter letztlich dem Schlichter näher als dem Richter, muß also in unsere Betrachtungen einbezogen werden. (Schneider, 1987:295)

Die Analogie zum Schiedsrichter etwa eines Fußballspiels liegt nahe, ist aber irreführend. Die Schiedsrichter im Sport können jederzeit „ex officio“ eingreifen, wenn sie einen Regelverstoß beobachten. Dies ist bei einem Gericht (zumindest normalerweise) nicht der Fall. Es wird im Regelfall nicht tätig, bevor es angerufen wird. Auch ähnelt der Schiedsrichter aus dem Sport auch eher der „Hüter“-Rolle des letzten Abschnitts.

So eingeschränkt scheint die „Schiedsrichter“-Rolle zunächst wenig spektakulär und mit dem herkömmlichen juristischen Selbstverständnis problemlos zu vereinbaren. Zwei Parteien streiten sich, kommen vor Gericht und legen vor dem Richter ihre Position dar. Dies geschieht, indem sie, bzw. ihre Anwälte das geltende Recht so auslegen und darstellen, dass es das vorgebrachte Interesse der jeweiligen Partei unterstützt, in anderen Worten, dieser Partei „Recht gibt“. Der Richter hört sich den Vortrag beider Parteien an und entscheidet nach Darstellung der Rechtslage, welche Partei angesichts der vorgetragenen Fakten das Recht auf ihrer Seite hat und daher den Prozess gewinnt. Das ist juristische Praxis und stellt auch die originäre Form juristischen „Richtens“ dar, mit der sich die Rechtsgeschichte und Rechtsanthropologie beschäftigen.

Der Unterschied zum „Hüter“-Modell, wie es im vorherigen Abschnitt beschrieben wurde, ist die weitaus schwächere Bedeutung der Norm. Im (Schieds-)Richtermodell geht es nicht primär um die Durchsetzung von abstrakt-objektiven Normen, sondern um die Lösung eines konkret bestehenden sozialen Konflikts auf friedliche, prozedural gezähmte Weise. Martin Shapiro hat diesen Prozess als „Triadic Dispute Resolution“ beschrieben und ihn als das Grundmodell von Gerichtsbarkeit bezeichnet (Shapiro, 1981). Nach Shapiro ist die soziologische Kernfunktion von Gerichten die Lösung von Konflikten in einer Dreierbeziehung, in einem „conflict structured in triads“:

Cutting quite across cultural lines, it appears that whenever two persons come into a conflict that they cannot themselves solve, one solution appealing to common sense is to call upon a third for assistance in achieving a resolution. So universal across both time and space is this simple social invention of triads that we can discover almost no society that fails to employ it. And from its overwhelming appeal to common sense stems the basic political legitimacy of courts everywhere. In short, the triad for purposes of conflict resolution is the basic social logic of courts, a logic so compelling that courts have become a universal political phenomenon. (Shapiro, 1981:2)

Nach dieser Vorstellung ist die Frage, welche Bedeutung vorgegebene, formale positive Normen beim Prozess der Streitschlichtung haben, eine empirische und keine, die zur Bestimmung dessen taugt, was ein „Gericht“ ist. So erfüllen der Webersche „Kadi“ (1980:562) oder die „Big Men“ in akephalen Gesellschaften (hierzu Wesel, 1985), bei denen ausschließlich auf der Grundlage von Tradition und situationsabhängiger Faktoren Konflikte entschieden werden, die selbe soziale Funktion wie die modernen Institutionen, die wir als Gerichte bezeichnen. Auf die Verfassungsgerichtsbarkeit angewendet, deren Rechtsprechung oft die großen gesellschaftlichen Fragen betrifft, heißt dies: Es geht weniger darum, eine vorgegebene Bedeutung der Verfassung zu „hüten“, sondern darum, einen konkreten gesellschaftlichen Konflikt zu lösen.

Die Mobilisierung von Recht als Konfliktbearbeitungsmittel bedeutet, zumindest im modernen Recht, aber auch eine Art Paradox: Da der Konflikt in eine Rechtsfrage transformiert wird, kann er selbst nur noch ganz begrenzt thematisiert werden. Im Rechtsstreit können nur die rechtlichen Aspekte des Konflikts zur Sprache kommen, die emotionalen, sozioökonomischen oder machtpolitischen Fragen, die den eigentlichen Konflikt bedingen, bleiben weitgehend außen vor. In der Rolle eines „Hüters“ müsste auch ein Verfassungsrichter ohne Ansehen der sozialen Umstände eines Rechtsstreits auf die rein formale Anwendung des Rechts achten. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Allgemeinheit des Gesetzes, nach dem das Recht für jeden gleich gelten muss, unabhängig von der Situation, in der sich der oder die Rechtsbetroffene befindet. Dass dies in der Wirklichkeit nicht durchzuhalten ist, zeigen historische Rechtsinstitute wie das common-law Prinzip der „equity“, die die Folgen abmildern sollen, die eine starre Anwendung von Recht ohne Rücksicht auf die Umstände des Falles hervorrufen würden (Akehurst, 1976). Auch die Entwicklung einer hochdifferenzierten Rechtsprechung zum Gleichheitsprinzip dient letztendlich der Flexibilisierung rechtlicher Regeln, um die soziale Wirklichkeit bei Urteilen berücksichtigen zu können.

3.2.2 Legitimität durch Konfliktbearbeitung eines neutralen Dritten

Die Rolle des konfliktentscheidenden Dritten ist im Wesen des durch eine (geschriebene) Verfassung konstituierten Staates in einem gewissen Maße angelegt. Verfassungen enthalten „häufig konkurrierende und konfligierende politi-

sche Ordnungsvorstellungen. Deren interner Konflikt ist jedoch gleichsam ‚ruhig gestellt‘ (Vorländer und Schaal, 2002:345). Aber die Rolle folgt auch aus der Natur des geschriebenen Rechts an sich, das nie in der Lage ist, alle möglichen Situationen vorzusehen und eine Regel dafür bereitzustellen. Recht als soziale Technik ist nicht denkbar ohne einen Entscheider, der in Zweifelsfällen autoritativ das Recht feststellt.

Im Zeitpunkt eines Konfliktes bietet sich also für soziale Akteure an, einen Dritten zu suchen, den sie für neutral halten.¹⁰⁶ Allerdings kann nicht vorausgesetzt werden, dass die Vorstellung vom ‚neutralen Dritten‘ den Moment der Entscheidung überlebt. So weist Martin Shapiro auf ein Grundproblem der triadischen Struktur hin:

The triad, however, involves a basic instability, paradox, or dialectic that accounts for a large proportion of the scholarly quarrels over the nature of courts and the political difficulties that courts encounter in the real world. At the moment the two disputants find their third, the social logic of the court device is preeminent. A moment later, when the third decides in favor of one of the two disputants, a shift occurs from the triad to a structure that is perceived by the loser as two against one. To the loser there is no social logic in two against one. There is only the brute fact of being outnumbered. A substantial portion of the total behavior of courts in all societies can be analyzed in terms of attempts to prevent the triad from breaking down into two against one. (Shapiro, 1981:2)

Dieses Paradox verschärft sich im Rechtssystem moderner Gesellschaften, in dem es den Streitparteien (anders als noch etwa im römischen Recht) nicht möglich ist, sich den neutralen Dritten sowie die Normen, nach denen entschieden werden soll, selbst auszusuchen. So argumentiert Shapiro:

The basic tension to be found in courts as conflict resolvers lies in their need to persuade the parties that judges and laws they have not chosen nonetheless constitute a genuine, neutral third. (Ebd.: 17)

Sichergestellt werden muss, dass die Parteien sich dem Schiedsspruch auch unterwerfen. Dabei ist einerseits von Bedeutung, was Luhmann ‚Legitimation durch Verfahren‘ genannt hat (Luhmann, 1969): Die Akteure, die sich auf ein Verfahren einlassen, verstricken sich in einem Maße in dessen Logik, dass sie das Ergebnis anerkennen müssen, auch wenn es für sie negativ ausfällt. Die Befolgung durch machtvolle Akteure kann aber nur sichergestellt werden, wenn die Chance besteht, dass beim nächsten Konflikt die Entscheidung auch im Interesse des heutigen Verlierers ergehen kann (machtlose Akteure müssen sich ja ohnehin fügen). Dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Schiedsrichter als unparteiisch erscheint.

106. Ähnlich auch, aus marxistischer Sicht, Hase/Ladeur, 1980:247f.

Das Besondere an der Rolle des Schiedsrichters ist, dass er auch durch die Unsicherheit der Parteien darüber, wer den Streit gewinnt, seine empirische Legitimation erhält – das genaue Gegenteil von „Berechenbarkeit“. Solange die stärkere Partei daran gehindert ist, ihre Position mit roher Gewalt durchzusetzen, haben beide Parteien ein Interesse an einer unabhängigen Streitschlichtung. Für das Gericht, auf der anderen Seite, steht im Vordergrund, dass es seine Autorität des Streitschlichters erhält und, wenn möglich, noch ausbaut. Das „Recht“, das es dabei anwendet, ist – idealtypisch gesprochen – nur Instrument dieser übergeordneten Rationalität.

Mit der Rolle eines „Schiedsrichters“ verwandt, aber funktional verschieden ist die Rolle des „Schlichters“ (Schneider, 1987; siehe auch Lhotta, 2002). Sie stellt nicht so sehr die Funktion des „Entscheidens“ in den Vordergrund, die einen Verlierer und einen Gewinner produziert. Der „Schlichter“ ist nur erfolgreich, wenn er vermag, allen Beteiligten das Gefühl zu geben, zumindest einen Teil ihrer Interessen erreicht zu haben. Es darf also gerade keinen klaren Verlierer und Gewinner geben. Der Schiedsrichter dagegen entscheidet: eine Partei ist im Recht, die andere nicht.

Die wichtigste Legitimitätsressource eines Schiedsrichters wie eines Schlichters ist der Glaube an seine Neutralität. Wenn eine Partei den Schiedsrichter als befangen ansieht, wird sie diesem nicht vertrauen und dessen Schiedsspruch nicht freiwillig anerkennen. Die Grundlage für die Neutralität eines Gerichts kann durch zahlreiche technisch-institutionelle Vorkehrungen geregelt werden, die unter der Bezeichnung „Unabhängigkeit des Verfassungsgerichts“ gefasst werden und Regeln für die Wahl und Benennung der Richter, ihre Amtsdauer und Wiederwahl, sowie Fragen der institutionellen Eigenständigkeit (Haushalt, Personal etc.) betreffen.¹⁰⁷ Diese Regeln können die Voraussetzungen schaffen, aber eine tatsächliche Neutralität nicht sicherstellen und erst recht nicht die empirische Frage ersetzen, ob die Richter tatsächlich als „neutral“ angesehen werden. Dies kann nur im Einzelfall und auch nur für bestimmte Zeiträume festgestellt werden. Um festzustellen, ob in einem konkreten Fall ein Gericht Schiedsrichter oder Schlichter ist, muss, wie bereits erwähnt, der politische Kontext einer Verfassungsstreitigkeit mit in die Analyse einbezogen werden – ohne die Kenntnis dieses Kontextes lässt sich die triadische Konfliktbearbeitungsfunktion nicht rekonstruieren. Die Urteile selbst können zwar davon Zeugnis geben. Oftmals aber wird bei der Transformation des politischen in einen rechtlichen Konflikt der Ausgangskonflikt verdunkelt. Die Parteien in einem Rechtsstreit kämpfen oftmals um Rechtspositionen, die mit dem Ursprungskonflikt wenig zu tun haben und die erst über die Verrechtlichung der Auseinandersetzung überhaupt Bedeutung erlangen.

107. Siehe hierzu Russell/O'Brien, 2001; Burbank/Friedman, 2002; Ginsburg/Moustafa, 2008.

Wie verhält sich der „Schiedsrichter“ zum „Hüter“, was das Verhältnis zwischen Gesetzesbindung und Rechtserzeugung betrifft? Eine Technik, den Glauben an die Neutralität des Gerichts aufrecht zu erhalten, ist die Verwendung juristischer Methodik, um das Ergebnis so darzustellen, dass es aus dem Gesetzestext abgeleitet wirkt.¹⁰⁸ Dies ist einerseits eine Fiktion: In sehr vielen Fällen lässt sich auch das entgegengesetzte Ergebnis mit guten juristischen Argumenten begründen. Andererseits engt die Notwendigkeit, das Ergebnis als Ausfluss „des Rechts“ zu kennzeichnen, die Optionen ein – nicht jedes Ergebnis ist gleichermaßen glaubhaft rechtlich darstellbar. Die Logik der Konfliktbearbeitung drängt zunächst in die Richtung, ein Ergebnis vor allem zwischen den Parteien des aktuellen Streits gelten zu lassen. Allgemeine Regeln, so ist die Vermutung, vertragen sich nicht mit einer Rechtsprechung, die die Interessen der Parteien im Auge behält, denn diese Interessen sind zeit- und kontextabhängig. Trotzdem hat gerade die auf die Entscheidung, nicht Schlichtung, gerichtete Schiedsrichterrolle im engeren Sinne normgenerierende Auswirkungen, unabhängig davon, ob die Urteile formal *erga omnes* oder *inter partes* gelten. Richterliche Vorentscheidungen führen bei hierarchisch strukturierten Instanzensystemen¹⁰⁹ dazu, dass einmal getroffene Entscheidungen Auswirkungen auf spätere Entscheidungen haben – auch wenn sie diese, genauso wenig wie die Normen der Verfassung, vollständig binden können. Sie gehen als Argumente in spätere Entscheidungen ein und erhöhen die argumentativen „Kosten“ einer Entscheidung, die in eine andere Richtung geht.

Im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit hat Martin Shapiro in seinem Modell von Gerichtsbarkeit als Konfliktbearbeitung vor allem die Frage des Föderalismus thematisiert (Shapiro, 2003). In den meisten, wenn nicht allen föderalen Systemen existiert ein juridischer Schiedsrichter, der bei Streitigkeiten zwischen den verschiedenen Föderationsteilen und zwischen diesen und dem Gesamtstaat angerufen werden kann. Alec Stone Sweet (2000) hat dieses Modell erweitert, um in allgemeinerer Weise zu erklären, wie es zu Konstitutionalisierungsprozessen kommt. Vor allem über den Streit zwischen Regierung und Opposition, über die Verfassungsbeschwerde oder auch im Konflikt Regierung-Bürger werden gesellschaftliche Konflikte in Verfassungskonflikte transformiert und damit in die Frage der Bedeutung einer bestimmten Verfassungsnorm. Stone Sweet geht in seinem Modell davon aus, dass viele Verfassungsnormen, insbesondere die Grundrechts- und Staatszielbestimmun-

108. Dies wird in einem von Eikenberg (1970:365) zitierten, zu Anfang der 1970er Jahre „weit verbreiteten Anleitungsbuch für die zivilrechtliche Ausbildung“ so formuliert: „Die Sprache der Entscheidungsgründe muß ... so bestimmt sein wie die des Gesetzgebers. [...] Zweifel an der eigenen Ansicht dürfen nicht ersichtlich werden.“

109. Ein interessantes Gegenbeispiel ist Brasilien, wo die Entscheidungen der oberen Gerichte die unteren formell nicht binden und so eine Vielzahl widersprüchlicher Entscheidungen mit lokaler Geltung nebeneinander bestehen können. Siehe hierzu Hoffmann/Bentes, 2008.

gen, so lange keine feste Bedeutung haben, bis das Gericht darüber entschieden hat. Ob eine Entscheidung „richtig“ oder „falsch“ war, bemisst sich dann auch nicht nach den Maßstäben juristischer Logik, sondern vor allem danach, ob sie Akzeptanz findet. Die Akzeptanz einer Entscheidung bestimmt sich vor allem danach, ob es dem Gericht gelingt, seine Unabhängigkeit zu zeigen. Das kann geschehen, indem es unter Nutzung rechtlicher Argumentationsmuster darstellt, dass „objektive“ technisch-logische Gründe zur Entscheidung geführt haben. Das Gericht kann auch strategisch und inkrementell vorgehen und allen wichtigen Machträgern in verschiedenen Urteilen entgegenkommen (zum letzteren v.a. Shapiro, 1999). Die Akzeptanz des Gerichts hängt in dieser Perspektive davon ab, ob die maßgeblichen Akteure darauf vertrauen, dass sie trotz einer aktuellen Niederlage in einem zukünftigen Konflikt als Sieger hervorgehen werden. Sobald dieser Prozess in Gang kommt, verfangen sich die politischen Akteure in einem „feedback effect“ (Stone Sweet, 2000:202), der ein Netz immer enger werdender verfassungsrechtlicher Vorgaben über die Politik zieht und dem Verfassungsgericht zunehmend mehr Entscheidungsgewalt verleiht.

Für Kelsen bestand eine Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit darin, Kompromisse zwischen Mehrheit und Minderheit herbeizuführen. Er nahm an, dass die Mehrheit kompromissbereiter ist, wenn sie weiß, dass sie mit einer Maßnahme am Verfassungsgericht scheitern könnte. Diese Idee ist heute weiterentwickelt worden zu der These, dass schon die Drohung mit dem Verfassungsgericht durch die Opposition genügt, die Regierung zu Zugeständnissen zu zwingen (Stüwe, 2006). Allerdings setzt dies ein hohes Vertrauen darin voraus, dass man den Streit auch gewinnt, dass also die eigene Auslegung von Verfassungsnormen diejenige ist, die vom Verfassungsgericht geteilt wird. Das ist aber gerade in vielen gesellschaftlich hoch kontroversen Bereichen nicht der Fall. Verliert man das Verfahren, wird die Position des Gegners sogar noch stärker gemacht. Im Fall einer Klage der Opposition legitimiert das Verfassungsgericht im Nachhinein das Handeln der Regierung und nimmt der Opposition damit politische Optionen aus der Hand.

3.2.3 Aufgabe: Verfassungsgericht als Konfliktmanager und Kompromisserzwinger in der Transformation?

Welche Bedeutung hat die Rolle des „Schiedsrichters“ (in der hier beschriebenen Form) für die postautoritäre Transformation? Für Transformationsperioden ist die Rolle des Schiedsrichters zunächst deswegen von Bedeutung, weil der verfassungsgebende Gesetzgeber gar nicht in der Lage ist, für alle zukünftigen politischen Fragen Entscheidungsregeln in die Verfassung zu schreiben. Eine Verfassung ist voller „nicht zu Ende gedachter Vereinbarungen“ (incompletely theorized agreements), wie Cass Sunstein (2007) es ausgedrückt hat. Dies liegt erstens daran, dass Verfassungsgebungsprozesse innerhalb relativ kurzer Zeiträume stattfinden müssen. Zweitens kann eine Verfassung nicht beliebig lang

sein, wenn sie in der politischen und in der Rechtspraxis rasch angenommen werden soll. Drittens sind an der Verfassungsgebung fast immer antagonistische Interessen beteiligt, die pragmatische Lösungen erfordern und zu „dilatorischen Formelkompromissen“ (Schmitt, 1989:31) oder widersprüchlichen Verfassungsbestimmungen führen. Für bestimmte Inhalte lässt sich daher gar kein „Willen des Verfassungsgebers“ ermitteln, und diese Inhalte sind dann regelmäßig solche, an denen sich die Konflikte in der Phase nach der Verfassungsgebung entzünden.

Es ist nicht logisch zwingend, dass es das Verfassungsgericht sein muss, das die Lücken im Verfassungstext füllen oder die Widersprüche auflösen soll. Es wäre genauso denkbar, dass ein Verfassungsgericht die Frage zur Entscheidung an das Parlament zurückgibt. Dafür, dass das Gericht diese Aufgaben übernimmt, gibt es gute Gründe – wie etwa die Unabhängigkeit des Gerichts, seine Isolierung von der Parteipolitik oder schlicht die Praxis und damit Fähigkeit von Juristen, Recht anhand von konkreten Konflikten weiterzubilden. Jedoch ist es eine empirische Frage, ob die Verfassungsrichter wirklich in der Lage sind, offene Verfassungsfragen besser zu lösen als das Parlament. Viele zweifeln daran. Bojan Bugarcic (2001) etwa kritisiert die Rechtsprechung der postkommunistischen Verfassungsgerichte als "theory-driven adjudication based on various abstract concepts and principles", die für die Lösung der komplexen Fragen der Transformation ungeeignet sei. Bugarcic zufolge waren die Gerichte schlechte Politikgestalter, weil sie störrisch an veralteten Vorstellungen von hierarchischen, logisch stimmigen Normensystemen verhaftet blieben. Stattdessen sei „provisional legal reasoning“ gefragt, das pragmatische und individuelle Lösungen hervorbringe, statt strukturelle Vorentscheidungen zu treffen (287). Das Problem ist, dass sich für viele Verfassungsgerichte diese Frage gar nicht stellt. Wenn sie die Kompetenz der abstrakten Normenkontrolle zugewiesen bekommen, müssen sie eine juristische Frage entscheiden, ohne dass die dazugehörige „Geschichte“ explizit Teil des Verfahrens ist (dazu Scheppele, 1996b). Je nach Kompetenzausstattung sollen die Gerichte die Verfassung verbindlich interpretieren und nicht nur lokal und temporär eingegrenzte Probleme lösen, wie Bugarcic fordert, solange sie die Ausübung ihrer Kompetenzen nicht bewusst verweigern. Dieser Einwurf Bugarcics macht deutlich, dass hier ein Spannungsverhältnis besteht: Je mehr das Gericht auf ein konkretes Problem eingeht, desto schwieriger wird es, das Ergebnis zu verallgemeinern, und je allgemein-abstrakter ein Urteil ausfällt, desto weniger wird es in der Lage sein, individuellen Konflikten gerecht zu werden. Insgesamt gilt aber: Wenn auch nicht jede Entscheidung es allen beteiligten Interessengruppen recht machen kann, kann das Verfassungsgericht durch seine kontinuierliche Spruchpraxis den politischen Akteuren einen Dienst erweisen, der die Autorität des Gerichts auf Dauer stärkt. Shapiro fasst dies so zusammen:

The general story of successful constitutional judicial review is one of other powerful political actors accepting some level of judicial policy-making as an inevitable cost of getting what they want from courts, namely third-party conflict resolution of particular kinds of dispute. (Shapiro, 1999:210)

Ein zweiter Aspekt der Schiedsrichterrolle ist dieser „Service“-Perspektive entgegengesetzt und betrifft das Verhältnis von parlamentarischer Mehrheit und den politischen und gesellschaftlichen Minderheiten. Wie oben beschrieben, sah Kelsen eine Funktion des Verfassungsgerichts darin, die politische Mehrheit zur Rücksichtnahme auf die Minderheit zu zwingen, um den demokratischen politischen Prozess als solchen zu erhalten. Dieser bricht zusammen, wenn die parlamentarische Mehrheit ihre Gesetzgebungsmacht ausnutzt, um sich selbst die Macht zu erhalten, indem es die Möglichkeiten politischer Partizipation für andere verringert.¹¹⁰ Die Rolle des Minderheiten schützenden Schiedsrichters ist in einer Demokratisierungsphase deswegen von besonderer Bedeutung, weil eine demokratische Kultur, in der die Opposition nicht als „Feind“, sondern als Mitspieler im politischen Prozess begriffen wird, erst (wieder) etabliert werden muss.

3.2.4 Zusammenfassung

Die in diesem Abschnitt vorgestellte Rolle des „Schiedsrichters“ oder „Schlichters“ hat die Funktion der Konfliktbearbeitung zwischen verschiedenen Interessengruppen in der pluralistischen und gewaltenteilenden Demokratie. Diese Funktion ist am deutlichsten, wenn das Verfassungsgericht zur Bearbeitung von Kompetenzstreitigkeiten in föderalen Systemen oder zwischen Verfassungsorganen tätig wird. Der Aspekt der Konfliktbearbeitung ist aber auch bei allen anderen Fällen, mit denen sich das Gericht auseinandersetzen muss, mehr oder weniger präsent, unter anderem bei der Grundrechtsrechtsprechung, bei der die Interessen des Staates oder der Allgemeinheit gegenüber denjenigen einer Gruppe oder eines Individuums abgewogen werden müssen. Die Legitimität der Rolle des „Schiedsrichters“ hängt an seiner Fähigkeit, neutral zu erscheinen. Die Tätigkeit des Schiedsrichters ist schließlich normschaffend, soweit die Entscheidung rechtliche oder faktische Bindungswirkungen entfaltet.

110. Ohne Bezug auf Kelsen hat John Hart Elys (Ely, 1980:103) diese Idee ebenfalls aufgenommen und mit dem Begriff des „umpire“ verbunden. Nach Ely achtet der Schiedsrichter darauf, dass kein Team einen „unfairen Vorteil“ erhält. Wie Landfried zusammenfasst, müsse er „die Kanäle der Partizipation für alle politischen Gruppierungen auf einer gleichberechtigten Basis offenhalten, dürfe jedoch dem ‚policy output‘ nicht mit eigenen Wertungen und Zielvorstellungen gegenüberreten.“ (Landfried, 1984:157) Es sei die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, „to ensure that the political process - which is where such values are properly identified, weighed, and accomodated - is open to those of all viewpoints on something approaching an ‚equal‘ basis.“ (zit. in Landfried, a.a.O.)

3.3 Das Gericht als Werte setzender „Gründer“

3.3.1 Herleitung

Die normativ wohl umstrittenste Rolle eines Gerichts in Transformationsphasen ist diejenige, die Bruce Ackerman „Gründer“ genannt hat, mit Anspielung auf die „founders“, d.h. Verfassungsväter der amerikanischen Verfassung („Judges as Founders“, Ackerman, 1992:99). In dieser Rolle „gründen“ die Verfassungsgerichte junge Demokratien aktiv mit, indem sie den Normen der Verfassung ihre spezifische Bedeutung in einer Weise geben, die dem Gesetzestext nicht unmittelbar entnommen werden kann.

Wie beschrieben, ist der „Hüter“ idealtypisch dadurch gekennzeichnet, dass er durch die korrekte Anwendung juristischer Methoden zu weitgehend voraussehbaren Urteilen kommt. Der Schiedsrichter bearbeitet Konflikte im politischen System und lebt von der ihm zugeschriebenen Neutralität. Welches „Alleinstellungsmerkmal“ besitzt die Rolle des „Gründers“? Vom „Hüter“ unterscheidet sie sich, indem sie mehr oder weniger offen neue Normen schafft, statt die existierenden zu „hüten“. Dies unterscheidet ihn aber nur in qualitativer, nicht kategorialer Weise, vom „Schiedsrichter“. Auch der Schiedsrichter schafft, wie wir oben gesehen haben, neue Normen, indem er Entscheidungen in Bereichen fällt, in denen vorher normative Unsicherheit bestand. Der für meine Analyse wichtige Unterschied zu den anderen Rollenmodellen ist der Aspekt der „Werte“. Hier nimmt das Gericht keinen Bezug zu transparenten Regeln oder erscheint als neutraler Streitschlichter, sondern nimmt dezidiert Stellung zur politischen Identität der neuen Demokratie. Der erste ungarische Verfassungsgerichtspräsident Sólyom hat dies so ausgedrückt:

Die Existenz der Verfassungsgerichtsbarkeit verändert schon in sich den Charakter einer Rechtsordnung, nicht nur durch die unmittelbare gerichtliche Geltendmachung der Verfassung, auch gegenüber dem Gesetzgeber, sondern vor allem dadurch, dass sie Prinzipien und Werte, die sonst Sache der Politik oder der Moral wären, verrechtlicht. (Sólyom, 2002a:20)

Die Setzung von Wertentscheidungen im Recht unterscheidet das Gericht nicht vom Gesetzgeber. Während die gewählten Parlamentarier aber das Mandat haben, die eigenen politischen Vorstellungen umzusetzen, ist richterlicher Werte-Aktivismus extrem umstritten. Zwar ist auch in der juristischen Praxis anerkannt, dass Gerichte „Rechtsfortbildung“ betreiben, Recht an neue Umstände „anpassen“ oder in nicht vom Gesetz geregelten Situationen „analog anwenden“. Neues Recht wird aber in der Regel auf das System des Rechts selbst zurückgeführt, indem eine „Lücke“ im System der Verfassung diagnostiziert und richterrechtlich gekittet wird, oder indem ein Rechtsprinzip postuliert wird, das sich durch Zusammenschau der in der Verfassung vorhandenen Wertentscheidungen „ergibt“. Selbst in den Entscheidungen, die Grundrechte aus der Verfas-

sung herauslesen, die sich auf keine konkrete Textgrundlage stützen können, wird dargestellt, dass sich dieses Grundrecht aus dem Verfassungstext „ableiten“ lässt. In all diesen Formen wird die Bindung an früheres Recht dargestellt. Bei näherem Hinsehen ist offensichtlich, dass neue Normen geschaffen wurden, die so, aber auch anders hätten ausfallen können. Der mit dieser Normschaffung verbundene Entscheidungsspielraum ist für die demokratische Theorie ein Problem, das sich durch noch so ausgefeilte Rechtstheorie nicht aus der Welt schaffen lässt. Dies zeigt der weltweite Chor der Kritik, der vor allem dann anschwilt, wenn Gerichte „Werte“ vertreten, die dem Weltbild des jeweiligen Kritikers widersprechen. Im Fall des Supreme Court ist die Kritik besonders virulent, da – anders als bei europäischen Verfassungsgerichten – die formale Legitimation des richterlichen Prüfungsrecht selbst in Frage steht (siehe etwa Bork, 1985). Im deutschsprachigen Bereich wird die Kritik an der Werterechtsprechung meistens als rechtdogmatisches, nicht als demokratietheoretisches Problem formuliert.¹¹¹

Was aber sind „Werte“? Der Begriff ist selbst so schillernd wie die Dinge, die damit bezeichnet werden.¹¹² Einigkeit dürfte darüber herzustellen sein, dass Werte Teil einer Erzählung über das „gute Leben“ sind. Der Wertbegriff ist ein Schnittpunkt der Rechtsforschung sowohl zur praktischen Philosophie als auch zur empirischen Einstellungsforschung. Hartmut Esser hat auf der Grundlage Weberscher Ausführungen zur „Wertrationalität“ einen Wert als „eine gedankliche Vorstellung [...] über einen wünschenswerten Zustand“ definiert (Esser, 2003:166):

Die *Wünschenswertigkeit* bezieht sich darauf, dass der Bezug der Vorstellung über die einzelnen und partikularen Interessen, Präferenzen und auch Normen hinausweist und somit immer auf die „konstitutionelle“ Komponente der „Verfassung“ eines weiteren Kollektivs (oder, im Fall der Identität eines Akteurs, der „Konstitution“ seines Selbst in Verbindung damit).

Es geht also nicht nur um das „gute Leben“ des Einzelnen und seine oder ihre persönlichen Vorteile, sondern um verallgemeinerbare, für die Gemeinschaft normativ gültige ideelle Güter. Idealtypisch handelt, so Weber, derjenige „wertrational“,

111. So beklagte etwa Forsthoff (1959) die „Umbildung“ der Verfassung und Schmitt (1967) konstatierte gar eine „Tyrannie der Werte“. Auch neuere Kritiker wie Böckenförde (1976) und Di Fabio (2004:2) sind mehr um die Rationalität der Rechtsprechung besorgt als um die Auswirkung der Werterechtsprechung auf demokratische Prozesse. Di Fabio warnt zwar vor der Hybris, „das Wertesystem der Gesellschaft ersetzen zu können durch Rechtsaussagen“ (5), setzt damit allerdings die politische Mehrheit mit „der Gesellschaft“ gleich.

112. So meint Di Fabio (2004:3): „Werte sind Grundeinstellungen der Menschen, die durch eine besondere Festigkeit, Überzeugung von der Richtigkeit und emotionale Grundierung auffallen“. Zur soziologischen Forschung zum Wertewandel Inglehart, 1995; kritisch Thome, 2003.

wer ohne Rücksicht auf die vor auszusehenden Folgen handelt im Dienst seiner Überzeugung von dem, was Pflicht, Würde, Schönheit, religiöse Weisung, Pietät, oder die Wichtigkeit einer „Sache“ gleichviel welcher Art ihm zu gebieten scheinen (Weber, 1980:12).

Weber war der Ansicht, dass Wertüberzeugungen letztendlich nicht rationalisierbar sind und sich in der Tendenz unversöhnlich gegenüberstehen. Im politischen Kampf seien zwar Kompromisse, aber niemals ein „Konsens“ zwischen antagonistischen weltanschaulichen Lagern herstellbar.¹¹³ Für Weber waren Werte auch Ausdruck von anderen (v.a. ökonomischen) Interessen, gingen aber nicht darin auf. Werte sind für Weber grundsätzlich kompromissfeindlich, wie man an seiner Gegenüberstellung der Konzepte der „Verantwortungsethik“ und der „Gesinnungsethik“ erkennen kann.¹¹⁴

3.3.2 Legitimationsgrundlagen

Werte appellieren an Überzeugungen der Zuhörer hinsichtlich des „guten Lebens“ der rechtlichen Gemeinschaft. Gerichte können sich aber nie sicher sein, dass die Gemeinschaft diese Wertsetzung auch akzeptiert. Zum einen können die Werte des Gerichts auf ganz andere Werte in der Bevölkerung und politischen Klasse stoßen. Dazu kommt das Legitimitätsproblem. Anders als öffentliche Intellektuelle, deren Werte man übernehmen oder ablehnen kann oder die Wertangebote von politischen Parteien, die gewählt oder abgewählt werden, setzen Gerichte Werte durch ihre Rechtsprechung autoritativ. Der Aktivismuskritiker Robert Bork (2003:389) hat das Grundproblem so formuliert: „a value-choosing theory must give a satisfactory reason why it is legitimate for a court to impose a new value upon a majority against its wishes.“¹¹⁵ Er sieht sich durch die Rechtfertigung, die etwa Alexander Bickel hierfür vorgebracht hat, nicht überzeugt. Nach Bickel besitzen Gerichte

certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess. Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government. (Bickel, 1962:25-26)

Richter denken – nach der Ansicht von Bickel – aufgrund ihrer spezifischen Sozialisation, Auswahl und institutionellen Einbettung langfristig, auf Grund von

113. Dies unterscheidet Weber etwa von einer Habermas'schen Sozialtheorie, die davon ausgeht, dass sich in der sozialen Welt unter Idealbedingungen auf diskursiv-argumentative Weise vernünftige Lösungen erzielen lassen.

114. Hierzu Schluchter, 1971.

115. Ich beziehe mich hier auf Borks Arbeiten aus den 1980er Jahren. Spätere Veröffentlichungen sind überwiegend polemischer Natur und wissenschaftlich unergiebig (z.B. Bork, 2003).

Prinzipien und mehr am Allgemeinwohl orientiert als die politischen Akteure. Für Bork ist schon diese Annahme zweifelhaft. Und tatsächlich ist die Vorstellung eines richterlichen Rationalitätsvorsprungs eine Hypothese, die erst bewiesen werden müsste. Sie ist sogar ziemlich unwahrscheinlich, da sie auf einer Reihe von Voraussetzungen beruht, die weder in Transformationsgesellschaften noch in etablierten Demokratien vorliegen müssen. Allerdings verweist diese Annahme auf eine mögliche Quelle empirischer Legitimation. René Marcic (1957:337-38) etwa hat angedeutet, ein Verfassungsgericht könnte in der modernen Demokratie den „Beständigkeitsfaktor“ darstellen, dessen Funktion früher von der Krone oder einem „Rat der Weisen“ ausgefüllt wurde. Verfassungsgerichte würden so den Bürgern im Durcheinander der pluralistischen Moderne und in der Beliebigkeit der Demokratie einen festen, über den Niederungen der Politik befindlichen Halt bieten. Es ist möglich, dass einem Gericht von seinen Öffentlichkeiten die Rolle eines „Rat der Weisen“ zugeschrieben wird. Diese Zuschreibung ist allerdings nicht gegeben, sondern entwickelt sich prozesshaft: durch verfassungsrichterliche Wertangebote einerseits, die kongruent zu Einstellungen in den Teilöffentlichkeiten sind, und der Bereitschaft dieser Teilöffentlichkeiten andererseits, dem Gericht die Definition der Werte zu überlassen, die durch die Verfassung das politische und soziale Leben regulieren.

Das Verfassungsrecht ist ein Ort, wo symbolische Schlachten geschlagen und die Identität des Staates und seiner Bürger verhandelt werden.¹¹⁶ Die Rolle des Gerichts als „Gründer“ ist mit diesem Aspekt des Rechts in besonderer Weise verbunden. Man kann annehmen, dass die Legitimität des „Gründers“ davon abhängt, inwieweit er bei seiner Formulierung von rechtlich verbindlichen Werten an bestehende Werte-Diskurse anknüpft. Empirisch entscheidend ist dann die Frage, aus welchen Gründen es dem Gericht gelingt, seine Werte durchzusetzen oder aus welchen Gründen es damit scheitert. Dazu muss untersucht werden, welche gesellschaftlichen und politischen Kräfte gegen diese Rolle des Gerichts arbeiten, und welche es unterstützen. Anders als der Hüter und der Schiedsrichter kann der Gründer nämlich immer nur den Teil seiner Öffentlichkeiten erreichen, der seine Werte teilt oder sich davon überzeugen lässt. Die Herstellung von Normtransparenz und Erwartungssicherheit sowie effektive Konfliktlösung sind Leistungen, die auf lange Sicht auch für denjenigen von Vorteil sind, der ein Verfahren verliert. Eine Veränderung des normativen Uni-

116. Robert Cover (1992:95) hat die Tatsache, dass Rechts mehr ist als ein verhaltensteuerndes Regelwerk, eindringlich veranschaulicht: „We inhabit a nomos – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. [...] No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. [...] For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live.“

versums bedeutet aber für denjenigen, der die neuen Werte nicht teilt, einen fast unwiederbringlichen Verlust.

Wie lässt sich diese Rolle empirisch nachweisen? Auf der einen Seite können Urteilstexte Hinweise auf den Versuch emotionaler Ansprache der Zielöffentlichkeiten geben. Katharina Sobota (1995) hat Urteile des Bundesverfassungsgericht daraufhin untersucht, welchen Anteil „logische Argumente“ gegenüber solchen einnehmen, die entsprechend der klassischen Rhetoriklehre von Aristoteles dem „Pathos“ oder „Ethos“ zugeordnet werden müssten. Ihre Ergebnisse wirken aus der Sicht der traditionellen Methodenlehre „ernüchternd“. Sie schließt aus ihrem Material, dass juristische Methodik weiterhin ein Referenzmaßstab ist, allerdings nur insoweit, „daß ein Gericht eindeutiges Deduzieren darstellen muß“ (1995:131-132). Sobota zeigt, dass sich das Gericht um stärker auf „Ethos“ und „Pathos“ verlässt, je größere argumentative Anstrengungen es leistet, und argumentiert, dass eine Entscheidung „nicht nur dem Verstand, sondern auch den Sinnen“ nahegebracht werden muss.¹¹⁷ Wichtig ist noch einmal zu betonen, dass diese „Sinnlichkeit“ der Wertangebote nicht ihre Irrationalität beinhaltet, dass also die von Sobota analysierte Rhetorik grundsätzlich nicht Täuschung oder Manipulation bedeutet, sondern dass sie ein untrennbarer Teil des Rechts ist.¹¹⁸

Auf der „Empfängerseite“ lässt sich die Frage empirisch untersuchen, ob die Wertsetzungen des Gerichts angenommen oder abgelehnt werden. Hier ist auf der einen Seite von Bedeutung, was die Forschung zum Vertrauen in das Verfassungsgericht untersucht. Dass dieses Vertrauen nämlich nicht unabhängig vom Werteangebot des Gerichts ist, zeigen Studien, die eine (wenn auch kurzfristige) Abnahme des Vertrauens in das Bundesverfassungsgericht während der 1990er Jahre zeigen, als das Gericht viele kontroverse Urteile fällte, die Wert-

117. „Ethos“ bezieht sich dabei auf die „Haltung des Redners: Wie bezieht er sich auf die Sitten, die Institutionen und prägenden Wertvorstellungen seines Umfelds?“. Sobota zählt zu Ethos-Argumenten „Autoritätsargumente (dieses ist so, weil jener - eine respektable Person oder Institution - das auch sagte), Textargumente (dies ist so, weil es geschrieben steht) und Quellenangaben (dort genau steht es), da diese für professionelle Gewissenhaftigkeit, Kontinuitätsbestreben und Achtung vor dem Hergebrachten sprechen“. „Pathos“ schließlich verweist auf nicht-argumentative rhetorische Figuren, die vor allem zur emotionalen Überzeugung dienen. Kritisch zur verwendeten Methode Wohltrap, 2005.

118. Da Werte Teil einer Erzählung über das „gute Leben“ sind, betreffen sie auch in besonderer Weise die emotionale Seite des Rechts. Debatten über moralisch-ethische Aspekte des Rechts sind Teil des Rechts selbst und von ihm nicht zu trennen (hierzu Bades, 2008). So ist zum Beispiel auch die Übernahme von Rechtsprechung oder juristischen Argumentationsfiguren aus anderen Rechtsordnungen keine rein technische Frage, sondern impliziert Urteile über den „Wert“ dieser Rechtsprechung, sowohl im Gericht als auch innerhalb dessen Teilöffentlichkeiten. Anschaulich sind die wütenden Reaktionen, die der U.S. Supreme Court mit seinen Verweisen auf Rechtsprechung anderer Länder in Urteilen zur Todesstrafe in der juristischen Literatur der Vereinigten Staaten ausgelöst hat (siehe etwa Posner/Sunstein, 2006; Alford, 2004).

vorstellungen betrafen (Vorländer/Brodocz, 2006). In der veröffentlichten Meinung finden sich die Hinweise auf Akzeptanz oder Ablehnung der verfassungsrichterlichen Wertangebote expliziter und können durch Textanalysen dokumentiert werden. Allerdings gibt es hierzu bisher noch wenig Forschung. Die vorangegangenen Überlegungen zur „Logik der Angemessenheit“ lassen sich jedenfalls auf die Frage übertragen, ob das Wertangebot der Verfassungsgerichte angenommen oder abgelehnt wird. Dies betrifft auf der einen Seite die inhaltliche Frage: Sind die Wertangebote mit den Vorstellungen der verschiedenen Teilöffentlichkeiten kompatibel? Sind sie es, tritt kein Legitimitätsproblem auf. Im Fall einer „Wert-Dissonanz“ ergibt sich auf der anderen Seite die Frage, aus welchen Gründen hingenommen wird, dass das Verfassungsgericht Werte setzt, die den eigenen widersprechen.

Diese Frage wiederum kann nur empirisch geklärt werden. Sicherlich ist von Bedeutung, inwieweit die Werte-Dissonanz überhaupt sichtbar und den Teilöffentlichkeiten bewusst ist. Auch muss untersucht werden, ob die Wertesetzung wirklich hin- und aufgenommen wird oder nur kein organisierter Widerstand sichtbar ist, etwa weil der Unwillen diffus bleibt oder andere Probleme im untersuchten Zeitraum in den Vordergrund rückten. In Anlehnung an Webers Konzept charismatischer Herrschaft lässt sich aber auch Rottleuthners Vorstellung des Richters als „charismatischer Gesetzespriester“ auf das Verfassungsgericht übertragen: Vielleicht können Verfassungsgerichte auch ein Bedürfnis in Politik und Bevölkerung nach einem „Heilsbringer“ erfüllen, der in unübersichtlichen Zeiten für neuartige, manchmal sogar revolutionäre Ideen steht, die einen Bruch mit früheren Zuständen darstellen. In diesem Fall ist die Gründerrolle mit Zuschreibungen außeralltäglicher „Klugheit“ verbunden: Anders als der politische Prozess, der von Kampf und Kompromissen gekennzeichnet ist, tritt das Verfassungsgericht als jemand auf, der ein privilegiertes Verhältnis zum Wahren und Richtigen hat.

3.3.3 Aufgabe: Neue Rechtskulturelle Identität schaffen

Die Bedeutung des „Gründers“ in einer Transformationsgesellschaft ist weitaus ambivalenter als der „Hüter“ und „Schiedsrichter“. Wie ich oben argumentiert habe, liefert die empirische Beschreibung dieser Rollen Argumente für deren normative Legitimität. Der „Hüter“ sorgt für normative Transparenz und kann zur Durchsetzung inhaltlich unumstrittener Normen der Verfassung beitragen, unabhängig vom Inhalt dieser Verfassung. Der „Schiedsrichter“ kann der Konfliktbearbeitung dienen und damit die Funktionsfähigkeit des demokratischen Systems aufrecht erhalten. Beim „Gründer“ hängt die normative und empirische Legitimität vom Anklang der gesetzten Werte beim Publikum ab.

Die positive Version der Gründerrolle in Demokratisierungsphasen kann folgendermaßen beschrieben werden: Das Verfassungsgericht setzt durch seine Rechtsprechung Werte, die der Formierung der neuen rechtsstaatlichen und de-

mokratischen Identität dienen. Es negiert auf diese Weise die Werte, die aus der vordemokratischen Phase stammen. Das vom Gericht wertemäßig aufgeladene Verfassungsrecht wird so ein eigenes strukturelles Element des Transformationsprozesses. Das Gericht kann die Akzeptanz der neuen Werte in der Bevölkerung nicht alleine bewirken. Die Rechtsprechung des Gerichts verstärkt aber bestimmte Diskurse und entscheidet Rechtsfragen in einer bestimmten Weise, die institutionelle Fakten schafft und damit Sozialisationsprozesse verändert.

Eine negative Interpretation verfassungsgerichtlicher Wertevermittlung ähnelt der Kritik an verfassungsrichterlichem Werteaktivismus in etablierten Demokratien, wie sie etwa Bork vertreten hat. Sie stellt auf die mangelnde Legitimation des Gerichts ab. Die normative Kritik lautet, dass ein Gericht nicht als „Erzieher“ der Gesellschaft zu wirken habe. Die Werte, die in einer Gesellschaft mehrheitlich vertreten werden, müssen sich in der Gesetzgebung der Mehrheit verwirklichen können. Die soziologische Kritik, wie sie etwa Wojciech Sadurski (2005) vorgebracht hat, fürchtet einen Schaden für die demokratische Entwicklung der postautoritären Gesellschaften. Wenn das Verfassungsgericht als „Rat der Weisen“ oder als „Philosophenkönig“ oder neues „Politbüro“ (Holmes, 1993:23) die wesentlichen Wertentscheidungen für die Gesellschaft trifft, erstickt das den demokratischen politischen Prozess, der von Streit und Aushandlungsprozessen lebt. Stephen Holmes und Cass Sunstein (1995:299) warnen vor den „zerstörerischen Konsequenzen“:

If a constitutional court can successfully convince the citizenry of a new democracy that it alone defends the deepest interest of the people, then it will have helped erode further the feeble legitimacy of the representative assembly. This is harmful to the liberal cause the judges aim to help.

3.4 Zusammenfassung

In diesem Kapitel habe ich drei idealtypische Rollen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Demokratisierungsprozessen entwickelt, die sich, so das Argument, empirisch nachweisen lassen. Ich habe argumentiert, dass diese Rollen insoweit antagonistisch angelegt sind, als sie ein Gericht in verschiedene Richtungen ziehen, d.h. dass ein „mehr“ der einen Rolle ein Urteil anders ausfallen lässt als die Präferenz einer anderen Rolle. Der „Hüter“ hat eine konservierende Funktion: Die Erwartungen, die an den „Hüter“ gerichtet werden, sind, dass er – zumindest nach juristischen Maßstäben – voraussehbar urteilt. Die Ergebnisse seiner Rechtsprechung dürfen nicht willkürlich erscheinen. Der „Schiedsrichter“ steht für eine Institution, die ein Verfahren zur Bearbeitung von Konflikten anbietet. Sein Verhältnis zum Recht ist pragmatisch und die Logik der Interessensabwägung wichtiger als die Konsistenz des Urteilens. Erwartet wird, dass das Gericht neutral und fair urteilt und die politische Minderheit bzw. den

„Schwächeren“ schützt. Der „Gründer“ schließlich ist die Rolle, die am polarisierendsten wirkt: Das Gericht versucht, durch seine Rechtsprechung das normative Universum der politischen Gemeinschaft zu verändern und muss dabei darauf achten, dass diese Wertangebote von seinen Teilöffentlichkeiten auch angenommen werden.

Die bisherige Darstellung ging davon aus, dass sich die Darstellung der Rolle und die tatsächliche Rolle entsprechen. Das heißt, dass die Gerichte ihre Rolle als Hüter, Schiedsrichter oder Gründer ihrem Publikum auch explizit vermitteln. Das ist allerdings nicht immer der Fall. Die Metapher des „Hüters der Verfassung“ lädt geradezu dazu ein, alle anderen möglichen Funktionen des Gerichts als das „Hüten“ der Verfassung auszugeben. Dies ist möglich, insoweit dem Gericht die Deutungsautorität zugeschrieben wird, d.h. keine anderen Akteure diese Autorität erfolgreich bestreiten können. Auf der Grundlage der hier entwickelte Idealtypik verfassungsrichterlicher Rollen kann aber erwartet werden, dass diese Behauptung ständigen Anfechtungen unterliegt und nur unter ganz bestimmten Umständen aufrecht erhalten werden kann.

In den nun folgenden Kapiteln wende ich den im vorigen und in diesem Kapitel entwickelten Analyseansatz auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in der frühen Bundesrepublik und in Ungarn an. Durch eine relativ detaillierte Analyse des Urteilstextes und der (rekonstruierbaren) Reaktion der Teilöffentlichkeiten wird versucht, die einzelnen Urteile in ihr politisches und gesellschaftliches Umfeld einzubetten. Im Vordergrund steht die theoretische Fragestellung dieser Arbeit: Welche Rolle des Gerichts wird in den Selbst- und Fremdzuschreibungen deutlich, und wie kann eine funktionale Analyse der einzelnen Urteile und deren Folgen aussehen? Eignen sich die beschriebenen Rollentypen dazu, das Handeln der Verfassungsgerichte und die Reaktion der diversen Teilöffentlichkeiten zu beschreiben? Helfen sie uns, die Entwicklungen besser zu verstehen?

Kapitel 4

Das Bundesverfassungsgericht, 1952-1961

Das Kapitel analysiert im ersten Teil kurz die Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), das als Kompromiss zwischen höchst unterschiedlichen Vorstellungen entstand. Dabei wird deutlich, dass die „Entscheidung zugunsten eines BVerfG als selbständigem Verfassungsorgan nicht selbstverständlich“ war (Schiffers, 1984:67). Die Vorstellungen über die Rolle, die das Gericht später spielen sollte, waren sehr unterschiedlich. Alle drei im vorherigen Kapitel dargestellten Rollenmodelle wurden von den Teilnehmenden der Verhandlungen thematisiert.

Der zweite Abschnitt des Kapitels untersucht einzelne, besonders kontrovers diskutierte Entscheidungen im Detail, um die Anteile der verschiedenen Rollen des Verfassungsgerichts herauszuarbeiten. Der dritte Teil analysiert die Rollenmodelle des Gerichts urteilsübergreifend und mit Ausblick auf die späteren Entwicklungen. Dabei wird deutlich, wie stark das Bundesverfassungsgericht in der Frühphase seiner Geschichte die normative Ordnung der Bundesrepublik geprägt und damit die Rolle eines Mit-„Gründers“ übernommen hat.

4.1 Entstehungsgeschichte

Das Bundesverfassungsgericht stellte eine echte institutionelle Innovation in der Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland dar. In der Weimarer Republik existierte eine schwache Form der konkreten Normenkontrolle: Das Reichsgericht hatte 1925 den unteren Gerichten erlaubt, Gesetze, die sie für verfassungswidrig hielten, nicht anzuwenden. Zu einer verfassungsrechtlichen Normierung dieser Befugnis kam es aber nicht mehr, und sie erlangte auch keine Bedeutung im politischen System Weimars (Wehler, 1979:100-124).

Die drei Phasen der Entstehung des Verfassungsgerichts können hier nicht detailliert nachgezeichnet werden.¹¹⁹ Zunächst wurde über die Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit während des Herrenchiemseer Verfassungskonvents (10. bis 23. August 1948) verhandelt; dann folgten die Debatten im parlamentarischen Rat (September 1948 bis zum Mai 1949), die schließlich zur Formulierung der entsprechenden Artikel im Grundgesetz führten; schließlich wurden die Grundgesetzbestimmungen einfachgesetzlich konkretisiert und als Gesetz über das Bundesverfassungsgericht am 12. März 1951 verabschiedet.

119. Siehe zu den einzelnen Phasen Säcker, 1987; Niclaß, 2006; Schiffers, 1984; einen Gesamtüberblick bieten die Studien von Laufer (1968) und Wengst (1984).

Die Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts ist durch mehrere Faktoren geprägt. Zum einen sahen mehrere Verfassungen der Bundesländer, die schon einige Zeit vor dem Grundgesetz verabschiedet worden waren, Verfassungsgerichte vor.¹²⁰ Die Verfassungsgerichte dienten über die zahlreichen Einzelregelungen in den gesetzlichen Grundlagen den Verfassungs- und Gesetzgebern als Vorlage.¹²¹ Zweitens sahen fast alle verfassungspolitischen Vorschläge aus den Jahren 1946 bis 1948 von politischen Parteien, Länderregierungen oder von den Besatzungsmächten eingesetzten Institutionen der Selbstregierung eine Art von Verfassungsgericht vor.¹²² Für die CDU und CSU, die einen Föderalstaat anstrebten, war das Verfassungsgericht die Institution, die Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern und solche unter den Ländern entscheiden sollte. Die Verfassungspläne der SPD sahen einen Zentralstaat vor, der sich stark an der Weimarer Verfassung orientierte. Im „Rechts- und Verfassungsausschuss“ des „Zonenbeirats für die britische Zone“ diskutierten Vertreter der politischen Parteien ab März 1946 über die zu schaffenden Verfassungsstrukturen Deutschlands. Nach Schiffers (1984:69) empfahlen damals alle Parteien mit Ausnahme der KPD

als Hüter der Verfassung und der durch sie begründeten Rechte und Pflichten eine oberste unabhängige richterliche Instanz in Gestalt eines Staatsgerichtshofes (Verfassungsgerichtshofes, Bundesgerichtshofes). Als wichtigste Aufgabe war dem Staatsgerichtshof die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Reich [sic] und Ländern zugeordnet, die sich aus den durch die Verfassung geschaffenen Verhältnissen zwischen beiden ergeben könnten.

Die Begründung für die Notwendigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit war überwiegend, dass das Rechtsstaatsprinzip einen besonderen Schutz der Verfassung und der Rechte der Bürger erfordere. Dies bedeutete

zugleich eine Absage an die in der Vorkriegszeit verbreitete Auffassung, daß die Gerichte die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze nur nach formalen Gesichtspunkten zu prüfen hätten. Die Gerichte sollten vielmehr bei jedem angewandten Gesetz und jeder

120. Bayern, Hessen, Württemberg-Baden, Baden und Württemberg-Hohenzollern. Vgl. hierzu und zum folgenden Schiffers, 1984:67ff.

121. Dies war vor allem für die Themen der Richteranklage und Richterwahl der Fall. Schiffers, a.a.O.

122. Schiffers (1984:71) stellt fest: „Vergleicht man die zahlreichen Vorschläge und Modelle für eine gesamtstaatliche Ordnung aus den Jahren 1946 bis 1948, so sahen die meisten eine mehr oder weniger ausgebildete Staats- bzw. Verfassungsgerichtsbarkeit vor, die entweder als Teil eines Obersten Gerichts oder selbständig errichtet werden sollte. Sie sollte fast immer für die Lösung föderaler Konflikte zuständig sein, häufig auch für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und für die Minister- bzw. Präsidentenanklage. Die verfassungsrechtliche Entscheidung über Streitigkeiten zwischen Organen des Gesamtstaates sowie über die Verletzung von Grundrechten einzelner wurde dagegen nur in wenigen Entwürfen empfohlen.“

Verordnung auch prüfen, ob sie nicht im Widerspruch zur Verfassung stünden. In letzter Instanz sollten derartige verfassungsrechtliche Fragen von einem dafür zuständigen obersten Gerichtshof entschieden werden. (Schiffers, 1984:72)

Daneben sprach der bundesstaatliche Aufbau, der sich in den Planungen durchgesetzt hatte, für ein Verfassungsgericht:

Die meisten Verfassungsentwürfe trugen dieser Entwicklung dadurch Rechnung, daß sie für die Schlichtung von Konflikten zwischen den Gliedstaaten einen Staats- oder Verfassungsgerichtshof vorsahen und so eines der historischen Kerngebiete der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit bestätigten. (Ebd.: 72)

Auch die westlichen Alliierten betonten an verschiedener Stelle, dass eine oberste Gerichtsbarkeit zum Schutze der Verfassung notwendig sei, sie mischten sich aber nicht in die rechtliche Ausgestaltung ein. (Ebd, 70-71)

4.1.1 Verfassungskonvent

Die Planungen für eine neue Verfassung konkretisierten sich mit den „Frankfurter Dokumenten“, mit dem die Militärgouverneure der westlichen Besatzungszonen die Ministerpräsidenten die elf „westlichen“ Länder im Juli 1948 autorisierten, eine konstituierende Nationalversammlung einzuberufen. Die Ministerpräsidenten beschlossen die Einberufung eines Verfassungskonvents, in dem jedes Land durch einen Bevollmächtigten vertreten war, und der Eckpunkte für einen Verfassungsentwurf erarbeiten sollte. Die Teilnehmer des Konvents, der auf der Herreninsel im Chiemsee tagte, verstanden sich als Expertengremium, das auf fachlicher Grundlage Vorschläge für die späteren politischen Entscheidungsprozesse erarbeiten sollte. Die Arbeit des Konvents war nach Säcker (1987:266) durch „akademische Beschaulichkeit“, Konsensstreben und hohe Arbeitseffizienz gekennzeichnet. Parteipolitische Differenzen kamen selbstverständlich zum Vorschein, konnten aber das Streben nach einvernehmlichen Lösungen nicht wesentlich beeinträchtigen. Wo kein Konsens gefunden wurde, wurden im Abschlussdokument die Alternativen benannt.¹²³

Die Mitglieder des Konvents versuchten, verfassungsrechtliche Antworten auf die katastrophalen Erfahrungen der vergangenen Jahrzehnte zu finden. Eine der Lehren aus der Vergangenheit war für die meisten Teilnehmer das Misstrauen gegenüber der Fähigkeit der deutschen Bevölkerung, mit der parlamentarischen Demokratie selbstständig und verantwortlich umzugehen. Gleichzeitig wurde dem Prinzip der Stabilität mehr Gewicht eingeräumt als Aspekten der Repräsentation. Bestimmungen wie das konstruktive Misstrauensvotum (Artikel 90 Abs. 1) sollten die Lähmung des Parlaments verhindern, die in der Wei-

123. Das Abschlussdokument ist auch unter <http://www.verfassungen.de/de/de49/chiemseerentwurf48.htm> veröffentlicht.

marer Zeit durch die zahlreichen Parlamentsauflösungen und Regierungswechsel verursacht worden war; die Fünfprozenthürde (Art. 47 Abs. 5) sollte die Fragmentierung des Parlaments vermeiden. Mit den negativen Erfahrungen aus Weimar ist auch zu erklären, dass der Bundespräsident nicht mehr vom Volk, sondern vom Parlament gewählt und von einem exekutiven zu einem repräsentativen Amt zurückgestuft wurde. Auf effektive plebiszitäre Verfahren wurde auf bundesstaatlicher Ebene ganz verzichtet.

Gleichzeitig ging es aber auch darum, durch die Ergebnisse des Konvents eine Ausstrahlungswirkung auf die Bevölkerung in den West- und den Ostzonen zu erreichen. So äußerte sich der Delegierte Hermann Brill im August 1948 folgendermaßen:

Für die Menschen der sowjetischen Besatzungszone, die nach Menschenrechten dürsten und keine haben, und für den Kampf in Berlin aber scheint es mir von größter propagandistischer Bedeutung zu sein, daß wir sagen können: Für uns steht die Idee der menschlichen Freiheit allen anderen Staatszwecken voran. (zit. in Säcker, 1987:70)

Die Einführung eines Bundesverfassungsgerichts, das „das oberste Bundesgericht oder eines der obersten Bundesgerichte“ und zuständig „für Fragen des Bundesstaatsrechts“ sein sollte (Art. 97) entsprach dieser Absicht. Einerseits sollte das Gericht die Macht des Parlaments und der Exekutive begrenzen, in dem es die Verfassungsmäßigkeit von Bundes- und Landesrecht sicherstellte (Art. 98 Nr. 4). Die Verfassungsrechte des Einzelnen wurden darüber hinaus durch eine „Verfassungsbeschwerde“ (Art. 98 Nr. 8) geschützt. Durch diese erhielten, so der Kommentar, „die Grundrechte erst ihren vollen Charakter als subjektive Rechte“.¹²⁴

Das Verfassungsgericht erscheint auch als Schiedsrichter bei „Verfassungstreitigkeiten zwischen obersten Bundesorganen oder Teilen von solchen, die in diesem Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet sind“ und bei „öffentlich-rechtliche[n] Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern und zwischen den Ländern“.

Die neue Institution sollte in Verbindung mit der prominenten Platzierung der Grundrechte am Anfang der Verfassung ein Signal senden, dass die Bundesrepublik –im Gegensatz zum Regime im sowjetisch besetzten Teil Deutschlands– die Durchsetzung der Grundrechte ernsthaft verfolgte. Die „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und seine zu ihrer Durchführung erlassenen Anordnungen“ sollten „für alle Gerichte und sonstigen Behörden bindend“ sein. Seine Feststellungen zur Nichtigkeit eines Gesetzes erhielten Gesetzeskraft

124. Niclaß (2006:119) bemerkt dazu: „Im Bericht des Konvents heißt es aber einschränkend, die Einführung der Verfassungsbeschwerde werde ‚lediglich zur Erwägung gestellt‘. In der Diskussion des Konvents blieb sie umstritten, weil man Überschneidungen mit dem Verfahren der konkreten Normenkontrolle und mit Entscheidungen ‚anderer oberster Gerichte‘ befürchtete“.

(Art. 99 Abs. 1 und 2). Dabei stellt der Kommentar zu Art. 99 fest, dass das Gericht „kein neues Recht setzen“, sondern nur das vorhandene Verfassungsrecht sichern dürfe.

Wie genau das Bundesverfassungsgericht ausgestaltet werden sollte, ob als separates eigenes Gericht oder als Teil eines neuen „Obersten Bundesgerichts“, blieb umstritten und wurde den nachfolgenden politischen Diskussionen überlassen. Auch zur Frage der Zusammensetzung des Gerichts und der Richterwahl konnte kein Konsens gefunden werden. Man war sich „einig in der Prognose, daß der Gerichtshof im Grenzbereich von Recht und Politik würde judizieren müssen“ (Säcker, 1987:275), aber nicht darüber, welche institutionellen Konsequenzen sich daraus ergeben sollten. Einige meinten, der Gefahr einer Politisierung des Gerichts am besten dadurch vorbeugen zu können, dass „in diesen Gerichtshof nur Juristen kommen, die die Rechtsfragen entscheiden und sich nicht mit politischen Erwägungen belasten“ (zitiert in Säcker, 1987:275).

Andere waren der Ansicht, dass die Qualifikation der Richter einen „Überblick über die gesamte politische Lage“ erfordere (ebd.) und daher die Möglichkeit geschaffen werden sollte, auch politisch erfahrene juristische Laien in das Gericht zu wählen. Carlo Schmid's Plädoyer gegen eine rein juristische Zusammensetzung der Richterschaft ist beispielhaft für das Misstrauen, dass innerhalb der SPD der Richterschaft entgegengebracht wurde. Er sprach von der „déformation professionnelle“,

die unter Umständen auch darin bestehen kann, Dinge für Rechtsfragen zu halten, die in Wirklichkeit politische Fragen sind, und auch darin, zu glauben, daß die Argumente, die man anwendet, juristische Argumente seien, während es im wesentlichen unbeußt politische Argumente sind (zitiert in Säcker, 1987:275).

Das Abschlussdokument konnte so verstanden werden, dass das Bundesverfassungsgericht eine den anderen Verfassungsorganen gleichgestellte Institution sein sollte. Das kam dadurch zum Ausdruck, dass das Gericht nicht im Abschnitt über „Die Rechtspflege“, sondern noch vor dem Parlament und gleich nach der Bundesregierung in einem eigenen Abschnitt geregelt wurde. Auch bestimmte etwa Art. 79 Abs. 1, dass der Bundespräsident „im Falle seiner Verhinderung durch den Vorsitzenden des Bundesverfassungsgerichts vertreten“ würde.

4.1.2 Parlamentarischer Rat

Der Verfassungskonvent hatte sich weitgehend an die „Arbeitshypothese“ gehalten, er „sei ein Gremium von Sachverständigen“ (Nielauß, 2006:121). Nachdem er seine Schlussdokumente übergeben hatte, trat am 1. September 1948 mit dem Parlamentarischen Rat ein stärker nach Parteilinien debattierendes Forum zusammen, in dem alle Entscheidungen auch daran gemessen wurden, wel-

che Konsequenzen sie für die künftige Machtbalance zwischen Regierung und Opposition hätten. Heutige Methoden demoskopischer Forschung standen den Parteistrategen noch nicht zur Verfügung. Keine der Parteien konnte darauf vertrauen, im Parlament, das auf der Grundlage der zu schaffenden Verfassung gewählt würde, die Mehrheit zu stellen.

Die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit war bei allen Parteien bis auf die KDP unstrittig. Bei den organisatorischen Details bildeten sich aber fast die selben Konfliktlinien wie im Verfassungskonvent. Dabei standen sich die Vertreter eines stärker in die normale Justiz integrierten „Obersten Bundesgerichts“ mit Gesetzesprüfungsrecht denen gegenüber, die eine eigenständige und politischere Verfassungsjustiz befürworteten. Wie Niclaß (2006:122) nachzeichnet, wurden

die unterschiedlichen Demokratie- und Verfassungsvorstellungen im Parlamentarischen Rat bei den Beratungen über das BVerfG vor allem am Beispiel von drei Themenbereichen deutlich: Die Organisation des Gerichts, seine Kompetenzen und seine Stellung in der oberen Bundesgerichtsbarkeit bildeten das Hauptthema der Ausschussberatungen im Parlamentarischen Rat. Die Organisations- und Kompetenzfragen waren aber immer unlösbar verbunden mit dem zweiten Themenbereich, mit der Frage nach der personellen Besetzung des Gerichts. Als drittes kontroverses Thema kam später die Möglichkeit der Richteranklage vor dem BVerfG hinzu.

Der Parlamentarische Rat entfernte sich von den Vorstellungen des Verfassungskonvents, das dem Bundesverfassungsgericht einen eigenen Abschnitt in der Verfassung gewidmet hatte. Die Bestimmungen zum Verfassungsgericht wurden in den 9. Abschnitt verschoben, der die „Rechtsprechung“ behandelt und das Gericht damit deutlich abgewertet. Auch die Verfassungsbeschwerde, die der Entwurf des Konvents noch vorgesehen hatte, wurde nicht übernommen. Auf der anderen Seite konnten sich auch die Unterstützer eines „Obersten Bundesgerichts“, die auf ein unpolitisches und relativ schwaches Verfassungsgericht abzielten, nicht durchsetzen. Das „Oberste Bundesgericht“ erschien zwar im Verfassungstext, wurde aber nie errichtet.¹²⁵ Das Verfassungsgericht behielt seinen umfangreichen Kompetenzkatalog und seine eindeutige Hervorhebung gegenüber den anderen Bundesgerichten.¹²⁶ Die genaue Stellung im Staatsgefüge blieb in der endgültigen Fassung des Grundgesetzes vom 23. Mai

125. Siehe Art. 92 und 95 in der Fassung vom 23. Mai 1949. Stattdessen wurde für „die Gebiete der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit [...] als oberste Gerichtshöfe den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht“ errichtet, wie es in Art. 95 Abs. 1 in der Fassung vom 18. Juni 1968 heißt.

126. Schon die Reihenfolge der Nennung in Art. 92 Abs.1 in der ursprünglichen Fassung zeigt diese Hierarchisierung: „Die rechtsprechende Gewalt [...] wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch das Oberste Bundesgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.“ Siehe Niclaß, 2006:124.

1949 unklar – ein Grund, warum es später zum Streit über den „Status“ des Gerichts kam (Siehe Abschnitt 4.2.2).

Trotz kleiner Abwertungen hielt sich der Parlamentarische Rat insgesamt an die Konzeption des Verfassungskonvents. Das Bild des „Hüters der Verfassung“ und des „Schiedsrichters/Schlichters“ in föderalen oder anderen staatsorganisatorischen Streitigkeiten lässt sich in den politischen Verhandlungen genauso wiederfinden wie in denen der Herrenchiemseer Expertengespräche. Hintergrund hierfür war auch, dass die politischen Lager nicht wissen konnten, welche Position sie im zukünftigen Parlament haben würden. Deswegen bot sich an, einen starken Akteur zu schaffen, der einerseits die Einhaltung der Regeln erzwingt (Hüter) und andererseits in der Lage war, Konflikte autoritativ zu entscheiden bzw. zu schlichten.

Diese Motivation erklärt aber die Beweggründe der Politiker nicht vollständig. Zwar wurde die Rolle des Gerichts als Gestalter der Rechtsordnung nicht thematisiert bzw. durch die Forderung mancher Redner, das Gericht dürfe nur Recht sprechen, explizit abgelehnt. Indirekt aber knüpften doch viele Beteiligte, vor allem aus der SPD, die Hoffnung an das neue Gericht, nach innen und außen eine Ausstrahlungswirkung zu entfalten, die über die „hütende“ und „richtende“ Rolle hinausging. Das Gericht sollte auch als Symbol für das neue, rechtsstaatliche Deutschland stehen, das sich zu den humanistischen und freiheitlichen Werten bekannte, die im Grundrechtsteil der Verfassung niedergelegt waren. Wenn es diese Funktion erfüllen sollte, musste es diese sehr allgemein formulierten Bestimmungen auf ganz konkrete Fälle anwenden. Es war, wie Kelsen schon in seinen Schriften festgestellt hatte, völlig unmöglich zu verhindern, dass das Gericht dabei die normative Ordnung verändern würde, in anderen Worten, neues Recht schaffen würde. Dies war für jeden offensichtlich, der die intensiv geführten Methodendebatten in der deutschen Rechtswissenschaft der letzten Jahrzehnte vor der Machtübernahme der Nationalsozialisten miterlebt hatte.

4.1.3 Beratungen über das Bundesverfassungsgerichtsgesetz

Die Debatten zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz fanden erst im nach der neuen Verfassung konstituierten Bundestag statt, in dem eine Koalition von CDU/CSU, FDP und DP die Mehrheit hatte. Da die Herrschaftsverhältnisse geklärt waren, hatten sich auch Bedingungen der Beratungen im Parlament im Vergleich zu den verfassungsgebenden Foren deutlich geändert: Die SPD hatte als Oppositionspartei ein großes Interesse an einem starken und zugänglichen Verfassungsgericht; für die Regierungsparteien war es deutlich weniger attraktiv, einen möglichen Gegenspieler über die bereits grundgesetzlich vorgeschriebenen Kompetenzen hinaus zu stärken. Trotzdem zeigt eine Analyse der Verhandlungsprozesse, dass die Akteure nicht entlang einfacher Kosten-Nutzen-Kalküle handelten.

Zu den noch ungelösten Fragen (Gerichtsorganisation, Qualifikation der Richter und Wahlmodus) vertraten die Parteien sehr unterschiedliche Standpunkte.¹²⁷ Die Regierung hätte ihre Vorstellungen mit ihrer Parlamentsmehrheit durchsetzen können, wollte aber ein „Majoritätsgesetz“ vermeiden.¹²⁸ Es wurde daher ein Unterausschuss eingesetzt, in dem Abgeordnete aller Parteien mit Ausnahme der KPD vertreten waren, mit der Aufgabe, einen konsensfähigen Entwurf zu erarbeiten. Das Ergebnis der Ausschussarbeit¹²⁹ und der darauf folgenden parlamentarischen Beratungen ist von vielen Kompromissen und einigen Unstimmigkeiten gekennzeichnet, die die Arbeit des Gerichts in der Folgezeit erschwerten. Das betrifft etwa die Einteilung in zwei Senate, von denen der erste für Grundrechte, der zweite für Staatsorganisationsfragen zuständig sein sollte. In dieser Aufteilung spiegelt sich noch die ursprüngliche Vorstellung von einer Trennung zwischen einem „Verfassungsgericht“ und einem „Staatsgerichtshof“ bzw. „Obersten Bundesgericht“ wieder. Den zweiten Senat hielten die Parlamentarier für den wichtigeren, dies führte auch später dazu, dass dort eine Mehrheit von CDU-Richtern gewählt wurde. Der Kompromisscharakter des BVerfGG bedingte weiterhin den konsensualen Wahlmodus, der seitdem dafür sorgt, dass die Richter in Paketlösungen gewählt werden. Befürworter dieses Wahlmodus argumentieren, dass dadurch im Ergebnis vermieden wird, dass Extrempositionen ins Gericht kommen oder die Richterwahl das Thema öffentlicher politischer Kämpfe wird.¹³⁰ Gegen die Stimmen der SPD, die Berlin bevorzugte, konnte sich die Konzeption des Justizministeriums durchsetzen, die als Sitz des BVerfG Karlsruhe vorgesehen hatte, wo schon der Bundesgerichtshof angesiedelt worden war (Lauer, 1968:137).

Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht wurde am 1. Februar 1951 vom Deutschen Bundestag gegen die Stimmen der KPD-Abgeordneten verabschiedet. Es gehört

127. Siehe Schiffers, 1984:127-128; ausführlich Laufer, 1968:93-139.

128. Laufer (1968:122) berichtet, dass der CDU-Abgeordnete (und spätere Bundeskanzler) Kurt Kiesinger seine Partei überzeugen konnte, dass es unmöglich sei, ein Gesetz über die Struktur des BVerfG ohne Mitwirkung der Minderheit zu verabschieden und alles dafür getan werden müsse, um zu einer Einigung zu gelangen.

129. „Entscheidend für die Ausgestaltung des BVerfGG blieben neben dem im Ausschuss vor allem von Geiger vertretenen Regierungsentwurf die Vorstellungen der Parteien, die vor allem durch die Abgeordneten Arndt (SPD), Kiesinger (CDU), Laforet (CSU) und v. Merkatz (DP) auf Inhalt und Verlauf der Beratungen einwirkten“ (Schiffers, 1984:77). Wie Schiffers (1984:91) schreibt, beeinflussten diese Abgeordneten ihre Fraktionen aufgrund ihrer Sachkenntnis stärker als umgekehrt: „Dem ‚Trio‘ der Parlamentarier Arndt, Kiesinger und v. Merkatz stand im Ausschuss häufig von der Regierungsseite als ‚Solo‘ der damalige Oberlandesgerichtsrat Geiger gegenüber“.

130. Zur hier nicht weiter verfolgten Debatte um die demokratietheoretischen Probleme der Richterwahl siehe Preuß, 1987, 1998; Landfried, 2006.

zu den langwierigsten, aber wohl auch ausgereiftesten Gesetzesvorhaben der ersten Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, und sein endgültiger Wortlaut war vor allem ein Kompromiss zwischen dem Regierungsentwurf, den der damalige Oberlandesgerichtsrat im Bundesjustizministerium und spätere Bundesverfassungsrichter Geiger ausgearbeitet hatte, und dem zeitlich vorausgegangenen Entwurf der SPD-Fraktion, der in seinen Grundzügen von dem Abg. Adolf Arndt stammte (Schiffers, 1984:75).

Arndt bezeichnete das BVerfG nach der Annahme des Gesetzes in einer Rede als „Krönung der Rechtssicherheit“ und als den „Schlussstrich einer Entwicklung“, die man als „negative Revolution“ bezeichnen könne, weil sie zu bereits etablierten Werten wie der Rechtsstaatlichkeit zurückkehre.¹³¹ Allerdings zeigen Arndts weitere Ausführungen die Ambivalenz der Rolle, die die SPD dem Gericht zuschrieb:

Unsere Vision des Rechtsstaats ist die des Gerechtigkeitsstaates, des insbesondere durch seine soziale Gerechtigkeit legitimierten Staats; und gerade, weil wir uns zu der Auffassung bekennen, daß das BVerfG ein echtes Gericht zu sein hat, muß ich erklären, daß auch dieses Gericht mit aller Sorgsamkeit sich davor hüten sollte, eine politische Führungsaufgabe übernehmen zu wollen, die ihm nicht zukommt. Erst dann wird das BVerfG seine so bedeutungsvolle Aufgabe erfüllen können, ein, wie es in § 1 heißt, allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbstständiger und unabhängiger Gerichtshof zu sein. (zit. in Laufer, 1968:133)

Arndt befürchtete offenbar, dass das Gericht gegenüber den Anstrengungen der SPD, einen „Gerechtigkeitsstaat“ zu schaffen, die Rolle eines Bremsers spielen würde. Deswegen warnt er das Gericht davor, politische Ambitionen zu entwickeln. Arndt vertraute offenbar darauf, dass die richtige Auswahl der Richter diese Haltung im Gericht festigen würde. Angesichts der umfangreichen Kompetenzen des Gerichts und dessen – von der SPD unterstützten – Anspruchs auf Gleichordnung gegenüber den anderen Verfassungsorganen, konnte er sich allerdings dessen nicht sicher sein.

Mit der Verabschiedung des BVerfGG im Bundestag war die institutionelle Ausgestaltung des Gerichts komplett. Der Bundesrat hatte zahlreiche Änderungsvorschläge gemacht, die im Unterausschuss nicht berücksichtigt worden waren, ließ das Gesetz aber schließlich doch passieren,¹³² so dass es am 16. April 1951 in Kraft treten konnte. Die Beratungen im Parlament waren durch die doppelte Abgrenzung gekennzeichnet, die schon im Verfassungskonvent

131. Arndt bezieht sich hier auf einen Artikel von Carl J. Friedrich, in dem Friedrich die neuen Verfassungen Europas als solche beschreibt, die keine Utopien herbeiführen, sondern den Menschen Frieden schenken wollen: „These constitutions are not the result of any positive enthusiasm for the wonderful future; they flow rather from the negative distaste for a dismal past“ (Friedrich, 1950:15).

132. Einzelheiten bei Laufer, 1968:134-136.

und im Parlamentarischen Rat zu finden waren: Wie Schiffers (Schiffers, 1984:80) zeigt, entstanden „die Entwürfe des Bundesjustizministeriums für das BVerfGG auch in kritischer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes des Deutschen Reiches aus den Jahren 1921 bis 1939“. Trotz aller Kontroversen war unter den Parteien mit Ausnahme der KPD der Wille deutlich, den Staatsaufbau mit der Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts zu vollenden. Schiffers zeigt dies an der Rhetorik, die in der Debatte verwendet wurde:

Vertretern der politischen Parteien erschien das Bundesverfassungsgericht nicht nur als „Hüter der Verfassung“, sondern auch als „Krönung des Rechtsstaats“, als „Krönung der Rechtssicherheit“ „Wächter der bürgerlichen Freiheiten“ oder auch als ein „Areopag“ und „verfassungsrechtlicher Olymp“. Der Bundestag habe damit, wie sein damaliger Vizepräsident Carlo Schmid feststellte, „einen mächtigen Pfeiler in den Bau der Bundesrepublik eingezogen“. (97)

Der hohe Pathos dieser Äußerungen zeigt, wie stark das Gericht mit Hoffnungen auf eine neue, rechtsstaatliche Zukunft verbunden war, die sich von dem Horror des vorherigen Regimes leuchtend abheben sollte.

4.1.4 Richterwahl

Die Wahl der Richter zog sich noch über eine längere Zeitspanne und war für die Öffentlichkeit wenig transparent.¹³³ Der Bundestag wählte im April 1951 den aus 12 Mitgliedern bestehenden Wahlmännerausschuss,¹³⁴ der die 12 Richter für den ersten und zweiten Senat bestimmte. Im September folgte der Bundesrat mit der Wahl der restlichen 12 Richter. Bundesrat und Wahlmännerausschuss hatten sich zuvor durch einen Unterausschuss abgesprochen. Das Verfahren lief auf eine Absprache zwischen den verfassungspolitischen Protagonisten der CDU/CSU, FDP, DP und SPD heraus, die schon zuvor die führende Rolle bei der institutionellen Ausgestaltung des BVerfG gespielt hatten.

Die Wahlen der Präsidenten und Vizepräsidenten des Verfassungsgerichts zeichneten sich nach Laufer (1968:234) dadurch aus, dass „die Wahlgremien mit mehr oder weniger Erfolg politisch profilierte Persönlichkeiten zu wählen entschlossen waren und dabei gleichzeitig den Parteienproporz berücksichtigten“. Dies ist etwa beim ersten Präsidenten, Hermann Höpker-Aschoff deutlich: Höpker-Aschoff „hatte sich zwar nicht speziell mit verfassungsrechtlichen Fragen beschäftigt – im Parlamentarischen Rat war er Mitglied des Ausschus-

133. Zum Folgenden siehe Laufer, 1968:219-236. Zur Kritik am Verfahren siehe S. 221, Fußnote 55.

134. Mitglieder im Wahlmännerausschuss waren u.a. die schon im Unterausschuss einflussreichen Abgeordneten Laforet, Kiesinger, Arndt, von Merkatz, sowie auch eine Frau (Emmy Meyer-Laude).

ses für Finanzfragen – galt aber – insbesondere da er ein Gegner des Nationalsozialismus gewesen war – als politisch profiliert.“ (Laufer 1968:234) Bei der Wahl des Vizepräsidenten durch den Bundesrat verfuhr man nach den gleichen Kriterien: „man wollte einen politisch integren (Katz musste während des NS-Regimes emigrieren) Vorsitzenden des 2. Senats und Vertreter des Präsidenten, der mit den Geschäften des politischen Prozesses vertraut war“ (Ebd.: 236).

Insgesamt kann man feststellen, dass die Auswahl der Bundesverfassungsrichter in den meisten Fällen „nach Kriterien der persönlichen Integrität“ (Laufer, 1968:252) erfolgte. Im offensichtlichen Gegensatz zum Bundesgerichtshof fanden sich am Bundesverfassungsgericht keine durch den Nationalsozialismus vorbelasteten Persönlichkeiten, im Gegenteil waren zahlreiche Verfolgte des Regimes unter den Richtern (Feest, 1964:142-143). Darunter befanden sich einige derjenigen, die bei der Konzeption des Gerichts aktiv mitgearbeitet hatten oder sich im Vorfeld zum Thema wissenschaftlich geäußert hatten. Darunter ist an erster Stelle Willi Geiger zu nennen, der von Seiten des Justizministeriums mit dem parlamentarischen Ausschuss über das BVerfGG verhandelt hatte.¹³⁵ Weiterhin hatten die Richter Leibholz, Katz und Friesenhahn schon zu ihren Vorstellungen über die Rolle des Verfassungsgerichts veröffentlicht (Lembcke, 2007:105-149). Nachdem die Richter nun gewählt waren, konnte das Gericht seine Arbeit beginnen.

4.1.5 Kompetenzen und Rollenzuschreibung

Wie ich in Kapitel 2 argumentiert habe, geben die formalen Kompetenzen Hinweise auf die dem Gericht zugeschriebene Rolle. In der ursprünglichen Fassung des Art. 93 GG wurden dem BVerfG zahlreiche Aufgaben zugeordnet. Zunächst sollte das Gericht über „die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlass von Streitigkeiten“ entscheiden, die v.a. die Kompetenzen der obersten Bundesorgane betrafen (Art. 93 I Nr. 1 i.d. Fassung vom 23. Mai 1949). Das Wort „Streitigkeiten“ macht schon deutlich, dass es hier um schiedsrichterliche Tätigkeit im eigentlichen Sinn geht: Zwar impliziert eine Entscheidung „über den Umfang der Rechte und Pflichten“ auch eine Klärung des objektiven Rechts, das eventuell aus der Entstehungsgeschichte, Systematik oder dem Wortlaut der Verfassung abgeleitet werden kann. Im Vordergrund aber stehen die antizipierten Konflikte zwischen den Staatsorganen über die Abgrenzung von Entscheidungsgewalt, die eine Lösung erfordern, um eine Lähmung der politischen Maschinerie zu verhindern. Die „hütende“ Funktion ist hier nachrangig.

Auch die „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grund-

135. Geiger hatte unter den Richtern wohl die problematischste Vergangenheit, siehe „Mitläufer beim Neuanfang“, FAZ, 2.5.2013.

gesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte“ (Art. 93 I Nr. 2 GG) sind nur auf ersten Blick dem „Hüter“ zuzuordnen. Mit der Wortwahl „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln“ wird anerkannt, dass es unterschiedliche Meinungen über die Verfassungswidrigkeit einer Norm geben kann. Die Formulierung impliziert nicht, dass eine Norm ab dem Moment ihrer Entstehung entweder verfassungswidrig ist oder nicht, wie eine methodenpositivistische Sichtweise argumentieren müsste. Sie wird erst dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht über die „Meinungsverschiedenheiten“ entscheidet, verfassungsmäßig oder verfassungswidrig. Um „Meinungsverschiedenheiten“ geht es auch bei der dritten Zuständigkeit des Gerichts, „Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder“ in der föderalen Ordnung festzulegen (Art. 93 I Nr. 3 GG), wobei sich diese Bestimmung vor allem auf die Frage bezieht, wer die Gesetzgebungskompetenz besitzt, wie die Länder Bundesrecht ausführen müssen und wie der Bund die Länder bei dieser Aufgabe überwachen darf. Aber auch in allen „anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes“ soll das Gericht für Klärung sorgen (Art. 93 I Nr. 4 GG).

Diese Liste der Kompetenzen war nicht abschließend, dem Gericht konnten auch durch andere Grundrechtsartikel (Art. 93 I Nr. 5 GG)¹³⁶ oder durch Bundesgesetz (Art. 93 II GG) weitere Entscheidungsbefugnisse zugeordnet werden. Durch letzteres war es möglich, dass das Bundesverfassungsgericht auch über Verfassungsbeschwerden entscheiden konnte, die „jedermann [...] mit der Behauptung“ erheben konnte, „durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte“ oder anderen verfassungsmäßigen Rechten verletzt worden zu sein (§ 90 BVerfGG). Zudem bestimmte § 97 BVerfGG in der ursprünglichen Fassung, dass Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung gemeinsam oder der Bundespräsident das Plenum des Gerichts „um Erstattung eines Rechtsgutachtens über eine bestimmte verfassungsrechtliche Frage ersuchen“ konnten. Diese Bestimmung sollte später in der Verfassungskontroverse zum EVG-Vertrag relevant werden (siehe 4.2.3).

4.1.6 Ausgangslage: die Öffentlichkeiten des Gerichts vor dem Beginn seiner Arbeit

Die vorhergehenden Abschnitte haben die Erwartungen geschildert, die seitens des zukünftigen politischen Publikums an das Verfassungsgericht gerichtet wurden. Die intensiven Debatten zur Verfassungsgerichtsbarkeit im Verfassungskonvent, im Parlamentarischen Rat und im Bundestag dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es für die allermeisten Deutschen wenig Bedeu-

136. Dies betraf etwa die Verfahren zur Grundrechtsverwirkung, zum Parteienverbot, der Präsidentenanklage, Richteranklage, etc. Siehe § 13 BVerfGG.

tung hatte, ob es ein Verfassungsgericht gab und welche Kompetenzen es besaß. In der unmittelbaren Nachkriegszeit waren die meisten damit beschäftigt, mit den physischen und psychischen Folgen des Krieges zurecht zu kommen. Viele Städte lagen in Trümmern, mehrere Millionen Flüchtlinge aus den von der sowjetischen Armee besetzten ehemaligen deutschen Gebieten in Osteuropa und Kriegsheimkehrer mussten integriert werden, die Wirtschaft kam erst langsam wieder auf die Beine. Zwölf Jahre Nationalsozialismus, dessen totaler Zusammenbruch und dessen spätestens dadurch offenkundig gewordene verbrecherische Natur hatten große Teile der Bevölkerung demoralisiert und politisch orientierungslos werden lassen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit war ein Thema, mit dem sich nur Fachleute beschäftigten: einerseits aus wissenschaftlicher, aber nicht unpolitischer Perspektive, die Staatsrechtslehre; andererseits bestimmte politische Akteure in den verfassungspolitischen Gremien, die – wie wir oben gesehen hatten – in Einzelfragen mehr Einfluss auf ihre Parteien hatten, als die Parteien auf sie. Für den überwiegenden Teil der Bürger des kriegszerstörten Deutschlands hatte das Thema keine Relevanz.¹³⁷

4.1.6.1 Zivilgesellschaft

Dazu kam, dass in der Bevölkerung große Unsicherheit über politische Fragen im Allgemeinen herrschte. Das vorherige Regime war grundlegend diskreditiert. Die Menschen mussten mit der offenkundigen Tatsache zurecht kommen, dass sie in einem Staat gelebt hatten – und diesen zum Teil aktiv unterstützt hatten –, der nicht nur die halbe Welt in einen Krieg gestürzt hatte, sondern auch in nie zuvor da gewesener Weise für Verbrechen gigantischen Ausmaßes verantwortlich war. Zwar dauerte die Phase aktiver „Entnazifizierung“, die von den Alliierten begonnen wurde, nicht sehr lange an. Der Beginn des kalten Krieges sorgte dafür, dass Deutschland wieder als politischer Partner interessant wurde und auch das „Wirtschaftswunder“, das Anfang der 1950er Jahre begann, erlaubte, die Geschichte und die eigene Verantwortung zu verdrängen. Trotzdem war das Thema präsent und jederzeit abrufbar. Riedlinger (2005:150) fasst diese Phänomene mit dem Begriff der „Doppelstrategie“ zusammen:

Während in Bezug auf die individuellen Vergangenheiten Schweigen, Amnestie und Integration vorherrschten, waren Politik und öffentliche Kommunikation durch klare Abgrenzungsbemühungen vom Nationalsozialismus und von neonazistischen Bestrebungen gekennzeichnet. Die Bezüge auf das „Dritte Reich“ bleiben dabei jedoch abstrakt und formelhaft. Als „Täter“ galten allein Hitler und seine engste Führungsclique sowie einige „asoziale“ SS-Schergen, das deutsche Volk in seiner Gesamtheit erschien dagegen zunehmend selbst in der Opferrolle.

137. Dies schildert anschaulich Bommarius, 2009. Siehe auch Steinbeis et al., 2009. Zur „Soziologie der Stunde Null“ siehe Gerhardt, 2005.

Diese Strategie war nicht allein unter den Mitläufern und involvierten Deutschen zu finden, auch ehemalige Gegner des Regimes und Verfolgte trugen diese Narrative mit, um Konflikte mit der Mehrheitsgesellschaft zu vermeiden.

Hinzu kam, dass nicht erst die vergangenen 12 Jahre die politische Kultur Deutschlands in ungünstiger Weise vorgeprägt hatten. Demokratische Einstellungen fanden sich nur bei einer Minderheit der Bevölkerung.¹³⁸ André Brodocz (2006:175) macht darauf aufmerksam, dass „Anfang der 50er Jahre [...] in der bundesdeutschen politischen Gemeinschaft kaum Gewissheit darüber [bestand], was ihre grundlegenden Werte sind und welche moralische Qualität den einzelnen Wertangeboten zukommt“. Der daraus folgende „Mangel an Autoritäten“ schuf, so Brodocz, eine günstige Ausgangssituation für das Verfassungsgericht, seine Deutungshoheit über die Verfassung zu etablieren.

4.1.6.2 Das juristische Feld: die deutsche Staatsrechtslehre

Der Verfassungsrechtler Ulrich Scheuner äußerte sich 1952, kurz nachdem das Bundesverfassungsgericht seine Arbeit begonnen hatte, zur Rolle, die das Gericht in der westdeutschen Demokratie spielen würde. Diese Rolle sei „nicht allein von der juristischen Behandlung einzelner Fragen, sondern von der Meisterrung der grundlegenden in das politische Feld hineinreichenden Probleme seiner Stellung innerhalb der Verfassungsordnung“ abhängig. Durch die Zentralisierung des richterlichen Prüfungsrechts beim Bundesverfassungsgericht werde das Gericht „sichtbar Hüter der Verfassung“, der „der Legislative institutionell als Kontrolle“ gegenüber trete. Die bei der Abfassung des Grundgesetzes „nicht genügend durchdachte“ abstrakte Normenkontrolle drohe allerdings, das traditionelle System der Gewaltenteilung zu sprengen. Es sei die „schwere Aufgabe des Gerichts, Verfassungstreue mit dem Bündnis nach lebendigem Fortgang des Verfassungslebens zu versöhnen“ (Scheuner, 1952:297). Zuvor hatte der konservative Verfassungsrechtler Werner Weber bei seiner Göttinger Antrittsrede 1949 vor der „Schwächung der Exekutive“ gewarnt, die die Regelungen des Grundgesetzes beinhalte, insbesondere durch die „unerhörte Ausbreitung justizstaatlicher Elemente im Verfassungsgefüge“ (Weber, 1949:25). Diese „Juridifizierung der Politik und der Politisierung der Justiz“, wie er in Anlehnung an Schmitt formulierte, könnte „neue Unordnung und Not“ hervorbringen (26). Der Mechanismus richterlicher Kontrolle entstamme dem liberalen Nachwächterstaat, in dem man Kompetenzen der Gerichtsbarkeit noch einfach „durch justiziable Tatbestände normativ abzirkeln“ konnte. Heute aber, im „übevölkerte[n] industrialisierte[n] Massenstaat der Gegenwart“ könne man nicht mehr ohne einen starken Staat auskommen, der allein den „innerpoliti-

138. Siehe die Untersuchungen von Noelle/Neumann, 1956; zu ähnlichen Ergebnissen kommt die Studie von Almond/Verba, 1963.

schen Frieden und menschenwürdigen Ausgleich der Interessen“ (28) garantieren könne:

Hier kommt es entscheidend darauf an, das exekutivische Handeln des Staates zu entbinden und nicht zu schwächen [...] Das vollendete justizstaatliche Idealsystem des Bonner Grundgesetzes aber droht Verwaltung, Regierung und Gesetzgebung ganz in die Umzingelung durch Verfassungs-, Verwaltungs- und Zivilgerichte zu verstricken. Und doch ist es nicht der Richterspruch, der dem Volk Arbeit, Brot, Kleidung und Wohnung gibt und es vor dem Feinde schützt. (28-29)

Die Staatsrechtslehre beschäftigte sich ein Jahr später auf ihrer Münchner Jahresversammlung mit dem Thema „Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“ (Kaufmann/Drath, 1952).

Die Aussprache nach den Vorträgen (S. 117-131) ist für die Analyse der Zuschreibungen und Erwartungen besonders fruchtbar, da sie in kompakter Form einen Überblick zur damaligen Meinungslage enthält. Einerseits gab es diejenigen unter den Verfassungsrechtlern, die eine aktive Rolle des Gerichts auch in politischen Fragen unterstützten. So machte der Kölner Verfassungsrechtler Peters auf eine mögliche Schiedsrichterfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit aufmerksam:

Da – ob mit Recht oder Unrecht, bleibe hier dahingestellt, die Verfassungsgerichtshöfe bei weiten Kreisen der Bevölkerung in politischer Hinsicht als besonders objektiv gelten, hat man ihnen eine Schiedsfunktion in gewissen politischen Streitfragen übertragen, wo man der Regierung das erforderliche Vertrauen für gewisse Maßnahmen nicht entgegenbringt. (117)

Nach Peters Ansicht spielten für die Verfassungsgerichtsbarkeit „Existenzfragen des Staates wie die Aufgaben der Rechtsschöpfung eine entscheidende Rolle“. Eine rein formalistische Verfassungsgerichtsbarkeit sei zum Scheitern verurteilt (118).

Andere Redner wie der Münchner Staatsrechtler Willibald Apelt folgten dagegen der Ansicht von Weber, „dass Regierungsstellen im Staatsrecht ein weiteres Ermessen gewährt werden müsse“ und dass gegen die drohende „Hypertrophie der Verfassungsrechtsprechung“ eine „erhebliche Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit“ angestrebt werden müsse (120). Die „Verschiebung in der Gewaltenteilung“, die sich durch die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit ergebe, sei „im Grunde doch nichts anderes als ein ausgesprochenes Mißtrauensvotum gegen die Legislative“. Mit Berufung auf Rousseau führte Apelt aus, dass das „primäre Organ des Volkswillens in der Repräsentation (...) das Volk“ sei und das „ganze Volk“ grundlegende Entscheidungen zu treffen habe, nicht ein Gericht. Auch Kaufmann wies in seinem Schlusskommentar die Ansicht Peters explizit zurück, der Verfassungsgerichtsbarkeit könne eine „Schiedsgerichts“-Rolle zukommen. Das Verfassungsgericht würde „seine Autorität als Gericht verlieren, wenn es mit politischen Zwangsausgleichen belastet würde“ (128)

Wolfgang Abendroth, einer der wenigen linksorientierten Verfassungsrechtler, sprach sich ebenfalls gegen eine aktive Rolle des Gerichts aus. Zwar stimmte er den Ausführungen Drahts zu, dass „eine demokratische Staatslehre für unsere Periode, für das 20. Jahrhundert, noch sehr weitgehend fehlt und daß wir daran zu arbeiten haben“. Es sei aber nicht die Aufgabe des Gerichts, diese demokratische Staatslehre zu schaffen. Die „Wissenschaft des öffentlichen Rechts“ sollte durch ihre Arbeit die Grundlagen schaffen,

die dem Bundesverfassungsgericht helfen, einigermaßen die Grenzen einzuhalten, die davor bewahren, daß der demokratische Bundesstaat in einen Staat der verfassungsgerichtlichen Diktatur umschlägt (127).

Der „Staatsgerichtshof“ (wie Abenroth das Gericht bezeichnete) solle „den Gesetzgeber nur dann zur Ordnung rufen [...], wenn völlig eindeutige Verletzungen der durch das Grundgesetz gezogenen Schranken vorliegen“. Alles andere müsse dem Gesetzgeber überlassen bleiben (ebd.).

Martin Drahts Schlusskommentar betonte den zeitgeschichtlichen Kontext, ohne den die neue Institution nicht zu verstehen sei:

Wir Deutschen haben nach 1933 das Pendel weit nach der anderen Seite ausschlagen lassen und versuchen heute, durch besondere Verstärkung rechtsstaatlicher Prinzipien und Institutionen mit der Politik fertig zu werden, mit einer gerade durch den Ausschlag nach der anderen Seite besonders schwierigen Politik. Andere Länder mit stetiger politischer Entwicklung sind hierin glücklicher. [...] Aber die Verfassungsgerichtsbarkeit kann auch in dieser Hinsicht Gutes wirken; sie kann dazu führen, uns aus dem Obrigkeitsstaat herauszuführen, d. h. unser Volk politisch selbstverantwortlich zu machen, und kann dann dazu beitragen, uns vor künftigen extremen Pendelausschlägen zu bewahren. (132)

Den „obrigkeitsstaatlichen“ Deutschen fehle zur Zeit noch „das soziale Substrat und die Tradition für ein echtes demokratisches Selbstbewußtsein“. Die Verfassungsgerichtsbarkeit könne dabei helfen, einen neuen demokratischen Bürger herauszubilden, der sich vom Staat nicht mehr alles gefallen ließe. Aber „ein Ersatz für eine gewachsene Demokratie“ könne sie nicht sein.

4.1.6.3 Internationales Publikum

Die äußeren Einflüsse auf die Entstehung des Gerichts waren gering. Zwar wurden in den Begründungen zu den verschiedenen Gesetzesentwürfen und in den Debatten Bezüge zur österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, zur schweizerischen Bundesgerichtsbarkeit und zum U.S.-amerikanischen Supreme Court hergestellt (Schiffers, 1984:82). Entscheidend für die formale Gestaltung des Gerichts waren diese Verweise aber nicht. Viele Kompetenzen waren schon zu Weimarer Zeiten angedacht worden. Charakteristische Elemente des Supre-

me Court wie etwa die dissenting votes wurden explizit nicht übernommen, obwohl die SPD den Gedanken unterstützt hatte (Laufer, 1968:331-334).¹³⁹

Wenn man sich die Entstehungsgeschichte des Verfassungsgerichts ansieht, kann man die Einschätzung Martin Shapiros, Deutschland hätte die Verfassungsgerichtsbarkeit unter äußerem Zwang eingeführt,¹⁴⁰ nicht bestätigen. Die Amerikaner regten die Schaffung eines obersten Gerichts an, das die Wiederherstellung von Rechtsstaatlichkeit überwachen sollte. Sie förderten auch die wissenschaftliche und zivilgesellschaftliche Beschäftigung mit verfassungsrechtlichen Themen im Rahmen ihrer Pläne zur „Umerziehung“ der deutschen Gesellschaft zur Demokratie.¹⁴¹ Aber sie nahmen inhaltlich keinen Einfluss auf die Gestaltung der Institution. Man kann daher relativ sicher sagen, dass, hätte sich der Parlamentarische Rat für ein Oberstes Gericht ohne richterliches Prüfungsrecht entschieden, dies keine Auswirkungen auf das Verhältnis zu den Alliierten gehabt hätte. Das erstaunt nicht: Weder die Briten noch die Franzosen waren Anhänger richterlicher Macht, und für die Amerikaner war das gewählte Modell eines speziellen Verfassungsgerichts außerhalb des Instanzensystems ohnehin fremd.

Ein anderes Publikum lag viel eher im Blick der Verfassungsgeber: Wie Schiffers (1984:80) zeigt,

wiesen einzelne Abgeordnete dem BVerfG auch die Funktion zu, die Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik gegenüber dem totalitären Regime in der Sowjetunion zum Ausdruck zu bringen. Die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts in Berlin könne, so wurde ebenfalls argumentiert, eine werbende Wirkung auf die Menschen im Ostsektor der Stadt und in der sowjetischen Besatzungszone ausüben.

Mehr also als nach Westen sollte das Verfassungsgericht nach Osten wirken: Die Erwartung war, dass das Verfassungsgericht – als ein Symbol für die rechtsstaatliche Demokratie – die Überlegenheit des westlichen Teils Deutschlands ausdrücken und damit helfen könnte, die Legitimität des anderen Regimes zu untergraben.

4.2 Entscheidungsanalysen

Vor diesem Hintergrund nahm das Bundesverfassungsgericht am 8. September 1951 die Geschäfte auf. Schon am nächsten Tag folgte der erste Beschluss, was zeigt, dass die Richter sich gut vorbereitet hatten. Doch weder sie, noch die an-

139. Sie wurde 1970 eingeführt. Hierzu Geiger, 1981.

140. „[T]hree of the four large nations that moved toward judicial review after the war – Germany, Italy, and Japan – did so more or less at the point of a gun“ (Shapiro, 2002:196).

141. Siehe Rupieper, 1993, insbesondere S. 202ff.

deren gesellschaftlichen Akteure konnten zu diesem Zeitpunkt absehen, wie sich die Verfassungsgerichtsbarkeit entwickeln würde.

4.2.1 Südweststaat (1951)

Der „Kampf um den Südweststaat“¹⁴² war die erste größere politische Auseinandersetzung, in die das gerade gegründete Verfassungsgericht hineingezogen wurde. Gerade an der „Urteils-premiere“ (Menzel, 2000a:48) des Gerichts lässt sich seine Schiedsrichterrolle exemplarisch untersuchen. Denn anders als in Fällen, in denen das Gericht von seinem Gesetzesprüfungsrecht Gebrauch macht und diese Kompetenz von politischen Akteuren als Einmischung wahrgenommen wird, wurde das Bundesverfassungsgericht als Entscheider föderaler Streitigkeiten geradezu herbeigesehnt.

4.2.1.1 Kontext

Der Konflikt hatte seine Ursache in dem Versuch des Bundes, die südwestdeutschen Bundesstaaten Baden, Württemberg und Württemberg-Hohenzollern zu einem Bundesland zu vereinen. Nach der Kapitulation des Deutschen Reiches war das besetzte Reichsgebiet von den Besatzungsmächten in Bundesstaaten gegliedert, die – vor allem wegen der bewusst beabsichtigten Zerschlagung des ehemaligen Preußens – weitgehend ahistorische Grenzziehungen aufwiesen. Im Südwesten ergaben sich die Grenzen durch die (pragmatisch ausgehandelten) Linien zwischen den Besatzungszonen der Franzosen, Briten und Amerikaner. Statt der „historischen“ Länder Württemberg-Hohenzollern und Baden entstanden insgesamt vier Länder, eine Situation, die laut dem späteren Urteil (BVerfGE 1, 14, 22) „allgemein als unbefriedigend empfunden“ wurde.

Das Grundgesetz hatte für die drei süddeutschen Länder eine Sonderregelung getroffen: Art. 118 bestimmte, dass die Neugliederung in dem die Länder Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern umfassenden Gebiete „durch Vereinbarung der beteiligten Länder erfolgen“ konnte. Sollte diese nicht zustandekommen, so werde „die Neugliederung durch Bundesgesetz geregelt, das eine Volksbefragung vorsehen muß“. Zu einer solchen Vereinbarung kam es nicht. Zum einen ergab eine (nicht rechtsverbindliche) Volksbefragung vom September 1950 keine klaren Mehrheiten für eine bestimmte Lösung, da sich die Bevölkerung zweier der Bundesländer, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern, mit großer Mehrheit (76,7% und 92,5%) dafür, diejenige des Bundeslands Baden (das nur den Südtel des „historischen“ Badens umfasste) sich mit 59,6% aber dezidiert dagegen ausgesprochen hatten (Institut für

142. So der Titel einer Dokumentensammlung zu diesem Konflikt (Institut für Staatslehre und Politik, 1952a).

Staatslehre und Politik, 1952a:32). Die Regierung des Bundeslandes Baden hatte unter dem Staatspräsidenten Leo Wohlleb ein großes Interesse an der eigenen Erhaltung entwickelt.¹⁴³

Gemäß der Regelung im Grundgesetz wurde der Bundestag aktiv und

unternimmt zunächst bundesstaatsrechtlich erstaunliches: er beschließt am 15. März 1951 ohne Aussprache in drei Lesungen ein Gesetz, mit dem er die Wahlperioden in Baden und Württemberg-Hohenzollern verlängert. Nach einigen Änderungen (Befristung der verlängerten Wahlperiode bis März 1952, Umbenennung des Gesetzes in 1. Neugliederungsgesetz) passiert das Gesetz sogar den Bundesrat. Weil man sich über die Verfassungskonformität nicht sicher ist, legt man das Gesetz jedoch bis zur Fertigstellung des 2. Neugliederungsgesetzes „auf Eis“. Dieses beinhaltet die Regelung der Volksabstimmung im Südwesten. Danach soll das Volk über Herstellung des Südweststaates bzw. die Wiederherstellung der alten Länder Baden und Württemberg-Hohenzollern abstimmen (Menzel, 2000a:44).

Beide Gesetze, die Anfang Mai verabschiedet wurden, zielten unmissverständlich auf die Zusammenlegung der süddeutschen Länder zu einem Bundesstaat. Das erste Gesetz sollte verhindern, dass Landtage gewählt würden, die durch eine mögliche Neugliederung nur kurzen Bestand haben könnten. Dahinter mag die Überlegung gestanden haben, dass solche Landtage – ähnlich wie es (Süd-)Baden gezeigt hatte – ein großes Interesse am eigenen institutionellen Überleben entwickeln könnten. Zudem würde eine Neuwahl den als provisorisch deklarierten Bundesstaaten zusätzliche Legitimität verleihen.

Das Land Baden sperrte sich gegen die wegen ihres schnellen Zustandekommens als „Blitzgesetze“ bezeichneten Rechtsakte des Bundes. Da die Alliierten sich in dieser Frage nicht einmischten und der Bundesrat sich als neutral erklärt hatte (FAZ, 1951d), blieb der badischen Landesregierung als schärfste Waffe die Behauptung, beide Gesetze seien verfassungswidrig. Schon Ende Mai reichte die badische Landesregierung eine Nichtigkeitsklage ein (die später in einen Bund-Länderstreit abgeändert wurde).

Das Problem war, dass das Bundesverfassungsgericht zu diesem Zeitpunkt noch nicht arbeitsfähig war, da sich die CDU/FDP-Koalition noch nicht über die Wahl des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts geeinigt hatte. Die FDP drängte auf die Wahl von Hermann Höpker-Aschoff, einem FDP-Juristen und anerkannten Finanzexperten. Die CDU zögerte die Wahl aber noch hinaus. In dieser Situation kündigte Wohlleb an, man werde die für den 16. September angekündigte Volksabstimmung und die Verschiebung der Wahlen mit „verfassungstreuen Gesetzeswiderstand“ beantworten, d.h. die beiden Gesetze einfach

143. Beim Zusammenlegen der Länder zu einem neuen Bundesstaat würde Wohlleb sein „Miniaturland Baden“ (Spiegel, 1951) aufgeben müssen, dagegen wandte sich der „engagierteste Gegner der Vereinigung Württembergs und Badens zu einem lebensfähigem Bundesland“, wie der Spiegel ihn damals bezeichnete (ebd.).

nicht ausführen. Dies brachte die Bundesregierung in Zugzwang. Ende August kündigte die Regierung an,

daß sich im Kabinett die Tendenz zu einer „schiedlich-friedlichen“ Lösung des Südweststaat-Konflikts gezeigt habe. Es habe die Hoffnung, daß sich das Bundesverfassungsgericht noch vor dem 16. September konstituieren und Südbaden somit seine Verfassungsbeschwerde gegen das Abstimmungsgesetz rechtzeitig einbringen könne. (FAZ, 1951a)

Wie sehr das Gericht als Entscheider eines verfahrenen Konfliktes angesehen wurde – wobei man sich nicht sicher sein konnte, wie das Gericht entscheiden würde –, zeigte sich daran, dass die Regierung, wie die FAZ Ende August 1951 berichtet (FAZ, 1951b) nach

drohende[n] Worte[n] von einem Bundesvorgehen gegen Wohlleb und seinen Getreuen [...] schließlich auf einen klügeren Gedanken gekommen [ist]: man will noch ganz schnell, nämlich am 6. September, die Richter des Verfassungsgerichtshofes wählen, so daß dieser noch in der Lage wäre, über den Einspruch Südbadens zu entscheiden.

Die „von der höchsten richterlichen Instanz der Bundesrepublik nun zu treffende Entscheidung“ wurde, so berichtet die FAZ im Oktober, „mit großer Spannung erwartet“:

Nicht nur, weil man sich von ihr ein Ende des seit dem Sommer 1948 mit Erbitterung geführten Kampfes um die südwestdeutsche Neugliederung erhofft; das Urteil kann auch für die Vorbereitung und den Vollzug des Artikels 29 des Grundgesetzes von Bedeutung sein, weil die Verhandlung staatsrechtliche Streitfragen grundsätzlicher Natur aufwirft, deren Klärung für die kommende Neugliederung der gesamten Bundesrepublik wichtig erscheint. Insofern ist dem Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung in die Hand gegeben, die die drei südwestdeutschen Länder unmittelbar trifft, darüber hinaus aber auch alle übrigen Bundesländer, deren territorialer Bestand in Frage gestellt ist, angeht. (FAZ, 1951c)

Diese „Feuerprobe des höchsten deutschen Gerichtes“ (FAZ, 1951d) würde hart werden, was auch dadurch deutlich wurde, dass der Präsident des Gerichtes, Dr. Höpker-Aschoff, öffentlich darauf hinwies, daß „das Bundesverfassungsgericht nicht zum Tummelplatz politischer Machtkämpfe werden dürfe“ (ebd.), während unter den verschiedenen Parteien im Konflikt schon Stimmen laut wurden, die die Unparteilichkeit einzelner Richter am Verfassungsgericht in Zweifel zogen (ebd.).

Im Kern ging es um den Abstimmungs- und Auszählungsmodus bei der kommenden Volksabstimmung. Die informatorische Volksabstimmung vom September 1950 hatte deutlich gemacht, dass das Ergebnis vom Zuschnitt der Wahlbezirke für die Abstimmung abhing: Verfuhr man nach der im 2. Neugliederungsgesetz vorgesehenen Einteilung in vier Wahlbezirke, fiel bei gleichem Abstimmungsverhalten das Ergebnis für den neuen Südweststaat aus. Wenn dagegen, wie von der badischen Landesregierung verlangt, in Wahlbezirken abge-

stimmt würde, welche die Grenzen der historischen Länder Baden und Württemberg-Hohenzollern spiegelten, wäre ihre Wiederherstellung die Folge.¹⁴⁴

Die Mehrheit im Bundestag hatte kein Interesse an einem zusätzlichen Bundesland, insbesondere, weil man Baden allein als nicht überlebensfähig ansah. Die Haltung der Landesregierung wurde als provinzieller Eigensinn betrachtet, der angesichts der drängenden Aufgaben – wie etwa der Integration Hunderttausender aus den ehemaligen Ostgebieten Vertriebener – keine Berechtigung habe.¹⁴⁵

4.2.1.2 Urteil

Die Badische Landesregierung reichte zusammen mit ihrer Klage einen Antrag auf eine einstweilige Anordnung ein, um die Durchführung der Volksabstimmung zu verhindern. Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, der mit der Sache befasst war, reagierte sofort. Er erließ am 9. September 1951, schon einen Tag nachdem das Bundesverfassungsgericht seine Arbeit aufgenommen hatte, die beantragte Verfügung. Mit dieser wurde die Volksabstimmung bis zur Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen in der Hauptsache ausgesetzt (BVerfGE 1,1). Das Gericht begründete diese Maßnahme damit, dass „der Streit über die Gültigkeit des Zweiten Neugliederungsgesetzes [...] Grundfragen der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik“ betraf (ebd.), und das Gericht diese Fragen nicht bis zum Termin der Volksabstimmung (am 16. September) abschließend klären könne.

Nach mündlichen Verhandlungen Anfang Oktober¹⁴⁶ verkündete das Gericht am 23. Oktober sein Urteil (BVerfGE 1,14). Es erklärte das erste Neugliederungsgesetz, das die Legislaturperioden der Länder verlängert hatte, für verfassungswidrig. Das zweite Neugliederungsgesetz, mit dem die Abstimmung über die Neugliederung in vier Wahlbezirken abgehalten werden sollte, hielt das Ge-

144. „Eine dritte Überlegung, die bisher noch nicht schriftlich fixiert wurde, steht ebenfalls zur Debatte: Der Bundesverfassungsgerichtshof hat das Grundgesetz zu wahren. Das Grundgesetz und die Bundesrepublik Deutschland wurden aber gegründet unter anderem von den drei jetzt bestehenden Ländern Baden (Südbaden), Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. Also kann, so argumentiert man, eine Abstimmung über die Weiterexistenz oder den Zusammenschluß dieser Länder nur in drei Abstimmungsbezirken durchgeführt werden, nämlich den bestehenden Ländern. Außerdem kann dann der Südweststaat nur zustande kommen, wenn alle beteiligten Länder sich mit Mehrheit dafür entscheiden. Diese Überlegung wurde von den beiden Parteien noch nicht in den Vordergrund gerückt, weil auf diese Weise die Wiederherstellung des alten Landes Baden überhaupt nicht möglich wäre und weil auf der anderen Seite für Südbaden nur der Südweststaat oder eine Isolierung in Betracht kommen könnte.“ (FAZ, 1951d)

145. Siehe die Dokumentation der parlamentarischen Diskussion in Institut für Staatslehre und Politik, 1952a:81-249.

146. Abgedruckt in Institut für Staatslehre und Politik, 1952a:396-470.

richt – bis auf einzelne Detailbestimmungen – für verfassungskonform. Gleich zu Beginn seines Urteils kam das Gericht auf seine Rolle zu sprechen:

Das Bundesverfassungsgericht hat nur die Rechtmäßigkeit einer angegriffenen Norm, nicht auch ihre Zweckmäßigkeit nachzuprüfen. Insbesondere ist es nicht befugt, darüber zu entscheiden, ob der Gesetzgeber von dem ihm eingeräumten Ermessen den „richtigen“ Gebrauch gemacht hat. Wie weit das freie Ermessen des Gesetzgebers reicht, ist aber eine Rechtsfrage und unterliegt deshalb der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wenn das Grundgesetz die Grenzen des Ermessens gezogen hat. (32)

Diese Aussage weist eine geschickte argumentative Strategie auf. Das Gericht beschränkt sich auf seine Rolle als Hüter der formalen Normen. Es sei nicht seine Aufgabe, zu prüfen, ob das vorliegende Gesetz inhaltlich „zweckmäßig“ ist und der Gesetzgeber seinen von der Verfassung verliehenen Gestaltungsspielraum „richtig“ genutzt hat. Es geht ihm nur um die „Rechtmäßigkeit“ der Norm. Nach diesem Zugeständnis an die Politik, innerhalb verfassungsmäßiger Grenzen frei zu entscheiden, kommt die wichtige Einschränkung: Das Verfassungsgericht bestimmt, wie weit diese Freiheit geht. Deutlich wird hier schon ganz am Anfang des Urteils, dass das Gericht für sich in Anspruch nimmt, letztendlich alle politischen Entscheidungen auf die Einhaltung der verfassungsrechtlich gezogenen Grenzen zu prüfen. Die Vorstellung einer „justizfreien Hoheitsgewalt“, die in der konservativen Staatslehre vertreten wurde,¹⁴⁷ wurde so zumindest für das Parlament ausdrücklich ausgeschlossen.

Artikel 118 enthielt keine weiteren Bestimmungen über die Art und Weise, wie die Neugliederung vorgenommen werden sollte. Eine formale Lesart der Norm konnte deswegen zu dem Schluss führen, dass dem Gesetzgeber bei der Neugliederung völlig freie Hand gelassen war. In einem nächsten Schritt bestimmte das Gericht jedoch, dass eine „einzelne Verfassungsbestimmung [...] nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden“ kann (32). Sie stehe „in einem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit“ darstelle. Um diese – nicht selbstverständliche¹⁴⁸ – Setzung zu begründen, griff das Gericht weit aus. Insbesondere ergäben sich aus „dem Gesamtinhalt der Verfassung [...] gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind“, wie Art. 79 Abs. 3 zeige. Das Gericht schloss sich hier einer Meinung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs an, der ausgeführt hatte, dass es Verfassungsgrundsätze gäbe, „die so elementar und so sehr Aus-

147. Siehe hierzu Günther, 2004:102.

148. So ist etwa die Auslegung der amerikanischen Verfassung dadurch gekennzeichnet, dass jeder der ein spezielles Grundrecht verleihenden „Amendments“ isoliert für sich ausgelegt wird. Um jedes Grundrecht herum ist eine eigene Kasuistik entstanden, die auf andere Rechte nicht übertragbar ist. Siehe Dorsen et al., 2010.

druck eines auch der Verfassung vorausliegenden Rechts sind, daß sie den Verfassungsgesetzgeber selbst binden und daß andere Verfassungsbestimmungen, denen dieser Rang nicht zukommt, wegen ihres Verstoßes gegen sie nichtig sein können“ (32).

Diese überaus starke Begründung verwundert. Dass Normen im Zusammenhang der anderen Normen eines Gesetzeswerks ausgelegt werden müssen, war schon Teil der traditionellen Methodenlehre, insbesondere der „systematischen Auslegung“. Eine Behauptung, dass es „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ geben könnte, war zur Begründung, dass Art. 118 so ausgelegt werden muss, dass er „mit jenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar ist“ eigentlich gar nicht nötig. Man kann dieses argumentative Vorgehen des Gerichts als eine frühe Form der später entwickelten Lehre von der Verfassung als einem System von Werten interpretieren. Vielleicht erschien den Richtern auch kein anderes Mittel ausreichend, um zu begründen, warum bloße Verfassungsprinzipien – wie das in den nächsten Schritten eingeführte Demokratieprinzip und das Bundesstaatsprinzip – als Auslegungsmaßstäbe formaler Normen dienen können, wie sie Art. 118 darstellte. Auf jeden Fall aber machte die Behauptung des Gerichts deutlich, dass es sich befugt sah, zwischen den Bestimmungen im Grundgesetz Hierarchien aufzurichten, die im Text so nicht eindeutig existierten.

Das Grundgesetz hatte sich, so das Gericht unter anderem in Art. 20, „für die Demokratie als Grundlage des staatlichen Aufbaus entschieden“, und dieses Prinzip bedeutete auch, dass „den Wahlberechtigten das Wahlrecht nicht auf einem in der Verfassung nicht vorgesehenen Wege entzogen oder verkürzt“ werden dürfe (33). Auch das ebenfalls in den Artikeln 20, 28, und 30 verankerte Bundesstaatsprinzip sei betroffen. Die Organisation der Wahl der Landesparlamente sei ausschließlich Sache der Länder und solange die Länder nicht selbst verfassungswidrig handelten, könne „der Bund ohne Verletzung des im Grundgesetz garantierten bundesstaatlichen Prinzips in ihre Verfassungsordnung nicht eingreifen“. Der Bund könne zwar die Neugliederung regeln – das hieß auch, dass die existierenden Länder keinen Bestandsschutz genossen. Er dürfe „aber nicht die verfassungsmäßige Ordnung der Länder stören, solange diese ungeschmälert bestehen“. Das erste Neugliederungsgesetz sei deshalb verfassungswidrig und daher nichtig.

Im Anschluss widmete sich das Gericht der Frage, was aus der festgestellten Verfassungswidrigkeit folge:

Nach § 78 BVerfGG hat das Bundesverfassungsgericht die Nichtigkeit einer Rechtsvorschrift festzustellen, wenn sie dem Grundgesetz widerspricht. Demgemäß war in der Urteilsformel auszusprechen, daß das [erste Neugliederungsgesetz, C.B.] nichtig ist. Dieser Ausspruch hat gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft. Er ist im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Er bindet mit den ihn tragenden Entscheidungsgründen außerdem alle Verfassungsorgane des Bundes gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG derart, daß ein Bundesgesetz desselben Inhalts nicht noch einmal von den gesetzge-

benden Körperschaften beraten, beschlossen und vom Bundespräsidenten verkündet werden kann. (36-37)

Aus der Feststellung der Nichtigkeit des Gesetzes ergebe sich, dass es „von Anfang an rechtsunwirksam“ war und die „in ihm ausgesprochene Verlängerung der Landtage [...] nicht eingetreten“ (37) ist. Die Landtage seien so zwar seit dem Ablauf der Legislaturperiode rechtlich nicht mehr existent gewesen. Aus Gründen der „Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“ seien alle Handlungen der Landtage, die zwischen diesem Zeitpunkt und der Verkündung des Urteils vollzogen wurden, jedoch weiterhin gültig.

Schließlich nutzte das Gericht noch eine prozessuale Frage, um seine Freiheit zu demonstrieren, die Reichweite seiner Urteile selbst zu bestimmen. Das Land Baden hatte

in erster Linie beantragt, festzustellen, daß der Bund nicht berechtigt und das Land nicht verpflichtet ist, die beiden Neugliederungsgesetze auszuführen, und nur hilfsweise beantragt, festzustellen, daß die Gesetze nichtig sind. Im allgemeinen wird das Bundesverfassungsgericht bei seiner Entscheidung von den gestellten Anträgen ausgehen. Es ist aber nicht gehindert, ihren Sinn und ihre Bedeutung unabhängig von der Auffassung des Antragstellers zu ermitteln. Hauptantrag und Hilfsantrag können einen verschiedenen Sinn haben; nämlich dann, wenn die Anträge in verschiedener Weise begründet sind und die eine Begründung von der anderen unabhängig ist. Dann könnte über den Hilfsantrag erst nach Abweisung des Hauptantrages entschieden werden. Denkbar wäre auch, daß trotz gleicher Begründung für beide Anträge der Antragsteller ein besonderes Interesse daran hat, daß er auf jeden seiner beiden Anträge eine rechtskraftfähige Entscheidung erhält. (38)

Das Gericht nimmt hier einen Einwand vorweg, den es aus der Rechtswissenschaft erwarteten konnte: Da die Nichtigkeit nur hilfsweise beantragt worden war, hätte es auch ausgereicht, die Nichtenwendbarkeit festzustellen. Unabhängig davon, wie logisch stimmig ein solches Argument sein mag,¹⁴⁹ kam es dem Gericht ganz offensichtlich darauf an, seine Freiheit zu behaupten, Anträge „unabhängig von der Auffassung des Antragstellers“ zu interpretieren.

Im Gegensatz zum ersten Neugliederungsgesetz wies das Bundesverfassungsgericht im Fall des zweiten Gesetzes den Antrag des Landes Baden zurück, das Gesetz für nichtig oder zumindest unanwendbar zu erklären. Wie auch im ersten Fall betonte das Gericht zunächst, dass es ihm nur um die rechtlichen Aspekte des Konflikts ging:

Der Streit geht auch nicht darum, ob der Südweststaat ein erstrebenswertes Ziel ist oder nicht, sondern allein darum, ob die Neugliederung, gleichgültig wie sie aussieht,

149. So weist das Gericht überzeugend nach, dass „Unanwendbarkeit“ und „Nichtigkeit“ keine unterschiedlichen Rechtsfolgen haben, sondern nur „verschiedene Formulierungen eines und desselben Begehrens“ (39) darstellten.

in einem Verfahren herbeigeführt wird, das mit den Grundsätzen des Grundgesetzes übereinstimmt. (41)

Weder die Kompetenz des Bundes, die Sache zu regeln, noch Inhalt und Ziel der Volksbefragung wurden angegriffen. Das Gericht bemängelte zahlreiche Inkonsistenzen im Gesetz, die aber allesamt nicht zu einer Verfassungswidrigkeit führten. Der Vorwurf des Landes Baden, der noch am ehesten zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führen könne, sei aber die Tatsache, dass „ein Abstimmungsbezirk durch die übereinstimmende Mehrheitsentscheidung in den drei übrigen Abstimmungsbezirken ‚majorisiert‘ werden“ könne (47). Allerdings führe die Auslegung des Grundgesetzes, und hier insbesondere von Art. 29, 79 III und Art. 118 GG zu dem Schluss, dass das Grundgesetz nur die Bundesstaatlichkeit an sich, und nicht die Existenz bestimmter Gliedstaaten garantiere (48). Die Verfassung mache die Zustimmung der Bevölkerung des Gesamtgebiets, das neu gegliedert wird, zur Voraussetzung und sehe kein Veto für einen der potentiell neuen Gliedstaaten vor. Es widerspreche dem Grundgesetz nicht, „wenn ein Land gegen den Willen seiner Bevölkerung im Zuge einer Neugliederung seine Existenz verliert“. Ein Problem dieser Lesart bereitete Art. 29 IV, der ein begrenztes Selbstbestimmungsrecht für einen „zusammenhängenden, abgegrenzten Siedlungs- und Wirtschaftsraum, dessen Teile in mehreren Ländern liegen und der mindestens eine Million Einwohner hat“, vorsieht. Eine Auslegung nach historischen und teleologischen Prinzipien musste, so das Gericht, aber dazu führen, dass Art. 29 IV im Spezialfall der Neugliederung des Südweststaates keine Wirkung entfalten kann:

Vor allem aber ergibt sich aus den Verhandlungen im Parlamentarischen Rat, aus der öffentlichen Diskussion in den vergangenen Jahren und aus den Beratungen zwischen den Regierungen der drei Länder, daß die augenblicklichen staatsrechtlichen Verhältnisse im Südwestraum allgemein als besonders unbefriedigend und für eine sofortige Neuordnung reif betrachtet wurden. Man wollte deshalb eine rasche und einfache Neugliederung. Sie darf am Widerspruch der Bevölkerung eines Landes nicht scheitern. Soll sie, nachdem schon die Landesregierungen nicht zu einer Vereinbarung gelangt sind, noch einmal, und zwar mit Aussicht auf Erfolg versucht werden, dann muß der Bundesgesetzgeber, auf den jetzt die Aufgabe nach Art. 118 Satz 2 GG übergeht, ohne Rücksicht auf den Willen der Bevölkerung eines Landes die Neugliederung zu Ende führen können. (48)

Auch das Demokratieprinzip sei nicht verletzt. Das „badische Volk“ sei zwar ein „Staatsvolk“, entscheidend sei aber, dass „Baden als Gliedstaat des Bundes nicht selbständig und unabhängig, sondern in die bundesstaatliche Ordnung einbezogen ist, die seine Hoheitsmacht in verschiedener Richtung beschränkt“ (49). In der Stellung des Gliedstaates im Bundesstaat stünden sich das föderalistische und das demokratische Prinzip gegenüber:

Der Ausgleich zwischen ihnen kann nur gefunden werden, wenn beide gewisse Einschränkungen erleiden. Im Falle der Neugliederung des Bundesgebietes, die dem

Bunde aufgetragen ist, liegt es in der Natur der Sache, daß im Interesse der umfassenderen Einheit das demokratische Selbstbestimmungsrecht des Landesvolkes eine Einschränkung erfährt. (49)

Den Ausgleich zwischen den widerstreitenden Prinzipien nimmt das Gericht selbst vor: Das demokratische Prinzip werde „im Rahmen des im Bundesstaat Möglichen“ dadurch gewahrt, dass „im Falle des Art. 29 GG letzten Endes das Gesamtvolk im Bund, im Falle des Art. 118 Satz 2 GG die Bevölkerung im Neugliederungsgebiet entscheidet“ (50).¹⁵⁰

Der Einwand Badens, das zweite Neugliederungsgesetz verletze Art. 3 GG, ermöglichte den Richtern einige grundsätzliche Ausführungen zum in der Verfassung enthaltenen Gleichheitsprinzip zu machen. Dieses verbiete nur,

daß wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen daß wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß. (50)

Zwar läge eine Ungleichbehandlung vor, diese sei aber nicht willkürlich, sondern durch die spezielle historische Situation begründet. Ernster zu nehmen sei der Vorwurf, dass die Modalitäten der Abstimmung nach Ansicht des Klägers so gewählt worden waren, dass das Ergebnis der Abstimmung von vornherein feststehen musste. Angesichts der Ergebnisse der Probeabstimmung vom 24. September 1950 habe der Gesetzgeber, so der Vorwurf, die Wahlbezirke so gewählt, dass die Abstimmung das gewünschte Resultat haben würde. Wenn dies so wäre, führte das Gericht aus, würde das tatsächlich eine Verletzung des Gleichheitsrechts darstellen:

Bei Abstimmungen müsse zur Wahrung der Gleichheit des Stimmrechts nicht nur gewährleistet sein, daß jeder Abstimmende formal gleiches Stimmrecht besitzt und daß seine Stimme gleiches Gewicht hat, sondern auch, daß für die Durchsetzung der sich in der Abstimmung gegenüberstehenden beiden Meinungen gleiche Chancen bestehen oder daß diese Chancen jedenfalls nicht willkürlich verschoben werden. (53)

Wenn man die Vorgehensweise des zweiten Neugliederungsgesetzes (Abstimmung in vier Wahlbezirken) mit dem Prozedere vergleicht, das das Land Baden

150. An dieser Stelle wies das Gericht weitere Einwände Badens zurück: Die historische Staatsverfassung der alten Länder sei verfassungsrechtlich nicht entscheidend („Ein rechtlicher Anspruch auf die Wiederherstellung der alten Länder findet weder im Wortlaut des Grundgesetzes noch in einem allgemeinen Verfassungsgrundsatz seine Stütze.“). Auch Völkerrecht sei, anders als von Baden argumentiert, auf Gliedstaaten nicht anwendbar und spiele deshalb keine Rolle bei der rechtlichen Bewertung.

vorgeschlagen hatte (Abstimmung in den Grenzen der historischen Staaten,) ergibt sich vor dem Hintergrund der Probeabstimmung, dass

der erste die für die Wiederherstellung der alten Länder Baden und Württemberg eintretende Gruppe gegenüber den Freunden des Südweststaates nicht unerheblich benachteiligt, während der zweite beiden Gruppen eine echte Chance einräumt, sich mit ihrem Wunsche durchzusetzen (55).

Es ließe sich tatsächlich „nicht leugnen, daß die dargestellte Ungleichheit der Chancen für die kommende Abstimmung besteht“. Entscheidend sei aber, „ob der Bundesgesetzgeber bei der Wahl des Abstimmungsmodus [...] sich von diesem Gesichtspunkt, neben dem eine Reihe anderer noch bedeutsam gewesen sein mögen, leiten ließ und ihn deshalb wählte, weil er annahm, damit sei die Entscheidung zugunsten des Südweststaates gesichert.“ Dies ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht der Fall:

Das Bundesverfassungsgericht vermochte sich auf Grund der ihm zugänglichen Protokolle und Urkunden sowie der Ausführungen in der mündlichen Verhandlung nicht davon zu überzeugen, daß Umstände vorliegen, die den Schluß rechtfertigen, der Bundesgesetzgeber habe unter Verletzung des Gleichheitssatzes einen Wahlmodus gewählt, der einen Teil der Stimmberechtigten benachteilige oder den Ausgang der Abstimmung im Sinne der Bildung des Südweststaats sichere. Nur wenn erwiesen wäre, daß der Bundesgesetzgeber [...] [eine] echte Volksbefragung durch eine Schein-Abstimmung zu ersetzen, d. h. durch eine Volksabstimmung, deren Ergebnis von vornherein feststeht und so gewollt war, läge ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz in der hier erörterten Richtung vor. Die ist jedoch nicht der Fall. (55)

Das Gesetz sei deswegen, mit Ausnahme von einigen unwesentlichen Randbestimmungen (die das Gericht im Folgenden noch aufzählt) verfassungsgemäß.

4.2.1.3 Analyse

In seiner „Urteilspremiere“ zeigte sich das Bundesverfassungsgericht gleichzeitig selbstbewusst und mit Gespür für die politischen Realitäten. Donald P. Kommers (1976:209) hat die Entscheidung mit dem Urteil „Marbury vs. Madison“ verglichen, mit dem der U.S. Supreme Court im Jahr 1803 das richterliche Gesetzesprüfungsrecht für sich reklamiert hatte. Der Vergleich ist etwas schief, weil der Supreme Court seine Macht zur Normenkontrolle in diesem Urteil erst aus der U.S.-amerikanischen Verfassung konstruieren und behaupten musste, während das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht diese Kompetenz von vornherein verliehen hatte. Allerdings können zwischen Kompetenzausstattung und Kompetenzwahrnehmung Welten liegen. Im „Südweststaatfall“ – hier hat Kommers recht – machte der zweite Senat deutlich, dass er gewillt war, diese Kompetenz auch auszuüben. Das Ergebnis war machtpolitisch weitgehend ungefährlich: Das erste Neugliederungsgesetz wurde als verfassungswidrig erklärt, dies hatte aber keine wirklichen Konsequenzen, zumal

die Akte der Parlamente weiterhin galten. Wenn das zweite Gesetz, und damit die Volksabstimmung in der vorgesehenen Form, für verfassungswidrig erklärt worden wäre, hätte die Bundesregierung und Bundestag eine empfindliche Niederlage bereitet. Dies, so lässt sich vermuten, hätte bei der Mehrheit der Bevölkerung keine Zustimmung gefunden. Stattdessen bestätigte das Verfassungsgericht das Vorgehen des Bundestages. Obwohl Nebenbestimmungen kassiert wurden, blieb das Ziel des Gesetzes – eine Volksabstimmung in der vorgesehenen Form – unangetastet.

Kommers (1976:209) fasst die Grundprinzipien der Entscheidung in fünf Punkten zusammen: Erstens machte die Entscheidung klar, dass das Bundesverfassungsgericht die höchste Instanz bei der Interpretation des Grundgesetzes ist. Dabei umfasste (2.) die Rolle des Gerichts nach seiner Aussage nur die Prüfung der rechtlichen Aspekte der angegriffenen Maßnahme, nicht aber deren politische Klugheit. Das Parlament hatte einen großen Freiraum bei der Gestaltung von Gesetzen. Allerdings, und hier war das Selbstbewusstsein des Gerichts deutlich, gehörte die Einschätzung, wie weit dieser Spielraum reichte, zur Kompetenz des Gerichts. Das Gericht würde, so machte die Entscheidung (3.) klar, nicht nur einzelne Normen isoliert auslegen, sondern verstand die Verfassung als ein System von Regeln und Prinzipien, die die Bedeutung einzelner Normen mitbestimmten. Dabei war (4.) nicht jede Regel und jedes Prinzip gleichrangig, sondern dem Grundgesetz war eine Hierarchie von Normen zu entnehmen. Manchen Prinzipien, wie im vorliegenden Fall das Demokratie- und Bundesstaatsprinzip, kommt eine höhere Wertigkeit zu als anderen. Schließlich verweist das Urteil (5.), ohne dass dies für die Begründung notwendig gewesen wäre, auf ungeschriebene Naturrechtsnormen, die „der Verfassung vorausliegen“. Alle fünf Punkte verweisen auf Gestaltungsleistungen, die das Gericht in diesem Urteil zum „Gründer“ machen. Keine der Setzungen durch das Gericht war selbstverständlich, jede hätte auch anders ausfallen können. Das Gericht hätte die Frage als Einzelfall entscheiden können, aus dem sich keine generalisierbaren Normen ergeben hätten. Aber schon die Tatsache, dass das Gericht der Entscheidung „stolze 39 Leitsätze“ (Menzel, 2000a:45) vorstellte, verweist darauf, dass der Senat die Entscheidung nutzen wollte, um die Rolle des Verfassungsgerichts zu formen. Einerseits demonstrierte es damit seinen Anspruch auf Deutungshoheit über die Verfassung. Andererseits ging es auch darum, wichtige Verfahrensfragen zu klären, die nicht oder nicht eindeutig in der Verfassung oder dem Verfassungsgerichtsgesetz geregelt waren, wie etwa die Frage nach den Rechtswirkungen der Nichtigkeit eines Gesetzes.

Mit diesem Urteil hatte das Verfassungsgericht die politische Bühne der Bundesrepublik betreten. Es war für das Gericht von großem Vorteil, dass dieses erste Urteil von allen Beteiligten „ersehnt“ worden war, dass es, in anderen Worten, eingeladen worden war, einen politischen Konflikt als Schiedsrichter zu entscheiden. An seiner Entscheidung konnte es keine legitimen Zweifel geben. Umso mehr, weil der „Verlierer“ des Streits, personifiziert in Gestalt Leo

Wohlebs, machtpolitisch schwach war und von der Mehrheit der Bevölkerung und der politischen Akteure als eigensüchtiger Querulant angesehen wurde.

Die Lösung der zentralen Rechtsfrage – ob der Volksentscheid in der vorliegenden Form verfassungskonform ist oder nicht – ist jedenfalls nicht eindeutig. Wie das erst spät veröffentlichte Sondervotum¹⁵¹ des Verfassungsrichters Willi Geiger (1989b) zeigt, hätte man mit guten rechtlichen Gründen auch das Gegenteil der Mehrheitsmeinung vertreten können. Statt die vor 1945 bestehenden Länder Baden und Württemberg, oder die nach 1945 neu gebildeten Länder als Wahlbezirke zu bestimmen, wurden, so Geigers Darstellung

beide Möglichkeiten vermengt und vier Abstimmungsbezirke gebildet. Diese auffällige Einteilung ist, wie die Verhandlungen [über die Gesetze, C.B.] eindeutig ergeben, unter Zugrundelegung des Ergebnisses der sog. Probeabstimmung vom 24. September 1950 gewählt worden. Nach dieser Abstimmung wußten die Mitglieder des Bundestags und des Bundesrats, daß sich im alten Land Baden eine knappe Mehrheit für die Wiederherstellung der alten Länder entschieden hatte, während in Nordbaden allein eine stärkere Mehrheit für die Bildung des des Südweststaates gestimmt hatte; sie rechneten daher damit, daß ein ähnliches Verhältnis bei der endgültigen Abstimmung [...] zu erwarten sei. Es muss daher angenommen werden, daß sie den im Gesetz vorgesehenen Abstimmungsmodus wählten, um die Bildung des Südweststaates zu sichern, gleichzeitig aber den Eindruck zu erwecken, als kämen sie der Bevölkerung Badens entgegen, indem sie die Entscheidung der Bevölkerung Nordbadens anvertrauten. (3)

In diesem Vorgehen lag für Geiger „eine Unsachlichkeit, die bei Erlaß von Wahlgesetzen als Wahlkreisgeometrie bezeichnet zu werden pflegt“. Ein Gesetz, das eine solche Einteilung vornimmt, verstoße gegen den „im Grundgesetz verbürgten Grundsatz der Demokratie, der dem Bürger das Recht gibt, nicht nur formal zur Wahlurne zu gehen und seine Stimme abzugeben, sondern auch durch seine Stimmabgabe materiell die politischen und rechtlichen Verhältnisse zu gestalten“. (4) Geiger fasst seine Einschätzung in drastischen Worten zusammen:

Ein Gesetz, das so gefaßt ist, daß die Stimmabgabe des Bürgers an dem gewollten Ergebnis nichts mehr ändern kann, macht die Volksabstimmung zur Farce.

Ein solches Gesetz verstoße auch gegen den Gleichheitssatz. Zwar habe der Gesetzgeber einen weiten Spielraum bei der Gestaltung von Abstimmungsmodalitäten. Er dürfe aber nicht eine Lösung wählen, „bei der erkennbar von vornherein eine der beiden sich gegenüberstehenden Abstimmungsgruppen derart benachteiligt wird, daß sie mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unterliegen muss“ (4).

151. Die Veröffentlichung von Sondervoten des Bundesverfassungsgerichts ist erst seit 1970 gesetzlich vorgesehen worden.

Die Mindermeinung hat deutlich gemacht, dass das Urteil nicht logisch zwingend, sondern die Entscheidung zwischen zwei möglichen Wegen war. Für diesen Schiedsspruch mag es unter Abwägung der rechtlichen und politischen Argumente gute Gründe gegeben haben. Entscheidend war beim „Südweststaat“-Urteil der Aspekt der Konfliktschlichtung, die dem Verfassungsgericht ermöglichte, über seine Rolle als Schiedsrichter seine Position im politischen System zu stärken.

4.2.1.4 Reaktionen

Das Urteil wurde außerhalb Badens generell positiv aufgenommen. Man kann annehmen, dass der Kommentar der „Frankfurter Allgemeinen Zeitung“ vom 24. Oktober 1951 (FAZ, 1951e) die Wahrnehmung einer Mehrheit der politischen Klasse spiegelt. Darin empfiehlt der Autor „dem angehenden Juristen und jedem Rechtsinteressierten“ das Urteil zur Lektüre, das seiner Meinung nach „jeder rechtlich empfindende Mensch [...] mit Genugtuung lesen“ wird:

Monatelang hat die Ungewißheit über das, was in diesem Raum geschah, die Wirtschaft beunruhigt. Landsmannschaftliche Leidenschaften sind aufgepeitscht worden. Beschuldigungen und Gegenbeschuldigungen haben sich überstürzt. Insgesamt wurde der dumpfe Eindruck erweckt, als ob die Macht des Stärkeren sich dem Schwächeren aufzwingen oder die Verkrampftheit des Widerspenstigen der Autorität Schläge versetzen könnte. [...] Der Stachel der Verdächtigung, vergewaltigt werden zu sollen, ist herausgezogen. Erst damit begreift man völlig, wieviel dem Staatsfundament der Bundesrepublik gefehlt hat, solange der Bundesverfassungsgerichtshof noch nicht existierte. (ebd.)

Das Verfassungsgericht hat dem schwelenden Konflikt „den Stachel“ gezogen, seine Rolle als Mediator ist für das Staatsfundament der Bundesrepublik essenziell. Gleichzeitig betont der Artikel die Gründungsfunktion des Gerichts, die sich im Urteil niedergeschlagen hat:

Seine erste große Entscheidung greift unmittelbar an die Nervenstränge unserer Verfassung. Sie arbeitet ihre Grundlinien heraus. Sie erläutert am Wahlrecht das Wesen der Freiheit und betont als zweite Komponente die föderative Natur Westdeutschlands. Sie gibt gleichzeitig die Richtschnur für staatsrechtliche Urteilsfindungen bei uns überhaupt. Sie erklärt es für wesentlich, daß zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes oder Verwaltungsakts nicht nur einzelne für sich stehende Bestimmungen der Verfassung herangezogen werden dürfen, sondern der Sinn und die Grundtendenz ihres gesamten Wortlauts berücksichtigt werden müssen. (Ebd.)

Aber nicht nur für „Rechtsinteressierte“ sei das Urteil interessant, so der Kommentar, sondern „vor allem werden die Politiker daraus Nutzen ziehen“:

So wie die Judikatur des früheren Reichsgerichts auf zivilrechtlichem Gebiet wird die des Bundesverfassungsgerichtes nämlich auf der staatsrechtlichen und der politischen

Ebene manchen davon zurückhalten, sich, durch unnötigen Streit ins Unrecht zu setzen und bloßzustellen.

In anderen Worten, das Vorhandensein des Gerichts wirkt mäßigend auf Konfliktparteien, da ihr Vorbringen auf die rechtliche Stichhaltigkeit geprüft wird.

4.2.1.5 Folgen

Das Urteil ordnete an, die Volksabstimmung, die durch die einstweilige Verfügung suspendiert worden war, spätestens am 16. Dezember nachzuholen. Der Entscheid fiel etwa so aus wie vorhergesagt: Er bestätigte die Ergebnisse der Probeabstimmung. Damit war der Weg zum neuen Südweststaat geboren, der zu diesem Zeitpunkt noch keinen Namen hatte.¹⁵² Der Streit war damit jedoch noch nicht beendet. Menzel (2000a:47) fasst den weiteren Verlauf der Debatte so zusammen:

[D]er Heimatbund Badenland e.V. sucht weiterhin nach Mitteln der Wiederherstellung des Landes. Die Rechtsfrage dreht sich nun darum, ob die erfolgte Neugliederung gemäß Art. 118 GG endgültig ist, oder ob nun die Mechanismen des Art. 29 freigegeben sind. Die Auffassungen sind geteilt, wohl eher überraschend gibt das BVerfG aber 1956 mit seinem „Südbaden-Urteil“ (E 5, 49), anerkennend, dass „der Wille der badischen Bevölkerung ... durch die Besonderheit der politisch-geschichtlichen Entwicklung überspielt worden“ ist (ebd.: S. 47), den Weg über Art. 29 GG frei. Zu einer Volksabstimmung kommt es erst am 7. Juni 1970 und inzwischen hat man sich offenbar mit den neuen Grenzen angefreundet: 81,93 % der Badener stimmen nun für den Bestand des Südweststaates.

Für den Gesamtstaat hatte die durch das Bundesverfassungsgericht ermöglichte Neugliederung Konsequenzen. So hatten, wie die FAZ (1951f) nach dem Volksentscheid feststellte, die Wahlen im neuen Gliedstaat Bedeutung für die kommenden Entscheidungen auf europäischer Ebene:

So wird der Wahlkampf mit diesen Parolen und gegen sie geführt werden, und man wird versuchen, ihn zu einer Art außenpolitischer Probeabstimmung des Volkswillens zu stempeln. Außerdem hängt es von seinem Ausgang ab, ob - wie bisher - die Koalition oder ob die Opposition über die Mehrheit im Bundesrat verfügen wird, der seinerseits in der Außenpolitik mitspricht. Man sieht: Der Stein der Neuordnung des Südwestgebietes zieht weitere Kreise, als mancher gedacht hat.

152. Die offizielle Benennung in „Baden-Württemberg“ erfolgte erst mit der am 19. November 1953 in Kraft getretene Landesverfassung.

4.2.2 Statusstreit (1952-53)

4.2.2.1 Kontext/Hintergrund

Der nächste größere Konflikt, in dem die Rolle des Gerichts verhandelt wurde, spielte sich weitgehend hinter den Kulissen ab: Bis auf den öffentlich ausgetragenen Disput zwischen dem Gericht und Justizminister Thomas Dehler war das Echo des sogenannten „Statusstreits“ weitgehend auf das juristische Fachpublikum begrenzt.¹⁵³ Dabei ging es um die Frage, ob das Gericht ein eigenständiges „Verfassungsorgan“ war oder ein normales, wenn auch herausgehobenes Gericht, das Teil des Justizsystems und damit dem Justizminister unterstellt war. Die Diskussionen schlossen direkt an die Weimarer Debatten über die Rolle des Staatsgerichtshofs an (Ooyen, 2006:111).

Hintergrund dieses Streites war, dass der Status des Bundesverfassungsgerichts während der Verfassungsgebung im Herrenchiemseer Konvent und später im Parlamentarischen Rat umstritten war und die gefundenen Kompromisslösungen, wie oben dargestellt, eine „gewisse Widersprüchlichkeit“ (Lembcke, 2007:89) aufwiesen. So

überließ man auf dem Verfassungskonvent die Organisation der obersten Bundesgerichtsbarkeit dem Parlamentarischen Rat, behandelte jedoch das Bundesverfassungsgericht getrennt von der übrigen Gerichtsbarkeit in einem eigenen Abschnitt, um dadurch den gleichberechtigten Status des Gerichts mit den anderen Gewalten zum Ausdruck zu bringen [...]. Diese „Sonderbehandlung“ ist im Parlamentarischen Rat [...] wieder rückgängig gemacht worden. (ebd.)

Damit existierten zwei Vorstellungen von der Verfassungsgerichtsbarkeit nebeneinander: einerseits die vom Verfassungsgericht als „Fachgericht für Verfassungsfragen“, die dem Bundesgerichtshof vergleichbar war. Dagegen stand die im Verfassungskonvent favorisierte Lösung eines grundsätzlich neuartigen Gerichts auf Augenhöhe mit den von der Verfassung etablierten Institutionen der repräsentativen Demokratie.

Der Konflikt um den Status des Gerichts manifestierte sich schon in der Frage, wo das Gericht angesiedelt werden sollte. Zunächst schien, wie Henne (2005:201) argumentiert, das Gericht im Streit um die Frage, ob der BGH und das BVerfG am selben Ort judizieren sollten, den Kürzeren zu ziehen:

Die SPD wollte das BVerfG als eigenständiges Verfassungsorgan hervorheben und votierte für Berlin, während die CDU eher ein bloßes Obergericht und eben nicht ein eigenständiges Verfassungsorgan gründen wollte, so daß beide Gerichte am selben Ort judizieren sollten.

153. Vgl. Lembcke, 2007:84; Häußler, 1994:22.

Nach Ansicht von Henne schwächte die Tatsache, dass sich die CDU in dieser Frage durchsetzen konnte, „langjährig die Stellung des BVerfG bei der institutionellen Konkurrenz mit anderen Gerichten“ (a.a.O.). Die Richter des neu etablierten Gerichts nahmen der Politik die symbolische Verbannung in die badische Provinz übel¹⁵⁴. Auch die Unterordnung unter das Justizministerium stieß bei einer Mehrheit der Richter auf Widerstand. Sie bedeutete, dass das Ministerium die Oberhoheit über Personalfragen besaß, den Etat des Gerichts bestimmte, und schließlich, dass das Gericht nach der traditionellen Hierarchie mit anderen Behörden „über den Dienstweg“, d.h. nur mit Umweg über die Ministerialbürokratie und mit deren Billigung kommunizieren musste (Baldus, 2005:239, Laufer, 1968:278).

Damit wollte sich das Gericht nicht abfinden. Schon wenige Monate nach Aufnahme seiner Tätigkeit verschickte es an die obersten Bundesorgane eine von seinem Plenum beschlossene Denkschrift über „die Stellung des Bundesverfassungsgerichts“ und zwar, ohne den Dienstweg einzuhalten. Es unterstrich die Wichtigkeit dieser Denkschrift auch dadurch, dass sein damaliger Präsident, Hermann Höpker-Aschoff (FDP), sowie sein Vizepräsident Rudolf Katz (SPD) selbst im Bundeskanzleramt in Bonn vorstellig wurden und Bundeskanzler Adenauer die Schrift persönlich überreichten. (Baldus, 2005:239)

4.2.2.2 Statusbericht

Die Denkschrift¹⁵⁵ war eine verdichtete Fassung eines längeren Textes, der so genannte „Statusbericht“¹⁵⁶, der die Thesen der Denkschrift genauer ausführte und begründete. Der Statusbericht wurde als Vorbereitung der Denkschrift von Leibholz als Berichterstatter entworfen, der ihn später zusammen mit einer Einführung und begleitenden Materialien veröffentlichte (Leibholz, 1957).¹⁵⁷ Die Denkschrift wurde als Plenarbeschluss vom Gericht angenommen, wobei zwei Richter (Höpker-Aschoff und Geiger) „zum Teil aus rechtlichen, zum Teil aus technischen Gründen mit den [...] Plenarbeschlüssen des damals noch aus 24 Richtern bestehenden Gerichts sich nicht identifizieren zu können glaubten“, wie Leibholz (1957:117) später schrieb. Der Inhalt des Statusberichts ist nicht identisch mit der Denkschrift, übernimmt aber deren wesentliche Thesen. Es ist

154. Höpker-Aschoff beklagte in seinem Begleitschreiben zur Denkschrift, dass sich der Wunsch, nach der „repräsentative[n] Stellung des Bundesverfassungsgerichts [...] nur schwer erfüllen läßt, nachdem der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht in die dörfliche Einsamkeit einer ehemaligen Residenzstadt verbannt hat“ (Leibholz, 1957:156)

155. Abgedruckt in Leibholz, 1957:142-149.

156. „Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur ‚Status‘-Frage“, abgedruckt in Leibholz, 1957:120-137.

157. Von dort die folgenden Seitennummern. Abgedruckt sind dort auch das Gegengutachten von Thoma sowie die „Sondermeinungen“ von Höpker-Aschoff und Geiger.

davon auszugehen, dass auch die Begründungen im Statusbericht von den meisten Richtern geteilt wurden.¹⁵⁸ Deswegen werde ich vor allem den Inhalt des Statusberichts analysieren und verstehe die Denkschrift als dessen Zusammenfassung.

Der Statusbericht sollte zeigen, dass „das Bundesverfassungsgericht eine mit allen Garantien richterlicher Unabhängigkeit ausgestattete höchstrichterliche Körperschaft des Bundes“, ist, die „Recht und nur Recht sprechen soll“ (Leibholz 1957:120), und deren „Einbau in das Staatsleben [...] den Rechtsstaat vollenden und sichern“ soll. Dabei kommt es, so der Bericht, zu einem „Hineinragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Bereich des Politischen“ (Ebd.: 121). Diese politischen Aus- und Einwirkungen seien nicht nur unvermeidlich, sondern von den Verfassungsgründern in bewusster Absetzung von der vorherigen Weimarer Staatspraxis in die Verfassung eingebaut worden. Nach Darstellung des Berichts besteht dabei ein grundsätzlicher Gegensatz zwischen dem „Rechtlichen“ und dem „Politischen“. Sicher sei, so Leibholz in Bezug auf Ausführungen von Triepel, dass

in der idealtypischen Struktur zwischen dem Wesen des Politischen und dem Wesen des Rechts ein innerer Widerspruch besteht, der sich nicht auflösen läßt. Dieser läßt sich darauf zurückführen, daß das Politische seinem Wesen nach immer etwas Dynamisch-Irrationales ist, das sich den dauernd verändernden Lebensverhältnissen anzupassen sucht, während umgekehrt das Recht seiner grundsätzlichen Wesensstruktur nach immer etwas Statisch-Rationales ist, das die vitalen politischen Kräfte zu bändigen sucht. Es ist dieser latente Konflikt zwischen dem in ständiger Bewegung befindlichen Politischen und dem vorzugsweise in Ruhe verharrenden Recht, oder anders ausgedrückt, der Konflikt zwischen Existentialität und Normativität, oder in einem weiteren philosophischen Sinn, der Konflikt zwischen Natur und sittlicher Vernunft, der dem Verfassungsrecht wie der Verfassungsgerichtsbarkeit sein wesensmäßiges Gepräge gibt. (Ebd.: 121-122)

Dieses Spannungsverhältnis erkläre etwa, warum

das Politische seiner grundsätzlichen Tendenz nach sich möglichst einer rechtlichen Erfassung und einer etwa bestehenden justizförmigen Verfassungskontrolle zu entziehen sucht - so entstehen die Lücken der Verfassung - und warum dort, wo es dem Politischen nicht gelingt, sich der Umklammerung durch das Recht zu entziehen, das Recht in einem erheblich größeren Ausmaß, als dies etwa beim Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht der Fall ist, gezwungen wird, dehnbare allgemeine Begriffe und weitgespannte Formeln, die nur schwer einer näheren Umschreibung zugänglich sind, zu verwenden. (Ebd.: 122)

158. Über die internen Diskussionen zum Statusbericht und der Denkschrift ist nicht viel bekannt. Offensichtlich ist aber, dass nur Geiger und Höpker-Aschoff ihre Bedenken über einzelne Forderungen der Denkschrift öffentlich äußerten.

Es sei deshalb Aufgabe des Verfassungsrichters, bei „Zweifelsfragen und Meinungsverschiedenheiten“¹⁵⁹ über den Sinn der Verfassung „dem besonderen Charakter des Verfassungsrechts Rechnung (zu) tragen und eine Entscheidung (zu) suchen“, die „dem objektiven politischen Sinngehalt der Verfassung gerecht wird“. Es sei seine Pflicht, die „Entscheidung in den Gesamtzusammenhang der Verfassung einzuordnen“.

Gleichzeitig müssten Verfassungsrichter die politischen Konsequenzen ihrer Entscheidungen im Auge behalten und könnten nicht die Maxime einer Reichsgerichtsentscheidung übernehmen, nach der der Gerichtshof „die Ergebnisse, zu denen er auf Grund des von ihm angewendeten objektiven Rechts gelangt, auszusprechen hat, ohne die politischen Folgen seines Spruches in Betracht zu ziehen“. Leibholz zitiert hier den amerikanischen Verfassungsrechtler Benjamin F. Wright, der als Voraussetzung für Supreme Court Richter deren Eignung als „Statesmen“ postuliert hatte. Die Richter am Verfassungsgericht würden sich daher

über die erforderlichen allgemeinen Rechtskenntnisse hinaus [...] zugleich auch insofern politisch ausweisen müssen, als sie etwas vom Wesen des Politischen verstehen und insbesondere den in einem demokratischen Rechtsstaat wirkenden, politischen Kräften Verständnis entgegenbringen müssen (122).

Dies ändere aber nichts daran, dass sie „zweifelhaft Bestimmungen der Verfassung zugleich juristisch richtig auszulegen“ hätten. Es sei die „Pflicht des Bundesverfassungsgerichts, die objektive Wahrheit zu erforschen“, ein Prozess vor dem BVerfG sei daher kein reiner Parteienstreit.

Der Bericht wendet sich dann dem Methodenstreit und der Debatte zwischen Kelsen und Schmitt zu, wobei er nur auf Schmitt Bezug nimmt. Dieser wird allerdings nur in der Fußnote genannt und im Text unter die „Kräfte“ gefasst, die in der Weimarer Zeit „einen Abbau der rechtsstaatlichen Einrichtungen zugunsten autoritärer oder totalitärer Verfassungsmethoden befürworteten“. Solche Kräfte hätten versucht, „die Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt zu diskreditieren und nach Möglichkeit ad absurdum zu führen“, indem sie die These aufstellten, dass Gerichte „im Sinne der Montesquieu’schen Auffassung [...] darauf beschränkt seien, konkrete Tatbestände unter das bestehende Normensystem zu subsumieren“ (123). Verfassungsgerichtsbarkeit dagegen sei strikt abzulehnen, so die Carl Schmitt’sche Anschauung, weil sie die Gerichtsbarkeit politisiere und damit gleichzeitig überfordere, sowie ihr das ihr Wesenseigene nehme.

Der Unterschied zwischen der „normalen Justiz“ und der Verfassungsgerichtsbarkeit sei aber, so der Bericht, kein methodischer, sondern ein rein inhaltlicher. Auch der Zivil- und Strafrichter sei kein „automatisch arbeitender

159. Hier bezieht sich Leibholz auf Art. 93GG, in dem u.a. von „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln“ (Abs. 2) die Rede ist.

Funktionär des Gesetzgebers“. Auch er entscheide „über Zweifel und Meinungsverschiedenheiten über Inhalt und Tragweite von gesetzlichen Normen“ und müsse „Wertungen bestimmter Art“ einschalten. Der wesentliche Unterschied sei, dass Verfassungsstreitigkeiten „gegenständlich an den in der Verfassung enthaltenen, politischen Entscheidungen orientiert und daher zwangsläufig politischer Natur“ (124) seien.

Verfassungsgerichtsbarkeit sei daher grundsätzlich rechtlicher und nicht politischer Natur, sofern „eine justiziable Norm, d. h. eine Bestimmung nachweisbar ist, die inhaltlich einer näheren rechtlichen Auslegung fähig ist“ (125). Solche „rational standards“, an denen „das Bundesverfassungsgericht in seiner Eigenschaft als einer richterlichen Körperschaft seine Entscheidungen orientieren kann“ seien die Grundvoraussetzungen seiner Tätigkeit. Lügen diese nicht vor, handle es sich um „rein politische Streitigkeiten“, die das Gericht nicht entscheiden könne. Das sei aber dann nicht der Fall, wenn es sich „entweder um eindeutige oder doch – wie das vielfach insbesondere bei den Grundrechtsbestimmungen der Fall ist – durch Auslegung und Ermittlung ihres Inhalts näher bestimmbare Normen“ handle, die „trotz ihres politischen Inhalts als echte Rechtssätze bezeichnet“ werden könnten. In diesem Fall

kann und muß die Behauptung gewagt werden, daß die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf rechtlicher Grundlage ergehen und echte Rechtsstreitigkeiten zum Gegenstand haben. Denn trotz der Tendenz des Politischen, bindungsfrei zu sein und sich nach Möglichkeit der Erfassung durch das Recht zu entziehen, können politische Vorgänge am Recht gemessen und der politische Wille des Gesetzgebers dem Recht unterworfen werden. (125)

Damit hat der Statusbericht seine These dargelegt, dass nach der Verfassung grundsätzlich alle politischen Entscheidungen dem Recht, und damit der Kontrolle des Verfassungsgerichts unterworfen sind. Zwar wird den Kritikern zugestanden, dass das Verfassungsgericht sich keine ihm nicht zustehenden Kompetenzen anmaßen darf:

Als Hüter der Verfassung hat aber der Verfassungsrichter nicht nur darüber zu wachen, daß der Gerichtshof keinerlei politische Machtbefugnisse usurpiert. Er muß darüber hinaus auch die artbestimmenden Tendenzen des modernen Staates respektieren. Aus diesen ergibt sich vor allem, daß der Verfassungsrichter bei der Ausübung seiner Befugnisse sich weise selbst beschränken muß. (125)

Mit vielen Verweisen auf Urteile des Supreme Court wird dann dargelegt, dass der Gesetzgeber grundsätzlich den „benefit of doubt“ in Anspruch nehmen dürfe. Es sei nicht die Aufgabe des Verfassungsgerichts, „Entscheidungen der Regierung und Gesetzgebung etwa daraufhin zu überprüfen, ob diese von ihrem durch die Verfassung eingeräumten freien Ermessen einen weisen Gebrauch gemacht haben“ (126). Ob eine bestimmte Politik weise oder zweckmäßig sei, könne vom Gericht nicht überprüft werden (127).

Diese Selbstbeschränkung auf die „Hüter“-Rolle, die darin besteht, nur den äußeren Rahmen abzustecken, in dessen Grenzen die Politik nach eigenem Ermessen und in freier Verantwortung entscheiden kann, ist ein Zugeständnis an die Kritiker. Sie wird allerdings kontrastiert durch die selbstbewusste Berufung auf die Aufgabe des Gerichts, Verfassungslücken zu füllen und das Recht fortzubilden. Solange der Verfassungsrichter sich auf „rational standards“ stütze, sei er

in der Lage, dadurch, daß er sich an den in der Verfassung enthaltenen immanenten Bewertungen orientiert, die sogenannten Verfassungslücken auszufüllen, d. h. jene Fälle zu entscheiden, die vom Verfassungsgesetzgeber selbst nicht entschieden, sondern einem etwa vorhandenen Verfassungsgerichtshof zur Entscheidung überlassen worden sind (125).

Und darüber hinaus sei er berechtigt einzugreifen, wenn

Regierung und Gesetzgebung ihr freies Ermessen missbräuchlich gehandhabt haben und der legislative Akt oder die sonstigen dem Gericht unterstellten Maßnahmen als willkürlich charakterisiert werden können (127).¹⁶⁰

Diese theoretischen Vorüberlegungen bilden den Rahmen für die nun folgenden konkreten Thesen und Forderungen des Gerichts. Aus der Tatsache, dass der „Kreis der durch das Bonner Grundgesetz und das Bundesverfassungsgerichtsgesetz dem Bundesverfassungsgericht neu übertragenen Befugnisse [...] so groß und die Machtfülle dieses Gerichtshofes hierdurch so gewaltig geworden“ ist, schließt der Bericht, dass

dieser heute nicht nur als die Spitze der rechtsprechenden Gewalt und in dieser Eigenschaft als Hüter und Garant der Verfassung, sondern zugleich auch als ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan angesprochen werden muß, das politisch wie verfassungsrechtlich dem Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung und dem Bundespräsidenten an die Seite gestellt werden muß (128).

Dies ergebe sich auch aus der Formulierung des § 1 BVerfGG und des im Grundgesetz angelegten Prinzips der Gewaltenteilung.¹⁶¹ Aus dieser – wie der Bericht behauptet – in der Verfassung angelegten Stellung des Gerichts ergäben sich nun „gewichtige Konsequenzen“ (129). Zunächst könnten Richter keine Beamten sein. Sie seien

160. Leibholz schließt hier auf die staats- und verwaltungsrechtliche Diskussion über die „rechtliche Bedeutung des Gleichheitssatzes“ (127, Fn. 33) an.

161. Da das Prinzip der Gewaltenteilung auch von Gegnern einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit vorgebracht worden ist, folgen an dieser Stelle Ausführungen zur Problematik der ursprünglichen Theorie der Gewaltenteilung, die „weder praktisch in Reinheit durchführbar ist noch in praxi jemals (auch nicht in den Vereinigten Staaten) durchgeführt worden“ sei und im modernen Parteienstaat auch modifiziert werden müsse (128).

in Wahrheit, und zwar in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts, ebenso wie die Mitglieder der Bundesregierung, des Bundestages, des Bundesrates in Wirklichkeit Repräsentanten, die ihre Legitimität über das Parlament und den in demselben organisierten Parteien letzten Endes vom Volke herleiten.

Verfassungsrichter seien beauftragt, die Politik zu kontrollieren und könnten daher vom Staat nicht in eine „für das Beamtenverhältnis typische Gehorsamspflicht“ genommen werden.

Darüber hinaus sei es für das Gericht unwürdig, sich einem behördeninternen Dienstweg unterwerfen zu müssen. Im Gegenteil sei es verfassungsrechtlich geboten, dass „das Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgan ohne Zwischenschaltung des Bundesjustizministeriums selbständig mit den anderen obersten Verfassungsorganen auf dem Fuße der Gleichberechtigung verwaltemäßig verkehren kann und zu verkehren hat“ (135). Auch müsse das Gericht, genau wie die anderen Verfassungsorgane, seinen eigenen Etat festlegen und verwalten dürfen, sowie seine Personalentscheidungen völlig frei treffen und seine Geschäftsordnung selbständig festlegen dürfen (135).

Den Schluss des Berichts bildet die Feststellung, dass „selbst in maßgeblichen politischen Kreisen Mißverständnisse von erheblichem Gewicht über die tatsächliche verfassungsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts und seiner Mitglieder bestehen“. Das Plenum des Gerichts solle daher selbst aktiv werden und in einem Akt des institutionellen Ungehorsams eine Geschäftsordnung verabschieden, die „deklaratorisch den verfassungsorganhaften Charakter des Bundesverfassungsgerichts und die sich aus demselben im einzelnen ergebenden Konsequenzen“ festlegt (136).

4.2.2.3 Analyse

In seinem Bericht erklärt Leibholz selbstbewusst den Status des Verfassungsgerichts als unmittelbares „Verfassungsorgan“. Er leitet diesen Status aus der Tatsache ab, dass, wie er in der Einleitung zur Veröffentlichung des Berichts bemerkt, die Verfassung die Richter „in einem bisher noch nicht dagewesenen Ausmaß zu den mit letzter rechtlicher Autorität ausgestatteten Hütern der Verfassung gemacht“ habe (111). Gleichzeitig besteht für ihn kein Zweifel, dass den Verfassungsrichtern die Deutungshoheit über die Verfassung zukommt, da sie es ja sind, die kraft Verfassung bei „Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten“ zur Klärung berufen sind. Die Verfassungsrichter üben ihre Kompetenzen als Richter und nicht als Politiker aus, die Sphären des Rechts und der Politik sind streng geschieden. Leibholz, ebenfalls in der Einleitung, führt aus:

Gewiß sind die Verfassungsgerichte Gerichte, und zwar selbständige und unabhängige Gerichte, die wie andere Gerichte eine rechtsprechende Tätigkeit im materiellen Sinne entfalten und Rechtsfragen zu entscheiden haben. Dies gilt sogar für das abstrakte Normenkontrollverfahren, bei dem in Wirklichkeit kein neues Recht geschaffen wird,

sondern in einem „objektiven Verfahren“ nur ausgesprochen wird, was der Verfassungsgesetzgeber bereits ohnehin vorher entschieden hat. Selbst beim sog. negativen Gesetzgebungsverfahren entfaltet sich diese Funktion der Verfassungsgerichte, indem sie Folgerungen, die implicite bereits in der Verfassung enthalten sind, mit allgemein verbindlicher Kraft ziehen und bestrittenes Recht ein für allemal feststellen. Insoweit als die Verfassungsgerichte, ebenso wie jedes andere Gericht, nur der Verwirklichung des objektiven Rechts dienen und normgebundene Entscheidungen treffen, sind sie in den Bereich der Dritten Gewalt hineingestellt. (111)

Nach diesem Verständnis „übt das Bundesverfassungsgericht im wesentlichen nur kontrollierende und hemmende Funktionen aus und beschränkt sich darauf, potentiell verfassungswidrige Zustände zu beseitigen und dafür Sorge zu tragen, daß alle Träger politischer Gewalt sich verfassungsmäßig verhalten.“ (111) Nicht der Modus der Rechtsprechung ist politisch, sondern nur der Inhalt. So habe

die rechtsprechende Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgerichte im Gegensatz zu der der übrigen Gerichte zugleich inhaltlich insofern politischen Charakter [...], als das Materiale ihrer Rechtsfindung das Politische ist [...] und die Verfassungsgerichte durch ihre rechtsprechende Tätigkeit zugleich in den verfassungsmäßigen Prozeß der staatlichen Willensbildung geflochten sind (111).

Überraschenderweise knüpft Leibholz aber nirgendwo explizit an Kelsens Stufentheorie an, die eine solide Grundlage für die Theorie vom „negativen Gesetzgeber“ geboten hätte. Stattdessen scheint in der Einleitung zu den Materialien des Statusstreits der Einfluss von Smends Integrationstheorie¹⁶² durch:

Der Rechtsstaat des Bonner Grundgesetzes unterscheidet sich von dem der Weimarer Verfassung und der Bismarckschen Verfassung entscheidend dadurch, daß hier zum erstenmal in der deutschen Geschichte der Prozeß der staatlichen Integration selbst sich auch mit Hilfe der Rechtsprechung eines Gerichts vollzieht, oder - anders ausgedrückt - dadurch, daß ein Verfassungsgericht durch seine Rechtsprechung zugleich an der Ausübung der „obersten Staatsgewalt“ teilnimmt. (111)

Die Funktion des Verfassungsgerichts ist es also, eine Verfassung zur Geltung zu bringen, die die Gesellschaft integrieren soll. Dies ist eine wichtige gesellschaftliche Funktion, die aber auch voraussetzt, dass das Verfassungsgericht einen entsprechenden politischen Status besitzt:

Denn die Qualität eines Verfassungsorgans hängt allein von der Position ab, die dieses im Rahmen der Gesamtverfassung einnimmt, und nicht von der Art und Weise, welche Tätigkeit funktionell von diesem wahrgenommen wird. [...] Hieraus ergibt sich, daß das Bundesverfassungsgericht einen eigenen verfassungsrechtlichen Status hat,

162. Dazu im Einzelnen: Smend, 1968b; Hennis, 2002 und Ooyen, 2006:111.

der an Bedeutung dem des Bundestages, des Bundesrates, des Bundespräsidenten und der Bundesregierung nicht nachsteht. (112)

Die konkreten Forderungen, die im „Statusbericht“ schon erläutert werden, aber im Zentrum der „Denkschrift“ stehen, erklären sich aus dieser Notwendigkeit. Sie folgen nach Darstellung beider Dokumente quasi zwangsläufig aus der Verfassung.

4.2.2.4 Denkschrift

Die Denkschrift wendete sich direkt an „die obersten Bundesorgane“: den Bundespräsidenten, den Bundestag, den Bundesrat und die Bundesregierung, und machte dadurch deutlich, auf welcher Ebene im Staat sich das Bundesverfassungsgericht verortete. Sie übernahm alle wichtigen Forderungen des Statusberichts (Anerkennung des BVerfG als „Verfassungsorgan“, organisatorische und finanzielle Unabhängigkeit des Gerichts, Ablehnung des Status der Richter als Beamte). Die im Statusbericht dargelegte theoretische Begründung wurde nicht übernommen. Die Aussagen sind apodiktisch und stellen nach dem Bekunden des Gerichts lediglich die objektive Verfassungslage dar:

Das Bundesverfassungsgericht als der oberste Hüter der Verfassung ist nach Wortlaut und Sinn des Grundgesetzes und des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan. Hieraus ergibt sich, daß das Bundesverfassungsgericht weder einem anderen Bundesorgan noch einer Bundesbehörde unterstellt sein kann. (144)

Die Integrationswirkung des Verfassungsgerichts wird auch von der Denkschrift betont:

Auf Grund dieses besonderen Status der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts haben diese gegenüber allen, die es angeht, einen legitimen Anspruch, so behandelt zu werden, wie es die Würde und Autorität ihres Amtes erfordern. Erst wenn es gelingt, dem Volk die repräsentative Stellung des Bundesverfassungsgerichts auch bildhaft einzuprägen, wird das Bundesverfassungsgericht seine zugleich politisch integrierende Funktion innerhalb des Staats- und Volksganzen voll erfüllen können. (146)

Die Erfüllung der Forderungen der Denkschrift sind also nicht nur deswegen notwendig, weil die Verfassung – in der Auslegung des Gerichts – sie fordert. Sie dienen auch dazu, gegenüber der Bevölkerung die „Würde und Autorität“ des Gerichts zu etablieren, die notwendig ist, damit das Verfassungsgericht seine integrierende Wirkung ausüben kann. In anderen Worten: Vor dem Hintergrund der schwierigen gesellschaftlichen Verhältnisse der unmittelbaren Nachkriegszeit, die immer mitgedacht werden muss, muss nach der Argumentation des Gerichts die Herstellung seiner Autorität auch im Interesse der anderen Verfassungsorgane sein.

Überdeutlich wird in der Denkschrift aber vor allem der Wunsch der Verfassungsrichter nach Anerkennung ihres besonderen Status als Mitglieder eines

Verfassungsorganes. Mit den Richtern der traditionellen Justiz seien sie nicht zu vergleichen, insofern

die Gerichtsbarkeit des Bundesverfassungsgerichts in Charakter und Wesen sich grundsätzlich von der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterscheidet. Die Verfassungsorgan-Qualität der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts überlagert und modifiziert sozusagen ihre richterliche Stellung. (147)

Schließlich wird erklärt, was durch die direkte Übergabe der Denkschrift unter Umgehung des Justizministeriums schon praktisch vollzogen wurde, nämlich dass das Bundesverfassungsgericht „in Verwaltungsangelegenheiten mit der Bundesregierung, anderen Verfassungsorganen und einzelnen Bundesministerien unmittelbar, nicht über das Bundesjustizministerium“ in der Form eines „Schreibens an gleichgeordnete Stellen“ verkehrt (148).

Wie bereits erwähnt, stimmten nicht alle Richter den im Statusbericht und der Denkschrift geäußerten Interpretationen der Verfassungslage und institutionellen Forderungen vollständig zu. Willi Geiger betonte in seinen „ergänzenden Bemerkungen“ zum Statusbericht, dass er zwar für verfassungsrechtlich gerechtfertigt halte, dass das Bundesverfassungsgericht ein „echtes Gericht“ und „höchstes Verfassungsorgan“ sei und die Richter des Verfassungsgerichts keine Beamten seien. Die übrigen Forderungen seien rechtspolitisch zwar wünschenswert, aber nicht verfassungsmäßig geboten. Präsident Höpker-Aschoff gingen manche Forderungen entschieden zu weit. Wie man seinem Schreiben¹⁶³ an Justizminister Dehler entnehmen konnte, versuchte er insbesondere, die Zustimmung herunterzuspielen, welche die Herauslösung des Gerichts aus der Zuständigkeit des Ministeriums seines Parteifreundes Dehler bedeuten musste. In der Denkschrift würden „Wünsche“ vorgetragen (155), die er nur teilweise unterstütze. Insbesondere könne das Gericht mit der Unterordnung unter das Justizministerium gut leben (166). Außerdem ginge es „einfach nicht an, innerhalb der dritten Gewalt nur das Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgan gelten zu lassen.“ Auch die anderen oberen Bundesgerichte müssten als allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständige und unabhängige Gerichtshöfe des Bundes gelten. (154). Diesen Äußerungen widersprach allerdings Vizepräsident Katz in seinem Begleitschreiben. Er betonte, dass alle Richter außer Geiger und Höpker-Aschoff hinter den Aussagen der Denkschrift ständen, in der keine „Wünsche“, sondern die „verfassungsrechtliche Lage“ dargestellt worden sei (157).

163. Das Schreiben erfolgte, worauf Baring (1969:231) hinweist, auf eine Bitte Dehlers nach einer „persönlichen Stellungnahme“ Höpker-Aschoffs zur Denkschrift. Siehe das „Begleitschreiben“ von Vizepräsident Katz (156).

4.2.2.5 Bewertung

Oliver Lembcke hat die in der Denkschrift gemachten Aussagen und dadurch begründeten Forderungen an die „anderen“ Verfassungsorgane zu Recht als „Selbsterfindung des Verfassungsgerichts“ bezeichnet:

Vordergründig bestand das Anliegen dieser Denkschrift darin, die „verfassungswidrige Staatspraxis“ der anderen Verfassungsorgane im Umgang mit dem Verfassungsgericht zu beenden, die sich in einer Reihe von Technika offenbarte. Dahinter stand jedoch die Schlüsselfrage, ob und in welcher Weise sich das BVerfG von anderen Gerichten unterscheidet und welche Bedeutung dieser Unterschied für seinen Rang unter den „höchsten Verfassungsorganen“ besitzt. (Lembcke, 2006a:152)

Die Denkschrift war nach Lembcke einerseits eine „Kampfansage an jene, die sich einem machtvollen Hüter der Verfassung in den Weg stellen wollten“, andererseits aber auch „eine Absage an die Tradition des Weimarer Reichs- und Staatsgerichtshofs“. Ungewöhnlich war, dass das Gericht ein „Gutachten in eigener Sache“ verfasste,

um damit ohne Anstoß von außen eine Rechtsfrage zu entscheiden. Vor allem auf den zweiten Gesichtspunkt kam es den Richtern an: Denn genau betrachtet war man gar nicht an einer Auseinandersetzung über die einzelnen Rechtsfragen interessiert; aus ihrer Sicht waren sämtliche Rechtsfragen bereits entschieden – eben dadurch, dass das Verfassungsgericht seine Auffassung dazu mitteilte. (153)

Die Richter mussten sich bewusst gewesen sein, dass sie eine Reihe von einflussreichen Akteuren herausforderten. Zum einen machte sich das Gericht das Justizministerium zum Gegner: Dehler musste es als Provokation verstehen, dass seine Zuständigkeit bestritten und er bei der Übergabe der Denkschrift übergangen wurde.¹⁶⁴ Es war darüber hinaus auch nicht damit zu rechnen, dass hohe Verwaltungsbeamte und die höhere Richterschaft die Forderungen der Verfassungsrichter unterstützen würden, nachdem sich die Bundesverfassungsrichter deutlich, und in fast abfälliger Art, von Beamten und den Karrierejuristen in den oberen Bundesgerichten abgesetzt hatten und für sich eine herausgehobene Position als Mitglieder eines „Verfassungsorgans“ forderten. Auch von Adenauer war keine Unterstützung zu erwarten – welche Motivation sollte dieser gehabt haben, eine Institution aufzuwerten, die die eigenen Politikziele blockieren konnte? Die Übergabe der Denkschrift fiel mitten in die Debatte um die Verfassungsmäßigkeit der Westverträge. Es war daher allen Beteiligten klar, was auf dem Spiel stand. Allerdings schenkte Adenauer dem Bundesverfassungsgericht bis zum offenen Ausbruch der Verfassungskrise um die Westver-

164. Auch wenn Vizepräsident Katz in seinem Begleitschreiben an Dehler versicherte, dass es nur um die „Sache“ ginge und sich die Forderungen der Denkschrift nicht gegen Dehler persönlich richteten (Leibholz, 1957:158).

träge im Spätherbst 1952 kaum Aufmerksamkeit und hatte sich auch noch nicht öffentlich kritisch geäußert.¹⁶⁵

Sicher konnten die Richter nur der Unterstützung der SPD sein, die das Verfassungsgericht als politisches Instrument sah, um Druck auf die Regierung auszuüben (Hennis, 2005:188). Sie musste also an einer möglichst starken Stellung des Gerichts interessiert sein. Dazu kam die „persönliche Gegnerschaft“ (Baring, 1969: 232), die zwischen Dehler und Adolf Arndt bestand, der innerhalb der SPD die verfassungsrechtlichen Fragen bearbeitete.

Auch wenn zu dieser Frage keine detaillierte Forschung existiert, die Aufschlüsse über die Motivation der Richter geben könnte, ist es doch plausibel anzunehmen, dass die Mehrheit im Plenum die politische Situation realistisch einschätzte und die Statusdenkschrift deswegen so selbstsicher fasste, weil sie sich der Unterstützung maßgeblicher politischer Akteure zumindest einigermaßen sicher sein konnte. Es ist nicht wahrscheinlich, dass die Plenumsmehrheit blind in einen Kampf stürzen würde, bei dem das Gericht am Ende viel zu verlieren hätte. In anderen Fällen, etwa im Südweststaatsentscheidung und später auch im Fall der Westverträge, agierte das Gericht angesichts der Machtverhältnisse umsichtig und mit Rücksicht auf die eigene Position.

4.2.2.6 Gutachten Thoma und Antwort des Gerichts

Wie nicht anders zu erwarten war, hatte Justizminister Dehler nicht vor, den Forderungen des Bundesverfassungsgerichts nachzugeben. Auf politischer Ebene versuchte er, Adenauer davon zu überzeugen, dass vom Gericht eine Gefahr für die Regierung ausging (Baring, 1969:231). Dehler begegnete der Initiative des Gerichts auch in rechtlicher Hinsicht, indem er beim Bonner Staatsrechtler Richard Thoma, der bereits in der Weimarer Republik ein einflussreicher Rechtswissenschaftler gewesen war, ein Gegengutachten¹⁶⁶ in Auftrag gab, das den Forderungen der Statusdenkschrift die theoretische Grundlage entziehen sollte.

Obwohl nicht Gegenstand des Gutachtens, äußerte Thoma schon zu Beginn seines Textes deutlich seine Kritik an der seiner Ansicht nach übertriebenen Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts, die diesem in „rechtsstaatlichem Übereifer“ übertragen worden war und

den hohen Gerichtshof in die Versuchung geführt, ja vielleicht zum Teil sogar in die Zwangslage versetzt habe, die einem Gerichtshof wesensmäßig gesetzten Grenzen zu überschreiten und politische Entscheidungen zu fällen, anstatt sich streng auf rechtsanwendende Urteile und Beschlüsse zu beschränken (165).

165. So zumindest Baring, 1969:231.

166. Abgedruckt in Leibholz, 1957:161-193, von dort auch die folgenden Zitate.

Was die Behauptungen des Plenums des Bundesverfassungsgerichts angehe, sei es „unstatthaft“ zu behaupten, „es bestehe z. Z. ein verfassungsrechtswidriger Zustand, und der verfassungsmäßige Zustand beim BVerfG müsse in diesem Sinne erst noch ‚hergestellt‘ werden“ (164), im Gegenteil seien die Forderungen lediglich rechtspolitischer Art.¹⁶⁷ Inhaltlich seien sie „vorbehaltlos zu verneinen“ (165). In seinem Bemühen, die Behauptung zu bestreiten, die derzeitige Rechts- und Staatspraxis sei verfassungswidrig, wirft Thoma dem Plenum „offensichtlich unzulässige ‚Begriffsjurisprudenz‘“ vor. Es sei juristisch nicht statthaft,

aus der Klassifizierung eines Staatsorgans als Verfassungsorgan unmittelbar juristische Folgerungen abzuleiten oder angeblich zwingende rechtspolitische Postulate aus dieser Klassifizierung zu deduzieren und deswegen allein von irgendeiner Normierung zu sagen, sie „könne“ nicht gelten oder sie „müsse“ geschaffen werden (166).

Doch Thoma beschränkt sich nicht nur darauf, dem Gericht „Begriffsjurisprudenz“ vorzuwerfen, was, wie Baldus (2005:240) bemerkt, „bekanntlich für Juristen Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts schon längst ein Schimpfwort“ war. Er geht nicht nur so weit, dem Gericht antidemokratische und elitäre Gesinnung vorzuwerfen¹⁶⁸ sondern „fuhr noch schwereres Geschütz auf“ (ebd.): Die Argumentation des Statusberichts, dass das Verfassungsgericht die politischen Folgen seiner Entscheidungen berücksichtigen müsse (122), erinnere „peinlich an die von Carl Schmitt erfundene „situationsgemäße Auslegung“, die so geschmeidig in die von der siegreichen NSDAP geschaffene Situation hinüberführte“ (171). Die Anklage Thomas gipfelt in einem dramatischen Ausruf, das Bundesverfassungsgericht habe die Absicht, „aus eigener politischer Meinung heraus das geltende Recht zu biegen und zu beugen“. Das Gericht vertrete eine „Irrlehre“, die „weder im Wortlaut des Grundgesetzes und des BVerfGG“, noch in der „Dogmengeschichte der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit“, noch in der Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts seine Begründung finde. Die Richter am BVerfG seien genauso wie alle Richter verpflichtet

nach bestem Wissen und Gewissen nach der ihrer Überzeugung nach geltenden objektiven Norm zu suchen und diese dann unbekümmert um Beifall oder Tadel politischer Instanzen anzuwenden – um des Rechtes willen, niemandem zulieb und niemandem zuleid (172).

167. Das würde schon daraus hervorgehen, so Thoma, dass die Richter ansonsten an einer verfassungswidrigen Institution wirken würden, was einem Selbstwiderspruch gleichkäme (164).

168. „Es ist eine bedenkliche rhetorische Entgleisung, wenn im Bericht des Status-Ausschusses einmal davon die Rede ist (S. 132), die Richter am BVerfG dürften nicht, wie die Beamten, die Stellung von Dienern haben, sondern es komme ihnen die Stellung von Herren zu. In der Demokratie gibt es keine ‚Herren‘, sondern nur dienende Volksbeauftragte. Alle Amtsträger, auch die höchsten, sind und sollen sein dienende Amtsleute.“ (167)

Thoma bestritt schließlich im Gegensatz zum mit Verweisen zum amerikanischen Verfassungsrecht gespickten Statusbericht, dass man in „rechtsvergleichenden Ausblicken“ Rechtfertigungen für die gewünschten Änderungen oder auch nur für die theoretischen Behauptungen des Statusberichts finden könne. Dabei versucht er, Statusbericht und Denkschrift gegeneinander auszuspielen. Es sei

bedauerlich, daß die Denkschrift sich nicht mit deutlichen Worten gegen diese Irrlehre gewendet und sich überhaupt in den oben wörtlich wiedergegebenen Sätzen nicht mit der wünschenswerten Klarheit und Eindeutigkeit ausgedrückt hat. Es kann aber unbedenklich unterstellt werden, daß die Mehrheit der Verfasser der Denkschrift bei Beurteilung des Verhältnisses der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Politik die Abirrigung des Statusberichts ablehnt und auf den Boden der herrschenden Lehre treten will. (172)

Es sei zwar „nichts dagegen zu bemerken, wenn die Denkschrift das BVerfG gelegentlich als das für die ‚Dritte Gewalt‘ repräsentative Verfassungsorgan“ bezeichne, dabei handle es sich aber lediglich

um ein schmückendes Beiwort, nicht um einen Rechtsbegriff, und keinesfalls darf man aus dieser Charakterisierung des Gerichtshofs zwingende Postulate oder gar unmittlere juristische Folgerungen ableiten (173).

Thoma fand durchaus Punkte, denen er zustimmen konnte. So ist verdienende seiner Meinung nach „volle grundsätzliche Billigung“(174), dem

BVerfG ein so bedeutendes Maß von Vorzugsstellung, Vorrang und Würde einzuräumen, daß sich das Bewußtsein von Dasein, von Sosein und von der Betätigung dieses prominentesten Garanten des Rechtsstaats dem Volke einprägt. Daraus kann dann eine erwünschte „integrierende Wirkung“ erhofft werden (d. h. Erweckung und Stärkung der Sympathie für dieses Staatswesen, des Staatsbewußtseins und der Hingabebereitschaft). (173)

Allerdings seien die konkreten Forderungen nicht dazu geeignet und auch nicht erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen. Stattdessen macht das Gutachten eine Reihe von eigenen Reformvorschlägen wie etwa, die zwei Senate zusammenzulegen, die Richterwahl zu verändern oder die Verfassungsbeschwerde abzuschaffen, um die Geschäftslast des Gerichts zu verringern¹⁶⁹ (183). Thoma schließt:

Den in der Denkschrift vom 27.6.52 enthaltenen Postulaten ist insofern beizustimmen, als eine [...] haushaltsrechtliche Besserstellung des BVerfG angezeigt erscheint

169. Die Verfassungsbeschwerde sei „zwar ein in die Augen fallendes Schaustück einer freiheitlichen demokratischen Ordnung“ und biete „einige Hilfen zur Einheitlichkeit der Auslegung der Grundrechtsartikel“. Die „sachliche Vollkommenheit der rechtsstaatlichen Verbürgung der in § 90 BVerfGG aufgezählten grundrechtlichen Zusicherungen“ würde jedoch bei Abschaffung der vom parlamentarischen Rat ohnehin ursprünglich abgelehnten Klageart „nicht die geringste Beeinträchtigung erfahren“ (183).

(die allerdings nicht bis zum Zugeständnis eines aus dem Einzelplan des Bundesjustizministeriums herausgelösten Einzelplans des BVerfG führen sollte). Ferner [...] bestehen keine Bedenken gegen einen unmittelbaren Schriftverkehr des Gerichtshofs und seines Präsidenten in allen seinen Angelegenheiten mit den anderen Verfassungsorganen. Dagegen stehen der von der Denkschrift angestrebten Schaffung einer eigenständigen aus der Oberleitung und Betreuung durch das Bundesministerium der Justiz völlig herausgelösten Justiz-Selbstverwaltung des Bundesverfassungsgerichts überwiegende Bedenken entgegen. (193)

4.2.2.7 Bewertung

Trotz dieser teilweise versöhnlichen Schlussthesen stellt Thomas Gegengutachten, wie Lembcke (2006a:152) darlegt, den „kaum verhüllten Versuch dar, dem Gericht seinen Status streitig zu machen“. Thomas Argumentation war

ganz wesentlich der traditionellen Sicht auf die deutsche Rechtsstaatlichkeit verpflichtet und versuchte, aus dieser Warte den Rang und die Organisation des Verfassungsgerichts zu bestimmen, während sich die Verfassungsrichter als Repräsentanten einer bisher in Deutschland nicht verwirklichten Verfassungsstaatlichkeit verstanden wissen wollten (Ebd.).

Dabei war, wie Lembcke (2007:97) betont, sowohl „Wortwahl als auch Tonfall kurios, wenn man bedenkt, daß es sich nicht um eine Podiumsdiskussion, sondern um ein Rechtsgutachten handelt mit den beiden Hauptadressaten Bundesjustizministerium und Bundesverfassungsgericht“. Insbesondere die Polemik, in der Thoma dem Gericht Nähe zu Carl Schmitt'schen Gedanken vorwarf, war kaum geeignet, eine sachliche Diskussion zu fördern. In seiner Entgegnung¹⁷⁰ hat das Gericht diesen Punkt auch als „ungeheuerlich“ bezeichnet und sich geweigert, sich überhaupt damit zu beschäftigen.¹⁷¹

Thomas Unsachlichkeit verwundert, da der Kern seines Arguments relativ überzeugend ist, jedenfalls, wenn man der traditionellen juristischen Auslegungslehre folgt: Nichts von dem, was das Verfassungsgericht forderte, ließ sich eindeutig aus dem Gesetzestext folgern, d.h. keine der Aussagen, die das Verfassungsgericht als die Auslegung der Verfassung präsentierte, war rechtlich zwingend. Dazu muss man Thomas Methodenverständnis nicht teilen, das einer „streng auf den Wortlaut fixierten Dogmatik“ entsprach. Statusbericht, Denkschrift und auch die Antwort auf Thomas Gutachten konzentrierten sich ja auch nicht auf positivrechtliche Anknüpfungspunkte oder auf die Entstehungsge-

170. „Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Rechtsgutachten von Professor Richard Thoma“, abgedruckt bei Leibholz, 1957:194-207.

171. Was natürlich ein rhetorisches Stilmittel war, denn selbstverständlich „nehmen gleich drei Anmerkungen auf den Vorwurf Bezug und stellen klar, daß im Unterschied zum Dezisionismus Schmitts die politische Folgenberücksichtigung keine Auflösung der normativen Bindung intendiert“ (Lembcke, 2007:98). Die Fußnoten finden sich bei Leibholz, 1957:202, Nr. 25-27.

schichte des Grundgesetzes oder des BVerfGG. Sie stützten sich, wie Lembcke (2007:100-101) nachweist, vor allem auf „funktionalistische und essentialistische Argumente“ und brachen so mit den anerkannten Methoden:

Anders als semantische oder genetische Argumente spielt die Tradition keine Rolle für die Entscheidung, was Recht ist. Der politische Wille des Rechtssetzers gilt ihnen nichts [...] Mit ihnen ausgerüstet läßt sich mit der „Allmacht des Gesetzgebers“ brechen und die Bedeutung der eigenen Institution begründen. (102)¹⁷²

Interessanterweise teilt Thomas Gegengutachten mit dem Statusbericht gerade die Vorstellung, dass das Verfassungsgericht die Gesellschaft integrieren könne. Die vom Gericht verlangten Änderungen waren durch diese Rolle des Gerichts jedoch nicht gerechtfertigt.

4.2.2.8 Streit zwischen Dehler und BVerfG

Zunächst aber spitzte sich der Streit zwischen Justizminister Dehler und dem Gericht zu. Im Zusammenhang mit dem im nächsten Abschnitt behandelten Konflikt um die Westverträge kam es im Winter 1952/1953 immer wieder zu öffentlichen Attacken Dehlers auf das Gericht.

Bestimmten „Kräften im Bundesverfassungsgericht“ gehe es darum, „dieses Gericht zu einer Überregierung mit gesetzgebender Gewalt auszugestalten“. Der Justizminister erklärte, daß „dieser Geisteshaltung gar nicht schroff genug entgegengetreten werden“ könne. Das Bundesverfassungsgericht sei ein Gericht, „und nichts als ein Gericht“. Seiner Meinung nach versuchten „einige Herren des Bundesverfassungsgerichts“, dem Gericht eine „über die Rechtsprechung hinausgehende Gewalt zu verschaffen“. (Zitiert in Hoffmann, 2000:257, siehe auch Baldus, 2005:241)

Die Anschuldigungen Dehlers gegenüber dem Bundesverfassungsgericht gingen so weit, dass sein Parteifreund Höpker-Aschoff schließlich im März 1953 an die Öffentlichkeit trat und in einem Rundfunkbeitrag den Justizminister zu rechtwies. Diese Intervention fand großen Widerhall in der Presse. So berichtete die Frankfurter Allgemeine Zeitung ausführlich über die Äußerungen Höpker-Aschoffs:

Dr. Höpker-Aschoff sagte, er wünsche keinen Streit mit dem Bundesjustizminister. Er ergreife das Wort, um sich schützend vor die Unabhängigkeit der Gerichte zu stellen und zu verhindern, daß die Idee des Rechtsstaates Schaden nehme. Denn bei aller Aufgeschlossenheit gegenüber der öffentlichen Kritik gehe es zu weit, daß die Regierung oder ein Minister, gestützt auf ihre amtliche Autorität, in der Öffentlichkeit an Entscheidungen Kritik übe, welche die Regierung selbst betreffe. „Ich sehe eine

172. Lembcke bezieht sich hier auf Leibholz' These von der „Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers“ (Leibholz, 1959).

schwere Gefahr für den Gedanken des Rechtsstaates darin, daß ein Minister solche Kritik in der von dem Bundesjustizminister gewählten Form ausübt.“ (FAZ, 1953a)

Höpker-Aschoff bezeichnete die Tatsache, dass der Bundesjustizminister für sich das Recht in Anspruch genommen habe, die Rechtsprechung der Gerichte zu überwachen, als „erschreckend“. Auch der Justizminister habe „die Entscheidungen der Gerichte zu achten und sich dem Spruch der Gerichte zu unterwerfen, selbst wenn er die Entscheidungen für falsch halte“. In seiner Ansprache ging Höpker-Aschoff auch auf den Vorwurf ein, „das Bundesverfassungsgericht mache sich zum Gesetzgeber“. Es werfe „eines der wichtigsten Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt auf“. Der Gerichtspräsident betonte, dass

es nicht Sache des Bundesverfassungsgerichtes sei, sich an Stelle des Gesetzgebers zu setzen. Das Gericht schränke seine eigenen Befugnisse ein, denn es wünsche nicht, die nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung dem Gesetzgeber überlassenen Aufgaben anzutasten. „Wenn freilich uns und allen Gerichten die rechtschöpferische Tätigkeit überhaupt bestritten wird, so erheben wir schärfsten Widerspruch.“ Der Richter schaffe insofern Recht, als er zweifelhafte Bestimmungen der Gesetze auslege, Lücken durch rechtsähnliche Gesetzanwendung und freie Rechtschöpfung zu schließen suche oder das gesetzte Recht der fortschreitenden Entwicklung anpasse. Allein darauf komme es an, daß diese rechtschöpferische Tätigkeit nicht willkürlich, sondern im Sinne des Gesetzes und im Geiste der geltenden Rechtsordnung ausgeübt werde. (Ebd.)

Er drückte sein Unverständnis darüber aus, daß der Bundesjustizminister das „ehrlliche Ringen des Bundesverfassungsgerichtes, dieser Forderung gerecht zu werden“ nicht anerkenne.

Höpker-Aschoffs Intervention wurde auch in der regierungsnahen Presse begrüßt. Die Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ, 1953b) bezeichnete die Angriffe Dehlers auf die „zur authentischen Auslegung des Grundgesetzes berufenen Bundesrichter“, als „ein Ereignis, das aufschrecken läßt“. Höpker-Aschoff habe

sich für verpflichtet gehalten, sich in aller Öffentlichkeit schützend vor die Unabhängigkeit der Gerichte und damit auch des Bundesverfassungsgerichts zu stellen. [...] Nach allem, was vorangegangen war, hat Höpker-Aschoff kaum anders handeln können.

Der Kommentar endet mit der einem Verweis auf die rechtsgeschichtliche Tradition gerichtlicher Unabhängigkeit in Deutschland:

Fürwahr: ein Justizminister, der die Unabhängigkeit eines Gerichts mißachtet hätte, wäre vor 1933 in Deutschland undenkbar gewesen. Soll dieser Grundsatz des Rechtsstaats heute wirklich nicht mehr gelten?

Hintergrund war eine Stelle aus einem öffentlich gemachten Brief Höpker-Aschoffs an Dehler, in dem der Gerichtspräsident den Justizminister darauf hingewiesen hatte, dass wenn

im Jahre 1913 ein westfälischer Amtsrichter solche Kritik durch den königlich-preußischen Justizminister erfahren hätte, so würde er sie als Angriff auf seine richterliche Unabhängigkeit zurückgewiesen und gleichzeitig die Disziplinargerichte angerufen haben. Sie, Herr Minister, können sicher sein, daß der Disziplinarsenat des Oberlandesgerichtes in Hamm und der Große Disziplinarsenat beim Kammergericht - dieses erlauchte Gremium von 17 hochgestellten preußischen Richtern - ihm recht gegeben hätten. Aber der königlich-preußische Justizminister von 1913 würde sich niemals unterfangen haben, an den Entscheidungen eines Amtsrichters solche Kritik zu üben - aus Achtung vor der Unabhängigkeit der Gerichte. (Zitiert in FAZ, 1953c)

Inwieweit diese Darstellung der Geschichte den Tatsachen entspricht, kann dahingestellt bleiben. Entscheidender ist, dass Höpker-Aschoff glaubte, an eine Tradition appellieren zu können, von der er sich offensichtlich im öffentlichen Diskurs einige Wirkmächtigkeit versprach. Auf den Kommentator in der FAZ wirkte dieser Appell ganz offensichtlich. Daraus lässt sich einiges schließen: Das Gericht identifizierte sich selbst mit der rechtsstaatlichen Vergangenheit und rückte die („vor 1933 in Deutschland undenkbar[en]“) Angriffe Dehlers in die Nähe von nationalsozialistischen Praktiken.

Nicht nur wegen der z.T. unbeherrschten Angriffe auf das Verfassungsgericht, aber auch wesentlich deswegen, verlor Dehler zunehmend an Rückhalt im Parlament, aber auch in der Regierung.¹⁷³ Höpker-Aschoff nahm im Herbst 1953 nach der zweiten Bundestagswahl, die zur eine Koalitionsregierung unter Adenauer führte, Einfluss auf das Ende der Karriere Dehlers, indem er auf Parteikollegen und den Bundespräsidenten Theodor Heuss (auch FDP) Druck ausübte: sollte Dehler wieder Justizminister werden, trete er vom Amt des Gerichtspräsidenten zurück. Es sei dahingestellt, ob diese Drohung den entscheidenden Ausschlag gab: Jedenfalls stellte die FDP Dehler nicht mehr auf (Baldus, 2005:242).

4.2.2.9 Folgen

Mit dem Ausscheiden Dehlers aus der Regierung hatte das Bundesverfassungsgericht einen symbolischen Sieg errungen. Aber nicht nur das: In der Folge wurden vom Parlament praktisch alle Forderungen der Denkschrift umgesetzt. Im Mai und Juni 1953 zeichnete sich

im Bundestag (und später auch im Bundesrat) eine offenbar wesentlich von der SPD organisierte parteiübergreifende Mehrheit für eine Sonderstellung des Bundesverfas-

173. Siehe zum politischen Werdegang Dehlers ausführlich Wengst, 1997.

sungsgerichts ab. Aufgrund von Initiativen der SPD-Fraktion beschloß der Bundestag, daß das Bundesverfassungsgericht selbst seine Dienstherrentätigkeit ausüben und über einen Sonderetat verfügen sollte. Dehler ergriff im Plenum noch einmal das Wort, die Mehrheit entschied aber gegen ihn. Der Grund des Erfolgs lag sicher in der dem Gericht von Parlament und Öffentlichkeit in den Anfangsjahren besonders stark entgegengebrachten Gunst und Sympathie, auch in den der Sache nach wohl gerechtfertigten Argumenten, aber allen Indizien nach hatte das Gericht vor allem über seinen Präsidenten und Vizepräsidenten gute Verbindungen zu den Fraktionen des Bundestages, die es für sich zu nutzen wußte. (Baldus, 2005:241)

Leibholz bemerkt dazu in der Einleitung zur Publikation der Denkschrift, dass Bundestag und Bundesrat der vom Gericht dargestellten Verfassungslage „weitgehend Rechnung getragen“ und „die Selbständigkeit des Bundesverfassungsgerichts respektiert und seine Autonomie rechtlich sichergestellt“ hätten (Leibholz, 1957: 113-114). Das Gericht bekam seinen eigenen Haushalt, das Justizministerium verlor die Zuständigkeit über das Gericht. Die Bundesverfassungsrichter waren nicht länger dem Weisungsrecht des Justizministeriums unterworfen, ihr verfassungsrechtlicher Status sei nun „vergleichbar etwa dem des Ministers oder des Abgeordneten“. Leibholz vergaß nicht hinzuzufügen, dass dieser Status „den Mitgliedern des Verfassungsgerichts durch die Verfassung verliehen“ und „daher auch nicht durch ein Bundesgesetz [...] genommen werden“ könne. Mit den rechtlichen Änderungen seien die „früheren Spannungen zwischen Verfassungsrecht und der rechtsrelevanten Verfassungswirklichkeit [...] im Grundsätzlichen behoben“ (116) und das Grundgesetz entsprechend verwirklicht.

4.2.2.10 Gesamtbewertung

Die Gründe dafür, warum sich das Gericht durchsetzen konnte, sind noch nicht systematisch erforscht worden. Die Unterstützung der SPD-Fraktion war ein wichtiges realpolitisches Pfund, mit dem das Gericht wuchern konnte: zwar nicht öffentlich (denn das hätte seine Unabhängigkeit in Frage gestellt), aber auf jeden Fall bei strategischen Überlegungen zum eigenen Auftreten. Auch die SPD hatte strategische Gründe dafür, das Gericht zu unterstützen, wie im nächsten Abschnitt deutlich werden wird, der den „Streit um die Westverträge“ beleuchtet. Dies alles erklärt aber noch nicht die parteiübergreifende Mehrheit für die verlangten Änderungen, die innerhalb der CDU/FDP gegen den eigenen Justizminister stark gemacht wurden.

Die Entscheidung für oder gegen ein starkes Verfassungsgericht verlief offensichtlich nicht entlang der Parteigrenzen oder entlang der Zugehörigkeit zu Regierung oder Opposition. Vor und nach Etablierung des Verfassungsgerichts existierten unter denjenigen, die die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht rundweg als „Hypertrophie der Justizstaatlichkeit“ (Weber, 1958:106) ablehnten, idealtypisch zwei Verständnisse der Verfassungsgerichtsbarkeit: Die eine, der alten

Rechtsstaatlichkeit verpflichtete Seite, wollte das Bundesverfassungsgericht als „Fachgericht für Verfassungsfragen“ verstanden wissen. Dehler und Thoma standen dieser Auffassung nahe. Für sie musste es eine Provokation darstellen, dass dieses „Fachgericht“ beanspruchte, auf einer Ebene mit Bundesregierung, Parlament und Bundespräsident stehen zu wollen. Ernst Forsthoff, ebenfalls der tradierten Vorstellung von formaler Rechtsstaatlichkeit verpflichtet, interpretierte die Statusschrift als Ausdruck einer neuen „Standesideologie“, die Teil einer „Umbildung des Verfassungsgesetzes“ sei (Forsthoff, 1959:57). Diese „Standesideologie der Bundesverfassungsrichter“, die sich im Statusbericht von Leibholz zeige, sei zwar „angesichts der überragenden Bedeutung und der besonderen Aufgaben dieses Gerichts verständlich“, aber keinesfalls zwingend. Dazu passe, dass

die Formel vom Hüter der Verfassung, deren sich manche Urteile des Gerichts bedienen, zwar gelegentlich auftritt (z. B. S. 125), aber jedenfalls nicht als zentraler Begriff verwendet wird. Zusammenfassend wird man feststellen dürfen, daß das Bundesverfassungsgericht in den Vorstellungen eines dem Verfassungsgesetz unterstellten und seine Innehaltung mit den Mitteln herkömmlicher Rechtsauslegungskunst sichernden Gerichts nicht mehr begriffen werden kann. (ebd.)

Was für die einen einen schmerzhaften Verlust tradierter rechtlicher Kategorien bedeutete, war für andere eine Entwicklung, die in die Zukunft wies. Für diese verkörperte die neue Institution

anders als das Oberste Bundesgericht, die Überwindung des Unrechtsregimes sowie den Neubeginn eines politischen Gemeinwesens und hatte daher an der „Dignität“ des Grundgesetzes teil, wie Carlo Schmid es einmal ausdrückte (Lembcke, 2006a:152).

Nach den Erfahrungen extremen Unrechts im nationalsozialistischen Regime war für viele das Verfassungsgericht der „Ausdruck einer bisher in Deutschland nicht verwirklichten Verfassungsstaatlichkeit“ (Lembcke, 2007:90). Diese Hoffnung richtete sich nicht allein abstrakt auf die Institution und ihre Kompetenzen, sondern war konkret mit den Persönlichkeiten verbunden, die in den Institutionen wirkten. So konnte etwa der „Spiritus rector“ der Denkschrift, Gerhard Leibholz, „durch seine Biographie als Emigrant“ und seine „internationalen Kontrakte und Anerkennung, die nur wenige deutsche Staatsrechtslehrer in der jungen Republik vorweisen konnten“ ein „hohes Maß an Glaubwürdigkeit für sich als Repräsentant des Bundesverfassungsgerichts in Anspruch nehmen“ (Lembcke, 2007:105).

Die Bedeutung von Leibholz ging aber noch darüber hinaus, nur Repräsentant eines „anderen Deutschlands“ zu sein. Lembcke (Lembcke, 2007:150-166) erklärt die „Wirkmächtigkeit“ des von Leibholz angebotenen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit auch mit der spezifischen intellektuellen und Fähigkeiten und politischen Geschicklichkeit dieses Juristen. So sei sein Werk durch „praktische Kreativität“ gekennzeichnet (150). Für Leibholz stand nicht die

Entwicklung kohärenter dogmatischer Theorien im Vordergrund, sondern die Durchsetzbarkeit seiner verfassungspolitischen Ideen.¹⁷⁴

Im Vergleich zu anderen Entwürfen¹⁷⁵ war Leibholz Modell darüber hinaus an den aktuellen Diskussionsstand anschlussfähig. Statt sich auf den Methodenstreit einzulassen, der kompliziert und für Außenstehende kaum nachvollziehbar war, gab der Statusbericht die Richtung für die Diskussion vor: Es ging nicht um juristische Methoden, sondern um den Status, um Würde und Ansehen eines Verfassungsorgans. Theoretisch wird nicht an Kelsen angeschlossen, sondern an Smend, der anscheinend – auch für den Kritiker Thoma – eine plausible Funktionsbeschreibung für das Gericht liefern kann. Von der Funktionslogik der „Integration“ erledigt sich das Problem der Methodenkritik gewissermaßen von selbst:

Weil es einen herausgehobenen Status besitzt, so könnte man Leibholz übersetzen, darf das Gericht sich in diesen Fällen, in denen es nicht mit der üblichen juristischen Auslegungstechnik zu Rande kommt, anderer Auslegungstechniken bedienen, um zu einem rechenschaftsfähigen, vor allem aber auch vertretbaren Ergebnis zu gelangen. (Lembcke, 2007:158)

Leibholz vertrat so ein „Modell der Mitte“ (Lembcke, 2007:153): Einerseits setzte er sich vom allgemein geschmähten apolitischen Positivismus ab, andererseits beharrte er darauf, dass das Verfassungsgericht nur Recht spreche, das in der Verfassung bereits vorhanden war. In der Einleitung zur Publikation des Statusberichts kam er etwa auf die Ausstrahlungswirkung zu sprechen, die dieser auf die italienische Verfassungslehre gehabt habe, die daraufhin „die Funktion der Verfassungsgerichte einer eingehenden Untersuchung unterworfen“ habe. Diese Untersuchung hat nach Leibholz

zu dem Ergebnis geführt, daß es sich bei dem von den Gerichten anzuwendenden Verfassungsrecht um echtes politisches Recht handelt und daß auch dort, wo die Ermessensgrenzen weit gezogen sind, es sich bei der Interpretation justiziabler Verfassungsnormen immer noch, wenn der Richter den richtigen „functional approach“ hat und nicht im Montesquieu'schen Sinne rein mechanistisch und logistisch-subsumierend im Sinne eines Automaten verfährt, um [...] die Erkenntnis des immanenten Sinnge-

174. Die zahlreichen Bezugnahmen auf das amerikanische Verfassungsrecht und die Verwendung englischer Ausdrücke im Statusbericht dienten nicht zuletzt als Signal, welchem Vorbild der Statusbericht folgt.

175. Siehe hier Lembckes exzellente vergleichende Analyse der Vorstellungen von Leibholz, Geiger, Friesenhahn und Draht (Lembcke, 2007:105-150). So ist etwa der Entwurf von Draht theoretisch wesentlich anspruchsvoller und empirisch plausibler. Er war aber dogmatisch nicht „übersetzbar“, weil er mit zu vielen „juristischen Gewissheiten“ brach, die erst viel später verloren gingen (Vgl. Haverkate, 1977). Friesenhahns Vorstellungen waren im Vergleich dazu den alten Vorstellungen von der „apolitischen“ Gerichtsbarkeit verhaftet, die schon vor dem Diskussionsstand der Weimarer Zeit nicht mehr plausibel wirken konnten.

halts, von Verfassungsnormen oder, anders ausgedrückt, um Law finding“ und nicht um „Law making“ handelt. (Leibholz, 1957:119)

Dass diese Anschlussfähigkeit an die zeitgenössischen juristischen und politischen Diskurse auf Kosten der Kohärenz geht, hat zuletzt Lembcke (2007:163) gezeigt: So ist die „Leitdifferenz“ zwischen einem Streit „nach dem Recht“, und einem „Streit um das Recht“ (Leibholz, 1957:125) gerade nicht so einfach operationalisierbar, wie es Leibholz darstellt. Diese Differenz ist idealtypischer Art, Übergänge sind fließend, und die Frage, ob ein Konflikt ein „rechtlicher“ ist, wird durch das Verfassungsgericht selbst entschieden, ohne dafür wirklich rationale Kriterien angeben zu können. Im Endeffekt kommt es darauf an, dass die Ergebnisse vernünftig erscheinen und die Konfliktparteien „integrieren“. Schließlich ist Leibholz' oben deutlich gewordenes Verständnis der Rechtsanwendung als objektive Rechtsfindung reichlich fragwürdig. Lembcke (2007:163) schreibt zutreffend:

daß der Verfassungsrichter gleich einem anderen Richter hier ‚nur‘ die Wertungen des Gesetzgebers, in diesem Fall des Verfassungsgebers, nachvollziehen müsse, ist gerade aus der Feder von Leibholz alles andere als überzeugend, sprechen doch Leibholz' eigene Einlassungen sowohl zur Folgenberücksichtigung als auch zu den Umständen, die zur Status-Denkschrift (‚verfassungswidrige Staatspraxis‘) geführt haben, eine ganz andere Sprache.

Aus sozialwissenschaftlicher Sicht interessiert aber nicht so sehr die Kohärenz des Leibholz'schen Gedankengebäudes, sondern vor allem die Frage, warum sich das von ihm präsentierte Modell politisch durchsetzen konnte. Ob die „eigentümliche Selbstreferenz institutioneller Macht“, wie Lembcke (2006a:154) meint,¹⁷⁶ ein gewichtiger Faktor für die Beschlüsse des Parlaments war, das Bundesverfassungsgericht zu stärken, wäre noch genauer zu untersuchen. Auf politischer Ebene jedenfalls war wohl die Unterstützung der SPD entscheidend und die „charismatische“ Wirkung, die diese neue Institution auf viele hatte, die nicht in die Vergangenheit, sondern in eine rechtsstaatliche Zukunft blicken wollten.

Es hätte sich, zumindest aus heutiger Sicht, angeboten, an das Kelsen'sche Modell der transparenten Konfliktbearbeitung anzuschließen, in dem alle Seiten ihre Argumente in rechtliche Form bringen und darstellen müssen. Im Kontext der politischen, sozio-ökonomischen und kulturellen Ungewissheiten aber schien die Vorstellung besser vermittelbar, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit eine „politisch integrierende Funktion innerhalb des Staats- und Volksganzen

176. „Denn im Grunde genommen war es das Verfassungsgericht selbst, das den Unterschied zu den vorangegangenen Streitigkeiten während der Grundgesetzberatungen über den Rang der Verfassungsgerichtsbarkeit markierte. Nachdem eine Institution zur Interpretation der Verfassung etabliert worden war, lässt sich nur noch über Interpretationen, aber nicht mehr über die Interpretationsmacht streiten.“ (ebd.)

erfüllen“ und daher über einen angemessenen Status verfügen müsse. Diese Vorstellung hat sich allerdings nicht halten können. Das Bundesverfassungsgericht rekurrierte selbst nie an prominenter Stelle auf diese Vorstellung.¹⁷⁷

Wie in Kapitel 1 argumentiert, zeigt sich auch hier, dass es sinnvoller ist, nach den Mechanismen zu fragen, mit denen Integration im Einzelfall stattfindet. Leibholz war jedenfalls der Auffassung, dass politische Konflikte durch Überführung in die Rechtsförmigkeit „neutralisiert“ werden könnten (Leibholz, 1967:175)¹⁷⁸. Parallel zum Statusbericht wurde das Gericht in einen Grundsatzkonflikt zwischen Regierung und Opposition über die Frage einer anderen Art von Integration gezogen: der Integration in ein westeuropäisches Verteidigungsbündnis, die eine Wiederbewaffnung der Bundesrepublik zur Folge haben sollte. In diesem Konflikt sollte sich zeigen, ob das Bundesverfassungsgericht eine Befriedungsfunktion haben würde oder nicht.

4.2.3 Das BVerfG als unwilliger Schiedsrichter der Außenpolitik: Die bundesdeutsche „Wiederbewaffnung“ (1952)

Das Bundesverfassungsgericht musste sich nur wenige Monate nach seiner Konstituierung mit einem innenpolitischen Konflikt befassen, der zu den „herausragenden innenpolitischen Krisen der Ära Adenauer“ (Hoffmann, 2000:227) gehört und zum „bisher schwersten Konflikt zwischen dem Gericht und der Bundesregierung“ (Wild, 2000: 66) werden würde. Der so genannte „Kampf um den Wehrbeitrag“¹⁷⁹, bei dem es darum ging, ob der Beitritt der Bundesrepublik zur Westeuropäischen Verteidigungsgemeinschaft verfassungsmäßig war oder nicht, hatte viel weitreichendere Folgen als der „Kampf um den Südweststaat“. Während es sich im letzten Fall um einen föderalen Konflikt handelte, bei dem eine fraktionsübergreifende Mehrheit auf Bundesebene die Regierung unterstützte, hatte das Gericht es jetzt mit einem fundamental antagonistisch angelegten Konflikt zwischen Regierung und Opposition zu tun, auf einem Feld, das traditionsgemäß gerichtlicher Kontrolle entzogen war.¹⁸⁰ Dabei war eindeutig, dass die aufgeworfenen rechtlichen Fragen direkte Funktionen des politischen Konflikts waren und ohne den Konflikt nicht entschieden werden mussten – wie sich im weiteren Verlauf des Geschehens auch zeigte.

Gleichzeitig ist der Fall auch ein empirisches Beispiel für einen Fall, in dem die institutionellen Eigeninteressen die politischen Haltungen der darin befind-

177. Auch Smend nennt den Begriff in seinem bekannten Festvortrag zum 10-jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts nicht. Vgl. Smend, 1962.

178. Darauf macht Lembcke, 2007:111 aufmerksam.

179. Siehe hierzu die Dokumentation der Debatte, inklusive der Schriftsätze und Gutachten der Verfassungsgerichtsverfahren in Institut für Staatslehre und Politik, 1952b.

180. Siehe Forsthoff, 1949.

lichen Personen überlagern. Die Richter zeigten in ihrer Mehrzahl keinerlei Interesse daran, die Verfassungswidrigkeit des Regierungshandelns festzustellen, so wie es die Opposition forderte. Erst als die Regierung versuchte, auf das Gericht Einfluss zu üben, regte sich sein Widerstandsgeist. Und erst dann wurde das Gericht als potentieller Gegner der Regierungspolitik wahrgenommen.

4.2.3.1 Kontext

In der Debatte um die Westverträge ging es nicht nur um das Ergebnis der politischen und rechtlichen Kämpfe, sondern auch um den Status und die Rolle des Gerichts. Der im vorangegangenen Abschnitt beschriebene „Statusstreit“ war, wie bereits erwähnt, zeitlich und inhaltlich eng mit dieser Debatte verwoben. Zum Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes war Deutschlands Souveränität stark beschränkt, Fragen der Einbindung in militärische Bündnisse spielten noch keine konkrete Rolle. Einig war man sich im Parlamentarischen Rat

in der eindeutigen Absage an den Krieg als Mittel der Politik. Ausdruck fand dieses Bestreben in der Verabschiedung von Art. 4, Abs. 3 (Recht auf Kriegsdienstverweigerung), Art. 24 (Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Organisationen) sowie Art. 26 (Verbot des Angriffskrieges). Art. 24 fand damals auch die Zustimmung der SPD. Vor allem Carlo Schmid hatte in diesem Zusammenhang seine Konzeption eines kollektiven Sicherheitssystems entwickelt, dem sich die Bundesrepublik einordnen könne. Demzufolge sollte eine Verfassungsänderung bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Organisationen nicht erforderlich sein, ein einfacher Mehrheitsbeschluß des Parlaments würde vielmehr ausreichen. (Hoffmann, 2000:229)

Die Haltung Carlo Schmidts im Parlamentarischen Rat brachte die SPD später in Begründungsnot, warum sie auf einer Grundgesetzänderung bestand – die leicht zu verhindern war, weil die Regierungsparteien nicht die notwendige Mehrheit dafür besaßen.

Nachdem die Frage einer Remilitarisierung der Bundesrepublik zunächst völlig realitätsfern erschien, kam ihr nach dem Ausbruch des Koreakriegs im Jahr 1950 und den zunehmenden Spannungen im Zuge des „Kalten Krieges“ immer mehr Bedeutung zu.¹⁸¹ Die SPD war gespalten. Während die Führung um Kurt Schumacher erklärte, sie sei unter bestimmten Umständen¹⁸² dazu bereit, einer Wiederbewaffnung zuzustimmen, lehnten Teile der Basis der SPD aus pazifistischen Gründen, und um die Wiedervereinigung Deutschlands nicht zu gefähr-

181. Zum Folgenden siehe Hoffmann, 2000:231 ff.

182. Hoffmann, 2000:232: „Während Adenauer eine Gleichberechtigung als Endziel formulierte, verlangte Schumacher sie als Voraussetzung für die Verhandlungen über die Wiederbewaffnung. Der Bundeskanzler erkannte, daß die außenpolitische Lage der Bundesrepublik eine solche Forderung zunächst nicht zuließ. Sie hätte das Vertrauensverhältnis zu den Westmächten, das erst mühsam aufgebaut werden mußte, frühzeitig belastet.“

den, diese grundsätzlich ab. Auf jeden Fall lehnte die SPD den Plan von Adenauer ab, die Bundesrepublik als einen Teil einer westeuropäischen Verteidigungsgemeinschaft so rasch wie möglich wieder zu bewaffnen. Bedenken hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit der Wiederbewaffnung wurden früh geäußert. Die SPD argumentierte dabei, dass eine Grundgesetzänderung erforderlich sei, da eine Wehrverfassung im Grundgesetz nicht vorgesehen sei:

Die Überlegung der Regierungskoalition, mit Hilfe von Art. 24, Abs. 2 die Wiederbewaffnung zu ermöglichen, wurde von Schumacher scharf kritisiert. Die Bundesrepublik könne Hoheitsrechte, die sie noch gar nicht besitze, auch nicht auf andere Institutionen übertragen. (Hoffmann, 2000:232)

Die für eine Verfassungsänderung notwendige Zweidrittelmehrheit aber konnte nur mit Hilfe der SPD erreicht werden, die insofern eine Sperrminorität hatte.

Neben der Forderung nach Grundgesetzänderung verlangten die Sozialdemokraten sofortige Neuwahlen, da der 1949 gewählte Bundestag kein Mandat für eine Entscheidung über die Frage der Wiederbewaffnung erhalten habe. Die gemeinsame Erklärung der beiden Parteigremien zeigte die verfassungsrechtlichen Bedenken der Sozialdemokraten und ihren Willen, das Vertragswerk unter allen Umständen zu verhindern. (ebd.)

Ob die Entscheidung, das Bundesverfassungsgericht anzurufen, stärker machttaktischen als verfassungspolitischen Erwägungen geschuldet war, kann dahingestellt bleiben.¹⁸³ Jedenfalls „versuchte die SPD das Gesetzgebungsverfahren, das sie im Parlament nicht beeinflussen konnte, auf dem Rechtsweg zu blockieren“ (234). Es wurde für alle deutlich, dass die neu geschaffene Institution des Verfassungsgerichts erstmals in einem hochpolitischen Fall der Opposition die Möglichkeit verschaffte, trotz eindeutiger Mehrheitsverhältnisse auf die Politik der Regierung Einfluss zu nehmen. Natürlich nur unter der Voraussetzung, dass das Verfassungsgericht den Klagen der Opposition stattgab. In anderen Verfahren, in denen die SPD außenpolitische Maßnahmen der Regierung vor dem Gericht angegriffen hatte, musste sie schon Mitte 1952 Niederlagen hinnehmen.¹⁸⁴

Mit der Ausarbeitung der Klage wurde im Januar 1952 der Jurist und SPD-Politiker Adolf Arndt beauftragt, zu einem Zeitpunkt, an dem die Verhandlungen über die Westverträge noch nicht abgeschlossen waren. Internationale Ver-

183. Hoffmann (Hoffmann, 2000:234) hält die verfassungsrechtlichen Bedenken für „mindestens genauso ausschlaggebend“ wie taktische Erwägungen. Für Wilhelm Hennis, der im „Büro Arndt“ die Verfassungsklagen der SPD mit ausarbeitete, handelte es sich, „daran ist kein Zweifel möglich, um den, wie ich aber noch heute finde, völlig legitimen Versuch der Instrumentalisierung des Gerichts, ja noch mehr, vielleicht nicht ganz so legitim, der verschieden gefärbten Senate: des ‚schwarzen‘ ersten und ‚roten‘ zweiten Senats und des damals noch mit eigenen Beschlußvollmachten ausgestatteten Plenums“ (Hennis, 2005:188).

184. Es handelt sich um die Entscheidungen zum Petersberger Abkommen (BVerfGE 1, 351) und zum deutsch-französischen Wirtschaftsabkommen (BVerfGE 1, 372), beide vom 29.08.1952.

träge konnten durch das Verfassungsgericht ohnehin nicht überprüft werden, aber so existierten auch noch keine Ausführungsgesetze, gegen die sich die Klage der SPD hätten richten können. Die Abstrakte Normenkontrollklage, die von einem Drittel der Mitglieder des Bundestages am 31.1.1952 erhoben wurde,¹⁸⁵ ersuchte das Gericht, festzustellen, ob ein westdeutscher Verteidigungsbeitrag im Rahmen der EVG ohne Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes möglich sei.

Beide Seiten holten von prominenten Staatsrechtlern juristische Gutachten ein, um die eigene verfassungsrechtliche Position zu untermauern.¹⁸⁶ Wie Frieder Günther (2004:105) dokumentiert, entwickelte sich eine „unglückselige Gutachterschlacht“ (Smend), die dem Ansehen der Staatsrechtslehrer schadete. Die Gutachten der Regierungsseite (unter anderem von v. Mangoldt), die Justizminister Dehler (FDP) in Auftrag gab, argumentierten, dass eine Grundgesetzänderung nicht notwendig war. Die Gegenseite, die neben Smend auch ein Gutachten von Ernst Forsthoff aufbot, argumentierte, dass Grundgesetzbestimmungen für eine Wiederbewaffnung der Bundesrepublik nicht ausreichten. Die Argumente der Gegenseite können folgendermaßen zusammengefasst werden:

Im Mittelpunkt der Feststellungsklage standen drei Verfassungsartikel, deren Tragfähigkeit für einen westdeutschen Wehrbeitrag bezweifelt wurde. So lasse etwa das Recht auf Kriegsdienstverweigerung (Art. 4, Abs. 3) nicht die Schlußfolgerung zu, die Bewaffnung sei bereits im Parlamentarischen Rat als notwendig angesehen und die Wehrpflicht schon zu dem Zeitpunkt geplant worden. Auch der Grundgesetzartikel 24 könne nicht als Grundlage für die Wiederbewaffnung herhalten. Die dort angesprochenen Hoheitsrechte lägen – so die klagenden Bundestagsabgeordneten – ausschließlich im Bereich der Länderbefugnis. Bundeskompetenzen könnten daraus nicht abgeleitet werden. Das nach Art. 24, Abs. 2 bestehende Bundesrecht, sich in einem System kollektiver Sicherheit einzuordnen, bedeute darüber hinaus nicht automatisch die Beteiligung an einer internationalen Streitmacht. Schließlich habe Art. 26, der die Führung eines Angriffskrieges untersage, eine völkerrechtliche Bedeutung und mache keine Aussagen über die staatliche Verfahrensweise im Verteidigungsfalle. Das Grundgesetz schließe sogar die Beteiligung an einer bewaffneten Streitmacht aus, solange keine Grundgesetzergänzung oder -änderung erfolgt sei. (Hoffmann, 2000:234-5)

Das Plenum des Bundesverfassungsgerichts entschied am 13. Februar 1952, dass der erste Senat die Klage behandeln sollte. Zunächst ging es um die Frage, ob die Klage überhaupt zulässig war. Justizminister Dehler argumentierte durchaus einleuchtend, es gäbe überhaupt keine Norm, gegen die sich eine Kla-

185. Die SPD-Bundestagsfraktion musste zur Erreichung des erforderlichen Quorums auf die Hilfe von einzelnen Abgeordneten anderer Fraktionen zurückgreifen. Siehe Hoffmann, 2000:235.

186. Siehe Institut für Staatslehre und Politik, 1952b:122-148 und 260-370.

ge richten könne, woraufhin Arndt dem Gericht weitere Gründe vortrug, die für die Zulässigkeit sprächen:

Nach seiner Auffassung beabsichtigte die Bundesregierung, durch die Wiederbewaffnung die Einwirkungsmöglichkeiten der Legislative zu beschränken. Die gesetzgebenden Organe würden dadurch von der Mitarbeit an den Vertragstexten weitgehend ausgeschlossen und könnten diesen nur noch zustimmen oder sie ablehnen. Nach der Ratifizierung der Verträge sei eine Normenkontrolle aber gegenstandslos, da der völkerrechtliche Vertrag durch das Bundesverfassungsgericht nicht mehr für ungültig erklärt werden könnte. Arndt zog daraus die Schlußfolgerung, daß im vorliegenden Fall die Normenkontrollklage nur vorbeugend möglich sei, d. h. vor Abschluß des Gesetzgebungsverfahrens. (Ebd.: 239)

Arndt hielt dem grundsätzlichen Einwand Dehlers, der formalrechtlich völlig zutreffend war, entgegen, dass

die im Grundgesetz festgelegte abstrakte Normenkontrolle die Kontrolle der Legislative durch das Karlsruher Gericht garantieren sollte: Das als „abstrakte Normenkontrolle bezeichnete Verfahren hat zur Aufgabe nicht die Kontrolle einer Norm, sondern die Kontrolle dessen, der eine Norm zu schaffen behauptet, also der rechtsetzenden Gewalt.“ Damit standen sich zwei gegensätzliche Interpretationen gegenüber: Während Dehler die Meinung vertrat, daß erst nach Abschluß des Ratifizierungsverfahrens eine Klage möglich sei, bestand Arndt auf dem präventiven Charakter dieser Grundgesetzbestimmung. Dadurch sollte – so Arndt – die „Entstehung von Recht verhindert werden [...], soweit es mit der verfassungsmäßigen Ordnung [...] nicht vereinbar ist.“ (Ebd.)

Während Dehler also das Verfassungsgericht aus naheliegenden Gründen auf die Rolle des Hüters der formalen Verfassung begrenzen wollte, forderte Arndt – ebenfalls aus politischen Gründen – dass das Gericht als Schiedsrichter intervenieren und schon im Vorfeld, quasi in Voraussicht der eigentlichen „Tat“, die Handlungen der Regierung sanktionieren sollte. Unabhängig davon, ob sie die Verfahren vor dem BVerfG im Einzelnen aus genuin juristischen oder nur taktischen Gründen anstrebten, ging es den Akteuren in der SPD dabei nicht darum, die Wiederaufrüstung grundsätzlich zu verhindern. Ziel war, dass die Opposition an der Ausgestaltung der Wehrverfassung beteiligt würde (Hoffmann, 2000:251).

Während beide Seiten noch grundsätzliche Argumente zur Zulässigkeit der ursprünglichen Klage austauschten, gelangten die Verhandlungen um Deutschlandvertrag und EVG-Vertrag zum Abschluss, sie wurden Ende Mai unterzeichnet. Als die Vertragsunterzeichnungen abzusehen waren, hatte Arndt einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt, was das Gericht jedoch am 15. Mai zurückwies (E 1, 281). Es argumentierte, dass eine Unterzeichnung noch keine rechtlichen Folgen hätte, die verfassungsrechtlich überprüft werden könnten. Eine solche Überprüfung sei erst nach dem innerstaatlichen Ratifizierungsverfahren möglich.

Die folgenden Monate brachten eine weitere Zuspitzung der innenpolitischen Auseinandersetzung in der Folge der „Stalin-Noten“ im März 1952, mit der sich aus Sicht der SPD eine neue Chance zur Wiedervereinigung ergab, die man zumindest ausloten wollte.¹⁸⁷ Adenauer hingegen beharrte auf der Politik der Westbindung und war nicht gewillt, diese für vage Angebote Stalins aufzugeben. Obwohl das Bundesverfassungsgericht der SPD eine einstweilige Anordnung verweigert hatte, herrschte in der Regierung tiefe Verunsicherung über die Haltung der Karlsruher Richter. Die Bundesregierung war sich offenbar der Durchschlagskraft der eigenen juristischen Argumente nicht sicher, zumal sie dem ersten Senat nicht traute, in dem von der SPD nominierte Richter eine Mehrheit hatten.¹⁸⁸

Am 6. Juni 1952 beantragte Bundespräsident Heuss ein Gutachten zur Sache, das gemäß der damaligen Fassung des § 97 BVerfGG durch das Plenum des Gerichts zu erstatten war. Der Bundespräsident, der die Politik Adenauers unterstützte, sah für den Fall, dass die Politik der Regierung am Verfassungsgericht scheiterte, eine „außenpolitische Katastrophe“¹⁸⁹ drohen. Gleichzeitig drängte Adenauer den Bundespräsidenten zu diesem Schritt, weil

Adenauers taktische Planung darauf hinaus[lief], mit dem Gutachtenverfahren zunächst einmal Zeit zu gewinnen, da die Feststellungsklage zurückgestellt worden wäre. Dadurch wäre außerdem dem für die SPD-Klage zuständigen ersten Senat die Entscheidungsbefugnis über die Westverträge genommen worden, weil das Gutachten nur im Plenum erstellt werden konnte. (Hoffmann, 2000:245)

Nachdem der Antrag des Bundespräsidenten eingegangen war, schlug der erste Senat den Prozessparteien vor, die Normenkontrollklage zurückzustellen, bis das Gutachten erstellt sei. Da die SPD sich im Gegensatz zur Regierung nicht auf den Vorschlag einließ, entschied das BVerfG am 30. Juli 1952 (BVerfGE 1,396) und wies die Klage der SPD ab. Mit Verweis darauf, dass der Parlamentarische Rat die Prüfung noch nicht verabschiedeter Gesetze explizit ausgeschlossen hatte, stellte es fest, dass sich eine Klage nur gegen eine bestehende Norm richten könne. Die abstrakte Normenkontrolle ist, so das Gericht, ihrem Wesen nach ein

187. Stalin bot neue Verhandlungen über die staatliche Einheit im Austausch für den Abbruch der Politik der Westbindung.

188. Die Rede vom „roten“ Senat war insofern nicht völlig ohne Substanz, da auch in der SPD-Führung die Vorgehensweise, sich mit einer Verfassungsklage an den ersten Senat zu wenden, als taktische Maßnahme verstanden wurde. „So gab der SPD-Parteivorstand unmißverständlich zu, daß im ersten Senat sehr viel mehr Richter der SPD nahestehen würden als im Plenum, welches das Gutachten für den Bundespräsidenten zu erstellen hatte.“ Hoffmann, 2000:249.

189. Hans-Peter Schwarz zit. in Hoffmann, 2000:243.

von subjektiven Berechtigungen unabhängiges objektives Verfahren zum Schutze der Verfassung und dient lediglich der Prüfung von Rechtsnormen am Maßstab des Grundgesetzes, nicht aber dem Schutze einer Rechtsstellung der Antragsteller. (BVerfGE 1,396, 407)

Die Gefährdung eines subjektiven Rechts der Antragsteller könne auf diesem Wege nicht geprüft werden, auch enthalte das Grundgesetz keine vorbeugende Feststellungsklage. Das Bundesverfassungsrecht kenne keine verfassungsgerichtliche Generalklausel und das Bundesverfassungsgericht könne seine Befugnisse nicht über die im Grundgesetz und im Bundesverfassungsgerichtsgesetz niedergelegten Kompetenzen erweitern. Das Gesetz, das den internationalen Vertrag in nationales Rechts transformiert, könne erst geprüft werden, wenn

der für das Zustandekommen des Gesetzes entscheidende Vorgang, nämlich die Bekundung des Gesamtwillens der beiden gesetzgebenden Körperschaften, eingetreten ist. Es muß also der Bundestag das Gesetz verabschiedet haben, und die verfassungsmäßigen Rechte des Bundesrates müssen gewahrt, das Gesetzgebungsverfahren [...] in dem Sinne abgeschlossen sein, daß das Gesetz nur noch der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und der Verkündung bedarf. (Ebd.: 413)

Die Bundesregierung hatte argumentiert, „eine Entscheidung über die Unvereinbarkeit einer noch nicht bestehenden Norm (würde) die Wirkung eines Verbotes an den Gesetzgeber haben [...], eine solche Norm zu setzen“, dies wäre ein unzulässiger Eingriff des Bundesverfassungsgerichts in das Gesetzgebungsverfahren und ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung. Dem stimmte das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Fall zu:

Hiergegen läßt sich zwar einwenden, daß jede Normenkontrolle begrifflich ein Hinübergreifen der richterlichen Gewalt in die gesetzgeberische Sphäre darstellt. Trotzdem trifft es zu, daß eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die mit Gesetzeskraft die Unwirksamkeit von Recht feststellen würde, das die gesetzgebenden Körperschaften noch gar nicht beschlossen haben, die Stellung des Gerichts gegenüber der gesetzgebenden Gewalt bedenklich überbetonen würde. (Ebd.: 409)

Obwohl mit dieser Entscheidung der Versuch der SPD, über das Verfassungsgericht die Politik der Regierung aufzuhalten, erst einmal gescheitert war, war das Urteil für die Regierung alles andere als beruhigend, wie Hoffmann (Hoffmann, 2000:243) betont:

Der erste Senat äußerte sich aber nicht zur inhaltlichen Frage nach der Vereinbarkeit der Westverträge mit dem Grundgesetz. Dies blieb nach wie vor ungeklärt. In der Urteilsbegründung bestätigten die Richter darüber hinaus ausdrücklich das Recht der Opposition, gegen das Vertragswerk eine Normenkontrollklage beim Bundesverfassungsgericht einzureichen. Allein der Zeitpunkt war nach Ansicht der Richter falsch gewählt worden.

Die materiell-rechtlichen Fragen rückten jetzt im Gutachtenverfahren, das der Bundespräsident eingeleitet hatte, in den Mittelpunkt. Die Regierung argumentierte, das Grundgesetz widerspreche der Einrichtung von bewaffneten Einheiten nicht, sondern setze deren Möglichkeit explizit voraus.¹⁹⁰

Dagegen protestierte nun die SPD mit dem Argument: „Den Verfassungsorganen, auch den gesetzgebenden Organen, ist zu tun nur erlaubt, wozu sie von der Verfassung ermächtigt sind.“ Bundestag und Bundesrat besaßen nach Ansicht der SPD nicht die Kompetenz, die Aufstellung einer bewaffneten Macht und die Einführung einer allgemeinen Wehrpflicht zu beschließen. (Hoffmann, 2000:251)

Während die Westverträge im Parlament hitzig und kontrovers diskutiert wurden, versuchte die Regierung, aus der Defensive zu kommen und die Opposition mit deren Mitteln zu schlagen: Am 6. Dezember erhob sie ihrerseits eine Klage vor dem Verfassungsgericht.¹⁹¹ Die Opposition verstoße dadurch gegen das Grundgesetz, dass sie dem Deutschen Bundestag und der antragstellenden Mehrheit des Bundestags das Recht bestreite, die Gesetze über die Westverträge, mit der in Art. 42 Abs. 2 Satz 1 GG vorgeschriebenen Mehrheit zu verabschieden. Das Gericht möge feststellen, dass die Klagen der Opposition eine Behinderung der legitimen Regierungsarbeit darstellen, und dass die Mehrheit des Bundestages berechtigt sei, diese Gesetze zu verabschieden.

Das Bundesverfassungsgericht befand sich nun in der schwierigen Lage, dass das Plenum zwar ein Gutachten in der Streitfrage abgeben konnte, dass aber nicht geklärt war, welche Rechtswirkungen davon für künftige Klageverfahren ausgingen, die in den Senaten entschieden wurden. Der überwältigenden Mehrheit des Plenums¹⁹² war die Gefahr der internen Zersplitterung wohl bewusst, als sie am 8. Dezember den Beschluss fasste, dass das Gutachten bindende Wirkung für beide Senate haben sollte:

Ausschlaggebend für den Beschluß war die Befürchtung, daß einer der beiden Senate in einem nachfolgenden Verfahren ein anderes Urteil fällen könnte. Das Bundesverfassungsgericht hätte dann zwei sich widersprechende Beschlüsse zu einem Verfassungsverstreit verfaßt. Das wiederum hätte jedoch zu einer Erschütterung seiner Autorität geführt und die noch nicht ganz geklärte Stellung des obersten Gerichts als Hüter der Verfassung in Frage gestellt. Damit verlor das Gutachten natürlich seinen rechtsberatenden Charakter und bekam den Stellenwert eines Urteilspruches. (Hoffmann, 2000:252)

190. So könne es keine Kriegsdienstverweigerung (Art. 4, Abs. 3) ohne Kriegsdienst geben. Das Verbot eines Angriffskrieges (Art. 26) mache ebenfalls nur Sinn, wenn es daneben auch legitime kriegerische Auseinandersetzungen gäbe.

191. Dokumentiert in Institut für Staatslehre und Politik, 1952b, Bd. 3, S. 1-9.

192. Nur zwei Richter lehnten den Beschluss ab. Hoffmann, 2000:252.

Kurz nach der Verkündung dieses Beschlusses am 9. Dezember zog der Bundespräsident, der sich eng mit dem Kanzleramt abstimmte, seinen Antrag auf das Gutachten zurück. In seinem Schreiben an das Gericht¹⁹³ gab Heuss an, er habe sich entschlossen, sein Gesuch um ein Rechtsgutachten zurückzuziehen, da ihm „der Charakter eines Gutachtens schlechthin und in seinem grundsätzlichen Wesen durch diesen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts aufgehoben schien“.

Die Gründe für den Rückzug und die näheren Umstände können „nicht eindeutig geklärt werden“ (Hoffmann, 2000:253.).¹⁹⁴ Vieles deutet darauf hin, dass Regierungsvertreter schon im Vorfeld von einzelnen Richtern Hinweise bekommen haben, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass eine Mehrheit im Plenum der Meinung war, die Wiederbewaffnung mache eine Grundgesetzänderung erforderlich. Hoffmann (2000:253) zufolge hatte die Bundesregierung – zu Recht oder zu Unrecht – „den Eindruck gewonnen, die Verfassungsmäßigkeit der Westverträge werde vom obersten Gericht verneint werden.“ Trotzdem überraschte der Beschluss, das Gutachten des Plenums für die Senate bindend zu machen, die Regierung, die nun um den Ausgang des selbst angestoßenen Organstreitverfahrens fürchtete. Folge war eine veritable „Verfassungskrise“ (SZ, 1952a). In den Diskussionen im Kabinett warf Adenauer

dem Bundesverfassungsgericht vor, es versuche, sich mit diesem Beschluß zum Gesetzgeber zu erheben. Das Bundeskabinett vertrat einhellig die Meinung, das Gericht habe mit diesem Beschluß einen Rechtsbruch begangen. [...] Adenauer erwog kurzfristig sogar eine Novellierung des Richterwahlgesetzes und wollte dadurch das Bundesverfassungsgericht vorübergehend ausschalten. (Hoffmann, 2000:255-256)

Allerdings äußerte Adenauer seine Abneigung gegen die Entscheidungen des Gerichts nicht öffentlich und unternahm zunächst auch keine Versuche, das Gericht tatsächlich zu entmachten. Er überließ es Justizminister Dehler, öffentlich Kritik zu üben.

Der Beschluss war zunächst ohne Begründung veröffentlicht worden. Dies erwies sich als Fehler, da dies das Misstrauen der Regierung noch befeuerte und wilden Spekulationen über die Haltung des Gerichts zur Frage der Westverträge Auftrieb gab. Das Gericht sah sich sogar gezwungen, einen Tag nach der Veröffentlichung des Beschlusses eine Presseerklärung abzugeben, in der es ankündigte, eine Begründung „der Öffentlichkeit in wenigen Tagen übergeben“ zu wollen. Außerdem teilte man, um „erneuten politischen Mutmaßungen und Mißdeutungen“ zu begegnen, mit, dass von 22 Richtern 20 für den Beschluss

193. Abgedruckt in Institut für Staatslehre und Politik, 1952b:811.

194. „Fest steht aber, daß nicht nur Adenauer ein Interesse an der raschen Zurücknahme des Gutachtensuchens haben mußte, sondern auch der Bundespräsident, dem bei seiner Entscheidung, die Westverträge zu unterzeichnen, kein Handlungsspielraum mehr geblieben wäre.“ (Ebd.:256).

gestimmt hatten (FAZ, 1952).¹⁹⁵ Das konnte die Befürchtungen der Regierung aber nicht mildern, die darauf reagierte, indem sie über ihre Pressekontakte vage Drohungen verbreiten ließ. Wie die FAZ vom 12. Dezember 1952 berichtete, wurde in ungenannt bleibenden, aber „sehr maßgebenden Regierungskreisen“ erklärt,

das Entscheidende an dem Beschluß des Gerichts sei, daß er dem Grundgesetz und dem Gesetz über das Gericht widerspreche. Daran könne auch nichts ändern, daß ihm zwanzig von zweiundzwanzig Mitgliedern des Plenums zugestimmt hätten. Damit offenbare sich ein Anspruch des Gerichts, mehr als ein Gericht zu sein, selbst Recht setzen zu wollen, statt das gesetzte Recht in Streitfragen auf Anrufung auszulegen. (FAZ, 1952)

Die Regierung ließ der Öffentlichkeit und dem Gericht auf diese Weise ihre die Entschlossenheit mitteilen, „die Bildung eines ‚souveränen Organs‘ über dem Parlament“ nicht zuzulassen, „das, ohne vom Volk gewählt zu sein und ohne vom Parlament kontrolliert werden zu können, Gesetzesgewalt schaffen wolle“. Diese Haltung sei nicht vom konkreten politischen Konflikt motiviert, sondern Teil einer „grundsätzlichen Auseinandersetzung über die Stellung an Aufgaben des Karlsruher Gerichtes“. Zwar bestehe „noch keine bestimmte Vorstellung darüber, wie die Stellung des Bundesverfassungsgerichts geklärt werden kann“, man könne aber erwarten, dass nach Abschluss der Verfahren „eine Novelle zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht eingebracht wird, die den Schlußstrich unter diese Auseinandersetzung ziehen soll.“

4.2.3.2 Plenargutachten Heuss (BVerfGE 2,79)

Die nachträglich verfasste Begründung des Beschlusses musste nun auf diese diffizile politische Situation reagieren, in der dem Gericht unterstellt worden war, gesetzgeberische Macht usurpieren zu wollen.

Die Richter legten dar, dass die „Institution des Bundesverfassungsgerichts und der Umfang der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie durch das Grundgesetz geschaffen worden sind, [...] kein Vorbild“ habe und daher nur unzureichend vom Gesetzgeber ausgestaltet worden sei (84). Das Gericht habe daher die Pflicht und auch die Kompetenz dazu, seine Verfahrensvorschriften selbst weiterzuentwickeln. Der Gesetzgeber habe dies erkannt und „bewußt Raum für die Ausgestaltung des Verfahrens durch die Gerichtspraxis gelassen“. Das Bundesverfassungsgericht habe „denn auch in dem ersten Jahr seiner Tätigkeit bereits

195. Einer der Dissenter war der Verfassungsrichter Willi Geiger, der seinen Ablehnung des Beschlusses auch öffentlich machte, wofür er vom Plenum des Gerichts gerügt wurde (SZ, 1952b). Zu diesem Zeitpunkt bestand noch keine Möglichkeit, ein offizielles Sondervotum zu veröffentlichen. Geiger hat seine abweichende Meinung später separat veröffentlicht (in Geiger, 1989a:17-74).

mehrfach aus den durch das Grundgesetz und das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vorgezeichneten Grundlinien heraus weitere Rechtsgrundsätze für sein Verfahren entwickeln müssen“ und dabei auch „entgegen dem Wortlaut aber entsprechend der ratio“ von Bestimmungen des BVerfGG entschieden. Auch die Klage der Regierungskoalition gegen die Minderheit des Bundestags, so das Gericht, ging davon aus, dass sich das BVerfGG rechtsfortbildend interpretieren lasse, da sie davon ausgehe, dass

sich ein Antragsrecht der Bundestagsmehrheit mit dem Gesamtinhalt des Grundgesetzes und des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vereinbaren lasse, obwohl es in § 63 BVerfGG nicht vorgesehen ist (ebd.).

Der Beschluss ging dann auf den Zustand ein, dass das Gericht in zwei Senate mit unterschiedlichen Zuständigkeiten gegliedert sei, während das Plenum die Gutachterfunktion ausübe. Die Richter reagierten damit auf die in der Öffentlichkeit geführte Diskussion über einen „roten“ und einen „schwarzen“ Senat und die Versuche beider Streitparteien in taktischer Weise den ihnen genehmeren Senat mit ihren Verfassungsklagen zu befassen.

Wollte das Gericht nicht im Spiele der Zuständigkeiten seine Autorität verlieren, so mußte es über das Verhältnis des Gutachtenverfahrens zu den Urteilsverfahren und eines Plenargutachtens zum Urteil eines der Senate grundsätzliche Verfahrensregeln aufstellen, die sich aus den Grundgedanken des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht ergeben. (85-86)

Im Folgenden reflektierte das Gericht seine Rolle in diesem Verfahren. Zwar sei es im „allgemeinen [...] die Funktion eines Gerichts, Rechtsstreitigkeiten zwischen streitenden Parteien zu entscheiden“ und die Erstattung von Rechtsgutachten daher „grundsätzlich der richterlichen Funktion wesensfremd“ (86). Das Gericht verwies hier auf den U.S. Supreme Court, der es abgelehnt habe, auf Ersuchen des Präsidenten Gutachten zu erstatten. Aber es beständen doch erhebliche Unterschiede zum Supreme Court, der kein Verfassungsgericht, sondern ein Oberstes Gericht in allen Rechtsfragen sei:

Ein institutionelles Verfassungsgericht, das ausschließlich zur Verfassungsrechtsprechung berufen ist, kann aber nicht mit demselben Maß wie ein ordentliches Zivil- oder Strafgericht gemessen werden, zumal wenn es mit der Vielfalt von Zuständigkeiten ausgestattet ist wie das Bundesverfassungsgericht. Auch da, wo es über verletzte Rechte oder behauptete Pflichten entscheidet, steht es weniger im Dienste subjektiver Rechtsverfolgung als im Dienste objektiver Bewahrung des Verfassungsrechts. (86)

Zwar soll das Gericht als Gutacher nur „die verfassungsrechtlichen Grundlagen klären und nicht eigentlich den Streit der Parteien durch eine vollstreckbare Entscheidung beenden.“ Seine Urteile ständen „daher den Rechtsgutachten näher, als es bei Urteilen ordentlicher Gerichte der Fall sein kann“. Es sei daher „durchaus sinnvoll, die Sachkunde des Verfassungsgerichts auch außerhalb der

Urteilsverfahren auf Antrag höchster Verfassungsorgane zur Klärung verfassungsrechtlicher Streitfragen heranzuziehen“.

Zwar könne einem Gutachten keine „Rechtskraftwirkung und Vollstreckbarkeit und damit Verbindlichkeit nach außen im formellen Sinne“ beigelegt werden. Das Gericht zitiert dann in geschickter Bezugnahme auf das Ministerium, mit dem es in der Statusfrage in Konflikt stand, den Staatssekretär im Justizministerium. Dieser habe ausgesagt, dass „jedes Gutachten des Bundesverfassungsgerichts von einer solchen Autorität und Bedeutung ist, daß kein gesetzgebendes Organ oder etwa die Bundesregierung im Wege ihres Initiativrechts es jemals verantworten könnte, sich in Gegensatz zu einem Gutachten des Bundesverfassungsgerichts zu setzen“. Unabhängig davon muss die Meinung, die das Plenum äußert, zumindest für das Gericht nach innen wirksam sein. Um dies zu begründen, greift das Gericht weit aus:

Da ein Verfassungsgericht nur Recht sprechen, nicht aber Machtmittel einsetzen kann, um seinem Spruch Befolgung zu erzwingen, beruht jede Verfassungsgerichtsbarkeit auf der Voraussetzung, daß der Spruch des Gerichtes beachtet wird. Wenn das Plenum in einem Gutachten gemäß § 97 BVerfGG das Grundgesetz auslegt, spricht es zumindest mit der gleichen Autorität wie ein Senat im Urteilsverfahren. Dann können aber Rechtskraftwirkung und Verbindlichkeit nach außen nicht entscheidend sein für die Kraft des Spruchs innerhalb des Verfassungsgerichts. (89)

Der Beschluss verbindet hier zwei Gedankengänge: Zum einen bezieht er sich auf die bekannte Aussage von Alexander Hamilton, dass ein Gericht keine politische Macht, sondern nur Urteilskraft besitzt,¹⁹⁶ um daraus zu folgern, dass die ganze Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit von der tatsächlichen Geltung seiner Urteile und Beschlüsse abhängt. Wenn aber das Plenum, wie es später argumentiert, „die höchste Autorität des Bundesverfassungsgerichts“ ist, dann kann seinen Entscheidungen nicht weniger Geltungskraft zukommen als den Senaten, die mit Rechtskraft entscheiden.

Das Gericht argumentiert weiter mit der gesetzlich geforderten „Sicherung einer einheitlichen Rechtsauffassung in allen nach außen gerichteten Bekundungen des Gerichts“ (§ 16 I BVerfGG).

Das Bundesverfassungsgericht, das dem Grundgesetz nur als eine Einheit bekannt ist, kann seine Aufgabe nur erfüllen und seine Autorität nur wahren, wenn dieselbe Rechtsfrage in allen Verfahrensarten von den jeweils das Gericht repräsentierenden Entscheidungsgremien im gleichen Sinne beantwortet wird. (91)

196. Aus dem Federalist Nr. 78: „The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.“ (Hamilton, 1937)

Daraus folge, so das Gericht, die Bindung der Senate an ein Rechtsgutachten des Plenums. Die Richter verweherten sich deutlich gegen Versuche, das Gericht in einzelne Gruppen zu spalten:

Plenum, Erster Senat und Zweiter Senat sind in gleicher Weise „das Bundesverfassungsgericht“ und legen ihren Entscheidungen in gleicher Weise Gesetz und Recht zugrunde. Im Hinblick auf die politische Bedeutung der vom Gericht geforderten Entscheidung ist es daher unerheblich, welches Entscheidungsgremium tätig wird, ob also das Plenum ein Gutachten erstattet oder ob ein Senat nach der Rücknahme des Gutachten-Ersuchens im Verfassungsverstreit oder Normenkontrollverfahren ein Urteil fällt. (95/96)

Neben der normativ-dogmatischen Bedeutung des Gutachtenverfahrens kommt das Gericht in seinem Beschluss auch auf die faktischen Auswirkungen zu sprechen, die es dem Gutachten beimisst:

Da ein Gutachten bereits erbeten werden kann, wenn die Voraussetzungen für einen Antrag im Streit- oder Normenkontrollverfahren noch nicht gegeben sind, und da das Gutachten dann in der Regel ein weiteres Verfahren vor den Senaten über die gleiche Frage zwar nicht unzulässig, aber tatsächlich überflüssig machen würde, kann dem Gutachten eine Befriedungsfunktion im Verfassungsleben zukommen. Es kann dadurch ein möglicher, aber noch nicht entstandener, oder ein zwar entstandener, aber noch nicht anhängig gewordener Verfassungsverstreit vermieden werden. (92)

Durch ein Gutachten könne, so die Richter, tatsächlicher verfassungspolitischer Konflikt entschärft werden. Allerdings nur, wenn dieses rechtlich bindend sei und dadurch feste Erwartungen erzeugt werden könnten:

Ein Gutachten des Plenums des Bundesverfassungsgerichts kann vernünftigerweise nur eingeholt werden, um eine autoritative Äußerung über die streitige verfassungsrechtliche Frage zu erhalten. Darum ist, wenn das Gutachten seine Befriedungsfunktion erfüllen soll, davon auszugehen, daß die Verfassungsorgane ihr Verhalten nach der vom Gericht bekundeten Rechtsauffassung einrichten werden. (93)

Den Höhepunkt der Argumentation stellt eine Passage dar, in denen die Richter noch einmal nachdrücklich den rein rechtlichen Charakter ihrer Entscheidungen betonen:

Wer das Bundesverfassungsgericht, gleichgültig in welcher Gestalt, anruft, will das Recht und nicht eine politisch genehme Entscheidung, und er muß voraussetzen, daß das Gericht in allen seinen Entscheidungsgremien nur dem Rechte dient und allein dem Rechte verpflichtet ist. Gerade weil die Auslegung der Verfassung im vorliegenden Falle so zweifelhaft ist, daß die Vertreter beider Meinungen sich auf die wissenschaftlichen Darlegungen namhafter Staats- und Völkerrechtslehrer berufen können, kann nicht behauptet werden, daß die Entscheidung des Gerichts, von welchem Entscheidungsgremium immer sie getroffen werden und wie sie ausfallen mag, eine politische Willensentscheidung und keine Rechtsentscheidung sei.

Die Argumentation ist interessant: Gerade weil die normativ-rechtlichen

Grundlagen, auf deren Basis das Gericht entscheiden muss, so unklar sind (und die unterschiedlichsten Auslegungen erlauben, wie die Gutachten „namhafter“ Wissenschaftler zeigen), muss die Entscheidung des Gerichts ein rechtlicher, und kein politischer Akt sein. Genauso gut ließe sich jedoch argumentieren, dass das Gericht in Fällen, in denen klare Vorgaben der Verfassung fehlen, auf eine Entscheidung ganz verzichten müsse (das wäre die amerikanische „political questions doctrine“). Jedenfalls sei das Gericht nicht dafür verantwortlich zu machen, dass es Zuständigkeiten habe, die Auswirkungen auf elementare politische Entscheidungen hätten:

Das Gericht hat von der gegebenen Zuständigkeitsordnung auszugehen und nicht darüber zu befinden, ob es verfassungspolitisch zweckmäßig ist, die Zuständigkeit eines Verfassungsgerichts in einer Weise zu gestalten, daß die Entscheidung über Lebensfragen der Nation im Ergebnis davon abhängen kann, wie das Gericht eine verfassungsrechtliche Frage beurteilt.

Auch bliebe die endgültige politische Verantwortung allein beim Bundestag, da das Gericht lediglich die Grenzen bestimme, innerhalb derer politische Entscheidungen ergehen könnten:

Jedenfalls ist es unrichtig, zu behaupten, es seien politische Entscheidungen in die Hand des Gerichts gelegt. Wie immer Erster oder Zweiter Senat oder Plenum die Frage beantworten mögen, ob die Vertragsgesetze ohne vorherige Änderung des Grundgesetzes ratifiziert werden dürfen: die politische Verantwortung vor dem Volk und der Geschichte trägt allein die einfache Mehrheit des Bundestages, die die Gesetze, falls verfassungsrechtlich zulässig, verabschiedet, oder die Minderheit, die sich der etwa erforderlichen Verfassungsänderung widersetzt. Das Bundesverfassungsgericht hat nur die Aufgabe, das rechtliche Vorfeld für politische Entscheidungen zu klären, die allein den gesetzgebenden Körperschaften zukommen. (96)

Die Frage, ob die Verabschiedung der Westverträge eine Grundgesetzänderung voraussetzten, sei jedenfalls „eine Rechtsfrage und damit richterlicher Erkenntnis zugänglich“ (96). Wer dies bestreite, müsse

nicht nur die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung von Bundesgesetzen, sondern jegliches richterliche Prüfungsrecht abschaffen [...]. Die Alternative zur richterlichen Prüfungszuständigkeit, sei es des Bundesverfassungsgerichts, sei es anderer Gerichte, kann also nur dahingehen, daß alle Gesetze oder Gesetze bestimmten Inhalts, die von der Mehrheit des Bundestages verabschiedet werden, für unbedingt verbindlich erklärt werden, gleichgültig, ob sie mit dem Grundgesetz vereinbar sind oder nicht. (97)

Mit diesen dramatischen Worten vertraten die Richter die Position, dass es nur zwei Alternativen gäbe: entweder es unterstehen grundsätzlich alle Entscheidungen des Parlaments der Prüfung des Verfassungsgerichts, oder man kehrt zur vollumfänglichen Souveränität des Parlaments nach englischem Muster oder nach dem System von Weimar zurück: Die Verfassung ist das, was das Parlament mit Mehrheit beschließt, unabhängig davon, was in der Verfas-

sung steht. Da die zweite Alternative von keinem der politischen Akteure unterstützt wurde, blieb – der Logik des Beschlusses nach – nur die Konsequenz, dass das Gericht über die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Westverträge urteilen dürfe. Und zweitens, dass das Gutachten kein unverbindlicher Ratschlag für den Bundespräsidenten sei, sondern eine endgültige verfassungsrechtliche Entscheidung.

4.2.3.3 Folgen

Die politische Bedeutung dieser Entscheidung war den zeitgenössischen Beobachtern bewusst. Lembcke (2006a:156) stellt fest, dass sie „in der Literatur weniger aufgrund ihrer luziden juristischen Begründung Zustimmung“ fand, sondern vor allem, weil sie geeignet war, das BVerfG „aus der politischen ‚Umklammerung‘ zu befreien“.

Während Adenauer sich öffentlich zurückhielt, kritisierte Justizminister Dehler das Gericht öffentlich: Es sei „in erschütternder Weise vom Weg des Rechts abgewichen“ und habe dadurch die bestehende Krise erst geschaffen (SZ, 1952b). Bekannt sind auch seine Äußerungen während eines Treffens mit Journalisten am 10. Dezember, der Beschluss des Gerichts sei ein rechtliches „Nul-lum“, das die Bundesregierung „niemals anerkennen werde“ (zit. in Wengst, 1997:215). In der Öffentlichkeit fanden „diese Äußerungen ein starkes, ganz überwiegend ablehnendes Echo“, die Presse redete von einer „Staatskrise“ (Wild, 2000:67).

Aufgrund dieser Kritik an Dehler, die schließlich auch zu dessen Fall führte (siehe 4.2.2.8), sah sich Adenauer genötigt, eine Ehrenerklärung zugunsten des BVerfG abzugeben, in der ausgeführt wurde, dass das Bundeskabinett

niemals daran gedacht hat, die Rechte und die Würde des BVerfG anzutasten oder auch nur in Zweifel zu ziehen. Das Bundeskabinett achtet das BVerfG als einen integrierenden [sic] Bestandteil des demokratischen Rechtsstaates (zit. in Wild, 2000:67-68).

Dadurch verlor die schwelende Verfassungskrise erst einmal an Schärfe. Das Bundesverfassungsgericht konnte sich der Klage der Regierungskoalition zuwenden.

4.2.3.4 Beschluss zur Klage der Bundestagsmehrheit

Am 7. März 1953 wies das Bundesverfassungsgericht die Anträge der Regierungskoalition als unzulässig ab (BVerfGE 2,143). Das Gericht stellte zunächst fest, dass die „Frage, ob der Bundestag einen bestimmten Gesetzentwurf als einfacher Gesetzgeber verabschieden kann, oder ob das Grundgesetz zuvor geändert werden muß, [...] eine verfassungsrechtliche Streitfrage“ ist (149) und bekräftigte damit noch einmal seine grundsätzliche Kompetenz, in der Sache zu

entscheiden. Im Bundestag beständen über diese Frage grundsätzlich unterschiedliche Rechtsauffassungen, die Antragsteller versuchten, „über diese Meinungsverschiedenheit eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbeiführen“. Das sei auch grundsätzlich legitim, fraglich aber sei die Zulässigkeit der Klage.

Die Antragsteller hatten die Klage als Organstreitverfahren eingereicht, mit der Begründung, in diesem Verfahren stritten „Mehrheit“ und „Minderheit“ des Bundestages als Verfassungsorgane miteinander. Hintergrund dieser Argumentation war, wie bereits erwähnt, dass die Regierung die Klage damit vor den 2. Senat bringen wollte, von dem sie sich eine freundlichere Rechtsprechung erwartete. Der Senat wies dieses Begehren mit deutlichen Worten ab. Die Voraussetzungen eines Organstreitverfahrens lägen nicht vor. Die Auswertung des rechtshistorischen Kontextes und der Entstehungsgeschichte, sowie die Sichtung der rechtswissenschaftlichen Literatur zum Thema ließen keinen Zweifel, dass die „Mehrheit des Bundestages“ kein Verfassungsorgan mit eigenen (Klage-)rechten sei (163). Genauso wenig könne die „Minderheit“ als Antragsgegner vor dem Bundesverfassungsgericht verklagt werden (168-169). Danach folgt, wieder in deutlichen Worten, eine Belehrung der Antragsteller über die Spielregeln der verfassungsstaatlichen Demokratie:

Es ist nicht nur das Recht der Opposition, außer ihren politischen auch ihre verfassungsrechtlichen Bedenken geltend zu machen, sondern im parlamentarisch-demokratischen Staat geradezu ihre Pflicht. [...] Es gibt weder eine rechtliche Befugnis der Parlamentsmehrheit, ihre Rechtsansicht im Parlament durchzusetzen, noch gibt es eine Verpflichtung der Minderheit, sich der Rechtsauffassung der Mehrheit zu fügen. Das parlamentarische System beruht auf dem Kampf der freien Meinungen, die sowohl über die politische als auch über die rechtliche Seite vorgetragen werden können. (170-172)

In den abschließenden Passagen des Urteils (180-181) kommt das Gericht noch einmal auf seine Rolle im Gesetzgebungsprozess zurück. Es könne „zur Zeit sachlich zu den Streitfragen nicht Stellung nehmen“. Einerseits habe der Bundespräsident seinen Gutachtenantrag zurückgezogen. Andererseits seien die Versuche zunächst der Opposition, und dann der Regierung, das Gericht zu einer Entscheidung zu bewegen, rechtlich unzulässig gewesen. „So konnte der Zweite Senat ebenso wie der Erste Senat nur zu einem prozeßabweisenden Urteil kommen“ (181). Das Gericht betont hier seine Funktion als unparteiischer Hüter der Verfassung, der sich nicht aktiv in die tagespolitischen Kämpfe einmischt:

Außerhalb seiner, durch das Grundgesetz streng umrissenen Zuständigkeit kann der Senat eine sachliche Entscheidung nicht fällen, auch wenn die Antragsteller noch so eindringlich behaupten, daß ein Bedürfnis dafür bestehe. Ob und welche politischen Konsequenzen sich daraus ergeben, daß die Anträge der Antragsteller als unzulässig

verworfen werden, darf für das Bundesverfassungsgericht keine Rolle spielen. Es hat allein nach dem Recht zu entscheiden. (181)

4.2.3.5 Bewertung

Alfred Grosser hat in seinen 1960 erschienenen Kommentaren zur „Bonner Republik“ die Kontroverse folgendermaßen zusammengefasst:

In der Streitfrage um die Europäische Verteidigungsgemeinschaft schien das Bundesverfassungsgericht sich niemals sehr wohl gefühlt zu haben; man möchte sagen, das Gericht hätte den Verdacht gehabt, daß hier das Recht zur Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln werde. Ohne jemals Gelegenheit zu haben, es deutlich auszusprechen, schien es ihm wohl, daß das Wiederbewaffnungsproblem vor allem politischer Natur sei und daß die sozialdemokratischen Anklagen [...] das Ziel hatten, dem Gericht eine Verantwortung aufzubürden, für die es gar nicht geschaffen war. (Grosser, 1960:113)

Doch nicht nur die drohende Überforderung, auch das Verhalten der Regierung und Opposition führten dazu, dass möglicherweise bestehende parteipolitische Bindungen der Richter in den Hintergrund rückten. Die Versuche, das Gericht zu manipulieren oder sogar zu bedrohen, führten zunächst dazu, dass fast alle Richter das institutionelle Interesse an der Einheit des Gerichts über die politischen Eigeninteressen der Senate stellten. Sie stärkten am Ende das Gericht, weil die politischen Akteure die Erfahrung machten, dass die öffentliche Meinung die Angriffe und Manipulationsversuche sehr kritisch sah. So wurde die Klage der Bundesregierung als „unredlicher Winkelzug“ empfunden (Baring 1969:236,251). Michael Wild fasst die vorherrschende Stimmung so zusammen:

Das Vertrauen der Bevölkerung in die richterliche, nur an der Verfassung orientierte Objektivität erwies sich als größer als das Vertrauen in die Politik. Adenauer erkannte das mit feinem Gespür sehr schnell und paßte sich, anders als sein Justizminister, diesem Gefühl an. (Wild, 2000:68)

Es kann hier offen bleiben, auf welcher empirischen Datengrundlage das hier gezeichnete gesellschaftliche Stimmungsbild beruht. Das Verhalten Adenauers lässt diese Einschätzung plausibel erscheinen. Die Stuttgarter Zeitung spricht im Mitte Dezember 1952 jedenfalls von der „tiefen Sehnsucht nach dem Rechtsstaat“, die die „erstaunliche Anteilnahme“ erkläre, die „weite Teile des Volkes an dem erregenden politischen Duell um die Position des Bundesverfassungsgerichts“ zeigten (Schuster, 1952). Das Verhalten des Gerichts könne als „ein – freilich juristisch nicht völlig zweifelsfreier – Notwehrakt gegen Versuche“ verstanden werden, „die beiden Senate aus politischen Erwägungen gegeneinander auszuspielen“.

Zwei unterschiedliche Auffassungen von der Stellung des BVerfG prallten in den Verfahren um die Wiederbewaffnung aufeinander:

Während führende Politiker der Regierungsparteien, vor allem Dehler und Heuss, in ihm ein einfaches Bundesgericht sahen, das keine Kompetenz zur Entscheidung über politische Fragen hat – schon gar nicht, wenn es um eine „Schicksalsfrage der Nation“ (Adenauer) geht –, hielt sich das Gericht selbst für ein oberstes Bundesorgan mit Letztentscheidungsbefugnis in verfassungsrechtlichen Fragen. (Lembcke, 2006a:68)

Im Gutachterverfahren wiesen die Richter die Rolle eines Ratgebers zurück, dessen Hinweise die Politik zur Kenntnis nehmen, aber auch ignorieren könne:

Wenn ein Gericht durch Gesetz zur Erstattung von Rechtsgutachten berufen ist, so handelt es auch bei dieser Tätigkeit als Gericht. Das Gutachten beruht dann ebenso wie ein Urteil des Gerichts auf Recht und Gesetz; es ist nicht eine bloße Zusammenfassung der Meinung der Richter, sondern es geht vom Gericht als solchem aus und hat dessen Autorität. (BVerfGE 2,87:87)

Wichtig in diesem Zusammenhang ist die Frage, wie das Gericht sich gegenüber der Öffentlichkeit positionierte. In der bereits im letzten Abschnitt besprochenen Rundfunkrede, in der sich Höpker-Aschoff gegen die Vorwürfe von Dehler wehrte, setzte der Gerichtspräsident sich mit dem Vorwurf auseinander, das Bundesverfassungsgericht entscheide nicht nach rechtlichen, sondern nach politischen Gesichtspunkten:

Der wäre ein schlechter Richter, der nicht auch die Folgen seiner Entscheidungen überdenken würde. Das Bundesverfassungsgericht muß sich bei seinen Entscheidungen der politischen Folgen bewußt bleiben. Aber, drängen wir uns denn zu solchen Entscheidungen mit schwerwiegenden politischen Folgen? Sie dürfen mir glauben: Wir alle empfinden es als eine nahezu unerträgliche Last, daß in den Auseinandersetzungen über den Generalvertrag und den Verteidigungsvertrag durch unseren Spruch die politische Entscheidung über die deutsche Entwicklung, Niedergang oder Aufgang beeinflusst werden könnte. (zit. in FAZ, 1953a)

Das Gericht habe aber keine Möglichkeit, einer Entscheidung auszuweichen, da ihm das Grundgesetz bestimmte Kompetenzen zugeordnet hätte. Das Gericht habe „in solchen Fällen getreu dem Eide zu entscheiden, was rechtens ist“.

Höpker-Aschoff sah sich offenbar dazu veranlasst, die Rolle des Schiedsrichters zurückzuweisen. Die FAZ (1953a) zitiert ihn mit den Worten „Ich halte es für vermessen zu glauben, daß das Ringen zwischen den das Staatsleben gestaltenden Kräften durch Rechtsspruch entschieden werden könnte“ und berichtet weiter, dass nach Höpker-Aschoff es nicht die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichtes sei, in politischen Kämpfen zu entscheiden, sondern nur darüber zu wachen, dass in solchen Kämpfen die alle verpflichtende Norm des Grundgesetzes geachtet werde. Unabhängig davon, wie Höpker-Aschoff die Rolle des Gerichts tatsächlich einschätzte – es schien ihm am sichersten, sich auf den Leibholz'schen „Hüter“ zurückzuziehen.

4.2.3.6 Folgen

Das Bundesverfassungsgericht hatte die bisherigen Klagen auf formaler Grundlage zurückgewiesen und keine Andeutung gemacht, wie es die Frage der Westverträge materiellrechtlich beurteilte. Eine Gelegenheit hierzu – oder wohl vielmehr: die unliebsame Notwendigkeit – hätte die Klage gebracht, die am 11. Mai 1953 von Bundestagsabgeordneten hauptsächlich der SPD eingereicht wurde. Anders als die erste Klage war diese Normenkontrollklage zulässig, denn sie richtete sich gegen die mittlerweile verabschiedeten Zustimmungsgesetze zum Deutschland- und EVG-Vertrag. Bekannterweise musste sich das Gericht aber nicht mehr mit dem Fall befassen: Bei der Bundestagswahl vom 6. September errang Adenauer mit einer Koalition von CDU, FDP und kleineren Parteien eine Zweidrittelmehrheit. Damit konnte die Regierungsmehrheit das Grundgesetz ändern und den Klagen der SPD die Grundlage entziehen. Dazu kam, dass im folgenden Jahr der EVG-Vertrag an der Ablehnung in der französischen Nationalversammlung scheiterte. Damit war das Verfahren endgültig gegenstandslos geworden, eine Entscheidung in der Sache war nicht mehr möglich.

Die Folgen für das Gericht werden generell positiv beurteilt. Für Hoffmann (2000:270) konnte sich das Gericht „im Verlauf der Auseinandersetzung um die Verfassungsmäßigkeit der Westverträge als Hüter der Verfassung und als unabhängiges Bundesorgan endgültig etablieren“. Hoffmann nimmt weiter an, dass das Gericht mit seinen Entscheidungen dazu beitrug, dass „es nicht zu einer langanhaltenden Verfassungskrise kam und die beteiligten Akteure das Gericht schließlich als oberste gerichtliche Instanz anerkannten.“ Dadurch, dass die Richter die Gefahr der Politisierung des Gerichts erkannten, reagierten sie flexibel auf die Situation. Die Richter beschränkten sich in der Sache – also zur Frage, ob die Westverträge verfassungswidrig waren oder nicht – auf „formaljuristische Begründungen und nahmen somit der Legislative die politische Entscheidung über die Westverträge nicht ab.“ (Ebd.) Die Entscheidung im Gutachterverfahren kann aber, anders als Hoffmann es darstellt, nicht „formaljuristisch“ genannt werden – hier gingen die Richter weit über die ihnen zur Verfügung stehende Rechtsmaterie (Verfassung und Verfassungsgerichtsgesetz) hinaus und etablierten selbstständig eine Regel (Plenumsgutachten bindet Senate), die politisch weitreichende Folgen hatte. Zunächst verhinderte das Gericht durch seine Entscheidung die Strategie der Koalition, eventuelle politische Differenzen innerhalb des Gerichts für sich zu nutzen. Zum anderen aber änderten die Richter durch ihre Entscheidung den Charakter des Gutachtenverfahrens, das damit seine rechtsberatende Funktion verlor.¹⁹⁷

197. Da ein solches Gutachtenverfahren keinen Nutzen mehr hatte, strich der Bundestag 1956 den entsprechenden Artikel im BVerfGG (§ 97) ersatzlos.

Darüber hinaus schaffte das Gericht in seinen Entscheidungen zahlreiche andere neue Regeln:

So beschlossen die Verfassungsrichter etwa, daß eine Normenkontrollklage erst nach Beendigung des Gesetzgebungsverfahrens, aber noch vor der Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten eingereicht werden durfte. Während der laufenden Beratungen in Bundestag und Bundesrat schlossen die Verfassungsrichter diese Klagemöglichkeit aus. Gleichzeitig bestätigten sie der Opposition das Recht, die Überprüfung von Gesetzen beantragen zu können. Das Bonner Grundgesetz hatte die verfassungsrechtliche Stellung der Opposition unberücksichtigt gelassen. Außerdem legte das Karlsruher Gericht im Verfahren über die Organklage der Regierungsfractionen fest, daß der Bundestagsmehrheit nicht der Status eines Bundesorgans zustand. (Hoffmann, 2000:271)

Das Gericht hatte zwar keine Entscheidung durchgesetzt, sondern sich der Entscheidung in der Sache entzogen, da diese mit unwägbareren politischen Konsequenzen verbunden gewesen wäre. Sie wies die Einladung der SPD zurück, im politischen Konflikt eine aktive Schiedsrichterrolle zu übernehmen. Es konnte aber gerade dadurch, dass es nicht eingriff, seine Rolle als neutrale Schiedsinstanz stärken: Die Anträge der Regierungsparteien wurden genauso zurückgewiesen, wie die der Opposition. Beide Parteien erhielten eine Rüge für ihr offensichtlich taktisches Verhalten. Gegenüber diesem auch von der Öffentlichkeit verurteilten Verhalten konstruierte das Gericht sich als Bastion des Rechts: Dort das „schmutzige“, taktische politische Spiel, hier die objektive rechtliche Auslegung des Grundgesetzes. Dass im Gutachtenverfahren auch eine andere juristische Lösung möglich gewesen wäre, zeigt die Gegenmeinung von Willi Geiger (1989a).

Die Entscheidung des Gutachtenverfahrens verdankt sich, soviel sollte in diesem Abschnitt deutlich geworden sein, keiner Übung in juristischer Logik, sondern stellt zu einem gewichtigen Teil eine Reaktion auf die Versuche dar, das Gericht zu manipulieren. Während das Gericht sich politisch zurückhielt, konnte es gleichzeitig prozessual wichtige Fragen klären und seine Auslegungshoheit gegenüber dem anderen „Hüter der Verfassung“, dem Bundespräsidenten, behaupten.¹⁹⁸ Wie es Wild (2000:68) ausdrückt:

Die Wiederbewaffnung wurde damit nicht nur zum entscheidenden Baustein der unumkehrbaren Westbindung der Bundesrepublik, sondern löste mittelbar auch eine andere fundamentale Weichenstellung aus: Oberster Hüter der Verfassung ist seither in Deutschland nicht der Bundespräsident oder der Bundestag, sondern allein das BVerfG.

198. Man kann dabei davon ausgehen, dass die Debatte zwischen Kelsen und Schmitt noch im juristischen Bewusstsein präsent war, die sich um die Frage drehte, ob Reichsgericht oder Reichspräsident der Hüter der Verfassung sein sollte.

4.2.4 „Lüth“ (1958) und die neue Wertordnung

Das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist zweifellos das bekannteste und am umfangreichsten untersuchte Urteil der Frühzeit des Gerichts¹⁹⁹. Es handelt sich nach Ansicht etwa von Grimm (2001:203) um ein Urteil, „dessen Bedeutung gar nicht überschätzt werden kann“. Wahl (2005:371) sieht eine entscheidende „Weichenstellung für die Rechtsentwicklung“, Kübler (2000) gar eine „sanfte Revolution“. Andere sehen „genuin antiliberalen, antiparlamentarischen und vor allem anti-pluralistischen“ Elemente (Henne, 2005:198), die demokratietheoretisch bedenklich seien (Staff, 2005).²⁰⁰ Aber trotz dieser dogmatischen Kritikpunkte sei „Lüth“ der Beitrag des Gerichts zur Liberalisierung der Bundesrepublik (Henne, 2005:216). Der folgende Abschnitt soll klären, was das berühmte Urteil für die Rolle des Verfassungsgerichts am Ende der 1950er Jahre bedeutete.

4.2.4.1 Kontext

Ausgangspunkt des Verfahrens war eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg gegen den Direktor der Staatlichen Pressestelle Hamburg, Erich Lüth.²⁰¹ Dieser hatte im September 1950 eine Ansprache gehalten, in der er den Freispruch von Veit Harlan, Drehbuchverfasser und Regisseur des Films „Jud Süß“, kritisierte und indirekt dazu aufrief, aus Protest gegen die nationalsozialistische Verstrickung Harlans dessen neuere Filme nicht zu zeigen. Später präzisierte er seine Vorwürfe gegen Harlan in einem offenen Brief, in dem er von der „Pflicht“ sprach, „sich im Kampf gegen diesen unwürdigen Repräsentanten des deutschen Films über den Protest hinaus auch zum Boykott bereitzuhalten.“²⁰²

Das Verfahren fand große Beachtung in der Presse und Öffentlichkeit, da es offensichtlich Fragen der Meinungsfreiheit und der Bewertung der Vergangenheit betraf. Für Riedlinger (2005:151) entzündeten sich gerade an diesem Fall „erbitterte Auseinandersetzungen“ deshalb, weil er drei sich gegenseitig verstärkende Aspekte aufwies:

Erstens die Symbolkraft von „Jud Süß“, der als propagandistische Unterfütterung untrennbar mit dem mörderischen Antisemitismus verbunden war [...]. Den zweiten Aspekt stellt das offensive Auftreten Harlans dar, der ohne jede Bereitschaft, Selbstkritik

199. Zu keinem anderen Urteil des Gerichts existiert etwa eine systematische historisch-sozialwissenschaftliche Untersuchung, wie sie Henne und Riedlinger (2005) vorgelegt haben.

200. Der U.S.-amerikanische Jurist Donald P. Kommers (Kommers, 1976: 226-227) hat das Lüth-Urteil als dogmatisch „extremely untidy“ bezeichnet, was aber seiner Bedeutung keinen Abbruch tue.

201. Zum Folgenden siehe Riedlinger, 2005.

202. Zit. in BVerfGE 7, 198, 200.

oder gar Reue zu bekunden, bruchlos an seine frühere Popularität anknüpfen wollte. Verbunden wurden diese beiden Gesichtspunkte schließlich durch den Faktor Öffentlichkeit, denn über 20 Millionen Beuscher hatten „Jud Süß“ gesehen und Harlans erfolgreiche Karriere im „Dritten Reich“ war allgemein bekannt.

Während die Tatsache, dass Harlan nicht strafrechtlich belangt wurde, keinen nennenswerten Protest hervorrufen konnte, überstieg sein nachfolgendes Verhalten, so Riedlinger (152-153), das in den 1950er Jahren akzeptable Maß an Verharmlosung und Verdrängung der nationalsozialistischen Vergangenheit, zumal sich mit Harlan vor allem offen rechtsextreme und antisemitische Gruppierungen solidarisierten. Die einstweilige Verfügung gegen Lüth, die von den oberen zivilgerichtlichen Instanzen bestätigt wurde, mobilisierte die Gegner Harlans. Es kam zu einem breiten „Konsens unter den Angehörigen der demokratischen Elite“, der sich „auch in der Qualitätspresse wieder[spiegelte], die die Rückkehr des ehemaligen NS-Vorzeigeregisseurs ebenfalls ganz überwiegend kritisch kommentierte“. Für Riedlinger trugen

die Auseinandersetzungen um den Starregisseur durchaus die Züge eines Exempels, mit dem demonstriert werden sollte, daß aus der postulierten moralischen Verurteilung des Nationalsozialismus auch tatsächlich Konsequenzen gezogen wurden. (Riedlinger, 2005:155)

Dass Harlan seine Karriere bruchlos weiterführen wollte, bedeutete für viele, die sich der neuen demokratischen Elite zugehörig fühlten, nicht nur einen Präzedenzfall mit schädlicher gesellschaftlicher Wirkung. Man fürchtete auch um das Ansehen Deutschlands in der Welt:

Immer wieder führten Erich Lüth und seine Verbündeten ins Feld, daß ihr Protest gegen Harlans neuerliches Karrierestreben vor allem dazu diene, das deutsche Ansehen im Ausland zu schützen. Und entgegen der Annahme des OLG in seinem Urteil gegen Lüth wurden die Auseinandersetzungen um Harlan durchaus in einigen ausländischen Staaten zur Kenntnis genommen, denn die Symbolkraft des „Jud Süß“-Films war nicht auf Deutschland beschränkt. (Ebd.:158)

Wie Riedlinger zeigt, waren beide Stränge der Argumentation von Seiten Lüths an den öffentlichen Diskurs der 50er Jahre anschlussfähig. In Harlan konnte ein reueloser „Täter“ des vergangenen Regimes exponiert werden, ohne dass die individuelle Verstrickung der Zuschauenden thematisiert werden musste. Lüth wurde so, wie es es schon 1951 formuliert wurde „zum Symbol des ‚anderen Deutschland‘“ (zit. in Riedlinger 2005:162). Gleichzeitig war die Sorge um das nationale Ansehen außerhalb rechtsextremer Kreise weit verbreitet: Die wirtschaftlich aufstrebende Nation war daran interessiert, so bald wie möglich vom Status eines Pariahs in der Weltgemeinschaft befreit zu werden. Harlans international sichtbare Rückkehr in das kulturelle Leben Deutschlands stand diesem Interesse entgegen.

Trotzdem dürfen die veröffentlichte Meinung und der kritische Konsens der Eliten nicht mit der Position von breiten Kreisen der Bevölkerung gleichgesetzt werden. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass es Akteure wie Lüth explizit darum ging, Sympathien in der Bevölkerung für Lüth und für den im Film „Jud Süß“ drastisch zum Ausdruck gebrachten Antisemitismus zu verändern, indem dieser Fall exemplarisch aufgearbeitet wurde. Auch das rechtliche Verfahren gegen Lüth diene insofern als Teil der öffentlichen „Erziehung“. Dafür wurde, wie noch deutlich werden wird, strategische Öffentlichkeitsarbeit betrieben.

Das erste Urteil des Landgerichts Hamburg hatte den Aufruf Lüths als Verstoß gegen die guten Sitten bewertet und dies damit begründet, dass Lüth in Harlans verfassungsrechtliches Persönlichkeitsrecht eingegriffen hätte. Das Berufungsverfahren am Oberlandesgericht Hamburg ging noch darüber hinaus. So liege einerseits eine unerlaubte Handlung nach § 823 BGB vor, andererseits auch ein Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 826 BGB. Ein Boykottaufruf könne nie durch die Meinungsfreiheit gedeckt sein, so die Richter des Oberlandesgerichts. Eine Schädigung des Ansehens Deutschlands durch die Verurteilung Lüths sei dagegen nicht zu befürchten.

Lüths Niederlage vor Gericht führte zur Solidarisierung zahlreicher bekannter Persönlichkeiten mit Lüth, unter anderem führender Politiker der SPD. Im Jahre 1952 wurde die Diskussion über Harlans nationalsozialistischer Vergangenheit auf die Straße getragen. Vor allem von Studenten und Intellektuellen initiierte Proteste gegen Aufführungen seiner Filme führten zu zum Teil gewalttätigen Auseinandersetzungen mit Unterstützern von Harlan, bei denen auch offenen antisemitische Ansichten sichtbar wurden, sowie von Seiten der Polizei unverhältnismäßige Gewalt gegen die Protestierer eingesetzt wurde. Die breite Bevölkerung ließ sich davon nicht beeindrucken: Harlans Filme erreichten ein Millionenpublikum.

Lüth hatte im Dezember 1951, noch bevor der Fall vom Oberlandesgericht in der Hauptsache entschieden worden war, Urteilsverfassungsbeschwerde eingelegt.²⁰³ Er wurde durch Adolf Arndt vertreten, für den der Ausgang des Verfahrens eine „Grundentscheidung für die deutsche Demokratie“ darstellte (zitiert in Riedlinger, 2005:177). Die allgemeine Bedeutung, so argumentierte Arndt in der Klagebegründung, zeige sich schon durch die leidenschaftlichen Auseinandersetzungen, die anlässlich der Filmaufführungen und des zivilrechtlichen Verfahrens zu beobachten seien. Vor allem aber hätten die Zivilgerichte die Bedeutung des Rechts auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG verkannt, der die Aussagen Lüths schütze. Der Schriftsatz appellierte in deutlichen Worten an das Gericht, die historische Tragweite des Falles anzuerkennen:

203. Nach § 90 II 2 kann das Bundesverfassungsgericht „über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist“.

Für die Allgemeinheit und die Gesamtentwicklung einer rechtsstaatlichen Demokratie in Deutschland wird es von geschichtsbildender Bedeutung sein, ob Lüth sagen durfte, was er gesagt hat, oder ob ihm der Mund verboten werden konnte. (zit. 179-180)

Arndt schickte den Schriftsatz nicht nur an das Bundesverfassungsgericht, sondern auch an zahlreiche einflussreiche Persönlichkeiten in der Justiz und Wissenschaft, und vor allem an Journalisten, was zu einem erheblichen Presseecho führte (180-181).

Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde im April 1952 an. Es sollte aber noch bis 1957 dauern, bis sie verhandelt werden konnte. Der Grund ist, wie Henne (2005:217) argumentiert hat, nicht in einer bewussten Verzögerungsstrategie des ersten Senats zu suchen,²⁰⁴ sondern vor allem der hohen Geschäftslast geschuldet, die aus der großen Zahl von damals anhängigen Verfassungsklagen resultierte. Zwischen 1952 und 1957 hatten sich der gesellschaftliche Kontext bedeutend geändert. Dem Urteil kam mittlerweile hauptsächlich eine symbolische Bedeutung zu, wie Henne (2006:143) darlegt, weil

inzwischen eine Wiederholung des ursprünglichen Boykottaufrufs evident entfiel – Harlans damaliger Nachkriegsfilm war längst in die Archive gewandert. Noch wichtiger für die steigende symbolische Bedeutung war, dass 1958 jene Epoche begann, in der sich der geschichtspolitische Kontext wesentlich änderte und die Verfolgung von NS-Tätern eine neue Dimension erreichte; die Gründung der Ludwigsburger Zentrale und der Ulmer Einsatzgruppenprozess seien als Stichworte erwähnt. Harlans strafrechtlicher Freispruch, obwohl prozessrechtlich nicht Verfahrensgegenstand, musste unter diesen Umständen zu einer Stellungnahme herausfordern.

Die Frage, ob die Firmen, die Harlans Filme verliehen, von Lüth sittenwidrig geschädigt wurden, war irrelevant geworden. Stattdessen stand ganz offensichtlich die Frage nach der Identität der Bundesrepublik im Vordergrund. Diese, so der allgemeine Eindruck, würde durch höchstrichterliche Entscheidungen nach innen und außen in deutlicher Weise mit geprägt.

4.2.4.2 Urteil

Das eigentliche Urteil (BVerfGE 7, 198) folgte dann schon zwei Monate nach der mündlichen Verhandlung. Es bescherte Erich Lüth und seinem Anwalt Arndt einen „vollen Erfolg“ (so Arndt selbst, zitiert in Riedlinger, 2005:184). Das Gericht folgte dem Antrag allerdings nur dem Ergebnis nach. Inhaltlich gingen die Richter ganz andere Wege (Hennis, 2005). Sie stellten fest, dass die Meinungsfreiheit aus Art. 5 zwar auch durch das Zivilrecht eingeschränkt werden könnte. Aber das Zivilrecht müsse wiederum im Lichte des Grundgesetzes

204. So Böckenförde, 1990:25 (Fn. 41).

ausgelegt werden und dabei insbesondere die Bedeutung der Grundrechte gewürdigt werden. Harlans Anwalt hatte in seiner Klageerwiderung argumentiert, die Grundrechte seien gar nicht einschlägig, da sie nur die öffentliche Gewalt bänden. Im vorliegenden Streit handle es sich dagegen um eine Auseinandersetzung zwischen Privaten. Dieser Auffassung folgte das Gericht nicht:

Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. [...] Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will [...] in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt [...]. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden. (BVerfGE 7, 204)

Damit setzte sich das Gericht in Widerspruch zu denjenigen Rechtswissenschaftlern, die eine strenge Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht postulierten. Nach traditioneller Auffassung betraf das öffentliche Recht die Verhältnisse zwischen Staat und Bürger, während das Privatrecht die Beziehungen unter den Bürgern regelte und vom Grundsatz der Privatautonomie ausging.²⁰⁵ Zum Zeitpunkt der Entscheidung kann diese Ansicht noch als allgemein „herrschende Meinung“ angesehen werden, was sich auch darin zeigt, dass das Gericht einen großen argumentativen Aufwand betrieb, um die Geltung der Grundrechte für das Privatrecht zu begründen:

Der Einfluß grundrechtlicher Wertmaßstäbe wird sich vor allem bei denjenigen Vorschriften des Privatrechts geltend machen, die zwingendes Recht enthalten und so einen Teil des *ordre public* – im weiten Sinne – bilden, d. h. der Prinzipien, die aus Gründen des gemeinen Wohls auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen verbindlich sein sollen und deshalb der Herrschaft des Privatwillens entzogen sind. Diese Bestimmungen haben nach ihrem Zweck eine nahe Verwandtschaft mit dem öffentlichen Recht, dem sie sich ergänzend anfügen. Das muß sie in besonderem Maße dem Einfluß des Verfassungsrechts aussetzen. Der Rechtsprechung bieten sich zur Realisierung dieses Einflusses vor allem die „Generalklauseln“, die,

205. Nach diesem Prinzip regeln die Bürger untereinander ihre Verhältnisse vertraglich ohne Einmischung des Staates. Dieser stellt nur den gesetzlichen Rahmen bereit sowie die Möglichkeit, die Verträge gerichtlich durchzusetzen. In einem Aufsatz von Dürig (1956), der großen Einfluss auf das Lüth-Urteil hatte, wird dieser Grundsatz dargestellt und grundsätzlich anerkannt (159), um dann zu einer vermittelnden Position zu gelangen, die das Gericht im Urteil übernimmt.

wie § 826 BGB, zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außer-zivilrechtliche, ja zunächst überhaupt außerrechtliche Maßstäbe, wie die „guten Sitten“, verweisen. (206)

Diese Generalklauseln seien, so zitiert das Gericht die Lehrmeinung Günter Dürigs, „Einbruchstellen“ der Grundrechte in das Bürgerliche Recht, da bei ihrer Auslegung „die Gesamtheit der Wertvorstellungen“ zu beachten sei, „die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat“. Auch der Zivilrichter habe diese Vorstellungen zu beachten, da er kraft Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden sei, anderenfalls verletze er „als Träger öffentlicher Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung auch durch die rechtsprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat.“ (207)

In diesem Zusammenhang thematisiert das Gericht seine Rolle bei der Durchsetzung der Grundrechte:

Das Bundesverfassungsgericht, das durch das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde zur Wahrung der Grundrechte letztlich berufen ist, muß demgemäß auch hier die rechtliche Möglichkeit besitzen, die Rechtsprechung der Gerichte dort zu kontrollieren, wo sie in Anwendung eines allgemeinen Gesetzes den grundrechtlich bestimmten Raum betreten und damit möglicherweise den Geltungsanspruch des Grundrechts im Einzelfall unzulässig beschränken. Es muß zu seiner Kompetenz gehören, den spezifischen Wert, der sich in diesem Grundrecht für die freiheitliche Demokratie verkörpert, allen Organen der öffentlichen Gewalt, also auch den Zivilgerichten, gegenüber zur Geltung zu bringen und den verfassungsrechtlich gewollten Ausgleich zwischen den sich gegenseitig widerstreitenden, hemmenden und beschränkenden Tendenzen des Grundrechts und der „allgemeinen Gesetze“ herzustellen. (Ebd.)

Es können hier die zwei Aspekte des „Hütens“ und ausgleichenden „Richtens“ beobachtet werden: Einerseits ist das Gericht zur „Wahrung der Grundrechte“ berufen, andererseits soll ein Ausgleich zwischen „widerstreitenden“ Prinzipien hergestellt werden, die sich im Antagonismus zwischen Grundrecht und beschränkendem Gesetz ergeben. Diesen Ausgleich herzustellen, sei grundsätzlich Aufgabe auch der Zivilgerichte. Sollten diese jener Aufgabe aber nicht gewachsen sein, hat das Bundesverfassungsgericht die Aufgabe, korrigierend einzugreifen:

Auch Urteile des Zivilrichters, die auf Grund „allgemeiner Gesetze“ bürgerlich-rechtlicher Art im Ergebnis zu einer Beschränkung der Meinungsfreiheit gelangen, können das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verletzen. Auch der Zivilrichter hat jeweils die Bedeutung des Grundrechts gegenüber dem Wert des im „allgemeinen Gesetz“ geschützten Rechtsguts für den durch die Äußerung angeblich Verletzten abzuwägen. Die Entscheidung kann nur aus einer Gesamtanschauung des Einzelfalles unter Beachtung aller wesentlichen Umstände getroffen werden. Eine unrichtige Ab-

wägung kann das Grundrecht verletzen und so die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht begründen. (212)

Auf den konkreten Fall bezogen kamen die Bundesverfassungsrichter zu dem Schluss, dass die Subsumption des Verhaltens von Lüth unter den Begriff der „Sittenwidrigkeit“ gegen die Verfassung verstoße. Nicht nur, weil die Meinungsfreiheit an sich unter grundrechtlichem Schutz stände, sondern vor allem auch deswegen, weil diese für die demokratische Ordnung entscheidende Bedeutung habe. Ansonsten

würde der Wert, den das Grundrecht der freien Meinungsäußerung für die freiheitliche Demokratie gerade dadurch besitzt, daß es die öffentliche Diskussion über Gegenstände von allgemeiner Bedeutung und ernstem Gehalt gewährleistet, empfindlich geschmälert. Wenn es darum geht, daß sich in einer für das Gemeinwohl wichtigen Frage eine öffentliche Meinung bildet, müssen private und namentlich wirtschaftliche Interessen einzelner grundsätzlich zurücktreten. Diese Interessen sind darum nicht schutzlos; denn der Wert des Grundrechts zeigt sich gerade auch darin, daß jeder von ihm Gebrauch machen kann. Wer sich durch die öffentliche Äußerung eines andern verletzt fühlt, kann ebenfalls vor der Öffentlichkeit erwidern. Erst im Widerstreit der in gleicher Freiheit vorgetragenen Auffassungen kommt die öffentliche Meinung zustande, bilden sich die einzelnen angesprochenen Mitglieder der Gesellschaft ihre persönliche Ansicht. (218-219)

Das Gericht wies so die Ansicht von Harlans Anwälten zurück, Lüth habe die Grundrechte ihres Mandanten verletzt. Dieser konnte sich ja jederzeit öffentlich gegen die erhobenen Vorwürfe rechtfertigen. Auch die konkrete Wortwahl Lüths sei nicht zu beanstanden, wenn man die historischen Tatsachen würdige. Die Solidarisierungen mit Lüth im Vorfeld der Klage ließen die Richter nicht unbeeindruckt. Unter anderem könne Sittenwidrigkeit schon deshalb nicht vorliegen, da sich Lüth nachweislich

bei seiner Bewertung des Wiederauftretens Harlans im Einklang mit der Haltung angesehener Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens im Inland und Ausland befinde . (229)

Das Urteil des Landgerichts sei deshalb aufzuheben.

4.2.4.3 Analyse

Die konkrete rechtliche Frage im Lüth-Urteil, die unmittelbare Rechtswirkungen für die Verfahrensbeteiligten hatte, war, wie weit die Meinungsfreiheit von Erich Lüth reichte. Durfte er im vorliegenden Fall sagen, was er gesagt hatte? Oder griff er damit unzulässigerweise in die Rechte anderer ein und durfte daher mittels staatlicher Zwangsmaßnahmen daran gehindert werden, diese Meinung weiterhin kund zu tun? Wahl (2005: 376) merkt an, dass „in der eigentlichen Fallkonstellation des Lüth-Urteils nichts Auffälliges oder Besonderes zu finden“ war. Es handelte sich um einen „klassischen Rechtskonflikt“ zwischen

Meinungsäußerung und Ehrenschatz. Das Gericht hätte im Einzelfall zwischen diesen Rechtsgütern abwägen und die Rechte der Verleihfirmen gegenüber Lüths Meinungsfreiheit zurücktreten lassen können. Dieser Schiedsspruch hätte die selben unmittelbaren Rechtsfolgen gehabt, ohne die weit greifenden Änderungen in der normativen Ordnung anzustoßen, die im Urteil angelegt waren.

Diese Alternative wäre ohne weiteres möglich gewesen. Wie Henne und Riedlinger (2005) gezeigt haben, zeichnete die von Arndts Assistenten Hennis erarbeitete Klageschrift diesen Weg vor: Sie thematisierten die Frage des verfassungsrechtlichen Wertesystems ebenso wenig wie die Auseinandersetzung über die (un)mittelbare Geltung der Grundrechte im Privatrecht (Henne, 2006:145). Für Hennis war, wie er sich später erinnerte (Hennis, 2005:191), die Argumentation „unerhört leicht“: Die Grundrechte bänden auch Gerichte, das Recht der Kinobesitzer musste bei einer Güterabwägung zurücktreten:

Alles, was der Zweite Senat dann in seine Entscheidung zusätzlich hineinpackte, praktisch ja die Herrschaft des Gerichts über alle Rechtsmaterien, die sog. Drittwirkung etc. etc., das GG als „Werteordnung“, hatte mit Lüth nichts zu tun [...]. (Ebd.)

Die Richter hätten es also bei einer Einzelfallentscheidung belassen können, ohne grundsätzliche Fragen klären zu müssen. Jedoch bestand ganz offensichtlich das Interesse, die Frage der Einwirkung der Grundrechte auf das einfache Recht und die Bedeutung der Grundrechte für das Rechtssystem auch auf genereller Ebene zu entscheiden. Hier gab es in der Rechtswissenschaft ganz ersichtlich keinen Konsens, wie das Gericht selbst ausführte:

Die grundsätzliche Frage, ob Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht einwirken und wie diese Wirkung im einzelnen gedacht werden müsse, ist umstritten. (BVerfGE 7, 198, 204)

Im Urteil entschieden sich die Richter für die mittelbare Drittwirkung und damit gegen die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung, wie sie der Arbeitsrechtler Hans Carl Nipperdey und auch das Bundesarbeitsgericht lange vertraten (Hollstein, 2005: 255-256, Henne, 2005:219). Die dritte Alternative hätte darin bestanden, eine Drittwirkung ganz zu verneinen, wie es die klassische Grundrechtskonzeption vorsieht und wie es in anderen Rechtsordnungen der Fall ist.²⁰⁶ Diese Option wurde von der konservativen Staatsrechtslehre vertreten, für die Ernst Forsthoff und (im Hintergrund) Carl Schmitt standen. Das Gericht entschied sich so aus Sicht der Rechtswissenschaft für einen Mittelweg zwischen dogmatischen Positionen: zwischen der Unanwendbarkeit und vollumfänglichen direkten Wirkung. Es baute so eine Brücke für die Rezeption in der juristischen Fachöffentlichkeit.²⁰⁷

206. Siehe die Beiträge in Sajó/Uitz, 2005.

207. Am selben Tag wurde ein zweites Urteil verkündet, mit dem das Gericht die Grenzen seiner

Die Behauptung einer durch die Grundrechte konstituierten „Wertordnung“ kam nicht überraschend. Das Gericht hatte schon in seinem Urteil vom Oktober 1952, mit dem die Sozialistische Reichspartei als verfassungswidrig verboten wurde (BVerfGE 2,1) von einer Grund- und Werteordnung gesprochen, die durch das Grundgesetz errichtet worden sei:

Dieser Grundordnung liegt letztlich nach der im Grundgesetz getroffenen verfassungspolitischen Entscheidung die Vorstellung zugrunde, daß der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbständigen Wert besitzt und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit sind. Daher ist die Grundordnung eine wertgebundene Ordnung. Sie ist das Gegenteil des totalen Staates, der als ausschließliche Herrschaftsmacht Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ablehnt. (12)

Zwar ging es in diesem Urteil um ein Parteiverbotsverfahren, das „vorrangig staatsrechtliche Fundamentalfragen aufwarf“ (Henne, 2005:208). Die Frage, ob die Grundrechte eine Wertordnung darstellen, wurde noch nicht gestellt. Aber schon damals war, wie Henne (ebd.) betont hat, eine wesentliche Motivation des Gerichts, der Naturrechtsrenaissance der Nachkriegszeit²⁰⁸ eine eigene Konzeption entgegen zu stellen. Dieses Naturrechtsdenken hatte seinen institutionellen Ort beim Bundesgerichtshof, mit dem das Bundesverfassungsgericht in einem ausgeprägten Konkurrenzverhältnis stand.²⁰⁹ Auch die schon vorher ergangene „Elfes-Entscheidung“ hatte die Existenz einer durch das Grundgesetz errichteten „Wertordnung“ thematisiert (BVerfGE 6, 36, 41). Die Lüth-Entscheidung fasste diese Rechtsprechung noch einmal zusammen und entwickelte sie entscheidend weiter. Ein durch die Grundrechte errichtetes „Wertesystem“ kam ohne naturrechtliche Grundlagen aus. Die Einwirkung auf das Privatrecht über die Generalklauseln schafften darüber hinaus einen deutlichen Bezug zum zeitgebundenen gesellschaftlichen Kontext: Denn die Interpretation „im Lichte der Bedeutung“ der Grundrechte musste unter Würdigung der konkreten Bedeutung dieser Rechte im Einzelfall erfolgen. Eine Festlegung dieser Bedeutung a priori, die sich aus einer abstrakten Interpretation des Wortlauts oder ei-

Rechtsprechung darlegte. In BVerfGE 7, 231 wies das Gericht die Klage eines ebenfalls von Arndt vertretenen Mieters zurück, der ein „Wahlpropagandaplakat in der Größe 86 x 120 cm“ an der Außenwand seiner Wohnung angebracht hatte und daraufhin von seinem Vermieter auf Unterlassung verklagt worden war. Anders als in „Lüth“ sah das Gericht die Meinungsfreiheit des Mieters nicht verfassungswidrig beeinträchtigt, das Bundesverfassungsgericht war „hier der Überzeugung, daß die privatrechtlichen Gründe des Hauseigentümers überwiegen gegenüber dem Recht des Mieters, an der Hauswand politisch zu demonstrieren“ (FAZ, 1958). Siehe auch Henne, 2006:148.

208. Hierzu etwa Müller, 1967; Faller, 1995.

209. Eine deutliche „Positionsbehauptung“ gegenüber dem BGH sieht Henne (Henne, 2005:218) auch darin, dass das BVerfG die Rechtsprechung des BGH zur Frage des Boykotts gar nicht zur Kenntnis nahm.

ner naturrechlichen Auslegung der Norm qua „Natur der Dinge“ ergab, war unter einer solchen Konzeption nicht länger möglich.

Damit tritt uns auch der Aspekt der „Gründung“ aus dem Urteil deutlich entgegen. Das Urteil hat „die Grundrechtsdogmatik auf ein neues Fundament gestellt und die Rechtspflege insgesamt erheblich verändert“ (Grimm, 2001:204). Ein wichtiges Element dabei war der „antitotalitäre“ Konsens (Henne, 2005:217) unter den neuen demokratischen Eliten, für die das Bundesverfassungsgericht exemplarisch stand und die schon im Beamtenurteil (3.6) zum Ausdruck gekommen war. Es ist plausibel anzunehmen, dass dieser Konsens das Urteil hinsichtlich seiner konkreten Rechtsfolgen beeinflusste: Wie Henne (Henne, 2005:217) argumentiert, kam das BVerfG „zur einzigen politisch tragbaren Lösung und ließ seinen Fall gewinnen, obwohl sein Boykottaufruf um die heutige Diktion zu verwenden, nicht das mildeste Mittel war“.

Der rechtsdogmatische Weg zu dieser Lösung war aber durch keine externen Faktoren vorgezeichnet. Er erklärt sich über die Ambitionen der Richter, aufbauend auf der rechtswissenschaftlichen Debatte eigenständig dogmatische Vorentscheidungen zu treffen und kreative Rechtsfortbildung zu betreiben. Böckenförde (Böckenförde, 1992:160) fasst dies so zusammen:

Grundrechte als Grundsatznormen und ihr daraus fließender objektiv-rechtlicher Gehalt waren unter der Weimarer Verfassung nicht anerkannt und in den Länderverfassungen unmittelbar nach 1945 unbekannt, sie waren auch nicht durch eine Entscheidung des Verfassungsgebers von 1949 vorgegeben, so daß Rechtsprechung und Literatur dies nur zu vollziehen hatten. Sie sind vielmehr das Ergebnis einer Ausdeutung und Qualifizierung der Grundrechte im Zusammenwirken von verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und Staatsrechtslehre. Es handelt sich um eine Entwicklung unter dem Grundgesetz, nicht um eine Vorgabe des Grundgesetzes.

Dass diese Dogmatik die „Deutungsmacht“ (Vorländer) des Gerichts vergrößert, indem sie das Privatrecht konstitutionalisiert und damit der Letztentscheidung des Gerichts unterwirft, war sicherlich keine unintendierte Nebenfolge.

4.2.4.4 Reaktionen

Die Reaktion auf das Urteil war, zumindest was die veröffentlichte Meinung betrifft, überwiegend positiv.²¹⁰ Die deutlichste Kritik an der Rechtsprechung, für die „Lüth“ exemplarisch stand, kam aus der Richtung der konservativen Staatsrechtslehre um Carl Schmitt und seinen Schüler Ernst Forsthoff. Forsthoff veröffentlichte im Jahr nach der Verkündung des Urteils in einer Festschrift für Carl Schmitt einen Aufsatz, in dem er die „Umbildung des Verfas-

210. Siehe Riedlinger, 2005:186 (Fn. 162).

sungsgesetzes“ in deutlichen Worten kritisierte (Forsthoff, 1959).²¹¹ Er wandte sich darin gegen

diejenigen Verfassungswandlungen - oder Interpretationen, die solche anzubahnen scheinen -, die bewußt oder unbewußt, aber erweislich, das Gefüge des Rechtsstaats (jedenfalls das, was man bisher darunter verstanden hat) antasten und verändern. (35-36)

Forsthoff machte darauf aufmerksam, was seiner Meinung nach das spezifisch Rechtliche einer Verfassung sei:

Evidenz und Stabilität, welche die Verfassung mit der Gesetzesform gewinnt [hier verweist Forsthoff auf die Verfassungslehre Carl Schmitts von 1928, C.B.], sind von spezifischer Art. Als Gesetz wird die Verfassung den für die Gesetze geltenden Regeln der Auslegung unterstellt. Damit wird die Verfassung in ihrem Sinne erweisbar und in ihrem Vollzug kontrollierbar. Ihre Stabilität ergibt sich, abgesehen von der Erschwerung der Abänderbarkeit, aus den Grenzen, welche der Gesetzesinterpretation durch ihren Gegenstand gezogen sind. (36)

Nur wenn die Auslegungsergebnisse einigermaßen vorhersehbar sind, ist der Vollzug der Verfassung „kontrollierbar“. Ohne den Terminus zu nennen, verweist Forsthoff hier auf die Funktion des „Hüters“, der notwendig sei, um einen präexistenten Normenbestand (die Verfassung) zu sichern und zu „vollziehen“. Dies ist nur möglich, so Forsthoff, wenn der Gesetzesinterpretation feste Grenzen gezogen sind. Forsthoff distanziert sich zwar von einem „unkritische[n], positivistische[n] Normativismus, der streng darauf beharrte, das Verfassungsgesetz wie jedes andere beliebige Gesetz zu interpretieren“ (37). In kritischer Auseinandersetzung mit dem Werk Rudolf Smends beharrt Forsthoff aber darauf, dass das verfassungsrechtliche „Sinnsystem mit den Mitteln exakter Gesetzesinterpretation“ (38) zu ermitteln sei:

Als normgemäß können nur solche Hypostasierungen gelten, welche im Wortlaut der zu interpretierenden Normen eine Rechtfertigung finden. Die Überwindung des Positivismus ist nicht die Preisgabe der Positivität des Rechts überhaupt. (39)

Dieser Vorstellung laufe aber die Behauptung eines in der Verfassung enthaltenen „Wertsystems“ entgegen. Ein Wertsystem bezeichne eine „geistige Dimension, aber keine solche, die im Bereich juristischer Norminterpretation ihre Stelle haben könnte“ (40). Tatsächlich sei die „geisteswissenschaftliche Methode der Sinnerfassung“, die man zur Konstruktion eines übergreifenden Werte-

211. Forsthoff versichert zwar, es sei „keineswegs die Absicht, diese Entwicklung einer Kritik zu unterziehen, sondern sie geht allein dahin, einen Beitrag zur Analyse des gegenwärtigen Verfassungsrechts zu geben“ (58). Angesichts seiner drastischen Wortwahl („Auflösung des Verfassungsgesetzes“, „Verunsicherung“, „Justizstaat“), ist diese Versicherung kaum glaubhaft.

systems benötige „nirgendwo in das überkommene System der juristischen Hermeneutik eingefügt oder ihm angefügt“ (44).

Nach diesen allgemeinen Ausführungen kommt Forsthoff auf die „Drittwirkung der Grundrechte“ zu sprechen, wobei er auf das Lüth-Urteil nur in einer Fußnote eingeht und vor allem die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und seines Präsidenten Nipperdey kritisiert. Die Drittwirkung sei dem Grundgesetz mit den Mitteln der herkömmlichen Interpretationsmethoden nicht zu entnehmen, sondern sei bloße Behauptung.²¹² Forsthoff konstatiert eine zunehmende „Entformalisierung der Verfassung“ (52) und bezieht sich hier auch auf Max Weber, der diese Entwicklung vorhergesagt habe. Er sieht als „eigentliche[n] Promotor der neuen Auslegungsmethoden“ die Gerichtsbarkeit an und kritisiert deren Anteil an dem zunehmenden Verlust von „Rationalität und Berechenbarkeit“ (36). Nach diesen neuen Auslegungsmethoden „sind diese Entscheidungen nicht in der Verfassung vorgegeben, sondern sie werden von den Organen der Rechtsanwendung, und zwar in erster Linie von den Gerichten, erst getroffen“ (54). Forsthoff kritisiert eine „Verunsicherung“ des Verfassungsrechts, die sich durch den Übergang von allgemeinen Regeln in „Kasuistik“ ergibt (55). Zusammenfassend stellt er fest, dass

das Bundesverfassungsgericht in den Vorstellungen eines dem Verfassungsgesetz unterstellten und seine Innehaltung mit den Mitteln herkömmlicher Rechtsauslegungskunst sichernden Gerichts nicht mehr begriffen werden kann. Das Bundesverfassungsgericht, an der staatlichen Integration auf höchster Ebene als repräsentatives oberstes Bundesorgan teilnehmend, unabtrennbar von den politischen Modalitäten einer solchen Integration, greift über die Institutionsgrenzen eines Gerichts weit hinaus und muß in seiner Singularität begriffen werden. (58)

Für Forsthoff sind die strukturellen Veränderungen des Rechtssystems alarmierend, die für ihn einen „Übergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat“ (59) als empirisch evident erscheinen lassen, sie kommen einer „partiellen Auflösung“ (59) der Verfassung gleich.

Mit der Abschwächung des Verfassungsgesetzes durch das Hervortreten der geisteswissenschaftlich-hierarchischen Methode [...] hat das Verfassungsgesetzesrecht, soweit es davon ergriffen wurde, Formalität, Rationalität und Evidenz in erheblichem

212. Interessanterweise macht Forsthoff an dieser Stelle (45) ein Gedankenexperiment: Wenn er auf einem Wege, „der noch eine gewisse Nähe zu den traditionellen Auslegungsregeln“ hätte, eine Drittwirkung der Grundrechte begründen wollte, würde er den Nachweis führen, dass „angebbare Veränderungen der gesellschaftlichen Struktur neue Schutzbedürftigkeiten des Einzelnen gegenüber der organisierten gesellschaftlichen Macht hervorgerufen haben, daß es dem Sinn einer Verfassung angesichts der veränderten gesellschaftlichen Wirklichkeit entspreche, auch diesen Schutzbedürftigkeiten Genüge zu tun und daß deshalb die Grundrechte in einem neuen Sinn zu interpretieren seien.“ Eine solche Argumentationsweise sei, so Forsthoff, dem Gericht wohl zu einschränkend erschienen.

Umfange eingebüßt. Das bedeutet einen Verlust an stabilisierender Funktion, welche das Verfassungsgesetz an sich seiner Bestimmung nach zu leisten hat. (60)

Der Rechtsstaat sei aber „seinem Wesen nach nicht eine organisierte Gesinnungs- oder Erlebniseinheit“, sondern ein „institutionelles Gefüge“, „ein System rechtstechnischer Kunstgriffe zur Gewährleistung gesetzlicher Freiheit“ (61). Diese tradierte Vorstellung des Rechtsstaats ginge aber durch die neue Auslegung der Verfassung unwiederbringlich verloren.

Wie auch immer man zur (rechts-)politischen Motivation von Forsthoffs Kritik steht: die Analyse, die er vornimmt, ist luzide. Sie war für die zeitgenössischen Befürworter einer aktiven Rolle des Verfassungsgerichts schwer von der Hand zu weisen, zumal sie das frühere „Rechtsdenken“ noch direkt vor Augen hatten. Ein in der Verfassung enthaltenes, aber ungeschriebenes „Wertesystem“ war der juristischen Kontrolle nicht zugänglich. Eine „Drittwirkung“ der Grundrechte konnte behauptet und geglaubt werden, sie zu formulieren war aber mit einer „Hüterrolle“ schwer vereinbar. Die richterliche Rechtsschöpfung konnte man bejahen oder (wie Forsthoff) ablehnen, sie veränderte grundlegend die Rolle des Gerichts im Rechtssystem. Es ist bezeichnend, dass Forsthoff überhaupt nicht auf die demokratietheoretischen Probleme eingeht, die Carl Schmitt selbst in seiner Auseinandersetzung mit Kelsen thematisiert hatte (Schmitt, 1985 [1929]). Forsthoff war eher über das besorgt, was Schlink (1989) später die „Entthronung der Staatsrechtswissenschaft“ genannt hat - den Kontrollverlust, den die Rechtswissenschaft dadurch erlitt, dass die Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts viel stärker durch Kasuistik und kreative Rechtsprechung geprägt wurde als durch das formale und abstrakte Systemdenken der Staatsrechtler.²¹³

4.2.4.5 Folgen

Die direkten Rechtsfolgen der Lüth-Entscheidung waren relativ gering. 1958 hatte sich die Debatte um Harlan weitgehend erledigt. Der Film „Unsterbliche Geliebte“, gegen dessen Besuch Lüth aufgerufen hatte, wurde schon lange nicht mehr gezeigt. Damit war die konkrete Gefahr einer Geldstrafe wegen sittenwidrigen Boykottaufrufs gegen diesen Film ohnehin nicht mehr gegeben. Selbstverständlich war die Präcedenzwirkung enorm: Auch in ähnlich gelagerten Fällen konnten durch die Vergangenheit belastete Akteure nicht mehr auf das Privatrecht hoffen, um sich gegen öffentlich erhobene Kritik zu wehren. Aber am wichtigsten war die symbolische Wirkung, die den Hintergrund des zu erreichenden Ergebnisses bildeten: Auch das Recht des neuen, demokratischen Deutschlands hatte eine materielle Grundlage. Eine rein formale Auslegung, die

213. Siehe auch McWhinney, 1961:10, der den Widerstand der konservativen Staatsrechtslehre mit dem drohenden Verlust ihrer Deutungsautorität erklärt.

im vorliegenden Fall zur Erfolg von Harlan geführt hätte, musste zurückgewiesen werden. Wie Riedlinger (2005:185) darlegt, hatte der erste Senat

im Fall Lüth ein Grundsatzurteil zu den Grundrechten und der Bedeutung der Meinungsfreiheit gefällt, sich zugleich aber auch nochmals ausführlich mit den Diskussionen der frühen 1950er Jahre um Veit Harlan auseinandergesetzt. Und auch wenn sich die Richter formal auf die Prüfung der Frage beschränkten, ob Lüths Aufruf zulässig gewesen war, so ließ die Entscheidung deutlich erkennen, daß auch die Verfassungsrichter einem allzu sorglosen Umgang mit dem Nationalsozialismus und seinen Hinterlassenschaften kritisch gegenüberstanden. Mit dieser Haltung, die bereits in früheren Entscheidungen deutlich zum Ausdruck gekommen war, stand das Bundesverfassungsgericht auch am Ende 1950er Jahre noch im Gegensatz zum größten Teil der bundesdeutschen Justiz.

Die Folgen für die normative Ordnung der Bundesrepublik waren aber noch viel größer als der „Erziehungseffekt“, den die höchstrichterliche Rechtsprechung auf die Instanzgerichte haben sollte. Von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt, hatte das Bundesverfassungsgericht eine – von Forsthoff erkannte – und gar nicht so „sanfte“ Revolution angestoßen. Sollte das Gericht bei der eingeschlagenen Richtung bleiben (was Ende der 1950er Jahre noch nicht sicher sein konnte), war der Konstitutionalisierung aller, bisher dogmatisch autonomen Rechtsgebiete Tor und Tür geöffnet. Die notwendige Vorarbeit hierfür hatte das Gericht im Elfes-Urteil geleistet, in dem es über die allgemeine Handlungsfreiheit einen lückenlosen Grundrechtsschutz etabliert hatte. Damit einhergehend erfolgte eine Verschiebung von Interpretationsmacht von den Instanzgerichten hin zum Verfassungsgericht (Grimm, 2001:204).²¹⁴

Nach Grimm (2001:307) lässt sich die Bedeutung des Urteils erst ermessen,

wenn man berücksichtigt, daß der Einfluß der Grundrechte zuvor an der Gesetzesprüfung geendet hatte. Die Auslegung und Anwendung eines verfassungsmäßigen Gesetzes lag, auch wenn sie einen Grundrechtseingriff zur Folge hatte, außerhalb der grundrechtlichen Reichweite.

Das Urteil stieß, wie ich gezeigt habe, bei den gesellschaftlich einflussreichsten Gruppen auf Zustimmung oder zumindest Indifferenz. Kritik, wie sie etwa von Forsthoff geäußert wurde, konnte keine relevanten Gegenkräfte erzeugen. Dass die gewählte Argumentation allerdings sehr zeitabhängig war und auf Dauer der Kritik²¹⁵ nicht standhalten konnte, betont Wahl (2005:380):

214. Die Bedeutung dieser Weichenstellung lässt sich Grimm zufolge auch empirisch am Vergleich mit Österreich zeigen: „Da dort der Verfassungsgerichtshof nicht die Rechtsprechung der Fachgerichte auf Verfassungsverstöße überprüfen kann, sind diese auch weit weniger von den grundrechtlichen Anforderungen durchdrungen, als das in Deutschland der Fall ist“. (Grimm, 2001:204)

215. Siehe hierzu auch Böckenförde, 1976:67 ff.

Der Rekurs auf die Werteordnung war philosophisch schon zu Beginn fragwürdig und umstritten. [...] Die Durchschlagskraft der zeitgenössischen Grundströmung beförderte auch den verfassungsrechtlichen „Ableger“, zumal auch die Sprache des Lüth-Urteils den Nerv der Zeit traf. [...] Bald wurde – Konrad Hesse war führend – nur noch von den Grundrechten als Elementen objektiver Ordnung gesprochen oder von der objektiven Dimension.

Wahl macht aber auch auf die demokratietheoretische Problematik der Lüth-Rechtsprechung aufmerksam: Wenn nach diesem Verständnis „Gesetzesrecht ganz überwiegend grundrechtsgeleitet ist“, verbleibt dann dem Gesetzesrecht überhaupt noch eine Eigenständigkeit? Wie er feststellt, ist die durchgehende Abhängigkeit des Gesetzes von gerichtlich entwickelten Grundrechten vom „Konzept einer Parlamentsouveränität, wie es in Frankreich und dem Vereinigten Königreich jahrhundertlang gedacht wurde und auch heute noch als Ausgangspunkt aller Überlegungen gilt, [...] denkbar weit entfernt“ (382).

4.2.4.6 Zusammenfassung

Das Lüth-Urteil steht in dieser Arbeit als ein Beispiel dafür, wie weit sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Frühzeit als aktiver Gestalter der Rechtsordnung betätigt hat und damit die Bundesrepublik in der Form, wie sie jetzt besteht, mit „begründet“ hat. Die im Urteil enthaltene Dogmatik war Wahl (2005:373) zufolge die „spektakulärste Neuerung des deutschen Staatsrechts nach 1945“ und eine „juristische Entdeckung“ ersten Ranges. Mit „Entdeckung“ ist aber eben nicht gemeint, dass, wie in den Naturwissenschaften, eine präexistierende „Wahrheit“ durch die Anwendung wissenschaftlicher Mittel ans Licht geholt wurde. Im Gegenteil erklärt sich die Entwicklung der Werterechtsprechung aus dem konkreten Kontext: Einerseits führt die überkommene juristische Methodik zu Ergebnissen, andererseits suchen die Richter am Bundesverfassungsgericht nach Wegen, die eigene Deutungsmacht zu vergrößern, um die Gesellschaft in einer von ihnen als wünschenswert gehaltenen Richtung mit zu gestalten.

Dass dieses Projekt Bestand haben sollte, war noch nicht abzusehen. Der Verlierer des Rechtsstreits, Harlan, verfügte zum Zeitpunkt des Urteils über keine politische oder gesellschaftliche Verbündeten mehr, die dem Gericht hätten gefährlich werden können. Das Urteil berührte keine zentralen politischen Interessen der Regierung. Es ist unklar, ob das Urteil international Aufmerksamkeit fand. Jedenfalls wäre ein Sieg Harlans im Ausland wesentlich schwerer vermittelbar gewesen als das Votum für die Meinungsfreiheit, das dieses Urteil darstellte. Während bestimmte Teile der juristischen Fachöffentlichkeit das Urteil als Affront wahrnehmen mussten, hatte die Regierung Adenauer keinen Grund, das Gericht als Bedrohung zu betrachten.

4.2.5 Das Gericht als Hüter der föderalen Ordnung: Die Entscheidung zum „Deutschlandfernsehen“ (1961)

Die Rolle des „Hüters im engeren Sinne“, die ich im dritten Kapitel behandelt habe, lässt sich in der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wohl am deutlichsten an einem Fall demonstrieren, der am Ende des Untersuchungszeitraums dieser Arbeit liegt: die Entscheidung zum „Deutschlandfernsehen“ (1961). Die Entscheidung²¹⁶ des Verfassungsgerichts zum Projekt der Regierung Adenauer im Jahre 1960, einen eigenen Fernsehsender (das „Deutschlandfernsehen“) einzurichten, reagierte auf einen Antrag Hamburgs, dem sich Hessen, Niedersachsen und Bremen angeschlossen hatten.²¹⁷ Das verfassungsrechtliche Problem war, dass das Grundgesetz die Zuständigkeit für Kultur und Medien den Ländern zugeordnet hatte. Dies ergibt sich aus den Artikeln 30 und 70, die bestimmen, dass die Gesetzgebung grundsätzlich Ländersache ist, soweit das Grundgesetz nicht ausdrücklich ein Regelungsgebiet dem Bund zuweist. Art. 73 Abs. 7 ordnet zwar „das Postwesen und die Telekommunikation“ dem Bund zu. Darauf berief sich die Bundesregierung. Sie brachte vor, Art. 73 Nr. 7 GG dazu ermächtige, „den Rundfunk als Ganzes zu regeln“. Der Bund sei „insbesondere auch zuständig zu einer Regelung, die der Sicherung der aus Art. 5 GG folgenden Grundsätze diene.“ Überdies sei der Bund kraft der „Natur der Sache“ befugt, da die „Errichtung von Sendeanlagen [...] zum Aufgabenbereich der Bundespost“ gehöre (BVerfGE 12, 218). Nach Ansicht der Kläger widersprachen diese Argumente der grundgesetzlichen Regelung in sehr offensichtlicher Weise. Sie machten darauf aufmerksam, dass „Telekommunikation“ nicht das selbe ist wie „Rundfunk“: zum in Art. 73 Nr. 77 GG geregelten „Post- und Fernmeldewesen“ gehöre „lediglich die Technik der Programmübermittlung, nicht aber die Organisation der Sendeträger und die Gestaltung der Programme“ (ebd.).

Das Bundesverfassungsgericht schloss sich der Meinung der Kläger an. Die Entscheidung des zweiten als „regierungsnah“ geltenden²¹⁸ Senats fand deutliche Worte:

Die Auslegung, die die Bundesregierung Art. 73 Nr. 7 GG gibt, ist unrichtig. Das „Post- und Fernmeldewesen“ umfaßt nur den sendetechnischen Bereich des Rundfunks unter Ausschluß der sogenannten Studioteknik, nicht aber den Rundfunk als Ganzes. Art. 73 Nr. 7 GG gibt dem Bund insbesondere nicht die Befugnis, die Organisation der Veranstaltung und die innere Organisation der Veranstalter von Rundfunksendungen zu regeln oder Vorschriften in bezug auf die Sendungen zu erlassen. (225)

216. BVerfGE 12, 205. Die Entscheidung gegen das „Deutschlandfernsehen“ ist nur ein Teil dieser Entscheidung.

217. Einzelheiten zum Folgenden bei Müller-Terpitz, 2000a.

218. Vgl. Müller-Terpitz, 2000a:126.

Die rechtliche Gestaltung der nach Art. 5 GG zu gewährleisten „Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film“ falle „sowohl in materielle rechtlicher als auch in organisatorischer Hinsicht“ in die Gesetzgebungskompetenz der Länder und könne nur ausnahmsweise im Rundfunkbereich tätig werden (z.B. im Fall der „Deutschen Welle“). Das Grundgesetz gehe vom „Grundsatz der Länderkompetenz“ aus:

Der Bund hat Gesetzgebungsbefugnisse nur, soweit das Grundgesetz sie ihm verleiht (Art. 70 Abs. 1 GG). In der Regel können daher Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes nur auf eine ausdrückliche Verleihung durch das Grundgesetz gestützt werden. Bei Zweifeln über die Zuständigkeit des Bundes spricht keine Vermutung zugunsten einer Bundeskompetenz. Die Systematik des Grundgesetzes fordert vielmehr eine strikte Interpretation der Art. 73 ff. GG. (228-229)

Auch stehe dem Bund keine weitergehenden Gesetzgebungsbefugnisse „kraft Sachzusammenhangs“ zu (237), auch nicht aus Art. 55 GG (242). Insgesamt sei keine Zuständigkeit „kraft Natur der Sache“ gegeben.

Die Bundesregierung hatte die Gründung einer GmbH, die das Deutschlandfernsehen durchführen sollte, zusätzlich mit dem Argument verteidigt, die „Veranstaltung von Rundfunksendungen sei keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung“ und sei daher von Art. 30 GG gar nicht erfasst. Auch diese Deutung wies das Gericht zurück, allerdings nicht, wie man erwarten könnte, unter Hinweis darauf, dass die Regierung offensichtlich versuchte, eine Maßnahme der verfassungsrechtlichen Überprüfung zu entziehen, indem sie ins Privatrecht auswich. Das Gericht unterzog die Frage einer detaillierten rechtshistorischen Untersuchung, um zum Ergebnis zu kommen, dass die Veranstaltung von Rundfunksendungen „nach der deutschen Rechtsentwicklung eine öffentliche Aufgabe“ sei. Wenn sich der Staat mit dieser Aufgabe in irgendeiner Form befasse, werde diese

zu einer „staatlichen Aufgabe“, deren Erfüllung nach Art. 30 GG Sache der Länder ist, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung getroffen oder zugelassen hat. Für die Veranstaltung von Rundfunksendungen hat das Grundgesetz keine andere Regelung zugunsten des Bundes getroffen oder zugelassen [...]. (243)

Insgesamt lässt sich einigermaßen plausibel zeigen, dass im vorliegenden Fall das Gericht die Funktion des „Hüters der Verfassung“ wahrnimmt. Die Verfassung hatte die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern klar geregelt. Sicherlich wäre es einer weniger selbstbewussten Senatsmehrheit möglich gewesen, juristisch nicht vollkommen unplausibel das Argument der Regierung, dass ihr die Regelung des Fernsehens, „kraft Natur der Sache“ zustehe, zu übernehmen und damit eine implizite Verfassungsänderung durchzuführen. Schließlich unterstützten die Gutachten von drei namhaften Staatsrechtlern²¹⁹ die Position der Bundesregierung.

Das zeigt sich auch darin, dass die Richter keine Scheu hatten, in anderer Hinsicht das Verfassungsrecht „fortzubilden“. Zum einen entwickelten sie das ungeschriebene Prinzip der „Bundestreue“ weiter. In früheren Urteilen²²⁰ hatte das Gericht entschieden, dass dieses aus dem Bundesstaat abgeleitete Verfassungsprinzip die Länder zu „bundesfreundlichem Verhalten“ verpflichtete. Jetzt argumentierte der zweite Senat, dass dieses Prinzip auch umgekehrt gelte: Die Regierung habe mit der Gründung der Fernseh-GmbH „gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens“ verstoßen. Diese Aussage lässt sich sicherlich auch als ein „Hüten“ deuten, wenn man davon ausgeht, dass das Prinzip der Bundestreue zu diesem Zeitpunkt in dieser Interpretation bereits Teil der Verfassung gewesen ist. So schrieb etwa der Spiegel kurz nach der Entscheidung, die Regierung hätte ihre Niederlage voraussehen können. Mit den früheren Urteilen, war, so der Kommentar,

die sogenannte Bundestreue als überpositiver Verfassungsgrundsatz artikuliert: Hätten des Kanzlers Leibjuristen die [...] Urteile gründlich gelesen, so wäre ihrem Chef das Fernseh-Finale erspart geblieben. (Spiegel, 1961)

Als Gestalter der Verfassungsordnung erscheint das Gericht aber vor allem im letzten Teil des „Fernseh-Urteils“, das sich mit der Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 sowie mit dem Begriff und Wesen der öffentlichen Meinung beschäftigt. Darin legt das Gericht fest, dass es der Verfassungsgarantie aus Art. 5 widerspreche, „die Presse oder einen Teil von ihr unmittelbar oder mittelbar von Staats wegen zu reglementieren oder zu steuern“ (BVerfGE 12, 260). Die Struktur der Landesrundfunkanstalten sei derart, dass ein „Mindestmaß von inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung“ gewährleistet sei, nämlich dadurch, dass diese nicht unmittelbar dem Staat unterworfen seien und dadurch, dass die unterschiedlichsten gesellschaftlichen Gruppen bei der Programmgestaltung mitwirkten. Wie genau diese Struktur aussähe, sei von Art. 5 nicht geregelt, aber immerhin sei verfassungsrechtlich geboten, dass diese Struktur durch ein Gesetz festgelegt werden müsse. Die von der Regierung etablierte Fernsehanstalt sei weder gesetzlich geregelt noch verfüge sie über eine organisatorische Struktur, die den durch Art. 5 gebotenen Prinzipien genüge (262-263).

In einem Aufsatz zum „Fernseh-Urteil“ von 1962 beklagt Adolf Arndt, die Presse habe das Urteil vor allem als Bund-Länder-Streit dargestellt, in dem die Länder über den Bund obsiegten (Arndt, 1962:11). Dies entspricht der Deutung der Rolle des Verfassungsgerichts als Hüter der Organisationsprinzipien der

219. Ulrich Scheuner, Hans Schneider und Hans Spanner.

220. In den Entscheidungen zur Volksbefragung gegen die Aufstellung von Atomwaffen in Hessen von 1958 (BVerfGE 8, 122, 138) und zum Ländnerfinanzausgleich aus dem Jahr 1952 (BVerfGE 1, 299, 315).

Verfassung und als Schiedsrichter in föderalen Konflikten. Für ihn war aber das eigentlich Neue an diesem Urteil, dass das Verfassungsgericht im Wege „seiner Verfassungsinterpretation mit der Methode des Problemdenkens“ den Begriff der Meinungsfreiheit für die neuen Verhältnisse der anbrechenden zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts gefunden habe, in der die Manipulation der öffentlichen Meinung durch technische Hilfsmittel einfacher möglich sei, als je zuvor (ebd.: 13).

Die Reaktion Adenauers auf den „Backenstreich“²²¹ aus Karlsruhe ist aufschlussreich für die Position, die das Verfassungsgericht Anfang der 1960er Jahre besaß. So äußerte er sich zunächst äußerst kritisch („Das Kabinett war sich darin einig, daß das Urteil des BVerfG falsch ist, meine Damen und Herren“), um dann zu versichern, dass das Urteil „den Gesetzen entsprechend beachtet werden“ müsse (zit. in Müller-Terpitz, 2000a:122). Dieses Urteil ist ein gutes Fallbeispiel, um die Frage zu diskutieren, warum Verfassungsgerichtsurteilen Folge geleistet wird. Das Bundesverfassungsgericht musste einen rechtlich relativ eindeutigen Fall gegen eine starke Regierung durchsetzen, die zunächst nicht gewillt war, sich vom Bundesverfassungsgericht an ihren Plänen hindern zu lassen. Vanberg (2004) hat auf der Grundlage der Rational-Choice-Theorie argumentiert, dass die Regierung am Ende aus wahltaktischen Gründen und unter dem Druck der Öffentlichkeit nachgab. Fragen der richterlichen Autorität spielen in diesem Modell keine Rolle. Tatsächlich aber kann man nicht dabei stehen bleiben, als Akteure nur Regierung, Parlament und Wahlvolk in den Blick zu nehmen. Wie Frieder Günther (2004) gezeigt hat, tobte in der Staatsrechtswissenschaft der damaligen Zeit der Kampf um die Frage, ob die Theorie der „justizfreien“ Hoheitsakte, die durch die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht angreifbar waren, weiter Anwendung finden sollte. Dieser Auffassung nach, die sich z.T. auf die amerikanische „political questions doctrine“ berief, hätte es aber dem Verfassungsgericht gar nicht zugestanden, in bestimmten Bereichen der Regierungstätigkeit als „Hüter“ einzugreifen. Allerdings wurde diese Ansicht angesichts der unbestreitbar politischen Fragen, die dem Bundesverfassungsgericht von der SPD-Opposition vorgelegt wurden (Wiederbewaffnung, Saar-Statut, KPD-Verbot) immer unplausibler. Dies hatte Auswirkungen auf die Staatsrechtswissenschaft, deren Vertreter durch Gutachten für beide Seiten der Verfassungsstreitigkeiten Einfluss auf die Regierungspolitik nahmen. Der Grund, warum Adenauer dem „Fernseh-Urteil“ keinen weiteren Widerstand leistete, war sicherlich auch, aber nicht allein nur seiner Befürchtung geschuldet, die nächsten Wahlen zu verlieren. Wahrscheinlicher ist, dass die Regierung bzw. diejenigen Juristen, die Adenauer berieten, die Verfassung, wie sie vom BVerfG definiert wurde, nicht offen brechen wollten. Obwohl ihm Gutachten bedeutender Staatsrechtler zur Seite standen, war die Verletzung der

221. So wohl aus der Presse zitiert bei Müller-Terpitz, 2000a:122.

Verfassung in dem vorliegenden Fall viel zu offensichtlich, um das Vorhaben weiter zu verfolgen. Auch wenn er die Deutung der Verfassung – die auch noch vom „schwarzen“ Senat kam, politisch ablehnte, hatte Adenauer die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit zu diesem Zeitpunkt bereits akzeptiert.

4.3 Zusammenfassung und Rollenanalyse

Wie wir gesehen haben, hat das Bundesverfassungsgericht in der Gründerjahre der Bundesrepublik sehr unterschiedliche Rollen gespielt. Im „Südweststaatsfall“ erscheint das Gericht als Schiedsrichter in föderalen Streitigkeiten, der als unparteiischer Dritter entscheiden soll, und dessen Entscheidung durchaus Rücksicht auf die aktuellen Machtverhältnisse zeigen kann, ohne dass dies seinem Ansehen schadet. Weil es das entscheidende Gesetz (über den Volkentscheid) aufrecht erhält, kann es gefahrlos das zweite (über die verlängerte Legislaturperiode) als verfassungswidrig erklären und seine Letztentscheidungskompetenz demonstrieren.

Im „Statusstreit“ geht es dann ganz konkret um die Rolle, die das Gericht im politischen System spielen soll. Statusbericht und Denkschrift nennen zwar den Anspruch des Gerichts, „Hüter der Verfassung“ zu sein, tatsächlich aber geht es um den Status des Gerichts als den höchsten repräsentativen Staatsinstitutionen gleichgeordnetes „Verfassungsorgan“. Die „integrierende“ Funktion des Gerichts ersetzt im Statusbericht eine tiefere Auseinandersetzung mit dem Zusammenhang zwischen Rolle und Funktion des Gerichts und juristischer Methodik. Obwohl Kelsens ursprüngliche Konzeption bereits Gedanken zur Rolle des Gerichts bei der Lösung von politischen und gesellschaftlichen Konflikten enthält, bezieht sich der Statusbericht nicht darauf.

Im „Kampf um die Wiederbewaffnung“ stellte die Entscheidungskompetenz des Gerichts eine Bedrohung eines zentralen Politikzieles der Regierung Adenauer dar. Die Verfassung gab zur Frage keine eindeutige Antwort, eine Schlichtung war in der Sache nicht möglich. Es ist müßig, darüber zu spekulieren, welche Entscheidung das Gericht getroffen hätte, wenn sich der Verfassungskonflikt nicht durch die Neuwahlen 1953 und die Ablehnung des EVG-Vertrags im französischen Parlament erledigt hätte. Sicher ist aber, dass das Gericht versucht hat, einer Entscheidung aus dem Weg zu gehen, da es bei der Entscheidung nur verlieren konnte. Das Verhalten der Streitparteien gab dem Gericht allerdings eine Vorlage, die eigene Unabhängigkeit beweisen zu können: Es wies die Anträge der SPD genauso zurück wie diejenigen der Regierungsfractionen. Gleichzeitig ließ das Gericht sich im Fall des vom Bundespräsidenten beantragten Gutachtens nicht das Heft aus der Hand nehmen. Auf prozessualer Ebene konnte es seine Deutungshoheit beweisen, die auf materieller Ebene potentiell schwere Konsequenzen gehabt hätte.

In „Lüth“ zeigt das Gericht, dass es willens und in der Lage war, die normative Ordnung zu ändern (und damit durch implizite Verfassungsänderung die politische Gemeinschaft neu zu gründen), sofern die Rahmenbedingungen günstig waren. Ende der 1950er Jahre war die Einführung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zwar nicht selbstverständlich. Sie konnte aber geschehen, ohne dass das Gericht negative Konsequenzen befürchten musste: Die Kontroverse über Harlan war vorbei. Ein Urteil, das in der Sache gegen Harlan entschied, war im Interesse des überwiegenden Teils der politischen Elite. Dogmatisch vertrat das Gericht eine Mittelposition zwischen der alten Auffassung, die eine Wirkung der Grundrechte kategorisch ausschloss und derjenigen etwa des Bundesarbeitsgerichts, die eine unmittelbare Wirkung annahm. Die unmittelbaren Konsequenzen der dogmatischen Argumentation waren für politische Akteure ohnehin nicht leicht abzusehen.

Was kann nun aus den Fallstudien für die Untersuchungsfrage geschlossen werden? Zunächst bestätigt sich, dass zwischen Selbstzuschreibung und zugeschriebener funktionaler Rolle erhebliche Unterschiede bestehen. Das Gericht nimmt lediglich den Begriff des „Hüters der Verfassung“ vor allem in den Schriften zum Statusstreit auf, ohne ihn jedoch besonders zu akzentuieren oder zu definieren. Viel wichtiger ist dem Gericht der Begriff des „Verfassungsorgans“, mit dem das Gericht anzeigt, dass es eine höhere Autorität beansprucht als etwa der Bundesgerichtshof und sich auf Augenhöhe zu Bundesregierung, Parlament und Präsident stellt. Hinsichtlich seiner tatsächlichen funktionalen Rolle im Staatsgefüge ergibt sich daraus kaum etwas, zumal der Statusbericht behauptet, dass das Gericht kein Recht erschafft, sondern Konflikte „nach dem Recht“ entscheidet. Seine Rolle als Gestalter wird geleugnet. Dies ist verständlich, denn ein solcher Anspruch wäre auf Unverständnis gestoßen und hätte die Position des Gerichts geschwächt. Auch die Rolle als Schiedsrichter nimmt das Gericht nicht explizit für sich in Anspruch. Im „Streit um die Wiederbewaffnung“ lehnt es diese Rolle sogar explizit ab.

Gleichzeitig wird deutlich, dass die Rollen des Hüters, Schiedsrichters und Gründers in unterschiedlicher Zusammensetzung in jedem der Fälle auffindbar sind und die Ergebnisse der Rechtsprechung prägen. Im Folgenden werde ich die Rollen noch einmal einzeln analysieren und fragen, inwieweit sie auch für andere Fälle während oder nach der in dieser Arbeit untersuchten Periode angewendet werden können.

4.3.1 Hüter

Der Aspekt des Hüters und Schützens der Verfassung war in den Debatten der 1950er Jahre immer präsent. Das Verfassungsgericht verwendete den Begriff „Hüter der Verfassung“ in seinen Urteilen nur sparsam.²²² In einem Urteil vom März 1952 (BVerfGE 1, 184) etwa sprach es vom „Hüter der Verfassung“ im Zusammenhang mit der Begründung, warum es eine Polizeiverordnung nicht

überprüfen könne. Das Gericht habe darüber zu wachen, dass „das Grundgesetz weder formell noch sachlich durch Rechtsvorschriften des Bundes oder der Länder verletzt und andererseits die sich aus der bundesstaatlichen Struktur ergebende Gefahr vermieden wird, daß sonstiges Recht des Bundes durch Landesrecht beeinträchtigt wird“. Eine Polizeiverordnung sei aber kein „Gesetz“ und unterfalle deshalb nicht der verfassungsrichterlichen Überprüfung.

Darüber hinaus ist nicht ganz einfach, neben dem „Fernsehurteil“ kontroverse Fälle zu finden, in denen das Gericht in dem hier gebrauchten Sinne des Hüters agierte und in empirisch überzeugendem Maße relativ reine „Rechtsanwendung“ betrieben hat. Wie in Kapitel 2 argumentiert, liegt dies an der Verbindung zwischen dem Verhalten der politischen Institutionen und der Art der daraus resultierenden Verletzungen des Verfassungsrechts. Der „Hüter“ kommt vor allem bei offensichtlichen Verletzungen der Verfassung zum Tragen. Die Regierung Adenauer verhielt sich aber im großen und ganzen im engeren Sinne „rechtsstaatlich“: Sie war bemüht, die Bestimmungen des Grundgesetzes zu beachten. Dabei versuchte sie – genau wie die Opposition – die Normen der Verfassung in ihrem Sinne zu deuten. Um diese Deutungen wurden dann gerungen. Dies unterscheidet das politische Regime der 1950er Jahre von anderen Regimen, in denen die politischen Machthaber die Deutungsmacht nicht abgeben oder sich offen so verhalten, dass die „Bedeutung“ der Verfassung letztlich nicht relevant ist und nur die Durchsetzung der eigenen Politikziele zählt.

4.3.2 Schiedsrichter

Herrmann Höpker-Aschoff, der erste Präsident des Verfassungsgerichts, hat die Rolle des Gerichts als Schiedsrichter in politischen Machtkämpfen zumindest in der Öffentlichkeit explizit abgelehnt. Die Ansichten Höpker-Aschoffs in dieser Frage wurden sicherlich nicht von allen Richtern geteilt. So hat etwa Willi Geiger „in den Verfassungsgerichten unverhohlenen Mitgestalter des politischen Prozesses erblickt“, wie Hans-Peter Schneider (Schneider, 1987:295) formuliert. In einer Publikation zum „Selbstverständnis des Bundesverfassungsgericht(s)“ (Geiger, 1979:9) weist Geiger dem Gericht eine „in den politischen Raum hineinwirkende ‚Befriedungsfunktion‘“ als „politische Aufgabe“ zu, weil sich „der Rechtsstreit [...] nicht vom politischen Konflikt, der den Rechtsstreit ausgelöst hat, ablösen und isolieren“ lasse. Daraus folgt aus seiner Sicht für die Funktion der Verfassungsrechtsprechung: „Die politische Kontroverse wird nach dem Maße des Rechts durch den unparteiischen Dritten geschlichtet“. Auch der zweite Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Josef Wintrich, hat darauf hingewiesen, dass „Richten“ nicht notwendig heiße, „zwischen zwei ge-

222. In den ersten Bänden taucht der Begriff nur in BVerfGE 1, 184 (Normenkontrolle I), BVerfGE 2, 124 (Normenkontrolle II) und BVerfGE 1, 396 (Deutschlandvertrag) auf.

gensätzlichen Rechtsbehauptungen (zu) entscheiden, sondern allgemeiner: einen Sachverhalt an einem bestimmten Maßstab, nämlich einer Rechtsnorm (zu) messen“ (zit. in Schneider, 1987:305).

Dass auch die zeitgenössischen Beobachter die ausgleichende Rolle des Gerichts beobachteten, zeigt ein Rückblick des „Spiegel“ im Jahr 1961, der unter anderem die „Reichskonkordats“-Entscheidung des Gerichts von 1957 (BVerfGE 6, 309) diskutierte. Hierbei ging es um die Frage, ob ein Vertrag zwischen dem Vatikan und dem nationalsozialistischen Deutschland noch Bestand habe, mit dem die Existenz von Bekenntnisschulen garantiert worden war. In diesem hätte sich das Gericht, freilich „unter kunstvoller Schonung aller beteiligten Interessen, wieder auf das Feld der deutschen Außenpolitik drängen“ lassen: So habe der zweite Senat (unter Vizepräsident Katz) zugunsten Bonns dekretiert,

daß die Schulbestimmungen des Reichskonkordats, „sofern sie beim Inkrafttreten des Grundgesetzes noch galten, inkraft bleiben“, aber zugunsten von Niedersachsen, Hessen und Bremen, daß „einer Pflicht der Länder ... die Schulbestimmungen des Reichskonkordats ... zu beachten, Grundentscheidungen des Grundgesetzes entgegen“ ständen. Der Katz-Senat war der ihm abgeforderten außenpolitischen Entscheidung durch ein salomonisches Sowohl-als-auch nachgekommen. (Spiegel, 1961)

Dieses Muster richterlichen Verhaltens ist auch für die späteren Jahrzehnte nachweisbar. Hans-Peter Schneider (1987) hat die Schiedsrichter- und Schlichterfunktion des Bundesverfassungsgerichts vor allem in den 1970er und 1980er Jahren untersucht. Er kommt zum Ergebnis, dass viele wichtige Entscheidungen dadurch geprägt sind, dass nicht eine schlüssige juristische Begründung im Vordergrund der Urteile stand, sondern das Bemühen des Gerichts, den hinter dem Fall stehenden sozialen oder politischen Konflikt zu entschärfen. So bekamen im „Hochschulurteil“ von 1973 (BVerfGE 35,79-170) im Ergebnis „die Beschwerdeführer nur zur Hälfte Recht“. Wie das Gericht allerdings seine Lösung unmittelbar aus dem schlichten Verfassungssatz „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“ ableitete, bleibe „indes unerfindlich und wird auch in der Entscheidung selbst nicht näher begründet“ (Schneider 1987:300). Das Ergebnis des Urteils sei, so Schneider, „sachlich kaum rational zu rechtfertigen“ und finde seine Erklärung und innere Legitimation „letztlich in dem Umstand, daß die Entscheidung insgesamt von dem Bemühen des Gerichts gekennzeichnet ist, ausgleichend zu wirken und auseinander strebende politische Kräfte wieder zusammenzuführen“ (ebd.: 301).

Ähnliches stellt er für den „Grundlagenvertrag“ (BVerfGE 36, 1) fest, dessen Begründung aus heutiger Sicht geradezu „absurd“ wirke. Im Ergebnis hätte das Urteil aber ausgleichend gewirkt, weil die sozialliberale Bundesregierung zwar formell obsiegt, gleichzeitig aber auch die deutschlandpolitischen Vorstellungen und Ziele der Opposition „zu geltendem Verfassungsrecht“ erklärt wurden:

Auch hier hing die Akzeptanz der Entscheidung nicht von einer plausiblen oder zumindest konsistenten Begründung ab, sondern von der Verständigung des Senats auf

eine vermittelnde Position, mit der sich beide Seiten abfinden, ja sogar als Sieger fühlen konnten. (Schneider 1987:301)

Auch das Urteil zum Schwangerschaftsabbruch von 1975 (BVerfGE 39, 1) interpretiert Schneider als „Schiedsspruch“. Einerseits erzwang diese Entscheidung weitgehend „die Rückkehr zum früheren Rechtszustand [...] und bedeutete damit eine schwere Niederlage der sozial-liberalen Reformpolitik jener Zeit“ (Schneider 1987:301). Aber:

Was in diesem Fall die Entscheidung des Gerichts überhaupt erträglich erscheinen ließ und ihr selbst bei den schärfsten Kritikern noch ein Minimum an Respekt und Akzeptanz sicherte, war hier allein die abweichende Meinung der Richterin Rupp-v. Brünneck und des Richters Simon. In deren Minderheitsvotum [...] waren sämtliche Argumente der Befürworter des Reformgesetzes aufgenommen und zu einer in sich schlüssigen, mindestens gleichermaßen überzeugenden Gegenansicht verarbeitet. (Ebd.)

Die „befriedende“ Wirkung der Mindermeinung liegt für Schneider darin, dass „gerade jene zutreffende Kritik der Minderheit ihrerseits eine Schlichtungswirkung entfaltet und nicht nur die Bereitschaft zur Akzeptanz, sondern auch die Legitimität des umstrittenen Urteils erhöht, weil damit zugleich Hoffnungen auf die künftige Möglichkeit einer Rechtsprechungsänderung (overruling) geweckt“ werden (303).

Hier finden sich Ähnlichkeiten zum „Spiegel“-Fall von 1966 (BVerfGE 20, 162). Geklagt hatten in diesem Fall Redakteure des Spiegel gegen scharfe Ermittlungsmaßnahmen und Freiheitsentziehungen auf der Grundlage des Vorwurfs des Landesverrats, der sich später als unhaltbar herausstellte.²²³ Die Klage wurde abgewiesen, weil das Gericht intern gespalten war und sich vier Richter für und vier Richter gegen die Begründetheit der Klage aussprachen. Aus heutiger Sicht erscheinen die Unverhältnismäßigkeit des „mit Regierungsstellen abgestimmten, massiven Zwangsmittelinsatz gegen das Magazin wegen einer letztlich nicht strafbaren Veröffentlichung“ (Fiedler, 2000a:149) offensichtlich. Dass die Hälfte der Richter des ersten Senats, der als der liberalere der beiden Senate galt, den Behörden bescheinigte, sie hätten nicht willkürlich gehandelt, spiegelt aber die damalige Haltung weiter Kreise der politischen Elite und der Bevölkerung wieder, die dem Staat große Spielräume bei der Durchsetzung der inneren Sicherheit zubilligten (Kommers, 1971:24). Jedoch war,

223. Bei den Ermittlungsmaßnahmen handelte es sich um die Durchsuchung von Redaktionsräumen und Wohnungen, die Beschlagnahmung von Material und die Inhaftierung mehrerer Redakteure. Vorgeworfen wurde dem Magazin, es habe die Sicherheit der Bundesrepublik untergraben, indem es Informationen zur mangelnden Verteidigungsfähigkeit öffentlich gemacht habe. Die inkriminierten Informationen waren zwar öffentlich zugänglich, der Spiegel habe sie aber in einer Art und Weise zusammengefügt, die erst das Gesamtbild ergeben hätte („Mosaiktheorie“). Hierzu: Kommers, 1971; Fiedler, 2000a.

wie Kommers schreibt, schon die Publikation der vom faktischen Ergebnis (Abweisung der Klage) abweichenden Meinung ein „remarkable victory“ (29). Obwohl die Regierung das Verfahren gewonnen hatte, wurde deutlich, dass dies nur einem Zufall zu verdanken war: Bei einer geringfügig anderen Zusammensetzung des Senats hätte das Ergebnis anders ausgesehen:

(M)uch like the American Supreme Court in *Marbury v. Madison*, the German Court gave the government a victory, but simultaneously warned the regime of the limits of its power. (30)

4.3.3 Gründer/Gestalter der normativen Ordnung

Gerichtspräsident Höpker-Aschoff hatte, wie im vorherigen Abschnitt beschrieben, bestritten, dass das Gericht die Rolle eines „Schiedsrichters“ oder „Schlichters“ im politischen Streit übernehmen wolle. In der zitierten Rundfunkrede (FAZ, 1953a) äußerte sich Höpker-Aschoff aber auch zur Frage, ob das Gericht Recht lediglich anwende, oder ob es auch neues Recht schaffe. Er wies die Vorwürfe, das Bundesverfassungsgericht setze sich an die Stelle des Gesetzgebers, zurück. Das Gericht beschränke seine Macht und achte die gewaltenteilende Ordnung. Wenn dem Verfassungsgericht und anderen Gerichten „die rechtschöpferische Tätigkeit überhaupt bestritten wird, so erheben wir schärfsten Widerspruch“. Richter schafften insofern Recht, indem sie umstrittene Gesetze auslegten, Rechtslücken durch „rechtsähnliche Gesetzanwendung und freie Rechtschöpfung zu schließen“ suchten oder „das gesetzte Recht der fortschreitenden Entwicklung“ anpassten. Es komme nur darauf an, dass „diese rechtschöpferische Tätigkeit nicht willkürlich, sondern im Sinne des Gesetzes und im Geiste der geltenden Rechtsordnung ausgeübt werde“.

Höpker-Aschoff schließt hier an den juristischen Diskussionstand am Ende der Weimarer Republik an: Wenn der Glaube an die formallogische Rechtsanwendung jemals wirklich existiert hatte, war er jedenfalls im allgemeinen Rechtsdenken überwunden (oder sogar als „Gesetzespositivismus“ diskreditiert²²⁴). Die Tatsache, dass Richter neues Recht schufen, wurde nicht mehr als skandalös empfunden. Die Frage war nur, wie weit diese Rechtsschöpfungen gehen konnten und auf welchem Gebiet sie stattfanden. So wurde etwa schon dem Reichsgericht zugestanden, neues Recht zu schaffen.²²⁵ Jedoch konnte „Rechtsschöpfung“ nur als „Fortbildung“ bereits bestehenden Rechts dargestellt werden. Diese Wortwahl findet sich auch in Höpker-Aschoffs Rede wie-

224. „Der die frühe Bundesrepublik tragende methodische Konsens der Staatsrechtslehre lautete: Der Positivismus ist ‚überwunden‘“ (Stolleis, 2001:18).

225. Wichtige Regelungen des Privatrechts sind erst durch Richterrecht entstanden, vgl. Falk, 2000.

der: Es gehe darum, zweifelhafte Bestimmungen auszulegen, Lücken zu schließen oder bestehendes Recht neuen Bedingungen anzupassen.

Eine solche Darstellung schließt implizite Verfassungsänderungen aus, wie sie das Modell des „Gründers“ annimmt. Jedoch haben die in diesem Kapitel durchgeführten Fallstudien deutlich gezeigt, dass das Verfassungsgericht durch seine Rechtsprechung die normative Ordnung prägte oder sogar in entscheidender Weise veränderte. Dies wurde am deutlichsten im Fall des „Lüth-Urteils“. Wahl zufolge war die Entfaltung der objektiven Dimension der Grundrechte „die spektakulärste Neuerung des deutschen Staatsrechts nach 1945“; sie verdiene „eine juristische Entdeckung genannt zu werden“ (Wahl, 2005:373). Andere „juristische Entdeckungen“ durch das Bundesverfassungsgericht seien die – von mir nicht detailliert untersucht – „konsequente Entfaltung und intensive Durchdringung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit oder das Prinzip der praktischen Konkordanz“.

Es lassen sich weitere Beispiele anführen. So kann man das „Beamtenurteil“ von 1953 (BVerfGE 3, 58) als einen Versuch des Gerichts, die Identität des Staates auf verfassungsrechtlichem Wege neu zu definieren, deuten.²²⁶ Die Kläger waren frühere Beamte, die nach dem Zusammenbruch des NS-Regimes ihre Stellung verloren hatten. Das Grundgesetz sah in Art. 131 vor, dass der Status dieser Personengruppe durch ein Bundesgesetz zu regeln sei. Dieses Gesetz sah in den meisten Fällen eine relativ großzügige Behandlung der ehemaligen Beamten vor, was ihre Versorgung anbelangte, setzte sie aber nicht mehr in ihre frühere Stellung ein.²²⁷ Dagegen richteten sich die Klagen, die – vom Bundesgerichtshof unterstützt – argumentierten, dass, wie es Menzel zusammenfasst,

die erworbenen Rechte der Beamten kraft der Fortgeltung der Weimarer Reichsverfassung wie auch kraft Naturrechts den Systemwechsel hin zur Bundesrepublik überstanden hätten, so daß deren Abschneidung durch das [Ausführungsgesetz] unzulässig sei (Menzel, 2005:226).

Im vorliegenden Fall bestand die interessante Konstellation, dass die Vertreter der alten Ordnung sich auf überpositive Prinzipien beriefen um dem Grundgesetz eine Deutung zu geben, die bei seiner Ausarbeitung nicht beabsichtigt worden war. Zwar enthielt Artikel 33 Abs. 5 die Anweisung, dass das Recht des öffentlichen Dienstes „unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln“ sei. Jedoch zeigt die Tatsache, dass die Kläger sich auf „metaphysisch-naturrechtliche“ Prinzipien berufen mussten (Menzel, 2000b:71), dass weder Art. 33 noch andere Artikel der Verfassung nach Wortlaut oder Entstehungsgeschichte die Forderungen der Kläger stützte.

226. Zum Urteil siehe Menzel, 2000b; Menzel, 2005; Gusy, 2003.

227. Vgl. hierzu Hofmann, 1995:208.

Der erste Senat wies die Klagen ab. Er begnügte sich allerdings nicht damit, darzulegen, dass das Vorbringen der Kläger keine Grundlage im Grundgesetz hatte und naturrechtliche Darlegungen im Verfassungsrecht keinen Platz hätten. Er referierte zunächst zur Frage der staatlichen Kontinuität, um festzustellen, dass zwar „Deutschland“ als Staat unterbrechungsfrei existierte, die rechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Beamten mit der bedingungslosen Kapitulation und der vollständigen Übernahme der Souveränität durch die Besatzungsmächte jedoch erloschen seien. Doch auch mit diesen Ausführungen, die ausgereicht hätten, um den Klagen die rechtliche Grundlage zu entziehen²²⁸, begnügte sich das Gericht nicht. Wie der zeitgenössische Beobachter Alfred Grosser feststellt, entwarf es

anhand von Beweismaterial ein trauriges Bild von dem, was der öffentliche Dienst unter der nationalsozialistischen Herrschaft gewesen war. Das Gericht kam dabei zu dem Schluß, daß die Natur der Beziehungen zwischen Staat und Beamten seit 1933 einem grundsätzlichen Wechsel ausgesetzt war und daß der Begriff der erworbenen Rechte seinen Sinn seit 1933 vollkommen geändert hat. Der Urteilspruch vom 17. Dezember stellt somit eine regelrechte Lektion über das Wesen des Nationalsozialismus dar und als Antithese dazu eine Art Definition des öffentlichen Amtes in der Demokratie. (Grosser, 1960:114)

Hinsichtlich des Ergebnisses des Urteils existierte kein Konflikt mit der Regierung – schließlich hatte die Adenauerregierung mit ihrer Mehrheit im Parlament die Gesetze verabschiedet, die das Bundesverfassungsgericht nun mit seinem Urteil gegen die Anfechtung der Kläger verteidigte. Die eigentliche Sensation war, dass sich die Richter in dieser Frage gegen eine große Mehrheit unter ihren Berufskollegen wendeten. Das Gericht trug einen Konflikt mit dem Bundesgerichtshof aus, der auch nach dem „Beamtenurteil“ Widerstand leistete. Der BGH erklärte, die geschichtliche Bewertung des BVerfG sei falsch, lehnte die Bindungswirkung des „Beamtenurteils“ ab und legte dem BVerfG ähnliche Klagen erneut vor. Die Mehrheit der Rechtswissenschaftler und insbesondere die Verfassungsrechtler sowie der einflussreiche Beamtenbund protestierten scharf gegen die Geschichtsdeutung des Bundesverfassungsgerichts.²²⁹ Dass sich das Verfassungsgericht von der breiten und fast unisono vorgetragenen Kritik weder beeindrucken noch einschüchtern ließ, zeigte das „Gestapo“-Urteil von 1957, in dem es die vorherige Entscheidung nicht nur bestätigte, sondern die vorgebrachte Kritik detailliert zurückwies. Dabei „fehlte auch nicht ein Seitenhieb hinsichtlich personeller Kontinuitäten innerhalb der juristischen Fakultäten“ (Günther, 2004:109).

228. So auch Hofmann, 1995:208 Fn. 72.

229. Zur Staatsrechtslehre vgl. Günther, 2004:108-109; der Kampf mit dem BGH ist geschildert bei Menzel, 2005:205; die durch die gesetzliche Regelung und deren Bestätigung durch das BVerfG ausgelöste „Erschütterung“ kommentiert Hofmann, 1995:208, siehe auch Fn. 72.

Eine rein machtpolitische Deutung dieses Konfliktes würde darauf hinweisen, dass diese Machtprobe mit der Rechtswissenschaft und dem Beamtentum für das Verfassungsgericht relativ ungefährlich war, da es die Regierung und das Parlament an seiner Seite wusste. Dies würde aber zwei Dinge verkennen: Erstens kann mit Baum (2006, Kap. 4) angenommen werden, dass für Juristen die Zustimmung der Fachkollegen im Allgemeinen ein wichtiges Gut ist und eine breite Ablehnung der juristischen Literatur einen sehr hohen „Preis“ darstellt. Zum anderen wäre das Ergebnis (die Zurückweisung der Klagen) eben auch ohne diesen Preis erreichbar gewesen. Die Ausführungen zur Natur des Beamtentums im Nationalsozialismus können nur mit der Motivation der Richter des ersten Senats erklärt werden, der deutschen Öffentlichkeit im Allgemeinen und dem Beamtenstand in Besonderen eine „Lektion“ zu erteilen und ein neues Bild des Beamten in der Demokratie zu zeichnen. Dies stellte keine direkte normative Änderung der Verfassung dar, legte aber den interpretatorischen Kontext fest, innerhalb dessen künftig das Wesen der (west-)deutschen Verwaltung verfassungsrechtlich zu bestimmen war.

In eine ähnliche Kategorie fallen die Entscheidungen zum Verbot der „Sozialistischen Reichspartei“ von 1952 (BVerfGE 2,1) und der Kommunistischen Partei Deutschlands (BVerfGE 5,85) von 1956.²³⁰ In ersten Verfahren waren sich Bundesregierung und Gericht im Ergebnis einig: Beide hielten das Verbot der offensichtlich als Nachfolgeorganisation der NSDAP gegründeten Partei für politisch geboten. Viel schwerer fiel dem Gericht, dem Antrag auf Verbot der KPD zu entsprechen, was sich unter anderem an der viel längeren Verfahrensdauer zeigt²³¹. Auch hier hätte eine formale Begründung ausgereicht, um das erwünschte Ergebnis zu erlangen.²³² Die Richter des ersten Senats nutzten die beiden Urteile jedenfalls für grundsätzliche Ausführungen zur staatlichen Identität der jungen Bundesrepublik.²³³ Wie Henne (2005:207) argumentiert, wurde in diesem Urteil, „in einem ersten Schritt die Verfassungsordnung als eine materiale, wertgebundene konstituiert“. Das Verfassungsgericht übernahm – allerdings ohne die Quelle zu nennen – aus einem Artikel im neu gefassten Strafgesetzbuch²³⁴ die darin vorgefundenen Definitionen, um den Begriff der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ aus Artikel 21 II zu bestimmen:

230. Hierzu Rensmann, 2000: Henne, 2005:207-209.

231. Vgl. Rensmann, 2000:58, Zweigert, 1971:118.

232. „Immerhin war die Begründung für den Antrag der Bundesregierung wesentlich schlichter: Die SRP sei Nachfolgeorganisation der NSDAP. Es hätte also genügt, diese Linie zu ziehen und daraufhin die SRP zu verbieten.“ Henne, 2005:208.

233. Rensmann (2000:58) macht darauf aufmerksam, dass Gerhard Leibholz bei der Konzeption des SRP-Urteils großen Einfluss hatte, obwohl er Richter des anderen, zweiten Senats war.

234. § 88 II StGB in der Fassung vom 30.08.1951, der mit „Verfassungsgrundsätze“ überschrieben war, heute § 92 II StGB. Vgl. Henne, 2005:208, Fn. 51.

So läßt sich die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine Ordnung bestimmen, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition. (BVerfGE 2,12-13)

Die Berufung auf wertgebundene „Prinzipien“ entsprach, wie zuvor im Fall der Lüth-Entscheidung gezeigt wurde, dem Zeitgeist. Die entscheidende Weichenstellung bestand jedoch darin, dass diese Prinzipien als „verfassungsimmanent“ definiert wurden und damit eine naturrechtliche Argumentation abgeschnitten wurde (wie sie etwa das Bundesarbeitsgericht und z.T. auch der BGH vertrat). Das Urteil, mit dem die KPD verboten wurde, entwickelte die Grundordnung weiter zum „Wertsystem“, so dass, wie Henne (2005:209) argumentiert, „nun die logische Geschlossenheit der Grundwerte, eben ein System von „gewissen unantastbaren Grundwerten“ begann, das stärker auf die Grundrechte verwies und damit auch den Weg zum „Lüth“-Urteil freimachte.

In dieser Linie steht auch das „Elfes“-Urteil von 1957 (BVerfGE 6, 32)²³⁵, das dogmatisch die Verbindung zwischen den Parteiverbotsurteilen und „Lüth“ darstellt. In ihm entwickelte das Gericht das Verhältnis der Grundrechte untereinander noch systematischer und legte den Grundstein für die heute gültige Hierarchie der Grundrechte, indem das Konzept des „Auffanggrundrechts“ der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 I „erfunden“ wurde. Angesichts der Vorbildwirkung, welche der Entscheidung zugeschrieben wird, überrascht zunächst, dass der Kläger, dem die Behörden den Pass zur Reise ins Ausland verweigert hatten, den Fall verlor. Das Ergebnis des Elfes-Falles ist, wie es Thomas Henne (2005:211) formuliert, als „Säule der heutigen Grundrechtsdogmatik [...] denkbar ungeeignet“. Henne zieht aber genau hier eine Parallele zu *Marbury vs. Madison*:

Hier wie dort ging das Gericht über die Lösung des Falles weit hinaus; in beiden Fällen hatte das Gericht Benachteiligungen von Gegnern der jetzigen Regierung zu beurteilen; und in beiden Fällen verloren im Ergebnis die Gegner der Regierung - sie waren: also gerade nicht Nutznießer der jeweiligen Ausweitung des gerichtlichen Schutzes. Die zukünftig wirkenden Einschränkungen des legislativen und exekutiven Handelns waren versteckt hinter dem aktuellen Sieg der Verwaltung. (Ebd.: 210)

235. Zum Folgenden siehe Henne, 2005 210-216.

In einer ganzen Reihe von Fällen baute das Gericht in einzelnen Schritten ein System der Grundrechte auf, das es auch zu kontrollieren beanspruchte: die Parteiverbotsfälle, „Elfes“, und dann „Lüth“ – in keinem davon stellte es sich gegen explizite Interessen der Regierung und des Parlaments.

Worum ging es in „Elfes“ aber in dogmatischer Hinsicht? Wie Henne (2005:210) zeigt, nutzte das BVerfG den Fall auch dazu, „im Kontext seines zeitlich parallelen Kampfes um den Status eines Verfassungsorgans“ (210) gegenüber dem Bundesgerichtshof und dem Bundesverwaltungsgericht die Deutungshoheit über den Art. 2 GG²³⁶ zurückzuerlangen. Der BGH hatte eine umfangreiche naturrechtliche Rechtsprechung zum Begriff des „Sittengesetzes“ als Beschränkung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit entwickelt und versuchte hierdurch Einfluss auf die Grundrechtsdogmatik zu erhalten. Das Bundesverfassungsgericht entwickelte in „Elfes“ dagegen die zweite Beschränkung, die „verfassungsmäßige Ordnung“ weiter und formulierte aus, dass das „Sittengesetz“ praktisch von nun an als Grundrechtsschranke leer lief (Henne 2005:201-212).

Daneben schuf es das Konzept eines „Auffanggrundrechtes“, auf das sich jeder berufen konnte, dessen Rechtspositionen nicht von den „spezielleren“ Grundrechten gedeckt wurden. Aus der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“, die in der ursprünglichen Formulierung das Recht eines jeden war, „tun und lassen“ zu können, „was er will“, wurde die „allgemeine Handlungsfreiheit“:

Soweit nicht solche besonderen Lebensbereiche grundrechtlich geschützt sind, kann sich der Einzelne bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt in seine Freiheit auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Hier bedurfte es eines Gesetzesvorbehalts nicht, weil sich aus der Beschränkung der freien Entfaltung der Persönlichkeit durch die verfassungsmäßige Ordnung der Umfang staatlicher Eingriffsmöglichkeiten ohne weiteres ergibt. (BVerfGE 6, 37)

Gleichzeitig ergab sich für das Gericht die Möglichkeit, den Unterschied zwischen dem eigenen Grundrechtsverständnis und dem der Weimarer Verfassung zu dokumentieren. Seine Lesart von Art. 2 bedeute nämlich nicht, das das darin enthaltene Recht unter einen „allgemeinen Gesetzesvorbehalt“ gestellt werde. Dieser hatte in Weimar die Grundrechte weitgehend wirkungslos gemacht, da jedes formal korrekt und mit verfassungsändernder Mehrheit zustande gekommene Gesetz die Grundrechte beschränken konnte. Demgegenüber habe, so das Gericht,

das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die die öffentliche Gewalt begrenzt. [...] Die obersten Prinzipien dieser Wertordnung sind gegen Verfas-

236. „Art. 2. (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

sungsänderungen geschützt (Art. 1, 20, 79 Abs. 3 GG). Verfassungsdurchbrechungen sind ausgeschlossen; die Verfassungsgerichtsbarkeit überwacht die Bindung des Gesetzgebers an die Maßstäbe der Verfassung. (40)

Im Gegensatz zu Weimar seien Gesetze nicht mehr schon dann „verfassungsmäßig“, wenn sie „formell ordnungsmäßig“ ergangen sind.

Sie müssen auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen, aber auch den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes entsprechen, vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip. (41)

Das Gericht unterscheidet, so scheint es, in diesem Absatz zwischen „obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ als der geschriebenen „verfassungsrechtlichen Wertordnung“ auf der einen Seite und den ungeschriebenen „elementaren Verfassungsgrundsätzen“ und „Grundentscheidungen des Grundgesetzes“ auf der anderen Seite. Als Beispiel für die ungeschriebenen Grundsätze und Grundentscheidungen nennt es die Rechtsstaatlichkeit und das Sozialstaatsprinzip. Das Urteil geht an dieser Stelle nicht weiter darauf ein, warum diese Prinzipien ungeschrieben sind, und ebenso wenig darauf, dass die Bedeutung dieser Begriffe umstritten ist und es nur das Verfassungsgericht selbst sein kann, das die rechtliche Bedeutung dieser Begriffe festsetzt. Ziel ist es an diesem Punkt der Argumentation, zu zeigen, dass nicht jedes formell ergangene Gesetz auch „Recht“, Teil der „verfassungsmäßigen“ (im Sinne von „verfassungsgemäßen“) Ordnung sein kann:

Vor allem dürfen die Gesetze daher die Würde des Menschen nicht verletzen, die im Grundgesetz der oberste Wert ist, aber auch die geistige, politische und wirtschaftliche Freiheit des Menschen nicht so einschränken, daß sie in ihrem Wesensgehalt angetastet würde (Art. 19 Abs. 2, Art. 1 Abs. 3, Art. 2 Abs. 1 GG). Hieraus ergibt sich, daß dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist. Ein Gesetz, das in ihn eingreifen würde, könnte nie Bestandteil der „verfassungsmäßigen Ordnung“ sein; es müßte durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden. (Ebd.)

Damit wird klar, dass das Verfassungsgericht mit den „ungeschriebenen“ Prinzipien nicht dasselbe meinte wie der BGH. Für das Bundesverfassungsgericht

waren dies nicht naturrechtliche Grundsätze jenseits von Zeit und Raum, die über dem Grundgesetz stehen oder der Verfassung vorangehen, sondern: das BVerfG spricht von Verfassungsgrundsätzen, die also Bestandteil der Verfassung sind, nur eben ungeschrieben. Genau ein solcher Grundsatz war es ja, durch den Elfes seine Verfassungsbeschwerde verlor. „Erhebliche Belange der Bundesrepublik“ führten zur Paßversagung. (Henne, 2005:213)

Das Ergebnis könnte als Selbstermächtigung des Gerichts auf Kosten von Elfes gedeutet werden. Einerseits ersparte sich das Gericht Probleme mit der Regierung, indem es den Regierungsgegner Elfes nicht zu seinem – heute völlig unbezweifelten²³⁷ – Recht auf ungehinderte Ausreise kommen ließ. Andererseits erklärte es seine praktisch unbegrenzte Oberhoheit über die Festlegung der „verfassungsmäßigen Ordnung“. Nicht nur, dass ab jetzt das „Sittengesetz“ des BGH keine Rolle mehr spielen sollte. Auch die Möglichkeiten des Parlaments wurden eingeschränkt: Die Grundrechte beschränkenden Gesetze mussten wiederum grundrechtskonform sein, sie durften die Grundrechte nicht leerlaufen lassen. Das Gericht konnte sich hier auf den Wortlaut der Verfassung stützen. Art. 19 II bestimmt, dass ein Grundrecht einschränkende Gesetze dieses nicht „in seinem Wesensgehalt“ antasten dürfe. Das Gericht machte aber klar, dass es diese Stelle nicht als Verfassungslyrik oder Programmsatz, sondern als direkt anwendbares Recht ansah, das es auch offensiv einzusetzen gedachte – nur eben nicht im vorliegenden Fall.

Wenn man sich die Umstände des Falles genauer ansieht, scheint es, dass der „Sieg“ der Verwaltung über Elfes wohl „brüchiger“ war als es scheint.²³⁸ Auch ist nicht unplausibel, dass die Mehrheit der Richter tatsächlich fürchtete, von Elfes Aktivitäten gingen Gefahren für die Bundesrepublik aus.²³⁹ Aber unabhängig davon, wie der Grundrechtsschutz im vorliegenden Fall als Konsequenz taktischen Verhaltens oder aus echter Überzeugung versagt wurde: Das BVerfG hatte die theoretischen Grundlagen für weitreichende Interventionen in der Zukunft gelegt. „Der damit gewährleisteteste lückenlose Grundrechtsschutz macht auch die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu einer flächendeckenden, denn es sind wenig Rechtsnormen vorstellbar, die nicht wenigstens die allgemeine Handlungsfreiheit berühren“ (Grimm, 2001:204).

Die genannten Beispiele reichen aus, um die Rolle des Verfassungsgerichts als Gestalter der normativen Ordnung der Bundesrepublik in den 1950er Jahren zu plausibilisieren. Viele andere Beispiele könnten genannt werden, z.B. der Einfluss, den Gerhard Leibholz auf die von ihm vorbereiteten Urteile zum neuen Verständnis der politischen Parteien in der Demokratie hatte (Wiegandt,

237. Heute besteht Konsens darüber, dass die Argumentation des Gerichts im Ergebnis verfehlt ist. Siehe Fiedler, 2000b:83.

238. Nach Henne (2005:210) „hatte vermutlich der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts beim BVerfG interveniert, um zu verhindern, daß die Klausel des Paßgesetzes, auf die die Versagung gestützt wurde, für verfassungswidrig erklärt wurde. Zugleich war seitens des Bundesinnenministeriums offenbar ein Brief an die Paßbehörden vorbereitet worden, daß zukünftig in Fällen wie dem von Elfes nicht mit Paßverweigerungen reagiert werden sollte. Dazu passend erhielt Elfes noch 1957 einen Paß, nachdem er eine Erklärung unterzeichnet hatte, er werde im Ausland jedes Verhalten vermeiden, das geeignet sei, ‚erhebliche Belange der Bundesrepublik zu gefährden‘“.

239. Siehe Kommers, 1976:231 und Henne, 2005:214.

1995:150-218). Auch das entscheidende Eintreten für die im Grundgesetz bereits angelegte, aber vom Verfassungsgericht bis ins Detail ausbuchstabierte Gleichberechtigung von Mann und Frau²⁴⁰, zeigt ein Gericht, das sich nicht scheute, die patriarchalisch geprägte Verfassungswirklichkeit und die davon geprägte normative Ordnung auch gegen starken Widerstand zu verändern. Wie sehr das Gericht dabei manchmal dem Zeitgeist verhaftet blieb, lässt sich daran ersehen, dass es seine Gestaltungsmacht nicht einsetzte, um homosexuellen Männern, deren Lebensweise strafrechtlich verfolgt wurde, grundrechtlichen Schutz zu gewähren (BVerfGE 6, 389), sondern sich auf schon zu diesem Zeitpunkt veraltete medizinische Gutachten stützte (Müller-Terpitz, 2000b). Ob die Richter mehrheitlich aus Überzeugung handelten oder ob sie nicht auch einem Konflikt mit der Mehrheitsmeinung in der Bevölkerung aus dem Weg zu gehen wollten, kann vorerst nicht geklärt werden.

4.3.4 Reaktion der Teilöffentlichkeiten

4.3.4.1 Juristisches Feld

Die juristische Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit in den 1950er Jahren war relativ verhalten und blieb ohne gesellschaftliches Echo. Laut Carsten Fricke (1995:175)

war Kritik an der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit in den ersten Jahren der Bundesrepublik selten. Wesentlich häufiger wurden dem BVerfG nach verschiedenen Urteilen Fehlentscheidungen, Berücksichtigung fiskalischer Erwägungen und Überschreitung seiner Interpretationsbefugnisse vorgeworfen, ohne hierbei die Institution an sich zu kritisieren. Bei der Kritik an der Einrichtung fällt auf, daß auch die meisten kritisch gesinnten Autoren die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht grundsätzlich ablehnen, sondern nur für eine Einschränkung seiner Befugnisse plädieren, somit nicht mehr das „Ob“ der Institution in Frage stellen.

Von konservativer Seite waren deutliche Signale der Ablehnung zu vernehmen. Die Position Ernst Forsthoffs wurde schon im Zusammenhang mit dem „Lüth“-Urteil dargestellt. Forsthoff blieb bei aller Kritik pragmatisch, er wusste, dass sein Anschreiben gegen den Zeitgeist „die Richtung nicht verändern wird, welche die Verfassungsauslegung eingeschlagen hat“ (Forsthoff, 1961:10). Im Gegensatz dazu polemisierte sein Lehrer Carl Schmitt gegen die „Tyrannei der Werte“ (Schmitt, 1967), ohne sich konkret mit der Rechtsprechung auseinanderzusetzen und Alternativen zu entwickeln. Der ebenfalls mit Schmitt verbundene Werner Weber fragte sich 1958, „wie es zu dieser Hypertrophie der Justizstaatlichkeit gekommen“ sei (Weber, 1958:106). Der Parlamentarische Rat sei

240. Siehe den zeitgenössischen Bericht bei Grosser, 1960: 112.

wohl im Überschwange eines „theoretischen Idealbildes vom Rechtsstaat“ und in der Absicht, „die Dämonie politischen Machtgebrauchs zu bezwingen“ verleitet worden, der Richterschaft politische Autorität anzuvertrauen. Dies habe seinen Grund auch darin gehabt, dass „keine andere Art obrigkeitlicher Autorität mehr überzeugend darstellbar erschien“:

In dieser Situation totaler Neutralisierung der politischen Autorität schien die neutralste der Gegebenheiten des Systems öffentlicher Institutionen und Kräfte, die Justiz, am ehesten geeignet, die Hierarchie der Ordnung des politischen Gemeinwesens zu krönen, schien ihre konfliktentscheidende Rolle jedenfalls am ungefährlichsten. In der Verlegenheit des Fehlens anerkannter politischer Autoritäten sah man keinen anderen Weg, als eine gute, wenn auch auf einem ganz anderen Felde bewährte Erscheinung, nämlich traditionelle richterliche Autorität zu entleihen, damit sie die letzten Konflikte löse. (106-107)

Nach Webers Ansicht war die Justiz mit dieser Rolle aber überfordert, und es würde nicht mehr lange dauern, bis diese neue Konstruktion in sich zusammenfallen würde.

Frieder Günther (2004) hat gezeigt, wie in den 1950er und 1960er Jahren der Einfluss der „Schmitt-Schule“ stetig abnahm und die „Smend-Schule“ die Oberhand im Kampf um das Rechtsdenken gewann. Während – in zugespitzter Weise – „Schmitt“ für die Fokussierung auf den Staat und die Exekutive stand, war „Smend“ das Symbol für die Priorisierung von Grundrechten und damit den stärkeren Einfluss von zivilgesellschaftlichen Anliegen. Zwar konnte die estatistische Seite auch beim Bundesverfassungsgericht noch einzelne Erfolge verbuchen - so etwa (im Ergebnis) die „Elfes“-Entscheidung und die „Spiegel“-Entscheidung (Kommers, 1971; Günther, 2005:312-314). Einzelne moderate Vertreter der Schmitt-Schule wie Ernst-Wolfgang Böckenförde waren auch später noch einflussreich. Zurückdrehen konnten sie das Rad allerdings nicht mehr.

4.3.4.2 Politik

Fricke (1995) hat argumentiert, dass die Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit im 19. und frühen 20. Jahrhundert durch ein „starkes antiliberales Element“ gekennzeichnet war, was in der frühen Bundesrepublik eine „kritikhemmende Erfahrung“ bedeutete:

Die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit war in einer bürgerlich-liberalen Demokratie durchaus zu erwarten, die geringe Kritikintensität und der Umfang, in dem dieses geschah, waren jedoch nur mit den geschichtlichen Erfahrungen des Unrechtsstaates erklärlich, die das deutsche Volk zuvor gemacht hatte. Kritische Äußerungen mußten damit rechnen, ideologisch in bestimmter Weise, etwa als Anhänger Carl Schmitts oder der KPD abgewertet zu werden. (205-206)

Dies hieß aber nicht, dass die Regierung und das Parlament sich ganz ohne Widerstand dem neuen Regime unterwarfen. Davon zeugen die Kämpfe um die

Besetzung der Richterstellen (Laufer, 1968:243-253) und um die Reform des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, bei dem die Regierung schließlich auch Erfolge verbuchen konnte. Nachdem das Verfassungsgericht wegen der völligen Überlastung des ersten Senats das Parlament aufforderte, das BVerfGG zu reformieren, nutzte die CDU-Mehrheit die Gelegenheit, „durch Geschäftsordnungsänderungen und Stellenstreichungen auch die Mehrheitsverhältnisse zu ändern. Seit 1963 gab es in beiden Senaten eine 5:3 Mehrheit von Richtern, welche die CDU vorgeschlagen hatte“ (Henne, 2005:205). Nach Hennes Ansicht sind deshalb „die Entscheidungen der 60er Jahre für die Grundrechtsjudikatur überwiegend nur von geringerer Bedeutung.“ (Ebd.)

Trotz einer Mehrheit von Richtern, die zum Zeitpunkt ihrer Wahl der CDU nahe standen, konnten die Regierung und die Parlamentsmehrheit nicht sicher sein, dass diese Richter im Sinne der sie entsendenden Partei entscheiden würden. Das hatten der „Statusbericht“ und das Urteil zum EVG-Vertrag gezeigt. Die Politik musste sich mit der Letztentscheidungskompetenz des Gerichts abfinden. Viele Akteure waren davon überzeugt, dass das Bundesverfassungsgericht Grundbestandteil des neuen, demokratischen Deutschlands war. Aber selbst für die, die das nicht so sahen, gab es keinen Grund, es Justizminister Dehler nachzutun: Der Opposition nutzte die Existenz des Gerichts, weil sie es ihr erlaubte, auf die Regierung Druck auszuüben. Wie die Entscheidung zum „Deutschlandfernsehen“ gezeigt hat, verursachten Drohungen gegen das Gericht einen Reputationsverlust, der sich auch im Wahlergebnis niederschlagen konnte und daher vermieden werden musste.

4.3.4.3 Nationale und internationale Öffentlichkeit

Im Zusammenhang mit der Entscheidung zum „Deutschlandfernsehen“ ist deutlich geworden, dass die Öffentlichkeit das Verfassungsgericht gegen die Regierung Adenauer unterstützt hat - zumindest nach Adenauers eigenem Eindruck. Lembcke (2006b:47) hat die öffentliche Berichterstattung unter anderem der 1950er Jahre ausgewertet und dabei festgestellt, dass die Kommentare in der Presse überwiegend positiv, jedenfalls aber nicht negativ waren. Er weist außerdem die Rezeption und den Einfluss des Statusberichts auf die Diskurse in der veröffentlichten Meinung nach:

Diese Art der Berichterstattung, welche gewissermaßen dem Verfassungsgericht schützend zur Seite springt, [...] konnte sich dabei ebenfalls aus dem Fundus der Leibholz'schen Argumente bedienen, in dem sich einiges Material für den rechten Umgang mit den Kritikern finden läßt (ebd.).

Auch der überwiegende Teil der konservativen Presse nahm das Verfassungsgericht vor den wenigen Fundamentalkritikern in Schutz. Auch wenn es Kritik an einzelnen Urteilen gab, hatte das Gericht es offenbar vermocht, die meinungs-

bildende Elite für sich und seine Rollen einzunehmen. Aus französischer Sicht stellte Alfred Grosser 1960 fest:

Die Karlsruher Richter wollen die Hüter der liberalen Demokratie sein und haben ihre Standhaftigkeit gegenüber der vollziehenden Gewalt unter Beweis gestellt. Sie erfreuen sich zu recht – trotz aller Diskussionen um eine Reform des Bundesverfassungsgerichtes – einer allgemeinen Hochachtung. (Grosser, 1960:115).

Es ist schwer, die Bedeutung einzuschätzen, welche die internationale Öffentlichkeit auf die Rechtsprechung des Gerichts und auf die Interaktion mit seinen nationalen Teilöffentlichkeiten hatte. Deutlich ist, dass das BVerfG, im Gegensatz zum ungarischen Gericht Jahrzehnte später, keine ausländische Rechtsprechung nutzte, um die eigene Spruchpraxis zu legitimieren.²⁴¹ Auch das ausländische Interesse an den verfassungsrechtlichen Entwicklungen in Deutschland war insgesamt gering. Erst ab den 1960er Jahren erschienen in größerer Zahl wissenschaftliche Beiträge zum Bundesverfassungsgericht.²⁴² Trotzdem darf man den internationalen Faktor nicht unterschätzen. Wie das „Lüth“-Urteils gezeigt hat, war insbesondere den Mitgliedern der politischen und intellektuellen Elite immer bewusst, dass die Bundesrepublik aufgrund ihrer Geschichte unter besonderer Beobachtung stand. Seine Autorität hat sich das Gericht aber vor allem auf nationaler Ebene erarbeitet.

4.3.5 Die Autorität des Verfassungsgerichts: Smends Festvortrag zum 10-jährigen Bestehen des BVerfG

Von der geäußerten Kritik ließ sich das Bundesverfassungsgericht, wie Rudolf Smend in seinem Festvortrag zum 10-jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts (Smend, 1962) fast triumphierend verkündete, „nicht beirren“.²⁴³ Dieser Festvortrag eignet sich, um dieses Kapitel abzuschließen, weil es ein Fazit der ersten zehn Jahre zieht und sich darin spiegelt, welche Rolle dem Gericht Anfang der 1960er Jahre inzwischen zugeschrieben wurde.

Die Rede Smends wurde auf über einer Seite der Frankfurter Allgemeinen Zeitung in wesentlichen Auszügen abgedruckt. Im Zentrum der Seite findet sich ein Portrait Smends mit der Information, dass dieser zu den „führenden Staatsrechtlern unserer Zeit“ gehöre und sein Werk „entscheidenden Anteil an der Überwindung des staatsrechtlichen Positivismus“ gehabt habe. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass Smend auf Druck der Nationalsozialisten „seinen Berliner Lehrstuhl mit einer Professur in Göttingen vertauschen“ musste.

241. Cárdenas Paulsen, 2009:173 weist nach, dass die Zahl der Verweise auf Entscheidungen der Gerichte im Ausland im Untersuchungszeitraum (und danach) sehr gering ist.

242. Beispiele sind etwa in der amerikanischen Wissenschaft McWhinney, 1961; McWhinney, 1962; Nova, 1976; Kommers, 1976.

243. Der Vortrag ist auch abgedruckt in Häberle, 1976, das Zitat findet sich dort auf S. 341.

Für Smend hatte das Bundesverfassungsgericht „keine Vergangenheit“, selbst der Weimarer Staatsgerichtshof war für das Gericht „kein Vorbild“. Die Verfassungsrichter hätten etwas ganz neues geschaffen und könnten jetzt auf ein Jahrzehnt „einleuchtenden Reichtum eigener, neuer, selbständiger und zeitgemäßer Leistung zurückblicken“. Selbstverständlich hätten die Ergebnisse nicht jedem gefallen, aber es sei selbstverständlich, dass „es auch in der grundsätzlichen Beurteilung der Institution wenigstens in gewissen Grenzen ein lebhaftes Für und Wider“ gab. Jedoch sei bei allem Streit

die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts inzwischen eine große Tatsache geworden. Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne.²⁴⁴

Die methodische Kritik an den Entscheidungen sei „eindringlich“, sie würde das Erreichte aber „nur noch mehr ins Licht“ rücken. Smend wollte sich auch nicht im Einzelnen mit „dem öffentlichen Bewußtsein besonders gegenwärtigen einzelnen Entscheidungen“ befassen,²⁴⁵ sondern einen Blick werfen „auf das eigentliche Massiv dieser Institution, ihr Wesen und ihr Tun, gesehen als ein Faktor der Totalität unseres Verfassungs- und Rechtslebens“ – also der Rolle des Gerichts im politischen System. Smend betont, das Verfassungsgericht sei gleichzeitig ein „Stück des Systems der Gewaltenteilung“ und eines „der obersten Verfassungsorgane“. Damit sei das Gericht „im rechtsstaatlichen System des Grundgesetzes [...] die abschließende Krönung“.

Aber auch dies erfasse nicht das „eigentliche Wesen“ der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Justiz sei „überhaupt [...] nicht zu begreifen als ein arbeitsteilig bestimmtes und begrenztes Stück des Funktionensystems des modernen Staats, so, daß ihr Wesen vom Ganzen der Gewaltenteilung her zu erfassen wäre.“ Die Theorie der Gewaltenteilung erkläre nicht die historisch gewachsenen staatlichen Funktionen. Diese Theorie sei nur ein nachträglicher Versuch, das Verhältnis der vorgefundenen Institutionen zueinander einigermaßen plausibel zu machen. Es gab keinen „Einheitsplan“, nach dem die Legislative, Exekutive und Judikative geschaffen wurden, „sondern sie sind verschiedenen Alters, verschiedener Wurzel, nachträglich zueinander in bestimmte Beziehungen gesetzt, und daher in ihrem eigentlichen Wesen auch nicht durch diese Beziehungen bestimmt.“

Einer dieser von der modernen politischen Theorie lediglich „vorgefundenen“ und nicht etwa konstituierten Institutionen sei der „Urberuf“ des Richters,

244. Dieser oft zitierte Satz Smends gilt mittlerweile die deutsche Entsprechung von Chief Justice Charles Evans Hughes berühmten Zitats „We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is“ (Hughes, 1908:139).

245. Er nennt hier das „Parteiverbot und Südweststaatsurteil, Reichskonkordats- und Fernseh-, Beamten- und Gleichberechtigungsurteil“.

der „bereits in nichtstaatlich verfaßten Ordnungen vorhanden“ war. Gericht und Richtertum gehören

zu den ältesten und unabdingbaren Grundlagen menschlicher Gesittung. Das positive Recht gibt ihnen Gestalt, stellt ihnen ihre Aufgaben, regelt ihr Verfahren. Aber in den so gezogenen Schranken führt die Justiz ihr Leben nach einer Eigengesetzlichkeit, die kein Gesetzgeber ändern kann.

Zu diesen für die Legislative nicht antastbaren „Eigenwesen der Justiz“ gehöre nicht nur „die Unabhängigkeit ihrer Arbeitsweisen in Rechtsfindung und Rechtsanwendung“ – bis hierhin würden die meisten Smend noch folgen. Ebenso hierzu zählt Smend aber die „dialektische Rolle der Justiz im Ganzen des Rechts“,

je nachdem die Justiz nur die Vollzieherin einer umfassenden Gesetzgebung ist oder aber, anstatt eines fehlenden oder versagenden Gesetzgebers, ihrerseits die rechtschöpferische Funktion in der Bildung eines Richterrechts ganz oder teilweise zu übernehmen hat.

An dieser „eigenständigen, wesensmäßigen inneren Mächtigkeit der Justiz“ habe das Bundesverfassungsgericht „gewiß seinen vollen Anteil“. An dieser Stelle kommt Smend auf die Rolle zu sprechen, die das Gericht im ersten Jahrzehnt seines Bestehens gespielt hat: So bestand die „doppelte geschichtliche Leistung“ einerseits in der „Grundlegung unseres Verfassungsrechts im ganzen“ und in der „Klärung und Festigung“ des Verfassungsrechts andererseits. Smend zitiert den baden-württembergischen Ministerpräsidenten Kurt Georg Kiesinger mit der Feststellung, dass „dem Bundesverfassungsgericht nicht der geringste Teil am Gründungs- und Festigungswerk des neuen Staats zufalle“. Zunächst sei damit

die grundgesetzliche Aufgabe des richterlichen Hüters der Verfassung gemeint: die Entscheidung über streitige Hoheitsrechte, Grundrechte und Zuständigkeiten und die damit verbundene Klärung zweifelhaften objektiven Rechts.

Aber mit dem Zitat sei noch mehr ausgedrückt. Es ginge bei der Arbeit des Bundesverfassungsgerichts zugleich um eine „Gründung und Festigung“ der Verfassung in einem tieferen Sinne“. Diese Funktion sei notwendig wegen der „Tragödie unserer Verfassungsgeschichte in den vergangenen Jahrzehnten“, wegen des Versagens der Weimarer Verfassung und der staatlichen Verbrechen des „Dritten Reichs“. Auch wenn das Bonner Grundgesetz eine gute Verfassung sei, bei der Bevölkerung sei sie noch nicht angekommen. Das Verfassungsgericht sei, auch ohne Legitimation durch das Grundgesetz, berufen, mitzuhelfen, die „Geltungsschwäche“ und „Legitimitätsmängel“ der Verfassung durch seine Spruchpraxis abzubauen. Unverkennbar scheint hier die Intergrationstheorie Smends durch: Die „Publizitätswirkung“ der Entscheidungen sei „ein Weg der Werbung und der Inanspruchnahme, kurz gesagt der politischen Erziehung des

Bürgers in der Bundesrepublik“⁴. Dabei hätten die verschiedenen Verfahrensarten unterschiedliche Wirkungen:

Die Normenkontrolle hat, abgesehen von ihrer weithin vor allem rechtstechnischen Koordinierungsaufgabe, ihr Wirkungsfeld mehr intern, innerhalb der Faktoren der Gesetzgebung, die mit ihr zu rechnen haben, die sie in ihrer Arbeit nie aus den Augen verlieren dürfen.

Smend ist hier der Auffassung, dass die Normenkontrolle nur in Ausnahmefällen Publizitätswirkung entfalte, die dann mit einem besonderen Interesse am Inhalt der Gesetzgebung zusammenhänge. In der Hauptsache richte sich die Erziehungswirkung an den Gesetzgeber selbst, der lerne, dass bestimmte Formen oder Inhalte der Gesetzgebung nicht mehr zulässig seien und diese in Zukunft vermieden werden sollten. Ganz anders sei es bei den Bund-Länder-Streitigkeiten:

Ganz anders die Rechtsprechung in den Streitsachen zwischen Bund und Ländern, mit der leidenschaftlichen Beteiligung weiter Kreise, mit der vielfach schroffen Kritik an ihren Entscheidungen. Ihre erziehende Wirkung ist von höchstem Wert: hier hat der Bundesbürger erfahren, daß Recht, daß das Recht der Bundesrepublik der Politik vorgeht, und die Schärfe, die zum Teil maßlosen Übertreibungen der Kritik haben die Tatsache des rechtsstaatlichen Charakters unserer Verfassung nur um so nachdrücklicher bewußt gemacht.

Bei der Verfassungsbeschwerde unterscheidet Smend zwischen den Fällen mit „sensationeller Tragweite“, wie etwa das Beamten- oder das (in dieser Arbeit nicht analysierte) „Gleichberechtigungsurteil“ von 1959 (BVerfGE 10, 59), die wegen ihres Inhalts auf die politische Kultur der Bundesrepublik einwirkten, und der Praxis selbst, die durch ihre „Stetigkeit“ wirke. So stoße man bei den Staatsbürgern „immer wieder auf das Interesse an eingelegten Verfassungsbeschwerden, ganz unabhängig vom Erfolge“. Der Einzelne erfahre von Lagen,

in derengleichen er auch selbst geraten könnte, an denen er sich virtuell beteiligt fühlt. Er erlebt, daß gegebenenfalls auch er persönlich unter Verfassungsschutz steht - an der vielgetadelten angeblichen Superrevision wegen ungenügend gewährten rechtlichen Gehörs erfährt er, daß nicht nur das Strafgesetzbuch die Magna Charta des Verbrechers, sondern auch die Prozeßordnung, insbesondere die Strafprozeßordnung eine Habeas-Corpus-Akte des freien Mannes, eine stolze konstitutionelle Errungenschaft ist, die ihm nicht nur mit strafprozessualen, sondern sogar mit verfassungsrechtlichen Mitteln gewährleistet wird. Er erfährt an einer möglicherweise auch ihn einmal betreffenden sehr konkreten Lage, daß er nicht nur ein Sandkorn in einer anonymen Masse, sondern eine ganz persönlich in ihrer Würde grundgesetzlich geschützte Person ist.

Diese erzieherische Wirkung der Verfassungswidrigkeit sei selbstverständlich „kein Ersatz für eine gewachsene Demokratie“, aber ebenso wenig sei dies eine bloß „formal gültige Verfassung des legalen Gesetzgebers“. Das Gericht sei ein Teil „unserer politischen Bildungsarbeit“ und eine Tatsache,

aus der die Bürger der Bundesrepublik lernen können und lernen, fruchtbar in ihrer politischen Erziehungswirkung und in dem damit eng verbundenen Zusammenhang der Legitimierung des Grundgesetzes. Es sind geschichtliche Vorgänge verschiedenster Art, durch die ein Volk sich seine Verfassung aneignet, sie legitim macht. Die trostlose Geschichte der Auflösung der Weimarer Republik ist eine Geschichte von all dem, was hier hätte geschehen müssen und unterblieben oder verhindert ist. Demgegenüber ist die Praxis der Bundesverfassungsjustiz ein positiver, produktiver geschichtlicher Vorgang, in dem Stein auf Stein zum tieferen Fundament des Grundgesetzes hinzugefügt wird.

Selbst wenn es eine Menge „törichte“ Verfassungsbeschwerden gebe, die volkspädagogische Wirkung dieses „Stück Rechtsstaats“ sei unverzichtbar. Insgesamt übe das Bundesverfassungsgericht eine „doppelte Wirksamkeit“ aus:

neben der Entscheidung in den großen und in der Regel die öffentliche Meinung stark beschäftigenden Streitfällen die Stille des erziehenden Drucks auf alle Faktoren unseres Verfassungslebens im Sinne der Verfassungstreue und des Verfassungsfriedens.

Die Tätigkeit des Gerichts bedeute eben nicht, dass die Bundesrepublik zu einem „Justizstaat“ werde. Die Kritikpunkte, die gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit vorgebracht wurden, seien

fruchtbar, sofern sie die deutsche Staats- und Rechtstheorie zu neuer nachdrücklicher Überprüfung ihrer Grundlagen anregen. Sie sind vergeblich, sofern sich die Praxis, vorweg des Bundesverfassungsgerichts, durch sie nicht beirren läßt.

Diese Entwicklung sei nicht auf das Bundesverfassungsgericht beschränkt, sondern sei eine des „deutschen Rechts überhaupt“, welches eine „unausweichliche Richtung eingeschlagen“ habe. Historisch sei diese Entwicklung als die Phase des „Zusammenbruchs und der Überwindung des Positivismus und vor allem als die der Rückwege zur materialen Gerechtigkeit“ zu werten. Die Kritik erinnere zwar richtig an die Grenzen richterlicher Macht, verkenne aber

daß die Frage, um die es hier geht, viel weniger eine Frage des Verfassungsrechts und insbesondere der Gewaltenteilung als eine von Recht und Gerichtsbarkeit ist. Und Recht und Gerichtsbarkeit sind nicht Geschöpfe der Verfassung, sondern haben ihr Wesen weithin unabhängig von ihr.

Denn das Bonner Grundgesetz sei „keine formale Ordnung um der Ordnung willen“ (so wie die Vertreter der „alten“ Rechtsstaatlichkeit meinten), sondern „eine Ordnung im Dienste von Gerechtigkeit und Menschenwürde“. Nur so könne es davor bewahrt werden, „ein Machtmittel von Volksbetrügern und Verbrechern zu werden wie vor dreißig Jahren“ und nur so könne es

das staatsmüde deutsche Volk in dem Sinne erziehen, daß auch unserem staatlichen Leben große und gute Aufgaben gestellt sind und daß es sich lohnt, sich in den Dienst an diesen Aufgaben einzuordnen. Es ist wohlbegründet, daß das Bundesverfassungsgericht unsere Verfassung in solchem Sinne versteht und anwendet, nicht als die Ge-

schäftsordnung für einen wirtschaftlichen und verwaltungstechnischen Zweckverband, sondern als eine gute und gerechte Lebensordnung für das deutsche Volk.

Abschließend fasst Smend die „dreifache Aufgabe“ des Gerichts noch einmal zusammen. Erstens schaffe es „Ordnung in dem weiten Bereich verfassungsrechtlicher Fragen, in dem nur eine unabhängige Justiz höchsten Ranges echte Ordnung schaffen kann“. Das Gericht hütet die vorgefundenen Normen, in dem es ihre Geltung bestätigt und durchsetzt. Auf der anderen Seite klärt es umstrittene Normen und legt die Bedeutung fest. Das schafft „Ordnung“. Zweitens verstärkt es „die Fundamente unseres politischen Daseins, indem es uns die Rechtsstaatlichkeit unseres Gemeinwesens und die gewährleistete Würde des freien Bürgers als Wirklichkeit erleben läßt“. Dies ist die integrative Wirkung des Gerichts, das als Erzieher die politische Kultur der Bundesrepublik verändert und die Transformation vom obrigkeitsstaatlichen zum demokratische Staatsbürger fördert. Schließlich kämpft das Gericht „Herrschaft des Rechten und Guten“, indem es die „höchsten irdischen Werte“, nämlich die Menschenwürde und Gerechtigkeit „zur Grundlage seiner Entscheidungen macht“.

Der Text Smends ist durch eine demokratiethoretische Ambivalenz gekennzeichnet. Einerseits steht das Ziel der Überwindung des Obrigkeitsstaates im Zentrum von Smends Überlegungen. Andererseits erscheint das Volk als Masse, die von einer aufgeklärten Elite „erzogen“ werden muss, deren Speerspitze im Bundesverfassungsgericht zu finden ist. Der Richter erscheint als Repräsentant eines „Urberufs“, den er bis zum alttestamentarischen König Salomo zurückverfolgt, und von dessen „Weisheit, das Volk recht zu richten“ die Zukunft abhängt. Dem „deutschen Volk“ wünscht Smend abschließend „ein offenes Ohr für die von hier ausgehende Weisung auf den rechten Weg durch Recht zur Freiheit“. Die Erfahrungen aus Weimar und aus dem Nationalsozialismus weisen für Smend auf die Notwendigkeit einer machtvollen, von äußeren Zwängen weitgehend befreiten Verfassungsgerichtsbarkeit hin. Die geäußerte methodische Kritik bezeichnet er als „hilfreich“, aber ansonsten ist sie für ihn weitgehend irrelevant.²⁴⁶ Im Grunde ist die Kritik am Verfassungsgericht für Smend ein Nachhall des zu überwindenden „Positivismus“.

Smend kann so verstanden werden, dass er sein Publikum dazu auffordert, der Weisheit der Richter zu vertrauen, das Volk aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit hinauszuführen. Ob dies eine tragfähige Grundlage für die Legitimation verfassungsrichterlicher Interventionen darstellt, kann bezweifelt werden. Der Text sagt aber viel aus über die Gründe, warum sich in den 1950er Jahren kein stärkerer Widerstand gegen das Bundesverfassungsgericht formieren konnte. Das Verfassungsgericht schien eine Antwort zu sein auf die Fehler

246. Siehe die wütende Reaktion von Forsthoff in einem Brief an Schmitt Forsthoff/Schmitt, 2007:182.

der Vergangenheit. Das Gericht stand im Verständnis vieler in der politischen Elite, aber auch in der Bevölkerung, symbolisch für eine neue, unbelastete Identität Deutschlands.²⁴⁷ Wir finden in Smends Vortrag auch Hinweise auf die Hüterrolle, so etwa im Titel („Zwanzig Richter hüten das Grundgesetz“) und in einzelnen Wendungen. Auch die Funktion eines Schiedsrichters und Schlichters wird genannt, etwa bei den Bund-Länderstreitigkeiten und bei der Bewahrung des „Verfassungsfriedens“. Für Smend war das Gericht jedoch vor allem der (Mit-)Gründer einer neuen Ordnung.

4.3.6 Zusammenfassung

Dieses Kapitel untersuchte die Genese des Bundesverfassungsgerichts und analysierte die Rollen, die es in den ersten 10 Jahren seiner Existenz spielte. Dabei habe ich festgestellt, dass die Urteile, die heute als die wichtigsten Entscheidungen dieser Zeit angesehen werden, nur in wenigen Fällen das betrafen, was ich im dritten Kapitel als die Rolle des „Hüters“ im engeren Sinne beschrieben habe. In den meisten Entscheidungen trat uns das Gericht als Gestalter der normativen Ordnung entgegen, eine Rolle, die ich mit dem Begriff des „Gründers“ bezeichnet habe. Wie bereits angemerkt, ist dies vor allem darauf zurückzuführen, dass das Gericht sich kaum mit Fällen beschäftigen musste, in denen das Parlament oder die Regierung die Verfassung in evidenten Weise brachen. Inwieweit diese Tatsache darauf zurückgeführt werden kann, dass das Verfassungsgericht als „Hüter“ existierte, kann man nur mutmaßen. Es ist aber wahrscheinlich, dass die bloße Existenz des Gerichts evidente Verfassungsbrüche verhindert hat, wie es die Untersuchung des „Fernsehurteils“ gezeigt hat. Die Rolle des konfliktbearbeitenden Schiedsrichters ist vor allem im „Südweststaatsfall“ evident. Die (Nicht-)Entscheidungen im Konflikt um die Europäische Verteidigungsgemeinschaft haben die Grenzen dieser Rolle aufgezeigt: Die Entscheidung für oder gegen den „Wehrbeitrag“ war rechtlich nicht determiniert und hatte gleichzeitig derartig schwerwiegende Konsequenzen, dass das Gericht die Verantwortung für oder gegen diese Entscheidung nicht übernehmen wollte, zumal in der Sache auch keine Kompromisslösung möglich war.

Smend hat in seinem Festvortrag zwei Varianten der „dialektischen Rolle der Justiz im Ganzen des Rechts“ angesprochen, die jeweils ein unterschiedliches Verhältnis zum objektiven Recht aufweisen: „Je nachdem die Justiz nur die Vollzieherin einer umfassenden Gesetzgebung ist oder aber, anstatt eines fehlenden oder versagenden Gesetzgebers, ihrerseits die rechtsschöpferische Funk-

247. Dies empirisch genauer nachzuweisen, wäre die Aufgabe einer Sozial- und Mentalitätsgeschichte des frühen Bundesverfassungsgerichts (siehe hierfür auch Stolleis, 2012). Für die Zwecke dieser Untersuchung ist es aber ausreichend, anzunehmen, dass das Rollenbild der Verfassungsgerichtsbarkeit in Smends Vortrag einer verbreiteten Ansicht zumindest in der politischen Elite entsprach.

tion in der Bildung eines Richterrechts ganz oder teilweise zu übernehmen hat“. Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinen wertbasierten Entscheidungen Rechtsschöpfung betrieben, die zu früheren Zeiten undenkbar gewesen wären. Smends Verachtung des „fehlenden oder versagenden“ Gesetzgebers bringt den mentalitätsgeschichtlichen Hintergrund für den Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts zum gleichwertigen Verfassungsorgan deutlich zum Ausdruck. Am Ende des ersten Jahrzehnts hat das Bundesverfassungsgericht seine Deutungshoheit über die Verfassung etabliert. Diese ist auch in den nachfolgenden Jahrzehnten nicht mehr ernsthaft bestritten worden.

Kapitel 5

Das Ungarische Verfassungsgericht 1990-1995

Nachdem wir im letzten Kapitel das Bundesverfassungsgericht in den 1950er und frühen 1960er Jahren im Blick hatten, machen wir nun einen Sprung in Ort und Zeit und wenden uns dem ungarischen Verfassungsgericht zu. Zwischen der institutionellen Genese der beiden Gerichte liegen mehr als 35 Jahre, in denen monumentale politische und gesellschaftliche Veränderungen stattfanden. Dabei wird nicht nur der Einfluss der Herrschaft des kommunistischer Regimes auf die ungarische Rechtskultur von Bedeutung sein, sondern auch die Art und Weise, wie das Regime zusammenbrach.

Im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht, das ein „spätgeborenes Verfassungsorgan“ (Niclaß, 2006:117) war, erblickte das ungarische Verfassungsgericht noch vor den anderen demokratischen Institutionen Ungarns das Licht der Welt. Das Gericht entstand als Ergebnis des „Runden Tisches“, an dem im Jahr 1989 Regierung und Opposition den Übergang von der sozialistischen Einparteiensherrschaft zu Demokratie, Rechtsstaat und Marktwirtschaft aushandelten. Wie in Deutschland war das Verfassungsgericht eine neue Institution und wurde mit großen Machtbefugnissen ausgestattet, die es während der 1990er Jahre auch nutzte, um die rechtlichen und demokratischen Entwicklungen im Land zu beeinflussen. Dieses Kapitel untersucht die Spruchpraxis des Gerichts am Beispiel einiger besonders markanter Entscheidungen und arbeitet seine Rollen entlang des schon bekannten Untersuchungsrahmens heraus.

5.1 Entstehungsgeschichte

5.1.1 Recht im „Gulaschkommunismus“

Begriffe wie „Ostblock“, „kommunistisches Osteuropa“ oder „sowjetische Satellitenstaaten“ suggerieren eine nicht existierende Ähnlichkeit der Länder, die während des 2. Weltkrieges von der sowjetischen Armee besetzt wurden und in denen nach dem Krieg „sozialistische“ Staats- und Wirtschaftsregime errichtet wurden. Sicherlich wurden in allen Ländern die wesentlichen Elemente der marxistisch-leninistischen Ideologie durchgesetzt. Gewaltenteilung war nach den Vorstellungen des Marxismus/Leninismus ein Relikt „bürgerlichen Denkens“, ebenso die Vorstellung, dass das Recht die Politik kontrollieren sollte (Böckenförde, 1967). Entsprechend vereinten in allen Ländern des sowjetischen Machtbereichs „sozialistische“ oder „kommunistische“ Einheitsparteien alle Macht auf sich. Die Industrie wurde verstaatlicht und das Privateigentum bis auf wenige Reste aufgehoben.

Allerdings hat die Forschung nicht erst der letzten Jahre gezeigt, in welchem Maße die verschiedenen Regime von einander abwichen: So lagen Welten zwischen Regimen wie der DDR, die intern eine vergleichsweise effiziente, rational-bürokratische Struktur aufwies, und patrimonial-klientelistischen Regimen wie Rumänien oder Albanien.²⁴⁸ Dass die Regime so unterschiedlich waren, hat zahlreiche Ursachen: unterschiedliche sozial- und kulturgeschichtlichen Voraussetzungen, historische Zufälle und der Einfluss wirkmächtiger Akteure.²⁴⁹ Insgesamt kann man feststellen, dass sich die „kommunistischen“ Strukturen nach dem Vorbild der Sowjetunion – die tatsächlich eine Mischung aus leninistischer Partei Herrschaft und stalinistischer Verstaatlichungspolitik darstellte –, nicht überall durchsetzen konnten oder durch lokale Gegebenheiten erheblich modifiziert wurden (Jowitt, 1992b). Dies sollte sich später auch auf die unterschiedlichen Entwicklungswege auswirken (Ekiert/Hanson, 2003).

Dies ist im Fall Ungarns deutlich zu sehen. Nachdem die sowjetische Armee das Land im April 1945 vollständig erobert hatte, wurde unter dem Druck der Besatzer eine sozialistische Republik errichtet, die ihren rechtlichen Ausdruck in der stalinistisch geprägten Verfassung von 1949 fand.

In formalem Sinne zeigte die Verfassung von 1949 fast einen reinen Parlamentarismus auf, mit Übergewicht des Parlaments, mit verantwortlicher Regierung, unabhängigen Gerichten, gewählten kommunalen Verwaltungen, bestimmten anerkannten Menschenrechten, d.h., die wichtigsten Institutionen einer bürgerlichen politischen Etablierung. Jedoch war die Wirklichkeit des politischen Systems aus der Verfassung nicht abzuleiten oder zu modellieren. Die Organisierung und Legitimierung der monopolistischen Machtausübung vollzog sich, wie bekannt, aufgrund des Theorems der Machteinheit. Das bedeutete die Neutralisierung des Parlaments und anderer Institutionen der Partizipation, die Herstellung einer symbolische Funktionen erfüllenden repräsentativen Öffentlichkeit. (Zsidai, 1996:252)

In der sogenannten „Rákosi-Ära“ hatte das Recht keine autonome Stellung, sondern wurde zur Durchsetzung der Herrschaft des Parteiapparats genutzt. Ágnes Zsidai hat die Instrumentalisierung des Rechts unter Rákosi folgendermaßen beschrieben:

Das bedeutete, daß einerseits die Herrschaft alle politischen Ziele durch das Recht verwirklichen wollte, ohne Rücksicht darauf, ob sie auf diese Weise überhaupt hätte realisiert werden können (Bevölkerungspolitik, Ablieferungspflichten usw.), andererseits wurde die funktionale Autonomie des Rechts genauso abgeschafft wie die der anderen Sphären. Sogar die totale ideologische und politische Eroberung der anderen Teilsysteme wurde durch das Recht vollständig. Das Recht galt nicht einmal als

248. Vgl. u.a. Markovits, 1982; Jowitt, 1992a; Heydebrand, 1996.

249. Zur sozio-ökonomischen Rückständigkeit Osteuropas siehe Chirot, 1989; Janos, 1989; zur politischen Geschichte die berühmten Essays von Bibó (Bibó, 1992) und Szűcs (Szűcs, 1990); zur kulturellen und ökonomischen Diversität Graubard, 1991 und Hodos, 2004.

Schranke der Politik, sondern umgekehrt: Das Recht wurde die wichtigste Erscheinungsform einer den staatlichen Eingriff beanspruchenden Politik. (Zsidai, 1996:253)

Das Recht verlor so seine Kontrollfunktion, Gesetze hatten nur insoweit Bedeutung, als sie administrative Programme, die auf Befehl und Gehorsam beruhten, bekräftigten, diesen aber keine Beschränkungen auferlegten. Die juristische Profession verlor ihre Eigenständigkeit. „Proletarische“ Richter, denen in Schnellkursen die materialen Prinzipien „sozialistischer Gerechtigkeit“ vermittelt wurden, untergruben die juristische Methodenlehre und das Selbstverständnis der Juristen, wie es sich in der Vorkriegszeit ausgebildet hatte.²⁵⁰

Nach der Niederschlagung des Volksaufstandes gegen das Regime 1956 und einer kurzen Phase der Repression begann unter dem Parteivorsitzenden János Kádár eine Zeit der „Liberalisierung“, die in einer Verfassungsrevision von 1972 institutionalisiert wurde (Brunner, 1981). Dies wirkte sich auch auf das Recht aus. Privates Eigentum spielte in Ungarn eine viel größere Rolle als in anderen sozialistischen Ländern, was dazu führte, dass die Zivilrechtsdogmatik sich relativ frei entwickeln konnte und hohes Niveau aufwies. Insgesamt konnte die

Sowjetisierung des ungarischen Rechts [...] in Grenzen gehalten werden, und die seit den 60er Jahren immer mehr ausgebauten Kontakte zur westlichen Rechtswissenschaft sorgten dafür, daß Elemente rechtsstaatlichen Denkens erhalten blieben und die moderne Rechtsentwicklung zumindest auf der Ebene der Wissenschaft nachvollzogen werden konnte. Auf dieses rechtswissenschaftliche Potential konnte dann die Gesetzgebung nach der Systemwende aufbauen. (Brunner, 2000a:213)

Hintergrund war auch eine Entwicklung in der politisch gesteuerten Wirtschaft Ungarns in den 1980er Jahren. Den offensichtlichen Schwierigkeiten der sozialistischen Planwirtschaft wollten mehr technokratisch als ideologisch geprägte Reformer mit einer „Verrechtlichung“ der Wirtschaft begegnen. Agnes Zsidai hat die zunehmende Bedeutung rechtlicher Legitimierung noch vor der eigentlichen rechtsstaatlichen Wende betont:

Obwohl die Legalität in Ungarn nicht als selbständige Quelle der Legitimität erscheinen konnte, funktionierte sie doch als ein latenter, alternativer Geltungsgrund, der soziologische ziemlich gut identifizierbare Träger hatte: die Technokratie nämlich, und innerhalb ihrer einen qualifizierten Juristenstand. (Zsidai, 1996)²⁵¹

250. Vgl. hierzu sehr anschaulich Markovits, 2006, bei der auch deutlich wird, dass diese radikale Entformalisierung des Rechts sich nicht sehr lange hielt, sondern sich starke Gegenteilstendenzen entwickelten, die funktionalen Erfordernissen des Rechts- und Wirtschaftssystems entsprangen.

251. Ähnliche Entwicklungen finden sich auch in Polen (Ziemer, 1989) und in der russischen „Glasnost“/„Perestroika“-Politik (Barry, 1992).

Obwohl das Verfassungsrecht viel stärker unter dem Einfluss von Staat und Partei stand, weil der Machterhalt der herrschenden Eliten direkter betroffen war als beim Privatrecht, untergruben auch hier zunehmend „westliche“ Vorstellungen die reine Lehre des leninistischen Einparteienstaats. Eine Reform des Eigentumsrechts von 1982 hatte Zustände geschaffen, die sich mit der alten stalinistischen Verfassung der 1949er Jahre auch in ihrer modifizierten Form von 1972 nicht vereinbaren ließen (Kilényi/Lamm, 1988:20-30; Seleny, 1995). 1984 wurde im Parlament ein „Verfassungsrat“ geschaffen, der als Parlamentsausschuss die Gesetze auf Verfassungsmäßigkeit überprüfen sollte und damit auch das Chaos, das sich in der Rechtsordnung entwickelt hatte, beseitigen helfen sollte. Dieser blieb aber nicht zuletzt aufgrund mangelnder Kompetenzen weitgehend ineffektiv (Brunner, 1987). Trotzdem wurde die Idee auch im Staatsapparat zunehmend akzeptiert, dass die Gesetzgebung einer Kontrolle unterworfen werden sollte. Ziel war nicht die Kontrolle der Staatsmacht, sondern die Rationalisierung des Rechtssystems zur Stabilisierung der Staatsmacht. Das „Staatsrechtliche Forschungsinstitut“ innerhalb der Ungarischen Akademie der Wissenschaften erhielt den Auftrag, Grundlagenforschung zur Vorbereitung einer neuen Verfassung zu betreiben. Die daraus entstehenden rechtsvergleichenden Publikationen informierten die reformorientierten Kräfte innerhalb der Partei über verfassungsrechtliche Entwicklungen nicht nur im sozialistischen Ausland, sondern auch über institutionelle Regelungen in den Verfassungen westlicher Nationen, unter anderem über die unterschiedlichen Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit (Kilényi, 1990:17-19).

5.1.2 Pläne für ein Verfassungsgericht

Die Ursprünge der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn liegen im letzten sozialistisch geführten Justizministerium und den Verhandlungen des Runden Tisches.²⁵² Ungarn erlebte wie alle sozialistischen Länder in den achtziger Jahren eine allgemeine Wirtschaftskrise. Um 1988 hatten sich die ungarischen Wirtschaftsprobleme derart verschärft, dass die kommunistische Partei sie nicht länger verbergen konnte. Dies untergrub die Legitimation des Regimes, das bis dahin einen gewissen Rückhalt in der Bevölkerung gehabt hatte, in fataler Weise.

Anders als in den „Bruderstaaten“ hatte János Kádár nach Ende der Repressionsphase, die dem Aufstand von 1956 folgte, einen pragmatische Kurs eingeschlagen. Dieser ließ zu, dass Reformen innerhalb der Partei gegen Ende der 80er Jahre auf eigene Initiative die als unhaltbar empfundenen Zustände anzugehen versuchten. Rudolf Tökes nennt drei Faktoren, welche die Position dieser Reformen stärkten: die zunehmende Verschuldung bei westlichen Kreditgebern, die erhöhten internationalen Spannungen und die Weigerung Moskaus,

252. Das Folgende ist eine aktualisierte Fassung von Boulanger, 1999:37-46.

die Lage der ungarischen Wirtschaft durch Subventionen zu stabilisieren (Tökés, 1996:253). Ende der achtziger Jahre, als die wirtschaftliche Lage die konservativen Kräfte innerhalb der Partei in die Enge getrieben hatte, konnten die Ideen der Reformen sich durchsetzen. So wurde schon Anfang 1988 dem Justiz- und dem Innenministerium der Auftrag erteilt, neue Vereins-, Versammlungs- und Wahlgesetze zu erarbeiten und Entwürfe für eine Verfassung vorzubereiten, die einen Präsidenten und ein Verfassungsgericht vorsahen (Schiemann, 2001:374-375). Ziel dieser Reformen war allerdings nicht die Kontrolle der kommunistischen Partei (Magyar Szocialista Munkáspárt, MSZMP), die Regierung und Staat beherrschte.

The intent behind these institutions was clear: to create an interlocking system of perverse checks and balances that the MSZMP could use to eliminate its more radical opponents and coopt its more moderate ones. The constitutional court was to play an important role in this strategy, as it would provide a veneer of political reform and the rule of law behind which the MSZMP could ban political parties and insulate important features of the socialist system from opposition challenges. (Schiemann, 2001:374)

Während der Parteikonferenz im Mai 1988, die den Übergang der Herrschaft von János Kádár auf den Reformen Károly Grósz besiegelte, wurde die Forderung nach einer neuen Verfassung, die bisher nur in Expertenzirkeln diskutiert wurden, auf die politische Agenda gesetzt. Auf dieser Konferenz wurde Kálmán Kulcsár, ein international bekannter Rechtssoziologe aus der ungarischen Akademie der Wissenschaften, zum Justizminister, und Géza Kilényi, ebenfalls aus dieser Institution, zum Vizeminister berufen.²⁵³ Sie bekamen den Auftrag, Vorschläge für eine Verfassungsreform auszuarbeiten. Dazu richteten sie zahlreiche Arbeitsgruppen im Justizministerium ein, welche sie mit jungen, reformorientierten Spezialisten besetzten. Die in diesen Arbeitsgruppen erarbeiteten Entwürfe kann man als für die damaligen politischen Verhältnisse revolutionär bezeichnen. Die geplante neue Verfassung enthielt keine Hinweise auf die Führungsrolle der Partei. Sie sollte staatliches Handeln wirklich rechtlich binden. Dies stand im Gegensatz zur bisherigen Verfassung, die lediglich als politisches Manifesto gedacht war, ebenso wie die Verfassungen der anderen sozialistischen Staaten (Tökés, 1996:283-85, Kilényi, 1990:25). Trotzdem versuchte die MSZMP, ihre faktische Führungsrolle zu behalten. Welche Rolle ein Verfassungsgericht in der neuen Verfassung spielen sollte, konnte man am Gesetzesentwurf sehen, der im Sommer 1989 im Parlament verabschiedet werden sollte: Die Richter sollten vom Parlament mit einfacher Mehrheit gewählt, aber auch wieder abgewählt werden können, darüber hinaus war vorgesehen, dass das

253. Kulcsár und Kilényi haben Berichte über ihren Beitrag zum Systemwandel veröffentlicht, siehe Kulcsár, 1997 und Kilényi, 1990. Zu den Vorstellungen Kulcsárs siehe auch Eibner, 1989.

Parlament Entscheidungen zur Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes überstimmen konnte. Zudem sollte das Gericht nur neue Gesetze prüfen können, wodurch das bestehende System nicht zur Disposition gestellt wurde (Schiemann, 2001:375).

Die Reformsozialisten unter Generalsekretär Karoly Grósz und Ministerpräsident Miklós Németh hofften, in einer Art „Reformdiktatur“ die Wirtschaft zu stabilisieren und die Macht des Apparats zu retten. Angesichts der zunehmenden Auflösungserscheinungen innerhalb der Partei und dem Druck, den die Ereignisse in Polen ausübten,²⁵⁴ blieb ihnen aber schließlich nichts anderes übrig, als mit der politischen Opposition direkt zu verhandeln. Als deutlich wurde, dass Moskau nicht eingreifen würde, verloren die Parteieliten zunehmend die Initiative (Tökés, 1996:305-332; Kilényi, 1990:20-21).

5.1.3 Das Verfassungsgericht am „Nationalen Runden Tisch“

Die zuvor kleine und isolierte Oppositionsbewegung gewann inzwischen an Zulauf. Gegen Ende 1988 hatten sich schon 22 politische Gruppierungen gegründet (Tökés, 1996:308-314; Sajó, 1996c:72-74). Als die reformistischen Eliten in Staat und Partei realisierten, dass Parteistrukturen und öffentliche Unterstützung der Partei rapide zerfielen, traten sie die Flucht nach vorne an. Im Februar 1989 wurden die oppositionellen Gruppen legalisiert und politischer Pluralismus und Vereinigungsfreiheit per Gesetz eingeführt. Am 22. März institutionalisierten die oppositionellen Kräfte ihre Zusammenarbeit mit der Gründung eines „Runden Tisches der Opposition“, um gegenüber Partei und Regierung mit einer Stimme aufzutreten. Trotz anfänglicher Widerstände sah sich die kommunistische Partei schließlich gezwungen, unter dieser Bedingung mit der Opposition zusammenzuarbeiten (Sajó, 1996c:72-76; Tökés, 1996:345-354). Das polnische Beispiel, dessen Erfolge und Probleme die Opposition über die ausländische Berichterstattung verfolgen konnte, diente dabei sowohl als Katalysator und als Vorbild. Im Unterschied zur polnischen Opposition, die – zumindest während der Verhandlungen – vereint auftrat und breite Unterstützung in der Bevölkerung genoss, war die ungarische Opposition ideologisch fragmentiert und ohne gesellschaftlichen Rückhalt (Kis, 2003).

Am 14. Juni 1989 trat der Nationale Runde Tisch (NRT) erstmals zusammen.²⁵⁵ Ziel des Runden Tisches war es, Gesetze auszuarbeiten und eine „politische Einigung“ über die fundamentalen Probleme des Übergangs zu Demokra-

254. Zu den Auswirkungen des polnischen Runden Tisches auf Ungarn siehe Kis, 1998:346-349.

255. Anders als bei seinem polnischem Vorbild war eine dritte Seite (bestehend aus den staatlichen Massenorganisationen) beteiligt, die allerdings später bedeutungslos blieb. Siehe zu den vielen wichtigen Vorentscheidungen, die für das spätere demokratische Ungarn von den Vertretern des Runden Tisches ausgehandelt wurden, und zum Ablauf der Verhandlungen Sajó, 1996c:81-94; Bozóki, 2002.

tie und der Einführung eines marktwirtschaftlichen Systems zu erreichen. Man einigte sich darauf, detaillierte Vorschläge in Unterausschüssen auszuarbeiten, die später in Plenarsitzungen beschlossen werden sollten. Eigentlich sah zunächst alles danach aus, dass die Regierung leichtes Spiel haben würde. Keiner der Delegierten des „Runden Tisches der Opposition“, der die Aktivitäten der Oppositionellen koordinierte, hatte politische Erfahrungen, die meisten waren akademische Experten oder „enthusiastic amateurs“ (Tökés, 1996:336). Für Tökés spielten die Verhandlungsteilnehmer seitens der Opposition mit „geborgten Spielkarten“, d.h. „they enacted the role of an artificially empowered quasi-legislature“ (ebd.). Es deutete nichts darauf hin, dass die weitgehend unbekannt Personen den gewieften Taktikern aus der Partei gewachsen waren. Jedoch ist die Tatsache, dass die Opposition sich in fast allen Belangen durchsetzen konnte, sicher nicht nur auf die äußeren Umstände des rapiden Autoritätsverfalls des Regimes zurückzuführen, sondern zeugt auch davon, dass die Regierung die „intellectual maturity and bargaining skills“ (ebd.: 337) der Opposition völlig unterschätzt hatte.

Gesetzesentwürfe wurden unter der Beteiligung von Regierungsexperten vorbereitet (ebd.:332-335). Die Oppositionsgruppen und die Experten des Justizministeriums arbeiteten dabei anfänglich weitgehend konfliktfrei zusammen, die Vorschläge aus dem Justizministerium wurden in sehr vielen Fällen übernommen. Dies lag zum einen daran, dass der Opposition zum Teil das juristische Fachwissen, zum anderen auch das Interesse an Detailregelungen fehlte (Sajó, 1996c:85). Zum anderen entsprachen viele Vorschläge den Vorstellungen der Opposition. In den politisch wichtigen Kernfragen jedoch taktierte die Opposition geschickt und verweigerte sich Zugeständnissen. Dabei war die Drohung, die Verhandlungen abubrechen, besonders wirksam.

Die Unterkommission „Verfassungsreform“ des „Politischen Komitees“ des NRTs hatte die Aufgabe, die stalinistische Verfassung von 1949 in ein Dokument zu verwandeln, das die politische Identität, institutionelle Struktur und das Bürger-Staatsverhältnis eines pluralistisch-demokratischen politischen Systems widerspiegelte. Weder die Regierung noch die Opposition hatten ursprünglich die Absicht, eine ganz neue Verfassung zu schaffen. Die Unterkommission sollte lediglich die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für pluralistische Wahlen schaffen, auf deren Grundlage dann weitere Reformen in Angriff genommen werden konnten. Die Oppositionsvertreter hielten sich selbst nicht für ausreichend legitimiert. Sie wussten, dass sie im Gegensatz zur polnischen Opposition keinen wirklichen Rückhalt in der Bevölkerung genossen (Kis, 1998:348-9).

Dazu kam, dass sie dem Drängen der Regierungsvertreter zur Verabschiedung einer neuen Verfassung misstrauisch gegenüberstanden. Die Opposition fürchtete, bei einer völligen Neuformulierung übervorteilt zu werden, da sie nicht die Zeit hatte, die Entwürfe der Regierungsseite zu überprüfen. Sie konnte

sich schließlich damit durchsetzen,²⁵⁶ die gesamte Verfassung Artikel für Artikel durchzusehen und alle Bezüge zum Einparteiensstaat zu streichen. Da nach dieser Streichaktion kaum noch Verfassungsartikel übrig blieben, entschlossen sich die Teilnehmer des Unterausschusses, die rechtlichen Bestimmungen einzufügen, zu deren Beachtung sich Ungarn durch die Ratifikation internationaler Menschen- und Bürgerrechtsabkommen verpflichtet hatte. So wurde aus der anfänglichen, rein technisch verstandenen Aufbesserung der Verfassung eine weitreichende Neuformulierung, zu der die Unterkommission eigentlich gar kein Mandat hatte. Durch diese Verfassungsänderungen erhielt Ungarn materiell eine völlig neue Verfassung. Kaum ein Artikel blieb unverändert - 95 Prozent aller Bestimmungen waren neu geschrieben worden (Sajó, 1996:88; Scheppelle, 1998).

Die Einführung des Verfassungsgerichts steht in diesem Zusammenhang. Die Opposition hatte die Pläne der Regierung zur Einführung eines Verfassungsgerichts zunächst abgelehnt. Dabei war sie nicht grundsätzlich gegen ein Gericht, sondern wies die Absicht der Regierung zurück, das Gericht ohne Rücksprache mit der Opposition gesetzlich zu verankern, bevor ein neu gewähltes Parlament über eine neue Verfassung entscheiden konnte. Sie sah darin den Versuch, das neue Parlament im Sinne der alten Verfassung zu kontrollieren. Die Regierung gab in der Sache nach und zog den Gesetzesentwurf zurück (Schiemann, 2001:376). Auch während der Verhandlungen betrachtete die Opposition die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit lange Zeit mit Misstrauen und lehnte alle Versuche der Regierungsvertreter ab, das Gericht auf die Tagesordnung zu setzen. Nachdem aber die Verfassungsreform im Sinne der Opposition ausgefallen war, hatte sich die Lage geändert. Die Opposition betrachtete nach den weitreichenden Veränderungen die Verfassung als „verteidigungswert“. In den Worten des Oppositionspolitikers Péter Tölgyessy:

at that time I looked over the constitution and determined that it was a constitution worth protecting... There would be greater advantages than disadvantages to accepting the constitutional court if we were successful in obtaining a lot of amendments to it and in getting guarantees on selecting the justices as well. (zitiert in Schiemann, 2001:380)

Die Opposition, die in diesen Fragen vom späteren Präsidenten des Verfassungsgerichts, László Sólyom, beraten wurde, war nun bereit, sich auf den Plan der Regierung einzulassen, ein Verfassungsgericht einzurichten. Sie forderte für ihre Zustimmung die Beteiligung an der Ausgestaltung der Kompetenzen und

256. Schiemann (Schiemann, 2001:379) berichtet vom erfolglosen Versuch des Unterhändlers Kilényi, die eigenen Entwürfe durchzusetzen, indem er mit der Annahme dieser Entwürfe im Parlament drohte. Die MSZMP hielt ihre eigene Verhandlungsposition zu diesem Zeitpunkt aber offensichtlich für so schwach, dass sie dem Widerstand der Opposition sofort nachgab und Kilényi aus den weiteren Beratungen zurückzog.

der Art und Weise, wie die Richter gewählt werden. Diese Einigung erfolgte in letzter Minute – drei Tage vor dem Termin, an dem die Verhandlungen beendet und ein Abkommen zwischen Regierung und Opposition geschlossen werden sollte (Schiemann, 2001:380).

In der verbleibenden kurzen Zeit mussten viele wichtige Fragen geklärt werden.²⁵⁷ Am umstrittensten war die Frage der Richter. Die Opposition befürchtete, dass die MSZMP mit ihrer Mehrheit im Parlament und ihrer Kontrolle über die juristischen Fachorganisationen²⁵⁸ nur ihr genehme Kandidaten in das Gericht bringen könnte. Sie konnte zunächst aushandeln, dass die ersten fünf Richter noch vor der Konstituierung des neuen Parlaments vom alten – illegitim – Parlament gewählt würden. Von diesen fünf Richtern stellten die MSZMP zwei und die Opposition jeweils zwei, der fünfte sollte ein „neutraler“ Kandidat sein, der für beide Seiten annehmbar war. Weitere fünf Richter würden dann fünf Jahre nach den nächsten Parlamentswahlen bestimmt werden.

Unter dem Druck der Opposition wurde nicht nur die ursprüngliche Regelung gestrichen, dass das Parlament die Entscheidungen des Gerichts überstimmen konnte (Schiemann, 2001:383). Damit war gesichert, dass die Entscheidungen des Gerichts für die Legislative bindend waren. Die Opposition konnte auch durchsetzen, dass das Gericht zur Aufhebung von Gesetzen berechtigt war und dass außerdem – das sollte später außerordentlich wichtig werden – jedermann berechtigt war, mit Hilfe einer Popularklage sich an das Gericht zu wenden (Spuller, 1998:10). Die Opposition fürchtete nämlich, dass Schlüsselpositionen im neuen politischen System in den Händen der Reformkommunisten bleiben würden. Ebenso setzte sie durch, dass das Gericht mit der Befugnis ausgestattet wurde, Gesetze mit Verweis auf internationale Normen außer Kraft zu setzen. Ungarn hatte einige völkerrechtliche Verträge unterzeichnet, viele ungarische Gesetze widersprachen diesen Vereinbarungen aber, ohne dass dies nach ungarischem Recht korrigiert werden konnte (Schiemann, 2001:383). Nach dem ursprünglichen Entwurf der Regierung sollten nur neue Gesetze dieser Prüfung unterliegen, also solche, die ein neues, eventuell von der Opposition dominiertes Parlament verabschieden würde. Die abschließende Vereinbarung sah dann aber vor, dass grundsätzlich alle geltenden Normen vom Verfassungsgericht ohne zeitliche Beschränkungen überprüft werden konnten. (Schiemann, 2001:384).

Warum ließen sich die Regierungsvertreter auf die Forderungen der Opposition ein, obwohl es Warnungen von Parteiexperten gab (Paczolay, 1992:807)? Einerseits ließen die „hurried last minute ad hoc negotiations“ (Schiemann,

257. Zum Gang der Verhandlungen über das Verfassungsgericht siehe Schiemann, 2001:380-383.

258. Die Regierung hatte zunächst vorgeschlagen, die Richter von den der Juristenvereinigung und den juristischen Gremien der Akademie der Wissenschaften auswählen zu lassen (Kilényi, 1990:32).

2001:384) kaum Zeit, um taktische Manöver durchzuführen. Die Zeit spielte der Opposition in die Hände, denn die Regierung wollte unbedingt ein Ergebnis (ebd.:386). Sie schätzte ihre Verhandlungsposition aufgrund der politischen Entwicklungen auf nationaler und internationaler Ebene als so gering ein, dass Drohungen der Opposition, den Verhandlungstisch zu verlassen, regelmäßig zum Nachgeben in einzelnen Verhandlungspunkten führten.

Da die Regierung ihren Willen nicht durch machtpolitische Dominanz durchsetzen konnte, setzte sie darauf, dass die ausgehandelten Regeln so weit wie möglich zu ihrem Vorteil waren. Schiemann (2001) hat die Verhandlungen über die Kompetenzen des Verfassungsgerichts analysiert und stellt zu Recht fest, dass die Ergebnisse keinem rechtstheoretisch durchdachten Konzept entsprangen. Die Verhandlungsergebnisse schrieben die Regeln fest, von denen sich die Parteien – vor dem Hintergrund der ihnen zur Verfügung stehenden Informationen und der Einschätzung des eigenen Verhandlungsspielraums – die größten Vorteile für die Situation nach den kommenden Wahlen versprachen. Dass die MSZMP zunächst plante, das Verfassungsgericht durch die Parlamentsmehrheit zu kontrollieren, lag daran, dass sie erwartete, im neuen Parlament die Mehrheit zu stellen. Nachdem diese Aussicht immer zweifelhafter wurde, änderte sich der Charakter der Verfassungsgerichtsbarkeit: Aus einer Institution, die kontrolliert werden musste, wurde eine, die Schutz vor dem politischen Gegner bieten konnte. Aber auch das Verhalten der Opposition entspricht diesem Muster: Während sie am Anfang, als die Regierung noch übermächtig schien und die Verfassungslage nicht zu ihrem Vorteil war, ein Verfassungsgericht ablehnte, änderte sich die Lage nach der vollständigen Überarbeitung der Verfassung. Jetzt wurde ein „Hüter“ gebraucht, der die vereinbarten Regeln gegenüber dem neuen Parlament durchsetzen würde und ein „Schiedsrichter“, der Streitigkeiten zwischen den beiden Parteien entscheiden konnte. Da keine Seite wusste, ob sie nach den Wahlen in der Mehrheit oder Minderheit sein würde, schien die Delegation weitreichender Kompetenzen an einen neutralen „Dritten“ sinnvoll. Die Neutralität erhoffte man durch die Modalitäten der Richterwahl herzustellen.

Nachdem Partei und Regierung zugestimmt hatten, wurde in aller Eile ein Verfassungsgerichtsgesetz entworfen.²⁵⁹ Zu Hilfe kam den Befürwortern eines Verfassungsgerichts, dass mit Ausnahme von Experten wie László Sólyom auf

259. Scheppele, 1998 beschreibt dies so: „Over a weekend, working in offices of the justice ministry, a constitutional court sub-subcommittee of the constitutional drafting subcommittee of the political committee of the Roundtable met to draft a new law. In two days it was done – bits and pieces of constitutional competence were cut and pasted from existing constitutional court acts, primarily the German but also looking further afield than that.“ Scheppeles Darstellung scheint etwas übertrieben, denn das Subkomitee konnte sich auf Vorarbeiten stützen (die Studien des Instituts für Staatsrecht an der Akademie der Wissenschaften). Es ist bislang noch unklar, inwieweit diese bei der Formulierung des Verfassungsgerichtsgesetzes berücksichtigt wurden.

Oppositionsseite und Kílényi auf Regierungsseite wenige Akteure eine Vorstellung von der Bedeutung und den möglichen Auswirkungen einzelner Kompetenzen des Verfassungsgerichts hatten. Viele hätten die Form, in der das Verfassungsgericht damals entstand, wohl nicht unterstützt, wenn sie gewusst hätten, wie es sich in der Zukunft verhalten würde (Sólyom in Grudzinska-Gross, 1994: 52, siehe auch Halmai, a.a.O.:59).

Die am Runden Tisch beschlossenen Gesetze und Verfassungsänderungen wurden wenig später ohne wesentliche Änderungen vom Parlament beschlossen. Vor dem Hintergrund des nahenden symbolträchtigen Jahrestages der Revolution von 1956 und der inzwischen erfolgten Selbstauflösung der MSZMP war die Regierung zu ihrer eigenen Popularitätssteigerung daran interessiert, die wichtigsten Forderungen der Opposition zu erfüllen und übte entsprechenden Druck auf die Parlamentarier aus. Die verfassungsändernden Gesetze wurden noch nicht einmal diskutiert, sondern innerhalb weniger Stunden angenommen (Tökés, 1996:357-360; Sajó, 1996c:88).

Charakteristisch an dieser „verfassungsmäßigen Revolution“ war, dass die Verfassungsänderungen unter Verwendung der prozeduralen Bestimmungen der alten Verfassung vorgenommen worden waren und somit rechtliche Kontinuität herrschte (Arato, 1994, Kis, 1998). Auch wenn der Inhalt sich vollständig geändert hatte, war formal keine neue Verfassung entstanden, sondern nur eine Verfassungsänderung vorgenommen worden.²⁶⁰ Dazu kam, dass diese Verfassungsänderung formal von einem Parlament ohne demokratische Legitimation verabschiedet worden war. Auch die Vertreter der Opposition hatten keine demokratische Legitimation – ein Grund, warum sie sich zu Anfang auch einer weitreichenden Verfassungsreform widersetzt hatten.

Beide Seiten gingen aber davon aus, dass das neue Parlament eine neue Verfassung erarbeiten würde. Dazu ist es aus verschiedenen Gründen bis 2011 nicht gekommen. Auch wenn der Verfassungsreform von 1989 die demokratische Legitimität fehlte, inhaltlich war sie zweifellos als Grundlage des Umbaus Ungarns in einen demokratischen Rechtsstaat nach europäischen Maßstäben gut geeignet.²⁶¹

5.1.4 Rollenbilder in den Kompetenzzuweisungen

Welche Rolle sahen die formalen Kompetenzen in der Verfassung und im Verfassungsgerichtsgesetz für das Gericht vor? Der neue § 32/A der ungarischen Verfassung von 1989 (fortan abekürzt als UngVerf 1989)²⁶² erläuterte in sechs

260. Über der Verfassung stand weiterhin „Gesetz XX/1949“. Dies erlaubte später Gegnern der Verfassung diese als „stalinistisch“ zu diskreditieren. Siehe Abschnitt 6.1.

261. Vgl. Brunner, 1993a; Wachtel, 1996; Petsche, 1996.

262. Die Verfassung von 1989 war durch Paragraphen (§) und nicht durch Artikel gegliedert. Die

kurzen Absätzen die Kompetenzen und die Struktur des Gerichts. Das Verfassungsgericht sollte die „Verfassungsmäßigkeit der Gesetze überprüfen“ (Abs. 1) und „Gesetze und sonstigen Rechtsinstrumente der staatlichen Leitung, die es für verfassungswidrig hält, aufheben“ (Abs. 2).²⁶³ Hier zeigt sich die Hüterfunktion des Gerichts, den Vorrang der Verfassung über neues Recht durchzusetzen. Damit aber nicht genug: Absatz 3 gestattete es grundsätzlich „jedem“, in den gesetzlich zu regelnden Fällen vor dem Verfassungsgericht ein Verfahren anzustrengen. Damit wurde eine Popularklage eingeführt und das Bestreben deutlich, den Zugang zum Gericht so offen zu halten, dass es über die traditionelle Hüterfunktion hinaus zum Motor einer offensiven Rechtsumgestaltung werden konnte. Dadurch, dass die klagende Person nicht vom angegriffenen Gesetz betroffen sein musste und sonstige Zulässigkeitsbedingungen verfassungsrechtlich nicht geregelt waren, konnte dem Gericht jede existierende Rechtsnorm vorgelegt werden. Diese Regelung sollte unter anderem dazu dienen, das ungarische Rechtssystem unter Beteiligung der Öffentlichkeit von verfassungswidrigen Elementen der alten Ordnung zu reinigen, wie es schon die sozialistischen Reformeliten beabsichtigt hatten. Dem Gericht wurde somit von Anfang an die Rolle zugewiesen, das gesamte bestehende Recht auf materielle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

Die restlichen Abschnitte des Artikels bringen den Kompromisscharakter des Verfassungsgerichts zum Ausdruck. Die ursprünglich 15, später auf elf reduzierten Richter mussten vom Parlament mit 2/3-Mehrheit gewählt werden, nachdem sie von einem Nominierungsausschuss vorgeschlagen worden waren, in dem alle im Parlament vertretenen Parteien einen Vertreter sendeten (Abs. 4). Dieses Prozedere zeigt das Misstrauen, das die Teilnehmer am Nationalen Runden Tisch gegenüber einer zukünftigen Parlamentsmehrheit hegten: Im Grunde wurde es der Parlamentsmehrheit völlig unmöglich gemacht, die Zusammensetzung des Verfassungsgerichts in ihrem Sinne zu steuern. Absatz 5 bestimmte, dass die Mitglieder des Verfassungsgerichts keiner Partei angehören und keine politische Aktivitäten außerhalb ihrer Aufgaben als Richter ausüben durften. Dies kann als Versuch verstanden werden, durch formale Regeln ein Minimum an Neutralität der Richter sicherzustellen. Schließlich legte der letzte Absatz fest, dass Änderungen des Verfassungsgerichtsgesetzes eine 2/3-Mehrheit der Abgeordneten verlangten. Auch hier kommt das Misstrauen gegenüber der noch nicht bekannten Parlamentsmehrheit zum Ausdruck: Außer im Fall, dass das die Regierungsfractionen über eine 2/3-Mehrheit verfügte, konnten die

Umstellung auf Artikel erfolgte erst im Grundgesetz von 2011. Ich danke Herbert Küpper für diesen Hinweis. In englischen Texten wird allerdings durchweg die Bezeichnung „Article“ verwendet.

263. Vgl. Brunner, 1995:26.

Wahlsieger nicht ohne Mitwirkung der Opposition die Ausgestaltung des Verfassungsgerichts ändern.

Die Verfassung enthielt an mehreren Stellen weitere, für die Untersuchung nicht relevante Kompetenzzuweisungen an das Verfassungsgericht.²⁶⁴ Bemerkenswert ist vielleicht noch, dass Artikel 19B Abs. 6 bestimmte, dass die Tätigkeit des Verfassungsgerichts auch während einer Staatskrise nicht beschränkt werden durfte. Dies brachte die Rolle des Gerichts als Hüter der Verfassung in Ausnahmesituationen noch einmal deutlich zum Ausdruck.

Das Verfassungsgerichtsgesetz benennt in seiner kurzen Präambel die Ziele der Verfassungsgerichtsbarkeit: Herstellung von Rechtsstaatlichkeit, Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung und den in der Verfassung verbürgten Grundrechten, Stärkung der Gewaltentrennung und Sicherung der checks and balances. Der Inhalt des Verfassungsgerichtsgesetzes war – anders als im deutschen Fall – von der Verfassungsunterkommission des Runden Tisches gleichzeitig mit der Verfassungsbestimmung ausgehandelt worden und enthielt zahlreiche Kompetenzen, die im Verfassungsartikel nicht einzeln aufgeführt waren. § 1 des Verfassungsgerichtsgesetzes bestimmte die einzelnen Kompetenzen: a) die präventive Normenkontrolle, b) die abstrakte repressive Normenkontrolle, c) die Prüfung auf Vereinbarkeit mit internationalen Verträgen, d) Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze (nicht gegen Urteile), e) die Feststellung einer verfassungswidrigen Unterlassung durch das Parlament, f) die Entscheidung über einen Kompetenzstreit zwischen Staatsorganen und g) die Verfassungsauslegung. Der Schwerpunkt der Verfassungsgerichtsbarkeit lag bei der Normenkontrolle einschließlich der Rechtsnormen, die durch die Verwaltung erlassen werden. Eine Kontrolle der ordentlichen Gerichte war dagegen grundsätzlich nicht vorgesehen (Spuller, 1998:16-17). Hintergrund war der vehemente Widerstand des obersten Gerichts, das eine Urteilsverfassungsbeschwerde unbedingt verhindern wollte und sich damit auch durchsetzen konnte (Sólyom, 2002a:26). Damit wurde diese „unechte Verfassungsbeschwerde“ in der Praxis allerdings funktionslos und hat auch keine weitere Bedeutung erlangt (Brunner, 1995:34-35).

Gemäß § 32/A Abs. 3 UngVerf 1989 regelte § 21 Abs. 2 u. 4 des ungarischen Verfassungsgerichtsgesetzes (ab hier zitiert als UngVerfGG), dass – wie oben erwähnt – jedermann ohne weitere Voraussetzungen beim Gericht die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm, das Vorliegen eines verfassungswidrigen Versäumnisses des Parlaments oder die Verletzung seiner verfassungsmäßigen Rechte rügen konnte.²⁶⁵ Ein Unterlassungsverfahren und die Überprüfung der

264. Siehe zu Einzelheiten Spuller, 1998 und Brunner, 2000b.

265. Mir ist kein anderes Gericht bekannt, das eine derartig voraussetzungslose Klagemöglichkeit einräumt. Sowohl beim amerikanischen Supreme Court als auch beim deutschen Verfassungsgericht müssen die Kläger ihre Betroffenheit (deutsch: Beschwerdebefugnis, amerikanisch:

Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verträgen kann das Gericht nach § 21 Abs. 7 Verfassungsgerichtsgesetz auch selbst einleiten. Die Entscheidungen des Verfassungsgerichts waren unanfechtbar und für Staatsorgane, Verwaltung, Gerichte und den Bürger gleichermaßen bindend. Gemäß § 40 VerfGG konnte das Verfassungsgericht die Rechtsnormen und sonstigen Mittel staatlicher Lenkung ganz oder teilweise aufheben, wenn es deren Verfassungswidrigkeit festgestellt hatte. Diese Entscheidung bezogen sich aber nur auf die Rechtsnorm. Vorher entstandene Rechtsverhältnisse und behördliche Entscheidungen wurden nicht davon berührt (Spuller, 1998:182-218).

Auffallend ist die Abstraktheit der Prüfungsverfahren. Das Verfassungsgericht soll nicht die konkreten Tatsachen eines Falles, sondern den Text der zu überprüfenden Rechtsnormen auf seine Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht untersuchen. Die Konzeption des Gerichts war sehr „kelsianisch“, indem es vor allem die Stufenordnung des Rechts sicherstellen sollte. In der Formulierung von Art. 32/A sind nur Gesetze oder gesetzesartige Normen (wie etwa die Dekrete der kommunistischen Regierungen) zur Prüfung vorgesehen. Das Verfassungsgerichtsgesetz fasste die Zuständigkeit etwas weiter und erlaubte dem Gericht auch die Kontrolle „normative[r] Entscheidungen und normative[r] Anordnungen“ (§ 1 a VerfGG) und damit verwaltungsinterner Rechtsakte. Auch die ungewöhnliche Kompetenz, verfassungswidrige Gesetzeslücken festzustellen, ist nur im Verfassungsgerichtsgesetz (§ 1 e) enthalten und spiegelt die Vorstellung eines durch die Verfassung abschließend konstituierten Normengefüges, das durch die Gesetzgebung lückenlos ausgestaltet sein müsse.

Auch die „verfassungswidrige Untätigkeit“ (§ 49 UngVerfGG) kann in diesem Zusammenhang gesehen werden: Bei dieser Klageart „handelt es sich um eine Art negativer Normenkontrolle, bei der das Verfassungsgericht zu prüfen hat, ob ein Staatsorgan es unterlassen hat, einem gesetzlichen Rechtsetzungsauftrag nachzukommen, und auf diese Weise eine Verfassungswidrigkeit hervorgerufen hat“ (Brunner, 1995:36). Besonders bemerkenswert war hier, dass das Verfassungsgericht solche Klagen selbst einleiten konnte und auch damit als aktiver Hüter der Normenhierarchie auftrat, ohne dass es dabei konkreter Streitigkeiten bedurfte.

Die Rolle des Gerichtshofes, so wie sie sich in seinen Kompetenzen darstellt, war, die Einheit dieser hierarchisch strukturierten Rechtsordnung herzustellen²⁶⁶ – der „Hüter“ im klassischen Sinne. Auch die Kompetenzen zur vorbeugenden Normenkontrolle und zur abstrakten Verfassungenauslegung (§ 1 a und g

standing) vorweisen können, um zur Klage berechtigt zu sein. Das deutsche Verfassungsgericht hat eine „*actio popularis*“ definitiv ausgeschlossen (BVerfGE 79,1:14).

266. Hierzu kamen noch zwei Ebenen, die hier nicht näher behandelt werden: die Ebene des internationalen Rechts (siehe Paczolay, 2009:38-39) und Fragen der kommunalen Selbstverwaltung.

VerfGG) scheinen unmittelbar zur Durchsetzung der Normenhierarchie zu gehören. Während die präventive Normenkontrolle in der Theorie die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzesentwürfen sicherstellen soll, könnte die abstrakte Verfassungsauslegung dazu dienen, Unsicherheiten über die Bedeutung der Verfassung zu klären, um das legislative und exekutive Verhalten darauf einzustellen. Insofern kann man hier noch am ehesten einen Anknüpfungspunkt für die Rolle des Gerichts als Schiedsrichter bei Kompetenzstreitigkeiten sehen.²⁶⁷ In der politischen Praxis zeigte sich allerdings rasch, dass diese Verfahrensarten das Verfassungsgericht in den parlamentarischen Kampf hineinzogen, da Anträge – was nicht weiter verwundert – nur aus rein strategischen Gründen gestellt wurden. Das Verfassungsgericht hat sich diesen Versuchen, das Gericht im legislativen Prozess zu instrumentalisieren, entzogen, indem es seine Kompetenzen sehr eng auslegte oder sogar mit Verweis auf die Gewaltenteilung Anträge zurückwies (Sólyom, 1991:14; Brunner, 1995:30).

Die formalen Kompetenzen aus Verfassung und Verfassungsgerichtsgesetz legen also eine Rollenzuschreibung nahe, die einem „Hüter der Verfassung“ entspricht, der die Stufenordnung des Rechts sicherstellt, der also eine eher technische Funktion übernimmt. Mit dieser Zuschreibung sind die Erwartungen, die die politischen Akteure an das Gericht richteten, jedoch noch nicht vollständig beschrieben.

Anna Seleny (Seleny, 1999a) hat argumentiert, dass die Systemtransformation in Ungarn durch pragmatisch-konsensuale und kooperative Verhaltensmuster geprägt war – etwa im Vergleich zum konfrontativen Stil der Verhandlungen in Polen. Diese Verhaltensweisen hatten sich in den 1970er und 1980er Jahren etabliert, die durch einen stillschweigenden Kompromiss zwischen Staat und Gesellschaft gekennzeichnet waren und unter anderem bewirkten, dass technische Fragen in den Vordergrund und ideologische Konflikte in den Hintergrund rückten. Dies hat auch den Prozess der Verfassungsgebung beeinflusst, in dem die Experten von Regierung und Opposition großen Einfluss auf die Verhandlungsergebnisse hatten. Jedoch können die Verhandlungsergebnisse, wie Seleny selbst feststellt, nicht nur als Konsensstreben, sondern im Gegenteil als ein Ausdruck von Misstrauen zwischen den Parteien gedeutet werden:

Both the former, uncertain of its ability to obtain a two-thirds majority in free elections, and the opposition, believing it would lose, wanted a strong constitutional court to protect them and in effect negotiated to maintain the status quo that had evolved in the power balance between opponents. (495)

Auch David Bartlett betont den „Versicherungs“-Aspekt der Einrichtung des Verfassungsgerichts, der sich in ein Muster fügt, das die Verhandlungen am

267. Wenn man von der Zuständigkeit für Streitigkeiten bei kommunalen Körperschaften absieht.

Runden Tisch insgesamt prägte. Die ungarische Situation war insofern besonders,

insofar as it created incentives and opportunities for negotiators to fashion rules designed to check each other's ability to manipulate political institutions for partisan purposes [...] Hungarian negotiators operated under a Rawlsian „Veil of ignorance“. (Bartlett, 1997:45)

Die Etablierung des Gerichts war damit eine weitere Folge der „strong incentives of political agents to establish mutual institutional checks prior to the first round of democratic contestation“ (Bartlett, 1997:263; siehe auch Schiemann, 2001). Damit präsentiert sich die Etablierung des Gerichts, wie Haraszi (Haraszi, 2000:275) argumentiert, als deutlichstes Beispiel der „Handshake Tradition“, die (mit der Ausnahme Rumäniens) im mittelosteuropäischen Regimewechsel sichtbar wurde: Die letzten kommunistischen Regierungen und die neuen Kräfte versprachen sich gegenseitig, den bei der entscheidenden ersten Wahl unterlegenen Gegner nicht außerhalb der vereinbarten Regeln zu bekämpfen.

Über die Hüterfunktion im engeren, rechtshierarchischen Sinne hinaus musste daher eine Institution geschaffen werden, bei der beide Parteien davon ausgehen konnten, dass sie bei zukünftigen Streitigkeiten ausgewogen urteilen und sie im Ergebnis vor unrechtmäßigen Angriffen der anderen Seite schützen würde. Die Normen der Verfassung alleine konnten das nicht bewerkstelligen. Die Auswahl der Verfassungsrichter bedeutete nicht alleine die strategische Platzierung der „eigenen Leute“ im Gericht, sondern war auch ein impliziter Auftrag an das Verfassungsgericht, im zukünftigen politischen Streit mäßigend zu wirken. László Sólyom hat dies so ausgedrückt: Ohne dass dies explizit festgehalten wurde, herrschte unter den Teilnehmern des Runden Tisches das Einverständnis, dass es nach den Wahlen keine „Hexenjagd“ geben würde. An dieses Einverständnis hätten sich die Richter zwei Jahre später, als es um die Bestrafung des kommunistischen Unrecht ging, erinnert (Sólyom, 1999).

Der formalen Ausstattung des Gerichts kann man zunächst keine Einladung entnehmen, das künftige Rechtssystem mit zu gestalten. Dass dem Gericht mit den umfassenden Kompetenzen und auf Grund des Fehlens von Zugangshürden eine gestaltende Rolle praktisch in den Schoß gelegt wurde, musste allen, die die Spruchpraxis von Verfassungsgerichten im Ausland kannten, offensichtlich sein. Allerdings handelte es sich nur um einen sehr kleinen Kreis von juristischen Akteuren, von denen einige auch ins Verfassungsgericht gewählt wurden. Der Öffentlichkeit und auch den politischen Akteuren war dies nicht bewusst.²⁶⁸

268. So äußerten sich zumindest mehrere ungarischer Verfassungsrichter in Interviews mit mir.

5.1.5 Richterwahl

Es ist bereits deutlich geworden, dass die Auswahl der Richter einen wichtigen Teil der Machtbalance zwischen Regierung und Opposition darstellte. Die ersten fünf Richter wurden wie vereinbart noch vor der Parlamentswahl nominiert und vom alten Parlament gewählt. Dabei nominierte die Regierungsseite Géza Kilényi, Vizejustizminister und Leiter des Instituts für Staatsrecht sowie den Verfassungsrechtler Ádám Antal. Die Opposition benannte den Zivilrechtler und Experten für Umweltrecht, Datenschutz und Persönlichkeitsrechte László Sólyom, der sie auch bei den Runden-Tisch-Verhandlungen beraten hatte, und den Experten für Römisches Recht, Janos Zlinszky. Beide Parteien einigten sich darauf, als gemeinsamen Kandidaten Pál Solt, Richter am Obersten Gericht, wählen zu lassen. Die Richterwahl und Vereidigung fand am 23. November 1989 statt.

5.1.6 Erste Parlamentswahl und Anfangsphase

Das ungarische Verfassungsgericht nahm am 1. Januar 1990 seine Arbeit auf. Erst danach, am 25. März 1990, fanden die ersten Wahlen statt, die mit einem Wahlsieg der nationalkonservativen Parteien endeten. Mit fast 43 Prozent aller Mandate lag das Ungarische Demokratische Forum (MDF) an der Spitze und konnte mit zwei kleineren konservativen Parteien, der KDNP (Christlich-Demokratische Volkspartei) und der FKGP (Partei der Kleinlandwirte), eine ideologisch relativ homogene Regierung bilden, die im Parlament über fast 60% aller Stimmen verfügte. Zweitstärkste Partei wurde der Bund freier Demokraten (SZDSZ). Die ehemalige Sozialistische Arbeiterpartei, die sich jetzt „Sozialistische Partei Ungarns“ (MSZP) nannte, wurde lediglich viertstärkste Partei und teilte sich die Oppositionsbank mit der SZDSZ und dem Bund junger Demokraten (FIDESZ), der den fünften Platz belegte (Machos, 1995).²⁶⁹

Die Delegierten am Runden Tisch gingen davon aus, dass im Zusammenspiel der Regierungsorgane das Parlament die Führung übernehmen würde. Die Mitglieder der Regierung sollten weitgehend vom Parlament abhängig sein. Der Staatspräsident sollte eine relativ schwache Position haben, und dem Verfassungsgericht war, wie beschrieben, trotz seiner weitreichenden Kompetenzen eher eine technische Rolle zugeordnet. Diese Machtstruktur wurde jedoch durch einen Pakt verändert, den die beiden stärksten Parteien – MDF und SZDSZ – im April 1990 miteinander schlossen. Durch dieses Abkommen wurde eine Reihe von Verfassungs- und Gesetzesänderungen möglich, zu deren Verabschiedung nach der Verfassung eine 2/3-Mehrheit nötig war. Ziel dieses Paktes war es, das Verfassungsgefüge so zu modifizieren, dass die Regierung, die über kei-

269. Für eine vergleichende Analyse der Wahlergebnisse und Parteilandschaften in Ostmitteleuropa siehe Grotz, 2000.

ne 2/3-Mehrheit verfügte, überhaupt effizient arbeiten konnte²⁷⁰ (Tökés, 1996:396-397). Als Gegenleistung dafür, dass die SZDSZ in einer Reihe von Maßnahmen mit den Regierungsparteien stimmte, erklärte sich die MDF bereit, Árpád Göncz, Schriftsteller und SZDSZ-Mitglied zum Präsidenten zu wählen. Aus Sicht der MDF sollte sich diese Wahl noch als Fehler herausstellen. Anstatt, wie vorgesehen, ein rein repräsentatives Amt zu verwalten, entwickelte Präsident Göncz eigene politische Ambitionen, die denen der Koalitionsregierung zuwiderliefen (Tökés, 1996:419). Auch das Verfassungsgericht hielt sich nicht an seine ihm zuge dachte „technische“ Rolle. Wie im Rest dieses Kapitels deutlich wird, zeigen seine Urteile die Absicht, die Transformation Ungarns in eine rechtsstaatliche Demokratie aktiv mitzugestalten.

Die rechtlichen Grundlagen gaben dem Gericht dabei sehr großen Spielraum. Zunächst hatte die Opposition durchgesetzt, dass der Präsident des Gerichts nicht vom Parlament bestimmt wurde, sondern die Richter ihn aus ihrer Mitte wählen durften. Diese wählten den Kandidaten der Opposition, den Zivilrechtler László Sólyom. Das Verfassungsgerichtsgesetz war, wie oben erwähnt, in großer Eile entworfen und verabschiedet worden und ließ viele Fragen offen. Im Grunde überließ das Parlament dem Gericht weitgehend selbst, wie es seine Verfahren regelte (Sólyom, 1991:5). Insbesondere war unklar, welchen Charakter die Verfahren haben sollten. Die Qualität der Institution als „Gericht“ legte mündliche Verhandlungen mit Anhörungen nahe. Angesichts der rein abstrakten Kompetenzen des Gerichts (es konnte nur die Verfassungswidrigkeit von Normen, aber nicht von konkreten Gerichtsentscheidungen feststellen) waren aber rein schriftliche Verfahren sachgerechter. Schließlich gab es keine „Betroffenen“ – auch die „Verfassungsbeschwerde“ (§ 48 VerfGG) zielte nur auf die Annullierung der Normen. Die Frage war, ob das Verfassungsgericht ein „Gericht“ war oder eher ein „Sachverständigenkörper von Professoren“ (Sólyom, 2002d), der als eine Art wissenschaftliches Institut über die Verfassungsmäßigkeit von Normen befand, ohne dass es im eigentlichen Sinne darauf ankam, wer den Antrag auf Prüfung stellte. Die Richter experimentierten eine Weile mit öffentlichen Anhörungen, gaben dies aber schließlich auf, weil diese, zumindest nach Sólyoms Eindruck, keinen wirklichen Erkenntniswert für die Entscheidungen bedeuteten (Sólyom, 2002d).

Anders als ihre deutschen Kollegen in den 1950ern, die sich nach Karlsruhe „verbannt“ sahen, konnten die ungarischen Richter durchsetzen, dass das Gericht nicht, wie in § 3 VerfGG eigentlich vorgesehen, ein Gebäude in der Provinzstadt Esztergom beziehen musste, sondern in Budapest nach einer Zwischenlösung ein eigenes Gebäude beziehen konnte. Das Gericht wurde zwar

270. So wurde u.a. das konstruktive Misstrauensvotum eingeführt, die Abwahl von Ministern durch das Parlament abgeschafft und die Anzahl der Gesetze mit Verfassungsrang verkleinert. Durch diese Veränderungen erfuhr das Amt des Präsidenten eine leichte Aufwertung.

von der Regierungsbürokratie zunächst nicht ernstgenommen,²⁷¹ erarbeitete sich aber mit der Zeit durch ständiges Insistieren den Status, den Richter wie Sólyom und Kilényi für angemessen hielten: zum Beispiel, dass die Richter des Verfassungsgerichts, was das Protokoll betraf, bei Staatsakten noch vor den Ministern platziert wurden (Sólyom, 2002d).

5.2 Fallstudien

5.2.1 Wahlrechtsentscheidung

Das ungarische Verfassungsgericht konnte seine Hüterfunktion bei einer sehr frühen Entscheidung ausüben, die sich mit dem ungarischen Wahlrecht befasste. Die ungarische Verfassung sah vor, dass alle ungarischen Staatsbürger mit Wohnsitz in Ungarn das Wahlrecht besaßen. Die Regierung erließ aber ein Wahlgesetz, das nur denjenigen Ungarn die Teilnahme an den Wahlen erlaubte, die sich zur Zeit der Wahlen in Ungarn aufhielten. Diese durch die Verfassung nicht gedeckte Einschränkung wurde durch das Verfassungsgericht für nichtig erklärt. Das Verfassungsgericht sah durch das Wahlgesetz die Verfassung schon formell verletzt: § 8 UngVerf 1989 in der damals geltenden Fassung bestimmte, dass Grundrechte nur durch Gesetze beschränkt werden dürften, die mit verfassungsändernder Mehrheit angenommen wurden (sogenannte „Verfassungsgesetze“).²⁷² Das Wahlgesetz war aber nur mit einfacher Mehrheit verabschiedet worden. Dieser Verstoß gegen die Verfassung war objektiv nicht bestreitbar und das Verfahren konnte nur damit enden, dass das Gericht den entsprechenden Passus als verfassungswidrig erklärte (Entscheidung 3/1990 (III. 4) AB). Das Gericht ging aber noch darüber hinaus und erklärte, dass die Bestimmung auch materiellrechtlich verfassungswidrig war, weil „temporary stay in a foreign country was no sufficient ground for restricting the right to vote under conditions of modern communication and transport“ (Sólyom, 1991:11).

Da die Entscheidung knapp drei Wochen vor der ersten Parlamentswahl verkündet wurde, blieb dem Parlament kaum Zeit, eine verfassungsmäßige Lösung zu finden. Die einfachste und radikalste Lösung bestand darin, § 70 Abs. 1 der Verfassung so zu verändern, dass er dem Gesetz entsprach: Ein eilig hinzugefügter Passus bestimmte, dass nur derjenige das Wahlrecht habe, der sich am Wahltag auf ungarischem Gebiet befinde.

271. Sólyom berichtet, dass die Richter um ein angemessenes Gebäude und die erforderliche Ausstattung kämpfen mussten. So habe das Gericht erst einen Telefonanschluss bekommen, nachdem Sólyom diesen Mangel in einem Interview mit der Oppositionszeitung öffentlich machte. Auch das jetzige Gebäude konnte nur durch eine persönliche Intervention beim Premierminister für das Verfassungsgericht gewonnen werden (Sólyom, 2002d).

272. Art. 8 Abs. 2 in der Fassung vom 23. Oktober 1989. Siehe Sólyom/Brunner, 2000:380 Fn. 2.

Damit stellte sich für das Gericht – oder zumindest für Sólyom – die Frage, ob es „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ geben könnte. Schließlich wurde die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung auch verfassungsdogmatisch begründet: Die Einschränkung des Wahlrechts sei angesichts der heutigen Kommunikations- und Transportmittel nicht gerechtfertigt, in anderen Worten, sie war unverhältnismäßig. Darüber hinaus war keiner der Gründe aus § 8 Abs. 3 UngVerf 1989 (alter Fassung) einschlägig. Das Gericht hat eine Kompetenz zur Verwerfung von Verfassungsänderungen abgelehnt, da die ungarische Verfassung keine „Ewigkeitsklauseln“ wie das Grundgesetz kennt (Sólyom, 1991:21). Aber die Tatsache, dass die Frage intern diskutiert wurde, zeigt, wie groß das Selbstvertrauen der Richter zu diesem Zeitpunkt schon war.

5.2.2 Der „Aktivismus“ beginnt: Die Erfindung einer Grundrechtshierarchie

5.2.2.1 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (8/1990)

Das, was in dieser Arbeit mit dem Begriff der „Gründung“ analysiert wird, wurde in Ungarn, in Anschluss an die Debatte in den Vereinigten Staaten unter dem Begriff „Aktivismus“ debattiert.²⁷³ Für Gábor Halmai (Halmai, 2007:5) ist die erste Entscheidung, die den „Aktivismus“²⁷⁴ des Sólyom-Gerichtes deutlich macht, die Entscheidung 8/1990, die am 23. April 1990 erging. In dieser Entscheidung befand das Gericht die Bestimmung aus dem Arbeitsgesetzbuch für verfassungswidrig, die den Gewerkschaften erlaubte, Arbeitnehmer ohne deren Zustimmung zu vertreten.

Sólyom konnte in dieser frühen Entscheidung die anderen Richter überzeugen, dass aus der Verfassung ein allgemeines Persönlichkeitsrecht herausgelesen werden kann, das sich aus dem Recht auf Menschenwürde gem § 54(1) UngVerf 1989 ergibt. Das Gericht führte dazu aus:

The Constitutional Court regards the right to human dignity as another phrase for a „general right of personality.“ In modern constitutions and in the practice of constitutional courts, the general right to personhood encompasses various aspects, such as the right to free personal development, the right to free self-determination, general freedom of action or the right to privacy. The general right of personality is a „mother right“–i.e., a subsidiary fundamental right which may be relied upon at any time by both the Constitutional Court and other courts for the protection of an individual’s autonomy when none of the concrete, named fundamental rights is applicable for a particular set of facts. (Sólyom/Brunner, 2000: 107)

273. Vgl. Pokol, 1993; Halmai, 2002b; Uitz, 2002a. Zur amerikanischen Diskussion siehe Kmiec, 2004.

274. Im Deutschen ist der Begriff „Aktivismus“ eher unüblich.

Wie Cathrine Dupré (2003:67) herausarbeitet, ist der Einfluss deutscher Grundrechtsdogmatik unübersehbar.²⁷⁵ Dabei handelt es sich zum einen um das Konzept eines abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das das deutsche Gericht aus Art. 2 (1) GG in Verbindung mit Art. 1 (1) GG entwickelt hat, zum zweiten um das Konzept eines „Auffanggrundrechts“, das zur Anwendung kommt, wenn kein spezielleres Grundrecht greift. Beide Konzepte führen auf die „Elfes“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zurück. Der Ausdruck „Muttergrundrecht“ ist in der deutschen Grundrechtsdogmatik nicht üblich, vielmehr wird dort der Begriff „Hauptfreiheitsrecht“ verwendet (Stern, 1994:1823).²⁷⁶ Wie Dupré feststellt:

The image is clear: human dignity is a right which gives birth to other rights. In other words human dignity, in its association with the general personality right, is a right from which the Court can derive more specific rights which are not contained in the Hungarian Constitution. The Hungarian Court relied on human dignity in this case where no specific right could be found to protect the autonomy of the individuals involved. (Dupré, 2003:67)

Das Gericht nennt die deutschen Wurzeln seiner Dogmatik nicht, sondern bezieht sich allgemein auf „moderne Verfassungen“ und die „Praxis von Verfassungsgerichten“, wenn es argumentiert, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht das Recht auf die freie Entwicklung der Persönlichkeit, das Recht auf Selbstbestimmung, die allgemeine Handlungsfreiheit und das Recht auf Privatheit beinhaltet. Interessant ist die Formulierung „The Constitutional Court regards the right to human dignity as another phrase for a ‚general right of personality‘.“ Die Richter machen deutlich, dass sie für sich in Anspruch nehmen, die Bedeutung der Verfassung autoritativ festzulegen, dabei über den Wohlklang für jeden sichtbar deutlich hinauszugehen.²⁷⁷ Allerdings ist auch die Textgrundlage sehr unterschiedlich.²⁷⁸ Das Bundesverfassungsgericht entwickelt seine Dogmatik auf der Grundlage von Art. 2, Abs. 1 GG, in dem explizit von der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“ die Rede ist. Das „Allgemeine Persönlichkeitsrecht“ ist eine Konstruktion auf dieser Grundlage, welche sich der Menschenwürdeklausel aus Art. 1 GG als Unterstützung und Ergänzung be-

275. Siehe dazu ausführlich Sólyom, 2000c.

276. Allerdings kann auch der Begriff „Muttergrundrecht“ in der deutschen Literatur aufgefunden werden, so wird er zum Beispiel von Nipperdey (1962:759) verwendet, vgl. auch Cornils, 2009:1161.

277. Dass der deutsche Ursprung der dogmatischen Neuentwicklung nicht deutlicher genannt wird, kann daran liegen, dass die Richter einen allgemeinen Verweis auf die Praxis von Verfassungsgerichten überzeugender fanden als die Bezugnahme auf nur ein konkretes Gericht.

278. Siehe hierzu ausführlich Dupré, 2003:106ff. Dass sich gerade die deutsche Dogmatik im ungarischen Verfassungsgericht durchsetzen konnte, erklärt Dupré (2003:87-104) mit einer Reihe von Faktoren: Prestige des Vorbildes, persönliche Kenntnis der deutschen Rechtslage durch die Richter und dogmatische Ähnlichkeit der beiden Systeme.

dient (Degenhart, 1992). Das ungarische Gericht musste hingegen die Konstruktion auf das Menschenwürdeprinzip in § 54 Abs. 1 der Verfassung stützen und ansonsten auf eine bestimmte Grundrechtsinterpretation in anderen, nicht näher genannten Rechtssystemen verweisen. Die Bedeutung der Menschenwürde wird argumentativ noch dadurch verstärkt, indem darauf hingewiesen wird, dass der beinhaltende Artikel 54 am Anfang des Grundrechtsteils platziert wurde. Weitere Argumente für die Notwendigkeit, ein allgemeines Persönlichkeitsrecht von der Menschenwürde abzuleiten, fehlen. Dies deutet darauf hin, dass mit den Wendungen „modern constitutions“ (siehe hierzu Dupré, 2003:89) und „practice of constitutional courts“ eine Vorbildfunktion anderer, „entwickelter“ Rechtskulturen gemeint ist. Damit wird gleichzeitig ein Konsens darüber unterstellt, dass Ungarn in dieser Hinsicht „rückständig“ ist und ein Nachvollzug der dogmatischen Entwicklungen in fortgeschrittenen Rechtsstaaten völlig selbstverständlich sein muss.

Dass das Gericht eine derart weitreichende interpretatorische Entwicklung nur so knapp begründet, kann mehrere Gründe haben. Auf der einen Seite müssen sich die Richter auf einen gemeinsamen Text für das Urteil einigen. Wenn die Meinungen stark auseinandergehen, führt dies oftmals dazu, dass in den Begründungen nur der kleinste gemeinsame Nenner formuliert wird, um Sondervoten zu vermeiden. Die Kürze der Argumentation kann aber auch darauf hindeuten, dass die Richter den Verweis auf die externen Vorbilder als ausreichend überzeugend ansahen.

5.2.2.2 Bewertung und Folgen

Für Béla Pokol, einen frühen Kritiker der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, stellt die Entscheidung 8/1990 das „Credo“ des richterlichen „Aktivismus“ dar (Pokol, 1992:71). Pokol rügt die Etablierung einer ungeschriebenen, von der Verfassung nicht weiter gestützten Grundrechtshierarchie. Die Rechtsprechung sei dadurch geprägt, dass sie keine positivrechtlichen Grundlagen, sondern am Ende nur das „Gefühl der Gerechtigkeit“ zur Grundlage habe.

Da die Entscheidung in der Sache nicht kontrovers war und auch keine Interessen der Antall-Regierung verletzte, fand sie keine große Aufmerksamkeit. Dass das neu eingeführte Prinzip für die weitere Rechtsprechung enorme Konsequenzen haben würde, muss den Richtern angesichts des deutschen Vorbilds klar gewesen sein. Es ist davon auszugehen, dass zumindest Sólyom auch genau diese Richtung gehen wollte. Der Fall hätte auch auf anderer dogmatischer Grundlage mit gleichem Ergebnis entschieden werden können, ohne ein neues Grundrecht zu schaffen. Tatsächlich aber hat dieser Fall, wie Gábor Halmai (Halmai, 2007:6) formuliert, über die Jahre zu einer ganzen „Lawine“ weiterer Fälle geführt.²⁷⁹

Während die Entscheidung 8/1990 keine bedeutenden politischen Implikationen hatte und sich daher zur Einführung dogmatischer Prinzipien sehr gut eig-

nete, verursachte die Entscheidung 15/1991, die ein Jahr später veröffentlicht wurde, einigen Aufruhr.²⁸⁰ Das Gericht stellte in dieser Entscheidung fest, dass „die Sammlung und Verarbeitung von persönlichen Daten ohne einen bestimmten Zweck und für beliebige zukünftige Verwendung verfassungswidrig ist“. Es erklärte damit ein Gesetz aus dem Jahre 1986 über die Errichtung eines Bevölkerungsregisters sowie die kürzlich dazu ergangenen Durchführungsverordnungen für verfassungswidrig, die ein System von Personalnummern zur eindeutigen persönlichen Identifizierung jedes Staatsbürgers einführen sollten. Das Gericht bezog sich in seiner Entscheidung auf § 59 Abs. 1 UngVerf 1989, der das Recht auf den Schutz der persönlichen Daten garantiert.

Der Inhalt des Rechts auf Datenschutz aus Artikel 59 der Verfassung wurde vom Gericht so ausgelegt, dass jeder über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten grundsätzlich selbst verfügen dürfe, es sei denn, dieses Recht wird durch ein Gesetz eingeschränkt, das die Überlassung und die Art der Verwendung zwingend vorschreibe, aber dabei den Wesensgehalt des Grundrechts nicht verletze (§ 8 UngVerf 1989). Jede andere Rechtsnorm, die die Erhebung und Verwendung von Daten über die Bürger regle, müsse Garantien enthalten, die der betroffenen Person erlaube, die Speicherung der Daten nachzuverfolgen und ihre Rechte geltend zu machen. Außerdem müsse das Recht auf Datenschutz so ausgelegt werden, dass die Erhebung und Verwendung der Daten einer strikten Zweckbindung unterliege (Brunner/Sólyom, 1995:165). Diese Anforderungen würden von den angegriffenen Normen nicht erfüllt, sie seien daher verfassungswidrig. Insbesondere sei die Einführung einer die Bürger unmittelbar identifizierenden Personalnummer nicht mit dem Grundrecht auf Datenschutz vereinbar, da sie die Zusammenführung von separaten Datenbeständen ermögliche, ohne dass dies durch einen legitimen Grund gedeckt würde (Brunner/Sólyom, 1995:176).²⁸¹

Obwohl bei dieser Entscheidung Richter Ádám Berichterstatter war, ist der Einfluss Sólyoms, der Experte für Persönlichkeitsrecht und Datenschutz war, bei diesem Urteil unverkennbar.²⁸² Das Verfassungsgericht war sich bewusst,

279. Siehe die Aufstellung bei Dupré, 2003:69f.

280. Die Entscheidung ist abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995: 164-183.

281. Interessant an dem Urteil ist die Untersuchung ausländischer Lösungen. Das Gericht nennt Länder, in denen es eine „de facto universelle Personalnummer gibt, die das Ergebnis der ungehinderten Verbreitung und Verwendung des ursprünglich zweckgebundenen Code für Identifizierung ist“ (etwa Belgien, Dänemark, Island, Holland, Norwegen, Finnland oder die Schweiz) oder in denen sie verboten oder verfassungswidrig erklärt wurde (wie Portugal und die Bundesrepublik), oder andere Länder, die zwischen diesen beiden Extremen liegen (wie Frankreich oder Kanada). In diesem Zusammenhang erwähnt das Gericht auch die Herkunft des Begriffs der informationellen Selbstbestimmung im „Volkszählungsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts von 1982. (Brunner/Sólyom, 1995:177). Allerdings hat diese rechtsvergleichende Übersicht keine argumentativen Auswirkungen.

282. Sólyom war während der Verhandlungen am Runden Tisch Gastwissenschaftler bei dem

dass seine Entscheidung erhebliche organisatorische und finanzielle Auswirkungen haben würde. Es berücksichtigte in seiner Entscheidung, dass „eine plötzliche Umstellung der aufgrund dieser Rechtsnormen geschaffenen Dateien und Systeme auf die Verwendung von Personenidentifizierungen, welche der Verfassung entsprechen, das Funktionieren der Staatsverwaltung vorübergehend wesentliche erschweren würde“ (Brunner/Sólyom, 1995:180) und setzte zentrale Elemente der Gesetzgebung erst zum 31. Dezember 1991 außer Kraft.

5.2.3 Die Todesstrafe und der Wesensgehalt des Rechts auf Leben

5.2.3.1 Ausgangslage

Die selbstbewusste Auslegung der Verfassung war im Fall 8/1990 in einer Konstellation ergangen, die außerhalb der Gewerkschaften kaum von Interesse war. Die nächste große dogmatisch und politisch bedeutsame Entscheidung erfolgte im Oktober 1990 und betraf die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe.

Die Todesstrafe wurde im spätsozialistischen Ungarn als strafrechtliche Sanktion relativ selten verhängt und es kam kaum zu Exekutionen.²⁸³ Die letzte kommunistische Regierung hatte kein Interesse an der Beibehaltung der Todesstrafe. Justizminister Kálmán Kulcsár, ein Gegner der Todesstrafe, hatte alle zum Tode Verurteilten begnadigt, was einem „de facto Moratorium“ gleichkam (Uitz, 2002b:377). Bei den Verhandlungen zwischen den Reformkommunisten und der Opposition über die neue Verfassungsordnung spielte die Frage der Todesstrafe keine Rolle. Obwohl weder Regierung noch Opposition besonderes Interesse an der Beibehaltung der Todesstrafe zeigten,²⁸⁴ bemühten sich beide Gruppen aber auch nicht um die offizielle Abschaffung. Dringender Handlungsbedarf bestand zunächst nicht, da keine Hinrichtungen durchgeführt wurden. In politischer Hinsicht bestanden zwei widerstreitende Interessen. Einerseits war ein großer Teil der Bevölkerung für die Beibehaltung, was angesichts des nahenden Wahlkampfes gegen eine Thematisierung sprach. Auch nach Konstituierung des ersten demokratisch gewählten Parlaments hatte keine Seite ein Interesse daran, die Abschaffung zu einem expliziten politischen Ziel zu machen.²⁸⁵ Unklar war auch, wie viele Abgeordnete sich bei einer Abstimmung

Frankfurter Rechtswissenschaftler Spiros Simitis, der zu dieser Zeit als Hessischer Datenschutzbeauftragter arbeitete. Sólyom fertigte einen Entwurf eines ungarischen Datenschutzgesetzes an und besprach dieses mit Simitis. Nach Sólyoms Aussage wurden Teile der Begründung und der materiellrechtlichen Entscheidungen des Gesetzes in das Urteil übernommen (Sólyom, 2002c).

283. Zum Folgenden siehe Uitz, 2002b:376-380.

284. Bei der Opposition kam hinzu, dass viele ihrer Aktivitäten unter dem alten kommunistischen Regime *de iure* den Tatbestand des Hochverrats erfüllten, der mit der Todesstrafe bestraft wurde. Siehe Uitz, 2002b:378.

für die Beibehaltung der Todesstrafe aussprechen würden. Andererseits kann man annehmen, dass den politisch Verantwortlichen klar war, dass der Weg in den Europarat und, längerfristig, in die Europäische Union nur über die Abschaffung der Todesstrafe möglich sein würde.²⁸⁶

In dieser Situation wurde eine Nichtregierungsorganisation aktiv, die „Liga gegen die Todesstrafe“, die sich für die gesetzliche Abschaffung der Todesstrafe einsetzte. Die Liga war publizistisch sehr aktiv und strengte auch sofort nach der Einrichtung des Verfassungsgerichts eine abstrakte Normenkontrolle der entsprechenden Strafrechtsvorschriften an.²⁸⁷ Wie im deutschen Fall der Südweststaatskonflikt, wartete die Popularklage der Liga „schon auf die Richter, als diese ihr Amt im Verfassungsgericht antraten“ (Uitz, 2002b:381).

In dieser Situation holte das Gericht Expertenmeinungen ein, die sich sämtlich aus prinzipiellen und kriminologischen Gründen gegen die Todesstrafe aussprachen. In dogmatischer Hinsicht am interessantesten war der Beitrag des Generalstaatsanwalts, der argumentierte,

dass die verfassungsrechtliche Gewährung des Rechts auf Leben und Würde keinen ausreichenden Grund für ein Urteil bilde: Er argumentierte, dass das Recht auf Leben in Verbindung mit der Verfassungsklausel gelesen werden müsse, die die Grundrechte einschränkt. Das Forum mit der größten Berechtigung, eine Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe zu fällen, sei zwar das Parlament. Das Verfassungsgericht verfüge aber auch über ausreichende Autorisation, den Fall zu entscheiden. (Uitz, 2002b:381)

285. Richter Kisényi sagte dazu in einem Interview (Kisényi, 2002): „Bei uns war die Todesstrafe nicht gegen die Verfassung, das hat auch das Verfassungsgericht geregelt, das Parlament wollte das nicht regeln, weil 80-85 Prozent des Volkes die Todesstrafe wollten, und sie konnten das also nicht einfach gegen das Volk regeln. So mussten das die Verfassungsrichter übernehmen.“

286. Das 6. Fakultativprotokoll zur EMRK verbietet seit 1982 die Todesstrafe in Friedenszeiten. „Fakultativ“ war das Protokoll aber lediglich für die Staaten, die bereits Mitglieder waren.

287. Zwei spezifisch ungarische Faktoren unterstützten das Anliegen der Liga. Sie konnte zunächst, wie Uitz (2002:379) zeigt, die Abschaffung der Todesstrafe in eine spezifisch ungarische liberale Tradition stellen, die sich schon im 19. Jahrhundert für die Abschaffung eingesetzt hatte. Ein anderer Anknüpfungspunkt ergab sich aber auch in der öffentlichen Debatte über die „Notwendigkeit, die Revolution von 1956 zu überdenken und den Opfern von 1956, vor allem dem damaligen Premierminister Imre Nagy, Gerechtigkeit zuteil werden zu lassen“ (Uitz:379-380). Wie Uitz darlegt, „bezog sich das Bündnis gegen die Todesstrafe [zwar] nicht auf die Revolution von 1956 und die Exekutionen, aber die Beerdigung und die Rehabilitierung des Hingerichteten lenkte doch die Aufmerksamkeit auf die Abschaffung der Todesstrafe.“ Die Rehabilitierung und feierliche Umbettung von Imre Nagy und seinen Gefolgsleuten, die unter großer öffentlicher Beteiligung stattfand (vgl. Tökés, 1996:329) dienten als „deutliches, wenn auch tragisches Beispiel dafür, wozu die Anwendung der Todesstrafe führen konnte“ (Uitz, 2002b:380).

5.2.3.2 Urteil

Das Urteil des Verfassungsgerichts (23/1990)²⁸⁸ wurde am 24. Oktober 1990 veröffentlicht. Das rechtlich verbindende, von der Richtermehrheit getragene Urteil ist sehr kurz, dem Urteil sind ein Sondervotum und vier zum Teil sehr ausführliche Parallelmeinungen beigelegt. Das Gericht erklärt die Todesstrafe für verfassungswidrig. Die Begründung lautet im Kern wie folgt:²⁸⁹ Die Verfassung schützt das „angeborene Recht auf Leben und Menschenwürde“, das nicht „willkürlich entzogen werden“ darf (§ 54 Abs. 1 UngVerf 1989). Die Todesstrafe stelle bei rechtlich einwandfreier Anwendung keine „willkürliche“ dar. Jedoch sei § 8 Abs. 2 verletzt, der nur Grundrechtsbeschränkungen nur durch Gesetz und nur dann erlaubt, wenn diese Gesetze den „Wesensgehalt des Grundrechts nicht einschränken“.²⁹⁰ Deswegen habe das Gericht, so das Urteil,

die Bestimmungen des StGB und der damit verbundenen einschlägigen Rechtsnormen in Bezug auf die Todesstrafe so beurteilt, daß sie gegen das Verbot der Beschränkung des Wesensgehalts des Rechts auf Leben und auf Menschenwürde verstoßen. Die Bestimmungen nämlich, die eine Entziehung des Lebens und der Menschenwürde durch die Todesstrafe erlauben, beschränken nicht nur den Wesensgehalt des Grundrechts auf Leben und Menschenwürde, sondern erlauben die völlige und unwiederbringliche Vernichtung des Lebens und der Menschenwürde bzw. des diese sichernden Rechts. Deshalb hat es die Verfassungswidrigkeit festgestellt und die Aufhebung ausgesprochen. (140)

Zu diesen den Fall entscheidenden rechtsdogmatischen Überlegungen stellte das Gericht noch einige zusätzliche Bemerkungen an. Zunächst (Punkt 1) stellt es einen Konflikt zwischen dem Wesensgehaltssprinzip aus § 8 Abs. 2 und der Formulierung des § 54 Abs. 1 UngVerf 1989 fest, der durch das Parlament zu beseitigen sei. Es folgen (Punkt 2) Ausführungen zum Recht auf Leben und Menschenwürde:

Das Menschenleben und die Menschenwürde stellen eine unzertrennliche Einheit dar und gehen als größter Wert allem anderen vor. Das Recht auf Menschenleben und auf Menschenwürde bildet ebenfalls ein unteilbares und unbeschränkbares Grundrecht, das für zahlreiche Grundrechte die Quelle und die Voraussetzung ist. Der verfassungsmäßige Rechtsstaat ist aufgerufen, unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Abkommen und der grundlegenden Rechtsprinzipien im Dienste der in der Verfassung bestimmten Kollektiv- und Individualinteressen die Grundrechte, die aus der Einheit des Menschenlebens und der Menschenwürde entspringen, zu regeln. Das Recht auf

288. Abgedruckt in Brunner/Sólyom, 1995:136-162, von dort auch die folgenden Seitenzahlen.

289. Siehe zum Folgenden Brunner/Sólyom, 1995:139ff.

290. Die so genannte „Wesensgehaltsgarantie“ findet sich auch in Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes und ist vermutlich daraus in die ungarische Verfassung übernommen worden.

Menschenleben und auf Würde als absoluter Wert bedeutet eine Schranke gegenüber der Macht des Staates zur Bestrafung. (140)

In Punkt 3 folgt eine allgemeine Bemerkung zur empirischen Forschung zur Todesstrafe: Die Anwendung oder die Abschaffung der Todesstrafe habe keinerlei Auswirkung auf die Kriminalitätsrate. Auf die dogmatischen Folgen dieser Feststellung gehen die Richter nicht ein.

Danach folgt in Punkt 4 der Verweis auf Art. 6 Abs. 1 des Internationalen Paktes über Bürgerliche und Politische Rechte, der für Ungarn gilt, auf das 6. Fakultativprotokoll zur EMRK, und die Erklärung des EU-Parlaments von 1989, die sich mit Grundrechten und Grundfreiheiten des EU-Bürgers beschäftigt und sich für die Abschaffung der Todesstrafe ausspricht. Keines dieser Dokumente entfaltete zu diesem Zeitpunkt unmittelbare Rechtswirkungen für Ungarn. Ungarn war zwar der EMRK beigetreten, hatte das 6. Zusatzprotokoll der EMRK aber noch nicht unterzeichnet. Der IPBPR enthielt keine Verpflichtung zur Abschaffung der Todesstrafe, beschrieb aber, nach Ansicht der Richter, in Art. 6 Abs. 6 einen „Entwicklungsprozeß, der sich auf die Abschaffung der Todesstrafe richtet“. Lapidar erklärt die Mehrheit des Gerichts nach dem Hinweis auf diese internationalen Dokumente abschließend.²⁹¹

Auch die ungarische Verfassungsentwicklung geht in diese Richtung. § 54 Abs. 1 schloß die Todesstrafe noch nicht eindeutig aus. Mit dem neuen Text des § 8 Abs. 2 wurde jedoch die gesetzliche Beschränkung des Wesensgehalts eines Grundrechts ausgeschlossen. (141)

Der von der Richtermehrheit konsenterte Teil des Urteils macht Folgendes deutlich: Zunächst nahm das Gericht eindeutig seine Kompetenzen zur autoritativen Interpretation der Verfassung in Anspruch. Anders als Richter Schmidt in seinem Sondervotum fordert, überließ es bei der Feststellung von Widersprüchlichkeiten in der Verfassung nicht dem Parlament, diese aufzulösen. Schmidt schreibt in seiner kurzen dissenting opinion:

Zu den Kompetenzen des Verfassungsgerichts gehört zwar die Auslegung des Verfassung, die Auflösung des Widerspruchs zwischen Verfassungsbestimmungen stellt jedoch das Recht und die Pflicht des verfassungsgebenden Parlaments dar. Diese Kompetenz kann das Verfassungsgericht nicht übernehmen. (141)

Das Gericht übertrug zwar dem Parlament die Aufgabe, diesen Widerspruch aufzulösen. Allerdings war damit nicht gemeint, dass das Parlament die freie Wahl hatte, in die eine oder andere Richtung zu entscheiden. Das Gericht gab die Lösung vor: weil der Gesetzesvorbehalt der verfassungsrechtlichen Wesensgehaltsgarantie widersprach, musste er aus § 54 Abs. 1 UngVerf 1989 entfernt

291. Es folgt noch ein Punkt 6, der sich mit der Reorganisation des Strafrechtssystems beschäftigt, aber für die Argumentation nicht relevant ist.

werden. Der Anspruch auf Deutungsautorität wurde nicht transparent gemacht, sondern war Ausfluss einer rechtslogischen Operation. Aus der Tatsache, dass die Wesensgehaltsgarantie später in die Verfassung eingefügt wurde, ergab sich nach Ansicht der Richtermehrheit, dass die gesetzliche Einschränkung von § 54 Abs. 1 nicht mehr galt. Die weiter unten diskutierte Parallelmeinung von Sólyom, die wesentlich weitreichendere Behauptungen über die Entscheidungsmacht des Gerichts beinhaltet, zeigt, dass er sich mit diesen Positionen nicht durchsetzen konnte.²⁹²

Weiterhin ist ein „Gründungsakt“ unverkennbar: Das Gericht baute die in der vorhergehenden Entscheidung etablierte These von der Menschenwürde als „Muttergrundrecht“ zu einer Grundrechtshierarchie aus. Betrachten wir noch einmal den Text von § 54 Abs. 1:

In der Republik Ungarn hat jeder Mensch das angeborene Recht auf Leben und Menschenwürde, niemand darf dieser Rechte willkürlich beraubt werden.

In der deutschen Verfassung ist die Sonderstellung der Menschenwürde in Art. 1 GG schon dem Text zu entnehmen. Daraus ist vom Bundesverfassungsgericht eine Grundrechtshierarchie abgeleitet worden, an deren Spitze die Menschenwürde steht. Die ungarische Verfassung von 1990 bietet für eine derartige Lesart viel weniger Anhaltspunkte. Im Gegenteil wird im Text eindeutig die nicht willkürliche Entziehung dieser Rechte erlaubt. Die Mehrheit der Richter sah einen Widerspruch zu § 8 Abs. 2 UngVerf 1989: Das Recht auf Menschenwürde und Leben sei logischerweise nicht einschränkbar, ohne dass es ganz vernichtet wird – selbst wenn dies nicht willkürlich, sondern durch rechtmäßige Verfahren geschieht. Die Richter lösten diesen Widerspruch selbst auf, indem sie Artikel 8 Abs. 2 den Vorrang gaben. Sie gingen aber noch weiter: Sie formulierten, dass das Recht auf Menschenleben und auf Menschenwürde „ein unteilbares und unbeschränkbares Grundrecht“ sei, das „für zahlreiche Grundrechte die Quelle und die Voraussetzung ist“. Diese Deutung des Verfassungstextes folgt nicht aus dem Normtext, sondern stellt eine Schöpfung des Gerichts dar.

Um diese Entscheidung zu rechtfertigen, verweisen die Richter, ähnlich wie in der Persönlichkeitsrechts-Entscheidung, auf externe Vorbilder und Modelle. Der „verfassungsmäßige Rechtsstaat“ sei „aufgerufen, unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Abkommen und der grundlegenden Rechtsprinzipien im Dienste der in der Verfassung bestimmten Kollektiv- und Individualinteressen die Grundrechte, die aus der Einheit des Menschenlebens und der Menschenwürde entspringen, zu regeln“. Anders gesagt: Das Verfassungsgericht ist befugt, die Rechtskultur des modernen Konstitutionalismus und völkerrechtliche Prinzipien in die Praxis der ungarischen Rechtsstaatlichkeit zu importieren. Da-

292. Oder alternativ: dass das Kollegium beschloss, die weitreichenderen Positionen testweise erst einmal durch ein Sondervotum einzuführen.

zu gehört, eine Grundrechtshierarchie zu entwickeln, die im Text der Verfassung nicht vorhanden, aber notwendig ist, um das System der Grundrechte im Dienste der Grundrechtsadressaten zu „regeln“, d.h. auf eine rationale dogmatische Grundlage zu stellen. Dazu zählt ferner, Schranken für Grundrechtseingriffe zu entwickeln. Im konkreten Fall bedeutet dies, das Recht auf Menschenleben und auf Würde zu einem „absoluten Wert“ zu erklären, der „eine Schranke gegenüber der Macht des Staates zur Bestrafung“ darstellt.

Auf der anderen Seite ist interessant, auf welche Bestimmungen der Verfassung oder dogmatische Prinzipien sich das Gericht nicht gestützt hat. Art. 54 Abs. 2 der ungarischen Verfassung bestimmt, dass niemand „gefoltert, grausam oder unmenschlich behandelt, einer demütigenden Behandlung oder Strafe unterworfen“ werden darf. Die Diskussion, die international oder in den USA darüber geführt wird, ob die Todesstrafe grausam oder unmenschlich ist (siehe etwa Schabas, 1996), wird nicht angesprochen. Allerdings hätte dies vermutlich erfordert, die Praxis der Todesstrafe empirisch untersuchen zu lassen, ein aufwändiges und zeitintensives Unterfangen. Wie oben angedeutet, wird das Urteil auch nicht genutzt, um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einzuführen,²⁹³ obwohl der Verweis auf die mangelnde Abschreckungswirkung der Todesstrafe hierfür Anknüpfungspunkte gegeben hätte.²⁹⁴

Wie etwa János Kis argumentiert, ist die Mehrheitsmeinung nicht nur demokratiethoretisch, sondern auch rechtsdogmatisch angreifbar (Kis, 2003:253ff). Der Widerspruch, den das Gericht zwischen der Wesensgehaltsgarantie aus § 8 UngVerf 1989 und der nicht-willkürlichen Entziehung des Lebens konstruiert, kann nach Kis nicht von ihm selbst aufgelöst werden, ohne den Wortlaut der Verfassung außer Acht zu lassen. Ein moralischer Konsens, der eine solche Außerachtlassung legitimitätstheoretisch stützen würde, liege jedoch nicht vor.

If it were true that the two passages might not be maintained simultaneously, then at least one of them must be altered. But such alterations belong to the authority of the Parliament. So long as the legislators did not decide which passage was to be amended so as to remove the contradiction construed by the Court, no Court ruling might rest on either of the passages. For if it were otherwise, Court itself would decide which of the passages should be retained and which should be removed, which is in fact a constituent decision. (259-260)

Dies hatte Richter Schmidt eingefordert, aber die Mehrheit war ihm nicht gefolgt.

293. Dies erfolgt erst in Entscheidung 30/1992.

294. In der Parallelmeinung von Richter Szabó, die vor allem strafrechtliche Fragen behandelt, klingt die Frage der Verhältnismäßigkeit an, siehe Brunner/Sólyom, 1995:159.

5.2.3.3 Sólyoms Manifest: Verfassungsdogmatik als „unsichtbare Verfassung“

Die Parallelmeinungen von Richter Lábady, Tersztyánsky, Szábo und Zlinsky zeigen die Uneinigkeit, die unter den Richtern hinsichtlich der dogmatischen Grundlage des Urteils bestand, obwohl alle – mit Ausnahme des Richters Schmidt – zum Ergebnis kamen, dass die Todesstrafe verfassungswidrig sei.²⁹⁵ Am ausführlichsten, und fast doppelt so lang wie das eigentliche Urteil, ist die Parallelmeinung von László Sólyom. Nicht nur auf Grund der Ausführlichkeit, sondern vor allem wegen der Breite des Ansatzes, die weit über die verhandelten Rechtsprobleme hinausging, kann man das Votum als sein verfassungsrechtliches „Manifest“ bezeichnen.²⁹⁶ Als Parallelmeinung ist es rechtlich nicht verbindlich und zeigt, dass sich Sólyom mit den vorgetragenen Argumenten zu diesem Zeitpunkt noch nicht durchsetzen konnte. Da Sólyom als Präsident des Gerichts und mit seinem wissenschaftlichen Gewicht jedoch großen Einfluss auf seine Kollegen besaß, ist die ausführliche Analyse seines verfassungsinterpretatorischen Credo für die Fragestellung dieser Arbeit von großer Bedeutung.

Sólyom untersucht zunächst die Frage, ob die Todesstrafe eine „willkürliche“ Entziehung des Rechts auf Leben und Menschenwürde darstellt, die durch Art. 54 Abs. 1 verboten ist. Er geht davon aus, dass die Frage, wie der Begriff „Willkürlichkeit“ in dieser Beziehung ausgelegt werden muss, nur „mit Rücksicht auf die Eigenart dieser Rechte“ geklärt werden kann. Auch die Frage, ob die Todesstrafe den Wesensgehalt dieser Rechte bestimmt, muss nach Sólyom dazu führen, dass zunächst der Inhalt dieser Rechte untersucht werden muss. Dies gibt ihm die Möglichkeit, auf die Entscheidung 8/1990 zum Persönlichkeitsrecht zurückzugreifen:

Das Recht auf Leben und das Recht auf Menschenwürde sind die Grundlage aller Menschenrechte. Nach Auslegung des Verfassungsgerichts ist das Recht auf Menschenwürde ein „Mutterrecht“, d.h. die Quelle noch nicht besonders benannter Freiheitsrechte. Deshalb kann die Auslegung dieses Rechts die Grenzen der Individualautonomie bei anderen Menschenrechten bestimmen, ebenso wie die Auslegung des Rechts auf Leben die Entscheidung der Streitfragen bezüglich der Verfügung über das Leben (z.B. Abtreibung, Euthanasie) beeinflusst. (144)

Dies sind, so Sólyom, weitreichende Fragen, die umfangreichere Überlegungen zum Unterschied zwischen verfassungsrichterlicher und politischer Entscheidung erfordern. Das Parlament habe die Freiheit, „aufgrund beliebiger Erwägungen zu entscheiden“ (ebd.):

295. Zu der Notwendigkeit paralleler Meinungen im Todesstrafenfall siehe Sólyom, 1991:9.

296. Die Parallelmeinung ist abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995, S. 143-156. Eine ausführliche Fassung erschien in der Zeitschrift Villágosság (Sólyom, 1990).

Die Öffentlichkeit des Gesetzgebungsprozesses bietet die Gelegenheit, möglichst viele Argumente vorzutragen und miteinander zu konfrontieren; dadurch wird zugleich die öffentliche Meinung auf die Entscheidung vorbereitet. [...] Zugleich ist das Parlament dem Druck der öffentlichen Meinung ausgesetzt. (144)

Es sei die Aufgabe des Gerichts, über die Verfassungsmäßigkeit dieser Strafe „das endgültige Wort“ zu sprechen. Anders als der Gesetzgeber müsse das Verfassungsgericht seine Entscheidung jedoch „ausschließlich mit verfassungsrechtlichen Argumenten begründen“. Dabei könne das Gericht sich nicht „mit der üblichen kriminologischen Argumentation“ zufrieden geben, dass die Todesstrafe nicht abschreckend wirke (ebd.). Dieser Gedanke wird nicht weiter ausgeführt, zeigt aber, dass Sólyom den Anspruch formulierte, dass die Begründung sich in ein dogmatisches System einfügen müsse, statt einfach nur das konkrete Problem (die Unverhältnismäßigkeit der Strafe) zu lösen.

Sólyom stellte hier den klassischen Unterschied zwischen „Politik“ und „Recht“ dar, wobei die Politik dem Recht untergeordnet wird. Die Politik kann auf der Grundlage parlamentarischer Mehrheiten beliebig Normen setzen und muss sich nur der Öffentlichkeit gegenüber verantworten, allerdings nur so lange, bis das Verfassungsgericht endgültig über die Verfassungsmäßigkeit einer Norm entschieden hat. Das Verfassungsgericht entscheidet nur nach verfassungsrechtlichen Erwägungen: Mehrheitswille, öffentliche Meinung, moralische Überzeugungen und – interessanterweise – auch wissenschaftliche Erkenntnisse spielen keine Rolle. Sólyom redet hier nicht davon, wie die Richter zu ihrem Ergebnis kommen, sondern nur davon, wie sie es begründen. Sólyom behauptet also nicht, dass die Richter als Subsumptionsautomaten funktionieren und ausgehend vom Verfassungstext durch rein logische Operationen zum objektiv richtigen Ergebnis kommen. Aber das Verfassungsgericht hat nur ein begrenztes Arsenal an argumentativen Ressourcen, die es legitimer Weise einsetzen darf: den Normtext und die dazugehörige juristische Auslegungslehre. Alles andere darf – zumindest im Begründungstext – nach Sólyom keine Rolle spielen. Dass das Gericht bei seiner Entscheidung frei sei und die abschließende Autorität beansprucht, formuliert Sólyom ausdrücklich:

Das Verfassungsgericht wird durch den Willen des Gesetzgebers nicht gebunden, da es die Verfassungsmäßigkeit des Strafgesetzbuchs überprüfen und die Verfassung auslegen soll. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts ist endgültig. Das Verfassungsgericht ist weder durch den Mehrheitswillen noch durch die öffentliche Meinung gebunden. Es ist auch nicht durch moralische oder wissenschaftliche Anschauungen gebunden. (145)

Wir werden später sehen, wie weit für Sólyom der Begriff „verfassungsrechtliche Argumente“ geht. Zunächst aber erklärt er, was Verfassungsauslegung für ihn bedeutet. Beim vorzunehmenden Interpretationsakt sei „die Gesamtheit der

Verfassung der Ausgangspunkt“, das Gericht habe dabei „die prinzipiellen Grundlagen der Verfassung und der in ihr enthaltenen Rechte zu konzipieren.“:

Es hat durch seine Urteile ein kohärentes System zu bilden, das als eine „unsichtbare Verfassung“ über dem Verfassungstext steht, der zur Zeit aus tagespolitischen Gründen noch häufig geändert wird. Dieses System dient als sicherer Maßstab der Verfassungsmäßigkeit: deshalb ist zu erwarten, daß es weder mit der zu erlassenden neuen Verfassung noch mit künftigen Verfassungen in Widerspruch gerät. (145)

Diese Stelle enthält einige zentrale Elemente des Verfassungsrechtsdenkens László Sólyoms. Die Verfassung wird als ein System von Rechtssätzen verstanden, die aufeinander bezogen sind, und deren Inhalt über die Summe der einzelnen Rechtssätze hinausgeht. Anders als etwa im amerikanischen Verfassungsrecht, in dem jeder Verfassungsartikel weitgehend unabhängig von allen anderen ausgelegt wird, steht hier die „Gesamtheit der Verfassung“ als Grundlage der Interpretation einzelner Bestimmungen. Es ist die Aufgabe des Gerichts, dieses „kohärente“, also prinzipiell lückenlose und widerspruchsfreie, System zur Geltung zu bringen. Sólyom macht aber deutlich, dass er damit nicht den Verfassungspositivismus des 19. Jahrhunderts meint. Wäre dieser gemeint, würde jede Verfassungsänderung eine Änderung des zu „erkennenden“ Normensystems bedeuten. Im Gegensatz dazu spricht Sólyom davon, dass das vom Gericht zu konstruierende System „über dem Verfassungstext“ steht, eine Art „unsichtbare Verfassung“, die beständiger ist als der Text selbst. Was damit genau gemeint ist, bleibt an dieser Stelle unklar.

Der Begriff der „unsichtbaren Verfassung“ hat zahlreiche Missverständnisse entstehen lassen und zum Vorwurf geführt, das Verfassungsgericht würde sich zum Schöpfer ungeschriebener Verfassungsnormen machen und sich damit über den demokratischen Verfassungsgeber erheben. Allerdings verstand Sólyom unter dem Begriff der „unsichtbaren Verfassung“ nicht materielle Normen im Sinne naturrechtlicher Prinzipien, sondern die Grundprinzipien der Verfassungsinterpretation, die seinem Verständnis nach dem modernen demokratischen Verfassungsstaat inhärent sind. Im Dezember 1992 hat sich Sólyom in einer Podiumsdiskussion folgendermaßen dazu geäußert:

From the very beginning it has been a goal of the Constitutional Court to create the so called invisible constitution, e.g., a system of dogma. This kind of self-service was made necessary by the fact we were not provided with the assistance that constitutional courts in other countries enjoy in the form of commentaries, textbooks and continuing scholarly dialogue. Most of the publicity that our work has so far received consists in political reactions rather than in any serious analyses - except a very few, which I can count on my fingers. We therefore had to create - as if by virgin birth - all that would have been the job of others, and this explains the long treatises incorporated in our rulings, which the lucky textbook-writer can now freely draw upon. (Zit. in Grudzinska-Gross, 1994:50)

Daraus wird deutlich, dass Sólyom mit „unsichtbarer Verfassung“ eine bestimmte Art der Verfassungsinterpretation und Verfassungsdogmatik meinte. Er sah es als eine Aufgabe des Gerichts an, diese Verfassungsdogmatik selbst zu entwickeln, nachdem sie von der ungarischen Rechtswissenschaft aus historischen Gründen nicht bereitgestellt werden konnte. Die Schaffung von verfassungsrechtlicher Dogmatik müsse über den bloßen Text hinausgehen:

[It] gives us a real intellectual pleasure to give one formula on one occasion and give another, suited to the case in question, on another; we never openly formulate a rule; rather, it is the various analogies that lead to a stable constitutional doctrine and practice, and this gives the Court the feeling that we are actually making the constitution. The Constitutional Court is often accused of creating the constitution. I'd like to point out that it is the job of the Constitutional Court to create substantive constitutional law as it is done by using the concepts contained in the constitution, and does not blow the constitution itself apart. Yes, there is a need for creating constitutional stopgaps, since a number of basic constitutional questions are still open. The Constitution held that all gaps could and had to be filled by the way of interpretation by the Constitutional Court. (Zit. in Grudzinska-Gross, 1994:50)

In der selben Diskussion kommt er auf die Bedeutung der „unsichtbaren Verfassung“ bei der Diskussion der Verfassungsentwicklung in anderen Ländern zu sprechen:

The „invisible constitution“, i.e. the reception and adoption of contemporary constitutional thinking and dogmatics, would be usable in the Czech Republic and in Slovakia as well, and in other countries of the region. This would also be very useful for people who are internationally minded. (Ebd.:65)

Ein weiterer Hinweis auf die Intention Sólyoms findet sich in einem Interview, das er 1998 kurz vor dem Ende seiner Amtszeit gab:

In those days the Constitution was amended each month, as daily politics required it. For this reason I wanted to draw attention to the fact that the Constitution is superior: a strict order not only of technical rules, but of principles. In our judgments we had elaborated on this order of principles: to clarify, make it visible and apply, as no one would be able to read it from the one-sentence paragraphs. There is constitutional adjudication, where the judges hide behind the letter of the law – you find examples of this both in Europe and Asia. (Zit. in Halmai, 2007:7)

In der Einführung zu einem Band mit englischen Übersetzungen der Verfassungsgerichtsentscheidungen aus dem Jahr 2000 geht Sólyom ebenfalls auf die „unsichtbare Verfassung“ ein:

[One other] technical pillar of the rule of law, to maintain the principled coherence of the Constitution, had already been stressed as a vocation of the Constitutional Court in the death penalty decision. The expression used in my concurring opinion as a metaphor for this, the „invisible constitution“, was scandalous in the eyes of Parliament, which read it as a metaphor for the activism and countermajoritarian aspirations of the Court. The coherence question remained connected with the scope of compe-

tences even within the Constitutional Court and reached a climax in the presidential power decisions, where the different positions concerning the interpretation of internal contradictions and the filling of gaps within the Constitution divided the Court. In "normal" cases, however, those not too close to a „political question“, the coherence has remained a guiding principle for the jurisprudence of the Court on the rule of law. (Sólyom, 2000b:41-42)

Nach Sólyom kam es also zu einer Verwechslung von Metaphern: Was er als Metapher für das Kohärenz oder Widerspruchsfreiheit, einen „technischen Pfeiler der Rechtsstaatlichkeit“ vorgesehen hatte, wurde vom Parlament als Symbol für den antimajoritären Machtanspruch des Gerichts verstanden.

János Kis (2003:251) hat argumentiert, dass Sólyom mit der „unsichtbaren Verfassung“ eine Dworkinsche „moral reading of the constitution“ ausdrücken wollte und verweist dabei auf ein Interview, in dem

Sólyom himself has admitted the influence of Dworkin, and has reinforced once again that the judges have undertaken the moral reading of constitutional rights on the one hand, and to formulate a „coherent system“ of the underlying principles they resorted to in the course of the interpretation. This „coherent system“—that interprets the provisions of the written text, explicates its internal relations and highlights their coherence— is what was referred to by László Sólyom as the „invisible constitution“ .

In der Tat hat auch Sólyom sich später so geäußert,²⁹⁷ allerdings weicht diese Interpretation von der früheren ab, nach der die Absicht einer „unsichtbaren Verfassung“ sei, ein kohärentes System zu schaffen, das eine Gleichförmigkeit von Entscheidungen herstellen helfen soll. Man kann also feststellen, dass Sólyom zumindest zum Zeitpunkt der Formulierung mit dem Begriff „unsichtbare Verfassung“ Prinzipien der Verfassungsauslegung meinte, die aus der Praxis v.a. europäischer Verfassungsrechtsprechung destilliert und in die ungarische Rechtskultur importiert werden sollten. Deutlicher konnte Sólyoms Absicht, den ungarische Verfassungsstaat zu prägen und ihn dabei mit zu gründen, kaum ausgedrückt werden.

Nachdem Sólyom in seiner Parallelmeinung das Recht und die Pflicht des Gerichts dargestellt hatte, ein über dem bloßen Normtext stehendes System von Verfassungsdogmatik zu schaffen, beschäftigt er sich eingehender mit den Grenzen der Interpretationsfreiheit des Gerichts. Die Feststellung, dass das Verfassungsgericht in diesem Verfahren Freiheiten genießt, „solange es im Rahmen des Begriffs der Verfassungsmäßigkeit verbleibt“, ist zunächst wenig konkret. Angesichts des herrschenden Wertepluralismus, der auch von der Verfassung anerkannt wird, kann das Gericht nicht auf eine bestimmte Lesart der Verfassung verpflichtet werden. Auch gesellschaftliche Vorstellungen können für das Gericht nicht bindend sein, denn dann würde sich der Inhalt der Verfassung

297. Vgl. Sólyom, 2002a.

ständig ändern. Die Aufgabe des Gerichts ist es, inhaltlich noch unbestimmten Grundrechten autoritativ Bedeutungen zuzuweisen, die mit der Gesamtheit der Verfassung vereinbar sind:

Die Verfassungsauslegung hat von dem Begriff des auszulegenden Rechts als einer neutralen Kategorie auszugehen, über dessen Grenzen ein weitgehender Konsens feststellbar ist, für dessen Inhalt jedoch mehrere Konzeptionen mit verschiedenen Wertinhalten vorstellbar sind. [...] Es gehört zum Wesen der pluralistischen Gesellschaft, daß auf diese Fragen mehrere Antworten gegeben werden können, d.h. die Rechte können mit verschiedenen Wertinhalten gefüllt werden, so daß das ganze System der verfassungsmäßigen Rechte kohärent und funktionstüchtig bleibt. (Brunner/Sólyom, 1995:145-146)

Das Verfassungsgericht habe sich dabei „in Grenzfällen einzumischen“ und müsse Linien ziehen, „bei deren Überschreitung eine bestimmte inhaltliche Konzeption („Antwort“) mit dem gesamten System (mit den Grundsätzen) der Verfassung nicht mehr in Einklang gebracht werden kann.“ Das dies ein Werturteil darstelle, sei unbestreitbar, das Verfassungsgericht sei aber

gerade hierzu ermächtigt: es hat im Interesse der Aufrechterhaltung der Verfassung seine eigene Konzeption zur Geltung zu bringen. In Grenzfällen und bei Widersprüchen zwischen unvereinbaren Konzeptionen hat das Verfassungsgericht die Wahl. Der Begriff des Rechts auf Leben kann nicht mit zwei Konzeptionen gefüllt werden, deren eine die Todesstrafe erlaubt, während die andere sie ausschließt. Das Verfassungsgericht muß hier die Auslegung für verbindlich erklären, die nach seiner Auffassung mit der Gesamtheit der Verfassung in Einklang steht. (ebd.)

Das kann eine Frage nicht unbeantwortet lassen. Es ist nicht nur „ermächtigt“, sondern sogar verpflichtet, „im Interesse der Aufrechterhaltung der Verfassung“ die Interpretationsfrage zu entscheiden. Diese Entscheidungsfreiheit und Pflicht burden

dem Verfassungsgericht eine riesige Verantwortung auf. Obwohl das Gericht von der Gesamtheit der Verfassung ausgeht, entwickelt es den Maßstab der Verfassungsauslegung im Ergebnis seiner kontinuierlichen Auslegungspraxis selbst. Da die Entscheidung endgültig ist, hat der Verfassungsrichter vor seinem Gewissen und vor der öffentlichen Meinung, in erster Linie vor der sachverständigen Meinung zu bestehen. Wir müssen klar sehen, daß eine der möglichen Auslegungen eines Grundrechts verbindlich wird (die das Verfassungsgericht durch ein späteres Urteil korrigieren kann oder die durch *desuetudo* ihre Wirksamkeit verliert). Auch eine einwandfreie fachliche Argumentation ist durch vorausgehende Wertentscheidungen vorbestimmt. (ebd.)

Dieser Abschnitt spiegelt das große Selbstbewusstsein wieder, mit dem Sólyom die Rolle des Gerichts beschreibt, aber auch das Bewusstsein über die Verantwortung, die diese Rolle impliziert. Dies wird dadurch deutlich, dass Sólyom einerseits sehr offen darlegt, dass Grundrechtsinterpretation Wertentscheidungen voraussetzen kann und daher keine Subsumption in Form rein logischer Operationen darstellt. Andererseits entscheiden die Richter eigenständig, selbst-

verantwortlich und endgültig über die Bedeutung von Grundrechtsnormen. Eine Kontrolle findet nur dadurch statt, dass sie ihre Urteile vor der öffentlichen Meinung und vor den Fachkollegen rechtfertigen müssen.

Dass die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts nach Sólyoms Ansicht keine naturrechtliche Grundlage beanspruchen darf, wird aus dem darauf folgenden Abschnitt deutlich:

Im Sinne der obigen Konzeption ist die Entscheidung des Verfassungsgerichts bewußt subjektiv und historisch gebunden. Sogar dann, wenn das Verfassungsgericht absolute Werte verkündet, entdeckt es lediglich deren Sinn für sein Zeitalter; sein Urteil z.B. in der Frage der Todesstrafe oder der Abtreibung kann grundsätzlich keinen Anspruch auf ewige Gültigkeit erheben. Sein Menschenbild, seine philosophischen Präferenzen, seine Auffassung über die Aufgabe des Richters sind subjektive Gegebenheiten. Deshalb ist es wünschenswert, daß das Verfassungsgericht den zeitgenössischen internationalen Meinungsstand über die Todesstrafe als einen objektiven Anhaltspunkt berücksichtigt. Seine Bewertung gehört zur Entscheidungsfreiheit des Verfassungsgerichts. (146)

Dies heißt für Sólyom vor allem, die Situation in Europa zu betrachten, wo

ein großer Teil der europäischen Staaten über den die Todesstrafe ermöglichenden Kompromiß des Internationalen Paktes über Bürgerliche und Politische Rechte hinausgegangen [ist], dem die ungarische Verfassung im Oktober 1989 mit dem Verbot der willkürlichen Entziehung des Lebens noch gefolgt ist.

Anders gesagt, ist der Verweis auf den aus dem IPBPR entnommenen reinen Wortlaut der Verfassungsbestimmung nicht ausreichend, sondern es muss der europäische rechtskulturelle Kontext, aus dem dieser Wortlaut stammt, in die Interpretation mit einbezogen werden. Hinzu kommt der historische Kontext:

Das Verfassungsgericht kann sich mit Recht auf unsere eigene historische Situation stützen, wenn es mit der Abschaffung der Todesstrafe die Achtung des Rechts auf Leben stärkt und die Strafgewalt des Staates zurückdrängt. Es geht hier um mehr als um eine symbolische Absage an das System, das für seine politischen Ziele menschliches Leben hemmungslos opferte. Die Abschaffung der Todesstrafe für politische Straftaten wäre 1960 am Platze gewesen, so wie 1949 das Verbot der Todesstrafe im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland aus ähnlichen Motiven zeitgemäß war. Die aktuelle historische Aufgabe ist es nun, auch für den Gesetzgeber bindend festzustellen, daß in der durch das Verfassungsgericht interpretierten und geschützten Verfassungsordnung der Staat das Leben eines Menschen nicht wegnehmen darf. (147)

Auch dieser Abschnitt illustriert das Sendungsbewusstsein, das Sólyom hinsichtlich der Rolle des Gerichts an den Tag legte. Für ihn ging es nicht nur darum, eine Rechtsfrage zu entscheiden, d.h. zu untersuchen, ob in der Rechtsquellenhierarchie untergeordnete Normen (die Strafrechtsbestimmungen, die die Todesstrafe erlauben) den ihnen übergeordneten Normen (die Grundrechte in der Verfassung) entsprechen oder nicht. Es geht gleichzeitig um die „symbo-

lische Absage“ an das frühere Unrechtsregime als auch die „historische Aufgabe“, eine neue Wertordnung zu errichten.

Der Rest der Parallelmeinung beschäftigt sich genauer mit dem Recht auf Leben in der Verfassung und kann ungefähr folgendermaßen zusammengefasst werden: Die Grenzen des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Leben hängen von der Auslegung des Begriffs der „Willkürlichkeit“ in Art. 54 Abs. 1 ab. Empirische Fakten wie Unregelmäßigkeiten bei der Verhängung der Todesstrafe oder die mangelnde Effektivität der Todesstrafe für der Kriminalitätsbekämpfung können keine ausreichend argumentative Grundlage für den Beweis der „Willkürlichkeit“ liefern. Erstens können ähnliche Argumente auch für andere Bestrafungen angeführt werden, stellen also keine Eigenart der Todesstrafe oder des Rechts auf Leben dar. Zweitens muss es darum gehen „nachzuweisen, daß die Entziehung des Lebens selbst dann nichts statthaft sei, wenn dies äußerst zweckmäßig wäre“ (150) oder in völlig rechtsstaatlicher Weise geschehen würde. Deswegen ist es notwendig, das Recht auf Leben in Kombination mit dem Recht auf Menschenwürde und dessen zulässigen Beschränkungen zu untersuchen. Das Recht auf Menschenwürde hat zwei Funktionen: Zum einen soll es dem Staat eine absolute Grenze setzen und einen „Kern der Autonomie, der individuellen Selbstbestimmung“ sichern, die „der Disposition eines jeden anderen entzogen ist“ und „kraft dessen – nach der klassischen Definition – der Mensch Subjekt bleibt und nicht zum Mittel oder Objekt wird“²⁹⁸. Die andere Funktion ist die Sicherung der Gleichheit, d.h. die „historische Errungenschaft der ‚gleichen Würde aller Menschen‘“. Auch dem „moralisch verkommenen“ Straftäter kommt Würde zu, die unantastbar ist. „Die Würde garantiert die Gleichheit der Leben“. Das Menschenbild der Verfassung, für das sich das Verfassungsgericht frei entscheiden kann, beinhaltet, dass die Menschenwürde „eine mit dem menschlichen Leben einhergehende Qualität“ bedeutet.

Das subjektive Recht auf Menschenwürde verbietet, daß dem Individuum seine Würde entzogen wird. Dem Menschen kann die Menschenwürde nur durch die Wegnahme seines Lebens entzogen werden, und damit enden beide endgültig. (153)

Damit schließt Sólyom den Bogen zur Mehrheitsmeinung. Da § 8 der Verfassung den Wesensgehalt der Grundrechte schützt und das Recht auf Leben und Menschenwürde nicht eingeschränkt werden kann, ohne diesen Wesensgehalt vollständig zu vernichten, folgt zwingend,

daß die Entziehung des Rechts auf Leben und Würde begrifflich nur „willkürlich“ sein kann. Der Staat wendet sich gegen die gesamte Grundrechtskonzeption der Verfassung, wenn er über die Entziehung des Rechts auf menschliches Leben und auf Würde disponiert, indem er die Todesstrafe ermöglicht und regelt. Deshalb kann § 54

298. Der Verweis auf die „Objektformel“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist unverkennbar.

Abs. 1 der Verfassung auch nicht so ausgelegt werden, daß er die Todesstrafe als „nicht-willkürliche“ Entziehung zulassen würde. Im Gegenteil: die Todesstrafe ist verfassungswidrig. (155)

Die Willkürlichkeit der Todesstrafe ergibt sich daher nach Sólyom – und der Mehrheitsmeinung – schon rein logisch, „weil das Recht auf Leben und auf Würde – infolge seiner Eigenart – von vornherein nicht eingeschränkt werden kann“. Mit einem kurzen Abschnitt, der argumentiert, warum die Todesstrafe nicht mit einer Notfallsituation verglichen werden darf, schließt Sólyom seine Parallelmeinung.

5.2.3.4 Reaktionen

Anders als die Entscheidung zur Autonomie von Gewerkschaftsmitgliedern, die kaum beachtet worden war, provozierte die Entscheidung zur Todesstrafe ein größeres kritisches Echo. Wie kaum anders zu erwarten, wurde nicht über die Argumentation des Urteils diskutiert, die die Mehrheit der Richter konsentiert hatte. Im Vordergrund der Kritik stand das Ergebnis, das dem Willen der Mehrheit der Bevölkerung widersprach.²⁹⁹ Im Gegensatz dazu standen vor allem Intellektuelle, die sich entweder aus ethischen Gründen gegen die Todesstrafe aussprachen oder die Abschaffung als unausweichlich ansahen, weil sie die Voraussetzung für die weitere europäische Integration darstellte.³⁰⁰ Trotzdem waren nicht alle Gegner der Todesstrafe über die Entscheidung glücklich. Mitglieder der Liga äußerten sich skeptisch - die Entscheidung sei über den Kopf der Menschen ergangen. Dies erinnere an das frühere Einparteiensystem. Die Liga habe erwartet, dass das Verfassungsgericht die endgültige Entscheidung dem Parlament überlassen hätte. So bestehe die Gefahr, dass die Bevölkerung das Urteil nicht akzeptiere und es eventuell keinen Bestand habe (Babus, 1990).³⁰¹

Als Beispiel für das Medienecho kann der Artikel des Journalisten Imre Babus gelten, der unter dem Titel „Nachrichten aus dem Turm. Verfassungsgericht kontra Parlament“ im politischen Magazin HVG³⁰² am 21. April 1991 veröffentlicht wurde, ein halbes Jahr nach der Veröffentlichung des Urteils.³⁰³ Der Arti-

299. So etwa Imre Babus in einem Interview (Babus, 2002). (Anekdotische) Belege hierfür etwa in der Boulevardzeitung *Kurír* vom 26.10.1990, wo fast alle befragten Passanten sich gegen das Ergebnis der Entscheidung aussprechen.

300. So etwa Péter Balla in *Magyar Nemzet* vom 1.11.1990.

301. Babus zitiert den Juristen Csaba Kábódi. Dieser äußerte sich ausführlich in *Magyar Nemzet* 11.08.1990.

302. HVG ist etwa mit dem britischen „*Economist*“ vergleichbar.

303. Babus gehörte zu den relativ gut informierten Journalisten und stand dem Gericht generell positiv gegenüber, auch durch eine persönliche Bekanntschaft mit Sólyom aus der Oppositionszeit (Babus, 2002). Er schrieb aber auch kritisch über Sólyoms Amtszeit, siehe etwa Babus, 1999.

kel sprach von einem machtpolitischen Kampf zwischen dem Verfassungsgericht und dem Parlament. Der Präsident des obersten Gerichts, Pál Solt, wird mit der Aussage zitiert, das Verfassungsgericht könne ohne Kontrolle zu große Macht erwerben. Für Babus zeigen die bisherigen Urteile des Verfassungsgerichts, dass sich dieses nicht auf die Aufgaben des Schutzes und die Interpretation der Verfassung beschränke, die ihm von der Verfassung und dem Verfassungsgerichtsgesetz zugewiesen worden seien. Stattdessen betreibe das Gericht Verfassungsgebung und Rechtsetzung und verletze damit nicht nur die Souveränität des Parlaments, sondern verhindere auch dessen Verantwortlichkeit für die Gesetzgebung. Aus Sólyoms Passage zur „unsichtbaren Verfassung“ folgerete Babus kritisch, dass das Gericht für sich verfassungsgebende Gewalt beanspruche. Babus erkannte an, dass das Verfassungsgericht mit seinen Entscheidungen Freiheitsrechte schütze, die für den modernen Rechtsstaat charakteristisch sind. Aber es setze sich dabei über die ungarische Gesellschaft hinweg, wenn es die Todesstrafe abschaffe, ohne dass dafür in der Bevölkerung genug Unterstützung bestehe. Babus schließt daraus, dass die Rolle des Verfassungsgerichts immer noch klärungsbedürftig sei.

Einige Jahre später kommentiert Babus die Entscheidung folgendermaßen:

The decision was both reckless and provocative. Only the argument of László Sólyom, the President of the Court, which could serve as an *ars poetica* of a constitutional judge, was more astonishing than the implementing clauses themselves. [...]. Indeed, in order to avoid all possible misunderstandings, the President also declared that through its decisions the Constitutional Court in practice wishes to formulate an „invisible constitution“, superior to the Constitution in force, which would in due course serve as a benchmark for the codification of the new constitution. The message was crystal clear. At that time and place the Constitutional Court, or more precisely the President, stated its intention to replace its role of guarding and interpreting the Constitution by the role of drafting it. (Babus, 1999)

Die ungarische Rechtswissenschaft nahm die dogmatische Bedeutung des Urteils zunächst kaum zur Kenntnis.³⁰⁴ Ein Grund könnte sein, dass die meisten Juristen, die sich mit dem Thema auseinandergesetzt hatten gegen die Todesstrafe eingestellt waren. Selbst wenn sie in dogmatischer Hinsicht Einwände hatten, wollten sie das konkrete Urteil jedenfalls nicht kritisieren.³⁰⁵ Für den bereits mit Kritik am Gericht hervorgetretenen Béla Pokol war das Urteil ein weiterer Beweis für den grenzenlosen „Aktivismus“ des Gerichts (Pokol, 1992:72-74), seine Kritik fand aber keinen Widerhall.

304. Eine inhaltliche Kritik an der Argumentation, die sich auf den Wesensgehalt des Rechts auf Leben stützt, findet sich bei Tamás, 2001:82-102 und Kis, 2003:52-59.

305. Zum Ausdruck bringt dies András Sajó, der sich trotz großer Differenzen mit der Rechtsprechung des Gerichts bis zum „Bokros“-Urteil nicht öffentlich kritisch äußerte (Sajó, 1995).

Der Schwerpunkt der publizierten Kritik richtete sich gegen den Begriff der „unsichtbaren Verfassung“. Obwohl dieser nur in der Parallelmeinung von Sólyom und nicht im konsentierten Teil der Entscheidung enthalten war, stellte er für die gesetzespositivistische Einstellung vieler Juristen ein Provokation dar. Eine kritische Analyse kam von einem Richter am Oberstem Gericht, Károly Törő³⁰⁶ in einem Artikel mit dem Titel „Die Verfassungsgerichtsbarkeit und die ‚unsichtbare Verfassung‘“ (Törő, 1992). Törő betonte, dass die ordentliche Gerichtsbarkeit nicht auf subjektiver Grundlage, sondern nach objektiven Rechtsnormen urteile, die für alle verbindlich seien. Abweichende und Parallelmeinungen am Verfassungsgericht seien deshalb schädlich, sie untergrüben die Einheit der Rechtsprechung und würden auch der Durchsetzung der Urteile schaden. Der Begriff der „unsichtbaren Verfassung“, die Sólyom in seiner Parallelmeinung anspricht, sei abzulehnen. Die Verfassung sei ein Rechtsakt des Parlaments, der alle natürlichen und Rechtspersonen binde. Die Voraussetzung ihrer Durchsetzbarkeit sei, dass sie jedermann zugänglich sei. Wenn man eine unsichtbare Verfassung überhalb der geschriebenen akzeptiere, würde diese dem Verfassungsgericht fast unbegrenzte Macht verleihen, weil nur dieses bestimmen könne, wie die ungeschriebene Verfassung auszusehen hätte. Dies sei mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Törő kritisiert außerdem den Anspruch des Verfassungsgerichts, die Praxis der Rechtsanwendung zu untersuchen, dies sei Aufgabe des Obersten Gerichts.

Im Ausland wurde das Urteil sehr unterschiedlich aufgenommen. Dass die dogmatische Begründung des Gerichts insbesondere die nicht überzeugen kann, die aus demokratietheoretischer Perspektive einer kreativen Verfassungsrechtssprechung kritisch gegenüber standen, zeigt sich etwa am Kommentar des amerikanischen Juristen George P. Fletcher (1992), der im Urteil vor allem die Thematisierung dieser Frage vermisste:

I was surprised that there was no discussion and certainly no serious debate about the issue that would be most important to us, namely the problem of the Court's deference to the democratically elected political branch.

Er machte auch darauf aufmerksam, dass schon allein auf Grund der historischen Bedeutung des Urteils eine solche Debatte habe erfolgen müssen. Nie zuvor hatte ein Gericht irgendwo in der Welt aus rein kategorialen Gründen und damit irreversibel „society's oldest form of punishment“ abgeschafft.³⁰⁷ Fletcher

306. Dieser hatte sich schon zuvor eine skeptischen Artikel zur Verfassungsgerichtsbarkeit publiziert (Törő, 1991).

307. Allerdings missversteht Fletcher die dogmatische Begründung der Abschaffung. Er gibt die Begründung des Gerichts folgendermaßen wieder: „Their claim was that the death penalty has no sound, supporting reason. If the death penalty has no sound, supporting reason, the argument follows, it must be viewed as arbitrary. If the death penalty is arbitrary, an individual executed under a death sentence is arbitrarily deprived of his or her life“ (155). Wie oben dar-

teilte zwar nicht die Ansicht derer, für die jede über den Text hinausgehende Interpretation der Verfassung eine illegitime Kompetenzüberschreitung darstellt. Jedoch spiegelte die Entscheidung für ihn „a curious attitude toward the authority of the democratically-constituted Parliament“ (161), die negative Konsequenzen haben könnte:

In a paternalist legal tradition, the danger is that a body of appointed experts—particularly academic experts—will think that they are true guardians of the nation’s values. (163)

In Deutschland wurde die verfassungsgerichtliche Abschaffung der Todesstrafe zur Kenntnis genommen, aber nicht ausführlich kommentiert.³⁰⁸

5.2.3.5 Folgen

Wie aus der vorangegangenen Analyse des Urteils deutlich wurde, ist das Urteil zur Abschaffung der Todesstrafe in mehrerlei Hinsicht bedeutsam. Zunächst zeigt sich, dass sich Sólyom mit einer kreativen, rein begrifflich-dogmatischen Lösung des Falles durchsetzen konnte, auch wenn er nicht alle Elemente seiner ursprünglichen Konzeption durchsetzen konnte, die in seiner Parallelmeinung manifestartig vorgetragen werden. Wenn man den Anspruch des Gerichts anerkennt, festgestellte Konflikte in der Verfassung eigenständig zu lösen (und nicht an den demokratisch stärker legitimierten Gesetzgeber zurückzugeben), ist die gewählte Lösung rechtslogisch überzeugend – es ist tatsächlich nicht plausibel zu machen, wie das Recht auf Leben eingeschränkt werden kann, ohne es zu vernichten und damit dessen Wesensgehalt zu verletzen. Natürlich ergeben sich daraus schwierige Fragen für die Behandlung anderer Themen, die das Recht auf Leben betreffen, wie etwa die Abtreibung, die Euthanasie oder die polizeiliche Tötung in Notwehrsituationen.³⁰⁹ Stattdessen hätte die Entscheidung auch dogmatisch viel pragmatischer und mit weniger argumentativen

gestellt, ist jedoch nicht dies der tragende Grund der Entscheidung, sondern die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 8 Abs. 1.

308. So publizierte z.B. die F.A.Z., die mit Georg Paul Hefty einen eigenen Ungarn-Kommentator besaß, am 26.10.1990 lediglich eine aus drei Sätzen bestehende Pressemeldung der dpa. In den zahlreichen Beiträgen von Georg Brunner (etwa Brunner, 1992, Brunner, 1993b) wird das Urteil nur erwähnt, seine dogmatische Begründung aber nicht untersucht.
309. Mit dem Fall der Abtreibung hat sich das Gericht in zwei Urteilen (64/1991 und 48/1998) auseinandergesetzt. Die Richter mussten sich damit beschäftigen, dass die Rechtsprechung im Todesstrafenfall dazu führte, dass jede Form des Schwangerschaftsabbruchs als verfassungswidrig eingeschätzt werden muss, sofern dem Fötus das Recht auf Leben zusteht. Die Richter entzogen sich aber dieser Schlussfolgerung, indem sie argumentierten, dass aus der Verfassung nicht ableitbar sei, ob der Fötus Recht auf Leben habe oder nicht. Es sei die Aufgabe des Parlaments, diese Frage zu klären. Vgl. Küpper, 1999; Paczolay, 2009: 62-63. Zur Frage der Euthanasie siehe Paczolay, 2009:64. Die polizeiliche Tötung wurde im Fall 09/1992 behandelt und kam zum Ergebnis, dass dieser Einsatz verfassungsgemäß sei.

Aufwand gelöst werden können (etwa unter Zuhilfenahme des Verbots grausamer Bestrafung oder des Verhältnismäßigkeitsgebots). Die Expertenanhörungen hätten dafür genug Material geboten. Noch zurückhaltender wäre es gewesen, dem Parlament die Aufgabe zu geben, den festgestellten Konflikt in der Verfassung selbst zu lösen und darauf zu hoffen, dass das Parlament angesichts der europäischen Vorgaben die Todesstrafe selbst abschaffen würde.

Das demokratietheoretische Problem, das von Schmidt in seiner *dissenting opinion* herausgestellt wurde, war für die Mehrheit der Richter kein Thema. In einem Interview betonte Sólyom, wie fremd den Richtern zunächst die Vorstellung war, dass die Praxis des richterlichen Prüfungsrechts problematisch sein könnte:

Ganz klar, wenn man mit Amerikanern spricht, da kann man diesem Gedanken einfach nicht entkommen, die betonen immer die „countermajorian difficulty“ *and so on*. Bei uns war das eigentlich nie eine Frage, vielleicht waren wir einfach nicht theoretisch gebildet genug damals. Wir haben also das als gegeben genommen, dass es das Verfassungsgericht mit solchen Kompetenzen gibt. Es war ganz klar, dass wir dem Parlament, von seinen Natur her gegenüberstehen und das die Bereiche der Politik, die hier überprüft werden, einen gewissen Widerstand ausüben werden. (Sólyom, 2002c)

Der Hinweis auf internationale Abkommen war „nicht einfach argumentative Verzierung“ (Uitz, 1992:384), sondern spiegelte den Versuch wieder, eine Rechtslage zu schaffen, die mit internationalem Recht übereinstimmte und die zukünftige Mitgliedschaft im Europarat antizipierte. Sólyom hat später argumentiert, dass die Übernahme von internationaler Rechtslage und Rechtsdogmatik nicht nur eine Legitimationsbasis für das Verfassungsgericht darstellte, sondern die Gegner des Urteils dazu zwingen sollte, sich in die international geführte Debatte mit internationalen anerkannten neutralen Definitionen einzubringen (Sólyom, 2002b:22).

Wie entscheidend war das Urteil für die Abschaffung der Todesstrafe? Es ist davon auszugehen, dass die Todesstrafe auf parlamentarischem Wege abgeschafft worden wäre. Der Druck, der in dieser Frage von Seiten der europäischen Institutionen ausgeübt wurde, und die politischen und ökonomischen Anreize, die die Mitgliedschaft in diesen Institutionen bot, schließen aus, dass das ungarische Parlament an der Todesstrafe festgehalten hätte. Fraglich war lediglich der Zeitpunkt. Auch bestand auf Grund des Moratoriums des Justizministeriums keine Gefahr, dass zum Tode verurteilte Straftäter hingerichtet werden könnten. Insofern bestehen tatsächlich Zweifel, ob die verfassungsrichterliche Abschaffung tatsächlich notwendig war. Richter Schmidt wies ja auch auf die Alternative hin: dem Parlament die Frage zurückzugeben, mit der Aufgabe, den Widerspruch in der Verfassung zu klären.

Allerdings waren zum Zeitpunkt der Entscheidung die weiteren Ereignisse nicht so absehbar, wie sie sich in der Rückschau darstellen. Niemand konnte

sich damals sicher sein, dass nicht die politischen Entwicklungen dazu führen könnten, dass das Moratorium widerrufen und die Abschaffung der Todesstrafe lange hinausgezögert werden könnte. Die Richter der Mehrheitsmeinung waren ganz offensichtlich davon überzeugt, dass die Abschaffung auf der Grundlage grundsätzlicher Prinzipien rechtlich endgültig erfolgen musste, die dem Gesetzgeber gar keinen Spielraum mehr ließen. Wie oben zitiert, war für Sólyom die damalige Lage durch ständige Verfassungsänderungen geprägt („In those days the Constitution was amended each month, as daily politics required it“). Indem die Richter die Hierarchisierung der Grundrechte mit einer absolut verstandenen Wesensgehaltsgarantie verbanden, schafften sie ein Meta-Recht, das mögliche Verfassungsänderungen überdauern sollte.

Der Protest des Parlaments hielt sich in Grenzen. Den Abgeordneten war sicherlich klar, dass das Verfassungsgericht sie von der unangenehmen Aufgabe befreit hatte: Sie mussten nun nicht mehr selbst die Verantwortung für eine unpopuläre Maßnahme übernehmen.³¹⁰ Das Urteil machte, wie Uitz (2002:389) anmerkt,

den Weg für Ungarns Mitgliedschaft im Europarat frei und erleichterte die Ratifizierung des Fakultativprotokolls Nr. 6 der EMRK ganz erheblich. Die internationalen Verpflichtungen veränderten die Diskussion zum Thema Todesstrafe, da sie einen neuen Bezugspunkt und neue Sicherheit boten. Das Urteil des Gerichts stellte bereits einen wichtigen Schritt zur Beendigung der Todesstrafendiskussion im öffentlichen Diskurs dar.

Angesichts der äußeren Handlungszwänge machte auch die Umsetzung keine Probleme. Nur sehr selten ist das Thema Todesstrafe Inhalt parlamentarischer Debatten gewesen. Als 1998 die kleine und rechtsgerichtete Kleinlandwirtpartei eine „vorübergehende Wiedereinführung“ der Todesstrafe forderte, wurde dies von der Parlamentsmehrheit mit Hinweis auf das Urteil und internationale Verpflichtungen Ungarns abgelehnt (Uitz 2002:386-387). Zwei Referendumsinitiativen, die die Wiedereinführung der Todesstrafe zum Ziel hatten, wurden von der nationalen Wahlkommission auf Grund verfassungsrechtlicher Vorgaben abgelehnt, dies wurde vom Verfassungsgericht in den Entscheidungen 2/1999 und 11/1999 bestätigt (Uitz 2002:390). Die 2010 mit 16% der Sitze ins Parlament gewählte rechtsextreme Partei Jobbik formuliert heute als einzige politisch relevante Kraft die Wiedereinführung der Todesstrafe als politisches Ziel.

310. Dies ist eine Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, die häufig zu beobachten ist. Siehe hierzu Graber, 1993 für den U.S. Supreme Court.

5.2.4 Entschädigungsurteile

5.2.4.1 Kontext

Das Verfassungsgericht musste sich ziemlich bald mit konkreten Verteilungskonflikten innerhalb des Staates und der Gesellschaft beschäftigen. Einer der ersten Fälle, in denen das Gericht mit hochpolitischen Problemen des Übergangs vom kommunistischen zum kapitalistischen System konfrontiert wurde, war die Frage der Entschädigung von unter dem Sozialismus erfolgten Enteignungen.³¹¹ Die Koalition von MDF und den kleineren nationalkonservativen Parteien war mit dem Wahlversprechen angetreten, die Marktwirtschaft schnell einzuführen und das staatliche Eigentum zu privatisieren, ohne gleichzeitig die nationalen Werte „in die Hände von Ausländern“ fallen zu lassen. Eine solche Politik stand allerdings vor einem Dilemma. Nur wenige Ungarn besaßen genug Kapital, um privatisiertes Staatseigentum zu erwerben. Gleichzeitig wollte man aber auch nicht den Weg der „Coupon-Privatisierung“ einschlagen, den z.B. die Tschechoslowaken gewählt hatten.³¹² Von den unabhängigen Kleinlandwirten wurde vehement eine Entschädigung für die Güter eingefordert, die während der Agrarkollektivierung enteignet worden waren. Auch die Kirchen meldeten über die Christdemokraten Ansprüche an.³¹³ So schien man mit einer Politik der Entschädigung auf einen Schlag eine Klasse von Land- und Kapitalbesitzern schaffen zu können, die auf der einen Seite den wirtschaftlichen Liberalisierungsprozeß anschieben könnten und die auf der anderen Seite - als Begünstigte der Regierungspolitik - die Regierung auch in anderen Bereichen unterstützen würden.

Der MDF wurde aber bald klar, daß diese Politik nicht bezahlbar und vor allem in Teilen der Bevölkerung unpopulär war.³¹⁴ Die Sonderbehandlung von Landwirten und den Kirchen empfand die öffentliche Meinung als ungerecht. Da sie aber vom kleinen Koalitionspartner abhängig war, saß die MDF in der Zwickmühle. Die Koalition verfasste zwei Gesetzesentwürfe zur Entschädigung von Land- und Kirchengrundbesitz. Diese sahen vor, dass alle, die durch die Nationalisierungsgesetze der Kommunisten Land oder Besitz verloren hatten,

311. Zum Folgenden siehe insbesondere Klingsberg, 1992; weiterhin Klingsberg, 1994; Paczolay, 1992.

312. Zu den verschiedenen Formen der Privatisierung von Staatseigentum in den postkommunistischen Staaten siehe Stark/Bruszt, 1997 und Brunner, 1999. Siehe auch Hiller, 2001, Teil 2, zu Einzelfragen der in den Urteilen behandelten Frage der Eigentumsgarantie.

313. Während die Reprivatisierung von Ackerflächen praktisch das einzige Thema der Kleinlandwirte im Wahlkampf 1990 war, hatte das Parteiprogramm der MDF dieses Thema nicht einmal erwähnt (Paczolay, 1992:811-812).

314. „Polls revealed that approximately two-thirds of the nation believed the final proposal to be economic suicide.“ Klingsberg, 1992:84.

dieses zurückerhalten oder entschädigt werden sollten. Gleichzeitig aber wandte sich Premierminister Antall an das Verfassungsgericht mit einer Anfrage, ob das gerade beratene Gesetz verfassungsgemäß sei. Damit erhoffte er sich, im Falle der Verfassungswidrigkeit der Empörung aus der Bevölkerung entgehen zu können, ohne die Unterstützung der kleinen Landwirte und der Christdemokraten zu verlieren (Klingsberg, 1992:83-84). Sein Antrag auf Verfassungsinterpretation stellte die Frage, ob das Gleichheitsprinzip aus Artikel 70/A dem Parlament gestatte, die früheren Besitzer von Immobilien anders zu behandeln als diejenigen, die unter dem kommunistischen Regime andere Arten von Besitz verloren hatten. Die Frage an das Verfassungsgericht konnte der Premierminister mit seiner Sorge um die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Regelung begründen. Tatsächlich delegierte er aber damit die Entscheidung von der Koalition an das Verfassungsgericht.

5.2.4.2 1. Entschädigungsurteil (21/1990)

Das Verfassungsgericht entschied am 4.10.1990 in seinem 1. Entschädigungsurteil (21/1990)³¹⁵, dass das Gesetz in seiner jetzigen Form tatsächlich das Grundrecht auf Gleichbehandlung verletze. Die unterschiedliche Art der Entschädigung – zum einen durch Rückgabe von Land und zum anderen durch finanzielle Entschädigung – sei verfassungswidrig.

Darüber hinaus sei aber auch jedes Gesetz verfassungswidrig, das eine unterschiedliche Entschädigung für ehemalige Landbesitzer und Besitzer persönlichen Eigentums vorsehe. Jede Verteilung von Staatsbesitz, die zwischen früheren Besitzern und Nichtbesitzern unterscheide, sei durch das Gleichbehandlungsprinzip der Verfassung verboten. Sie könne weder durch eine retroaktive Zuteilung von Eigentumsrechten noch aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.

Das Urteil befasste sich zunächst mit der in allen Verfassungsordnungen zu lösenden Frage, wie ein Verbot der Ungleichbehandlung, wie sie Art. 70/A Abs. 1 beinhaltet, juristisch handhabbar gemacht werden kann. Insbesondere ging es dem Gericht darum, die Grenzen von Gleichbehandlung und Ungleichbehandlung abzustecken. So sei nicht jede Ungleichbehandlung automatisch verfassungswidrig, solange das damit verfolgte Ziel verfassungsmäßig sei. Grundsätzlich sei der Staat Eigentümer aller fraglichen Grundstücke und könne damit verfahren, wie er möchte. Das Gericht entschied hier gegen die Kleinlandwirte, die die Position vertreten hatten, dass die vor der Nationalisierung bestehenden Eigentumsansprüche weiterbestünden (Klingsberg, 1992:93). Das Recht zu privatisieren oder zu reprivatisieren, sei nach Art. 10 Abs. 2 der Verfassung „grundsätzlich uneingeschränkt“ (129). Ein Recht der Bürger auf Privatisierung

315. Abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995:126ff.

bestehe daher nicht. Dabei geht das Gericht vom generellen Bestand der Eigentumsverhältnisse aus. Selbst wenn die zugrunde liegenden Rechtsakte, die zur Verstaatlichung von privatem Eigentum geführt haben, verfassungswidrig seien, blieben die dadurch entstandenen Rechtsverhältnisse unberührt, außer das Verfassungsgericht selbst entscheide anders:

Eine Abweichung von dieser Regel kann nur das Verfassungsgericht aufgrund eigenen Ermessens feststellen, sofern dies im Interesse der Rechtssicherheit oder aus einem besonders wichtigen Interesse des Antragstellers heraus geboten erscheint. (129)

Da kein subjektives Recht derjenigen bestände, die während des Sozialismus enteignet wurden, könne man auch nicht von „Entschädigung“ im Rechtssinn sprechen. Die staatlichen Maßnahmen beruhten nicht auf rechtlichen Verpflichtungen, sondern „ausschließlich auf einer souveränen staatlichen Entscheidung“ (130).

Die Details der komplizierten Entscheidung müssen an dieser Stelle nicht näher betrachtet werden.³¹⁶ Entscheidend ist, dass das Verfassungsgericht beim vorgelegten Gesetz keine ausreichende Begründung gegeben sah, die eine Bevorzugung der Landwirte und Kirchen rechtfertigen würde. Das Gericht würde eine solche Begründung nur dann akzeptieren, wenn diese zeigen könnte, „daß die Diskriminierung einzelner Personen oder Gruppen für die Herstellung einer vollkommeneren gesellschaftlichen Gleichheit notwendig ist“ (132).

Bei der Analyse dieser Argumentation des Gerichts fällt auf, dass das Gericht zwar auf der einen Seite den Anschein erweckt, der Staat könne souverän über sein Eigentum verfügen. Dies bezieht sich aber offensichtlich nur auf die Entscheidung, ob überhaupt privatisiert werden soll oder nicht – eine Frage, die sich gar nicht stellte, da die Privatisierung eine notwendige Grundlage der marktwirtschaftlichen Entwicklung war. Gleichzeitig aber behält sich das Gericht vor, die konkrete Ausgestaltung der Privatisierung auf seine materielle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, wobei es sehr strenge verfassungsrechtliche Maßstäbe anlegte.

Das Urteil brachte die Gesetzesvorlage zum Scheitern und rief einen Sturm der Entrüstung auf Seiten der Kleinlandwirte, der Christdemokraten und des rechtskonservativen Teils der MDF hervor. Die MDF erklärte, sicherlich sei es so, dass „demokratische Veränderungen nur durch verfassungsmäßige Mittel durchgeführt werden dürften“. Andererseits müsse man sich auch der „schädlichen Natur der Entwicklungen“ bewusst sein, welche durch die Verhinderung

316. Nach Ansicht des Gerichts „überlagern sich zweierlei Unterscheidungen: einerseits die Unterscheidung zwischen früheren Eigentümern und Nichteigentümern, andererseits die Unterscheidung innerhalb des Kreises der früheren Eigentümer je nach dem Objekt des Eigentums“ (130). Die Differenzierung zwischen diesen verschiedenen Gruppen sei von keinen verfassungsrechtlich ausreichenden Gründen gedeckt (131-134).

dieser Art von Privatisierung entstanden (FBIS, 30.5.1991). Georg Brunner (1995:29) beschreibt die Folgen des Urteils so:

Das Urteil entschärfte für eine Weile den heftigen Streit innerhalb der Regierungskoalition: Während das dominierende Demokratische Forum und die Christdemokraten – wie auch alle Oppositionsparteien – eine generelle Entschädigungslösung anstrebten, wollte die Kleinlandwirtpartei für die enteigneten landwirtschaftlichen Grundstücke eine Ausnahme machen und diese ihren ursprünglichen Eigentümern zurückgeben. Da sich die Kleinlandwirtpartei nunmehr einem Spruch des Verfassungsgerichts und nicht dem Druck ihrer Koalitionspartner beugen mußte, war mit der wegweisenden Entscheidung zunächst auch der Koalitionsfriede gerettet.

5.2.4.3 2. Entschädigungsurteil (16/1991)

Christdemokraten und Kleinlandwirte gaben sich jedoch nicht geschlagen. Sie drängten den MDF darauf, die selben Zielsetzungen durch andere Formulierungen umzusetzen und erreichten, dass ein neuer Gesetzesentwurf erarbeitet wurde. Auch dieser Entwurf wurde von der Opposition dem Gericht vorgelegt. Im 2. Entschädigungsurteil vom 20.4.1991 (16/1991)³¹⁷ wies das Gericht das Begehren ab, das noch nicht verabschiedete Gesetz der Prüfung zu unterziehen. Das Gericht führte aus, dass die meisten Rechtssysteme mit präventiver Normenkontrolle³¹⁸ regelmäßig nur eine formale und nur ausnahmsweise eine inhaltliche Kontrolle von noch nicht verabschiedeten Gesetzen ermöglichten. Eine materiellrechtliche Kontrolle sei problematisch, da mit „einer präventiven Prüfung, die während des Gesetzgebungsverfahrens erfolgt, [...] das Verfassungsgericht mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung in Konflikt kommen“ könne (184). Das Problem trete nur dann nicht auf, „wenn ein abstraktes verfassungsrechtliches Problem besteht, das unabhängig von dem Kontext der Bestimmungen des Gesetzesentwurf beurteilt werden kann und tatsächlich eine Auslegung der Verfassung erfordert“. Für diesen Fall stünde dann „die Kompetenz des Verfassungsgerichts zur Verfassungsauslegung zur Verfügung“ (184). Im vorliegenden Fall aber kam das Gericht zum Ergebnis, dass die Regelung im Verfassungsgerichtsgesetz viel zu breit sei und daher einschränkend ausgelegt werden müsse (186). Grund dafür sei, dass „der Grundsatz der Trennung der Gewalten [...] der wichtigste Organisations- und Tätigkeitsgrundsatz der ungarischen Staatsorganisation ist“. Es dürfe nicht zu einer Situation kommen, in der

das Verfassungsgericht die Verantwortung des Gesetzgebers und sogar der vollziehenden Gewalt übernehmen würde und – im diametralen Gegensatz zu den in der Verfas-

317. Abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995: 183-189, von dort die folgenden Seitenzahlen ohne weitere Quellenangabe.

318. Das Gericht nennt hier Frankreich, Irland und Italien (185).

sung festgelegten Staatsorganisationsprinzipien – eine Art verfassungsgerichtliche Regierung entstehen würde. (186)³¹⁹

Allerdings hielten diese Ausführungen das Verfassungsgericht nicht davon ab, seinen „grundsätzlichen Standpunkt“ (186) zur gerade debattierten Frage mitzuteilen. Paczolay kommentiert, dass die Argumentation des ersten Teils keinen Rückzug des Gerichts bedeutete, sondern ein „waving between reasonable self-restraint and activism“:

These decisions [...] do not mean that the Court definitely took the road of self-restraint, though some commentators maintain that the Court became more sensitive because of the scholarly and political attacks on the legitimacy of judicial review in a representative democracy. Rather, what the Court really did was to eliminate unreasonable or absurd duties. (Paczolay, 1992:819)

In anderen Worten beschränkte das Gericht seine Kompetenzen *contra legem*. Das Verfassungsgericht entzog sich so

der ihm zugemuteten Rolle eines Schiedsrichters in politischen Auseinandersetzungen unter Berufung auf das Gewaltenteilungsprinzip, dem freilich insofern der eindeutige Wortlaut der Vorschriften des VerfGG über die vorbeugende Normenkontrolle entgegenstand. [...] Trotz des weisen „judicial self-restraint“ blieb die Kritik, das Verfassungsgericht mische sich in die Tätigkeit des Gesetzgebers ein, in Teilen der Öffentlichkeit nicht aus. (Brunner, 1995:27)

Brunner zufolge hat das Verfassungsgericht die Schiedsrichterrolle deswegen eingenommen, weil für die verfassungsrichterliche Intervention keine normative Grundlagen existierten. Allerdings war die im zweiten Teil der Entscheidung enthaltene Argumentation *de facto* eine Vorwegnahme einer späteren Entscheidung und wurde in späteren Entscheidungen (z.B. 27/1991) übernommen. Sie stellte im Ergebnis einen teilweisen Rückzug von der Dogmatik des ersten Entschädigungsurteils dar. Das Gericht vertrat jetzt nicht mehr die grundsätzliche Verfassungswidrigkeit unterschiedlicher Entschädigungsformen und die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen Einzelinteressen und dem Gemeinwohl. Das Gericht vertrat nun die Auffassung, dass ein Gesetz als verfassungsmäßig angesehen werden kann, wenn der Gesetzgeber einen „vernünftigen Grund“ für die Ungleichbehandlung angeben und zeigen könne, dass diese Behandlung nicht willkürlich sei (187). Das Gericht versuchte, gleichzeitig Kontinuität zur ersten Entscheidung zu bewahren und dem Gesetzgeber einen größeren Spielraum einzuräumen:

Der Gesetzesentwurf hat den Gedanken der Reprivatisierung aufgegeben. [...] Das Verfassungsgericht weist darauf hin, daß innerhalb der neuen Konzeption die Freiheit

319. Das hatte das Gericht schon in der Entscheidung 31/1990 (XII.18.) festgestellt, aus der es hier zitiert.

des Gesetzgebers im Hinblick auf die Differenzierung bei den Einzelheiten sehr groß ist. Dies ist vor allem deshalb so, weil der Staat keine Rechtsansprüche befriedigt, sondern dem Begünstigten aus Billigkeit Güter zukommen läßt. [...] In Anbetracht dessen kann nur gefordert werden, daß die ungleiche Behandlung einen vernünftigen Grund hat, d.h. sie darf sich nicht als willkürlich erweisen. (187)

Wie erklärt sich dieser Sinneswandel des Gerichts? Es selbst stellt fest, dass das vorliegende Gesetz auf die Einwände der ersten Entscheidung eingegangen sei. Die Regelung sei nun „weniger umfassend und mehr gleichartig“ (187). Paczolay, damals Generalsekretär des Gerichts, hat angemerkt, dass das Gericht auch die Auswirkungen seiner Rechtsprechung auf die instabile politische Situation antizipierte. Die Koalition zwischen der MDF und den Kleinlandwirten befand sich in einer kritischen Lage. Ein völliges Scheitern des Entschädigungsprojektes hätte die Koalition platzen lassen.

In the charged atmosphere of political debate, the Court hardly can remain untouched by the pressure weighed on it by both the press and public opinion. In these cases, the Court became a direct actor in the interplay of political forces; it cannot ignore the possible immediate political consequences of its decisions. Another disadvantage of adjudication before enactment is that the Court must deal several times with the same issue, and is bound by its previous rulings. It is an additional difficulty that the Court must sometimes overrule its decisions and adjust its standpoint to the altered conditions. (Paczolay, 1992:831)

Es war den Richtern des Verfassungsgerichts vermutlich zu gefährlich, angesichts der Instabilität der politischen Lage ihre Rechtsprechung aufrecht zu erhalten und die Verantwortung für das Scheitern der Regierung Antall zu riskieren.

5.2.4.4 3. Entschädigungsurteil (27/1991)

Im April 1991 wurde das Entschädigungsgesetz im Parlament verabschiedet.³²⁰ Der Staatspräsident Arpad Göncz, der aus der sozialliberalen SZDSZ stammte, unterschrieb es nicht, sondern leitete das Gesetz an das Verfassungsgericht weiter, wobei er zum ersten Mal von seiner diesbezüglichen Kompetenz Gebrauch machte. Göncz formulierte sechs konkrete Fragen für das Gericht. In ihrem Urteil am 20. Mai 1991³²¹ stellten die Richter in drei Fällen die Verfassungswidrigkeit der betroffenen Norm fest, in den restlichen drei Fällen hielten sie die Normen aufrecht.

Parallel zur Vorlage des Präsidenten hatten das Gericht zahlreiche Anträge von Bürgern erreicht, die das Gesetz mit der Behauptung angriffen, es greife in

320. Zum Folgenden siehe Paczolay, 1992:823-827.

321. Entscheidung 27/1991 (V.20.) AB, abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995:192-207, von dort auch die folgenden Seitenzahlen ohne weitere Quellenangabe.

ihr Eigentumsrecht ein, weil es die Verstaatlichung ihres Eigentums während des Sozialismus nicht in verfassungskonformer Weise rückgängig machen oder entschädigen würde. Andere behaupteten, dass die Verfahrensvorschriften der vorliegenden Regelung ihre Rechte verletzen (193). Besonders engagiert war der von den Kleinlandwirten gegründete „Klub der Entrechteten“, der mit seinen Anträgen die Verletzung zahlreicher Grundrechte rügte (194).

Das Gericht stellte zunächst die historische Tatsache fest, dass es bis zum Ende der 1950er Jahre in Ungarn „im Interesse der stufenweisen Ausgestaltung eines neuen wirtschaftlich-gesellschaftlichen Systems“ eine „fast völlige Liquidierung des Privateigentums“ gegeben habe (194-195). Eigentum sei nach der Verfassung ohne Ansehen seiner Form geschützt, unabhängig davon, ob es sich um öffentliches oder privates Eigentum handle. Das Recht auf Eigentum sei nicht schrankenlos, es dürfe aber „nur ausnahmsweise und im Gemeinwohl, in den durch Gesetz geregelten Fällen und Verfahren und unter vollständiger, unbedingter und sofortiger Entschädigung enteignet werden“ (Art. 13 Abs. 2 Ung-Verf). Die Enteignungen der kommunistischen Zeit waren daher und auch wegen der Verletzung des Gleichheitsprinzips verfassungswidrig (196). Das Prinzip der Rechtssicherheit weise in zwei Richtungen. Einerseits dürften verfassungswidrige Normen wegen des Verstoßes gegen höherrangiges Recht eigentlich nicht weiter gelten. Andererseits hatten die lange Zeit gültigen Normen viele Rechtsverhältnisse geschaffen, auf deren Gültigkeit viele Menschen nun vertrauten:

Unter solchen Umständen würde die Aufhebung verfassungswidriger Rechtsvorschriften mit rückwirkender Kraft nicht nur generell Rechtsverletzungen gegenüber dem ehemaligen Eigentümer nicht abhelfen, sondern auch unvermeidlich neue massenhafte Rechtsverletzungen verursachen. (199)

Der endgültige Text des Entschädigungsgesetzes wurde bald nach der Entscheidung verabschiedet, wobei die Entscheidung des Gerichts vollständig übernommen wurde (Paczolay, 1992:826).

5.2.4.5 Bewertung

Nach Gerichts-Generalsekretär Paczolay basierten die Urteile auf der strengen Anwendung rechtsstaatlicher Prinzipien:

The ruling of the Court was formal and normative in terms of constitutionality, and it formulated the Court's policy on the strict observation of the rule of law. In contrast to such decisions of the Court, the acts of the legislature are the result of freely raised political arguments and concurring interests. If the Court accepted the same arguments, and made decisions in a similar way, arbitrarily taking into consideration the different principles, policies and interests, it would become a second legislative chamber. The role of judicial review, however, is not political deliberation but the control of constitutionality. Therefore, the Constitutional Court must adhere to objective standards in the interpretation of the Constitution. Accordingly, the Court in Compen-

sation Case I, and in other cases as well, properly made efforts to define objective standards and follow those neutral principles. (Paczolay, 1992:818)

Im selben Text betont Paczolay aber auch die Grenzen der Versuche des Gerichts, hochpolitische Fragen in rechtliche Fragen zu übersetzen und ihnen „rechtlich korrekte Antworten“ zu geben:

These cases created a complicated task for the Court because too many different interests and rationales were involved in them. Different and often conflicting issues were linked together in the complex task that the Compensation Law tried to solve. (Ebd.)

Eine fundamentale Frage betraf die ökonomische Effizienz der Maßnahmen, die das System zentraler Planung und staatlichen Eigentums in eine marktwirtschaftliche Ordnung transformieren sollten. Gleichzeitig aber betraf die Frage, wie privatisiert werden sollte, hochemotionale Themen historischen Unrechts, vor allem die unter Zwang durchgeführten Enteignungen. Drittens stellten sich ganz aktuelle Gerechtigkeitsfragen: Wer würde von der gewählten Art der Privatisierung profitieren und wer nicht? Das Gericht, so Paczolay, versuchte, dieses außergewöhnlich komplexe Problem „ausschließlich auf der Grundlage der Verfassungsmäßigkeit“ zu beantworten. Allerdings war dieser Anspruch nur schwer einzulösen:

The challenge to balance so many different considerations resulted in certain indeterminations and inconsistencies in the consecutive rulings. (Ebd.)

Die wichtigste Frage dabei war, ob das Gericht

should take an active part in the transition of the entire legal system or limit itself to the role of a final watchdog of constitutionality. The Court, led by its President, Laszlo Solyom, took up an activist stand, not only curtailing and invalidating the unconstitutional acts of the legislation but also developing a concept of constitutional compensation as a guideline for the legislation. Both the first and second compensation cases served that aim, and only the third case can be considered judicial review in the proper sense. But even in the third decision, the Court outlined a possible remedy for the unconstitutional provisions. Though not expressly mentioned, the Court must have been led to this activism by a peculiar historical responsibility for the democratic transition. (Ebd.)

Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit eine verfassungsdogmatische Lösung geeignet ist, die Verstrickung der ökonomischen, moralischen und rechtlichen Probleme aufzulösen, die die Entschädigungsgesetzgebung beinhaltete. Die Formel der „Rechtssicherheit“ führt hier jedenfalls nicht weiter. Ulrich K. Preuß hat argumentiert, dass sich die postkommunistischen Gesellschaften „zwischen dem Prinzip restitutiver Gerechtigkeit im Sinne der Wiederherstellung legitimer Rechte und der revolutionären Unbefangtheit der Neugründung im Interesse wirtschaftlicher Effizienz entscheiden“ mussten. Das Rechtsstaatsprinzip, aus dem das ungarische Gericht das Prinzip der Rechtssicherheit ableitet, weist hier jedenfalls „keinen zwingenden Weg“ (Preuß, 2002:61).

Kritiker dieser Urteile geben dem Gericht einen Teil der Verantwortung dafür, dass mit den Entscheidungen die zur Zeit der „wilden Privatisierung“ zustande gekommenen Vermögensumverteilungen zu Gunsten der ehemaligen sozialistischen Kader zementiert wurden.³²² Das war nicht die Absicht des Gerichts, verstärkt aber die Zweifel, inwieweit die rechtliche Intervention geeignet war, das komplexe Problem der Restitution in eigener Verantwortung zu entscheiden.

5.2.5 Der Streit um die Stellung des Staatspräsidenten

5.2.5.1 Erstes Urteil (48/1991) – der Präsident als Hüter der Verfassung?

Mitte 1991 hatten sich unter anderem der Verteidigungs- und Justizminister an das Verfassungsgericht gewandt, um die im Verfassungstext sehr ungenau und zum Teil widersprüchlich umrissenen Kompetenzen des Staatspräsidenten klären zu lassen, insbesondere was seine Befugnisse zur Leitung der Streitkräfte oder bei der Gegenzeichnung von Gesetzen betraf.³²³ Die Anträge fielen in eine Zeit, in denen im südlichen Nachbarland Jugoslawien gewaltsame Konflikte ausgebrochen waren. Es wurde befürchtet, dass diese Konflikte auf Ungarn übergreifen könnten, nicht zuletzt, weil serbische Kriegsflugzeuge mehrmals die ungarische Lufthoheit verletzt hatten. Es schien daher notwendig zu klären, wer die Oberhoheit über die Streitkräfte besaß (Zifcak, 1996:30).

Das Gericht fasste die verschiedenen Anträge auf Verfassungsauslegung zusammen und bestimmte im ersten Urteil zur Rechtsstellung des Staatspräsidenten³²⁴ die von der Verfassung dem Präsidenten explizit zugewiesenen Kompetenzen. Das Gericht führte im Vorfeld eine Anhörung durch, bei der der Justizminister nach Aussage des Urteils ausführte, dass „die Probleme der Abgrenzung zwischen den Gewalten nicht durch persönliche Vereinbarung, sondern durch eine Klärung der Rechtslage gelöst werden“ (212) müssten. Das Urteil zitiert den Generalstaatsanwalt, nach dessen Ansicht „das Verfassungsgericht, falls die Worte der Verfassung keinen eindeutigen Aufschluss bezüglich der Kompetenzen des Präsidenten der Republik und der Regierung geben, eine Auslegung ausgehend von den Prinzipien der Staatsorganisation durchführen, die der Verfassung als Grundlage dienen“ (212). Der Präsident hielt schriftlich dagegen: Seiner Ansicht nach müsse bei lückenhafter oder widersprüchlicher

322. Zu diesem Vorwurf konnte ich keinen Nachweis in der Literatur finden, er wird aber in der ungarischen Debatte nicht selten geäußert.

323. Zur rechtlichen und tatsächlichen Stellung des Staatspräsidenten während der Zeit von 1990-1994 siehe Ágh, 1996; Kukorelli, 1995.

324. Entscheidung 48/1991 (IX. 26.), abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995:208-238, von dort die folgenden Seitenzahlen ohne weitere Quellenangabe.

Verfassungslage die Kompetenzregelung „im wesentlichen durch Gewohnheitsrecht und durch Vereinbarungen zwischen dem Präsidenten und dem Ministerpräsidenten“ ausgestaltet werden. Alles andere müsse einer neuen Verfassung überlassen bleiben (212).

Das Verfassungsgericht entschied den Streit dahingehend, dass der Präsident zwar, wie in § 29 Abs. 2 der Verfassung bestimmt, Oberbefehlshaber der Streitkräfte sei, aber nur in Kriegszeiten, dass dieser Artikel jedoch keine Kompetenznorm darstelle. In Friedenszeiten besäße die Regierung die vollständige Befehlsgewalt über das Militär. Weiterhin entschied das Gericht unter anderem, dass dem Präsidenten das Recht zustehe, die Gegenzeichnung von Ernennungen zu verweigern:

Der Präsident der Republik muß die Ernennung verweigern, wenn er feststellt, daß die für die Durchführung der Ernennung vorgeschriebenen rechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. [...] Aus inhaltlichen Gründen kann der Präsident der Republik den Ernennungsvorschlag dann ablehnen, wenn er aus gewichtigen Gründen zur Schlussfolgerung gelangt, daß die Befolgung des Vorschlags zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der demokratischen Funktionsweise des Staatswesens (§ 29 Abs. 1 der Verfassung) führen würde. (228)

Die Problematik dieser nicht explizit in der Verfassung enthaltenen Kompetenz des Präsidenten war dem Gericht bewusst:

Durch die Ablehnung der Erfüllung des formal einwandfreien Ernennungsvorschlags greift der Präsident der Republik nämlich in der Sache unüberprüfbar in die Funktionsweise des Staatswesens ein; er vereitelt die Durchsetzung des Willens der Träger der politischen Verantwortung, ohne daß er dafür selbst die politische Verantwortung tragen würde. (228)

Wie das Gericht ausführt, darf eine inhaltliche Ablehnung daher nur eine „letzte Garantie“, ein „außerordentliches Mittel“ darstellen, „dessen Einsetzung nur durch die Abwehr einer schwerwiegenden Störung der Tätigkeit des Staatswesens begründet sein kann“ (228).

Dass hinsichtlich der tragenden Gründe erhebliche Meinungsverschiedenheiten unter den Richtern bestanden, zeigte sich daran, dass dem Urteil ein Sondervotum und zwei Parallelmeinungen beigefügt wurden. Die Sondervoten von Kilényi, Schmidt und Vörös bezogen sich auf die verfassungsrechtlichen Schranken, die hinsichtlich der Befugnis des Präsidenten zur Ernennung und Ablehnung von Personalentscheidungen der Regierung bestanden. Die Richter argumentierten vor dem Hintergrund der aktuellen Situation: Das rechtliche Problem stelle sich vor allem deshalb, weil Regierung und Präsident aus unterschiedlichen politischen Lagern stammten (232). Kilényi, Schmidt und Vörös bestritten, dass die Auslegung der Ernennungskompetenzen von der Verfassung gedeckt ist. Man könne aus § 29 Abs. 1 der Verfassung allenfalls eine allgemeine Pflicht des Präsidenten ableiten, bei Vorliegen gewichtiger Bedenken die Ernennung von bestimmten Personen zu verweigern, mehr aber nicht:

Jedes Bestreben, die Gründe, bei deren Vorliegen der Präsident der Republik die Unterzeichnung der Ernennungsurkunde rechtmäßig verweigern kann, positiv zu umschreiben, gehört nicht dem Begriffskreis der Verfassungsauslegung, sondern demjenigen der Verfassungsgebung an, und daher steht es außerhalb der Kompetenz des Verfassungsgerichts. (233)

Artikel 29 Abs. 1 könne in höchst unterschiedlicher Weise gedeutet werden, keine davon sei zwingend. Es sei aber

die Aufgabe des zur Gesetzgebung befugten Parlaments, aufgrund der Erwägung von politischen Gesichtspunkten eine Wahl zwischen Textvarianten zu treffen [...] All dies gehört nicht in den Kreis der Gegenstände der Verfassungsauslegung, sondern in denjenigen der Verfassungsgebung. (234)

Die *Dissenter* brachten abschließend ihre „berufliche Überzeugung“ zum Ausdruck, dass das Verfassungsgericht „zur Verfassungsgebung nicht befugt“ sei. In anderen Worten, es ist nicht die Rolle des Gerichts, bei Unklarheiten in der Verfassung einen Konflikt in einer Weise zu entscheiden, die der Verfassung eine vorher darin nicht enthaltene Bedeutung gibt. Dieser Konflikt müsse politisch gelöst werden, nicht rechtlich.

5.2.5.2 Parallelmeinungen: Die Verfassung als widerspruchloses System

Der Ansicht, das Gericht habe sich in seiner Entscheidung über den Wortlaut der Verfassung hinweggesetzt und sich damit Kompetenzen angemaßt, die es nicht besäße, widersprachen die Verfassungsrichter Ádám, Herczegh, Lábady und Tersztyánszky. Sie vertraten den auch in den Anträgen des Gerichts geäußerten Standpunkt, dass

die Verfassungsauslegung in der vorliegenden Sache auf möglichst enge Weise an den Wortlaut der Verfassung gebunden sein müßte; eine dem Wortlaut unmittelbar nicht zu entnehmende, das heißt eine extensive Auslegung würde in der Substanz eine Verfassungsänderung bedeuten, und dazu sei allein das Parlament berufen. (235)

Das Verfassungsgerichtsgesetz äußerte sich nicht zur Art und Weise, wie das Verfassungsgericht bei der Interpretation der Verfassung vorgehen sollte. Deswegen fühlten sich die Richter dazu berufen, darzustellen, wie sie Verfassungsinterpretation verstanden:

Die Kompetenz des Verfassungsgerichts im Bereich der abstrakten Verfassungsauslegung bedeutet die authentische Darstellung des Inhalts der Verfassungsbestimmungen sowie die Darlegung der Zusammenhänge zwischen den einzelnen Bestimmungen aufgrund des geltenden Verfassungstextes und von der Prämisse ausgehend daß, wie das Recht schlechthin, so auch die Verfassung ein einheitliches und widerspruchloses System darstellt. Sämtliche Verfassungsbestimmungen haben einen feststellbaren Zweck und Sinn; zwischen ihnen kann es weder einen Widerspruch noch eine Lücke geben, welche eine Entscheidung in verfassungsrechtlichen Fragen vereiteln konnte.

Das Verfassungsgericht bestimmt im Verlauf der Auslegung keine neue Norm; es legt nur das der Verfassung ansonsten Inhärente dar, indem es dies quasi aus dem Text der Bestimmungen herauschält, stets unter Berücksichtigung von deren Inhalt und Zusammenhängen. (Ebd.)

Mit dieser klassischen Vorstellung von einem lückenlosen und widerspruchsfreien System lösten sich für die Autoren der Parallelmeinung alle methodischen Probleme:

Das Verfassungsgericht führt also durch die Ausübung der seiner Kompetenz zugewiesenen Auslegungsbefugnis eine erkennende und bewertende Handlung durch; es stellt den im Verfassungstext enthaltenen Verfassungsinhalt fest. Und die Erfüllung dieser Aufgabe gehört ausdrücklich in seine Kompetenz. Dabei stützt es sich auf die in der Rechtswissenschaft bekannten grammatikalischen, logischen, systematischen und historischen Auslegungsmethoden. (Ebd.)

Das Verfassungsgericht, so schlossen die Richter ihre Parallelmeinung, sei „in diesem Rahmen geblieben“ und habe „gemäß diesen Prinzipien verfahren“ (236), womit sich die Kritik erübrige.

Auch die parallele Meinung der Verfassungsrichter András Szabó und Janos Zlinszky befasste sich mit der Frage möglicher Verfassungslücken, geht aber in eine andere Richtung. Sie bestritten den Standpunkt des Präsidenten, der die Folge hätte, dass „Staatsmacht im einzelnen Detail nicht auf Verfassungsnormen beruht, sondern [...] für ihre Ausübung auch ein durch von Fall zu Fall getroffene Vereinbarungen zwischen den Machtinhabern in der Zukunft auszugestaltendes ‚Gewohnheitsrecht‘ den Ausschlag geben“ würde. Dies bedeute eine illegitime Übertragung der verfassungsgebenden Macht an diejenigen, die die Macht ausüben.

Das Verfassungsgericht könnte aufgrund der strengen grammatikalischen Rechtsnormenanalyse sagen, daß die Verfassung in einer Frage, welche die Grundlagen der Staatsorganisation berührt, oder in einer Frage, welche die Grundrechte der Staatsbürger berührt, keine Auskunft gibt; es liegt eine Gesetzeslücke vor. Doch würde es in diesem Fall gerade seine grundlegende Aufgabe verneinen. Die verfassungsauslegende Kompetenz des Verfassungsgerichts hat den Zweck, die Geschlossenheit der verfassungsmäßigen Ordnung zu gewährleisten. (236)

Die Rolle des Verfassungsgerichts sehen die Richter in der Herstellung der „Harmonie der Rechtsordnung“. Die Verfassung bilde eine „eine geschlossene Ordnung für die Ausübung der Staatsmacht“, die die Staatsmacht kontrolliere: „Im Rechtsstaat hat die Ausübung der Staatsmacht eine streng und eindeutig bestimmte Ordnung, bei möglichst weitestem Schutz der individuellen Freiheitsrechte“. (237) Eine Bezugnahme auf Gewohnheitsrecht³²⁵ sei zwar mög-

325. Die Richter nennen hier den Terminus „unsichtbare Verfassung“ als Metapher für „Verfassungsgewohnheiten“ und insofern anders als in der ursprünglichen Verwendung von Sólyom.

lich, aber nur wenn dieses zweifelsfrei festgestellt werden könne, dies sei hier nicht der Fall. Ein Wesensmerkmal des verfassungsmäßigen Rechtsstaats sei, dass die öffentliche Gewalt nur auf verfassungsgemäßer gesetzlicher Grundlage ausgeübt werden dürfe. Die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit sei es, „das Verfassungsgericht [zu verpflichten], die Schranken und die Art der Ausübung der öffentlichen Gewalt aufgrund der gültigen Verfassung darzulegen“. Die Gesetzgebung könne jederzeit intervenieren:

[W]enn die Gesetzgebung mit der aufgrund der Darlegung bestimmten Verfassungserläuterung nicht einverstanden ist, kann sie den berührten Passagen der Verfassung durch Verfassungsänderung einen anderen als denjenigen Inhalt verleihen, den das Verfassungsgericht durch Auslegung aus ihnen ableitet. (237)

Allerdings betrachte sich das Verfassungsgericht „weder als einzigen noch als ausschließlichen Interpreten und Garanten der Verfassung“ (237). Der Präsident sei „oberster Hüter der Verfassungsmäßigkeit der einzelnen wichtigen Handlungen und Äußerungen der Organe der Staatsmacht“ (238), allerdings nur in dem Sinne, dass er „gewissen wichtigen Entscheidungen die letzte Gültigkeit verleiht“ oder diese mit wichtigen Gründen verweigert. Beide Verfassungsorgane, Verfassungsgericht und Präsident seien „nur der Verfassung, dem Gesetz unterworfen“ und verfügten „über keine aktive politische Macht, über Handlungs- und Ermessensfreiheit im verfassungsmäßigen Rahmen“.

Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit, der Nützlichkeit und materielle Gesichtspunkte fallen aus dem Kreis ihrer Entscheidungen heraus. Sie stehen oberhalb der Bestrebungen und Konzessionen der Tagespolitik. Sie sind unabhängig, sie tragen keine politische, sondern nur rechtliche Verantwortung, ihre Entscheidungen treffen sie gemäß ihrer eigenen Überzeugung über die Gesetzmäßigkeit. Die Verfassung und das Gesetz müssen sie wiederum auch in denjenigen Fällen als Grundlage ihrer Entscheidung akzeptieren, wenn ihnen ihr individuelles, menschliches Gewissen, ihre Überzeugung etwas anderes mehr oder weniger nahe legen würde. (238)

Hier wird mit großem Pathos das Bild des Hüters mobilisiert, der die Normen der Verfassung anwendet, ohne Rücksicht darauf, ob das Ergebnis den eigenen politischen Präferenzen entspricht oder nicht. Daraus ergebe sich, dass der Versuch, das Verfassungsgericht mit der Entscheidung politischer Fragen zu betrauen, nicht nur unzulässig sei, sondern sogar die „Würde“ der Institution beschädige (238).

Die Motivation hinter diesen Parallelmeinungen scheint offensichtlich: Sie sollten, vor dem Hintergrund der polarisierten öffentlichen Debatte, das in der Mehrheitsmeinung nicht genügend zum Ausdruck gebrachte Bild des „Hüters“ verstärken: Die Verfassungsrichter wendeten, so die Behauptung, ohne Rücksicht auf ihre politischen Präferenzen und den konkreten politischen Konflikt auf der Grundlage juristischer Methoden die Regeln der Verfassung auf die vorliegende Rechtsfrage an.

Für Spencer Zifcak (1996:31) etablierte sich das Verfassungsgericht mit diesem Urteil das Amt des Präsidenten nicht als einen Teil, sondern als ein Gegengewicht zur politischen Macht der Exekutive:

In this role, the President may cause the Government to stop and think by initiating additional processes of review before the parliament, the courts or the people. Further, in extraordinary circumstances, the President may intervene to preserve the fabric of democracy.

Wie Zifcak feststellt, kann das Gericht für diese Interpretation keine klare Textgrundlage im Verfassungstext vorweisen. Es ist plausibel anzunehmen, dass das Gericht eine Verfassungskrise beenden wollte und somit, nach dem hier verwendeten Analyseschema, in der Rolle eines Schiedsrichters auftrat. Allerdings hielten viele der Richter, wie die Parallelmeinungen bezeugen, diese Rolle nicht für darstellbar. Sie betonten das Bild des streng der objektiven juristischen Logik verpflichteten Hüters der Verfassung.

5.2.5.3 Zweites Urteil (8/1992)

Bald nach den Entschädigungsfällen geriet das Verfassungsgericht wieder in das Kreuzfeuer öffentlicher Kritik, als es in den sogenannten „Medienkrieg“ verwickelt wurde. Dieser Konflikt zwischen Premier József Antall und Präsident Árpád Göncz ging vordergründig um die Besetzung der leitenden Posten im staatlichen Fernsehen und Radio. Diese Frage wurde aber von einem kultur-ideologischen Konflikt überlagert und verstärkte die politische Polarisierung der Gesellschaft.³²⁶

Im Pakt von April 1990 zwischen der MDF und der SZDSZ wurde vereinbart, dass zwei unabhängige Persönlichkeiten als Präsidenten des ungarischen Staatsfernsehens und -radios eingesetzt werden sollten. Dies sollte verhindern, dass die eine oder die andere Seite die Medien als Propagandainstrument nutzte. Für diese Posten wurden Elémer Hankiss und Csaba Gómbár ausgewählt, zwei bekannte Sozialwissenschaftler. Hankiss und Gómbár, die ihre Berufung nur unter der Bedingung der absoluten Unabhängigkeit von der Regierung akzeptiert hatten, machten sich daran, die interne Struktur des Fernsehens und Radios umzugestalten, um professionellen kritischen Journalismus zu ermöglichen. Dabei kam ihnen zugute, dass das Parlament kein Mediengesetz erließ, das ihre Kompetenzen und Pflichten begrenzt hätte.

Die mediale Unterstützung der Regierung Antall kam vor allem aus den ländlichen Gebieten in denen konservative Einstellungen vorherrschten (Tóka, 1995). Die Tagespresse jedoch wurde fast ausschließlich im Budapester Raum produziert und war überwiegend liberal oder sozialistisch eingestellt (Király,

326. Siehe zum Folgenden Farkas, 1994; Hankiss, 1994b, Zifcak, 1996:29-34.

1995:502-504). Dies erklärt sich vor allem damit, dass die Angestellten der Zeitungsverlage bis in die Führungsetagen die gleichen geblieben waren, die auch schon zu sozialistischen Zeiten in den von der Regierung kontrollierten Medien gearbeitet hatten. Auch viele der Anhänger der Freidemokraten arbeiteten in den Medien und waren der konservativen Regierung gegenüber feindlich eingestellt (Józsa, 1996:16-19). Die Politiker der Regierungskoalition, die eine solche aggressive Presse nicht gewöhnt waren, reagierten verärgert und mit Unverständnis. Die Regierung versuchte, zumindest die Unterstützung der staatlichen Medien zu sichern, um einen Ausgleich in der Berichterstattung zu erlangen. Gomár und Hankiss weigerten sich aber, diesem Druck nachzugeben und beharrten auf ihrer Unabhängigkeit.

Ab Oktober 1990 gab es von nationalistischen Organisationen organisierte öffentliche Proteste und Demonstrationen gegen die beiden Präsidenten. Auch die rechtsgerichtete Presse rief zur Absetzung von Hankiss und Gómbars auf. István Csurka, ein bekannter Dramatiker mit nationalistischen und antisemitischen Ansichten, der das MDF mitbegründet hatte und seitdem als Vizepräsident den rechten Flügel der Partei führte, machte mit verbalen Ausfällen auf sich aufmerksam (Farkas, 1994:335). Nachdem es nicht gelungen war, Hankiss und Gómbar durch die Verweigerung staatlicher Mittel unter Druck zu setzen, versuchte Antall im Juli 1991, schon unter großem Druck der nationalistischen Gruppierungen und der Koalitionspartner, die beiden Präsidenten durch die Ernennung von jeweils drei der Regierung nahestehenden Vizepräsidenten zu neutralisieren. Die Ernennung der Vizepräsidenten durch die Regierung musste nach der Verfassung vom Präsidenten gegengezeichnet werden. Dieser aber weigerte sich, zu unterschreiben, und machte „Gewissensgründe“ geltend. Ebenso weigerte er sich, der nächsten Maßnahme des Premierministers Folge zu leisten, der die Präsidenten kurzerhand entließ. Daraufhin wurde das Verfassungsgericht angerufen, um zu klären, ob der Präsident die Ernennung oder Entlassung von hohen Staatsbediensteten durch die Regierung zurückweisen dürfe.

Urteil

In seinem Ende Januar 1992 ergangenen zweiten Urteil zur Stellung des Staatspräsidenten³²⁷ hielt das Verfassungsgericht an seiner im ersten Urteil entwickelten Rechtsprechung fest. Ausgangspunkt der Entscheidung war eine abstrakte Auslegung der Verfassung zur Frage, „ob die Ausübung der Ernennungsbefugnis des Präsidenten an eine Frist gebunden sei“ (306). Diese Rechtsfrage ergab sich aus der Tatsache, dass der Präsident sich die Möglichkeit verschaffte, ohne

327. Entscheidung 8/1992 (I.30.), abgedruckt bei Brunner/Sólyom 2000:306-313, von dort auch die folgenden Seitenzahlen.

Angabe von Gründen seine Mitwirkung bei der Ernennung zu verweigern, indem er einfach keine Entscheidung hinsichtlich der Ernennung traf. Diese Situation wurde durch eine Verfassungslücke verursacht: Der Text der Verfassung enthielt keine Regeln, wie dieses Problem zu lösen war. Somit stellte sich für das Verfassungsgericht erneut die Frage, ob es diese Lücke ausfüllen sollte. Die Mehrheit der Richter befand, dass die Verfassung den Präsidenten zur Ernennung verpflichtete.

Die Verfassung enthielt hinsichtlich der Ernennungsbefugnisse des Präsidenten keine Fristen. Das Verfassungsgericht hätte dies nach rein formaler Prüfung feststellen können und die Verfassungskrise, so wie die Mindermeinung forderte, sich selbst überlassen können. Nachdem das Gericht im ersten Urteil zur Rechtsstellung des Staatspräsidenten aber die Verfassung schon extensiv ausgelegt hatte, um materielle Maßstäbe für die Rechte des Präsidenten bei der Ernennung festzustellen, wäre es allerdings inkonsequent gewesen, die Frage der Fristen nicht zu entscheiden. Das Gericht vertrat den Standpunkt, dass

aufgrund der verfassungsmäßigen Rechtsstellung des Präsidenten der Republik und je nach den Besonderheiten der einzelnen Befugnisse [...] durch Auslegung ermittelt werden [kann], bei welchen Befugnissen die verfassungsmäßige Ausübung eine Frist erfordert. (306)

Nach der Analyse von Verfassungsbestimmungen, die eine Frist für die Tätigkeit des Staatspräsidenten festsetzten, kam die Mehrheitsmeinung zum Schluss, dass diese Bestimmungen „dem kontinuierlichen Funktionieren des Staatsorganismus“ (307) dienen. Das Gericht schließt daraus,

Wenn die Befugnis an das kontinuierliche Funktionieren des Staatsorganismus geknüpft ist, gibt es keinen prinzipiellen Grund dafür, daß die Verfassung in einzelnen Fällen Fristen setzt und in anderen nicht. (308)

Wenn es aber, wie in der ersten Entscheidung zum Thema festgestellt, die verfassungsmäßige Pflicht des Präsidenten ist, der Hüter des „demokratischen Funktionierens des Staatswesens“ zu sein, dann ergibt sich daraus, dass

der Präsident der Republik diese auch dann innerhalb einer gewissen Frist ausüben muß, wenn der Text der Verfassung für die Ausübung dieser Befugnis weder eine Verpflichtung noch eine Frist ausdrücklich vorsieht. (310)

Dies ergebe sich auch aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, welche die Verpflichtung der Verfassungsorgane beinhaltet, dass „diese ihre verfassungsrelevanten Befugnisse gutgläubig, die Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegenseitig unterstützend, zusammenwirkend ausüben“

Das Gericht bestätigte dabei seine Rechtsprechung, dass der Präsident die Ernennung aus formalen Gründen verweigern muss, wenn offensichtliche Rechtsverletzungen vorliegen. Die „vernünftige Frist“ sei dabei „die dafür erforderliche Zeitspanne, daß der Präsident der Republik diese rechtliche Verpflichtung

wahrnehmen kann“. Was die materielle Prüfung angeht, müsse der Präsident so schnell wie möglich entscheiden:

Wird dem Präsidenten der Republik der Vorschlag auf die Ernennung einer Person unterbreitet, deren Ernennung eine schwere Beeinträchtigung des demokratischen Funktionierens des Staatswesens darstellen würde, ist dies schon an sich ein Mangel des demokratischen Funktionierens des Staatswesens. Im Interesse der Behebung dieses Mangels und der Feststellung der Verantwortung ist eine so schnell wie möglich getroffene Entscheidung „vernünftig“. (311)

Allerdings könne „lediglich aufgrund der Umstände des konkreten Falles festgestellt werden, welche im gegebenen Fall die vernünftige Frist ist“. Mit anderen Worten, das Gericht wollte dafür keine starren Regeln aufstellen, sondern die Frage im Einzelfall jeweils neu entscheiden.

Dem Votum der Mehrheit widersprachen die Richter Kilenyi und Schmidt. Wie sie schon bei der ersten Entscheidung abweichend dargelegt hatten, sahen sie die materiellen Beschränkungen der präsidentiellen Ernennungsrechte nicht durch die Verfassung gedeckt:

Die in dieser Entscheidung enthaltene Auslegung der Verfassung beschränkt die Ernennungsbefugnis des Präsidenten der Republik auf die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des Regierungsvorschlags. Dagegen hat die Verfassung die Ernennung dem Präsidenten der Republik anvertraut und diese Befugnis durch das Recht der Regierung eingeschränkt, den Vorschlag zu unterbreiten und die Gegenzeichnung vorzunehmen. Daraus folgt auch, daß der Präsident der Republik bei der Ausübung seiner Ernennungsbefugnis nicht nur die Verfassungsmäßigkeit, sondern sämtliche Gesichtspunkte der Ernennung prüfen kann. (313)

Ebenso wenig seien der Verfassung Hinweise für die Befristung der Ernennungsrechte zu entnehmen:

Der Modus und die Frist der Schaffung des Konsenses werden durch die Verfassung nicht geregelt. Somit kann der entstandene Widerspruch durch die bessere Zusammenarbeit der an der Entscheidung Beteiligten oder durch die Änderung der Verfassung aufgelöst werden; dies kann aber keineswegs als eine Frage betrachtet werden, welche dem Themenkreis der Verfassungsauslegung angehört. (313)

Folgen

Am 20. August veröffentlichte István Csurka in dem von ihm herausgegebenen Magyar Forum ein längeres Essay. In diesem Text „enthüllte“ Csurka eine jüdisch-bolschewistisch-liberal-kosmopolitische Verschwörung gegen die ungarische Nation, als deren Hauptvertreter er u.a. Gómbár und Hankiss identifizierte. Vier Tage später kam es zu gut organisierten Massenprotesten vor den Gebäuden des ungarischen Staatsfernsehens und -radios, die zum Teil gewalttätig verliefen. Die zehn- bis fünfzehntausend Demonstranten forderten den Rücktritt von Gómbár und Hankiss. Csurkas Essay und diese zum Teil eindeutig

rechtsextremen Protestdemonstration riefen eine Woche später eine noch größere Gegendemonstration hervor, die ihre Unterstützung für die Präsidenten sowie für Demokratie und Medienfreiheit ausdrückte. Der Konflikt polarisierte die Gesellschaft weiterhin, ohne dass das Verfassungsgericht bisher zu einer Lösung beitragen konnte.

5.2.5.4 Drittes Urteil: Zurückweisung (36/1992)

Auf die Niederlage vor dem Verfassungsgericht antwortete die Regierung Antal mit einem Ministerratsdekret aus dem Jahre 1974, der die Ablösung Gómbars erlaubte.³²⁸ Gemäß der Theorie des Gerichts über die rechtliche Kontinuität des demokratischen Übergangs war das Ministerratsdekret bis zum Zeitpunkt seiner Außerkraftsetzung gültiges Recht. Nachdem der Präsident sich ein weiteres Mal geweigert hatte, die Maßnahme des Premiers gegenzuzeichnen, kam der Fall erneut zum Verfassungsgericht. Dieses erklärte das Dekret für verfassungswidrig (Entscheidung 37/1992), setzte aber dessen Unwirksamkeit bis Ende des Jahres 1992 aus. Bis dahin sollte das Parlament ein Mediengesetz erlassen, dessen Fehlen verfassungswidrig sei.

Zum zweiten richtete der Ministerpräsident einen weiteren Antrag auf Verfassungsauslegung an das Verfassungsgericht, in dem er das Gericht um Klärung seiner Rechtsprechung bat. So bat Antal das Verfassungsgericht, zu klären, welchen Prüfungsmaßstab der Begriff der „demokratischen Funktionsweise der gesamten Gesellschaft“ beinhalte; ob damit „lückenlose Verwirklichung der einzelnen Freiheitsrechte miteingeschlossen [sei], oder aber nur die Funktionsweise der Organe, die der engeren Staatsorganisation angehören, nämlich die die gesetzgebende, rechtsprechende und vollziehende Gewalt ausübenden Organe“ (Farkas, 1994:391) gemeint war, und inwieweit die Entlassung eines leitenden Beamten die Pressefreiheit schädigen könnte. Weiterhin fragte er nach der Ermessensfreiheit des Präsidenten bei seiner Entscheidung und danach, ob der Präsident bei Verweigerungen von Ernennungen und Entlassungen dazu verpflichtet sei, seine Entscheidung zu begründen (392). Die Fragen waren ergebnisoffen formuliert, die politische Absicht dahinter war jedoch offensichtlich, das Verfassungsgericht zu Antworten zu bewegen, die dem Ministerpräsidenten die Durchsetzung seiner Personalpolitik erlaubten. Auch die Stellungnahme des Präsidenten auf die Anfragen gingen, was nicht weiter überrascht, in eine Richtung, die ihm eine möglichst breite Auslegung seiner Kompetenzen sicherte (392-393).

328. Zum Folgenden siehe Zifcak, 1996:34-39; Farkas, 1994:338-339.

Urteil

Die Antwort auf den Antrag des Ministerpräsidenten erfolgte am selben Tag wie die Entscheidung zum Mediengesetz.³²⁹ Darin stellte das Gericht noch einmal fest, dass der Präsident nach der Verfassung das Recht und die Pflicht habe, Ernennungen zurückzuweisen, sofern entweder die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt seien oder die demokratische Funktionsweise des Staatswesens beeinträchtigt werden könnte.

Dabei war der Mehrheit deutlich bewusst, dass die freie Verfassungsinterpretation, über die sie zu diesem Ergebnis gelangt waren, angreifbar war. In den Sondervoten, die vor dem jetzigen Urteil geäußert wurden, war offensichtlich geworden, dass die Urteile nicht alternativlos waren. Die Urteilsmehrheit erläuterte zunächst die Art und Weise, wie sie die Verfassung auslegte:

Das Verfassungsgericht legt die Verfassung nicht nur in dem ausdrücklich darauf gerichteten Verfahren der abstrakten Verfassungsauslegung, sondern vielmehr in jedem Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm aus. Der Sinn der einzelnen Bestimmungen der Verfassung entfaltet sich auf diese Weise im Lauf der weiter erfolgenden Auslegungen, in welchen das Verfassungsgericht sowohl die Eigenart der konkreten Angelegenheit als auch seine eigenen früheren Auslegungen berücksichtigt. Die aus den einzelnen Auslegungen hervorgegangenen Leitsätze [...] werden vom Verfassungsgericht im Verlauf ihrer Anwendung weiter ausgelegt und geformt. In Bezug auf dieselbe Bestimmung der Verfassung kann sich der Schwerpunkt der Auslegung verschieben, doch müssen die Auslegungen ein widerspruchsfreies System bilden. (393)

Die dargestellte Methode unterscheidet sich von der, die Verfassungsrichter Adam, Herczegh, Lábady und Tersztyanszky in ihrer Parallelmeinung zur ersten Entscheidung formuliert hatten. Die Legitimität verfassungsgerichtlicher Auslegung ergibt sich nicht dadurch, wie diese erklärt hatten, dass das Gericht mit den Mitteln juristischer Auslegung aus einem widerspruchsfreien System von Verfassungsnormen eine bereits existierende Bedeutung ermittele. Die Urteilsmehrheit beschreibt einen Auslegungsprozess, der schrittweise erfolgt. Worauf es ankomme, sei die interne Kohärenz der verfassungsgerichtlichen Konstruktionen. Es ist für das Gericht möglich, von den eigenen Präzedenzen abzuweichen (so kann die Rede von der „Verschiebung des Schwerpunkts“ auch interpretiert werden), aber nur, wenn dafür rationale Gründe angegeben werden können. Ohne sich auf den Ausdruck zu beziehen, verweisen die Richter hier zurück auf den Begriff der „unsichtbaren Verfassung“ aus Sólyoms Parallelmeinung in der Entscheidung zur Todesstrafe.

329. Entscheidung 36/1992. (VI. 10.) AB, abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995:390-410, von dort auch die folgenden Seitenzahlen ohne weitere Quellenangabe.

Das Gericht zeigt sich auch in der Mehrheitsmeinung darüber bewusst, dass ein ganz konkreter Streit hinter dem Antrag auf abstrakte Verfassungsklausel steht. Es wollte sich, zumindest der geäußerten Absicht nach, aber nicht in die Rolle des Streitentscheiders drängen lassen und sich nur auf die wirklich abstrakten Fragen beschränken:

Eine abstrakte Verfassungsklausel kann nicht zu einer Stellungnahme in der konkreten Sache werden, die den Antrag an das Verfassungsgericht ausgelöst hat. Eine genügend abstrakte, auch in der Zukunft in allen Fällen verpflichtend anwendbare Antwort kann auf eine allzu sehr an das aktuelle Problem gebundene Frage gar nicht gegeben werden. Nach Meinung des Verfassungsgerichts läßt sich in den Teilfragen der ersten Frage der vorliegenden Sache ein durch Verfassungsklausel zu beantwortendes verfassungsrechtliches Problem nicht in jeder Hinsicht von Fragen aufgrund der konkreten Sache, die sich hinter dem Antrag verbirgt, trennen. Aus diesem Grund hat sich das Verfassungsgericht ausschließlich nur mit den echten Problemen der Verfassungsklausel befaßt, die sich aus den Fragen ergeben können. (394)

Es machte auch deutlich, dass die Verweigerung einer Ernennung aus inhaltlichen Gründen eine Befugnis sei, die „in der Verfassung nicht ausdrücklich erhalten“ sei, aber „durch Auslegung festgestellt werden“ könne, die „Voraussetzungen ihrer Ausübung können ausschließlich unter Berücksichtigung der Bedingungen der in der Verfassung bestimmten Entscheidungen ähnlichen Typs festgestellt werden“ (399). Diese Auslegung sei aber bestimmten Grenzen unterworfen:

Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen ist Gegenstand einer Abwägung, ja sogar der Abwägung einer Eventualität. Eine Ausdehnung dieser durch Auslegung gewonnenen Befugnis über die Grenzen hinaus, die durch den Charakter der in der Verfassung umschriebenen, ohne politische Verantwortung zu treffenden selbständigen politischen Entscheidungen gezogen worden ist, ist mit dem parlamentarischen System unvereinbar. (399)

Deswegen müsse der Umfang der verfassungsimmanenten Kompetenz des Präsidenten, Ernennungen und Entlassungen abzulehnen, so eng wie möglich ausgelegt werden. So stellte das Gericht fest, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, dass der Präsident eine Ernennung oder Entlassung ablehnen darf, und nannte Konstellationen, in denen der Präsident bei seiner Entscheidung seine Kompetenzen in verfassungswidriger Weise überschreiten würde.³³⁰ Der Präsident dürfe Nominierungen nicht einfach deswegen ablehnen, weil sie ihm unpassend erschienen. Sie müssten tatsächlich geeignet sein, das demokratische Funktionieren des Staates ernsthaft zu gefährden (399). Für Entlassungen könnte man allerdings diesen Maßstab nicht analog anlegen. Bei Ernennungen kön-

330. Zum Beispiel, wenn er „die Verweigerung der Ernennung nicht zu einer getarnten Korrektur der Rechtsnormen über die Ernennung“ nutzen würde (401).

ne der Präsident die Gefahren prüfen, die von der Ernennung der Person für „die demokratische Funktionsweise des Staatswesens“ ausgehen würden. Das wäre im Fall der Entlassung aber nur möglich, wenn der Präsident beweisen könne, dass „es außer dem zur Entlassung vorgeschlagenen niemanden gäbe, der den Posten ohne Heraufbeschwörung einer solchen Gefahr bekleiden könnte“ (402). Damit schloss das Gericht allerdings effektiv eine Ablehnung der Entlassung aus, denn einen solchen Beweis zu führen, ist fast unmöglich.

Das Gericht entschied schließlich, dass der Präsident die formellen oder materiellen Gründe für seine Entscheidung angeben müsse, damit diese durch das Verfassungsgericht bei Klagen gegen die Entscheidung gewürdigt werden könnten (403).

Sondervoten Kilényi, Schmidt, Vörös

Wie schon in den ersten beiden Entscheidungen zur Sache widersprachen die Richter Kilényi, Schmidt und Vörös der Mehrheitsmeinung. Sie verwiesen in einzelnen Voten auf ihre schon zuvor zum Ausdruck gebrachte Ansicht, dass die Mehrheit die Verfassung unzulässig weit auslege. Die Schranken, die das Gericht dem Präsidenten bei seiner Ablehnung der Ernennung oder Entlassung auferlegte, seien verfassungsrechtlich nicht begründbar. Kilényi verwies zudem auf die politische Rolle des Präsidenten im ungarischen System der Gewaltenteilung (dazu Zifcak, 1996:38) und darauf, dass die Verfassung eine geteilte Kompetenz ohne jegliche Einschränkungen vorsah (404-408). Dem stimmte Schmidt zu und betonte, dass zwischen dem Ministerpräsidenten und dem Präsidenten ein Konsens zustande kommen müsse – wie, habe die Verfassung nicht geregelt. Explizit kam Schmidt dabei auf die Rolle des Gerichts zu sprechen:

Der zwischen dem Präsidenten der Republik und der Regierung in dieser Sache entstandene Gegensatz kann durch die Auslegung der Verfassung nicht gelöst werden. Das Bestreben des Verfassungsgerichts, bei der Konfliktlösung behilflich zu sein, verdient Respekt. Der Weg jedoch, der das Ernennungsrecht des Präsidenten der Republik - mit Hinweis auf die mangelnde politische Verantwortung durch Auslegung der Verfassung inhaltlich einschränkt, kann nicht beschritten werden. (409)

Schmidt fürchtete die negativen Konsequenzen, die sich durch den Versuch richterlicher Streitschlichtung über expansive Verfassungsauslegung ergeben könnten:

Die endlos anmutende Auslegung des Verfassungsgerichts birgt auch die Gefahr in sich, daß sie ein wesentliches Rechtsinstitut der Gewaltenteilung und des Parlamentarismus, die Funktion des Staatsoberhauptes, aushöhlt. Dies könnte jedoch, in historischen Maßstäben gemessen, unabsehbare Folgen haben, weil angesichts der mittels konstruktiven Mißtrauensvotums beschränkten politischen Verantwortung der Regierung die ausgleichende Rolle des Staatsoberhauptes geschwächt und die Kompetenz der Regierung gestärkt wird. (Ebd.)

Richter Vörös wurde noch deutlicher. Er empfand es als seine Pflicht,

darauf aufmerksam zu machen, daß die Kompetenz des Verfassungsgerichts zur Verfassungsauslegung eingedenk des Charakters dieses Rechtsinstituts – im Vergleich zu den anderen Kompetenzen – klarer, scharfer Konturen entbehrt. Durch diesen Umstand eignet sich das Rechtsinstitut zum Mißbrauch und gegebenenfalls zur Abwälzung der legislativen oder politischen Verantwortung vom Verantwortlichen - unter dem Etikett der Verfassungsauslegung - auf das Verfassungsgericht. (Ebd.)

Es drohe bei diesem Missbrauch der Kompetenzen des Verfassungsgerichts durch Anträge auf Verfassungsauslegung die Entwicklung einer „Art des verfassungsgerichtlichen Regierens“, die im „krassen Gegensatz zu den in der Verfassung entwickelten Prinzipien der Staatsorganisation“ stehe (410). Seiner Ansicht nach müsse das Verfassungsgericht sich weise beschränken und solche Anträge abweisen. Stattdessen aber habe „das Verfassungsgericht seinen verfassungsmäßigen Kompetenzbereich durch die Verhandlung des Antrags in der Sache – das auf gleichem Grundniveau vorausgesetzte Modell einer parlamentarischen Republik zugrunde gelegt – weitgehend überschritten“ (410).

Bewertung

Das dritte Urteil stellt einen Rückzug des Gerichts aus dem Versuch dar, die politische Krise, die in den Kompetenzstreitigkeiten ihren Ausdruck gefunden hatten, durch die eigene Entscheidung zu beenden. Nachdem das Amt des Präsidenten in der ersten Entscheidung gestärkt worden war, gab das Gericht dem hartnäckigen Widerstand der Regierung schließlich nach, zumal die verfassungsrechtliche Basis für die Entscheidung äußerst dünn war. Gleichzeitig ist aber deutlich, wie stark der Impuls war, die Entscheidungsmacht weiterhin in der Hand zu behalten. Denn wann eine Kompetenzüberschreitung vorlag, würde das Gericht immer im Einzelfall feststellen: Der Präsident hatte dem Gericht gegenüber Rechenschaft zu leisten, warum er eine Gefährdung der „demokratische Funktionsweise des Staatswesens“ befürchtete. Ein Mediengesetz konnte, gegen die Weisung des Verfassungsgerichts, bis zum Ende der Regierung Antall nicht verabschiedet werden. Hankiss und Gómbár reichten schließlich frustriert ihren Rücktritt ein, und bald darauf waren alle nationalen Institutionen mit Vertrauensmännern der Regierung besetzt (Farkas, 1994:350). Das Verhältnis zwischen der Regierung und dem Verfassungsgericht hatte sich abermals verschlechtert (Zifcak, 1996:39).

Da wir nicht wissen, wie der Konflikt zwischen Antall und Göncz verlaufen wäre, wenn das Gericht angesichts fehlender Verfassungsregeln keine Entscheidungen getroffen hätte, kann nicht abschließend geklärt werden, inwieweit das Gericht in seiner Rolle als Schiedsrichter erfolgreich war. Auf jeden Fall stand nicht nur die innere Zerrissenheit des Gerichts einem Erfolg entgegen: die Natur des Konflikts erlaubte nicht, beiden Seiten einen Teilsieg zu gewähren.

Kompetenzfragen lassen sich nur schwer abwägen: entweder eine Kompetenz besteht, oder sie besteht nicht. So wurde der Konflikt als Nullsummenspiel wahrgenommen, in dem es nur Gewinner und Verlierer geben konnte.

5.2.6 Bestrafung des kommunistischen Unrechts (1992): Rechtsstaatlichkeit als rechtliche Kontinuität

5.2.6.1 Ausgangslage

Nach Auskunft László Sólyoms war die umstrittenste Materie, mit der sich das ungarische Verfassungsgericht zu beschäftigen hatte, die Frage der juristischen Aufarbeitung vergangenen Unrechts (Sólyom, 2001:80). Diese Problematik, die sich regelmäßig nach dem Übergang von autoritären zu rechtsstaatlichen Systemen stellt, hat auch in Ungarn zu großen Kontroversen geführt.³³¹ Während der Gespräche am Runden Tisch hatte man diese Frage nicht abschließend geklärt. Die ausgehandelten Lösungen beruhten aber auf der Vereinbarung, dass nach der Klärung der Machtverhältnisse im neuen demokratischen System keine Abrechnung mit dem unterlegenen Gegner stattfinden würde.³³²

Spätere Versuche der strafrechtlichen Verfolgung richteten sich auch nie, wie z.B. in der Tschechischen Republik, gegen die Mitgliedschaft im kommunistischen Machtapparat. Die ehemalige kommunistische Staatspartei MSZMP (Magyar Szocialista Munkáspárt - Ungarische Sozialistische Arbeiterpartei) wurde nie aufgelöst oder verboten. Nach der parteiinternen Übernahme durch den Reformflügel im Oktober 1989 nannte sich die Partei in MSZP um (Magyar Szocialista Párt, der „Arbeiter“-Teil des Namens wurde getilgt). Auch gab es kein Verbot für Funktionsträger des kommunistischen Regimes, führende Positionen zu bekleiden.³³³ Wie Brunner und Halmai (1995:21) argumentieren, ist dies

331. Zum Folgenden siehe Paczolay, 1993; Brunner/Halmaj, 1995; Trang, 1995; Halmai/Scheppele, 1997, kritisch Józsa, 1998. Siehe auch Székessy-2003-Gerechtigkeit, sowie McAdams, 1997; Teitel, 2000 und Küpper, 2004 zum Vergleich mit anderen Fällen.

332. Sólyom berichtet, daß die maßgebenden Eliten keine Abrechnung wünschten. Man hätte sich den Kommunisten „ethisch überlegen“ gefühlt, weil eine revolutionäre Abrechnung unterbleiben sollte (Interview, 22.6.1999). Halmai und Scheppele (1997:157) beschreiben dies so: „Different participants in the Roundtable say different things about whether there was ever an agreement not to prosecute those who had been involved in maintaining the stateparty system. Some have insisted publicly that there was never a promise to let the old communists go without a reckoning; others say that there was a general promise of amnesty; still others claim that there was an informal amnesty agreement limited to those from the MSZMP who participated in the Roundtable talks. Whatever deal was done in the Roundtable, however, one thing was clear: the elected Hungarian governments since 1990 have never made a general attempt to go after all those who maintained the party state.“

333. Siehe hierzu Brunner/Halmaj, 1995.

in Anbetracht der [...] Besonderheiten der politischen Systemwende in Ungarn [...] auch nicht weiter verwunderlich, wurde doch der Übergang zur rechtsstaatlichen Demokratie zum großen Teil vom Reformflügel der kommunistischen Staatspartei vorbereitet und vollzogen.

Zwar wurden in verschiedenen Bereichen Überprüfungen von Funktionsträgern durchgeführt, im Ergebnis aber blieb es „letztlich dem Betroffenen überlassen, welche Konsequenzen er aus seiner früheren Belastung“ zog (Brunner/Halmaj, 1995:25).

Die gesetzgeberischen Initiativen zielten nur auf jene ab, deren Taten schon zur Zeit ihrer Begehung gegen bestehende Strafgesetze verstießen.³³⁴ Mitglieder der Sicherheitskräfte hatten während des Aufstandes von 1956 schwere Menschenrechtsverletzungen an der Zivilbevölkerung verübt. Die Ahndung dieser Taten wurde von der starken anti-kommunistischen Strömung innerhalb der MDF als wichtiges politisches Ziel begriffen.³³⁵ Im November 1991 verabschiedete das Parlament mit den Stimmen der Mehrheitskoalition und gegen den erbitterten Widerstand der Opposition³³⁶ ein Gesetz über die Verfolgung von „Schwerwiegenden Verbrechen, die zwischen 21. Dezember 1949 und 2. Mai 1990 verübt wurden und aus politischen Gründen nicht verfolgt worden waren“. Dieses Gesetz bestimmte, dass für die in dieser Zeitspanne begangenen und nicht verfolgten Tatbestände der vorsätzlichen Tötung und Körperverletzung mit Todesfolge die Verjährungsfrist erneut beginnen sollte.

Die rechtliche Problematik der nachträglichen Bestrafung von Unrecht aus früheren Systemen kommt vor allem im Umgang mit dem strafrechtlichen

334. Halmaj/Scheppelle, 1997: 159: „The parliament did not try to criminalize actions that had been legal in the old system and it did not allow repeat trials for those who had duly been tried in the past (even if they had been acquitted by politically motivated judges). Either of these approaches clearly would have been legally problematic. Instead, the parliament bill only extended the statute of limitations for previously defined crimes, and then only for those who had not already been prosecuted because their prosecutions had been blocked by the government that just a year before had gone out of power. Given the potential scope of all crimes that could have been prosecuted, the Hungarian Parliament's attempt was quite narrowly drawn.“

335. Halmaj vermutet, dass dies ein Zugeständnis der Moderaten im Austausch für die Unterstützung bei anderen Gesetzesvorhaben gewesen sein könnte (Halmaj, 1999b:2). Das Thema ist nach Ansicht von Sölyom vor allem deswegen aufgetaucht, weil sich damit die immer größer werdende Unzufriedenheit über das Ausbleiben eines sichtbaren Aufschwungs kanalisieren ließ (Interview, 22.6.1999).

336. Halmaj und Scheppelle machen darauf aufmerksam, dass die meisten derjenigen, die während der Zeit der Einparteiherrschaft am stärksten von staatlicher Repression betroffen waren, sich vehement gegen die nachträgliche Bestrafung kommunistischen Unrechts wandten: Die größte Zahl der ehemaligen Regimegegner waren Abgeordnete der sozialliberalen SZDSZ. (Halmaj/Scheppelle, 1997:158)

Rückwirkungsverbot zum Tragen, welches dadurch gekennzeichnet ist, dass, wie Brunner und Halmai (1995:25) zusammenfassen,

auf Straftaten grundsätzlich die am Tatort zur Tatzeit geltenden Gesetze anzuwenden sind. Die Anwendung dieses Grundsatzes wirft bei der strafrechtlichen Bewältigung des kommunistischen Unrechts schwierige Probleme auf, da viele Missetaten, die nach rechtsstaatlichem Verständnis als Strafwürdiges Unrecht empfunden werden, nach dem damals vorherrschenden instrumental-politischen Rechtsverständnis der kommunistischen Systemideologie auch dann nicht als Straftaten angesehen wurden, wenn sie nach dem Wortlaut des Gesetzes einen Straftatbestand erfüllten.

Das Prinzip des Rückwirkungsverbots wurde im ungarischen Fall vor allem bei der Frage relevant, ob die bereits erfolgte Verjährung der Straftaten, die vor über 40 Jahren geschehen waren, nachträglich aufgehoben werden könnte. Durch das Gesetz, nach seinen Autoren die „Lex Zétényi-Takacs“ genannt, sollte „die Strafbarkeit der im genannten Zeitraum begangenen Verbrechen des Hochverrats, der vorsätzlichen Tötung und der Körperverletzung mit Todesfolge ermöglicht werden, ‚sofern der Staat seinen Strafanspruch aus politischen Gründen nicht geltend gemacht hat‘, indem bestimmt wurde, daß die Verjährungsfrist dieser Straftaten am 2. Mai 1990 erneut zu laufen begonnen habe“ (Brunner/Halmai, 1995:26).

Präsident Göncz, dem das Gesetz zur Gegenzeichnung vorgelegt wurde, verweigerte seine Unterschrift und legt es dem Verfassungsgericht vor, wobei er geltend mache, dass das Gesetz das Rechtsstaatsprinzip (§ 2 Abs. 1 UngVerf 1989) und das Gleichheitsgebot bzw. Willkürverbot (§ 54 Abs. 1 UngVerf 1989) der Verfassung verletzen könnte. Der Präsident gab in seiner Anfrage schon die Themen vor, mit denen sich das Urteil beschäftigen würde. So bezweifelte er unter anderem, dass der Wiederbeginn der Verjährung mit dem Rechtsstaatsprinzip inhärenten Prinzip der Rechtssicherheit vereinbar sei. Weiterhin hielt er die Formulierung, nach der nur solche Fälle, in denen „der Staat seinen Strafanspruch aus politischen Gründen nicht geltend gemacht hat“ der Verjährungshemmung unterlägen, für zu unbestimmt. Schließlich sprachen für ihn das Verbot der Willkür staatlichen Handelns und das Gleichbehandlungsgebot gegen ein Gesetz, das die Bestrafung von Tätern, die das selbe Verbrechen begangen hatten, davon abhängig machte, aus welchem Grund der Staat (nicht) gegen sie vorgegangen sei.

5.2.6.2 Urteil

In seiner Entscheidung vom 5.3.1992 (11/1992)³³⁷ stimmte das Gericht in allen Punkten dem Präsidenten zu und verwarf in einer einmütigen Entscheidung das Gesetz. In seiner Begründung stützte es sich vor allem auf das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 2 Abs. 1. Zunächst legte es dar, dass das Gesetz missverständlich und ungenau formuliert worden sei: Diese „Unbestimmtheit und Mehrdeutigkeit der Gesamtheit des Gesetzes verletzt das Prinzip der Rechtssicherheit; aus diesem Grunde ist das Gesetz verfassungswidrig“ (Brunner/Sólyom, 1995:335). Danach kommt das Gericht auf das eigentliche Thema: „das Verhältnis zwischen dem Recht der vergangenen Systeme einerseits und dem der neuen Verfassung gerecht werdenden Rechtsstaat andererseits“ (336). Besondere Aufmerksamkeit widmete das Gericht der Frage der rechtlichen Kontinuität des Übergangs vom Sozialismus zur Demokratie. Es schreibt:

Mit der am 23. Oktober 1989 verkündeten Verfassungsänderung trat in der Tat eine neue Verfassung in Kraft, die mit der Feststellung, daß „die Republik Ungarn ein unabhängiger, demokratischer Rechtsstaat“ ist, bezogen auf den Staat, auf Recht und politisches System eine sich von der früheren grundlegend unterscheidende, neue Qualität eingeführt hat. Im verfassungsrechtlichen Sinne ist dies der Inhalt der politischen Kategorie „Systemwechsel“. (336)

Die Erklärung Ungarns zum Rechtsstaat sei „zugleich Tatsachenfeststellung und Programm“, alle Maßnahmen des Systemwechsels müssten rechtsstaatlichen Anforderungen genügen, wie sich sich „in den verfassungsmäßigen Demokratien herauskristallisiert“ haben.

Der Rechtsstaat wird verwirklicht, indem die Verfassung tatsächlich und bedingungslos gilt. [...] Nicht nur Rechtsnormen und Funktionen der staatlichen Organe müssen im Einklang mit der Verfassung stehen, auch die gesamte Gesellschaft muß von der Begriffskultur und Werteordnung der Verfassung durchdrungen sein. Dies ist die Herrschaft des Rechts, hierdurch wird die Verfassung zur Wirklichkeit. Die Verwirklichung des Rechtsstaates ist ein Prozeß. Hieran zu arbeiten, ist verfassungsmäßige Pflicht der staatlichen Organe. (336)

Dieser Abschnitt enthält mehrere zentrale Aussagen. Für das Gericht ist die Verfassungsbestimmung, die Ungarn als Rechtsstaat bezeichnet, nicht einfach ein Programmsatz, sondern es leitet wie das Bundesverfassungsgericht konkrete Rechtsfolgen daraus ab. Zunächst bedeutet dies, dass die Verfassung als unmittelbar geltendes Recht alle staatlichen Organe und die Gesetzgebung bindet. Diese Aussage des Gerichts dürfte weitgehend unstrittig sein. Das Gericht fordert aber darüber hinaus, dass die gesamte Gesellschaft „von der Begriffskultur und Werteordnung der Verfassung durchdrungen sein“ soll und dass alle staatli-

337. Abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995:333-351.

chen Organe die Pflicht hätten, daran mitzuwirken. Erst dann sei die Herrschaft des Rechts verwirklicht.

Nach dieser beschwörenden Einleitung wies das Gericht auf seine Rolle hin, die Verfassung zur Geltung zu bringen, indem es verfassungswidrige Gesetze annulliere, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem Systemwechsel entstanden seien.

Das Verfassungsgericht wurde vom Verfassungsgeber ins Leben gerufen, um die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsnormen zu prüfen und verfassungswidrige Rechtsnormen für nichtig zu erklären. Von den neuen Organen des Rechtsstaates hat als erstes das Verfassungsgericht mit seiner Tätigkeit begonnen. Bereits mit seiner ersten Entscheidung [...] und auch in weiteren, politisch bedeutsamen Angelegenheiten schon vor dem Zusammentritt des neuen Parlaments [...] machte das Verfassungsgericht deutlich, daß jegliche politische Bemühungen ausschließlich im Rahmen der Verfassung realisiert werden dürfen und daß Aspekte der Tagespolitik bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit ausgeschlossen sind. (337)

Nachdem Sólyom in seiner Parallelmeinung in der Entscheidung zur Todesstrafe die selbstbewusste Rolle des Gerichts noch als Einzelmeinung formuliert hatte, finden wir hier den von allen Richtern konsentierten Anspruch auf Deutungshoheit: Das Gericht sei die erste Institution des Rechtsstaats gewesen und befugt, im Verfassungsauftrag die Forderungen des Rechtsstaat durchzusetzen, was die richterliche Überprüfung der Gesetze einschließt.

Das Gericht betonte, daß der „Systemwechsel auf der Grundlage der Legalität“ erfolgt sei:

Das Legalitätsprinzip stellt an den Rechtsstaat die Forderung, daß die sich auf das Rechtssystem selbst beziehenden Normen unbedingt zur Geltung kommen. Die Verfassung und die fundamentalen Gesetze, die die politisch gesehen revolutionären Veränderungen einleiteten, wurden unter Einhaltung der Rechtssetzungsnormen der alten Rechtsordnung und formell einwandfrei geschaffen, woraus sich auch ihre Verbindlichkeit ableitet. Altes Recht gilt auch weiterhin. (337)

Nach der Darstellung des Gerichts, die sich mit den Ereignissen deckt, gab es keinen rechtlichen Bruch, keine „Stunde Null“, in der das alte Recht suspendiert wurde und revolutionäres Recht auf neuer Legitimationsgrundlage entstand. Das alte Recht gilt weiter, außer es wird – nach verfassungsgerichtlicher Anfechtung – vom Verfassungsgericht verworfen.

Die Gültigkeit des alten Rechts führt nach Ansicht des Gerichts zu zwei Fragen: Erstens, wie können Rechtsverhältnisse, die „den alten und heute verfassungswidrig gewordenen Rechtsnormen entsprechend zustande kamen“ mit der heutigen Verfassung in Einklang gebracht werden? Zweitens, wie müssen neue Rechtsnormen beurteilt werden, die „sich auf die von alten Systemen getroffenen verfassungswidrigen Maßnahmen beziehen“? Die Antwort des Gerichts ist, dass beide Fragen „unter Beachtung der Erfordernisse des Rechtsstaates beantwortet werden“ müssen. Ein grundlegender Bestandteil des Rechtsstaates sei

die Rechtssicherheit. Diese verlange unter anderem „den Schutz wohlverworbener Rechte, die Unantastbarkeit erfüllter oder auf sonstige Weise endgültig abgeschlossener Rechtsverhältnisse sowie die verfassungsmäßige Einschränkung der Abänderbarkeit der in der Verfangenheit entstandenen Dauerrechtsverhältnisse“ (337).

In einer Kette von Ableitungen kommt das Gericht vom Rechtsstaatsprinzip der Verfassung auf das Prinzip der Rechtssicherheit und weiter auf die Einschränkung der Abänderbarkeit von bestehenden Rechtsverhältnissen. Dass das Rechtsstaatsprinzip das Prinzip der Rechtssicherheit umfasst, hatte das Gericht schon in der Entscheidung 10/1992 – allerdings ebenfalls ohne längere Begründung – festgestellt, in der es um die Frage des Zeitpunkts der Nichtigkeit einer für verfassungswidrig erklärten Rechtsnorm ging.³³⁸ Auf dieses Urteil beruft sich das Gericht, um festzustellen, dass die Rechtswirkung einer Norm nicht automatisch ende, wenn die Norm verfassungswidrig erklärt wird. Abgeschlossene Rechtsverhältnisse könnten „weder durch Rechtsnormen noch durch Außerkraftsetzung von Rechtsnormen“ verfassungsmäßig geändert werden, solange nicht andere, mit der Rechtssicherheit konkurrierende Verfassungsprinzipien dagegen ständen und „hierdurch keine (im Vergleich zum angestrebten Zweck) unverhältnismäßige Rechtsverletzung verursacht wird“ (338). Ein solcher Fall wäre z.B. dann gegeben, wenn durch die Verfassungswidrigkeit einer Strafnorm ein Strafurteil im Nachhinein überprüft und zu Gunsten des Verurteilten abgeändert würde.

Der Zusammenhang zwischen Rechtsstaat und Rechtssicherheit wurde auch schon in der Entscheidung 9/1992 thematisiert,³³⁹ auf die sich das Gericht im Folgenden beruft. Diese Entscheidung hatte die Funktion der Rechtskraft für die Rechtssicherheit betont: Es sei, so dieses Urteil, ein „grundlegendes verfassungsmäßiges Interesse, daß rechtskräftige Entscheidungen unabänderlich und verbindlich seien“ (321). Die Entscheidung kam zum Schluss, dass auch ungerrecht erscheinende Resultate kein Argument gegen die Rechtssicherheit seien, dass also, wie das vorliegende Urteil zusammenfasst „die rechtsstaatliche Forderung nach materieller Gerechtigkeit nur innerhalb der der Rechtssicherheit dienenden Einrichtungen und Garantien verwirklicht werden“ dürfe (338). Demnach gäbe es für rückwirkende Änderungen von Recht und Rechtsverhältnissen einen nur sehr begrenzten Spielraum.

Den Richtern war allerdings klar, dass diese abstrakten Prinzipien in großen Teilen der politischen Elite und Bevölkerung auf Unverständnis stoßen würden. Sollten die Menschenrechtsverletzungen bei der Unterdrückung des Volksaufstandes von 1956 auf Grund von formaler juristischer Logik ungesühnt bleiben? Schon die Initiatoren des Gesetzes, die Parlamentarier Péter Takács und

338. Entscheidung 10/1992 (II.25.) AB, abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995:328-352.

339. Entscheidung 9/1992 (I.30.) AB, abgedruckt bei Brunner/Sólyom, 1995:314-327.

Zsolt Zétényi, hatten argumentiert, dass der „Rechtsstaat nicht als Schutzschild für Ungerechtigkeiten“ dienen solle.³⁴⁰ Das Gericht tritt dieser Position mit deutlichen Worten entgegen:

Eine gegebene historische Situation darf nur innerhalb des durch den Rechtsstaat abgesteckten Rahmens und im Interesse von seinem Ausbau berücksichtigt werden. Unter Berufung auf die historische Situation und auf die vom Rechtsstaat geforderte Gerechtigkeit dürfen jedoch die grundlegenden Garantien des Rechtsstaates nicht beiseite geschoben werden. Der Rechtsstaat kann mit nicht-rechtsstaatlichen Mitteln nicht verwirklicht werden. Die sich auf objektive und formelle Prinzipien stützende Rechtssicherheit ist der stets partiellen und subjektiven Gerechtigkeit vorzuziehen. (338-339)

Dann betont das Gericht nochmals seine Funktion bei der Verwirklichung des Verfassungsauftrages, in Ungarn den Rechtsstaat zu errichten:

Das Verfassungsgericht kann den Geschichtsablauf nicht außer acht lassen, denn es besitzt ja selbst eine historische Aufgabe. Das Verfassungsgericht ist der Hüter des Paradoxons der „rechtsstaatlichen Revolution“. In dem mit der rechtsstaatlichen Verfassung begonnenen und in deren Durchsetzung bestehenden, friedlichen Systemwechsel hat das Verfassungsgericht in eigener Kompetenz unbedingt den Einklang der Gesetzgebung mit der Verfassung zu gewährleisten. (339)

In dieser für die Rollenanalyse zentralen Passage wird deutlich, welche Rolle das Gericht für sich selbst in Anspruch nimmt. In der vorangegangenen Argumentation ging es schon darum, aus dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit für das Gericht die Rolle des Hüters der Verfassung abzuleiten: Das Gericht sieht sich als diejenige Institution, welche die Geltung der Verfassung für alle Staatsfunktionen durchsetzt. An dieser Stelle hütet das Gericht aber etwas weitaus Komplexeres: das „Paradoxon“ der „rechtsstaatlichen Revolution“, also einer Revolution, die auf rechtlicher Kontinuität fußt. Das formale Recht wurde genutzt, um das materielle Recht an zentralen Stellen vollständig zu ändern. Danach aber sind – unter rechtsstaatlichen Bedingungen – der Änderung des materiellen Rechts durch formale Beschränkungen Grenzen gesetzt. Dieser spezielle Hüterauftrag ergibt sich allerdings nicht, wie beim formalen Rechtsstaatsprinzip, durch die Eigenlogik des Rechts. Der Aussage, dass geltendes Recht durchgesetzt werden muss, lässt sich nur schwer widersprechen. Dass das Rechtsstaatsprinzip aber beinhaltet, dass zwischen einem System, in dem es nicht galt, und dem folgenden System, das sich auf den Rechtsstaat beruft, rechtliche Kontinuität herrscht, ist eine Setzung durch das Gericht. Die spezielle Natur des ungarischen Systemwandels macht diese Interpretation zwar sehr plausibel. Im Gegensatz zu Deutschland, wo zwischen der Herrschaft des Nationalsozialismus und der staatlichen Neugründung der Bundesrepublik ein klarer Bruch

340. Zitiert aus Kis, 2000:61 bei Uitz, 2005:208.

stand,³⁴¹ operierte das ungarische Rechtssystem ohne Frage auf der Annahme aller seiner Beteiligten, dass das geltende Recht bis zu seiner formal korrekten Änderung oder Derogation in Kraft blieb. Festzuhalten bleibt aber, dass die Annahme der rechtlichen Kontinuität nicht zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, sondern das Gericht das Rechtsstaatsprinzip in diesem Sinne deutet bzw. die These von der rechtlichen Kontinuität mit dem Rechtsstaatsprinzip legitimiert.

Im Folgenden setzt sich das Gericht mit seiner Restitutions-Entscheidung (28/1991) auseinander, die ebenfalls mit dem Prinzip rechtlicher Kontinuität arbeitete. Im vorliegenden Fall sei, so das Gericht, der Bewegungsspielraum jedoch enger als im Fall der Restitution. Die Bereinigung von Eigentumsverhältnissen gelte für die Zukunft und regle die Verteilung von Rechten. Das vorliegende Gesetz aber betreffe die Strafgewalt des Staates und die Grundrechte der Bürger:

es hebt garantierte Rechte auf, deren Einschränkung § 8 Abs. 4 der Verfassung selbst dann nicht zuläßt, wenn andere Grundrechte verfassungsmäßig zeitweilig ausgesetzt oder eingeschränkt werden dürfen. Im Gegensatz zur Einschränkung des Eigentumsrechts sind die Grundinstitutionen eines verfassungsmäßigen Strafrechts in den meisten Fällen begrifflich nicht zu relativieren: es kann kein anderes verfassungsmäßiges Recht und kein Verfassungsauftrag gegen sie abgewogen werden. Die strafrechtlichen Garantien enthalten bereits das Ergebnis einer Abwägung, nämlich daß das Risiko der Erfolglosigkeit der Strafverfolgung vom Staat getragen wird. (339-340)

Aus diesem Grund könne etwa die Unschuldsvermutung nicht durch ein anderes Verfassungsgut eingeschränkt werden, zudem sei es „aber auch begrifflich nicht möglich“, die strafrechtlichen Grundrechtsgarantien „nicht vollständig zur Geltung zu bringen“. Daraus folgert das Gericht:

Die infolge der Untätigkeit des Staates bei Ablauf der Verjährungsfrist erworbene Straffreiheit tritt zum Zeitpunkt des Ablaufes der Verjährungsfrist voll und ganz ein und kann nachträglich weder „gemindert“ noch aufgehoben werden [...]. Für die Berücksichtigung von historischer Situation, Gerechtigkeit usw. ist hier also kein Platz. Ein Abweichen von strafrechtlichen Garantien wäre selbst begrifflich nur durch eine offensichtliche Nichtbeachtung der Garantien möglich, dies wird jedoch durch das Prinzip des Rechtsstaates ausgeschlossen.

Dass Prinzip der Rechtsstaatlichkeit verbiete es folglich, Rechtsverhältnisse wie die erfolgte Verjährung im Nachhinein zu suspendieren, ohne dafür ausreichende verfassungsmäßige Gründe zu haben:

341. Unter anderem dadurch, dass Deutschland seine staatliche Souveränität vollständig an die Besatzungsmächte verlor.

Dem Standpunkt des Verfassungsgerichts nach kann der Rechtsstaat auf Rechtsverletzungen nur auf rechtsstaatliche Weise reagieren. Die Rechtsordnung eines Rechtsstaates darf die rechtsstaatlichen Garantien niemandem verwehren. Diese stehen nämlich als Grundrechte jedem zu. Auf der Basis einer rechtsstaatlichen Werteordnung dürfen selbst gerechte Forderungen nicht unter Außerachtlassung rechtsstaatlicher Garantien geltend gemacht werden. Gerechtigkeit und moralische Gründe können zwar Motiv für eine Straffälligkeit und Strafwürdigkeit sein, jedoch muß die Rechtsgrundlage für eine Strafbarkeit der Verfassung entsprechen. (338-340)

In der weiteren Argumentation des Urteils führt das Gericht einzelne Punkte noch ausführlicher aus.³⁴² Hier sollen nur diejenigen Aspekte genannt werden, die für meine Fragestellung besonders wichtig sind. Weiter oben wurde gezeigt, dass die verfassungsgerichtliche Auslegung des Rechtsstaatsprinzips im Sinne der Rechtskontinuität eine bewusste Setzung des Gerichts ist, die sich nicht unmittelbar aus dem Verfassungstext ergibt. Diese Deutungsbefugnis wird vom Gericht in der Entscheidung auch ausdrücklich in Anspruch genommen:

Das Verfassungsgericht wies in seiner Entscheidung 9/1992 (I.30.) AB darauf hin, daß die Rechtsstaatlichkeit von der Verfassung zum fundamentalen Wert der Republik erklärt wurde. Der fundamentale Wert der Rechtsstaatlichkeit wird durch die Bestimmungen des Grundgesetzes detailliert, die jedoch ihrerseits gleichzeitig dessen Inhalt nicht ausschöpfen. Die Auslegung des Begriffs Rechtsstaat ist daher auch eine wichtige Aufgabe des Verfassungsgerichts. Die Prinzipien, die den fundamentalen Wert der Rechtsstaatlichkeit ausmachen, werden vom Verfassungsgericht bei der Prüfung der Rechtsnormen immer auf der Basis des Einklangs mit einer konkreten Bestimmung der Verfassung untersucht. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit ist jedoch im Vergleich zu diesen konkreten Verfassungsregeln keine Behelfs- bzw. sekundäre Regel und nicht bloße Deklaration, sondern eine eigenständige verfassungsrechtliche Norm, deren Verletzung bereits für sich die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm begründet. (341)

Zum Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit führt das Gericht das folgende aus:

In der Praxis des Verfassungsgerichts ist die Rechtssicherheit eng mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Rechtsstaatlichkeit verbunden. Die Rechtssicherheit fordert – so die Interpretation durch das Verfassungsgericht – vom Staat und in erster Linie vom Gesetzgeber, daß das Recht als Ganzes, seine einzelnen Bereiche und auch die einzelnen Regeln klar, eindeutig sowie bezüglich ihrer Auswirkung berechenbar und für die Adressaten der Rechtsnorm auch im Strafrecht voraussehbar sind. (341)

342. Die Teile IV und V erscheinen gegenüber der ersten Teilen des Urteils einigermaßen inkohärent, die Argumentation ist z.T. sprunghaft und repetitiv. Insgesamt ist diesem Teil anzumerken, dass möglichst viele Argumente vorgebracht werden sollten, um die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zu belegen.

Daraus lassen sich, so das Gericht, unter anderem die strafrechtlichen Verfahrensgarantien sowie das Verbot des rückwirkenden Gesetzes ableiten. Schließlich gelte, dass der Ausschluß der Strafbarkeit dem Täter nach Eintritt der Verjährung als subjektives Recht zustehe. Auch die Wesensgehaltsgarantie und die Verhältnismäßigkeit werden angeführt (242) – allerdings ohne die Anwendung dieser Prinzipien auf den konkreten Fall näher auszuführen. An einer Stelle wird deutlich, wie das Gericht die „Zétényi-Takacs“-Gesetz interpretierte: als Versuch der nachträglichen „moralischen Säuberung“, der dem widersprach, was das Gericht als neue rechtsstaatliche Identität Ungarns sah:

In einem verfassungsmäßigen Rechtsstaat ist das Strafrecht nicht bloß ein Mittel, sondern schützt Werte und trägt auch selbst Werte: die verfassungsmäßigen strafrechtlichen Prinzipien und Garantien. Das Strafrecht ist gesetzliche Grundlage der Ausübung der Strafgewalt und zugleich auch Freibrief zum Schutze der Rechte des Einzelnen. Das Strafrecht schützt zwar Werte, jedoch darf es [...] kein Mittel moralischer Säuberung sein. (343)

5.2.6.3 Reaktionen

Die Parlamentsmehrheit reagierte empört, hatte aber der rechtlichen Argumentation scheinbar wenig entgegenzusetzen. Nach der Presseberichterstattung äußerte sich das Präsidium des MDF folgendermaßen:

the stance of the Constitutional Court regarding the Zetenyi-Takacs bill is legally indisputable but morally unacceptable. The statement of the largest government party emphasises that the MDF can never resign itself to a legal situation which lets off the murderers and the guilty. According to the MDF's leading body, this can result in unforeseeable moral consequences, therefore the Democratic Forum maintains its earlier stance regarding the evaluation of the past, and it appeals to members and legal experts of its parliamentary faction to seek possibilities for a constitutional solution. (BBC, 1992)

Für den Fraktionssprecher der MDF, Imre Kónya, war die Entscheidung „überraschend“, aber er erklärte, sie sei für alle bindend.³⁴³ Wenn eine Diktatur durch einen Rechtsstaat abgelöst werde, müsse man angesichts der Rechtlosigkeit des früheren Regimes im neuen Regime besondere Anstrengungen unternehmen und verfassungsstaatliche Grenzen respektieren. Die MDF akzeptiere die im Urteil niedergelegten Regeln und würde nach rechtlich einwandfreien Wegen suchen, um „historische Gerechtigkeit und moralische Ordnung“ wiederherzustellen.

Die Kleinlandwirte zeigten sich „schockiert“:

343. *Hazai tudomány*, 04.03.1992.

According to the Smallholders' MPs, the constitutional judges brought a decision again on the wrong understanding, according to which the dictatorship of the past 40 years was in fact a constitutional state. With this, the laws of the dictatorship became the obstacles of the real change of regime, said the Smallholders. (BBC, 1992)

Für den Initiator des Gesetzes, Zsolt Zétényi war die Entscheidung vielleicht rechtlich vertretbar, moralisch aber falsch. Seine Auffassung wurde von vielen Rechtswissenschaftlern aus Ungarn und anderen Ländern unterstützt. Unverständlich sei, so Zétényi, dass Menschen ermordet werden könnten und das noch vom Begriff des Verfassungsstaates unterstützt werde.

Die Opposition verteidigte das Gericht und wies auf die Notwendigkeit hin, dass alle Gesetzgebung verfassungsmäßig sein müsste. Der Sprecher der SZDSZ hielt die Entscheidung für ein „wichtiges Ereignis“ in der ungarischen Verfassungsgeschichte. Die SZDSZ verdamme zwar die Verbrechen der Vergangenheit, sie sehe sich aber durch das Urteil in der Haltung bestätigt, dass das Strafrecht nicht für tagespolitische Zwecke missbraucht werden dürfe³⁴⁴. Die Äußerungen der Koalitionsparteien, die Verfassungsmäßigkeit und Moral gegeneinander ausspielen wollten, seien gefährlich.³⁴⁵

Die Reaktion der Bevölkerung war gemischt. Unterstützer der Entscheidung argumentierten, das Urteil sei dem sozialen Frieden zuträglich. Es sei wichtig, die Prinzipien der Rechts- und Verfassungsstaatlichkeit zu beachten.³⁴⁶ Auf den Punkt bringt dies ein Kommentar in der Zeitung *Zalai Hirlap* von Anfang August 1992. Der Autor argumentiert in seinem Beitrag „Beruhigende Entscheidung“, es scheine, man könne nun mit Zuversicht sagen, dass die Ungarn in einem Rechtsstaat lebten. In einem Rechtsstaat könnten die Gesetze nicht einfach den Interessen der Politik angepasst werden, das Rechtsstaatsprinzip der Verfassung sei so heilig, dass es nicht verletzt werden dürfe, selbst wenn moralische Überlegungen dazu drängen würden.³⁴⁷ Ein Leserbrief in der konservativen *Magyar Nemzet* bringt die gegensätzliche Ansicht zum Ausdruck³⁴⁸: Juristen könnten das Recht so verdrehen, dass es in der Praxis völlig den Prinzipien der Ethik und Moral widerspreche. Das Recht solle nicht die Verbrecher schützen, sondern „universeller Gerechtigkeit“ dienen.

Die Kritik blieb so heftig, dass László Sólyom sich genötigt sah, eine Woche nach der Entscheidung den Inhalt des Urteils der Öffentlichkeit zu erklären. In einem Radiointerview betonte er, sich bewusst zu sein, dass das Urteil dem Gerechtigkeitsgefühl vieler widerspreche. Jedoch sei es die Aufgabe des Verfassungsgerichts, „seine Urteile auf der Grundlage der Verfassung und nicht der

344. *Hazai tudomány*, 04.03.1992.

345. Gábor Fodor (FIDESZ), *Nógrád*, 11.03.1992.

346. Siehe die Meinungsäußerungen in *Nógrád*, 11.03.1992.

347. *Zalai Hirlap*, 04.08.1992.

348. „Jog, csürve-csavarva“, *Magyar Nemzet*, 18.03.1992.

öffentlichen Meinung zu fällen“. Wirkliche moralische Gerechtigkeit erfordere es, dass der Schuldige bestraft werde, aber auch, dass der Schuldige seine Strafe in der Übereinstimmung mit den Gesetzen erhalte. Also dürfe die Bestrafung nie willkürlich sein, sondern nur, wie rechtlich vorgeschrieben (BBC, 1992).

5.2.6.4 Folgen

Mit der Entscheidung war das Thema aber nicht abgeschlossen, sondern die Koalitionsregierung versuchte, ihr ursprüngliches Ziel auf andere Weise zu erreichen. Zunächst erließ die Regierung im Januar 1993 eine „bindende Entscheidung“ zur Auslegung der Verjährungsklauseln, die bestimmte, dass die Periode von 1944 bis 1989 von der Verjährungsfrist ausgenommen werden sollte. Dies hätte die gleichen Konsequenzen gehabt wie das zuvor gescheiterte Gesetzesvorhaben. Fast gleichzeitig verabschiedete sie ein Gesetz, das die Staatsanwaltschaft dazu verpflichtete, in bestimmten Fällen Anklage zu erheben, auch wenn das Verbrechen schon verjährt war. Diese offensichtlichen Versuche, der Meinung des Verfassungsgerichts zu trotzen, wurden, wie vorauszusehen war, vom Gericht Ende Juni 1993 als verfassungswidrig erklärt.³⁴⁹

Bei seinem dritten Anlauf änderte das Parlament seine Taktik. Im Februar 1993 wurde ein Gesetz beschlossen, das sich auf Prinzipien des internationalen Rechts stützte. Die Gesetzesbegründung argumentierte, dass Verbrechen gegen die Menschheit und Kriegsverbrechen nach internationalem Recht von der Verjährung ausgenommen seien. Da die Massaker als solche Verbrechen qualifiziert werden müssten, sei in diesem Fall das internationale Recht der rechtliche Rahmen, dem zu folgen sei. Damit versuchte das Parlament, das Verfassungsgericht, das sich immer wieder in seinen Entscheidungen auf internationales Recht berufen hatte, mit seinen eigenen Waffen zu schlagen.

In der dritten Verjährungsentscheidung (53/1993) von Dezember 1993 folgte das Verfassungsgericht teilweise dieser Argumentation und erklärte das Gesetz nur partiell als verfassungswidrig. Es beanstandete die Bestimmungen, welche rein innerstaatliche Verbrechenstatbestände betrafen, räumte aber ein, dass für einige, im Völkerrecht bestimmte Straftaten eine internationale Verpflichtung bestehen kann, welche die Verjährung ausschließe. Eine Woche später korrigierte das Parlament den Gesetzesentwurf entsprechend und das neue Gesetz wurde einstimmig angenommen (Halmi/Scheppele, 1997:165-171).³⁵⁰

Die daraufhin erfolgenden Anklagen und Urteile vor dem obersten Gericht führten allerdings nur zu wenigen Verurteilungen, auch weil die ordentliche Strafgerichtsbarkeit kein Interesse zeigte, die Verfahren voranzubringen.³⁵¹

349. Entscheidungen 41/1993 und 42/1993, siehe Halmi/Scheppele, 1997:164-165; Székessy, 2003:132ff.

350. Nach Sólyoms Ansicht fand das dritte Urteil kaum öffentliche Beachtung (Sólyom, 1999).

5.2.6.5 Bewertung

Die Urteile des Gerichts betonten den Aspekt formaler Rechtsstaatlichkeit und werteten dieses Prinzip höher als den Aspekt materieller Gerechtigkeit. Die Richter begründeten dies vor allem mit der rechtlichen Kontinuität des Systemwechsels, die es dem Rechtsstaatsgebot der Verfassung entnahm. Es sah den legislativen Vorstoß, die Verjährungsfristen zu verlängern, als einen Versuch der „moralischen Säuberung“ an, der mit den strafrechtlichen Verfahrensgarantien und Grundrechten der Betroffenen nicht zu vereinbaren sei.

Gábor Attila Tóth (2009:147-148) argumentiert, dass die dogmatische Lösung des Gerichts von den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zu den „Mauerschützen“ abheben musste, denn diese waren zum gegenteiligen Ergebnis gekommen. Wie die Leitsätze etwa von BVerfGE 95, 96 postulieren, komme dem verfassungsrechtlich garantierten Rückwirkungsverbot zwar grundsätzlich absolute Geltung zu. Diese Geltung beruhe aber auf „der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Strafgesetze tragen, wenn sie von einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden“. An einer solchen besonderen Vertrauensgrundlage fehle es,

wenn der Träger der Staatsmacht für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts die Strafbarkeit durch Rechtfertigungsgründe ausschließt, indem er über die geschriebenen Normen hinaus zu solchem Unrecht auffordert, es begünstigt und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachtet.

Das das Rückwirkungsverbot begründende Prinzip des Vertrauensschutzes müsse damit zurücktreten. Das Urteil des BVerfG bezieht sich bei seiner Argumentation auf die so genannte Radbruch'sche Formel, nach der „in Fällen eines unerträglichen Widerspruchs des positiven Rechts zur Gerechtigkeit der Grundsatz der Rechtssicherheit geringer zu bewerten sein kann als der der materiellen Gerechtigkeit“ (BVerfG 95, 134). Dieses Ergebnis war für den ungarischen Kontext aus Sicht der Verfassungsrichter (von denen einige im vorherigen System hohe Positionen innehatten) nicht akzeptabel. In einem Interview merkte Sólyom später an, dass ihm diese Entscheidung außerordentlich schwer gefallen sei, besonders, weil inzwischen das Ausmaß der Massaker an Zivilisten bekannt geworden war. Die wichtigste Errungenschaft des Systemwechsels sei aber die Errichtung des Rechtsstaats gewesen, und er sei nicht bereit, diesen für die Verfolgung von ein einigen „alten Männern“ zu opfern (Sólyom, 1999). Erst in der dritten Entscheidung näherte sich das Gericht über den Umweg des internationalen Rechts der deutschen Position an (Tóth, 2009:148).

351. Dazu kritisch Józsa, 1998:11-15.

Auch wenn die Entscheidung vordergründig „positivistisch“ argumentiert (Weitergeltung des formalen Rechts trotz Systembruchs), kann sie nicht als ein Ausdruck der Hüter-Rolle des Gerichts interpretiert werden. Die Entscheidung hatte keine weitere Textgrundlage als den Hinweis darauf, dass Ungarn ein Verfassungsstaat ist (Art. 2 Abs. 1 Ungarische Verfassung).

Die Entscheidung kann einerseits unter dem „Gründer“-Aspekt interpretiert werden. Wie oben dargestellt, beschäftigt sich das Gericht ausführlich mit der Identität Ungarns als „Rechtsstaat“ und benennt als seine eigene „historische“ Aufgabe, „der Hüter des Paradoxons der ‚rechtsstaatlichen Revolution‘ zu sein“. Teil der Definition des neuen, verfassungsstaatlichen ungarischen Gemeinwesens war es nach Ansicht des Verfassungsgerichts, dass temporäre Mehrheiten auch nicht mit Berufung auf materielle Gerechtigkeit die tragenden Prinzipien des Staates (rechtliche Kontinuität) außer Kraft setzen sollten. Oder, wie es Halmai und Scheppele ausdrücken: „The court used the opportunity of this case to educate the parliament and the government by explaining just what the ideal of the constitutional state means“ (Halmai/Scheppele, 1997 161).

Gleichzeitig spielen aber auch die Aspekte der Konfliktschlichtung eine Rolle. Nach außen hin schien es zwar einen klaren Sieger (die Oppositionsparteien, darunter die am direktesten betroffene MSZP) und einen Verlierer (die Regierung und der Parlamentsmehrheit) zu geben. Wenn man jedoch genauer hinsieht, wird deutlich, dass die Regierungspartei in der Frage selbst gespalten war. Die Regierungskoalition aus drei Parteien (MDF, Kleinlandwirte und Christdemokraten) hatte Mühe, ein klares Profil zu finden und sich auf Politikziele zu einigen.

The three government parties developed substantial disagreements among themselves as their co-tenure went on, and since their majority in the parliament was not overwhelming to begin with, much of the first elected government's term was dominated by a persistent need to make various special deals with the various factions who were threatening to withhold their crucial votes from the government program. It may have been the case that the issue of retroactive justice was „given“ to the strong anticommunists within the Hungarian Democratic Forum (MDF) in the parliament in exchange for their cooperation on other bills, but this may never be publicly known for certain. (Halmai und Scheppele, 1997:158)

Zwar waren die Initiatoren des Gesetzes Zétényi und Takacs Mitglieder des MDF, sie hatten aber keine wirkliche Unterstützung für das Projekt in der Parteiführung des MDF. Im Gegenteil:

As with a number of other laws passed in the first elected government's tenure, disputes within the coalition were patched over temporarily in the parliament, whose members assumed that the Constitutional Court would have the last word on the constitutionality of the agreements. (Ebd.)

Es sieht also so aus, dass die Parteiführung aus taktischen Gründen das Gesetzesvorhaben nach außen hin unterstützte, tatsächlich aber darauf hoffte, dass das

Gesetz letztendlich vor Gericht scheiterte, dass also das Gericht als Vetospieler schon fester Bestandteil der politischen Kalkulation war. Dies erklärt, warum die Reaktion von MDF sich von dem seiner Koalitionspartner deutlich unterschied.

In einem Interview äußerte Sólyom, dass das Gericht eine Hexenjagd auf die früheren kommunistischen Funktionäre verhindern wollte (Sólyom, 1999). Ohne dass dies explizit festgehalten wurde, seien die Teilnehmer des runden Tisches sich einig gewesen, dass der Sieger der späteren Wahlen kein Tribunal über den Verlierer abhalten würde. Insofern agierte das Gericht hier als Schiedsrichter, der (in eigenem Auftrag) eine informelle Vereinbarung des Systemwechsels durchsetzte, um den sozialen Frieden zu erhalten. Für eine solche Einstellung gab es auch öffentliche Unterstützung. Ein Kommentar in der Zeitschrift *Hajdú Bihari Napló* kritisiert zwar, dass Straftäter und „Verräter“ durch die Urteile des Gerichts straffrei blieben. Aber: Gesetze die aus politischen Gründen gemacht würden, riskierten, zu anderen Zeiten sich gegen ihre Urheber zu wenden. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts und die „zivilisierten“ Äußerungen im Parlament seien ein gutes Zeichen, das die Kraft der Demokratie zum Ausdruck brächte.³⁵²

5.2.7 Entscheidungen zur Reform des Sozialsystems

5.2.7.1 Ausgangslage

Zu den umstrittensten Interventionen des Gerichts gehören auch die Urteile, die das Gericht als Antwort auf eine Reform des Sozialsystems im Jahr 1995 gab. Verglichen mit der Verjährungsentscheidung hatte sich die politische Landschaft inzwischen verändert. Die Wahlen vom Oktober 1994 bedeuteten das Ende der bürgerlichen Regierung. Wahlsieger waren die Sozialisten unter dem ehemaligen Außenminister Gyula Horn (Józsa, 1996; Ágh/Kurtán, 2001). Die MSZP konnte mit der sozialliberalen SZDSZ eine Koalition bilden, die über 2/3 aller Mandate im Parlament besaß. Die MSZP hätte dank ihrer absoluten Mehrheit auch alleine regieren können. Da die Verhandlungen am runden Tisch ergeben hatten, dass die Änderung zentraler Gesetze eine Zwei-Drittel-Mehrheit des Parlaments erforderten, brauchten die MSZP einen Koalitionspartner, außerdem bestand wahrscheinlich die Überlegung, dass eine Koalition mit den Freidemokraten im Westen einen besseren Eindruck machen würde (Józsa, 1996:30).

Ein Jahr, nachdem die Koalition aus Sozialisten und Liberalen die Macht übernommen hatte, musste sie sich der Tatsache stellen, dass es um den Staatshaushalt schlecht bestellt war.³⁵³ Ungarn war in die demokratische Ära, wie vie-

352. Endre Bakó, „A döntés“, *Hajdú Bihari Napló*, 04.03.1992, S.3.

le andere postkommunistische Länder, mit hoher Auslandsverschuldung und desolater Wirtschaftslage gestartet. Während das staatliche Eigentum privatisiert wurde, wurde das System der staatlichen Sozialleistungen nie reformiert und vergrößerte das Defizit im Staatshaushalt (Gero, 1997). Die Situation hatte sich mittlerweile so verschlechtert, dass dem ungarischen Staat die Insolvenz drohte. Der Internationale Währungsfonds bot Kredite an, allerdings nur unter strengen Auflagen: Vor allem musste die Regierung die staatlichen Ausgaben kürzen (Scheppelle, 2004:1944).

Einer der größten Posten im Haushalt war das Sozialsystem, das ein Drittel des Bruttosozialprodukts verschlang. Ein nach seinem Initiator, Finanzminister Lajos Bokros, benanntes Gesetzespaket sollte die staatlichen Finanzen durch drastische Sparmaßnahmen im Sozialbereich konsolidieren. Die Gesetze wurden im Frühjahr 1995 in großer Eile im Finanzministerium entworfen und im Juni ohne lange Diskussion im Parlament verabschiedet. Vorgesehen waren vor allem die Restrukturierung der Lohnfortzahlung im Fall von Krankheit und Mutterschaftsurlaub sowie ein Kindergeld. Das offiziell als „Wirtschaftsstabilisierungsgesetz“ bezeichnete, aber im öffentlichen Diskurs nach dem Finanzminister als „Bokros-Paket“ (Bokros-Csomag) bekannte Gesetz sollte am 1. Juli in Kraft treten. Obwohl öffentliche Proteste ausblieben, lösten diese Pläne, noch während sie im Parlament beraten wurden, große Entrüstung in der Bevölkerung aus. Viele fühlten sich von den politischen Kräften verraten, die sie eigentlich gewählt hatten, um vor den harten Auswirkungen der Marktliberalisierung geschützt zu sein. Das Gesetzespaket wurde auch sofort nach der Verabschiedung mit einer großen Anzahl von Popularklagen vor dem Verfassungsgericht angegriffen. Das Verfassungsgericht verschob seinen Sommerurlaub und erließ noch am 30. Juni und damit einen Tag vor Inkrafttreten fünf Entscheidungen, die Teile der Gesetzgebung als verfassungswidrig erklärten.

5.2.7.2 Urteile

Das Gericht entschied zunächst, dass die Streichungen von Mutterschafts- und Kindergeld nicht zum 1. Juli 1995 in Kraft treten könnten, da keine angemessene Übergangszeit gegeben sei. Andere Teile des Gesetzespakets wurden unabhängig vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens als verfassungswidrig erklärt. In einer weiteren Serie von insgesamt 15 Entscheidungen, die sich bis zum Herbst 1995 hinzog, annullierte das Gericht weitere Teile der Gesetzgebung.

353. Zum Folgenden siehe Scheppelle, 2004:1942-44 und die Nachweise dort. Die Mitte-Rechts-Vorgängerregierung hatte keine größeren Anstrengungen unternommen, um dem hohen Staatsdefizit entgegenzutreten.

Das erste Urteil (43/1995)³⁵⁴ entwickelte die theoretische Grundlage für die späteren, die weitgehend technische Einzelheiten der Gesetzgebung betrafen. In diesem Urteil stand das Prinzip der „Rechtssicherheit“, das schon in den Urteilen zur Verjährung des kommunistischen Unrechts eine große Rolle gespielt hatte, an zentraler Stelle:

The Constitutional Court declares that the the principle of legal certainty as the most substantial conceptual element of the rule of law and theoretical basis of the protection of acquired rights is of particular significance from the viewpoint of the stability of welfare systems. (325)

Zur Begründung führte das Gericht folgendes aus: Es sei offensichtlich, dass das Wirtschaftsstabilisierungsgesetz dramatische Folgen für das ungarische System der Sozialleistungen haben würde:

As a result of the Economic Stabilization Act, the changes taking place in the welfare benefit system are highly substantial because they replace a well-known and calculable benefit system maintained for decades that families have become used to, and these changes affect rights already acquired and acknowledged according to this former system. (326)

Das ungarische Sozialsystem beruhe auf einem gemischten System aus Versicherungssystemen, in welche die Bürger einzahlten, und einem umlagefinanzierten System sozialer Sicherung, das auf dem Solidaritätsprinzip beruhe. Dabei seien aber auch die umlagefinanzierten Leistungen sehr eng an die subjektive Rechte verleihenden Versicherungsleistungen gebunden.

Das Gericht verweist dann auf eine frühere Entscheidung (32/1991), in der es zum Artikel 70/E, Abs. 1 der ungarischen Verfassung, der das „Recht auf soziale Sicherung“ beinhaltet, ausgeführt hatte, dass soziale Sicherheit im Sinne der Verfassung

weder bedeutet, dass das Einkommensniveau garantiert ist, noch dass der einmal erreichte Lebensstandard der Bürger nicht infolge einer Verschlechterung von wirtschaftlichen Bedingungen sinken könnte. Die Verpflichtung des Staates in Bezug auf die soziale Sicherheit seiner Bürger ist sehr allgemein formuliert. (Zit. in Füzér, 2002:182)

Daraus folge, dass der Staat einen breiten Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung des Sozialsystems habe und damit auch bei dessen Umgestaltung. Dieses Recht sei aber nicht unbegrenzt, wie das Gericht mit Verweis auf eine andere Entscheidung (26/1993) darlegt:

In determining which of the benefits are actually enjoyed and how they can be withdrawn constitutionally, social rights have a role insofar that, as a result of such with-

354. Abgedruckt in englischer Übersetzung bei Sólyom/Brunner, 2000:325-332, von dort auch, wenn nicht anders vermerkt, die Seitenangaben in den folgenden Zitaten.

drawals, the extent of welfare benefits as a whole may not be reduced below a minimal level which may be required according to Artl 70/E. The constitutionality of the individual changes, however, also depends on whether or not they clash with other constitutional principles and rights, thus whether or not they are contrary to the principle of legal certainty, the prohibition of discrimination and, if it is about a benefit including elements of insurance, to the protection of property. (326-327)

Zusammengefasst: Der Staat (hier in Form der Legislative) ist bei der Zumesung der Sozialleistungen im Prinzip frei, solange er ein Minimum von Leistungen garantiert und bei der Bestimmung von Leistungen nicht Verfassungswerte wie Rechtssicherheit, das Diskriminierungsverbot oder die Eigentumsgarantie verletzt. Mit der schwierigen Frage, was in diesem Zusammenhang das „Minimum“ von Leistungen bedeutet, muss sich das Gericht nicht weiter auseinandersetzen, da es die Verfassungswidrigkeit des Gesetzespakets schon in der Verletzung der Rechtssicherheit und der erworbenen (Eigentums-)Rechte der Versicherten erkennt.

Auch an dieser Stelle kommt das in der Verfassung enthaltene Prinzip des „Rechtsstaats“ zum Tragen, das die Grundlage der weiteren Prinzipien „Rechtssicherheit“ und „Erworbene Rechte“ bildet – die nicht in der Verfassung verankert, sondern durch Verfassungsinterpretation gewonnen wurden:

As a matter of principle, the Constitutional Court has already pointed out that the rule of law enshrined in Art. 2(1) of the Constitution presupposes the protection of acquired rights ³⁵⁵ [...]. The protection of acquired rights is a rule in a state under the rule of law.

Allerdings ist der Schutz erworbener Rechte nicht schrankenlos:

It is not, however, of absolute force that would not allow for exceptions. The decision on the exceptions, however, is only possible on a case-by-case basis. The Constitutional Court must be the ultimate forum in which to decide whether the conditions of an exceptional intervention obtain [...].³⁵⁶

Die Rolle des Gerichts ist es also, im Einzelfall abzuwägen, wie weit dieser Schutz geht. Hier wird der Anspruch des Gerichts deutlich, das „ultimate forum“, also der letztendliche Schiedsrichter in diesen Fragen zu sein. Die Grundlage dieses Anspruchs ist, wie das Gericht noch einmal betont, das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Prinzip der Rechtssicherheit:

Legal certainty – which, in the view of the Constitutional Court, is the most substantial conceptual element of a state under the rule of law and the theoretical basis of the protection of acquired rights – is therefore of exceptional significance from the viewpoint of the stability of the welfare benefit systems. (327)

355. Das Gericht verweist hier u.a. auf die Entscheidung 62/1993 v. 29.11.1993.

356. Mit Verweis auf Entscheidung 32/1991 v. 06.06.1991.

Daraus schließt das Gericht, dass die Verfassung einen abrupten Systemwechsel ohne ausreichende Begründung verbietet:

Under the Constitution, benefits and expectations related thereto cannot be substantially altered without sufficient reason or overnight. Special reasons are required for changes without a transition. (327)

In der weiteren Diskussion kommt das Gericht dazu, dass das Gesetzespaket diesen Ansprüchen nicht genügt. Dazu komme, dass die Sozialversicherungsansprüche wie Eigentumsrechte zu betrachten seien, sofern sie auf einem Versicherungssystem beruhen, dessen Auszahlung von dem geleisteten Einzahlungen abhängt. Dies hatte das Gericht schon in Entscheidung 64/1993 entschieden, aus der es zitiert:

Property is afforded a constitutional protection in tis capacity as the traditional means of securing an economic basis for the autonomy of individuals. The constitutional protection must track the changing social role of property so as to fulfill the same task. [...] [T]he constitutional protection extends to rights with an economic value which today perform this former role of ownership, including public law entitlements (for instance, to entitlements from the social insurance). (329)

Diesen neuen Eigentumsbegriff, der über die traditionelle zivilrechtliche Vorstellung von dinglicher Verfügungsgewalt über materielle oder immaterielle Güter deutlich hinausgeht, hatte das Gericht u.a. in einer früheren Entscheidung³⁵⁷ entwickelt. In dieser Entscheidung wird dieser Eigentumsbegriff auf die gesetzlich vorgeschriebenen Abgaben angewandt, die der sozialen Sicherung in Lagen dienen, in denen der Bürger nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen kann, d.h., im Verständnis des Gerichts, seine Autonomie nicht wahren kann.³⁵⁸

Natürlich sei die Wahrung der wirtschaftlichen Stabilität für das Gericht ein wichtiger Aspekt bei der Auslegung der Reichweite der verfassungsmäßig garantierten Rechte. So sei nach Art. 13(2) das „öffentliche Interesse“ ein Verfassungsgut, das die Einschränkung von Grundrechten erlaube (330). Jedoch habe die Art und Weise, wie der Staat mit dem Bokros-Paket vorgegangen sei, die Balance zwischen den ökonomischen Erfordernissen und den Grundrechten der Bürger verletzt:

With this Decision, the Constitutional Court also points out that before bringing and implementing decisions pertaining to the transformation of the entire welfare benefit system the State must, in addition to the aspects related to the financial-economic situation of the country, also take into account its obligation to protect the mother, the family and the child as expressly assigned to it by the Constitution. (331)

357. Entscheidung 4/1993.

358. Siehe zu den Einzelheiten der Argumentation Sólyom/Brunner, 2000:329-331.

In Fällen, in denen keine eigentumsgleichen Ansprüche beständen, komme das Prinzip der Rechtssicherheit zum Tragen:

In cases [...] in which the insurance element does not have a role or this role has been ultimately terminated, the constitutionality of intervention in welfare benefits must be decided not on the basis of the protection of property as a fundamental right but on the basis of the requirements of legal certainty, which is the most important constituent of the rule of law. (330)

Hinsichtlich der Rechtssicherheit kann das Gericht auf zahlreiche Entscheidungen verweisen³⁵⁹, allerdings wird das Prinzip in den Entscheidungen zum Bokros-Paket „nachdrücklicher als jemals zuvor“ (Füzér, 2002:183) zur Geltung gebracht. Da das Gesetzespaket zahlreiche Leistungen mit praktisch sofortiger Wirkung entzog, ohne Übergangsfristen einzuräumen, die den Menschen erlaubten, sich auf die Kürzungen einzustellen, verletzte dies nach der Ansicht des Gerichts das Prinzip der Rechtssicherheit. Deshalb seien die entsprechenden Bestimmungen verfassungswidrig und könnten nicht in Kraft treten:

Das Rechtsstaatsprinzip [verlangt], dass das Verhalten des Staates kalkulierbar ist, so dass sowohl natürliche als auch juristische Personen eine gute Grundlage haben, um ihre wirtschaftlichen, familiären und lebensunterhaltsbezogenen Entscheidungen treffen zu können, und dass diese im Stande sind, den in rechtliche Normen inkorporierten Willen des Staates zu erkennen. (Zit. in Füzér, 2002:184)

Es fällt auf, dass die Verfassungswidrigkeit der Entscheidung nicht auf das Recht auf soziale Sicherung aus § 70/E der Verfassung gestützt wird, sondern das Recht auf Eigentum und Rechtssicherheit in den Vordergrund stellt. Dies erklärt sich zum einen damit, dass nur ein Teil der Richter für eine direkte Einklagbarkeit sozialer Rechte eintrat. Die Mehrheit im Gericht hatte sich früh dagegen ausgesprochen, dass die Verfassung zur Einhaltung einer bestimmten Höhe von Sozialleistungen verpflichte.³⁶⁰ Géza Kilényi, der Berichterstatter der Entscheidung war, wählte nach seinen Aussagen bei seinem Entwurf von Anfang an eine dogmatische Grundlage, bei der er einen Konsens seiner Kollegen vermutete: Rechtsstaat und Rechtssicherheit (Kilényi, 2002). Aber selbst wenn die Richter dogmatisch eine Einigung auf der Grundlage von materiellen Rechten hätten finden können, wäre es immer noch sehr schwierig gewesen, zu entscheiden, in welcher Höhe und welcher Form die Sozialleistungen verfassungsgemäß gewesen wären. Damit hätte das Gericht die Folgen für den Staatshaushalt voll übernehmen müssen. Die Lösung des Gerichts war, sich darauf zu konzentrieren, dass das Gesetzespaket praktisch über Nacht Leistungen entzog

359. In der Entscheidung werden genannt: 7/1992, 25/1993, 28/1992, 57/1994.

360. Entscheidung 31/1990.

und dadurch das Rechtsstaatsprinzip verletzte, sowie darauf, dass durch die un-differenzierten Kürzungen in eigentumsgleiche Rechte eingegriffen wurde.

5.2.7.3 Bewertung

Barnabas Gerő (1997) hat in einer Analyse der Bokros-Entscheidungen die Schwierigkeit betont, die Urteile richtig einzuordnen:

On the one hand, these benefit schemes did play a significant role in the life of individuals, and many saw their termination as another cruel blow by an elite estranged from the difficulties of everyday life. Furthermore, the proposed modifications in social services were admittedly partial and were a far cry from a complete overhaul of the social security system. On the other hand, the Court made a highly populist decision which thwarted the efforts of the government to at least partially reform a corrupt and wasteful system – where evasion of contribution is widespread, no rational incentive to contribution is offered, the burden of financing is imposed almost exclusively on certain strata, and which conserves a pension and health-care system that is highly unjust. Furthermore, rendering citizens once more dependent on state-provided services in highly important life spheres, the Court's avowed mission of creating an autonomous citizenry seems a farce.

Das Urteil zeigt aber auch die Gespaltenheit des Gerichts. Einerseits gab es Verfechter einer christlichen Sozialethik, die sich in der naturrechtlichen Argumentation der Parallelmeinung von Zslnszky widerspiegelt.³⁶¹ Dann war Kilényi ein Richter mit sozialistischem Hintergrund, der sich dem Schutz sozialer Rechte verbunden fühlte.³⁶² Sólyom schließlich hatte in früheren Entscheidungen die Ansicht vertreten, dass die sozialen Rechte in der Verfassung als Staatszielbestimmungen verstanden werden sollten und keine einklagbare Rechte auf ein ganz bestimmtes Maß an sozialer Sicherheit darstellten.³⁶³ Die Richter einte die Empörung über das Vorgehen der Regierung. Sie konnten sich auf die dogmatische Figuren der Rechtssicherheit und der „erworbenen Rechte“ einigen, ohne die dahinter liegenden theoretischen Differenzen thematisieren zu müssen: Vor allem das Verfahren, mit dem die Regierung die Reform durchführen wollte, wurde als verfassungswidrig erklärt.³⁶⁴ Dass das Gericht keine sozialen Rechte mit konkretem Inhalt schuf, zeigte sich daran, dass die Regierung später Gesetze verabschieden konnte, die Sozialleistungen stark einschränkten, ohne dass das Verfassungsgericht einschritt.

361. Abgedruckt in Sólyom/Brunner, 2000:332, dazu Kis, 2003:295: „The moral and political worldview that most closely corresponds to the judicial tendencies of the first Hungarian Constitutional Court is not the liberal or the socialist one but a Christian worldview—to wit, the Catholicism of the period after the Second Vatican Council.“

362. Kilényi, 2002.

363. Entscheidung 772/B/1990 vom 18.02.1991.

364. Interviews mit Kilényi und Sólyom.

5.2.7.4 Folgen

Folge der Urteile war aber zunächst, dass die geplante Reform des Sozialsystems nicht in Kraft treten konnte. Die Auswirkungen sahen für die Regierung im ersten Moment verheerend aus: Nach Angaben des Finanzministeriums verlor der Staat ein Viertel der eingeplanten Einsparungen, ungefähr 300 Millionen Dollar. Die Regierung veröffentlichte am 14. September eine Erklärung, in der sie die Entscheidung des Verfassungsgerichts scharf kritisierte und ihm vorwarf, seine Kompetenzen überschritten zu haben. FIDESZ und MDF, Christdemokraten und Kleinbauern erklärten dagegen, die Äußerungen der Regierung seien inakzeptabel und erschütterten die Grundfesten der konstitutionellen Staatlichkeit. Die Regierung geriet über diese Ereignisse in eine Krise. Mehrere Minister traten zurück, auch Bokros kündigte seinen Rücktritt an.³⁶⁵

Es überrascht nicht, dass die Bevölkerung, die das Gesetzespaket hart getroffen hätte, die Entscheidung des Verfassungsgerichts begrüßte. Die Zeitung *Magyar Hírlap* veröffentlichte am 5. Juli die Ergebnisse einer Meinungsumfrage, nach der

89% of the public had heard of the decision and that overwhelming majorities – 84% of those who had voted for the parties in the government and 90% of those who had not – believed that the Court made the right decision in the austerity program cases. (Zit. in Scheppele, 2004:1947)

Die Regierung hätte mit ihrer 2/3-Mehrheit im Parlament die Möglichkeit gehabt, die Verfassung in der Weise zu ändern, dass die von ihr gewünschten Modifikationen verfassungsmäßig gewesen wären. Sie fügte sich jedoch in die Entscheidungen, was dadurch erleichtert wurde, dass die wirtschaftlichen Folgen der Urteile nicht so verheerend ausfielen, wie die anfänglichen Prognosen voraussagten. Die Gesamtwirtschaftslage hatte sich bis Anfang 1996 durch Privatisierungs- und Exporterfolge weitgehend verbessert (Schwartz, 2000:156). Die Hauptursache liegt jedoch darin, dass die Reform so unpopulär war und das Prestige des Gerichts bis dahin so gewachsen war,³⁶⁶ dass die Regierungsparteien es nicht wagten, ihre für verfassungswidrig erklärten Gesetzesprojekte gegen das Gericht durchzusetzen. Die Vergeltung der Regierung erfolgte somit auf andere, indirekte Weise: Nach Angabe von Sólyom war die Auseinandersetzung über das Bokros-Paket ein Grund dafür, dass die Parlamentsmehrheit die Berufung neuer Richter auf freiwerdende Stellen am Gericht herauszögerte. Damit sollte sichergestellt werden, dass am Ende der Sólyom-Ära 1998 fast die kom-

365. BBC, 1995; Financial Times, 1995; Reuter, 1995.

366. Das Verfassungsgericht war 1995 nach dem Staatspräsidenten die zweitbeliebteste Institution des Landes und lässt Regierung und Parlament hinter sich zurück. *Magyar Nemzet*, 08.02.1995.

plette Richterriege auf einmal ausgewechselt und durch die personelle Diskontinuität die Kontinuität der Rechtsprechung geschwächt würde.³⁶⁷

Bei genauerer Betrachtung des Urteils zeigt sich, dass das Gericht einer Reform des Sozialsystems grundsätzlich nicht im Wege stand. Die Mehrheitsmeinung bestand darauf, dass „genügend Zeit für die Implementierung der Veränderungen zur Verfügung steht und die Vorschriften nicht die in der Verfassung garantierten Regeln oder Grundrechte verletzen“³⁶⁸. Das führte dazu, wie Pál Sonnevend (1997) ausführt, dass viele Maßnahmen der Regierung bestehen bleiben konnten. Andere Maßnahmen erforderten nur leichte Veränderungen und konnten bald neu verabschiedet werden. Auch Kim Lane Scheppele (2004) sieht die Sorge der Kritiker – zumindest nachträglich – als unbegründet an:

In the end, however, the disaster that critics of the Court predicted did not come to pass. And it was not because the Court's decisions were ignored. The government did, in fact, observe the limits that the decisions outlined. But, the government also reformed the social welfare programs substantially while still keeping state provision of a basic social minimum in the budget. In response to the decisions, the Parliament had to slow down implementation of cuts, revise its methods of means testing, and eliminate some of the distinctions that the earlier law had made. But the government was able to enact substantial reforms while maintaining a commitment to a social safety net. [...] In short, the Court decisions might have been inconvenient for the government and dismaying to [International Financial Institutions] in the short run, but in the end, the government worked within the constraints provided by those decisions and still achieved much of the needed fiscal reform over a period of a few years. (1948-1949)

Im Rückblick zeigt sich, dass die Maßnahmen, die das Gericht zugelassen hatte, ausreichten, um eine leichte Erholung der ungarischen öffentlichen Kassen zu erreichen (Gero, 1997).

5.2.7.5 Reaktionen

Es verwundert nicht, dass die breite Bevölkerung positiv auf die Urteile reagierte. Die veröffentlichte Meinung dagegen zeigte sich überwiegend kritisch gegenüber den Entscheidungen. Scheppele (2004:1947) berichtet:

Throughout the summer of 1995, the intellectual press in Hungary was filled with articles criticizing the Court for standing in the way of economic reform. Economist Tamás Bauer, an influential member of the parliamentary majority writing in the leading daily newspaper, took the position that the Court did not have sufficient economic expertise to make these decisions and that its support for social rights was a policy choice better left to Parliament. János Kis, a political philosopher and one of the

367. Sólyom, 2000b:36 und Fn. 117.

368. Entscheidung 455/b/995/3, zitiert in Füzér, 2002:188.

founders of the liberal Free Democratic Party, a partner in the coalition government, added in another long article that the Court had overstepped its authority by trying to write a budget and that no conception of constitutional rights could make resources appear from nowhere.³⁶⁹

Am bekanntesten und schärfsten ist der Kommentar von András Sajo (1996b) im *East European Constitutional Review*, einer rechtswissenschaftlichen Zeitschrift, die sich an ein außerungarisches Publikum wendet. In seinem zum Teil bewusst polemischen Beitrag, den Sajo in ähnlicher Form schon auf ungarisch publiziert hatte (Sajo, 1996a), wirft er dem Gericht vor, die ungarische Sozialreform „getötet“ zu haben. Zunächst kritisiert er vor allem die Argumentation des Gerichts, die Leistungen aus der Sozialversicherung dem Schutz der Eigentumsgarantie zuspricht. Weder das Wohlfahrtssystem der sozialistischen Zeit, während der ein Großteil der Einzahlungen in die Sozialsysteme erfolgte, noch das gegenwärtige System könnten als Versicherungssystem gekennzeichnet werden; stattdessen handle es sich um steuerfinanzierte Umlagesysteme. Die Konstruktion „wohlerworbener“, eigentumsgleicher Rechte sei daher nicht zulässig.

Sajo sieht den Grund für die Konstitutionalisierung des Sozialversicherungsrechts darin, dass die Behauptung von Grundrechtsverletzungen es dem Verfassungsgericht erlaube, die Reichweite seiner Entscheidungskompetenzen weiter auszudehnen.

The more fundamental rights citizens have, the more there is to be protected and, therefore, the regulatory domain becomes increasingly constitutionalized, i.e., subject to constitutional review. Every time the Court is perceived to be the protector of additional rights, it gains additional power of review over both legislative and executive branches. (39)

Sajo greift in seiner Analyse auf die Weber'sche These vom wesensmäßigen Gegensatz von Formalität und Materialität des Rechts zurück:

This nondeferentialism has serious doctrinal consequences. In order to maintain its permanent control over legislation, the Court may undermine the very value it claims to be upholding, namely, the predictability and stability of legal relations. (39)

Nach Sajos Ansicht manifestiert sich in den Urteilen des Gerichts eine Wende von „formal rationality of the market to populist material justice“. Dabei dürfe man sich nicht von der Rhetorik der Urteile täuschen lassen. Zwar hätte das Gericht für die Entscheidungen neutrale, technisch und formal wirkende rechtsstaatliche Begriffe verwendet, wie etwa „Rechtssicherheit“ oder „wohlerworbene Rechte“, tatsächlich aber seien dahinter naturrechtliche Argumentations-

369. Der Beitrag von Tamás Bauer erschien in *Népszabadság* am 13. Juli 1995, S. 10 und der von János Kis in der selben Zeitung am 15. Juli 1995, S. 17.

muster verborgen (40-41). Die Bevölkerung sei im Kommunismus dazu erzogen worden, vom Staat abhängig zu sein und vom Staat die vollständige soziale Versorgung zu erwarten. Diesen Tendenzen leiste das Verfassungsgericht Vor-schub, statt individuelle Verantwortlichkeit zu fördern. Auf der Grundlage seiner Analyse der Urteile kommt Sajó zu einer düsteren Prognose:

The Hungarian Constitutional Court, in its earlier decisions, declared that its mission was to restore the rule of law. Ironically, it ended up propounding a concept of material justice, the sworn enemy of the formal rationality of the rule of law. Material justice will undermine the market economy and limit freedom of contract. In our case, the anti-market effects of material justice are exacerbated because of the existence of the inherited, premature welfare state. Material justice in Hungary jeopardizes the efficiency of the social, formal rationality of the budget, hence it threatens the financing of state activities and even macroeconomic stability itself.

Es soll hier nicht darum gehen, ob Sajó mit seiner Prognose recht behalten hat (siehe hierzu die schon genannten Einschätzungen von Scheppele und Sonnend). Interessanter ist in unserem Zusammenhang die Frage, ob seine Analyse richtig ist, dass das Urteil materielle Gerechtigkeitsvorstellungen transportiert statt formaler Rechtsstaatlichkeit. Wie wir der obigen Urteilsanalyse entnehmen können, hat das Gericht ja gerade keine inhaltlichen Vorgaben gemacht, sondern betont nur die Form der Veränderungen (mangelnde Vorhersehbarkeit der Änderungen sowie Missachtung des Eigentumsschutzes bei Leistungen mit Versicherungscharakter). Nach Aussage des Gerichts wären einschneidende Änderungen, die diese Vorgaben beachteten, verfassungsmäßig. Missbrauchte das Gericht die formale Form, um sich als Hüter darzustellen, während es tatsächlich als Gestalter des ungarischen Sozialsystems tätig wurde, um seine materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen durchzusetzen? Ist das Gericht, wie Sajó behauptet, ein „Hüter“ der paternalistischen Entmündigung und Rundumversorgung aus der vorangegangener Ära?

Nach meiner Ansicht überzeugt Sájos Analyse nicht. Der Eingriff des Gerichts erscheint hier zunächst einmal als klassischer „Vetospiele“: Eine politische Maßnahme, die ohne die Intervention des Gerichts ungehindert durchgesetzt würde, wird durch das „Veto“ des Gerichts zunichte gemacht. Das Verfassungsgericht etabliert zwar einen Maßstab, an dem es Veränderungen im Sozialsystem messen wird, es setzt aber keine eigenen Vorstellungen von der „gerechten Ordnung“ durch (wie etwa die Parallelmeinung von Richter Zlinszky). Vieles in dem Urteil weist auf die Vetofunktion hin: wenn etwa das Gericht darauf verweist, dass dem Parlament zwar die Veränderung des Sozialsystems gestattet sei, aber nur in den Grenzen der Verfassung. Wo diese Grenzen gezogen werden, bestimmt das Gericht als „ultimate forum“. Dies bedeutet für den Gesetzgeber allerdings ein im Einzelfall nicht vorhersehbares richterliches Eingreifen – insofern besteht, wie Sajó argumentiert, tatsächlich eine Spannung zwischen dem Prinzip der Rechtssicherheit, die das Gericht postuliert, und der

Tatsache, dass auch nach der Etablierung der Prinzipien etwa die Entscheidung nicht vorhersehbar sein wird, welche Übergangsfrist verfassungsmäßig ist und welche nicht. Schon die Rede vom „ultimate forum“ ist ein Hinweis darauf, dass das Gericht sich hier als Schiedsrichter zwischen legitimen, aber antagonistischen Interessen sieht: den politisch-ökonomischen Interessen des Staates, dessen finanzieller Leistungskraft eindeutige Grenzen gesetzt sind, und den verfassungsrechtlichen Ansprüchen der Bürger auf eine menschenwürdige Existenz, die sich im Recht auf soziale Sicherheit konkretisieren.

Das Gericht hat seine Funktion als Vetospieler jedenfalls nicht durchgehalten, was sich an der zweiten Welle von Entscheidungen im Oktober 1995 zeigt. Diese hielt, wie oben erwähnt, einen Großteil der angegriffenen Bestimmungen aufrecht.³⁷⁰

Der Beliebtheit des Gerichts tat dies keinen Abbruch. Im Gegenteil, die öffentliche Zustimmung wurde noch dadurch verstärkt, dass das Gericht im November 1995 ein Gesetz für verfassungswidrig erklärte, das die Zinsen für langfristige Kredite von 15 auf 25 Prozent hochsetzte (66/1995). Dies betraf sehr viele Ungarn, die für die Finanzierung eines Eigenheims Kredite aufgenommen hatten, und führte dazu, dass das Gericht als der „Anwalt der kleinen Leute“ angesehen wurde (Sólyom, 1999). Problematisch war nicht nur, dass das Gericht in einer früheren Entscheidung ein ähnliches Gesetz für verfassungskonform erklärt hatte. Die erste Entscheidung gab der konservativen Antall-Regierung Recht, die zweite richtete sich gegen die durch das Bokros-Paket unpopuläre sozialistisch-freidemokratische Regierung.

Gerő (1997) hat Überlegungen dazu angestellt, ob man diese Entscheidung – ähnlich wie die erste „Bokros“- Entscheidung – als „populistisch“ bezeichnen kann:

Playing the populist role of repealing harsh economic reform laws, while not being democratically accountable, is only permissible if the economic reform laws are clearly unjust. Whether this was the case is extremely difficult to decide. For many impoverished families, even the 15 percent interest rate was devastating; an increase to 25 percent would have been fatal.

„Populistisch“ wäre die Entscheidung dann gewesen, wenn das Gericht vor allem auf eine positive Rezeption des Urteils in der Zivilgesellschaft aus gewesen wäre. Dies war vielleicht ein Motiv der Entscheidungsfindung, deren Ergebnisalternativen Gerő folgendermaßen beschreibt:

Consistency in constitutional interpretation, deference to the democratically elected assembly, and considerations of economic reasons would have prompted the Court to

370. Manche Kommentatoren behaupten, dass die Richter auf die Kritik und politischen Druck durch die Regierung reagiert haben. Dies ist allerdings nicht beweisbar.

accept a raise in the mortgage interest rate. Social and moral reasons, as well as strategic considerations, however, led the Court in the other direction. (Gero, 1997)

Über die Motivation der Richter kann man nur spekulieren. Aus der Sicht der in dieser Arbeit entwickelten Rollentypologie ist es jedenfalls interessant, dass das Gericht von der eigenen Rechtsprechung abweicht und damit die Rolle des „Hüters“ aufgibt. Die Frage der Verfassungswidrigkeit von Zinserhöhungen wird situationsabhängig entschieden: Die wirtschaftliche Situation habe sich geändert und damit auch die Frage, welche Wertung den Interessen der beteiligten „Parteien“ (wirtschaftliche Interessen der Regierung einerseits und soziale Interessen der Regierten andererseits) zukomme.

5.3 Rollenanalyse

Um einen Eindruck davon zu erlangen, wie die unterschiedlichen Teilöffentlichkeiten auf die Selbstdarstellungen des Gerichts reagiert haben, werde ich im Folgenden neben den von mir geführten Interviews zwei Quellen erschließen, die stichprobenartig die Stimmungslage zu Anfang der 1990er Jahre wiedergeben. Die erste ist die Dokumentation der Beiträge einer von der Konrad-Adenauer-Stiftung organisierten Konferenz im November 1991 (Sólyom et al., 1992³⁷¹), die zweite die Dokumentation einer Podiumsdiskussion im Dezember 1992 (Grudzinska-Gross, 1994). An beiden Treffen nahmen Vertreter des Gerichts, der Politik und der Rechtswissenschaft teil und diskutierten die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der ungarischen Transformation. Die beiden Quellen (die Konferenz vom November 1991 und die Podiumsdiskussion knapp ein Jahr später) stehen im Zusammenhang mit den frühen Entscheidungen des Gerichts. Alle in dieser Arbeit besprochenen Entscheidungen bis auf das Bokros-Csomag-Urteil waren Ende 1992 bereits ergangen. Abschließend fasse ich zwei Entwicklungen zusammen, die das Verhältnis zwischen Gericht und Parlament widerspiegeln: die Bemühungen um eine neue Verfassung 1995/1996 und die Querelen um die Wahl der Richter am Ende der zweiten Präsidentschaft Sólyoms. Sie zeigen, dass das Parlament zwar nicht offen die Kompetenzen des Gerichts in Frage stellte, aber auch nicht gewillt war, das Selbstverständnis des Verfassungsgerichts zu tolerieren. Als sich die Gelegenheit dazu ergab, wurde die Richterwahl dazu genutzt, dem *judicial activism* des ersten Gerichts entgegenzutreten.

371. Die ungarischen Redebeiträge liegen mir in englischen Zusammenfassungen vor, die von Virág Zsugyo angefertigt wurden.

5.3.1 Selbstverständnis Sólyom

Das Selbstverständnis des Gerichts ist, wie bereits argumentiert wurde, stark von der Persönlichkeit des Präsidenten geprägt worden. Dies zeigt sich auch bei der Analyse seiner Beiträge zu den genannten Debatten. Er wolle öffentlich erklären, dass das Verfassungsgericht „aktivistisch“ sei (Sólyom et al., 1992:274). Es müsse angesichts der historischen Situation auch Aktivismus entfalten. Auf der Konferenz bekannte sich Sólyom zum Begriff der „unsichtbaren Verfassung“ – sie bestimme Inhalt und Grenzen der Grundrechte und sichere die verfassungsmäßige Ordnung. Verfassungsrechtlichen Aktivismus würde das Gericht nur im Hinblick auf die Grundrechte und nicht auf die Staatsorganisation entfalten. Die Grundrechte in der Verfassung stellten nur einen Minimalschutz dar, der aus internationalen Menschenrechtsverträgen übernommen wurde. Dieses niedrige Schutzniveau müsse das Verfassungsgericht erhöhen. Es verfolge damit den Schutz der Grundrechte und die Stabilisierung der Staatsorganisation. Darüber hinaus sei ihm politische Einmischung rechtlich verboten. Sólyom betonte, dass die Neutralität des Gerichts dessen Schutz und Basis sei und dem Gericht eine moralische Bedeutung verleihe. Da das Gericht keine exekutive Macht besitze, könne es seine Entscheidungen nicht mehr durchsetzen, sobald es seine auf diese Neutralität gegründete Autorität verliere (275). Diese Neutralität betonte er auch in einem Diskussionsbeitrag ein Jahr später und erklärte, worin er die Hauptaufgabe des Gerichts sah:

Even though it cannot escape taking political decisions occasionally, its essential job is to build a system of dogmatics, an edifice of constitutional law, which also serves the purpose of filling gaps in legal theory. (Zit. in Grudzinska-Gross, 1994:50-55)

Die Arbeit an diesem System gäbe dem Verfassungsgericht Legitimität, auch dadurch, dass ausländische und internationale Rechtsprechung in seine Arbeit einfließen würden. Dieser „process of integration into the value system and constitutional language and culture of settled democracies“ sei eine weitere Quelle der Legitimität des Gerichts:

It is of vital importance in present-day Hungary to hold on to the “civilized nations” as the European Convention on Human Rights put it to foster our assimilation to this world rather than slip back to a part of the map of Europe whose color I would not like to mention. And because slipping back would make all our efforts pointless, the Constitutional Court does allow itself the liberty of taking part in politics, in the sense that it fights tooth and nail to integrate Hungary’s constitution into international practices in terms of language, concepts and consistency. Fortunately, Strasbourg will force constitutional legislators and courts to proceed in that direction, and some arm-twisting will in this case be very useful for us, unless we deliberately wish to drop out. (Ebd.:52)

Das Verfassungsgericht, so Sólyom, kämpfe in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Gerichtshof dafür, dass Ungarn Teil der europäischen Zivilisation

wird und bleibt. Dabei muss es sich gegen ungenannt bleibende Gegner durchsetzen, so schwingt es in Sólyoms Worten mit, die sich dem Prozess der Zivilisation entgegensetzen. An anderer Stelle drückte Sólyom dies so aus: „Besides developing a coherent Constitution, another ambition of the Court was to join and receive in Hungary the standards of constitutionality common in developed democracies“ (Sólyom, 2000b:4-5). Dass diese Standards relativ uneindeutig sind und sich von Land zu Land stark unterscheiden, war für Sólyom kein Problem. Es ging nicht so sehr um die konkrete rechtliche Lösung, sondern um eine Meta-Regel: die Entwicklung einer in sich schlüssigen, kohärent angewandten Verfassungsdogmatik, wie sie etwa in Deutschland verwirklicht war. Vorhersehbarkeit der richterlichen Entscheidungen war keine Voraussetzung der Legitimität der Entscheidungen, sondern ein Ziel der Rechtsprechung, die erst in einer langen Kette auf einander verweisender Entscheidungen des Gerichts erreicht werden konnte.

Dieses Projekte legitimere, so Sólyom, die Verfassung nach moralischen Prinzipien auszulegen und dabei – als Ergebnis eines rationalen Argumentationsprozesses – auch Entscheidungen zu fällen, die so nicht in der Verfassung zu finden sind. Die Ergebnisse können dabei zum Teil auch vom Text der Verfassung abweichen, wie die vom Gericht entwickelte Normhierarchie zeige (Grudzinska-Gross, 1994:54). Sólyoms Mission war die Gründung einer konstitutionellen Demokratie, wobei das konstitutionelle Element für ihn wichtiger war als das majoritär-demokratische. In seinem Bericht über das erste Jahr des Gerichts hatte Sólyom das so formuliert:

Of course, the CC is not under obligation to motivate its decisions, but the legislator is interested in considering the the theoretical position contained therein, if it is to avoid subsequent annulment. (Sólyom, 1991:22)

Dies scheint für Sólyoms Denkweise typisch zu sein: Nicht das Gericht muss sich rechtfertigen, indem die Urteilsbegründung die gesellschaftlichen Akteure überzeugt. Sondern das Parlament muss die „theoretische Position“ des Gerichts zur Kenntnis nehmen, um zu vermeiden, dass das Verfassungsgericht bei Verletzung dieser theoretischen Position ein Gesetz des Parlaments aufhebt.

Aus der Diskussion um die „unsichtbare Verfassung“ ist deutlich geworden, dass Sólyom ein distanzierteres Verhältnis zum Gesetzgeber hatte. Wie er ausführte, müsse das Verfassungsgericht in einer Situation, in der das Parlament die Verfassung jeden Tag ändere, grundlegende Prinzipien entwickeln, die dem tagespolitischen Kampf entzogen waren. In einem Interview brachte er darüber hinaus zum Ausdruck, dass das Verfassungsgericht auch ein Garant politischer Stabilität darstelle:

Für die erste Zeit konnte ich sagen, wo ein Parlament schwach ist, wie in Italien, wo Parlament und Regierungen immer am Rande des Sturzes stehen, ist es verständlich, dass ein Verfassungsgericht als starkes Gegengewicht entsteht. Was das Parlament

nicht fähig ist zu machen, wird hier ersetzt. Aber das stimmt nur für die Zeit von Antal und der ersten Regierung. (Sólyom, 2002d)

Aber das Verfassungsgericht war seiner Ansicht nach nicht nur bei einem schwachen Parlament ein notwendiger Ausgleich. Auch ein starkes Parlament brauche das Verfassungsgericht als Gegenüber. So bestand seiner Ansicht nach während der sozialistisch-liberalen Koalition zwischen 1994-1998

das Problem darin, dass die Regierung mit fast 70% zu stark war. Aber gerade deswegen war es notwendig, ein starkes Gegengewicht zu bilden. Die waren damals allmächtig, sie konnten die Verfassung ändern. Da musste doch jemand diese Rolle spielen. (Sólyom, 2002d)

Der Journalist Imre Babus von der Wochenzeitung HVG hat an anderer Stelle zusammengefasst, wie er die Selbstdarstellung des Gerichts und insbesondere Sólyoms wahrnahm:

The Court has meanwhile begun to develop a kind of mythical reputation: President Sólyom, for example, fondly described the Court as entrusted with the inheritance of the Opposition Round Table, and as the first-born institution of the new Hungary. In one of its decisions, the Court painted a picture of itself as the „official“ trustee of the constitutional revolution, and almost as the conscience of the change of regime itself. (Babus, 1999)

Seinen Artikel betitelte Babus „The Super-Ego of the Transformation“, was einerseits eine psychoanalytische Metapher darstellt (der Gerichtspräsident als Gewissen und Über-Ich der sich transformierenden Gesellschaft), andererseits aber auch als Kritik an einer überzogenen Rollenvorstellung gelesen werden kann.

5.3.2 Verfassungsgestaltung durch Import ausländischer Dogmatik

Im Unterschied zu den Richtern am Bundesverfassungsgericht verfügten die ungarischen Verfassungsrichter über praktisch keine verfassungsrechtliche Dogmatik, auf der sie aufbauen konnten. Während man in Karlsruhe aus der reichen verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Literatur der Weimarer Zeit schöpfen konnte, hatte sich das ungarische öffentliche Recht – im Gegensatz zum Zivilrecht – während der Zeit der sozialistischen Herrschaft nicht weiterentwickelt. Sólyom war unter den Richtern derjenige mit der größten Auslandserfahrung und mit den umfangreichsten Kenntnissen im Rechtsvergleich. Als Zivilrechtler war er überdies daran gewöhnt, dass Gerichte Rechtsfortbildung betreiben. Gleichzeitig vertrat er die Ansicht, dass dogmatische Stringenz willkürliche Entwicklungen in der Rechtsfortbildung zu begrenzen vermag. Nach seinen Angaben hat Sólyom innerhalb des Gerichts durchgesetzt, dass die Urteile eine stringente Begründung haben sollten (Sólyom, 2002d). Er suchte dabei nach Elementen aus der Rechtsprechung anderer Verfassungsgerichte, die er

zur Modernisierung des ungarischen Verfassungsrecht nutzen konnte: Das Gericht unter seiner Führung „erachtete es als seine besondere Aufgabe, die verfassungsrechtlichen Lösungen der demokratischen Staaten und der internationalen Gerichte zu rezipieren“ (Sólyom, 2002a:33).

Ein Beispiel ist die Einführung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. § 8 der Verfassung, die die Bindung der Staatsgewalt an die Menschenrechte postuliert, knüpfte in der ursprünglichen Fassung des Runden Tisches die gesetzliche Einschränkung von Grundrechten an bestimmte Voraussetzungen. Grundrechte konnten unter anderem mit Berufung auf öffentliches Interesse, innere Ordnung, öffentliche Sicherheit und die Moral eingeschränkt werden.³⁷² Auch fehlte eine verfassungsmäßige Garantie, dass die Grundrechte nicht willkürlich oder soweit beschränkt würden, dass sie keinen Schutz mehr bieten konnten, in anderen Worten, es gab weder das Prinzip der Verhältnismäßigkeit noch eine Wesensgehaltsgarantie, wie sie im deutschen Verfassungsrecht heute existieren. Sólyom berichtet in einem Interview (Sólyom, 2002d) hierzu:

Man kann im ersten Band [der Entscheidungen des Verfassungsgerichts, C.B.] noch sehen, wie man eigentlich ohne Dogmatik die Urteile fasste. Die Urteile sind nicht hinreichend begründet und enthalten keine Maßstäbe. Bis Sommer 1990 galt noch eine Fassung [von § 8 der Verfassung] [...] ohne den Zusatz, soweit es notwendig ist. Wir haben immer so wie ein Kadi entschieden, entweder verfassungsmäßig oder nicht verfassungsmäßig. In einer abweichenden Meinung habe ich die Lehre vom Wesensgehalt rezipiert, und ich selber dachte nicht daran, dass ich in der Verfassung stehende Maßstäbe anwende. Und nach dem Sieg des MDF hat das Parlament den ursprünglichen Text wieder hergestellt mit dem Wesensgehalt. Dann wurde die Sondermeinung sofort übernommen. Und da haben wir diese deutsche Formel von Proportionalität und Verhältnismäßigkeit eingeführt. Als ich das Sondervotum schrieb, war das noch nicht in Harmonie mit der Verfassung. Ich habe natürlich schon früher etwas davon gewusst. Und ich versuchte dann, eine dogmatische Strenge zu erzwingen, das war lebensnotwendig, das konnte nicht so weiter gehen. Und dann habe ich immer solche Meinungen geschrieben, um dies zu zeigen. Danach haben einige [Richter, C.B.] eingesehen, dass das so gemacht werden musste.

Sólyoms Gegenspieler am Gericht war Géza Kilényi. Dieser hatte auf Grund seiner langjährigen wissenschaftlichen Beschäftigung mit der Verfassungsgerichtsbarkeit am Institut für Staatswissenschaften die Hoffnung gehabt, selbst Gerichtspräsident zu werden.³⁷³ Kilényi setzte sich für einen klassischen „französischen“ Entscheidungsstil ein, der auf eine ausführliche Begründung und auch auf abweichende und Parallelmeinungen verzichtet. Kilényi hat dies in einem Interview (Kilényi, 2002) so ausgedrückt:

372. Art. 8 Abs. 2 und 3 in der Fassung vom 23. Oktober 1989. Siehe Sólyom/Brunner, 2000:380 Fn. 2 und 3.

373. So Sólyom im Interview.

Präsident Sólyom dachte, dass eine Entscheidung besser ist, wenn sie wissenschaftlich ist. Und so entstanden solche Entscheidungen, die niemand verstand. Aber als Professor an der Universität konnte er seine Wissenschaftlichkeit nicht ablegen. [...] Entscheidungen sollten verständlich und kurz sein, aber so wie es László Sólyom eingeführt hat, ist es auch heute im Verfassungsgericht üblich, sie machen Entscheidungen wie das Orakel von Delphi. Alle haben verschiedene Meinungen – wie soll man das verstehen?

5.3.3 Reaktion der Teilöffentlichkeiten

5.3.3.1 Parlament

In beiden der genannten Diskussionsrunden trug der Christdemokrat László Salamon als Vorsitzender der Verfassungskommission des Parlaments die Sicht der Parlamentarier vor. Salamon war nicht der Auffassung, dass ein Verfassungsgericht ein notwendiger Bestandteil des Rechtsstaats ist. Die Institution könne dazu dienen, Rechtsstaatlichkeit zu fördern. Jedoch sei es die Aufgabe des Parlaments, Verfassungslücken und -widersprüche aufzulösen (Sólyom et al., 1992:280; Grudzinska-Gross, 1994:57). Salamon äußerte zwar Respekt für die Arbeit der Richter, die das ungarische Verfassungsrecht weitgehend ohne Hilfe der Rechtswissenschaft konstituieren mussten:

A body of ten judges who are anything but profoundly erudite in either western European or American constitutional law (actually, they came from various fields and parties of the legal profession) has after a while created a significant portion of Hungarian constitutionalism. [...] I completely agree with the President of the Court and some contributors in saying that they are not receiving any theoretical help from legal experts, who prefer to stay away for moral or political reasons. But even if they were willing to help the Court, all they would have to offer would be some Marxist-Leninist state law that had nothing to do with Hungarian constitutional law, last practiced in the 1940's. (Grudzinska-Gross, 1994:58)

Es könne aber nicht sein, dass das Verfassungsgericht selbst seine Kompetenzen und den Inhalt der Verfassung bestimme, ohne dass es dabei irgend eine Kontrolle gäbe:

After all, it is inadmissible for an institution granted full protection by the written constitution to be governed solely by self control. That, I believe, fully explains our desperate call for a doctrine of Constitutional law. (59)

In einem Interview zehn Jahre später (Salamon, 2003) betonte Salamon, dass er bei aller Kritik immer Respekt für das Sólyom-Gericht gehabt habe. Sólyom sei zwar einerseits ein (Fach-)Politiker, aber vor allem ein hochqualifizierter Wissenschaftler gewesen: ein Musterbeispiel für einen Politiker, der sich über die Politik stellen konnte. An seiner Unabhängigkeit habe er nie gezweifelt. Salamon berichtete, wie die Parlamentsmehrheit auf die Urteile reagierte:

Of course, the opposition used arguments from previous decisions [to attack the government's legislative projects, C.B.]. There were two different kind of laws: On one hand, there was legislation pertaining to new fields where the court had not decided before. Here, it never occurred to us to rely on constitutional lawyers, because we considered ourselves to be experts enough in the field. We wanted to decide ourselves. On the other hand, there was legislation which we had to rediscuss since the court had ruled the previous version unconstitutional. Here, of course, we studied the decisions carefully and tried to adapt the legislation.

Es war ein Lernprozess gewesen: „It was a time when we were in a position to decide in parliament, and were exposed to the fact that the court set limits to our decisions.“ Ein kleiner Teil der Abgeordneten (wie Torgyán und István Csurka) sei über diese Grenzssetzungen sehr erbost gewesen, aber diese Kräfte hätten sich nicht zu einer Bewegung formieren können, die das Gericht öffentlich herausgefordert hätte. Die andauernde Popularität des Gerichts in der Bevölkerung erklärte Salamon damit, dass das Gericht selten in der Öffentlichkeit aufgetreten sei und wenn, dann mit „großer Würde“. In den Augen der Bevölkerung kontrastierte das mit dem Eindruck, den sie vom Parlament hatte:

The parliament was constantly fighting. [The parties, C.B.] never agreed, it was a messy business. [The parliament portrayed, C.B.] not a very positive way of politics. The court, in contrast, seemed to be ‚free of politics‘. It rendered important decisions with sometimes immediate interest to the population (fore example, the Bokros package decision). Sometimes, it was in full agreement with what the people thought, so it produced sympathy for the court, which appeared as the defender of the rule of law. Sometimes, it contradicted the general feeling, like in the case of the death penalty.

Für Salamon war es eine wichtige Rolle des Gerichts, als Gegenpart der Politik zu agieren:

In a system like our own, courts are needed, since self-restraint is not a practice in parliament. This is no wonder, after the totalitarian experience. There was no counterbalancing institution except the court. And it was thought that a Constitutional Court was needed, not the ordinary judiciary.

Trotz dieser insgesamt positiven Aussagen hat Salamon seine anfangs geäußerte Auffassung weiter vertreten, dass Rechtsstaatlichkeit auch ohne Verfassungsgerichtsbarkeit möglich sei.³⁷⁴

374. Endre Babus berichtet im Interview (Babus, 2002), dass Salamon Mitte der 1990er Jahre einen Verfassungsentwurf vorlegte, in dem kein Verfassungsgericht enthalten war. Ich konnte diese Information aber nicht nachprüfen.

5.3.3.2 Juristisches Feld

Wie László Salamon in seinem Beitrag erwähnte, hat sich László Sólyom an verschiedener Stelle darüber beklagt, die ungarische Rechtswissenschaft habe die vom Gericht entwickelte Dogmatik nicht aufgenommen und es habe sich kein verfassungsrechtlicher Diskurs entwickelt, mit dem sich das Gericht hätte auseinandersetzen können. Tatsächlich scheint, wie Salamon bestätigt, bis Mitte der 1990er Jahre sehr wenig inhaltlich gehaltvolle verfassungsrechtsdogmatische Literatur existiert zu haben, auch wenn Uneinigkeit darüber besteht, wie groß der Mangel an verfassungsrechtlicher Diskussion tatsächlich war.³⁷⁵ András Sajó hat auf der Podiumsdiskussion 1993 Hinweise darauf gegeben, warum die Wissenschaft zunächst „schwiege“:

I believe intellectual inertia is one explanation for the problem; the other is respect for the job of the Court. It would be highly risky to criticize the Constitutional Court on intellectual or professional grounds since this would certainly be interpreted as an attempt to cast doubts on the institution itself. I don't think I am the only one in this country who keeps silent for this very reason. [...] I'm sure our silence has helped the Court to gain political consolidation. (Grudzinska-Gross, 1994:56)

Für Sajó fehlte in Ungarn das intellektuelle Klima, innerhalb dessen dogmatische Sachfragen hätten diskutiert werden können. Der von Sólyom geforderte Verfassungsstaat sei ein „elitärer Wert“, der eine bestimmte soziologische Grundlage voraussetze. Die ungarische Politik sei aber schon damals von einem Carl Schmittschen Denken beherrscht worden, in dem politische Mehrheiten unbeschränkt herrschen sollten. In einem solchen Klima bestand, so Sajó, die Gefahr, dass fachliche Kritik sofort als Waffe gegen die Institution selbst missbraucht worden wäre.

Es blieb dem Politikwissenschaftler und Rechtssoziologen Béla Pokol überlassen, Kritik am Verfassungsgericht zu üben.³⁷⁶ Dieser weigerte sich allerdings, die Deutungshoheit des Gerichts anzuerkennen und sich dann auf einzelne Aspekte der vom Gericht entwickelten Dogmatik einzulassen. Pokol bestritt, dass der verfassungsrichterliche Interpretationsaktivismus legitim sei. Insbesondere die kreative Grundrechtsdogmatik des Gerichts war ein häufiges Ziel seiner Attacken. Das Verfassungsgericht treffe auf Grund von vagen Verfassungsregeln weitreichende Entscheidungen und schädige damit die Souveränität des demokratischen Gesetzgebers (Pokol, 1992:77). Es übertreffe sein Vorbild Bundesverfassungsgericht noch, was die eigenmächtige Ausdeutung der Verfassung angehe (Pokol, 1996:452). Pokol äußerte in einem Interview, dass er in seinen

375. János Kis hat in einem Interview (Kis, 2002) der Meinung Sólyoms widersprochen, dass es keine qualifizierte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung gab.

376. Nach seinen Angaben war er in der Anfangszeit der einzige, der sich außerhalb des Gerichts vertieft mit verfassungsrechtsdogmatischen Fragen beschäftigte (Pokol, 2002).

Publikationen und Äußerungen in der Presse, zunächst freundlich und dann mit zunehmender Schärfe, den Verfassungsrichtern versuchte klarzumachen, dass die Verfassung eine parlamentarische Demokratie und keine Richterherrschaft eingerichtet habe:

Die „unsichtbaren Verfassung“ [...] war eine frühe Idee von Sólyom - das heißt: „Die Verfassung ist, was wir gesagt haben“. Und ich sagte: Das geht nicht, das ist nicht so einfach. Die Verfassungsrichter hatten damit kein Problem: Sie verstanden diese Probleme nicht. [...] Aber es ist nicht so einfach: Es gibt es ein Mehrparteiensystem und es gibt strukturelle Entscheidungen innerhalb dieser Systeme. Das Verfassungsgericht soll ein Hüter der Verfassung sein. [...] Aber so ein großer Aktivismus, eine so große Freiheit, wie sich die ungarischen Verfassungsrichter herausnahmen, das war einmalig. Sie konnten diese strukturelle Entscheidung für ein parlamentarisches System nicht sehen. (Pokol 2002)

Pokol hat später – nachdem Orbán die Parlamentswahlen von 2002 gewann und Pokol zum Vorsitzenden der Verfassungskommission des Parlaments gewählt wurde – gefordert, das ungarische politische System zu einem klassischen („britischen“) parlamentarischen System umzugestalten, in dem sich zwei große Parteien gegenüberständen. In diesem System solle der Einfluss anderer Institutionen wie Verfassungsgericht und Ombudsman auf ein Minimum zurückgefahren werden (Halmai, 2002c:259).

5.3.3.3 Öffentlichkeit

Nach eigenen Aussagen wandelte sich Pokol auch deswegen von einem interessierten Kritiker des Gerichts zu einem überzeugten Gegner, weil er mit seiner Kritik die Feindschaft der linksdominierten Medien auf sich zog, was auch persönliche Attacken auf ihn zur Folge hatte. Er bestätigt damit – aus entgegengesetzter Richtung – die Diagnose Sajós, nach der die Diskussion um das Verfassungsgericht nicht nach „fachlichen“ Maßstäben ablief, sondern durch „Freund-Feind“-Denken charakterisiert war. Die Urteile – und damit das Gericht – wurden nicht nach ihrer argumentativen Überzeugungskraft beurteilt, sondern ob sie mit den eigenen politischen Zielen übereinstimmten oder nicht. Pokol war darüber erbittert, dass die führenden Hauptstadtmedien in ihrer Mehrheit die Sozialisten oder Freidemokraten unterstützten und andere Meinungen kaum Gehör fanden.³⁷⁷ Diese Presse feierte das Gericht, solange es gegen die bürgerliche Regierung entschied. Pokol zufolge war die Presse die eigentliche Quelle der Macht des ungarischen Verfassungsgerichtshofes. Umso schärfer fiel deren Kritik aus, als das Gericht mit dem Bokros-Urteil eine Maßnahme der sozialistisch-freidemokratischen Regierung zu Fall brachte. Nach Pokols Ansicht führ-

377. Siehe hierzu auch Józsa, 1996.

te dies später auch dazu, dass Sólyom am Ende seiner Amtszeit kaum noch Unterstützer hatte.

Imre Babus, der regelmäßig über die Hintergründe ungarischer judicial politics berichtete, sah dies anders. In einem Interview (Babus, 2002) befand er, das Presseecho auf die Verfassungsgerichtsentscheidungen sei angesichts der Umstände relativ gut gewesen. Es gab keine Tradition der Diskussion rechtlicher Sachverhalte. Die Zeitungen veröffentlichten Kurzfassungen der Entscheidungen inklusive der Mehrheits- und Minderheitsmeinung, eine völlig neue Erscheinung im ungarischen Rechtswesen. Wie er es ausdrückte, schuf das Verfassungsgericht bewusst in aller Öffentlichkeit „seine eigene Opposition“, um eine Diskussion über die verhandelten Fragen anzuregen. Auch wenn die Verjährungsentscheidungen das Gerechtigkeitsgefühl vieler Ungarn verletzte, hatte spätestens die Bokros-Entscheidung Sólyom als „Gesicht“ des Verfassungsgerichts extrem populär gemacht. Die Journalisten hätten sich zum Teil mit Kritik zurückgehalten: Sie hätten viele Dinge vergeben können, weil das Niveau der Argumentation so hoch war und das Gericht ganz neue Argumente in das ungarische Verfassungsrecht einbrachte.

5.3.3.4 Internationale Öffentlichkeit

Das erste ungarische Gericht fand ein breites internationales Echo auf vielen Ebenen. Zuallererst fand eine umfangreiche wissenschaftliche und juristische Rezeption statt. Die Tätigkeit des Sólyom-Gerichts wurde in der englisch- und deutschsprachigen Literatur in zahlreichen Artikeln besprochen, es entstanden auch einige Monographien, die die Rechtsprechung des Gerichts zum Thema hatten.³⁷⁸ Dies ist angesichts entsprechender Publikationen etwa zum polnischen, tschechischen oder russischen Verfassungsgericht auf den ersten Blick nicht außergewöhnlich. Interessant wird es allerdings, wenn man die Zahl der Publikationen über das ungarische Verfassungsgericht zwischen 1990 und 1998 einerseits mit den Veröffentlichungen über die Verfassungsgerichte der anderen postkommunistischen Länder dieser Zeit vergleicht, sowie andererseits, wenn man sich die weitaus geringere Zahl von Publikationen über das ungarische Verfassungsgericht nach 1998 ansieht. Auch wenn ich diese Frage im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersuchen kann, will ich doch thesehaft auf die Zusammenhänge hinweisen, die hier relevant sind und vor allem persönliche wissenschaftliche Netzwerke betreffen. Einige der ungarischen Verfassungsrichter hatten über Stipendien der Alexander-von-Humboldt-Stiftung einige Zeit in Deutschland verbringen können (Brunner/Küpper, 2003). Dadurch

378. Z.B. Brunner/Sólyom, 1995; Schwartz, 2000; Sólyom/Brunner, 2000; Halmai, 2002a; Procházka, 2002; Zoll/Sólyom, 2002; Dupré, 2003; Kis, 2003; Székessy, 2003; Kiss, 2004; Sadowski, 2005; Schiemann, 2005; Kerek, 2007.

besaßen sie einerseits Kenntnisse über die rechtlichen Verhältnisse der Bundesrepublik, andererseits aber auch Kontakte zu Wissenschaftlern vor Ort. Ähnliches gilt für diejenigen ungarischen Rechtswissenschaftler, die Anfang der 1990er Jahre über amerikanische Stiftungen Forschungsaufenthalte in den Vereinigten Staaten absolvierten und dort das amerikanische Verfassungsrecht kennenlernten und persönliche Netzwerke aufbauten.³⁷⁹ Hinzu kam die Forschungslandschaft in beiden Ländern, die im Rahmen des Kalten Kriegs entstanden war und in der viele Emigranten aus den Ostblockländern tätig waren. In Deutschland bestand eine relativ gut etablierte „Ostrechtsforschung“, in der mit dem 1956 emigrierten Georg Brunner auch ein Ungarn-Experte an vorderster Stelle tätig war.³⁸⁰ In den USA war die Forschung auf die Sowjetunion konzentriert, die Experten zu Ungarn waren dort eher auf sozialwissenschaftlichen Gebieten tätig.³⁸¹ Nach der Wende verlor die deutschsprachige Forschung den politischen Rückhalt und wurde weitgehend abgewickelt, was auch dazu beitrug, dass die „Ostrechtsforschung“ heute kaum noch aktive Vertreter hat. Ganz im Gegenteil dazu wurde die amerikanische Forschung noch ausgebaut, durch privatwirtschaftlich getragene Einrichtungen wie die „Central European University“ in Budapest oder das „East European Constitutional Review“, das zunächst von der Chicago Law School, später von der New York University verantwortet wurde. Die Bekanntschaft Sólyoms mit Georg Brunner führte dazu, dass die Entscheidungen des ungarischen Verfassungsgerichts auf deutsch und später auf englisch publiziert und damit einem breiten wissenschaftlichen Publikum zugänglich gemacht wurden. Die deutsche Rezeption blieb weitgehend affirmativ, was einerseits daran lag, dass die auf deutsch publizierenden ungarischen Juristen die Spruchpraxis des Gerichts positiv darstellten. Andererseits traf diese Spruchpraxis auf ein Publikum, das eine machtvolle Verfassungsgerichtsbarkeit gewohnt war und sich – so kann man wohl sagen – durch die behauptete oder tatsächliche Vorbildfunktion des Bundesverfassungsgerichts geschmeichelt fühlte. Die ungarisch-amerikanischen Netzwerke führten zu einem separaten Rezeptionsstrang, der sich unterschiedlich entwickelte. Einerseits existiert etwa mit Kim Lane Scheppele eine Richtung, die das Sólyom-Gericht gegen Angriffe verteidigt.³⁸² Andererseits stammen auch einige der vernichtenden Kritiken des Gerichts aus dem englischen Sprachraum (Holmes, 1993; Sadurski, 2005). Dies hat sicherlich auch mit der Skepsis gegenüber „ju-

379. Z.B. der Jurist András Sajó, der ursprünglich auch als Rechtssoziologe gearbeitet hatte, später die Juristische Fakultät der Central European University aufbaute und dann an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wechselte.

380. Brunner leitete das Institut für Ostrecht in Köln.

381. Vgl. Némédi/Róbert, 2002; Szabó, 2002.

382. Siehe nur Scheppele, 2004, 2005.

dicial activism“ zu tun, die im anglo-amerikanischen Sprachraum stärker verbreitet ist als im deutschen.³⁸³

Ich kann mit diesen Hinweisen nur andeuten, was eine detaillierte Rezeptionsforschung für das ungarische Gericht untersuchen müsste. Für die Zwecke dieser Arbeit ist es ausreichend, festzuhalten, dass das Sólyom-Gericht unter aktiver Mithilfe seines Präsidenten die internationale wissenschaftliche Öffentlichkeit suchte und diese wegen den durch historische Zufälle bereitstehenden Transmissionsriemen auch fand. Dass die Spruchpraxis des Gerichts Aufsehen erregend, inhaltlich anspruchsvoll und wissenschaftlich interessant war, förderte die Bekanntheit des Gerichts, ist aber – so meine These – nicht die Hauptursache dieser Bekanntheit.³⁸⁴ Dem Inhalt der Urteile ist es eher zuzuschreiben, dass das Gericht auch von anderen Verfassungsgerichten rezipiert wurde, ein Umstand, auf den Sólyom immer wieder hinweist.

Die Verbindungen der internationalen wissenschaftlichen Öffentlichkeit zu internationalen politischen Entscheidungsträgern sind komplex und müssten im Einzelfall nachgewiesen werden. Procházka (2002:268) hat, wie in Kapitel 2 erwähnt, die Rolle des Gerichts als „convincing public relations asset“ im EU-Beitrittsprozess behauptet. Um dies zu überprüfen, müssten die periodischen Berichte über die Erfüllung der Kopenhagen-Kriterien daraufhin überprüft werden, ob sie das ungarische Verfassungsgericht nennen und seiner Rechtsprechung eine Bedeutung zuweisen. Auch müsste man die internationale Presse daraufhin untersuchen, ob und wie über das ungarische Gericht berichtet wurde.

5.3.3.5 Neue Verfassung 1995/1996

Ein Eindruck von der Situation Mitte der 1990er Jahre lässt sich anhand des Versuchs gewinnen, nach dem Regierungswechsel 1994 eine neuen Verfassung zu verabschieden. Obwohl eine neue Verfassung nicht Thema des Wahlkampfs gewesen war, setzte die sozialistisch-freidemokratische Regierung das Thema auf die Agenda. Zwar besaß sie im Parlament eine 2/3-Mehrheit, war aber darauf bedacht, die neue Verfassung im Konsens mit den Oppositionsparteien zu konzipieren. Sie vereinbarte mit den konservativen Parteien, dass die „regulatorischen Prinzipien“ der neuen Verfassung per 4/5-Mehrheit vom Parlament an-

383. Die offensichtliche Ausnahme ist die Schweiz.

384. Dass diese Rezeption nach Ende des Sólyom-Gerichts plötzlich abreißt, erklärt sich daher nicht (allein) darin, dass die Urteile des Gerichts inhaltlich weniger relevant wurden oder die juristische Qualität der Urteile stark abgenommen hat. Sicherlich war die Hoch-Zeit transformationsbedingter Verfassungsrechtsfragen vorbei. Aber die weltweit beachteten, spektakulären Urteile des Bundesverfassungsgerichts der letzten Jahrzehnte zeigen, dass dies nicht der Grund sein kann, warum kaum internationale Forschung zum ungarischen Verfassungsrecht mehr stattfindet.

genommen werden müssten und verankerte diese Vereinbarung in § 24 Abs. 3 der Verfassung. Es wurde eine Verfassungskommission eingerichtet, in der jede der im Parlament vertretenen Parteien Experten entsandte, und in der die Opposition gemessen an dem Wahlergebnis stark überrepräsentiert war. Das Streben nach Konsens in dem Expertenkomitee ging sehr weit: „For the proposal to be accepted by the committee, five of the six parties, as well as two thirds of the 24 committee members, would have assent. The largest party [MSZP, C.B.] could still block any outcome it alone opposed, since the parliamentary rule of approval still required two-thirds of the all deputies. But it was agreed that no party, not even the parliamentary majority, could amend drafts and proposals without at least five of the six parties being in accord“ (Arato 1996:31). Dass es trotz dieser vielen Vetopunkte überhaupt zu einer Zusammenarbeit kommen konnte, zeigt, dass die Experten in der Runde tatsächlich interessiert waren, ergebnisorientiert an Sachfragen zu arbeiten. Der Konsensfindung diente auch eine Vereinbarung, nach der bei allen Punkten, bei denen keine Einigkeit erzielt werden konnte, die Normen der „alten“ Verfassung weitergelten sollten (ebd.). Dass dieser Prozess schließlich scheiterte, war nach Arato (1996) mehreren Gründen geschuldet: der Verweigerungshaltung der kleinen Partei der Landwirte, die ein präsidentielles System anstrebte, und der Sabotage der Parteiführung der MSZP, die – anders als die Parlamentsfraktion – kein politisches Interesse an einer Einigung hatte.

Am 21.12. 1996 beschloss das Parlament ein Dokument, in dem der Stand der Verhandlungsergebnisse präsentiert wurde. Interessant ist, was darin zur Rolle des Verfassungsgerichts gesagt wird: Die „regulatorischen Prinzipien“ erhielten die volle Kompetenzausstattung des Gerichtes, bestimmten aber auch, dass dem Gericht die „Verfassungsgebung“ untersagt sein sollte.³⁸⁵ Auf Grund der Verhandlungssituation, in der alle Beteiligten eine Vetoposition hatten, konnte man sich nicht auf eine Reform der Kompetenzen einigen, zumal allen Seiten an möglichst einfachem Zugang zum Gericht gelegen war. Dass dies aber nicht zuallererst dem Respekt vor dem Gericht geschuldet war, zeigte sich in der Minimalposition, auf die sich die Verhandlungspartner einigten: Ohne diese zu nennen, wenden sich die „regulatorischen Prinzipien“ gegen Sólyoms „unsichtbare Verfassung“. Man kann das Ergebnis auch so deuten: Die Hüter- und Schiedsrichterrolle des Gerichts, die sich aus den Kompetenzen ergab, blieb unangetastet. Das Gericht sollte die Verfassung jedoch nicht mehr wertend ausdeuten und neue Prinzipien schaffen, die für das Parlament nicht vorhersehbare Folgen haben konnten.

385. Diesen Hinweis verdanke ich Gábor Attila Tóth.

5.3.4 Resümee

Wie im Fall des Bundesverfassungsgerichts sehen wir, wie das Gericht zwischen den verschiedenen Rollen wechselt. Die untersuchten, politisch brisanten Fälle umfassen solche, in denen das Gericht die normative Ordnung wertgebunden ausgestaltet (Todesstrafe, Bestrafung kommunistischen Unrechts) sowie solche, in denen das Gericht versuchte, einen Ausgleich zwischen den beteiligten Interessen zu schaffen (Staatspräsident, Sozialreform, Entschädigung). Dagegen sind nur wenige Beispiele zu finden, in denen es eindeutig um die Durchsetzung der Normenhierarchie ging: Unter den hier untersuchten Fällen kann lediglich die Entscheidung zum Wahlrecht in diese Kategorie eingeordnet werden. Das heißt nicht, dass es solche Fälle nicht gab, sondern nur, dass die einigermaßen gut dokumentierten und vor allem die strittigen Fälle nicht zu dieser Gruppe zählen.³⁸⁶ So gehören alle Fälle dazu, in denen Normen aus sozialistischer Zeit aufgehoben wurden, die auch nach einer rein formalistischen Lesart der Verfassung widersprachen. Wie groß der Anteil dieser Fälle war, müsste eine genaue Auswertung der Gerichtsstatistik zeigen. Offensichtlich wurde immerhin, dass das „Hüten“ einer vorgegebenen Verfassung nicht die (sichtbare) Hauptaktivität des ungarischen Gerichts war. Das Gericht hatte zwar in der Entscheidung zur Bestrafung kommunistischen Unrechts erklärt, es sei der „Hüter der rechtsstaatlichen Revolution“. Allerdings folgte aus dieser Selbstzuschreibung inhaltlich relativ wenig. Die untersuchten Fälle haben gezeigt, dass es Sólyom darum ging, das ungarische Verfassungsrecht und damit das politische System Ungarns aktiv mitzugestalten, in anderen Worten, als Gründer der normativen Ordnung des neuen Ungarns aufzutreten.³⁸⁷

Diese Rollenanalyse ist natürlich nicht die einzig mögliche. Für András Sajó bestand eine Rolle des Verfassungsgerichts darin, „die Exekutive zu erziehen“ (Sajó, 2000). Trotz aller Kritik im Einzelnen sei dem Gericht anzurechnen, dass es in unparteiischer Weise die politischen Akteure dazu gezwungen habe, die Existenz eines rechtlichen Rahmens der Politik anzuerkennen und politische Konflikte in eine „language of constitutionalism“ zu überführen (229).

Der Philosoph und frühere SZDSZ-Politiker János Kis hat, basierend auf einer Theorie des demokratischen Verfassungsstaates, eine kritische Gesamtbilanz der „Sólyom-Era“ vorgelegt (Kis, 2003). Er leitet darin die Notwendigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn daraus ab, dass die Verhandlungen am Runden Tisch und der spätere „Pakt“ zwischen dem MDF und der SZDSZ

386. Dazu bedarf es weiterer Forschung, die die vorliegenden Entscheidungen systematisch sichtet.

387. Siehe dagegen die Einschätzung Alexander Schmitts, dass „das Verfassungsgericht seit seiner Gründung versucht hat, sich einer richterlichen Selbstbeschränkung zu unterwerfen“ und dass die Begründungen seiner Urteile „sehr konsequent auf rein rechtstechnischen Erwägungen“ beruhten (Schmitt, 2002:43).

eine Situation geschaffen hatten, in der eine überaus starke Exekutive und eine parlamentarische Mehrheit regierte, welche die Ansichten der parlamentarischen und außerparlamentarischen Minderheiten zu ignorieren versuchte. Dies hätte zu „politischer Verantwortungslosigkeit geführt“, die nur durch die Anstrengungen des Verfassungsgerichts gemäßigt werden konnte (67). Nach Kis' Ansicht steigt die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit, wenn eine deutliche parlamentarische Mehrheit eine starke Regierung stellt und der Präsident, der von der Parlamentsmehrheit gewählt wird, nicht als Kontrollorgan funktioniert und so der Regierung „virtually unlimited power“ zur Verfügung steht. Ohne Kelsen zu nennen, übernimmt Kis hier von Kelsen die Rolle des Gerichts als „balancing force“ in politischen Kämpfen, die den sozialen Frieden im ungarischen politischen System aufrecht erhalten soll.³⁸⁸ Inwieweit das Gericht diese Rolle aktiv annahm, kann aus den vorliegenden Äußerungen der Richter nicht leicht rekonstruiert werden. Sólyom hat das Gericht immer mehr als „wissenschaftliches Institut“ zur Wahrung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung verstanden. Dies kommt auch in Sólyoms Abneigung gegenüber mündlichen Verhandlungen zum Ausdruck³⁸⁹. Diese war auch insoweit berechtigt, als die Verfahren aufgrund ihrer abstrakten Natur keinen wirklich kontradiktorischen Charakter hatten: Es ging fast nie um konkrete Rechtsverletzungen, die im Einzelfall erforderlich machen, dass die Interessen der Beteiligten gegeneinander abgewogen werden müssen. Die Kläger, wenn sie überhaupt betroffen waren, lieferten mit ihren Klagen nur den Anlass, die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Normen zu prüfen – unabhängig von den auslösenden Umständen. Das führte auch dazu, dass das Gericht des öfteren nicht nur die angegriffenen, sondern auch die in der Klage gar nicht explizit genannten Normen überprüft hat. László Sólyom hat dies so beschrieben:

Man könnte sagen, der Bürger klagt on behalf of Hans Kelsen. So konnte das Verfassungsgericht auf die mündliche und kontradiktorische Verhandlung verzichten. Regelfall wurde das schriftliche Verfahren, in dem der Antrag nur die Rolle hat, dass er das Gericht in Gang setzt. Dieses Verfahren begünstigte wiederum den Aktivismus des Verfassungsgerichts: im breit verstandenen Rahmen des gegebenen Falles stellte das Gericht Fragen für sich selbst und beantwortete sie. (Sólyom, 2002a:28)

388. Siehe auch Anna Selény (1999a:496): „The court can function, and has served, as a kind of ‚super arbiter‘ when political actors want to avoid decisions that would otherwise divide them.“

389. Vgl. Sólyom, 2002d und die diesbezügliche Kritik in Ackerman, 1992:109ff.

Kapitel 6

Konjunktoren verfassungsrichterlicher Autorität

Die vorangegangenen zwei Kapitel haben das Verhalten des deutschen und des ungarischen Verfassungsgerichts in den ersten Jahren ihres Bestehens daraufhin analysiert, welches Rollenverständnis aus den Urteilen und anderen Äußerungen der Verfassungsrichter spricht, und wie das Verhalten des Gerichts rollentheoretisch analysiert werden kann. Dabei habe ich als Raster die Rollenmodelle Hüter, Schiedsrichter und Gründer zugrunde gelegt. In beiden Fällen konnte festgestellt werden, dass die Gerichte eine – eng verstandene – Hüterrolle eher im Hintergrund spielten. Parlament und Regierungen haben nur wenige offensichtliche Verfassungsbrüche begangen. Dies kann einerseits mit einer bestimmten Mentalität der politischen Elite erklärt werden, die sich etwa von derjenigen anderer Länder unterscheidet, in denen solche Verfassungsbrüche an der Tagesordnung sind. Andererseits führt, wie Alec Stone-Sweet (Stone, 1992: 78, 122) argumentiert, schon die Existenz und die Aktivität des Gerichts zu einem Verhaltensmuster der Selbstbegrenzung („Autolimitation“): Regierung und gesetzgebende Mehrheiten antizipieren die Intervention des Verfassungsgerichts und versuchen daher, ihre politischen Ziele konform zur geschriebenen Verfassung und der Spruchpraxis des Gerichts zu gestalten. Hinzu kommt in beiden Fällen das internationale monitoring: Besonders in Ungarn waren die Effekte der Integration in westliche Organisationen ein wesentlicher Anreiz für die politischen Eliten, sich rechtsstaatlich zu verhalten.

Die Bilanz der Gerichte als Schiedsrichter des politischen Prozesses dagegen ist gemischt. Der deutsche Föderalismus hat dem Gericht diese Rolle in den Schoß gelegt, wie wir am „Südweststaat“-Fall sehen konnten. Im „EVG“-Fall wurde jedoch deutlich, dass der Versuch der Opposition, das Gericht zum Schiedsrichter eines fundamentalen außen- und innenpolitischen Konflikts zu machen, zu einer Verfassungskrise führte, die sich erst mit den Neuwahlen auflöste. Auch der ungarische Verfassungsstreit über die Stellung des Staatspräsidenten veranschaulicht, dass das Gericht den Konflikt durch eine freie Verfassungsinterpretation nicht lösen konnte. Hier bestätigt sich eine Vermutung von Hans-Peter Schneider (Schneider, 1987:303) „für den „Schiedssprüche oder Schlichtungsbemühungen von Verfassungsgerichten [...] sich immer dann als problematisch [erweisen], wenn sie nicht zugleich Rechtsentscheidungen sind, d. h. in einem methodisch unangreifbaren Interpretationsverfahren als verfassungsrechtlich zwingend ausgewiesen werden.“ Dass letzteres nicht der Fall war, zeigte sich schon an der Spaltung des Gerichts. Die Neutralität des Gerichts, die Grundlage der Schiedsrichterrolle ist, wurde in beiden Fällen von keiner größeren politischen Gruppierung in Frage gestellt. Und doch scheint im

ungarischen Fall die Neigung, dem Verfassungsgericht als unparteiischem Richter die Lösung politischer Fragen anzuvertrauen, am Ende der Ära Sólyom erheblich nachgelassen zu haben, was sich an der Besetzungspolitik zeigt, die „nicht-aktivistische“ Richter bevorzugte. Im Gegensatz dazu kann man für die Bundesrepublik feststellen, dass die Parteien durchweg daran interessiert waren, hoch qualifizierte und kreative Juristen in das Gericht zu wählen.

Es dürfte deutlich geworden sein, dass sich beide Gerichte als „Gründer“ engagiert haben, die der normativen Ordnung eine wertebasierte Prägung gaben. Der Hauptunterschied zwischen dem Sólyom-Gericht und dem frühen Bundesverfassungsgericht liegt in der Intensität, im timing und in der Transparenz des *judicial activism*. Wir haben gesehen, dass das Bundesverfassungsgericht erstmals mit dem Fernsehurteil ein zentrales Politikziel einer Regierungsmehrheit zunichte machte und zuvor die Regierungspolitik in fast allen Punkten rechtlich legitimiert hatte.³⁹⁰ Die Hauptaufmerksamkeit richtete das Gericht auf die Entscheidung von Verfassungsbeschwerden und erlebte eine heftige Auseinandersetzung mit der „einfachen“ Gerichtsbarkeit, meist mit Ergebnissen, die von der Regierung unterstützt wurden (wie in „Lüth“ oder im „Beamten“-Urteil). Das ungarische Gericht ist seine Mission in direkter Konfrontation mit Parlament und Regierung angegangen und war damit zunächst erfolgreich – aus Gründen, die im Folgenden untersucht werden sollen.

Dabei wechsele ich die theoretische Perspektive und gehe von der phänomenologischen, idealtypischen Untersuchung zu einer komparativ-erklärenden über, die über die eigentliche „Gründungszeit“ hinausreicht. In diesem Kapitel untersuche ich, wie das Rollenverhalten des Gerichts in den Gründungsjahren mit späteren Veränderungen seiner Autorität zusammenhängt und formuliere dazu einige Hypothesen. Im Mittelpunkt dieses Kapitels stehen die drastischen Kompetenzveränderungen, die das ungarische Parlament im Vorfeld und im Zuge der neuen Verfassung von 2010 vornahm. Dabei wurden der Zugang zum Verfassungsgericht und der Prüfmaßstab stark eingeschränkt. Da diese Vorgänge bisher noch nicht ausführlich dokumentiert worden sind,³⁹¹ muss ich sie zunächst rekonstruieren, wobei ich mich vor allem auf Nachweise aus der Tagespresse und anderen Medien stütze.³⁹² Danach arbeite ich heraus, inwieweit sich die Entwicklungen vom deutschen Fall unterscheiden und argumentiere, dass sich in Deutschland keine vergleichbaren Reaktionen feststellen lassen. Die Autorität der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit ist seit Jahrzehnten unange-

390. Siehe auch Laufer, 1968:365 zur „verfassungskonformen Auslegung“ als Mittel des Judicial Self-Restraint.

391. Ein Sammelband zum Thema erscheint erst Ende 2012 (Tóth, 2012).

392. Zahlreiche Angaben entnehme ich den Pressemitteilungen der ungarischen Nachrichtenagentur MTI. Die tagesaktuellen Nachweise aus Zeitungen und Internetportalen sind in einem separaten Literaturverzeichnis am Ende dieser Arbeit nachgewiesen.

fochten. In einem dritten Schritt werden im Rückgriff auf die vorherigen Kapitel Hypothesen darüber entwickelt, wie diese unterschiedliche Entwicklungen zu erklären sind, und hier fließen die Erkenntnisse aus dem empirischen Teil (Kapitel 4 und 5) ein.

6.1 Die „Revolution in den Wahlkabinen“, die neue ungarische Verfassung und das Verfassungsgericht

Im letzten Kapitel wurde gezeigt, dass schon am Ende der Ära von Gerichtspräsident László Sólyom erste deutliche Zeichen dafür zu sehen waren, dass das Parlament die interventionistische Haltung des Verfassungsgerichts nicht einfach hinnahm. Die Verzögerung in der Wahl der Nachfolger für ausgeschiedene Verfassungsrichter oder die Wahl von Richtern wie János Németh, die sich vom „Aktivismus“ der Vorgänger absetzten, zeigen den Widerstand des Parlaments. Die Autorität des Verfassungsgerichts wurde zwar nicht offen angegriffen, man wünschte sich aber sichtlich ein anderes, zurückhaltendes Verhalten vom Verfassungsgericht und war bereit, dies durch politische Maßnahmen zu forcieren, sobald sich die Möglichkeit dazu bot, ohne diese Absichten für die Öffentlichkeit allzu offensichtlich werden zu lassen. Der Hintergrund dafür bildete, wie ich später argumentieren werde, die Furcht vor den Reputationsschäden, die ein offenes Vorgehen gegen das Gericht nach sich ziehen würde.

Die Forschung zum ungarischen Verfassungsgericht nach 1998 ist dadurch erschwert, dass im Gegensatz zu den ersten acht Jahren kaum Literatur außerhalb ungarischer Publikationen existiert. Das liegt zum einen daran, dass keiner der Nachfolger von László Sólyom einen ähnlichen Ehrgeiz entwickelt hat, die Spruchpraxis des Verfassungsgerichts einem internationalen Publikum näher zu bringen.³⁹³ Weiterhin scheint auch das Interesse der Forschung am Verfassungsrecht in dem Moment erlahmt zu sein, als der Beitritt Ungarns zur europäischen Union absehbar war. Jedenfalls existiert für Beobachter ohne ungarische Sprachkenntnisse weder eine ausreichende Basis an Urteilstexten noch an Sekundärliteratur, um ein einigermaßen abgewogenes Urteil über die Rolle des Gerichts unter den Präsidenten Németh (1998-2003), András Holló (2003-2005), Mihai Bihari (2005-2008) und Péter Paczolay (seit 2008) treffen zu können.³⁹⁴ Für den Zweck dieses Kapitels ist der Mangel an Literatur zur Zeit 1998-2010 jedoch hinnehmbar. Wie deutlich werden wird, nehmen die Diskussionen in der jüngsten Zeit vor allem auf die Urteile aus der Zeit des Sólyom-Gerichts Bezug.

393. Dies zeigt sich schon daran, dass das Gericht – anders als zu Sólyoms Amtszeit – kaum Urteile übersetzen und auf der Webseite veröffentlichen ließ.

394. Siehe für die Zeit bis 2005 Halmay, 2007.

Die politische Entwicklung Ungarns nach 1998 stellt sich kurz gefasst wie folgt dar: 1998 gelang es einer Koalitionsregierung aus FIDESZ, Kleinbauern und MDF, die sozialistisch-freidemokratische Koalition ablösen. Viktor Orbán wurde zum ersten Mal zum Premierminister gewählt. Orbán und die Dreiparteienkoalition schafften die Wiederwahl nach vier Jahren allerdings nicht. 2002 gelang der Koalition aus MSZP und SZDSZ wieder die Parlamentsmehrheit, die sie in den Wahlen von 2006 verteidigen konnte. Premierminister wurde sowohl 2002 als auch 2006 Ferenc Gyurcsány, einer der reichsten Männer Ungarns. Die Regierungszeit Gyurcsánys wurde von zahlreichen Korruptionskandalen, in die MSZP-Funktionäre verwickelt waren, erschüttert. Gyurcsány verlor jegliche Glaubwürdigkeit, nachdem eine nicht zur Veröffentlichung gedachte Rede an die Medien gespielt worden war. Hierin gab er zu, im Wahlkampf die Öffentlichkeit über die wahre wirtschaftliche Situation des Landes bewusst getäuscht zu haben. Die Delegitimierung der Koalition und die politische Polarisierungen wurden dadurch verstärkt, dass Gyurcsány sich weigerte, zurückzutreten. Die Stimmung im Parlament und die öffentlichen Debatten wurde auch dadurch immer feindseliger.³⁹⁵ Als Gyurcsány 2009 durch ein konstruktives Misstrauensvotum abgewählt und durch eine Expertenregierung unter dem bisherigen Wirtschaftsminister Gordon Bajnai abgelöst wurde, hatte sich die große Mehrheit der Bevölkerung von der MSZP abgewandt.

Im Wahlkampf 2010 versprach Viktor Orbán, mit der Korruption der Vorgänger aufzuräumen und die Abhängigkeit des Landes von ausländischen Organisationen wie dem Internationalen Währungsfonds zu verringern. Darüber hinaus war der Wahlkampf von nationalistischer Rhetorik und Symbolik geprägt. Die Verabschiedung einer neuen Verfassung oder gar bestimmte Verfassungsinhalte waren nicht Teil des Wahlkampfes von FIDESZ – manche Beobachter gehen davon aus, dass eine solche Ansage FIDESZ entscheidende Stimmen gekostet hätte.³⁹⁶

Im April 2010 gaben 53% der Wähler dem Wahlbündnis aus FIDESZ und den Christdemokraten (KDNP) ihre Stimme. Aufgrund der Besonderheiten des ungarischen Wahlrechts führte diese knappe Mehrheit der Stimmen zu einer Zweidrittelmehrheit im ungarischen Parlament. Die Sozialisten konnten nur

395. Dies verstärkte sich noch dadurch, dass es 2006 zu Fällen von Polizeigewalt gegen Demonstranten kam, die von der Opposition als systematische Menschenrechtsverletzungen an friedlichen Demonstranten, von der Regierung als Maßnahmen gegen rechtsradikale Hooligans interpretiert wurden. Diese Vorkommnisse wurden während Gyurcsánys Regierungszeit nicht aufgeklärt und waren ein fester Bestandteil der politischen Kampfrhetorik von FIDESZ gegen die MSZP. Siehe zur Geschichte Ungarns seit 1998 aus (links-)liberaler Sicht Lendvai, 2010 und die Beiträge in Sapper / Weichsel, 2011. Eine politisch unterschiedliche Perspektive bieten die Beiträge von Georg Paul Hefty und Reinhard Olt in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung.

396. János Kis, Vortrag an der Humboldt-Universität, 12. Mai 2011. Siehe Zusammenfassung des Wahlprogramms des FIDESZ im Pester Lloyd am 15.03.2010.

noch knapp 19% der Stimmen erringen und lagen damit nur drei Prozentpunkte vor der rechtsextremen Jobbik-Partei, die erstmals ins Parlament einzog. Ebenfalls neu im Parlament war die neu gegründete grün-liberale Partei LMP (7,4%). Die Freiliberalen von der SZDSZ scheiterten an der 5-Prozent-Hürde.³⁹⁷

Das Wahlergebnis hatte einen völligen Umbau der politischen Landschaft Ungarns zur Folge. Ein weitgehend ideologisch homogenes Parteibündnis hatte eine 2/3-Mehrheit errungen und konnte die Gesetze verändern, für deren Modifikation die Verfassung eine solche Mehrheit erforderte. Auch die Verfassung selbst konnte nun von den Mehrheitsparteien verändert und sogar ersetzt werden, ohne dass sie auf die Kooperation mit Teilen der Opposition angewiesen waren. Schließlich entfiel der Präsident als mögliches Gegengewicht der Regierung. Im Gegensatz zu den vorherigen Amtsinhabern, die immer wieder Projekte der Regierung dem Verfassungsgericht zur Prüfung vorgelegt hatten, kündigte Pál Schmitt, der im Juni 2010 vom Parlament zum Präsidenten der Republik gewählt wurde, an, alle Gesetze der Parlamentsmehrheit ohne weitere Prüfung zu unterschreiben. Dieses Versprechen hielt er bis zu seinem Rücktritt im April 2012.³⁹⁸

Nachdem Viktor Orbán im Mai 2010 zum Ministerpräsidenten gewählt worden war, kündigte er an, nicht nur mit der Politik seiner Vorgänger zu brechen, sondern das Land selbst radikal zu verändern. Im Anschluss an die Rede, in der er am 14. Mai sein Regierungsprogramm vorstellte, präsentierte er eine „Erklärung zur nationalen Zusammenarbeit“, in der er sein Verständnis der politischen Vergangenheit und Zukunft darstellte.³⁹⁹ Darin erklärte er, dass Ungarn nach „64 Jahren Besetzung, Diktatur und zwei konfusen Jahrzehnten des Überganges [...] endlich wieder sein Recht auf Selbstbestimmung wahrgenommen“ habe. Orbán stellte die Ergebnisse der Parlamentswahl als Abschluss eines Kampfes um die nationale Selbstbestimmung dar, der 1956 „mit einer ruhmreichen aber verlorenen Revolution“ begonnen habe und durch den Systemwechsel nicht vollendet worden sei. Stattdessen sei das Land in eine „tiefe psychologische, politische und wirtschaftliche Krise“ geraten. Im Frühjahr 2010 aber habe

die ungarische Nation noch einmal die ihr verbliebenen Kräfte gesammelt und durch ihre Abstimmung eine Revolution erfolgreich zu Ende geführt. Die ungarischen Menschen erreichten diesen Sieg durch die Überwindung des alten Systems und die Errichtung eines neuen, eines Systems der nationalen Kooperation. Die ungarische Nati-

397. Grund für das Scheitern der Partei war vor allem die Zusammenarbeit mit der MSZP, die die Glaubwürdigkeit der Partei erschütterte, hinzu kamen zahlreiche Korruptionsskandale. Am Ende zerbrach die Partei an inneren Konflikten und Massenaustritten der bekanntesten Parteifunktionäre (Pester Lloyd, 18.07.2009).

398. Die Webseite index.hu (7.1.2012) hat eine entsprechende Statistik zusammengestellt.

399. Der Text findet sich übersetzt im Pester Lloyd vom 25.10.2010.

on verpflichtet das neu gewählte Parlament und die Regierung dafür zu arbeiten, ohne jeden Verzug und Kompromiss das Regime der nationalen Kooperation zu errichten.

Wir, die Repräsentanten des ungarischen Parlamentes, erklären, dass wir dieses neue politische und wirtschaftliche System als Volkes Wille errichten werden als sicheres Fundament für Wohlstand, Menschenwürde und als Verbindung der Mitglieder der ungarischen Nation verschiedener Farben. Arbeit, Zuhause, Familie, Gesundheit, Recht und Ordnung. Dies sind die Säulen unserer gemeinsamen Zukunft. Das Regime der nationalen Kooperation steht dabei jedem Ungarn offen, ob er nun innerhalb oder außerhalb der Grenzen lebt.⁴⁰⁰

Orbán's Begriff der „nationalen Kooperation“ suggeriert Gesprächsbereitschaft und Inklusion, bedeutet aber in Wirklichkeit eine Kampfansage an alle, die der ideologischen Definition des „Ungarn“, wie vom FIDESZ vertreten, nicht zustimmen. Dieses politische Manifest kündigte an, in welche Richtung die ungarische Politik in den kommenden Monaten und Jahren gehen sollte.

6.1.1 Eine neue Verfassung

Angesichts der 2/3-Mehrheit im Parlament kündigte Orbán bald nach der Machtübernahme an, dass eine neue Verfassung geschaffen werden sollte.⁴⁰¹ Die anderen Parteien reagierten zurückhaltend. Sie waren grundsätzlich bereit, sich am Prozess zu beteiligen, solange gesichert war, dass sie auch, wie beim Verfassungsgebungsprozess 1995/1996, tatsächlichen Einfluss auf das Ergebnis haben würden (MTI 20.10.2010). Der neue Verfassungsgebungsprozess, der von Orbán angestoßen wurde, unterschied sich in so gut wie allen Dingen von demjenigen in der Mitte der 1990er Jahre. Eine Ähnlichkeit bestand vielleicht darin, dass weder im Wahlkampf von 1994 noch in dem von 2010 in den Wahlprogrammen der Parteien die Schaffung einer neuen Verfassung eine zentrale Rolle spielte. In keinem der beiden Fälle war die Verfassungsgebung ein Wählerauftrag, auf den sich die politischen Akteure berufen konnten. In allen anderen Dingen konnte der Kontrast nicht größer sein: Nicht nur wurde die Verfassungsgebung dieses Mal fast ohne Beteiligung des Parlaments von der Exekutive geplant und durchgeführt. Auch konnten die einzelnen Verfassungsbestimmungen aufgrund des engen Zeitplans weder im Parlament noch in der Öffentlichkeit diskutiert werden. Zudem war der drafting process extrem intransparent gestaltet. Auch war 1996 im Gegensatz zur FIDESZ-Verfassung keine Beschneidung der Kompetenzen des Verfassungsgerichts geplant.

Es wurde schnell deutlich, dass nicht vorgesehen war, der Opposition Mitspracherechte einzuräumen. Zwar wird von der Regierungskoalition immer wieder darauf hingewiesen, dass sich die Opposition durch Vorschläge und Kri-

400. Ebd.

401. Siehe zum Folgenden auch Küpper, 2011 und Halmay, 2011.

tik hätte beteiligen können (siehe z.B. MTI 10.02.2011, 16.03.2011). Ohne eine tatsächliche minimale Vetoposition und angesichts des völligen Mangels an Vertrauen zwischen Regierung und Opposition war dieses Angebot jedoch politisch wertlos. Als klar wurde, dass die Regierung zu Mitteln griff, die für die Opposition inakzeptabel waren – etwa die Beschneidung der Kompetenzen des Verfassungsgerichts – zog sich die demokratische Opposition zuerst aus dem parlamentarischen Ausschuss und später aus allen Beratungen zur Verfassung zurück. Sie wollte den Verfassungsplänen der Regierung durch eine Mitarbeit keine Legitimation verleihen.⁴⁰²

Die Verfassung wurde am 25. April 2011 verabschiedet.⁴⁰³ Sie ist aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte sehr umstritten. Die unterlegenen politischen Kräfte sprechen ihr die Legitimität ab, aber auch die Fachliteratur ist überwiegend kritisch.⁴⁰⁴ Für die Fragestellung dieser Arbeit ist aber vor allem wichtig zu untersuchen, welche Rolle dem Verfassungsgericht in der neuen Verfassung zugeacht wurde.⁴⁰⁵

Wie sehr die rechtskonservativen Parteien es dem Gericht zurechneten und übel nahmen, dass nicht mehr Täter von 1956 verurteilt werden konnten, zeigt sich an einer Passage in der Präambel zur neuen Verfassung, die das Ergebnis der ersten zwei Urteile des Verfassungsgerichts explizit verneint. Es lohnt sich, diese Passage im Gesamtzusammenhang des Präambeltextes zu lesen. Hier findet sich ein Gegenprogramm zur der „rechtsstaatlichen Revolution“, wie sie das Verfassungsgericht ausgerufen hatte:

Wir halten die Errungenschaften unserer historischen Verfassung und die Heilige Krone in Ehren, die die verfassungsmäßige staatliche Kontinuität Ungarns und die Einheit der Nation verkörpern.

Wir erkennen die infolge der Besetzung durch fremde Mächte eingetretene Aufhebung unserer historischen Verfassung nicht an. Wir lehnen die Verjährung der gegen die ungarische Nation und ihre Bürger während der nationalsozialistischen und kommunistischen Diktatur begangenen unmenschlichen Verbrechen ab.

Wir erkennen die kommunistische Verfassung aus dem Jahre 1949, die die Grundlage einer Willkürherrschaft bildete, nicht an. Daher erklären wir ihre Ungültigkeit.

402. Die rechtsradikale Jobbik-Partei beteiligte sich ebenfalls nicht, ihr gingen die Veränderungen nicht weit genug (MTI 2011/02/21).

403. Der übersetzte Verfassungstext und Erläuterungen finden sich bei Küpper, 2012.

404. Siehe kritisch Fleck et al., 2011; Halmai, 2011; Tóth, 2012, abwägend Küpper, 2011, 2012. Die Vorzüge der neuen Verfassung werden in Deutschland vor allem von Rupert Scholz vertreten (Scholz, 2012; Scholz/Mainka, 2012). Die Argumente der Kritiker seien, wie Scholz ohne weitere Argumentation feststellt, „sämtlich unbegründet“.

405. Die folgenden Überlegungen finden sich verdichtet und weiterentwickelt in Lembcke/Boulangier, 2012.

Wir stimmen mit den Abgeordneten des ersten freien Parlaments überein, die in ihrem ersten Beschluss deklariert hatten, dass unsere heutige Freiheit unserer Revolution von 1956 entsprungen ist.

[...]

Wir bekennen uns dazu, dass nach den zur moralischen Erschütterung führenden Jahrzehnten des zwanzigsten Jahrhunderts unsere seelische und geistige Erneuerung unbedingt notwendig ist.

Mehrere Elemente dieser Präambel, die nach Aussage der Verfassung rechtlich verbindlich ist (Art. R, Abs. 3), weisen in diese Richtung: Statt universalistischer Rechtsstaatlichkeit, die sich an der Spruchpraxis von Verfassungsgerichten anderer Länder orientiert, wird auf die „historische Verfassung“ Ungarns hingewiesen, die für nationalkonservative Ungarn historisch-symbolische Bedeutung besitzt, deren normativer Gehalt jedoch völlig unklar bleibt. Das Rechtsinstitut der Verjährung wird im Zusammenhang mit der gewaltsamen Besetzung Ungarns gebracht, die, so die Bekräftigung, die historische Verfassung nicht außer Kraft hätten setzen können. Die kommunistische Verfassung von 1949, die formal die Grundlage der 1989er Verfassung bildet, wird ausdrücklich als ungültig erklärt, womit der These von der legalen Kontinuität, die das Verfassungsgericht vertreten hatte, für die neue Verfassung der Boden entzogen wird. Die übrigen Abschnitte lassen sich wie folgt interpretieren: Nicht die Demokratisierungsbewegung der 1980er und die Verhandlungen des Runden Tisches brachten Ungarn die Demokratie, sondern die Helden der Revolution von 1956, deren Ideale erst jetzt, nach zwanzig Jahren moralischen Verfalls, verwirklicht werden. Dies kann so verstanden werden: Diejenigen, die „auf der anderen Seite“ waren, vor allem die Sozialisten und Freidemokraten, sind nicht Träger der neuen Verfassung, sondern Teil des alten, korrupten Regimes.

Der politischen Hintergrund zu dieser Debatte spiegelt sich in einer Ansprache, die László Sólyom anlässlich des 20. Jahrestags der Wahl der ersten Richter hielt (Sólyom, 2009). Die entscheidende Frage nach 20 Jahren, sei „wem die Vergangenheit gehöre“:

The matter of principle, the really decisive question that we in Hungary ask each other is the issue of continuity. Was the regime change really a fundamental turning point, a true revolution despite the peaceful and objective course of events? Whose objectives were met twenty years ago? Emotionally speaking, the honour of the regime change is at stake. Even if we approach it objectively, the stakes are the underpinnings of the new regime, the principles on which it is founded, and their accountability and practical consequences. These questions all touch on the essence of the Constitution and the Constitutional Court.

Das Verfassungsgericht stand mit seinem Urteil weiterhin am Schnittpunkt zweier unvereinbarer Versionen der jüngsten ungarischen Geschichte. Die Reformkommunisten behaupteten, das jetzige rechtsstaatliche Regime sei die di-

rekte Folge der von ihnen noch zu Zeiten der Volksrepublik angestoßenen Reformen. Für sie gab es keinen Bruch mit der Geschichte, weil die positiven Tendenzen des vorangegangenen Regimes erhalten geblieben seien und durch die Beteiligung der Reformkommunisten am Übergang eine gewaltfreie Wende ermöglicht worden wäre. Von den moralisch inakzeptablen Bestandteilen der Vergangenheit wie Terror und Rechtlosigkeit der Rákosi-Zeit hatte man sich distanziert und diese durch das Bekenntnis zu rechtsstaatlicher Demokratie, Marktwirtschaft und europäische Integration ersetzt. Die entgegengesetzte Geschichte der nationalkonservativen Parteien behauptete auch, es habe keinen Bruch gegeben, wertete dies aber als die verpasste Chance eines Neuanfangs. Durch das Ausbleiben einer radikalen Säuberung von kommunistischen Amtsträgern sei die Macht des Apparats und der Funktionsärznetzwerke erhalten geblieben und ziehe sich wie Metastasen durch den Körper der ungarischen Nation. Sólyom zufolge glaubte ein breiter Teil der Bevölkerung, dass die schlechte ökonomische Lage vor allem daran lag, dass niemals ein wirklicher Regimewechsel stattgefunden hatte. An diesen Teil der Bevölkerung richtete sich die Revolutionsrhetorik von FIDESZ. Die Verbindung zwischen Verfassungsgericht und moralisch korrumpierter Vergangenheit wird zwar nirgendwo explizit gemacht. Sie wurde auch nicht öffentlich als Rechtfertigung der Kompetenzeinschränkungen genannt (dazu mehr siehe unten). Aus der Präambel lässt sich aber unschwer lesen, dass die Verfassungsgeber nicht gewillt waren, rechtliche Einschränkungen zu tolerieren, die die „moralische Erneuerung“ des Landes behinderten.

6.1.2 Schwächung des Verfassungsgerichts

Die Einschränkung der Kompetenzen des Verfassungsgerichts rief europaweit große Kritik hervor und bedeutete einen erheblichen Ansehensverlust für die Orbán-Regierung.⁴⁰⁶ Der unmittelbare Anlass für die Kompetenzeinschränkungen stellte die Verabschiedung einer Strafsteuer dar, mit der die Regierungskoalition auf Abfindungszahlungen im öffentlichen Dienst reagierte. Als absehbar wurde, dass sie die Macht verlieren würde, bedachte die vorherige MSZP-Regierung viele Parteimitglieder, die öffentliche Ämter bekleideten und keine Chance hatten, ihre Posten zu behalten, mit mehr als großzügigen Abfindungen. Diese als grober Missbrauch öffentlicher Mittel zu wertende Praxis führte zu großer Empörung in der Bevölkerung. Die Absicht der Regierung, diese Abfindungen „zurückzuholen“ erfreute sich großer Popularität in der Bevölkerung (MTI 3.11.2010). Die Regierungskoalition verabschiedete zunächst eine Verfas-

406. Während sich für andere kontroverse Gesetzesprojekte auch im Ausland Unterstützer fanden, wurde, soweit es mir aus den Pressereaktionen ersichtlich ist, die Schwächung des Verfassungsgerichts, sofern sie genannt wurde, ausschließlich verurteilt.

sungsänderung, mit der die Rechtmäßigkeit einer rückwirkenden Strafsteuer gesichert werden sollte. Diese sollte dann erhoben werden können, „if the income was given contrary to good morals“ (§ 70/I Abs. 2 UngVerf 1989 i.d.F. vom November 2010). Darauf folgte ein Gesetz, mit dem auf alle Abfindungen im Öffentlichen Dienst, die nach dem 1. Januar 2010 ausgezahlt wurden und 2 Millionen Forint (etwa 7300 Euro) überstiegen, eine Steuer von 98% erhoben wurde. Einige Betroffene legten dieses Gesetz dem Verfassungsgericht vor, welches das Gesetz einstimmig verwarf.⁴⁰⁷ Die Richter – darunter auch der gerade von der Regierungsmehrheit ins Gericht gewählter Richter István Stumpf – argumentierten, dass das Gesetz selbst unter der neuen Verfassungsbestimmung verfassungswidrig sei: Es besteuerte unterschiedslos alle Abfindungen, nicht nur diejenigen, die gegen die guten Sitten verstießen. Viele der Betroffenen erhielten ihre Abfindungen in völlig legitimer Weise nach dem damals geltenden Recht und im Rahmen ihrer Arbeitsverträge (Kovács/Tóth, 2011:192). Überraschend kam das Urteil nicht: Auch der Regierung nahestehende Juristen hatten im Vorfeld gewarnt, dass das Gesetz verfassungswidrig sein könnte (Kispál 2.11.2010).

Falls es das Ziel der Regierungskoalition war, Abfindungen der Vorgängerregierung zu kassieren, die schon nach geltendem Recht unverhältnismäßig hoch waren, hätte sie das Gesetz genauer fassen und neu verabschieden können. Es hätte ausgereicht, den Begriff der Sittenwidrigkeit zu präzisieren und zwischen legitimen und illegitimen Abfindungen zu unterscheiden. Eine solche Formulierung wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit vom Gericht akzeptiert worden: Es hat im Urteil die Geltung der Verfassungsänderung trotz Verstoßes gegen das Verbot rückwirkender Gesetzgebung implizit anerkannt (Kovács/Tóth, 2011:192).

Die Reaktion der Regierung sah anders aus. Sie nahm das Urteil, mit dem das Verfassungsgericht zum ersten Mal ein Gesetz der neuen parlamentarischen Mehrheit aufhob, als Anlass, solche Interventionen von vornherein auszuschließen. Fraktionschef János Lázár erklärte noch am selben Tag, man werde das Gesetz erneut verabschieden, zuvor jedoch dem Verfassungsgericht die Prüfungskompetenz für Budgetregelungen (Steuer- und Zollgesetze usw.) entziehen. Das Verfassungsgericht solle keine Vorschriften prüfen dürfen, die auch nicht Thema von Volksabstimmungen sein können (Hungarian Voice 27.10.2010). Dass FIDESZ noch am selben Tag einen entsprechenden Gesetzentwurf vorstellte, zeigt, dass bereits Vorsorge dafür getroffen worden war. Lázár begründete den Vorstoß der Regierung damit, dass die „im internationalen Vergleich herausragenden“ Kompetenzen des Verfassungsgerichts in den ersten Jahren des Systemwandels nötig gewesen wären, weil „ein großes Bedürfnis an einer rechtsfortbildenden Rolle des Gerichts“ bestand. Angesichts

407. Entscheidung 184/2010 vom 26.10.2010. Siehe die Zusammenfassung unter <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2010-3-009>

der „Stabilisierung des Rechtsstaates“ sei jedoch „diese breite Rolle in der heutigen Zeit nicht mehr sachgerecht“ (ebd.).

Der Plan, dem Verfassungsgericht jegliche Prüfung von haushaltsrelevanten Bestimmungen zu untersagen, rief einen Sturm der Entrüstung auf Seiten der Opposition und der regierungskritischen Öffentlichkeit hervor. Aber auch innerhalb der FIDESZ und beim kleinen christdemokratischen Koalitionspartner gab es Stimmen, die von einer solchen Politik abrieten. Zudem stand die EU-Ratspräsidentschaft Ungarns bevor. Wahrscheinlich ist es vor allem diesen Protesten zu verdanken, dass am 16. November 2010 nur eine abgemilderte Version der Verfassungsänderung verabschiedet wurde (Hungarian Voice 16.11.2010). § 32/A Abs. 3 UngVerf 1989 bestimmte nun, dass das Verfassungsgericht

shall annul the statutes on the State Budget and its implementation, on central taxes, stamp and customs duties, contributions, as well as on the content of the statutes concerning uniform requirements on local taxes only if the content of these statutes violates the right to life and human dignity, the right to the protection of personal data, the right to freedom of thought, conscience and religion or the right connected to the Hungarian citizenship under Article 69 of the Constitution.

Kovács und Tóth (2011, 194–195) machen darauf aufmerksam, dass es sinnlos ist, nach einer rechtlich-systematischen Logik hinter dieser Liste zu suchen. Diejenigen Rechtsprinzipien, die in der Liste fehlen, sind genau diejenigen, auf deren Grundlage das Verfassungsgericht in der Vergangenheit Steuergesetze und andere Normen mit finanziellen Auswirkungen für verfassungswidrig erklärt hatte, etwa das Diskriminierungsverbot oder das Recht auf Eigentum. Insofern orientierte sich die Parlamentsmehrheit sehr genau an der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, mit dem Ziel, diese zu neutralisieren.

Die Ereignisse verstärkten die Anstrengungen von FIDESZ, mit Hilfe einer neuen Verfassung das verfassungspolitische System zu verändern. Nicht die Politik müsse sich ändern, sondern die Verfassung, so Staatssekretär Mihaly Varga einen Tag nach dem Urteil. Das Verfassungsgericht habe an der Steuer selbst nichts auszusetzen gehabt, wäre aber aufgrund formaler Regeln gezwungen gewesen, die Steuer zu kippen und die Entlastung für den Staatshaushalt, die diese gebracht hätte, zu verhindern. Deswegen sei es an der Zeit, diese Regeln zu ändern (MTI 29.10.2010). Zunächst wurde die kürzliche Verfassungsänderung modifiziert. Das Kriterium der Sittenwidrigkeit wurde entfernt, dafür aber eine Fünfjahresfrist eingeführt, innerhalb derer auch rückwirkend „spezielle“ Steuern erhoben werden dürften. Auf dieser Grundlage wurde dann ein Gesetz verabschiedet, das alle Abfindungszahlungen im öffentlichen Sektor über 3,5 Millionen Forint (rund €18.000) mit 98% auf die zusätzliche Summe besteuerte (Kovács/Tóth 2011: 192–193).

Ob diese Reaktion der FIDESZ eine Notfalllösung war, die sich später als nützlich erweisen würde, oder Teil einer Strategie, sich langfristig von verfas-

sungsgerichtlicher Kontrolle zu befreien, kann hier nicht geklärt werden. Einiges spricht dafür, dass Orbán schon im voraus damit rechnete, dass das Abfindungsgesetz verfassungswidrig war und dass er den Konflikt mit dem Verfassungsgericht bewusst suchte (Kispál 2.11.2010). Allerdings kann die Reaktion auch als ad-hoc-Maßnahme gedeutet werden. Diese sollte die vielen anderen wirtschaftspolitischen Notmaßnahmen, die die Regierungskoalition in den vorangegangenen Monaten verabschiedet hatte, vor dem Zugriff durch das Gericht retten: eine „Krisensteuer“, die vor allem ausländische Großunternehmen traf, die (Re-)Nationalisierung der (teil-)privatisierten Rentenversicherungen und eben auch der Versuch, in publikumswirksamer Weise der vorherigen Machtelite missbräuchlich erlangte Abfindungen wieder abzunehmen.⁴⁰⁸ Hintergrund dieser Maßnahmen war vor allem die wirtschaftliche Notsituation: eine erdrückende Staatsverschuldung, Folge unverantwortlicher Ausgabenpolitik der vorangegangenen Regierungen.⁴⁰⁹ Unabhängig davon, wie man die wirtschaftspolitischen Maßnahmen der FIDESZ-Revolutionäre einschätzt, ist deutlich, dass die Einschränkungen der Kompetenzen des Gerichts vor allem dazu dienten, wirtschaftspolitisch freie Hand zu haben, und die symbolische Bedeutung dieser ungeheuer populären Maßnahme. Wenn man ein geplantes Vorgehen unterstellt, konnte es wohl keinen besseren Anlass geben, als diesen, um eine Beschränkung der Kompetenzen des Verfassungsgerichts durchzusetzen.

Die Regelungen wurden fast unverändert in die neue Verfassung übernommen. Gesetze und deren Durchführungsverordnungen, die den Staatshaushalt betreffen, dürfen weiterhin nur mit Bezug auf eine eng umgrenzte Liste von Grundrechten geprüft werden, wobei sich diese Beschränkung nur auf materiell-rechtliche Aspekte bezieht. Formale Fehler darf das Gericht weiterhin ohne Beschränkungen überprüfen und das betreffende Gesetz gegebenenfalls verwerfen.⁴¹⁰

408. Zu den zahlreichen Gesetzesinitiativen siehe Kovács/Tóth, 2011.

409. Die Verantwortung für diese Verschuldung trifft vor allem die sozialistisch-freidemokratische Koalition zwischen 2002 und 2010. Siehe auch Lendvai, 2010.

410. Der vollständige Text von Art. 37 Abs. 4 der Ungarischen Verfassung lautet: „Solange die Staatsverschuldung die Hälfte des gesamten Bruttoinlandsprodukts übersteigt, darf das Verfassungsgericht in seinem Kompetenzbereich gemäß Artikel 24 Absatz 2 Buchstaben b)–e) die Konformität der Gesetze über den zentralen Staatshaushalt, über dessen Durchführung, über die zentralen Steuerarten, über Gebühren und Beiträge, über Zölle sowie über die zentralen Bedingungen für örtliche Steuern mit dem Grundgesetz ausschließlich hinsichtlich der Rechte auf das Leben und die Menschenwürde, auf den Schutz der personenbezogenen Daten, auf die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit oder der Rechte, die mit der ungarischen Staatsangehörigkeit einhergehen, überprüfen und wegen Verstoßes gegen diese kassieren. Das Verfassungsgericht ist berechtigt, Gesetze, die in diesen Regelungsbereich fallen, auch dann uneingeschränkt zu kassieren, wenn die im Grundgesetz festgelegten Voraussetzungen für die Schaffung und Verkündung des betreffenden Gesetzes nicht vorgelegen haben.“

Von Seiten der Regierungskoalition wurde versichert, dass die Maßnahmen nur „vorübergehend“ gelten sollten.⁴¹¹ Die Entscheidung war intern durchaus umstritten, wurde aber von Orbán durchgesetzt (Hajnalka 29.03.2011). Drei Gründe standen, so wird berichtet (Kovács 12.3.2011), hinter der Übernahme der zunächst als temporär bezeichneten Maßnahmen. Zunächst fürchtete man weiterhin, dass das Gericht die wirtschaftspolitischen Maßnahmen der Regierung aufheben würde. Der zweite Grund sei prinzipieller Natur: „Fidesz leaders felt that the current Constitution considers the CC superior to the parliament of elected representatives, and they want to change this.“ (Ebd.) Schließlich aber habe man den politischen Preis für die Maßnahmen bereits bezahlt: den großen Prestigeverlust der Partei im In- und Ausland – warum sollte man dann die erreichten Positionsgewinne wieder aufgeben?

Wie lassen sich die unmittelbaren Folgen dieser Maßnahmen für die rechtsstaatlich-demokratische Struktur Ungarns einschätzen? Unstrittig ist, dass die Handlungsfreiheit des Parlaments zumindest im Prinzip erhöht wurde, indem das Verfassungsgericht bestimmte Gesetze nur noch an einer begrenzten Liste von grundrechtlichen Maßstäben prüfen kann. Dies kann, wie wir sehen werden, den verfassungsrichterlichen Durchgriff nicht absolut verhindern, soweit sich die verbliebenen Prüfungsmaßstäbe weit auslegen lassen. Es erhöht aber den Begründungsaufwand des Gerichts und dient auch als Zeichen für den Willen der Parlamentsmehrheit, dass in bestimmten Fragen eine Einmischung des Gerichts nicht erwünscht ist. Ob eine solche Beschränkung als legitim erachtet wird, hängt von der verfassungspolitischen Perspektive des Beobachters ab: Wenn man Verfassungen als in sich kohärente Regelsysteme versteht, die Staat und Politik grundsätzlich binden, so haben die Maßnahmen des ungarischen Parlaments gravierende Lücken in das System des Grundrechtsschutzes gerissen.⁴¹² Der von FIDESZ ins Verfassungsgericht entsandte Richter István Stumpf drückte es so aus: Die Kompetenzbescheidung habe eine „offene Wunde am Körper des demokratischen Rechtsstaates“ hinterlassen (MTI 13.10.2011, Hungarian Voice 22.10.2011). Das Parlament kann nun verfassungswidrig handeln, ohne dass diese Verfassungsverletzungen geahndet werden können. Vertreter der Parlamentssouveränität halten dagegen, dass die Verfassung nichts anderes ist als die zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Regeln, die dem Willen

411. Siehe mno.hu 26.10.2010. Artikel 37 Abs. 4 der neuen Verfassung regelt, dass die Beschränkungen so lange gelten, wie „die Staatsverschuldung die Hälfte des gesamten Bruttoinlandsprodukts übersteigt“. Es fällt auf, dass die Beschränkungen der Prüfbefugnisse nicht in Art. 24 stehen, in dem die Kompetenzen des Verfassungsgerichts aufgezählt werden, sondern in Art. 37, der im Kapitel „Öffentliche Finanzen“ steht. In Art. 24 wurde kein Verweis auf die Beschränkungen eingeführt, was juristisch unproblematisch ist, aber die Regelung intransparent macht.

412. So auch die Einschätzung des Kommentars der Venedigkommission (European Commission for Democracy Through Law, 2011:10).

der Mehrheit des Parlaments entsprechen (inklusive der darüber hinausgehenden europa- und völkerrechtlichen Verpflichtungen). Einen „normativen Überschuss“, eine „unsichtbare Verfassung“ im Sinne Sólyoms, die im Gegensatz zu demokratischen Mehrheiten steht, kann es aus dieser Sicht nicht geben: Das Parlament, das nach den geltenden Regeln Gesetze beschließt, kann per Definition nicht verfassungswidrig handeln.

FIDESZ-Politiker äußerten sich wiederholt in dieser Richtung. Viktor Orbán vertrat die Kompetenzbeschränkung offensiv: „Not the people’s notion of justice should be changed, but the old rules, which we come up against“, äußerte er sich im Oktober 2010 und dankte dem Verfassungsgericht, die Regierung darauf aufmerksam gemacht zu haben, dass die notwendigen Maßnahmen, die zur Erfüllung der Gerechtigkeitsvorstellung des Volkes notwendig waren, von der alten Verfassung verhindert worden wären. Die neue Verfassung würde diese Konflikte auflösen (MTI 29.10.2010). Der Fraktionsführer der FIDESZ, János Lázár, argumentierte während der parlamentarischen Debatte zum Gesetz, dass die Beschränkung „will not weaken the rule of law but strengthen democracy since it fulfils the will of the electorate“ (MTI 3.11.2010). Justizminister Tibor Navracsics verteidigte die Maßnahmen während eines Besuchs in Polen mit dem Verweis auf Länder ohne Verfassungsgericht: Großbritannien oder Skandinavien hätten kein Verfassungsgericht und man würde die Demokratie nicht in Frage stellen. Es drohe keine Tyrannei, Ungarn „only entered the next stage in development of democracy“ (origo.hu 5.11.2010). Fraktionsführer Lázár brachte es schließlich in einem Radiointerview auf den Punkt: „in extraordinary times, extraordinary means are necessary“ und „meeting an election promise never weakens, but strengthens democracy“. Ungarn müsse zu einer „majoritarian democracy“, umgebaut werden „where there is no need for democratic brakes and counterweights, as in the last 20 years“ (origo.hu 9.11.2010).

Das Verfassungsgericht reagierte auf die Ankündigung der FIDESZ-Politiker mit einer Presserklärung auf ungarisch und englisch (MKAB 28.10.2010; Constitutional Court of the Republic of Hungary 5.11.2010), mit der die Richter gegen die Absichten der Regierung protestierten. Sie wiesen darauf hin, dass das Gericht „eine der wichtigen Institutionen und Garanten des demokratischen Rechtsstaates“ sei und für den „Schutz der Verfassung, der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte der Staatsbürger“ zuständig wäre. Seine Prüfungs Kompetenzen seien mit denen anderer Verfassungsgerichte vergleichbar. Eine nachträgliche Normenkontrolle erfordere, dass sie sich „auf alle Normen, unabhängig von deren Regelungsgehalt“ erstrecke und für nichtig erklärt werden könnten. Außerdem müsse „die gesetzgebende Gewalt auch in denjenigen Bereichen, die der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogen werden, mit der Möglichkeit einer Nachprüfung durch den Europäischen Gerichtshof oder den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte rechnen“. In anderen Worten: Der Erfolg der Regierung, das Recht aus seiner Politik herauszuhalten, könnte sich angesichts der Mitgliedschaft Ungarns im Europarat und der Europäischen

Union als kurzlebig erweisen, weil deren Gerichte die Funktion der Verfassungskontrolle übernehmen könnten.

Das Verfassungsgericht beließ aber nicht einfach dabei, die von den Maßnahmen der Regierung Betroffenen auf internationale Gerichte zu verweisen. In einigen Urteilen, die seit den Kompetenzbescheidungen ergangen sind, hat es sein Missfallen mit einigen kontroversen Gesetzen der Regierungskoalition bekundet und Teile davon aufgehoben. Bemerkenswert ist vor allem die Art und Weise, wie es mit dem neu formulierten Gesetz zur nachträglichen Besteuerung von Abfindungen umgegangen ist.

Zunächst reagierte das Gericht aber auf Gesetze, mit denen grundlose Entlassungen im öffentlichen Dienst ermöglicht wurden. In einer Entscheidung vom Februar 2011⁴¹³ erklärte es das Gesetz, das Träger öffentlicher Ämter betraf, für verfassungswidrig. Das Gericht konzidierte, dass es zur Steigerung der Effizienz und Qualität der öffentlichen Verwaltung notwendig sein kann, Entlassungen im öffentlichen Dienst zu erleichtern. Eine grundlose Kündigung von Amtsträgern verletze jedoch – auch vor dem Hintergrund europarechtlicher Arbeitsrechtsnormen – in unverhältnismäßiger Weise das Verfassungsrecht auf die Bekleidung öffentlicher Ämter aus § 70 Abs. 4 der Verfassung von 1989. Allerdings setzte das Verfassungsgericht die Wirkung des Urteils bis zum 31. Mai 2011 aus, da es sonst für Amtsträger in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung unmöglich gewesen wäre, selbst zu kündigen. Im Juli 2011 folgte eine Entscheidung, die das Gesetz zur Entlassung öffentlicher Angestellter mit ähnlicher Begründung als verfassungswidrig erklärte (MKAB 2011/04/07).

Im Oktober folgte das mit Spannung erwartete Urteil zur Neufassung des „98%-Gesetzes“.⁴¹⁴ Zu diesem Zeitpunkt galten schon die Verfassungsänderungen, die dem Gericht untersagten, Steuergesetze auf die Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsprinzip, Rechtsstaatsprinzip oder andere Maßstäbe zu prüfen, die normalerweise im „Verfassungssteuerrecht“ eine Rolle spielen. Das Gericht erklärte das Gesetz trotzdem einstimmig für verfassungswidrig und stützte sich dabei auf die Menschenwürde, einer der Grundrechtsmaßstäbe, die dem Gericht belassen worden waren. In ihrer Begründung führten die Richter aus, es verstoße gegen die Menschenwürde der Betroffenen, wenn auf Beträge, für die sie bereits Steuern bezahlt hatten, eine zusätzliche 98-prozentige Steuer erhoben werde. Bereits eingezogene Beträge müssten zurückgezahlt werden. Das Urteil bezog sich auf die Periode 2005-2010, für die eine Besteuerung rückwirkend erfolgte.

Fraktionsführer Lázár sprach im Parlament davon, das Urteil „schade den Interessen Ungarns“.⁴¹⁵ Als Antwort darauf beschloss das Parlament per Gesetz,

413. 8/2011. (II. 18.) AB, zusammengefasst unter MKAB (18.2.2011).

414. 37/2011 (V. 10.) AB, zusammengefasst unter MKAB 10.5.2011.

415. MTI 9.5.2011. Nach den (unterschiedlichen) Angabe der Steuerbehörden verursachte das Ur-

dass auf alle Abfindungen, die nach dem 1. Januar 2010 ausgezahlt worden waren, 98% Steuer fällig wurden. Die eigentliche Argumentation wurde, soweit ersichtlich, nicht angegriffen. Das überrascht, schließlich würden etwa deutsche Verfassungsrechtler die verfassungsrechtliche Argumentation, eine rückwirkend angewendete Steuer verletze die Menschenwürde, als ziemlich abenteuerlich ansehen. Sie bringt den Willen des Gerichts zum Ausdruck, bestimmte Verfassungsprinzipien – konkret: das Verbot rückwirkender Gesetzgebung und dem Gleichbehandlungsprinzip – gegen eine positivistische Lesart der amputierten Verfassung zur Geltung zu bringen, im Umweg über das allgemeinste Auffanggrundrecht, das die Verfassung zu bieten hat: die Menschenwürde.

6.1.3 Bewertung

Es muss abgewartet werden, wie sich die Auseinandersetzung zwischen dem Verfassungsgericht und der Regierung entwickelt. Für die hier verfolgte Analyse kann Folgendes festgehalten werden: Eine 2/3-Mehrheit hat die Befugnisse des Verfassungsgerichts empfindlich eingeschränkt, ohne sich dabei von Protesten innerhalb oder außerhalb des Landes beeindrucken zu lassen. Die Opposition verurteilte das Vorgehen der Regierung scharf (Pester Lloyd 27.10.2010), es gab auch vereinzelte Demonstrationen gegen die Teilentmachtung des Gerichts (Pester Lloyd 29.10.2010). Eine wirkliche Gefahr ging aber weder von der parlamentarischen noch von der außerparlamentarischen Opposition aus. Obwohl auch viele konservative Intellektuelle das Vorgehen gegen das Verfassungsgericht mit Sorge betrachteten, war der Mehrheit der FIDESZ-Wähler offensichtlich die „Gerechtigkeit“ wichtiger als die „Rechtsstaatlichkeit“, so wie sie bisher verstanden wurde. Viel wesentlicher ist, dass sich die entscheidenden Akteure innerhalb des FIDESZ von der zu erwartenden und tatsächlich erfolgten extrem negativen Reaktion des Auslands nicht abschrecken ließen. Trotz deutlicher Worte unter der Venedigkommission⁴¹⁶, die von ausländischen Regierungen und der Presse übernommen wurde, war die Orbán-Regierung nicht bereit, die Einschränkung der Kompetenzen rückgängig zu machen.

6.2 Bundesverfassungsgericht: oft kritisiert, nie ernsthaft gefährdet

Obwohl in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts immer wieder davon geredet wurde, es befände sich im „Verfall“ oder in einer „Krise“ (Ridder, 1977; Schaal, 2006; Wassermann, 1996), ist es wohl zu keinem Zeitpunkt zu einem Zustand gekommen, wie er im vorherigen Abschnitt für Ungarn beschrie-

teil einen Verlust in Höhe von zwei bis vier Millionen Euro (MTI 6.5.2011)

416. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), 2011.

ben wurde. Nicht nur, dass die Kompetenzen des Gerichts nie beschnitten wurden.⁴¹⁷ Die Darstellung der politischen Ereignisse um den Statusbericht (siehe 4.2.2) und die Entscheidung zum „Deutschlandfernsehen“ haben gezeigt, dass das Verfassungsgericht jeweils gestärkt aus den Konflikten mit der Exekutive herausgegangen ist. Die „Spiegel“-Entscheidung, die oft als „Einknicken“ gegenüber der Regierung interpretiert wird, fiel äußerst knapp aus. Trotzdem vermochte es die CDU, als Reaktion auf die selbstbewusste Haltung des Gerichts, durch Geschäftsordnungsänderungen und Stellenstreichungen eine Mehrheit von CDU-Richtern am Gericht zu etablieren. Eine dauerhafte Schwächung des Gerichts gegenüber der Exekutive ging damit allerdings nicht einher.

Gary Schaal (2000) hat in der Zeit von 1951 bis 2000 vier Phasen in der Geschichte des Verfassungsgerichts identifiziert: Nach der in dieser Arbeit teilweise dargestellten Phase der „Konstitution und Konsolidierung der bundesdeutschen Demokratie“ zwischen 1951 und 1968, in der das Gericht nur selten in offene Konfrontation zu den anderen Gewalten ging, kam die „Phase des konservativen Gegensteuerns“, die von der Regierungsübernahme der sozialliberalen Koalition bis zum Mitbestimmungsurteil 1979 reichte. Danach könne eine „Rückkehr zur Normalität“ in den 1980er Jahre festgestellt werden, der in den 1990er Jahren eine „Akzeptanzkrise der liberalen Urteile des Verfassungsgerichts“ folgte.

Die wichtigen Urteile dieser verschiedenen Abschnitte und ihr politischer Kontext können hier nicht dargestellt und analysiert werden, ebenso wenig die Urteile seit 2000. Entscheidend ist, dass auch in Phasen extremer Konfrontation weder von der Legislative noch von der Exekutive der Versuch gemacht wurde, das Gericht offen anzugreifen oder seine Kompetenzen zu beschneiden. Druck wurde auf das Gericht vor allem durch öffentliche Kritik ausgeübt (Fricke, 1995). Zwei Beispiele müssen hier genügen: das Urteil zum „Grundlagenvertrag“ von 1973 (BVerfGE 36, 1) und das „Kruzifixurteil“ von 1995 (BVerfGE 93, 1).

Das Bundesverfassungsgericht wurde Anfang der 1970er Jahre in den Streit um die von der Regierung Brandt verfolgte „Ostpolitik“ hineingezogen, als die Bayerische Staatsregierung gegen den „Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik“ klagte, der im November 1972 abgeschlossen wurde. Für Klaus Grigoleit (2006:165) brachte dieser Streit die Bundesrepublik „an den Rand ihrer bislang wohl einzigen Verfassungskrise“. Weder zuvor noch danach

417. Das einzige Mal, wo eine Kompetenzveränderung stattfand – die Entfernung der Möglichkeit, eine Interpretation von Verfassungsartikeln zu beantragen im – zog der Gesetzgeber die Konsequenz aus der Entscheidung des Gerichts, dass Verfassungsinterpretationen rechtliche Bindungswirkung zukommt, womit sich der politische Nutzen dieser Klageart erledigt hatte. Siehe Abschnitt 4.2.3.

habe sich „im ausbalancierten Regierungssystem unter dem Grundgesetz so unverhüllt die Machtfrage“ gestellt. Abgesehen von kolportierten verbalen Entgleisungen⁴¹⁸ griff die Regierung das Gericht allerdings nicht an. Sie konnte sich mit Hinweis auf ihre große demokratische Legitimation (die Ostpolitik war Teil des SPD-Wahlkampfes) im öffentlichen Diskurs sehr dominant in Stellung bringen. Der zweite Senat war gespalten. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung scheiterte an einem Vier-zu-vier-Patt, wobei die Hälfte der Richter ihre Bereitschaft signalisierten, den Vertrag aus inhaltlichen Gründen scheitern zu lassen. Nachdem sich die Mehrheitsverhältnisse durch einen erfolgreichen Befangenheitsantrag gegen einen Richter zugunsten der Vertrags-skeptiker verschoben hatten, wurde der „politische“ Aspekt der Entscheidung öffentlich so explizit thematisiert, dass das Gericht den geordneten Rückzug antrat. Die Richter wollten unbedingt vermeiden, auf der Grundlage einer so knappen und von außen herbeigeführten Mehrheit ein Projekt zu Fall zu bringen, das von einer Mehrheit der Bevölkerung unterstützt wurde. Mit „sachlich kaum tragfähigen“ Begründungen (Grigoleit, 2006:168) wurden die Klagen der Bayerischen Landesregierung abgewiesen, wobei den Gegnern der Ostpolitik inhaltliche Zugeständnisse gemacht wurden, die rechtlich ohne Folgen blieben. Grigoleit (171-172) fasst das Ergebnis so zusammen:

Die besonders kritischen Passagen des Grundlagenurteils, auf die sich in erster Linie der Eindruck stützen lässt, das BVerfG habe sich – trotz der Antragsabweisung im Ergebnis – der Regierung entgegengestellt, verdeutlichen damit geradezu paradigmatisch Macht und Ohnmacht des Gerichts. In der politisch zugespitzten Auseinandersetzung um Grundfragen der Deutschlandpolitik wurde das Gericht politisch in die Zange genommen und unter starkem Druck gesetzt. Dies führte zu einer Spaltung innerhalb des Spruchkörpers und zur Erosion seiner juristischen Legitimationsgrundlagen. Es geriet – nicht zuletzt durch das eigene Verhalten in den Vorfelddentscheidungen – in den Verdacht, sich politisch instrumentalisieren zu lassen und wurde konsequent von einer in besonderem Maße demokratisch legitimiert und entschlossen handelnden Regierung politisch überrollt. Auf diese Demonstration seiner Ohnmacht reagierte das Gericht mit einem Akt der vergewissernden Selbstbehauptung. Es zog sich grollend aus der politischen Arena in die unangegriffene Bastion der Grundrechte zurück und kündete deren entschlossene Verteidigung an.

Das zweite Fallbeispiel stammt aus den 1990er Jahren, in denen das Bundesverfassungsgericht eine ganze Reihe von Urteilen fällte, die sehr kontrovers diskutiert wurden, darunter zwei Entscheidungen, die Nichtstrafbarkeit von Sitzblockaden vor Militäreinrichtungen (BVerfGE 92, 1 vom 10.01.1995) und

418. Der Leitkommentar in der FAZ vom 27.06.1973 berichtet von einem „führenden Politiker der größeren Bonner Regierungspartei“, der sich unflätig über die Richter des Verfassungsgerichts geäußert habe. Nachweise für diese Behauptung existieren allerdings nicht, es könnte sich auch um ein bewusst gestreutes Gerücht handeln.

die Zulässigkeit der Bezeichnung von Soldaten als „Mörder“ (BVerfGE 93, 266 vom 10.10.1995). In dem sogenannten „Kruzifixurteil“ (BVerfGE 93, 1) vom Mai 1995 entschied das Gericht mit einer Mehrheit von fünf zu drei Stimmen, dass die staatlich verordnete Anbringung von Kreuzen in einer staatlichen Pflichtschule gegen das Grundgesetz verstoße. Wie Schaal (2006:175) dokumentiert, folgte eine „intensive, über Monate andauernde Debatte“ in den Massenmedien, in München fanden sogar mehrere Großkundgebungen und Demonstrationen statt.

Darüber hinaus – und einmalig in der Geschichte des BVerfG – riefen führende Bayerische Politiker, so u. a. Hans Maier, „die Schulen des Freistaates dazu auf, den Spruch zu ignorieren“. Am Tag der Urteilsverkündung bekräftigte Edmund Stoiber, dass es auch in Zukunft die Möglichkeit geben werde, Kreuze in Klassenzimmern aufzuhängen. Die Kritik wurde so vehement artikuliert, dass [Verfassungsgerichtspräsidentin, C.B.] Jutta Limbach davon sprach, dass die Grenzen des Erträglichen erreicht seien. Etliche Kommentatoren diagnostizierten die schwerste Krise des BVerfG seit seiner Gründung. (ebd.)

Schaal zeigt aber auch, dass die Ereignisse nur zu einem kurzfristigen Einbruch bei der öffentlichen Meinung über das Bundesverfassungsgericht führten (185) und die damals diagnostizierte „Krise“ des Gerichts keine andauernden Folgen gehabt hat.

In beiden Fällen ging es um die Festschreibung bestimmter „Werte“ in der Verfassung. Weder zur Frage, ob die Aufnahme „normaler“ diplomatischer Beziehungen zur Deutschen Demokratischen Republik verfassungsgemäß war, noch zu derjenigen, ob Kruzifixe in Klassenräumen die negative Religionsfreiheit von Schülern verletzen, gibt der Verfassungstext oder die Entscheidungspraxis des Gerichts verlässliche Auskunft. Es handelte sich um Entscheidungen über erwünschte Zustände: die konservative Vision vom antikommunistischen Bollwerk der Bundesrepublik, die einen Alleinvertretungsanspruch für alle Deutsche besaß, stand der „neuen Ostpolitik“ diametral gegenüber. Auch die Frage, ob der Staat der „christlichen Kultur“ sichtbaren Ausdruck geben darf oder nicht, betraf das Selbstverständnis der politischen Gemeinschaft. Gleichzeitig ging es aber auch um handfeste politische Kämpfe: der Kampf der SPD/FDP-Regierung mit dem rechten Flügel der Opposition (die Mehrheit der CDU-Opposition im Bundestag hatte auf den „Gang nach Karlsruhe“ verzichtet). Das symbolische Zugeständnis an die Gegner der Ostpolitik war nicht allein eine Maßnahme, die den Frieden innerhalb des Gerichts selbst herstellen sollte. Ziel war auch, eine lautstarke und einflussreiche Minderheit der Gesellschaft mit dem Urteil zu versöhnen und damit zu „integrieren“. Das „Kruzifix-Urteil“ enthält – zumindest in den Leitsätzen – kein vergleichbares Integrationsangebot.

Die kontroversen Urteile der 1990er Jahre eignen sich im Gegensatz zum Konflikt um die Ostverträge nicht als Beispiele für die Konfrontation des Ge-

richts mit der Exekutive oder Legislative: Es ging um Verfassungsbeschwerden und individuelle Grundrechtsverletzungen, deren Entscheidung keine vitalen Interessen der politischen Akteure betrafen wie etwa im Urteil zum Grundlagenvertrag oder bei den Gesetzen, die FIDESZ vor dem ungarischen Verfassungsgericht zu retten versuchte. Beide Fälle illustrieren aber die Tatsache, dass auch das Bundesverfassungsgericht nicht unangefochten blieb, dass aber während Perioden intensiver Kritik weder rhetorische noch tatsächliche Ansätze zu beobachten sind, das Gericht als Institution zu schwächen.

6.3 Befund und Thesen

Wie sind die unterschiedlichen Entwicklungen in Deutschland und in Ungarn zu bewerten und wie können sie erklärt werden? Zunächst ist festzustellen, dass die grundlegende These von der „Konstitutionalisierung“ durch die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit (Stone Sweet, 2000) bestätigt werden kann. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht durch zahlreiche Entscheidungen und vor allem über die Steuerung der Fachgerichtsbarkeit eine weitgehende Konstitutionalisierung des bestehenden einfachen Rechts und der Gesetzgebung bewirkt (Landfried, 1994; Schuppert/Bumke, 2000). Doch das Gericht ist nicht der einzige, sogar vielleicht nicht einmal der wichtigste Akteur dieser Konstitutionalisierung, wie Schuppert und Bumke (2000:74, siehe auch von Beyme, 1997:305) argumentieren:

Ein Stück weit ist es also das politische System selbst, das sich seines Gestaltungsspielraums beraubt, indem verfassungsrechtliche Bindungen postuliert werden, deren Inhalte weder feststehen noch genauer bestimmt werden können. Die politischen Akteure sind es also selbst, die sich auf diese Weise ihrer politischen Entscheidungsverantwortung entledigen und damit zugleich das Bundesverfassungsgericht in die Rolle des politischen Schlichters oder gar – wie bei den Auslandseinsätzen der Bundeswehr – des politischen Krisenmanagers drängen.

Auch wenn die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung in Ungarn weniger ausgeprägt und vor allem weniger gut erforscht ist, lässt sich eine solche Konstitutionalisierung feststellen. Das ungarische Gericht hat, auch mit Bezug auf die eigene Rechtsprechung, Gesetze aus allen Rechtsgebieten einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen und die Politik dazu gebracht, die Frage der Verfassungsmäßigkeit während der Gesetzgebung stärker zu beachten, als es ohne die Existenz der Verfassungsgerichtsbarkeit der Fall gewesen wäre. Das Vorgehen der ungarischen Parlamentsmehrheit, die Kompetenzen des Verfassungsgerichts zu beschneiden und in der neuen Verfassung die Diskontinuität der Verfassungsordnung zu erklären, kann als ein expliziter Versuch gedeutet werden, die Konstitutionalisierung nicht nur zu stoppen, sondern sie sogar zurückzudrehen.

Wodurch erklären sich aber die Unterschiede? Diese vergleichende Frage erlaubt es, den Theoriebestand der komparativen Politikwissenschaft mit der rechtssoziologisch orientierten Fragestellung des ersten Teils dieser Arbeit zu verbinden. Wie wir sehen werden, muss sich eine umfassende Erklärung verschiedener Analyseebenen und Theorieansätze bedienen.⁴¹⁹

In der Politikwissenschaft wird bei Kausalanalysen üblicherweise die „Mikroebene“ der beteiligten Akteure, die „Mesoebene“ der Institutionen und die „Makroebene“ gesellschaftlicher Strukturen unterschieden.⁴²⁰ Dazu kommen in neueren kulturwissenschaftlichen Ansätzen zu diesen Analyseebenen „querliegende“ Perspektiven, die sich mit „Mentalitäten“ oder „Diskursen“ beschäftigen, in die Akteure und Institutionen eingebettet sind und die auch die Effekte von Makrostrukturen mediatisieren.⁴²¹ Die im zweiten und dritten Kapitel entwickelte Theorie institutioneller Rollen bezieht alle diese Perspektiven ein. Sie war, wie dort ausgeführt, aber nicht primär als erklärende Theorie entwickelt worden, sondern als Methode, Phänomene zu identifizieren, die in Kausaltheorien Verwendung finden können. Hinzu kommt hier noch die historische Perspektive: In welchem Maß sind Institutionen und Akteure überhaupt in der Lage, die „Erbschaften“ der Vergangenheit zu ändern, die ökonomische, soziale und kulturelle Strukturen umfassen? Hierzu bestehen umfangreiche Diskussionen, die das Spektrum vom historisch-deterministischen Pessimismus bis zum institutionell-steuerungstheoretischen Optimismus abdecken.⁴²²

Der folgende Versuch einer Erklärung versteht sich, als Abschluss dieser Arbeit, als eine Anregung zu vertiefter komparativ-soziologischer Forschung zu Konstitutionalisierungsprozessen. In diesem Abschnitt werde ich ansatzweise Akteure, Institutionen und Strukturen anhand von fünf kausalen Perspektiven untersuchen. Diese betreffen 1) die Bedeutung der Richterpersönlichkeiten der ersten Stunde, 2) die institutionelle Kompetenzausstattung, 3) den internationalen Kontext, 4) die Struktur des politischen Systems und schließlich 5) die gesellschaftliche Konstitution der beiden Länder. Jede Perspektive spezifiziert ein

419. Schmitt (2002:32) unterscheidet bei seinem Vergleich zwischen dem ungarischen, polnischen und russischen Gericht sehr schematisch zwischen struktur- und akteurszentrierten Ansätzen in der Politikwissenschaft. In der neueren Soziologie ist diese binäre Sicht schon lange von „interaktiven“ Perspektiven abgelöst worden, welche die Verflechtungen zwischen Struktur und Handeln betonen, siehe etwa die Arbeiten von Anthony Giddens.

420. Siehe etwa Donges, 2012.

421. Siehe etwa Vorländer, 2006b, der allerdings auf einer theoretischen Ebene verbleibt. Eine sich selbst so bezeichnende empirische Mentalitätsgeschichte des Rechts, die theoretisch fundiert ist (wie sie Weber mit seinen Vorstellungen vom „Rechtsdenken“ skizziert hat), existiert erst in Ansätzen. Viele historische Arbeiten der letzten Jahre zur Rechtsgeschichte der Bundesrepublik gehen aber in diese Richtung, siehe etwa Günther, 2004; Henne/Riedlinger, 2005; Requate, 2008 oder die Arbeiten von Michael Stolleis (Stolleis, 2012).

422. Siehe 6.3.5.

Bündel von Faktoren, das das Ergebnis beeinflusst haben könnte. Gleichzeitig stehen alle diese Faktoren miteinander in kausaler Beziehung und ergeben ein komplexes Erklärungsmodell.

6.3.1 Richterpersönlichkeiten und Richterverhalten

Das erste Kausalverhältnis, das ich untersuchen möchte, betrifft die Bedeutung der Richterpersönlichkeiten in der ersten Generation von Verfassungsrichtern für die weitere Entwicklung in beiden Ländern. Manfred Baldus hat eine wesentliche Ursache für die Etablierung der Autorität des Bundesverfassungsgerichts darin gesehen, dass

es sich in den entscheidenden Momenten seiner Geschichte gerade nicht wie ein Gericht verhalten hat, sondern außerhalb justizförmiger Verfahren agierte, indem es selbst Machtkämpfe initiierte, von außen herangetragene Kämpfe annahm, sie austrug und am Ende für sich entschied. (Baldus, 2005:239)

Für die in dieser Arbeit untersuchte Anfangszeit stellt Baldus fest, dass das Gericht „gerade nicht auf die Überzeugungskraft seiner Judikate“ setzte, sondern häufig auch die durch seine Gerichtsverfassung gezogenen Grenzen übersprang:

Es nutzte anhängige Verfahren, um seinen Willen kundzutun, ohne daß dies durch die konkreten Fragen des Verfahrens geboten gewesen wäre, es schaltete sich in den öffentlichen Meinungskampf ein durch Denkschriften, Stellungnahmen oder Rundfunkreden, sogar den Kampf hinter den Kulissen beherrschte es, wie der Fall des Justizministers Dehler zeigt. (246)

Die Erklärung hierfür sieht Baldus vor allem in den Persönlichkeiten, die als Richter der ersten Stunde agierten. Sie hatten gerade nicht die übliche Richteraufbahn durchlaufen, sondern waren zum Teil aktive Politiker der Weimarer Zeit. Dies gab ihnen das notwendige „Selbst- und Machtbewußtsein“, um den schließlich geglückten „Judicial Coup d'État“ (Stone Sweet, 2007) zu wagen.

Allerdings ist nicht nur die politische Vorerfahrung der Richter von Bedeutung, sondern auch die Erfahrungen, die viele von Ihnen im politischen Exil während des Nationalsozialismus sammeln konnten. Auch die Öffentlichkeit nahm dies wahr.⁴²³ Es ist natürlich schwierig, den genauen Einfluss der Exilzeit auf das Denken der Richter zu belegen. Auf jeden Fall zeigen, wie ich im Abschnitt über den maßgeblich von Leibholz verantworteten „Statusbericht“ argumentiert habe, die häufigen Verweise auf englische und amerikanische Rechtsprinzipien die Rezeption internationalen Rechtsdenkens. Leibholz war während

423. Die FAZ schrieb 1956: „Es sind alte erfahrene Juristen unter ihnen, die das deutsche Schicksal als Verfolgte und Emigranten zur Neige gekostet haben, und sie verdienen menschliches und sachliches Vertrauen.“ (FAZ, 1956)

des Nationalsozialismus in der englischen Emigration und hatte sich dort u.a. mit Demokratietheorien auseinandergesetzt (Leibholz, 1965). Konrad Zweigert, ein Kollege von Gerhard Leibholz am Verfassungsgericht, hält es für dessen bleibenden Verdienst,

hier – wohl nicht unbeeinflusst von in der Emigration erfahrenen englischen Richterbildern – im Plenum des Gerichts klare Konzeptionen in der Richtung entwickelt zu haben, daß das BVerfG nur als ein hochrangiges Verfassungsorgan verstanden werden könne – eine Auffassung, deren Durchsetzung und Entfaltung in vielen Richtungen (materielle Unabhängigkeit, eigener Haushalt, Protokolle usw.) zwar keineswegs einfach, aber doch letztlich von Erfolg gekrönt war. (Zweigert, 1971:117)

Diese Konzeption hätte allein nicht ausgereicht, um Respekt der Öffentlichkeit zu erwerben, schafft aber „Statur“ des Gerichts. Wie wir gesehen haben, beharrte Leibholz darauf, dass der vorentschiedene Wille des Gesetzgebers „gefunden“ und das Recht mithin nur „zu Ende gedacht“ werde, weshalb es sich bei dem vom BVerfG festgestellten Recht um „standing law“ und nicht um „judge-made law“ handle (Siehe 4.2.2). Leibholz bot, wie Oliver Lembcke (2007) ausgearbeitet hat, der Politik ein Modell an, das vor dem Hintergrund der Weimarer staatsrechtlichen Diskussion und der Nachkriegssituation annehmbar war. Er hatte genaue Vorstellungen darüber, was sich in Deutschland ändern musste, gleichzeitig aber auch ein Gespür dafür, was diskursiv möglich und politisch durchsetzbar war.

Welchen Einfluss hatten Persönlichkeiten im ungarischen Fall? Radoslav Procházka hat argumentiert, dass es angesichts des fragmentarischen Charakters der nur für eine Übergangszeit vorgesehenen ungarischen Verfassung „logisch“ war, außerhalb der Textbasis der Verfassung nach normativen Grundlagen für die Übergangszeit zu suchen (Procházka, 2002:204). Allerdings ist, wie Procházka selbst einräumt, die Erklärung für den „Aktivismus“ des Gerichts nicht allein der Unvollständigkeit der Verfassung geschuldet (264). Lücken und Widersprüche im Verfassungstext begünstigen eine kreative Rechtsprechung, bedingen sie aber nicht. Im Fall des ungarischen Gerichts ist dies besonders deutlich. Hätten sich die Teilnehmer am Runden Tisch auf andere Richter geeinigt, die stärker einem positivistischen Verständnis von Verfassungsgerichtsbarkeit verbunden waren, wäre die Entwicklung der ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit ganz sicher anders verlaufen.

Von den Persönlichkeiten im ersten ungarischen Gericht konnte in dieser Arbeit nur Gerichtspräsident Sólyom genauer untersucht werden. Sólyom war dadurch bekannt geworden, dass er in den 1980er Jahren ein Verfahren vor das oberste Gericht brachte, das man heute als *strategic litigation* bezeichnen würde.⁴²⁴ Danach war er in der ungarischen Umweltbewegung aktiv gewesen (Po-

424. Es ging dabei um das Recht eines Mannes, eine Sterilisation durchführen zu dürfen. Sólyom

pe, 1989), hatte sich während der demokratischen Aufbruchphase beim MDF engagiert (was auch persönliche Kontakte zu den späteren Amtsträgern etablierte) und hatte schließlich – wenn auch in zweiter Reihe – an den Verhandlungen am Runden Tisch teilgenommen.

Sólyom war ein ehrgeiziger Jurist, der die Möglichkeiten, die ihm das Präsidentenamt am Verfassungsgericht boten, nutzte, um eigene Vorstellungen zu verwirklichen. Sein Bild von der Verfassungsgerichtsbarkeit war durch zwei Momente bestimmt: einerseits das Vorbild des Bundesverfassungsgerichts, dessen Rechtsprechung und Machtfülle er auf Forschungsaufenthalten in Deutschland schon den 1980er Jahren kennengelernt hatte.⁴²⁵ Andererseits ist sein Bestreben, Ungarn mit Hilfe der Verfassungsgerichtsbarkeit so schnell wie möglich in einen Rechtsstaat nach europäischen Maßstäben zu transformieren, unverkennbar. Diese erzieherische Mission wird sowohl aus den Urteilen als auch aus Interviews und öffentlichen Äußerungen deutlich.⁴²⁶

Der Einfluss des deutschen Beispiels wird von Sólyom selbst hervorgehoben, allerdings betont er auch, dass das deutsche Vorbild nie blind kopiert, sondern an die ungarischen Verhältnisse angepasst wurde.⁴²⁷ In einigen Fällen – wie etwa bei den Verjährungsurteilen – kam das Gericht zu entgegengesetzten Ergebnissen (Sólyom, 2000a, c). Der deutsche Einfluss geht aber über Sólyom hinaus. Brunner und Küpper (2003) haben darauf hingewiesen, dass vier der neun Richter des „ersten“ Gerichts, darunter Sólyom, Stipendiaten der deutschen Humboldt-Stiftung waren und in Deutschland längere Forschungsaufenthalte verbrachten. Diese Aufenthalte führten u.a. dazu, dass sich in der frühen Rechtsprechung des Gerichts viele dogmatische Figuren aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden (siehe Kapitel 3). Das deutsche Vorbild gab den Richtern – ähnlich wie die internationalen Erfahrungen der ersten Bundesverfassungsrichter – Anregungen für das Verständnis der Rolle, die sie im politischen System der neuen Demokratie spielen wollten.

Trotz aller Parallelen ist aber ein wichtiger Unterschied im Verhalten der Gerichte deutlich geworden: Während sich das Bundesverfassungsgericht in den ersten Jahren seiner Existenz der Exekutive nur bei wenigen zentralen Politikprojekten entgegenstellte, hat das Sólyom-Gericht viele wichtige Vorhaben der Regierungen zumindest vorübergehend vereitelt. Zwar konnte es dabei seine

verlor den Fall vor dem Obersten Gericht, setzte aber eine Diskussion über die Frage in Gang, ob staatliche Verbote einer rechtlichen Grundlage bedürfen. Sólyom, 2002c.

425. Sólyom, 2002c; Babus 1999. Siehe auch Sólyom, 1987.

426. „Our constitutional adjudication – especially in the ‘hard cases’ . . . is on the margin of writing a constitution, I never denied this.“ (Zit in Halmai 2007:7) „I am a professed activist, if we do not consider going beyond the competencies as activism. Activism means that the court takes on the decision even in border-line cases.“ (Zit in Halmai 2007:9).

427. Hierzu detailliert das Kapitel von Kovács und Tóth in Wrase/Boulanger, 2013.

Unabhängigkeit insoweit demonstrieren, dass beide politischen Lager von seinen Interventionen betroffen waren. Dies führte aber nicht dazu, dass diese Lager dem Gericht die Lösung politischer Konflikte bereitwillig überließen. Im Gegenteil, es wurde die Nominierung von neuen Richtern blockiert. Sólyom scheint die Toleranz der Teilöffentlichkeiten für das angebotene Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit überschätzt zu haben. Die andauernd negative Reaktion auf den Begriff der „unsichtbaren Verfassung“ zeigt, dass dem Gericht diese offene Machtanmaßung nicht verziehen wurde.⁴²⁸

6.3.2 Institutionelles Design und institutionelle Einbettung

Die zweite These ist mit der unterschiedlichen Kompetenzausstattung der Gerichte verbunden. Der wichtigste Unterschied betrifft die fehlende „echte“ Verfassungsbeschwerde in Ungarn, die dazu führte, dass das Verfassungsgericht sich fast ausschließlich mit abstrakten Normenkontrollklagen beschäftigt hat.⁴²⁹ Dazu kam der einzigartig einfache Zugang zum Gericht durch die fast vollkommen voraussetzungslose Popularklage:

In this way, the Constitutional Court had the opportunity, in the early stages of the new democracy, to review almost the entire legal order for unconstitutionality and to establish guiding standards for the Hungarian constitutional state. (Brunner, 2000b:81)

László Sólyom bestätigt diese Einschätzung:

Die Bürgerklage für die abstrakte Normenkontrolle hatte weitgehende Folgen. Tausende von Eingaben halfen der Außerkraftsetzung vorkonstitutioneller Normen. Es kamen daneben viele wichtige Anträge aus dem Volk, die von staatlichen Organen hätten niemals gestellt werden können (ob wegen der Kosten, ob weil die Regierung andere Vorstellungen hatte). (Sólyom, 2002a:27)

Auch Richter János Zlinszky betonte in einem Interview die Freiheit, die die Actio Popularis den Richtern bei der Fallauswahl gab:

Und so ist diese Popularklage dazu gut gewesen, dass wir sehr viele Klagen beraten konnten, die wir wollten. Denn man hatte ja eine ziemlich freie Auswahl, wie man die Klagen bearbeitet, etliche wurden erst nach 5-6 Jahren entschieden, als man schon Erfahrungen gehabt hat. Aber immerhin, wenn eine Klage einmal eingereicht war, konnten wir uns damit befassen. Und so waren wir ziemlich frei, wie wir uns in diesem in-

428. Siehe die Äußerung vom Viktor Orbán im März 2011, dass das Gericht in den letzten Jahrzehnten eine „unsichtbare Verfassung“ geschaffen habe, welche die Mängel der 1989er Verfassung reparieren musste. Das sei „nicht gesund“, man müsse daher eine neue Verfassung schaffen (mnu.hu 2011/03/30).

429. Siehe die Statistik bei Sólyom/Brunner, 2000:72.

teressanten Stand der Legalität, mit altem Recht und neuer Verfassung bewegen wollen (Zlinszky, 2002).

Die Richter griffen sich diejenigen Fälle heraus, die ihnen am relevantesten und lösbarsten erschienen. Dagegen blieben andere Fälle, die schwierige Rechts- und ethische Fragen aufwarfen, lange liegen, zum Beispiel eine Klage zum Verbot der Sterbehilfe.⁴³⁰

Im Gegensatz dazu war die Falllast des Bundesverfassungsgerichts von Anfang an von den Verfassungsbeschwerden dominiert.⁴³¹ Auch die Bundesverfassungsrichter haben eine gewisse Kontrolle darüber, wann sie die eingegangenen Fälle bearbeiten. Aber die Situation stellt sich im Fall von Verfassungsbeschwerden ganz anders da als in den „Bürgerklagen“. Es geht um die Klagen identifizierbarer Personen, deren Grundrechte in einer konkreten Situation bedroht sein könnten. Dahinter steht in erster Linie ein tatsächlicher Konflikt und nur in zweiter Linie eine Frage der Normhierarchie. Das Gericht wird vor allem als Konfliktscheider tätig, der die konkreten Umstände jedes Falles und die beteiligten Interessen gegeneinander abwägt. Nicht zuletzt deshalb hat die Verfassungsbeschwerde dazu beigetragen, das Verhältnismäßigkeitsprinzip als eine der zentralen verfassungsdogmatischen Figuren zu etablieren.⁴³²

Gleichzeitig erfordert eine Verfassungsbeschwerde nach deutschem Muster, dass der Rechtsweg erschöpft ist. Dies bedeutet einerseits im Normalfall eine erhebliche Zeitverzögerung zwischen der Maßnahme, die die Klage ausgelöst hat, und der Behandlung der Klage durch das Verfassungsgericht. Viele der Konflikte haben sich weiterentwickelt, zum Teil auch ihre Natur verändert, wie wir im „Lüth“-Fall gesehen haben. Auch wurde der Fall mehrmals vor einem Gerichtsforum diskutiert. Dabei wurden viele Argumente vorgebracht und eine Menge Informationen gesammelt, die den Verfassungsrichtern zur Verfügung stehen. Gerade in hochkontroversen Fragen können sie dann mit ihrem Urteil auf einen gesellschaftlichen Diskurs reagieren.

Eine abstrakte Normenkontrolle dagegen unterscheidet sich davon erheblich. Typischerweise wird sie von der Opposition eingesetzt, um politische Projekte der Mehrheit, die auf parlamentarischem Wege nicht zu stoppen waren, im Umweg über das Gericht zu stoppen (Stüwe, 1997; Hönnige, 2007). Das ergibt sich im deutschen Fall über den Kreis der Antragsberechtigten: Nach Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 kann eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages beantragen, Bundesgesetze als verfassungswidrig aufzuheben. Die abstrakte Normenkontrolle ist somit, anders als die Verfassungsbeschwerde, vor

430. Dies beklagten die Richter der „zweiten Generation“ in Interviews.

431. Siehe die Statistik in Bundesverfassungsgericht, 2001:934-935.

432. Siehe etwa Dann, 2010; Grimm, 2007; Schuppert / Bumke, 2000.

allem ein Instrument der Kontrolle der Regierung und damit Teil des Systems der Gewaltenteilung.

Damit verbunden ist die Art der Konflikte, in die sich das Verfassungsgericht begibt. Die Verfassungsbeschwerde bringt Verfassungsgerichte regelmäßig in Konkurrenz mit den obersten Gerichten, deren Urteile sie aufheben oder nicht. Dies konnte man im Fall des Bundesverfassungsgerichts gut am Beispiel des „Beamten“- und „Gestapo“- Urteils sehen, als entgegengesetzte Interpretationen über die Bedeutung des Nationalsozialismus für die Natur des Beamtenstaats aufeinanderprallten. Ähnliches gilt für das Lüth-Urteil, als das BVerfG im Wege der Entscheidung eines konkreten politischen Konflikts einen dogmatischen Sonderweg des Bundesarbeitsgerichts beendete. Oftmals ist das Ergebnis dieser Kämpfe um die Autorität zur Letztentscheidung für die politischen Mehrheiten nicht bedrohlich, da der Konflikt nur selten die aktuelle Tagespolitik betrifft – „Lüth“ ist wiederum ein gutes Beispiel.

Im ungarischen Fall stellten im Grunde alle relevanten Verfahrensarten abstrakte Normenkontrollen dar, die durch die Bürgerklage in einfachster Weise initiiert werden konnten. Ein guter Teil der Arbeit des Gerichts war aus machtpolitischer Perspektive unproblematisch: Die Actio Popularis wurde ja auch deswegen eingerichtet, um es dem Gericht zu ermöglichen, aktiv bei der Umgestaltung des alten sozialistischen Rechts mitzuhelfen. Damit leistete es wertvolle Dienste für Parlament und Regierung und nur wenige Fälle aus diesem Bereich brachten es in Konflikt mit der Parlamentsmehrheit oder Regierung. Die Konzentration auf abstrakte Normenkontrollen hat aber dazu geführt, dass das Gericht fast immer nur als „Vetospieler“ auftrat und alle kontroversen neuen Gesetzen überprüfte, was das Gericht in einen ständigen und fast ausschließlichen Konflikt mit der Regierung gebracht hat. Dies musste nicht zum beschriebenen Ergebnis führen, hat aber sicherlich auch dazu beigetragen. Dazu kommt, dass das Gericht aufgrund der Struktur des politischen Systems Ungarns den wichtigsten Gegenspieler der Regierung darstellt. Im deutschen Föderalismus tritt der Bundestagsmehrheit mit dem Bundesrat ein mächtiger Gegenspieler entgegen, insbesondere, wenn dieser von der Opposition beherrscht wird. Im ungarischen Einkammersystem dagegen sind die Gesetze der Parlamentsmehrheit durch nichts außer verfassungsrichterliche Intervention aufzuhalten. Dem ungarischen Gericht wuchs so in den Anfangsjahren eine – am Runden Tisch nicht unbedingt beabsichtigte – Funktion zu: als Gegenspieler der gerade herrschenden Regierung aufzutreten und deren „Durchregieren“ zu verhindern.

Diese Funktion muss auch im Auge behalten werden, wenn man die Veränderungen in der neuen Verfassung bewerten will, die die Kompetenzen des Verfassungsgerichts betreffen. Die Actio Popularis wurde ersatzlos abgeschafft. Die abstrakte nachträgliche Normenkontrolle kann nun nur noch von der Regierung, einem Viertel der Mitglieder des Parlaments und dem Ombudsmann für Grundrechte initiiert werden (Art. 24 Nr. 2 Buchst. e). Im Gegenzug wurde eine Verfassungsbeschwerde nach deutschem Muster eingeführt (Buchst. d). Diese

Veränderungen erscheinen bei einer rein rechtsvergleichenden Betrachtung vernünftig. Zum einen hat die fehlende Betroffenheitserfordernis dazu geführt, dass sich das Gericht mit vielen „querulatorischen“ Beschwerden auseinandersetzen musste.⁴³³ Die Richter hatten schon zur Zeit der Präsidentschaft Sólyoms angeregt, die Actio Popularis zu begrenzen und eine „echte“ Verfassungsbeschwerde einzuführen (Brunner, 2000b:81). Auch Péter Paczolay, der seit 2008 Präsident ist, hat sich in diese Richtung geäußert. Allerdings forderte das Gericht zuletzt nicht, die Bürgerklage vollständig abzuschaffen. In einer Rede vor dem Parlament im März 2011 betonte Paczolay die Bedeutung der Bürgerklage für die Identifizierung verfassungswidriger Gesetze. Die Position des Gerichts sei, die Klageform nicht zu streichen, sondern im Verfassungsgerichtsgesetz die persönliche Betroffenheit der Kläger zur Voraussetzung der Klage zu machen. Der direkte Zugang des Bürgers zum Verfassungsgericht (d.h. ohne vorherige Erschöpfung aller anderen Rechtsmittel) sei weiterhin wünschenswert. Eine radikale Einschränkung der abstrakten Normenkontrolle bedeute eine Durchlöcherung der Rechtsstaatlichkeit (MKAB 22.03.2011).

Eine rein rechtsvergleichende Betrachtung, die den politischen Hintergrund ausblendet, verfehlt allerdings die realen Konsequenzen der Verfassungsänderungen. Man muss auch in Betracht ziehen, dass die Verfassungsgeber die aktuellen Kräfteverhältnisse im Parlament vor Augen hatten, als sie die neuen Regeln konzipierten. Tatsächlich bedeuten die neuen Regeln, dass Ungarns demokratische Opposition zur Zeit keinen Zugriff auf die abstrakte Normenkontrolle mehr hat: MSZP, die neue parlamentarische Gruppe der „demokratischen Koalition“ (eine Abspaltung von der MSZP unter dem früheren Ministerpräsident Gyurcsány) und die grün-liberale LMP können ohne Mitarbeit der rechtsextremen Jobbik keine abstrakten Normenkontrollen vor dem Gericht anstrengen. Damit wird gegenüber der vorherigen Situation die politische Machtbalance geändert. Dass die Regelung derjenigen in Deutschland entspricht, ist kein Argument dafür, dass es sich um eine „machtneutrale“ Verfassungsänderung handelt – die deutsche Regelung wurde festgelegt, bevor die ersten Wahlen die Zusammensetzung des Parlaments entschieden. Hätte die Opposition ein wirkliches Mitspracherecht bei der Verfassungsgebung erhalten (wie es im deutschen Fall war), hätte sie vor dem Hintergrund der Auswirkungen nie einer solchen Bestimmung zugestimmt. Das neue Amt des Bürgerbeauftragten für Grundrechte, der das bisherige System von vier Ombudsleuten ersetzt, wird 2012 vom FIDESZ-dominierten Parlament für sechs Jahre besetzt (MTI 2011/07/13). Wenn sich dieser Ombudsman, wie Präsident Schmitt, nicht als unabhängiges Amt in einem System von „checks and balances“, sondern als Erfüllungsgehilfe der Regierungsmehrheit versteht, kann sich ein faktischer Wan-

433. Dies betonten mehrere Richter in den Interviews.

del von einer multipolaren zu einer majoritär strukturierten Demokratie vollziehen.⁴³⁴

Dieser Abschnitt hat deutlich gemacht, wie stark institutionelle Regeln politisches Handeln strukturieren. Die Unterschiede in der Kompetenzausstattung und in den institutionellen Kontexten, innerhalb derer die Verfassungsgerichte agieren, haben die beiden Gerichte auf sehr unterschiedliche machtpolitische Felder geführt: Das Bundesverfassungsgericht teilte seine Aufmerksamkeit zwischen der Kontrolle der Fachgerichte und der politischen Akteure und war nur ein Vetospieler unter anderen. In Ungarn stand das Gericht der Exekutive als einziger wirklich effektiver Spieler gegenüber. Es lässt sich die These aufstellen, dass dies zu einer stärkeren Polarisierung als im deutschen Fall geführt hat, in dem sich die Antagonismen zwischen mehr „Spielern“ verteilten.⁴³⁵

6.3.3 Das Zusammenspiel internationaler und nationaler Öffentlichkeiten

Im Vergleich der deutschen und ungarischen Entwicklung kann das Zusammenspiel zwischen nationalen und internationalen Öffentlichkeiten klar herausgearbeitet werden. Es ist deutlich, dass internationale Faktoren im ungarischen Fall wesentlich entscheidender waren als im deutschen. Jedoch lohnt es, sich die Entwicklung der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit der ersten Jahre auch unter einen internationalen Blickwinkel zu betrachten. Auch wenn ich in dieser Arbeit keine systematische Untersuchung zu dieser Frage durchführen konnte, habe ich am „Lüth“-Fall gezeigt, dass es Regierung und Parlament gerade in Fällen, die die nationalsozialistische Vergangenheit betrafen, nicht gleichgültig sein konnte, welchen Eindruck höchstrichterliche Entscheidungen im Ausland machten. Die Unterstützer von Lüth argumentierten auf jeden Fall mit den Auswirkungen für das Ansehen des Landes, sollte Harlan den Prozess gewinnen. „Lüth“ ist, wie bereits erwähnt, kein Beispiel dafür, dass die politischen Akteure mit Blick auf die ausländische Reaktion ungenahen Urteilen Folge leisten, da keine ihrer Interessen berührt waren. Im „Deutschlandfernsehen“-Fall, wo dies eher zutreffen könnte, liegen keine offensichtlichen Indizien dafür vor, dass die Regierung Kritik aus dem Ausland fürchtete.

Zwar konnte ich in dieser Arbeit für Ungarn nur anhand einzelner Beispiele dokumentieren, dass die Meinung der internationalen Öffentlichkeit das Verhalten der nationalen Akteure tatsächlich beeinflusst. In jedem Fall verhalten sich viele Akteure so, als gäbe es diesen Einfluss. Ein Beispiel nennt Klingsberg in einem Aufsatz von 1992, in dem er den Bericht Sólyoms über das erste Jahr des

434. Der noch von Präsident Sólyom eingesetzte Ombudsman Máté Szábo setzt die Regierung zur Zeit noch über Vorlagen beim Verfassungsgericht unter Druck (Miklósi 14.5.2012).

435. Siehe aber Henne (Henne, 2005:198) für den das Bundesverfassungsgericht „lange Jahre fast die einzige Opposition zur Adenauerregierung“ darstellte.

Verfassungsgerichts analysiert. Dieser hatte davor gewarnt, die Kompetenzen des Verfassungsgerichts einzuschränken. Andernfalls müsse das Parlament mit heftigen Reaktionen aus ganz Europa rechnen. Für Klingsberg verschränken sich dabei die Erwartungen auf nationaler und internationaler Ebene, wobei gesellschaftliche „Europabegeisterung“ und politisches Eigeninteresse gleichermaßen im Spiel seien:

A departure from European expectations of the Court's formal role would require an explanation, because the Hungarian community perceives conformity to Western legal conventions to be of significance. While Hungary's general fascination with the West may be partially attributed to psychological reasons, there are also practical bases underlying the communal desire to have legal standards conform to those of the West. The responsiveness of the Court's constitutional interpretations to Western norms manifests this practical foundation. [...] If Hungarian legal standards, especially in the area of human rights, satisfy Western criteria, then the Council of Europe is more likely to admit Hungary. Admission to the Council is important because it serves as a stepping stone to the financial benefits of membership in the European Economic Community. In the Fall of 1990, Hungary began a one year probationary period preceding admission to the Council. If during this period the Council had reviewed Hungarian procedures surrounding the application of the death penalty and had found them to be inadequate, as it did those in the United States then Hungary's chances for admission by the end of 1991 would have been seriously harmed. Accordingly, the effort of The Death Penalty Case to conform Hungarian law to European norms responded to practical concerns which may underlie the desire to emulate the West. The strict standards of the takings clause enunciated in The Land Act Case also manifest a practical strain in Hungarian constitutional case law's responsiveness to the transition movement's Western ideals. [...] The decision's acquiescence to Western property right standards could well result in economic benefits for the country. (Klingsberg, 1992:137)

László Sólyom bestätigt die enorme Bedeutung des EU-Integrationsprozesses für die Stellung des Verfassungsgerichts. Dass das Gericht seine Autorität erlangen konnte, erklärt Sólyom auch mit dem zeitgeschichtlichen Kontext einer „Europa-Ideologie“,

die in Ungarn die ersten Jahre der Transformation prägte. Während das politische Leben des Landes nach der Wende in ideologisch gefärbte Partei- und Interessenkämpfen zerfiel, bewahrte und vertrat mit wachsender Autorität das Verfassungsgericht die Ideologie, die schließlich der gemeinsame Nenner der Transformation war, dass es nämlich um die „Rückkehr“ in Europa, um die Wiedereingliederung geht. Die Einführung europäischen Grundrechtsverständnisses und Interpretation in das ungarische Recht gab andererseits den Urteilen des Verfassungsgerichts zusätzliche Legitimation. (Sólyom, 2002a:34)

Auch Gerichtspräsident Paczolay verweist in der schon erwähnten Rede vor dem Parlament auf das europäische Vorbild, von dem Ungarn mit den Kompetenzbeschränkungen abweichen würde.

Es geht also um zwei Arten von Erwartung: einerseits die Erwartung der politischen Akteure, wie die internationale Öffentlichkeit auf ihr Verhalten gegenüber dem Gericht reagiert, andererseits die Erwartungen dazu, welche Auswirkungen diese internationalen Reaktionen auf die nationale Öffentlichkeit, insbesondere auf das künftige Wahlverhalten haben. Hierzu verhalten sich die politischen Akteure im Hinblick auf mögliche Vor- und Nachteile (zweckrational) als auch im Hinblick auf die eigenen politischen Überzeugungen (wertrational).

Die Annahme kann sich auch auf Forschung stützen, die sich mit der Einwirkung externer, insbesondere europäischer Akteure auf die postkommunistische Transformationspolitik befasst. Diese beschäftigt sich insbesondere mit der Frage, inwieweit die lokalen Akteure ihr Verhalten auf die Regeln und Werte ausrichten, die Ziel des Integrationsprozesses sind. Dabei ist allerdings zu unterscheiden, ob es sich um zwingende Normen wie etwa den *acquis communautaire* handelt, der auch mit Sanktionen durchgesetzt werden kann, und wann es sich um „Werte“ im Sinne dieser Arbeit handelt, die Vorstellungen über einen gewünschten Zustand betreffen (siehe Kapitel 3). Procházka hatte, wie erwähnt, die Hypothese formuliert, dass dem ungarische Gericht die Funktion eines „convincing public relation asset“ im EU-Beitrittsprozess zukam (Procházka, 2002:268), ohne dafür allerdings empirisch stichhaltige Nachweise vorzulegen. Das Verhalten der FIDESZ-Regierung, die am Anfang dieses Kapitels beschrieben wurde, kann aber als Indiz für die These verstanden werden, dass der EU-Beitrittsprozess als starker Faktor für die compliance der Regierung gegenüber dem activism des Gerichts angesehen werden muss: Nach seinem Beitritt zum Europarat und zur Europäischen Union ist der wichtigste Anreiz weggefallen, sich wirklichen oder imaginierten⁴³⁶ „europäischen Werten“ entsprechend zu verhalten. Europäische Institutionen haben keinen Zugriff auf die Ausgestaltung der nationalen Verfassungsstrukturen, solange diese keine elementaren europäischen Rechtsprinzipien verletzen. Da es EU-Mitgliedsstaaten gibt, die gar kein Verfassungsgericht haben, ist eine Einschränkung der Kompetenzen des Verfassungsgerichts aus europäischer Sicht nur schwer zu kritisieren.

Ähnliches gilt für die These von Maveety und Grosskopf (2004), dass Verfassungsgerichte als „Kanäle“ (conduits) für die Werte der supranationalen Gemeinschaft verstanden werden können, in die sich ein Land integriert. Sicherlich kann man sagen, dass das deutsche und das ungarische Gericht beim Import „westlicher“ Werte sehr aktiv waren, was insbesondere die Überwindung obrigkeitsstaatlicher Verhältnisse betraf. Nur ist im Einzelnen nicht immer klar, welche Werte betroffen sind. Die verfassungsrichterliche Abschaffung der Todesstrafe in Ungarn etwa ist einerseits ein Import des europäischen Verbots

436. Siehe hierzu illustrativ Scheppelle, 1996a.

der Todesstrafe. Andererseits stellt sie eine sehr selektive Rezeption des „europäischen“ Verfassungsrechts- und Demokratieverständnisses dar. Der Entscheidung der Verfassungsrichter, einen von ihnen konstruierten Widerspruch in der Verfassung auf rein dogmatischer Grundlage aufzulösen, ohne dem Parlament die Möglichkeit zu geben, diese Entscheidung selbst zu treffen (und ohne, wie gezeigt, dass eine unmittelbare Gefahr der Vollstreckung eines ergangenen Todesurteils bestand), kann man zustimmen oder nicht. Sie kann aber nicht als europäischer Wertekonsens bezeichnet werden, sondern entspricht eher dem deutschen Verständnis verfassungsrichterlicher Deutungshoheit.

6.3.4 Parlamentsmehrheiten als notwendige Bedingung

Der unmittelbar wirkmächtigste Faktor ist der offensichtlichste: Ohne die Zweidrittelmehrheit, die die FIDESZ/KDNP im April 2010 errang, wäre sie nicht in der Lage gewesen, die Kompetenzen des Verfassungsgerichts zu beschneiden und die Verfassung zu ändern. Dies erklärt zunächst nur, dass die Parlamentsmehrheit in der Lage war, das politische System der ungarischen Demokratie zu ändern, und nicht, warum sie es tat. Aber es gibt auch Hinweise darauf, warum keine der vorherigen Regierungen in Ungarn, und ebenso in Deutschland, auf diese Weise vorgegangen war: Den meisten Regierungen fehlte entweder die nötige verfassungsändernde Mehrheit, oder sie war politisch zu heterogen, um sich auf solche Maßnahmen einigen zu können. András Sájó (Sájó, 2000:242) hat für Ungarn festgestellt, dass in vielen Fällen,

where there seemed to be a spectacular challenge to the majority of the day, the political and bureaucratic power itself was too divided to retaliate. [...] The Court's decisions, in other words, never mobilised more than a part of any given government.

Wie allen Regierungen von 1998 bis 2010 fehlte auch Jozsef Antalls konservativer Koalition von 1990 bis 1994 die notwendige Mehrheit, um Verfassung oder Verfassungsgerichtsgesetz zu ändern. Allerdings hatte Antall innerhalb der Koalition das Gericht vor Kritik immer in Schutz genommen und auf die Achtung seiner Urteile bestanden.⁴³⁷ Gyula Horn verfügte von 1994 bis 1998 als Ministerpräsident über eine 2/3-Mehrheit im Parlament und wäre theoretisch in der Lage gewesen, wie Orbán die Kompetenzen des Gerichts zu ändern. Allerdings ist es unwahrscheinlich, dass die freidemokratischen Koalitionspartner sich an solchen Maßnahmen beteiligt hätten. Außerdem war die Popularität der Regierung derart gering, dass solche Maßnahmen der MSZP mehr geschadet als genutzt hätten.⁴³⁸ Erst Orbán verfügte über eine ideologisch homogene und

437. Sólyom, 2002d; Scheppele, 2006:1778, Fn 65.

438. So zumindest Scheppele, a.a.O.

loyale Parlamentsmehrheit sowie die notwendige Popularität, um solche Pläne auch durchzusetzen.

In der Bundesrepublik bestand eine vergleichbare Situation nur zwischen 1957 und 1961, als CDU/CSU zum ersten und einzigen Mal die absolute Mehrheit der Bundestagsmandate errang. Trotz dieser Mehrheit bildete Adenauer eine Koalitionsregierung mit der Deutschen Partei, um nicht von unzuverlässigen Mitgliedern seiner Fraktion abhängig zu sein. Die CDU/CSU/DP-Koalition hatte keine absolute Mehrheit. Sie hätte aber problemlos das Bundesverfassungsgerichtsgesetz ändern können, wie es im Fall der Zuständigkeitsveränderungen zwischen den Senaten auch geschehen war. In die Legislaturperiode fallen umstrittene Urteile wie das „Apotheken-Urteil“, in dem die Berufsfreiheit gestärkt wurde⁴³⁹, die Urteile, die eine „Volksbefragung“ gegen die atomare Aufrüstung untersagten⁴⁴⁰ oder das Urteil zur „Elterlichen Gewalt“,⁴⁴¹ das die Gleichberechtigung der Frau stärkte. Keine dieser Entscheidungen war gegen direkte Interessen der Regierung gerichtet. Im Gegenteil verhinderte das Gericht die von der SPD-Opposition unterstützte Kampagne gegen die mögliche Stationierung von atomaren Waffen. Erst gegen Ende der Legislaturperiode kam es zum Urteil, mit dem das Gericht Adenauers „Deutschlandfernsehen“ zu Fall brachte. Nicht zuletzt waren es die nahenden Wahlen, die Adenauer veranlassten, von einem Vorgehen gegen das Gericht Abstand zu nehmen. Diese Wahlen beendeten die Zeit der CDU/CSU-Alleinherrschaft. Danach konnte Adenauer, wie die SPD in den 1970er Jahren, nur mit Hilfe der FDP als Koalitionspartnerin regieren.

Die Folgerungen aus diesem Abschnitt sind wenig überraschend: Ohne den überwältigenden Wahlsieg der FIDESZ/KDNP-Koalition hätte es die Veränderungen der ungarischen Verfassung nicht gegeben. Dass es solche Entwicklungen zuvor auch nicht in Ungarn gab, ist deswegen nicht unbedingt in erster Linie der rechtsstaatlichen Gesinnung der Akteure zu verdanken, sondern der Tatsache, dass diese ähnliche Maßnahmen gar nicht hätten umsetzen können. In der Bundesrepublik hätte die Möglichkeit bestanden, zumindest das Bundesverfassungsgericht zu ändern. Dies wäre einerseits von den verfassungsrechtlichen Vorgaben begrenzt worden, andererseits aber auch von den Folgen, die eine solche Änderung bei den Wählern ausgelöst hätte.

Die Parlamentszusammensetzung, die das Wahlrecht aus den Wahlergebnissen produziert hat, ist eine notwendige, allerdings keine hinreichende Bedingung für die Erklärung des Verhaltens der Orbán-Regierung. Das Vorgehen der Akteure war nicht vorgezeichnet, sondern hätte auch anders ausfallen können. Die im Hintergrund wirkenden soziokulturellen und mentalitätsgeschichtlichen Faktoren untersucht der nächste Abschnitt.

439. BVerfGE 7, 377 (11.06.1958).

440. BVerfGE 8, 183 (22.09.1958), BVerfGE 8, 122 (30.07.1958), BVerfGE 8, 104 (30.07.1958).

441. BVerfGE 10, 59 (29.07.1959).

6.3.5 Historische Brüche und die Definition der politischen Gemeinschaft

Um Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Rollen zu verstehen, welche die Verfassungsgerichte der Bundesrepublik und Ungarns gespielt haben, habe ich bisher die Bedeutung der Richter, der Institutionen, der internationalen Bezüge und der politischen Mehrheiten untersucht. Den Abschluss der Analyse bildet die Untersuchung des mentalitätsgeschichtlichen Hintergrunds, vor dem die Gerichte ihre Rollen spielten. Diese Untersuchung ist eine wichtige Komponente einer politischen Soziologie von Transformationsgesellschaften. Der analytische Fokus auf Institutionen und Akteure ist wichtig, reicht aber nicht aus um zu verstehen, wie sich Gesellschaften politisch und rechtlich entwickeln.

Oftmals wird diese Frage als Gegensatz von institutional agency und historical legacies diskutiert. In der Forschung zur postkommunistischen Transformation stehen idealtypisch diejenigen, die den „Erbschaften“ des Kommunismus eine große Rolle zuschreiben, denjenigen gegenüber, die der Wirkmächtigkeit der neuen Institutionen vertrauen bzw. die Erklärung aktueller Zustände eher mit den Akteuren der Gegenwart als mit den Strukturen der Geschichte erklären.⁴⁴² Vertreter des historisch-soziologischen Institutionalismus können dieser Debatte wenig abgewinnen, für sie sind historische Strukturen und gegenwärtiges, institutionell gefasstes Akteurshandeln nicht voneinander zu trennen. Die Vergangenheit wirkt über institutionelle Regeln, Mentalitäten, Diskurse und Praxen sowie soziale Vernetzungen in die Gegenwart weiter; die „Weltbilder“ der Akteure (Weber) sind ohne Rekurs auf die Vergangenheit nicht zu verstehen. Manche Strukturen lassen sich in der Geschichte weit zurückverfolgen (das ist die berühmte These der „longue durée“), andere sind weit jüngeren Ursprungs. Das einzige, was sich aus politikwissenschaftlicher Sicht verallgemeinern lässt, ist, dass die Vergangenheit die Gegenwart nicht determiniert, sondern einen Hintergrund darstellt, der Mentalitäten und Identitäten der gegenwärtigen Akteure mitkonstituiert und der ihnen Ressourcen für die politische Argumentation liefert.

Ein Thema, das beide Fälle verbindet, ist die Bedeutung von historischen Brüchen und Kontinuitäten – im Fall der Bundesrepublik vor allem das Verhältnis der Deutschen zum Nationalsozialismus, in Ungarn die Frage der Beziehung der ungarischen politischen Gemeinschaft zum sozialistischen Regime, aber auch zur Frage, was die Ungarn mit ihrer Vergangenheit vor Trianon verbindet. Die Art und Weise, wie diese Brüche gesellschaftlich verarbeitet worden sind, hat, so die These dieses Abschnitts, einen Einfluss auch auf die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Die deutschen Verfassungsrichter der frühen Stunde operierten in einem relativ günstigen politischen und sozio-kulturellen Umfeld. Obwohl konservative

442. Vergleiche Holmes, 1996.

Positionen in der Staatsrechtslehre noch die Mehrheit darstellten, waren die alten Gegenspieler der Verfassungsgerichtsbarkeit wie Schmitt gründlich diskreditiert. Neue staatsrechtliche Ideen konnten, von moralisch unbelasteten, noch aus der Weimarer Republik bekannten Wissenschaftlern rasch Anhänger finden, zumal sich der gesellschaftliche und politische Kontext schnell wandelte (Günther, 2004), und das Gericht in der SPD-Opposition einen starken Verbündeten fand (Lembcke, 2006a). Hinzu kam eine lange Tradition verfassungsstaatlichen Rechtsdenkens, das auch in Teilen der neuen politischen Elite wirksam war. Dass diese allein nicht stark genug gewesen war, sich zu behaupten, hatte der Zusammenbruch der Rechtsstaatlichkeit im Nationalsozialismus gezeigt. Auch war die Entwicklung des Bundesverfassungsgerichts durch diese Traditionen des Rechtsdenkens nicht vorgezeichnet. Ebenso gut hätte sich ein Gericht entwickeln können, das sich wie der österreichische Verfassungsgerichtshof zurückhaltend und formalistisch verhielt.⁴⁴³ Jedoch enthielt diese Tradition genug Anknüpfungspunkte für das Gericht, seine starke Rolle zu begründen. Insbesondere die Integrationslehre Smends hatte argumentative Bedeutung für den „Statusbericht“ des Bundesverfassungsgerichts. Auch Josef Wintrich, der zweite BVerfG-Präsident, bekräftigte die Rolle des Hüters der Verfassung in diesem Sinn in einer Rundfunkrede nach seiner Wahl. Das Bundesverfassungsgericht sei

ein „Integrationsfaktor“ für das Entstehen, Bestehen und die Entfaltung der staatlichen Einheit. [...] Daraus, daß das Bundesverfassungsgericht auf die Rechtsprechung beschränkt sei, ergebe sich die Grenze der Gerichtsbarkeit. Seine Entscheidungen müssen sich am Maßstab einer auslegungsfähigen Verfassungsnorm ausrichten können. Daß eine Verfassungsgerichtsbarkeit von der Art und dem Umfang, wie das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgerichtsgesetz sie vorsehen, auch von der politischen Seite her gerechtfertigt und ihr ein sinnvolles Betätigungsfeld eröffnet werden kann, setzt allerdings einen bestimmten staatlichen politischen Gesamtzustand voraus, nämlich, daß die widerstreitenden politischen Kräfte auf dem Boden der in der Verfassung ausgedrückten gemeinsamen Grundüberzeugungen stehen und ihren Kampf nach den Spielregeln eines Wettkampfes, nicht eines Vernichtungskampfes austragen. Und sie setzt weiter eine, bestimmte Auffassung über das Wesen des Politischen voraus. Dieses ist nicht von einer extremen Grenzsituation her als „Freund-Feind-Verhältnis“ zu bestimmen, sondern muß aus seiner normalen Funktion erkannt werden, das soziale Leben zu Ordnung und Frieden zu gestalten. Nur dann kann auch politisches Handeln rechtlich normiert und damit justitiabel werden. (FAZ, 1954)

Diese explizite Abwendung von Schmitt und die Hinwendung zum Konsens- und Integrationsgedanken verband Wintrich mit dem Bild des unparteiischen Schiedsrichters, der über den politischen Kämpfen steht und auf die Einhaltung der Regeln achtet.

443. Hierzu Spanner, 1968; Oberndorfer, 2002; Öhlinger, 2008.

Verschiedene Beobachter haben die Autorität des Verfassungsgerichts in Zusammenhang gebracht mit der Suche der orientierungslosen deutschen Nachkriegsgesellschaft nach Autoritäten. Man muss vielleicht nicht so weit gehen wie Ingeborg Maus, die dem Verfassungsgericht die Rolle des „gesellschaftliches Über-Ichs“ in einer „vaterlosen Gesellschaft“ zugeschrieben hat (Maus, 1989). Alfred Grosser stellte 1960 die Frage, ob der Erfolg des Gerichts „nicht in weitem Maße dem Fehlen ausgeprägter Meinungsverschiedenheiten in der Öffentlichkeit über das Wesen der Demokratie und der politischen Ethik zu verdanken ist“ (Grosser, 1960:116). Es ist schwierig, diesen Zusammenhang, der auch für das ungarische Verfassungsgericht behauptet wurde, sozialwissenschaftlich nachzuweisen.⁴⁴⁴ Einschlägig sind etwa Überlegungen zum „autoritären Charakter“ (Adorno, 1973) weiter Teile der deutschen Gesellschaft in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts: Ein hoher Prozentsatz der Deutschen zeige, im Vergleich zu Bürgern anderer Nationen, starke antidemokratische und autoritätsgläubige Einstellungen. Dieser erkläre die Anfälligkeit für die Nationalsozialisten und war Anfang der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts auch soziologisch noch gut nachweisbar.⁴⁴⁵ Im Fall der postkommunistischen Transformation gibt es ebenfalls Untersuchungen zum Weiterbestehen autoritärer oder antidemokratischer Einstellungen.⁴⁴⁶ Es ist allerdings nicht ganz klar, wie der Zusammenhang zur hohen Autorität des Verfassungsgerichts gestaltet ist – schließlich war es gerade eine Leistung beider Gerichte, die Macht der Exekutive in Frage zu stellen und auf der umfassenden verfassungsrechtlichen Überprüfbarkeit von Regierungsakten zu bestehen. Plausibel jedenfalls ist die These, dass die verfassungsgerichtliche Intervention in politische Kämpfe deswegen gesellschaftlich akzeptiert worden sei, weil diese eine „apolitische“ Lösung von Konflikten durch eine Art „Weisenrat“ versprach.⁴⁴⁷ In beiden postautoritären Transformationen kann man von einer gewissen Aversion gegen parteipolitische Kämpfe und von einem niedrigen Prestige des Parlaments und der Politiker sprechen. Dies wirkte sich vermutlich positiv für die Autorität der Verfassungsgerichte aus. Die Tatsache, dass in Meinungsumfragen die Verfassungsgerichte regelmäßig mehr „Vertrauen“ oder eine höhere Beliebtheit genießen als das Parlament,⁴⁴⁸ ist ein empirischer Indikator für diesen Zustand.

444. So etwas Stephen Holmes (1993:23), der die „Überlegitimation“ der osteuropäischen Verfassungsgerichte mit der Ähnlichkeit dieser Institutionen zu den „alten Politbüros“ in Verbindung bringt.

445. Siehe die bekannte Studie von Almond und Verba (Almond/Verba, 1963) zur „Civic Culture“, die mit Hilfe von empirischer Sozialforschung im Fall der Bundesrepublik noch starke autoritäre Tendenzen konstatiert. Die Schlussfolgerungen Almond und Verbas sind methodisch sehr problematisch, aber die von ihnen erhobenen Daten sehr aufschlussreich.

446. Siehe zum Beispiel Rose et al., 2000 oder Pickel et al., 2006, darin allerdings keine Daten zur Einstellung der Bevölkerung gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit.

447. So die Kritik von Sadurski, 2005.

Jedoch bleiben diese makrosoziologischen Überlegungen spekulativ und bisher existieren keine sozialwissenschaftlichen Untersuchungen, die diese Zusammenhänge methodisch überzeugend vergleichend und über lange Zeiträume nachweisen können.

Fruchtbarer ist vielleicht die Untersuchung von normativen Diskursen, die politisches Verhalten anleiten. Stephen E. Hanson hat in seinen Untersuchungen von postkommunistischen Parteibildungsprozessen ein empirisch operationalisierbares Ideologiekonzept vorgeschlagen. Er definiert Ideologie als

any explicit and consistent definition of criteria for membership in a political community. Thus, ideologies represent proposals made by individuals to institutionalize conceptual boundaries between “members” and “non-members” in order to actualize some envisioned collectivity. (Hanson, 1997:14)

Hanson stellt fest, dass eine zentrale Funktion von politischen Ideologien die Definition von Gruppenidentitäten ist und formale Kriterien dafür aufgestellt, wer Mitglied der Gruppe ist und wer nicht. Dies kommt insbesondere in Umbruchs- und Transformationsperioden zum Tragen, in denen die Zukunft unklar ist und die Akteure die Folgen ihres Handelns nur schwer abschätzen können. Diese Hypothese lässt sich auch für die Entwicklungen in der frühen Bundesrepublik und in Ungarn einsetzen.

Die 1950er und 1960er Jahre der Bundesrepublik waren, wie die zeitgeschichtliche Forschung nachgewiesen hat, von einem „antikommunistischen Grundkonsens“ der Eliten beherrscht, der schon vor dem Krieg bestand und den bereits die Nationalsozialisten für ihre Machtergreifung nutzten. Dieser weiter bestehende Antikommunismus erlaubte den Deutschen nach 1945, die schamvolle Vergangenheit dadurch relativieren zu können, dass man nun im „Kalten Krieg“ auf der richtigen, westlichen Seite stand. Die Vergangenheit war durch die furchtbaren Verbrechen während der nationalsozialistischen Herrschaft in einer Weise diskreditiert, die eine ideologische Kontinuität unmöglich machte – außer für eine kleine, nun marginalisierte Gruppe. Der „antikommunistische“ Konsens wurde nun auf einen „antitotalitären“ Konsens erweitert. Die neuen Eliten grenzten sich gleichermaßen gegenüber dem Nationalsozialismus und dem Kommunismus ab – stellvertretend dafür stehen die Verbotsurteile des Verfassungsgerichts gegenüber der SRP und der KPD. Durch das Besatzungsregime wurde der Bruch mit dem vorherigen Regime abgesichert und verstärkt. Das Bundesverfassungsgericht war – zumindest im Ergebnis – Teil des antitotalitären Konsenses. Das Verbot der KPD fiel den Richtern außerordentlich schwer – was nicht zuletzt an der langen Verfahrensdauer abzulesen ist. Das heute als illiberal angesehene „Elfes-Urteil“, war zwar weniger eindeutig, als es sich liest, und auch das oft gescholtene „Spiegel-Urteil“

fiel nur knapp für die Exekutive aus. Trotzdem bleibt festzustellen, dass sich das Gericht diesem Konsens nie entgegen stellte, sondern von den politischen Eliten als Verbündeter im Kampf gegen den Kommunismus wahrgenommen wurde. Es lieferte – im Hanson'schen Sinn – sogar selbst die formale Definition dafür, wie Freund und Feind unterschieden werden konnten, d.h., wie man feststellen konnte, wer zur westdeutschen politischen Gemeinschaft dazugehörte, und wer nicht. Die im KPD-Urteil entwickelte Lehre von der „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“, die in „Lüth“ zu einer „Wertordnung“ erhöht wurde, schloss Kommunisten und Neo-Nationalsozialisten aus, die nach einer Beseitigung dieser Ordnung strebten. „Integriert“ wurden alle, die den antitotalitären Konsens mittrugen. Die anderen wurden ausgeschlossen, z.B. durch die berichtigten „Berufsverbote“.

Der ungarische Fall unterscheidet sich fundamental von diesem Szenario. In Ungarn fand – wie von Orbán und anderen FIDESZ-Politikern immer wieder betont wird – kein Bruch mit der Vergangenheit statt. Das neue Regime entstand unter Wahrung der rechtlichen Kontinuität des alten. Nur wenige der alten politischen Eliten verloren ihren gesellschaftlichen Einfluss vollkommen – viele nutzten ihre früheren Funktionen und Netzwerke, um auch in der kapitalistischen Demokratie in Wirtschaft und Politik zu Einfluss zu kommen (Kolosi/Sági, 1999). Der frühere Premier Gyurcsány ist dafür ein gutes Beispiel. Auch in der Bundesrepublik konnten viele nationalsozialistische Funktionsträger und Profiteure des Regimes zu Geld, Amt und Würden kommen. Der Unterschied ist aber, dass sie ihre Vergangenheit verheimlichen oder verfälschen mussten, um der Neudefinition des politisch Akzeptablen zu genügen. In Ungarn war die Mitgliedschaft in der früheren Funktionselite der ungarischen Volksrepublik für die Mitglieder der MSZP kein Makel, zumal dies kein Hindernis war, in der „zweiten Wirtschaft“ als Unternehmer tätig zu sein (Róna-Tas, 1995). Im Gegenteil verstand sich die Partei immer als Erbe der technokratischen Reformer innerhalb der MSZMP, die das Ende des alten Regimes vorbereitet und begleitet hatten. Ideologisch nahm man für sich in Anspruch, die „positiven“ Errungenschaften des Sozialismus zu repräsentieren, wie etwa den Antifaschismus. Ganz materialistisch stellten die Parteikader der MSZP ein Netzwerk aus der ehemaligen Funktionselite dar, das sich gegenseitig protegierte. Die sich daraus ergebende Definition der politischen Gemeinschaft war eine pragmatische: Jeder, der den Status quo nicht gefährdete, durfte Teil der Macht sein. So erklärt sich etwa die Tatsache, dass die Nachfolger der Staatspartei mit den Freidemokraten koalieren konnten, unter denen sich viele Gegner des vorherigen Regimes befanden. Und dies mag auch als Erklärung herangezogen werden für die oft festgestellte Kultur des Konsens, die Ungarn zu Beginn der 1990er Jahre prägte (Seleny, 1999b), bevor sie von einer immer größer werdenden Polarisierung abgelöst wurde (Halmai, 2002c).

Diesem pragmatisch-inklusive Ansatz – der sich auch aus dem Eigeninteresse der früheren Systemfunktionäre erklärt – stand eine völlig andere Sichtweise

gegenüber, die im ungarischen Parteienspektrum von den rechtskonservativen Parteien in unterschiedlicher Radikalität vertreten wird. Sie wird in der Präambel der neuen Verfassung treffend zusammengefasst: Der Kommunismus war, ohne wenn und aber, eine verbrecherische „tyrannische Herrschaft“, die dem ungarischen Volk aufgezwungen wurde. Die Überwindung des Kommunismus war nicht das Werk aufgeklärter technokratischer Eliten, sondern ein Prozess, der von der 1956er Revolution begonnen, aber – bis zum Wahlerfolg der FIDESZ – nie vollendet worden war. Zu einem wirklichen Bruch mit dem Kommunismus gehörte, in dieser Definition des „wahren Ungarns“, dass die Verbrechen der Vergangenheit gesühnt und die Veränderungen der kommunistischen Periode rückgängig gemacht werden. Beide Absichten bedrohten die Interessen der alten Eliten und zerstörten die Grundlage für einen Konsens. Dieser war auch nicht nötig. Im Gegenteil, die Suche nach Ausgleich mit dem politischen Gegner war einer der vielen faulen Kompromisse, die zu überwinden waren. Der Gegner sollte nicht integriert werden, sondern vernichtet.⁴⁴⁹ Die Sozialisten und Liberalen boten eine Definition des Staatsbürgers als Verfassungspatriot: Im Rahmen der geltenden Gesetze möge jeder nach seiner Façon glücklich werden – was den alten Netzwerken erlaubte, die Zustände zu ihren Gunsten zu nutzen. Die Rechtskonservativen dagegen definierten die Zugehörigkeit zur ungarischen Nation ideologisch: Nur diejenigen, die sich zur ungarischen Kultur in einer bestimmten Geschichtsauslegung bekannten, gehörten dazu, die anderen nicht. Die Grenzziehungen verlaufen dabei je nach Partei unterschiedlich. Während FIDESZ/KDNP Werte wie Christentum, Familie, Zugehörigkeit zur ungarischen Kultur und Traditionsbewusstsein betonen, sind für die rechtsradikale Jobbik Juden und Zigeuner⁴⁵⁰ keine Ungarn (Halmai, 2005). Alle rechtskonservativen bis rechtsextremistischen Parteien aber eint der Ausschluss der „Kommunisten“ und die Meinung, dass diese noch nicht genug bestraft wurden. Liberale und zentristische Kräfte wurden in der Radikalisierung der politischen Gegensätze der Jahre nach dem Systemwechsel zerrieben. Ein Grund dafür war die Desillusionierung breiter Bevölkerungsschichten, deren Lebensverhältnisse sich nicht verbesserten, während ständig neue Korruptionsskandale die Legitimation der politischen Elite erschütterten.

Wie fügte sich das ungarische Verfassungsgericht nun in diese ideologische Landschaft ein? Es wird schnell deutlich, dass sich das Gericht mit seinen Entscheidungen in den 1990er Jahren außerhalb dessen gestellt hat, was für die rechtskonservativen bis rechtsextremen Parteien akzeptabel war und ist. Insbe-

449. Das illustrieren auch die verschiedenen Anläufe der FIDESZ-Mehrheit der letzten Zeit, einzelne Politiker oder die MSZP als Gesamtpartei zu kriminalisieren. Siehe MTI 08.12.2012, 11.12.2012; Pester Lloyd 23.11.2011.

450. In Ungarn ist die Bezeichnung „Sinti und Roma“ nicht üblich, die ungarischen „cigány“ bezeichnen sich selbst als „Zigeuner“.

sondere die Verjährungs- und Restitutionsentscheidung sind Teil dessen, was Orbán in seiner „Erklärung zur nationalen Zusammenarbeit“, als „zwei konfuse Jahrzehnte des Überganges“ bezeichnet hat, die dem alten, zu überwindenden System angehörten. Dies bedeutet nicht, dass man eine direkte kausale Beziehung zwischen dem Verhalten des Gerichts in den 1990er Jahren, der ideologischen Grenzziehung der ungarischen Rechten und den Kompetenzeinschränkungen 2010/2011 formulieren kann. Es kann aber erklären, warum es in der herrschenden politischen Elite so wenig Rückhalt für das ungarische Verfassungsgericht gab, obwohl dieses insgesamt relativ ausgewogen zwischen den politischen Lagern judiziert hat. Anders als im deutschen Fall konnte das ungarische Verfassungsgericht nicht an einem Elitekonsens teilnehmen und diesen sogar selbst mitgestalten. Sicherlich bestand in den 1990er Jahren unter den großen Lagern der ungarischen Politik Einigkeit darüber, dass Ungarn nach Europa „zurückkehren“ musste.⁴⁵¹ Dafür nahm man auch in Kauf, vom Verfassungsgericht gerügt und geächtigt zu werden. Spätestens nach dem Beitritt zur Europäischen Union war aber dieses letzte verbindende Ziel entfallen.

451. Vgl. Sólyom, 2002a:17,33; Hankiss, 1994a:35.

Kapitel 7

Rollentheorie, verfassungsgerichtliche Autorität und Demokratisierung

Mauro Cappelletti, ein früher und scharfsinniger Beobachter des weltweiten Aufstiegs der Verfassungsgerichte⁴⁵², hat nicht nur darauf aufmerksam gemacht, dass die Debatten über die Verfassungsgerichtsbarkeit viel über den jeweiligen gesellschaftlichen Kontext verraten, in den sie eingebettet sind (1971:vii). Angesichts ihrer offensichtlichen weltweiten Anziehungskraft bleibt die Verfassungsgerichtsbarkeit für Cappelletti auch nach umfangreichen Studien eine „enigmatic institution“:

It operates principally in states with democratic philosophies; yet it claims the right to frustrate, in certain situations, the will of the majority. Its decisions are often pre-eminently political, yet they are made by men not themselves responsible to the electorate. The theoretical power of the judge of constitutionality is awesome; yet in the end he has “neither sword nor purse” and must depend on others to give his decision meaning. (Cappelletti, 1971:98)

Für Cappelletti liegt der Kern der auch in dieser Arbeit dokumentierten Debatten in dem „mighty problem“ der Verfassungsgerichtsbarkeit, d.h. dem

‘problème formidable’ of the role and democratic legitimacy of relatively unaccountable individuals (the judges) and groups (the judiciary) pouring their own hierarchies of values or ‘personal predilections’ into the relatively empty boxes of such vague concepts as liberty, equality, reasonableness, fairness, and due process (Cappelletti, 1989:150).

Zum Ende dieser Arbeit will ich zusammenfassen, auf welche Weise die in den vorangegangenen Kapiteln enthaltenen Ausführungen dazu beitragen können, die „rätselhafte“ Institution und Cappelletti’s „mighty problem“ in einem empirischen Sinn besser zu verstehen. Dabei steht zunächst die Frage im Vordergrund, ob sich die institutionelle Rollentheorie, die ich in Kapitel 2 und 3 skizziert habe, im Zuge der historisch-empirischen Untersuchung der nachfolgenden Kapitel wirklich als fruchtbar erwiesen hat. Abschließend will ich mich noch einmal dem Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie zuwenden.

452. Siehe insbesondere Cappelletti, 1971 und Cappelletti, 1989.

7.1 Rolle und Legitimität

Ich habe in den theoretischen Kapiteln argumentiert, dass die Beschäftigung mit dem Begriff der Rolle einer sozialwissenschaftlichen Analyse der Verfassungsgerichtsbarkeit zwei Aspekte (wieder) hinzufügt: Sie zwingt dazu, sich mit Erwartungen und Zuschreibungen zu beschäftigen, die bei *rational choice*-Analysen aus dem Blickfeld geraten. Diese Erwartungen und Zuschreibungen sind nämlich durch lokale symbolische Praktiken und diskursive Einbettungen geprägt, die sich nicht deduktiv modellieren,⁴⁵³ sondern nur empirisch rekonstruieren lassen⁴⁵⁴. Dies betrifft vor allem historische Kontinuitäten von Diskursen, symbolischen Praktiken und sozialen Strukturen bzw. deren Brüche. Im Fall von Deutschland wurde deutlich, wie stark die unmittelbare Vergangenheit des nationalsozialistischen Terrors auf der einen, die Konkurrenz der sozialistischen DDR sowie der „antitotalitäre“ Elitenkonsens der 1950er Jahre auf der anderen Seite sich auf das Verfassungsgericht auswirkten. Das Verfassungsgericht war für die maßgeblichen politischen Akteure ein „Hüter der Verfassung“, der die vereinbarte institutionelle Struktur des neuen Staates gegen möglichen Missbrauch durch den politischen Gegner schützen sollte. Dabei konnte das Gericht auf schon eingeführte Begrifflichkeiten und Argumentationsmuster zurückgreifen, die allen Beteiligten aus der Weimarer Republik noch präsent waren. Der Wunsch nach einem Hüter entsprang auch dem Misstrauen gegenüber dem demokratischen politischen Prozess. Dabei mischten sich die alte Autoritäts-, Rechts- und Staatsgläubigkeit mit der entsetzlichen Erfahrung davon, was Mehrheiten Minderheiten antun können. Gleichzeitig aber war das Verfassungsgericht auch eine Verheißung für viele, die nicht nur den Status Quo aufrecht erhalten wollten, sondern sich eine grundlegende Transformation der politischen Kultur auch auf dem Wege der Verfassungsauslegung erhofften. Dabei hatte zunächst niemand die zentrale Stellung im Sinn, die das Verfassungsgericht heute im bundesdeutschen System innehat. Diese ergab sich erst durch die Lernerfahrungen der politischen Akteure darüber, welche Vorteile ihnen das Gericht in seiner Rolle als Schiedsrichter bot. Dies betraf vor allem die Möglichkeit der Opposition, Mehrheitsbeschlüsse zumindest in einigen Fällen zu

453. Siehe als Beispiel die Modellierung der Verfassungsgerichtsbarkeit als principal-agent-problem bei Dyèvre, 2010.

454. Siehe Dyèvre (2010), der eine „general theory of judicial behavior“ verfolgt. Entsprechend der Schlussfolgerungen dieser Arbeit bin ich skeptisch, dass dies gelingen kann. Wenn, wie hier argumentiert wird, Gerichte die unterschiedlichsten Rollen und Funktionen übernehmen können, die mit dem institutionellen Design der Gerichte nicht immer kongruent sind, dann wird uns ein universelles Modell wenig darüber sagen können, was die Richter tun werden, oder warum sie es tun. Wie in anderen Bereichen des sozialen Lebens werden Erklärungen immer eher einem Puzzle gleichen als einem Modell.

Fall zu bringen oder die Mehrheit, die eine Klage fürchten musste, zu Zugeständnissen zu zwingen.

In Ungarn war die diskursive Einbettung der neuen Institution eine völlig andere. Der Kommunismus war als Diktatur präsent, aber nicht als Gewalt- und Unrechtsregime, jedenfalls nicht in dem Maße wie im Fall des Nationalsozialismus. Entsprechend konnte sich eine Vorstellung vom Verfassungsgericht als eine Art „Heilsbringer“ nicht entwickeln, nicht zuletzt, weil das Gericht ein Vorschlag aus dem Lager der Reformkommunisten war und zunächst auf großes Misstrauen der demokratischen Opposition stieß. Jedenfalls schien die Verfassungsgerichtsbarkeit den politischen Gegenspielern ein geeignetes Instrument, sich gegenseitig in Schach zu halten. Zusätzlich erhofften sich Reformkommunisten und Oppositionelle gleichermaßen eine Modernisierung des Rechtssystems durch die rasche Abschaffung verfassungswidrigen alten Rechts durch das Gericht. Die Rolle des „Gründers“ war im Fall des ungarischen Gerichts selbstgewählt. Sie wurde – vor allem während der Beitrittsphase zur Europäischen Union – mehr toleriert als herbeigesehnt und erscheint, zumindest aus heutiger Sicht, weitaus weniger wirkmächtig als diejenige des Bundesverfassungsgerichts. Die teilweise Demontage des ungarischen Gerichts in der neuen Verfassung legt davon Zeugnis ab. Diese Entwicklung war nicht zwangsläufig, sondern ist einer Reihe von Faktoren zu verdanken, die mit dem Verfassungsgericht selbst nichts zu tun haben. Trotzdem scheint die Kritik an den Kompetenzbeschränkungen im Ausland stärker zu sein als in Ungarn selbst, was darauf hinweist, wie schwach die Position des Gerichts im Moment ist.

Was hat die Nutzung des Rollenbegriffs in der vergleichenden Analyse der ungarischen und deutschen Entwicklung gebracht? Der Erkenntnisgewinn wird deutlich, wenn wir sowohl die „theatralische“ als auch die „soziologische“ Herkunft ernst nehmen: Im Theater ist die Geschichte wichtig, innerhalb derer eine Rolle gespielt wird. Ebenso kommt es darauf an, dass der Schauspieler seine Rolle so spielt, dass er das Publikum überzeugt. Schauspieler können sich die Geschichte und die Rolle, die sie darin spielen sollen, in den meisten Fällen nicht aussuchen. Sie können diese Geschichte aber neu erzählen und ihre Rolle darin erheblich verändern. Dies gelingt oder scheitert immer in Beziehung auf die Erwartungen des Publikums und dessen Bereitschaft, diese Modifikationen zu akzeptieren. Ganz offensichtlich ist es dem Bundesverfassungsgericht besser als dem ungarischen Gericht gelungen, seine ihm ursprünglich zgedachte Rolle zu verändern und diese Neuinterpretation aufrechtzuerhalten. Wie bereits gleich zu Anfang gesagt wurde, erklärt das Konzept der Rolle diesen Unterschied nicht. Es ist kein sozialwissenschaftliches Modell, aus dem Hypothesen abgeleitet werden können. Stattdessen bringt es den Beobachter dazu, sich die Interaktionen zwischen „Schauspielern“ und „Publikum“ anzusehen. Die Grenze der Theaterbegrifflichkeit liegt, wie ich weiter gezeigt habe, unter anderem darin, dass es im Theater nur ein Publikum gibt, in der sozial, funktional und

medial stratifizierten gesellschaftlichen Wirklichkeit dagegen mehrere Teilöffentlichkeiten, die dazu noch sehr verschieden sind. Ich habe in dieser Arbeit die juristischen, politischen, zivilgesellschaftlichen und internationalen Teilöffentlichkeiten unterschieden und das Zusammenspiel zwischen ihnen und dem Gericht sowie untereinander untersucht.

Der zweite Aspekt steht mit der „soziologischen“ Herkunft des Rollenbegriffs in Verbindung, verweist aber auch auf die idealtypischen Unterscheidungen, die ich im dritten Kapitel entwickelt habe. In seinen Bemerkungen zum „Mighty Problem“ der Verfassungsgerichtsbarkeit bringt Mauro Cappelletti (1989:150-151) seine Zweifel daran zum Ausdruck, dass es möglich sei, die Grenze zwischen legitimer verfassungsgerichtlicher Intervention und übermäßigem Aktivismus in abstrakt-genereller Weise zu bestimmen:

The solution to the ‘mighty problem’, and to the host of questions, doubts, and challenges that are connected to the phenomenon of judicial review, can only be a relative solution, determined by contingent variables such as a given society’s history and traditions, the particular demands and aspirations of that society, its political structures and processes, and the kind of judges it has produced.

Vielleicht hat die von Cappelletti behauptete Unmöglichkeit, universelle normative Standards für die Verfassungsgerichtsbarkeit zu definieren, auch mit der Tatsache zu tun, dass Verfassungsgerichte immer gleichzeitig verschiedene Rollen spielen, die in idealtypischer Weise antagonistisch angelegt sind, wie ich es im dritten Kapitel beschrieben habe. Es ist, so war meine Argumentation, unmöglich, gleichzeitig zu „hüten“, zu „richten“ und zu „gründen“, weil die verschiedenen Tätigkeiten im Rahmen unterschiedlicher Rollen stattfinden, die mit wechselnden Erwartungen aus unterschiedlichen Öffentlichkeiten verknüpft sind. Ständige Rollenwechsel und -konflikte sind die Folge, die in einer Serie von Urteilen, aber auch innerhalb eines einzelnen Urteils sichtbar werden können. Dies könnte eine Ursache (von vielen) dafür sein, dass der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit grundsätzlich nicht auflösbar ist und uns auf absehbare Zeit weiter beschäftigen wird.

Die „soziologische“ Genealogie des Rollenbegriffs hat aber noch andere Implikationen, die sich in der weiteren Forschung fruchtbar einsetzen lassen. Wie ich dargestellt habe, beschreibt das Rollenkonzept einen Mechanismus der Verhaltensstabilisierung. Es fasst verschiedenartige Erwartungen zusammen, die an den Rollenträger gerichtet werden. Diese „erwarteten Erwartungen“ (Luhmann) wirken sich auf das Verhalten des Rollenträgers aus: Der Träger einer Rolle kann erwarten, dass rollenkonformes Verhalten dazu führt, dass die mit der Rolle verbundenen Herrschaftspositionen anerkannt werden, in anderen Worten, dass seine Herrschaft als „legitim“ angesehen wird. Dies gilt grundsätzlich nur so lange, wie er glaubhaft machen kann, innerhalb seiner Rolle zu verbleiben. Allerdings haben wir gesehen, dass die Verfassungsgerichte der Bundesrepublik in den 1950ern und Ungarns in den 1990ern in sie gesetzte Erwartungen enttäu-

schen konnten, ohne dass dies unmittelbar Konsequenzen hatte. Dabei ging es nicht nur darum, dass Teile der Teilöffentlichkeiten einzelne Urteile falsch fanden, sondern dass diese Urteile ein Rollenbild formten, das diese Beobachter als illegitim ansahen. Für die Frage, ob oder zu welchem Zeitpunkt Sanktionen erfolgten, war das Verhalten des Gerichts nicht unmittelbar entscheidend. Das letzte Kapitel hat gezeigt, dass dafür ein Geflecht aus Kontextfaktoren (Richterpersönlichkeiten, institutionelles Design, internationale und nationale Öffentlichkeiten, Wahlergebnisse und historischer Hintergrund) verantwortlich war.

7.2 Rollentheorie und Demokratie

Die Frage der Beziehung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie, die in vielen anderen Untersuchungen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Mittelpunkt steht, wurde in dieser Arbeit nur am Rande behandelt. Ich habe vor allem die Diskurse über Cappelletti's „mighty problem“ dargestellt, ohne sie im Einzelnen normativ zu bewerten. Abschließend will ich diesen Zusammenhang noch einmal aufgreifen und entlang der in dieser Arbeit entwickelten Rollenmodelle analysieren.

Das größte Problem ist zunächst, dass eine konsentrierte Definition darüber, was „Demokratie“ eigentlich ist oder ausmacht, bisher fehlt und dies wohl auch so bleiben wird.⁴⁵⁵ Das Spektrum von Demokratiedefinitionen geht von solchen, die sich als empirisch und formal verstehen⁴⁵⁶ bis hin zu solchen, die Demokratie stark normativ aufladen.⁴⁵⁷ Ein Vergleich der Länder, die sich als „demokratisch“ verstehen, zeigt, dass das Demokratieprinzip keine unumstrittenen Organisationsformen für die angemessene Repräsentation und prozedurale Verarbeitung von Präferenzen generieren kann. Es genügt, die zahlreichen Wahl- und Regierungssysteme in etablierten Demokratien zu betrachten, um zu erkennen, wie stark diese historischen Zufälligkeiten geschuldet sind und in anderen sozio-kulturellen Kontexten als völlig unangemessen angesehen werden.

[D]ie politischen Institutionen westlicher Demokratien [variieren] in so vielen Merkmalen, daß es aussichtslos erscheint, aus den Befunden der vergleichenden Regierungslehre und des vergleichenden Verfassungsrechts zu einer induktiven Schlußfol-

455. Eine Übersicht zu den unterschiedlichsten Demokratiedefinitionen bieten Schmidt, 2000 und Lembcke/Ritzi/Schaal, 2012.

456. Zum Beispiel Schumpeters berühmte prozedurale Definition der demokratischen Methode als „that institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people's vote“ (Schumpeter, 1947:269).

457. Siehe etwa Sabrina Ramets Definition von Demokratie als institutionalisierter Toleranz (Ramet, 1997).

gerung über die größere oder geringere Legitimationskraft bestimmter Lösungen zu kommen. (Scharpf, 2004)

Deutlich wird dies etwa im Unterschied zwischen föderalen und nicht föderalen Systemen. Erstere brechen, wie man am Beispiel der Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik sieht, ein wesentliches Element demokratischer Herrschaft, das mit dem Prinzip „one man one vote“ beschrieben wird und die Gleichheit jedes Staatsbürgers bei der Beeinflussung der öffentlichen Willensbildung bezeichnet.⁴⁵⁸ Unmittelbar damit verbunden ist die Durchbrechung des wohl unumstritten mit dem Demokratieprinzip verbundenen Mehrheitsprinzips nicht nur durch föderale Institutionen, sondern auch durch Minderheitsrechte, fixe Legislaturperioden, rechtlich gesicherte Entscheidungskompetenzen und durch viele andere Merkmale der modernen Demokratie, die sich nicht länger auf dem Markplatz und durch persönliche Abstimmungen organisieren lässt.⁴⁵⁹

Dies alles kann hier nicht ausgeführt werden, macht aber deutlich, wie schwierig es ist, den Gegensatz eindeutig zu operationalisieren, der zwischen den Legitimitäts- und Funktionsprinzipien der Demokratie und denen der Verfassungsgerichtsbarkeit besteht. Die im dritten Kapitel ausgearbeiteten Rollenmodelle können vielleicht dazu beitragen, die analytische Verwirrung, die in dieser Frage oftmals herrscht, zumindest in empirischer Hinsicht zu klären. Die normativen Paradoxien können sie nicht auflösen. So verteidigt das Gericht als „Hüter“ Verfassungsnormen, die mit Mehrheit beschlossen und dem politischen Tagesgeschäft übergeordnet wurden, sowohl gegen den Machtmissbrauch einzelner Politiker als auch gegen nachfolgende parlamentarische und gesellschaftliche Mehrheiten.⁴⁶⁰

Als Schiedsrichter kann das Gericht flexibel auf Konflikte innerhalb der Gesellschaft oder zwischen Staat und Individuum reagieren. Oftmals gibt die Verfassung auf die Rechtsfrage, in die ein Konflikt transformiert wurde, keine oder nur eine sehr undeutliche Antwort. Während der Konfliktbearbeitung gibt die Antwort des Gerichts der Verfassung eine Bedeutung, die sich nicht mit den ursprünglichen Absichten der Verfassungsgeber decken muss, sondern vor allem auf die Anerkennung durch die verschiedenen Teilöffentlichkeiten abzielt. Ein aus heutiger Sicht sehr erfolgreicher Weg, diese Anerkennung zu erreichen, scheint die Darstellung der richterlichen Prüfung als Rationalitätskontrolle: In

458. Zur vergleichenden Föderalismusforschung siehe z.B. Harbo, 2005.

459. Interessant ist in diesem Zusammenhang der Versuch der „Piratenparteien“, die Funktionsweise der griechischen Agora über die Möglichkeiten moderner Kommunikationstechnologie auch in der modernen Massengesellschaft zur Geltung zu bringen. Ob dies gelingen kann, ist eine andere Frage.

460. Siehe zum Paradox, dass demokratische Mehrheiten über Verfassungsbestimmungen spätere Mehrheiten binden können, die Beiträge des mittlerweile klassischen Sammelbands von Elster und Slagstad (1988).

dieser Darstellung legen die Konfliktparteien vor Gericht ihre Interessen dar, das Gericht überprüft in dann transparenter, argumentativer Weise, ob die vorliegende gesetzliche Lösung in rationaler Weise die Interessen miteinander versöhnen kann, und verwirft sie, wenn das nicht der Fall ist. Dies schließt an Kelsens Vorstellung an, dass das Gericht eine „Interessensabwägung“ vornehmen soll (siehe 3.1.1). Der Aufstieg des Verhältnismäßigkeitsprinzips steht wohl in diesem Zusammenhang.⁴⁶¹ Dies ist demokratieverträglich, wenn man mit Kelsen davon ausgeht, dass Demokratie eben nicht nur die bloße Entscheidung der Mehrheit ist. Eine solche Tyrannei der Mehrheit ist auf Dauer nicht lebensfähig. Sie führt im besten Fall zu einer extrem polarisierten Gesellschaft, in der sich wechselnde Mehrheiten gegenseitig bekriegen – vielleicht ist das derzeitige Ungarn dafür ein gutes Beispiel. Schlimmstenfalls führt kompromisslose Mehrheitsherrschaft zum Bürgerkrieg, wie es die traurige Geschichte vieler postkolonialer Staaten Afrikas gezeigt hat. Stattdessen zeigt die empirische Beobachtung demokratischer Staaten, dass das Mehrheitsprinzip durch den ständigen Zwang zu Kompromissen gemäßigt werden muss.⁴⁶² Der Schiedsrichter kann die Funktion erfüllen, zu solchen politischen Kompromissen zu gelangen; seine diesbezügliche Rolle wird anerkannt und verschafft ihm Legitimität. Allerdings sind die Grenzen dieser Rolle nur schwer zu fassen und politischen Mehrheiten kaum zugänglich – was dann zu Anfechtungen der Legitimitätsbehauptung führt.

Dies gilt in noch viel stärkerem Maße für die in dieser Arbeit untersuchte Rolle des Verfassungsgerichts als „Gründer“ in der Transformationsperiode, der Verfassungswerte bestimmt und durchsetzt.⁴⁶³ Wenn man davon ausgeht, dass keine juristische Methode existiert, die solche Werte anfechtungsfrei aus dem Text der Verfassung herauspräparieren kann, verträgt sich diese Rolle mit der Demokratietheorie nur sehr schlecht. Natürlich kann man die etwa in Meinungsumfragen dokumentierte Unterstützung der Bevölkerung als nachträgliche demokratische Legitimation verstehen. Umgekehrt könnte der immer drohende Entzug dieser Unterstützung als Kontrolle und Grenze verfassungsgerichtlicher Willkür verstanden werden. Im Übrigen kann sich das Gericht als „Gründer“ auf Output-Legitimation stützen, d.h. die (nachträgliche) Anerkennung der Ergebnisse ihrer Gründungsleistung.⁴⁶⁴

461. Siehe hierzu Schlink, 2001; Grimm, 2007; Stone Sweet/Mathews, 2008; Engle, 2012.

462. Dies betont auch Max Weber in seinem Vortrag zu „Politik als Beruf“ (Weber, 1994).

463. Das entsprechende Rollenmodell in der konsolidierten Demokratie würde eine separate Untersuchung erfordern.

464. Dies verbindet die Verfassungsgerichtsbarkeit mit anderen potentiell nicht- oder antimajoritären Institutionen wie unabhängigen Zentralbanken oder den Strukturen der Europäischen Union. Siehe hierzu Thatcher/Stone Sweet, 2002.

Die in dieser Arbeit vorgelegte Diagnose einer unauflösbaren Spannung zwischen den verschiedenen Rollen der Verfassungsgerichtsbarkeit ist aus Sicht der normativen Demokratietheorie sicherlich unbefriedigend. Die Debatte wird weitergehen müssen, und sie wird sich nicht nur in jeder Gründungsphase post-autoritärer Staaten immer neu stellen, sondern auch in den etablierten, stetigem Verfassungswandel unterworfenen Demokratien. Ein Ziel dieser Arbeit war, zu zeigen, dass diese Debatte immer auch aus einer soziologischen Sicht geführt werden muss, die den zeithistorischen und gesellschaftlichen Kontext im Blick hat. „Königswege“ existieren genauso wenig wie universell einsetzbare Modelle. Es bleibt also spannend zu beobachten, welche Rollen Verfassungsgerichte in politischen Umbruchsituationen noch spielen werden.

Internetquellen aus Kapitel 6

- Constitutional Court of the Republic of Hungary (5.11.2010): „Press Release on the modification of the Constitutional Court’s fields of competence“. http://www.mkab.hu/index.php?id=press_release_on_the_modification_of_the_constitutional_court_s_fields_of_competence (letzter Zugriff: 22.1.2011).
- Hajnalka, Joó (29.3.2011): „A Fidesz vezetősége az alaptörvény módosításáról“, in: origo.hu. <http://www.origo.hu/itthon/20110328-a-fidesz-vezetosege-az-alaptorveny-modositasarol.html> (letzter Zugriff: 20.11.2011).
- Hungarian Voice (22.10.2011): „Verfassungsrichter István Stumpf kritisiert die Beschränkung der Kompetenzen des Gerichts“, in: Hungarian Voice – Ungarn News Blog. <https://hungarianvoice.wordpress.com/2011/10/22/verfassungsrichter-istvan-stumpf-kritisiert-die-beschränkung-der-kompetenzen-des-gerichts/> (letzter Zugriff: 22.10.2011).
- (27.10.2010): „Der Sündenfall: Fidesz-Fraktionsvorsitzender reitet Angriff auf das Verfassungsgericht“, in: Hungarian Voice – Ungarn News Blog. <http://hungarianvoice.wordpress.com/2010/10/27/fidesz-fraktionsvorsitzender-reitet-angriff-auf-das-verfassungsgericht/> (letzter Zugriff: 2.12.2011).
- (16.11.2010): „Befugnisse des Verfassungsgerichts beschränkt, modifiziertes Strafsteuergesetz beschlossen“, in: Hungarian Voice – Ungarn News Blog <https://hungarianvoice.wordpress.com/2010/11/16/befugnisse-des-verfassungsgerichts-beschränkt-modifiziertes-strafsteuergesetz-beschlossen/> (letzter Zugriff: 26.11.2010).
- index.hu (7.1.2012): „Schmitt Pál állja a szavát“. http://index.hu/belfold/2012/01/07/schmitt_pal_allja_a_szavat/ (letzter Zugriff: 23.1.2012).
- (14.5.2012): „A Fidesz nem ilyen ombudsmant akart“. http://index.hu/belfold/2012/05/14/homokszem_a_gepezetben/ (letzter Zugriff: 9.6.2012).
- Kispál, Gergely (2.11.2010): „Rechtsempfinden versus Verfassung“, in: Budapesti Zeitung http://www.budapester.hu/index2.php?option=com_content&task=view&id=6975&pop=1&page=0&Itemid=26 (letzter Zugriff: 26.11.2010).
- Kovács, Áron (12.3.2011): „Az új alkotmányban is fenntartaná a Fidesz az Alkotmánybíróság jogkörének szűkítését [We paid the price – said the Fidesz about returning the Constitutional Courts’ power]“. <http://www.origo.hu/itthon/20110311-az-uj-alkotmanyban-is-fenntartana-a-fidesz-az-alkotmanybirosag-jogkorenek.html> (letzter Zugriff: 20.11.2011).
- MKAB (28.10.2010): „Közlemény“. http://www.mkab.hu/index.php?id=2010__oktober_28 (letzter Zugriff: 26.11.2011).
- (18.2.2011): „8/2011. (II. 18.) AB határozat (Dismissal of government official dismissals, English Summary)“. http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis_ongoing/eng/eur/hun/hun-2011-2-005 (letzter Zugriff: 26.11.2011).
- (22.3.2011): „Paczolay Péter, az Alkotmánybíróság elnöke beszédet mondott az Országgyűlésben az új alkotmányról szóló javaslat vitájában (Speech by Paczolay Peter, President of the Constitutional Court, delivered in Parliament during the debate on the proposed new constitution)“. http://www.mkab.hu/index.php?id=2011__marcius_22 (letzter Zugriff: 12.12.2011).
- (10.5.2011): „37/2011 (V. 10.) AB határozat (Retroactive Tax Case II, English summary)“. http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis_ongoing/eng/eur/hun/hun-2011-2-004 (letzter Zugriff: 26.11.2011).
- mno.hu (26.10.2010): „Lázár: A régi alkotmány nem képes az embereknek megfelelni [Lázár: The old constitution is not good enough for the people]“. http://mno.hu/belfold/lazar_a_regi_alko

- tmány_nem_kepes_az_embereknek_megfelelni-193646 (letzter Zugriff: 20.11.2011).
- MTI (13.10.2011): „Stumpf István szerint senki sem veheti el az Alkotmánybíróságtól az alkotmány értelmezésének monopóliumát [István Stumpf: The constitutional court has the monopoly of constitutional interpretation]“: <http://www.origo.hu/itthon/20111013-stumpf-istvan-szerint-senki-sem-veheti-el-az-alkotmanybirosagtol-az.html> (letzter Zugriff: 25.11.2011).
- (20.10.2010): „Socialists back new constitution on three conditions“: <http://www.politics.hu/20101020/socialists-back-new-constitution-on-three-conditions/> (letzter Zugriff: 28.11.2011).
- (29.10.2010a): „Laws should fit life, constitution “old”, says Varga“: <http://www.politics.hu/20101029/laws-should-fit-life-constitution-old-says-varga/> (letzter Zugriff: 22.11.2011).
- (29.10.2010b): „Orbán is kiáll az Alkotmánybíróság jogkörének korlátozása mellett [Orban has also advocated limiting the scope of the Constitutional Court]“: <http://www.origo.hu/itthon/20101029-orban-is-kiall-az-alkotmanybirosag-jogkorenek-korlatozasa-mellelt.html> (letzter Zugriff: 20.11.2011).
- (3.11.2010): „Constitutional change serves electorate’s will, says Lázár“: <http://www.politics.hu/20101103/constitutional-change-serves-electorates-will-says-lazar/> (letzter Zugriff: 22.11.2011).
- (10.2.2011): „Fidesz official calls on opposition to present own constitution drafts“: <http://www.politics.hu/20110210/fidesz-official-calls-on-opposition-to-present-own-constitution-drafts/> (letzter Zugriff: 28.11.2011).
- (16.3.2011): „Opposition slams new constitution draft; drafters criticize opposition for refusing to participate“: <http://www.politics.hu/20110316/opposition-slams-new-constitution-draft-drafters-criticize-opposition-for-refusing-to-participate/> (letzter Zugriff: 28.11.2011).
- (6.5.2011): „Constitutional Court annuls retroactive effect of severance pay tax“: http://www.bbj.hu/politics/constitutional-court-annuls-retroactive-effect-of-severance-pay-tax_57624 (letzter Zugriff: 23.11.2011).
- (9.5.2011): „Fidesz says top court ruling on severance pay tax runs counter to Hungary’s interests“: <http://www.politics.hu/20110509/fidesz-says-top-court-ruling-on-severance-pay-tax-runs-counter-to-hungarys-interests/> (letzter Zugriff: 22.11.2011).
- (8.12.2011): „Parliamentary subcommittee proposes criminal investigation of Gyurcsány for growth in public debt during former PM’s term“: <http://www.politics.hu/20111208/parliamentary-subcommittee-proposes-criminal-investigation-of-gyurcsany-for-growth-in-public-debt-during-former-pms-term/> (letzter Zugriff: 8.12.2011).
- (11.12.2011): „European Social Democrats reject attempt to “criminalize” Hungary’s Socialists, say party not culpable for Communist crimes“: <http://www.politics.hu/20111211/european-social-democrats-reject-attempt-to-criminalize-hungarys-socialists-say-party-not-culpable-for-communist-crimes/> (letzter Zugriff: 12.12.2011).
- origo.hu (5.11.2010): „Lengyel lapokban állt ki az Ab korlátozása mellett az eddig hallgató Navracsecs [Navracsecs defended the restrictions of the Constitutional Court in Poland]“: <http://www.origo.hu/itthon/20101105-lengyel-lapokban-allt-ki-az-ab-korlatozasa-mellelt-az-eddig.html> (letzter Zugriff: 20.11.2011).
- (9.11.2010): „Lázár szerint ideiglenes megoldás az Ab korlátozása [According to Lázár the limitation of CC is a temporary solution]“: <http://www.origo.hu/itthon/20101109-lazar-szerint-ideiglenes-megoldas-az-ab-korlatozasa.html> (letzter Zugriff: 20.11.2011).
- Pester Lloyd (15.3.2010): „Die künftige ungarische Regierungspartei Fidesz stellt ihr Wahlprogramm vor“: http://www.pestlerloyd.net/2010_11/11fideszprogramm/11fideszprogramm.html (letzter Zugriff: 2.12.2011).
- (25.5.2010): „Viktor Orbán und der Versuch der nationalen Gleichschaltung in Ungarn“: http://www.pestlerloyd.net/2010_21/21parlamentV/21parlamentiv.html (letzter Zugriff:

30.11.2011).

- (27.10.2010): „Kasachische Zustände - Ungarische Regierung entmachtet Verfassungsgericht“. http://www.pestlerloyd.net/2010_43/43verfassungsgericht/43verfassungsgericht.html (letzter Zugriff: 3.12.2011).
- (29.10.2010): „Demo gegen Entmachtung des Verfassungsgerichts in Ungarn“. http://www.pestlerloyd.net/2010_43/43demoverfassung/43demoverfassung.html (letzter Zugriff: 26.11.2010).
- (23.11.2011): „Ungarn auf dem Weg zum ‚Sozialistengesetz‘“. http://www.pestlerloyd.net/2011_47/47sozialistengesetz/47sozialistengesetz.html (letzter Zugriff: 26.11.2011).

Literatur

- Ackerman, Bruce A. (1992): *The future of liberal revolution*. New Haven: Yale University Press.
- (1997): „The Rise of World Constitutionalism“. In: *Virginia Law Review*, 83(4), S. 771-797.
- Adorno, Theodor W. (1973): *Studien zum autoritären Charakter*. Übersetzt von Weinbrenner, Milli. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Ágh, Attila (1996): „The strength of Hungary’s weak president“. In: *Transition (Prague)*, (Dec. 13th), S. 24.
- Ágh, Attila/Sándor Kurtán (2001) (Hg.): *Democratization and Europeanization in Hungary: The Second Parliament (1994-1998)*. Budapest: Hungarian Centre for Democracy Studies.
- Akehurst, Michael (1976): „Equity and General Principles of Law“. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, 25(4), S. 801-825.
- Albert, Gert u.a. (2003) (Hg.): *Das Weber-Paradigma : Studien zur Weiterentwicklung von Max Webers Forschungsprogramm*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Alexander, Jeffrey C./Paul Colomy (1985): „Toward Neo-Functionalism“. In: *Sociological Theory*, 3(2), S. 11-23.
- Alford, Roger P. (2004): „Misusing International Sources to Interpret the Constitution“. In: *The American Journal of International Law*, 98(1), S. 57-69.
- Alivizatos, Nicos (1995): „Judges as Veto-Players“. In: Herbert Döring (Hg.): *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*. Frankfurt a.M.: Campus, S. 566-591.
- Almond, Gabriel A./Sidney Verba (1963): *The Civic Culture*. Princeton: Princeton University Press.
- Arato, Andrew (1994): „Constitution and Continuity in the East European Transitions. Part Two: The Hungarian Case“. In: *Constellations*, 1(2), S. 306.
- Arato, Andrew/Gábor Halmai/János Kis (2011) (Hg.): *Opinion on the Fundamental Law of Hungary*.
- Arendt, Hannah (1955): *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt.
- Arndt, Adolf (1962): „Begriff und Wesen der öffentlichen Meinung“. In: Martin Löffler (Hg.): *Die öffentliche Meinung : Publizistik als Medium und Faktor der öffentlichen Meinung*. München: Beck, S. 1-19.
- Babus, Endre (1999): „The Superego of the Transformation. The First Eight Years of the Constitutional Court“. In: *The Hungarian Quarterly*, 153(4), S. 3.
- (2002): Interview, 26.2.2002. HVG-Redaktionsgebäude, Budapest.
- (1990): „Szaltó mortale. Halálbüntetés elölése“. In: *HVG*, November 3 1990, S. 89.
- Baer, Susanne (2011): *Rechtssoziologie : eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*. Baden-Baden: Nomos.
- Bailey, Michael A./Forrest Maltzman (2011): *The constrained court : law, politics, and the decisions justices make*. Princeton: Princeton University Press.
- Baldus, Manfred (2005): „Frühe Machtkämpfe. Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts“. In: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.): *Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 237-248.
- Bandes, Susan (2008): „The Heart Has its Reasons: Examining the Strange Persistence of the American Death Penalty“. In: *Studies in Law, Politics and Society*, 42, S. 21-52.

- Baring, Arnulf (1969): Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie. München: Oldenbourg.
- Barry, Donald D. (1992) (Hg.): Toward the ‚rule of law‘ in Russia? Political and legal reform in the transition period. Armonk, N.Y.: M.E. Sharpe.
- Bartlett, David L. (1997): The Political Economy of Dual Transformation. Market Reform and Democratization in Hungary. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Baum, Lawrence (2006): Judges and their audiences. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.
- BBC (1992): „Reaction to Constitutional Court ruling: MDF calls court verdict ‚morally unacceptable““. In: BBC Summary of World Broadcasts, March 7 1992.
- (1995): „Opposition slates government for statement on court ruling“. In: BBC Summary of World Broadcasts, Sep. 18th 1995.
- Becker, Michael/Ruth Zimmerling (2006) (Hg.): Politik und Recht. Wiesbaden: VS, Verlag für Sozialwissenschaften.
- Benda, Ernst (1983): „Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen“. In: Die öffentliche Verwaltung, 36(8), S. 305-310.
- (2001): „Das Jahrhundert der Verfassungsgerichtsbarkeit“. In: Rechtshistorisches Journal, 19, S. 549 - 553.
- Bendix, Reinhard (1963): „Concepts and Generalizations in Comparative Sociological Studies“. In: American Sociological Review, 28(4), S. 532-539.
- Bibó, István (1992): Die Misere der osteuropäischen Kleinstaateri. Frankfurt am Main: Verlag Neue Kritik.
- Bickel, Alexander M. (1962): The least dangerous branch : the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Biddle, B. J. (1986): „Recent Developments in Role Theory“. In: Annual Review of Sociology, 12(1), S. 67-92. DOI 10.1146/annurev.so.12.080186.000435.
- Blankenburg, Erhard (1995): Mobilisierung des Rechts : eine Einführung in die Rechtssoziologie. Berlin: Springer.
- Blankenburg, Erhard/Hubert Treiber (1982): „Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“. In: Juristenzeitung, 37(15/16), S. 543-551.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1967): Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat. München: Kösel.
- (1976): „Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts“. In: Staat, Gesellschaft, Freiheit. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 67-67.
- (1990): Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz. München-Nymphenburg: Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung.
- (1992): „Grundrechte als Grundsatznormen : Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“. In: Staat, Verfassung, Demokratie : Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 159-199.
- Bommarius, Christian (2009): Das Grundgesetz : eine Biographie. 2. Aufl., München: Rowohlt.
- Bonacker, Thorsten/Peter Imbusch (2006): „Zentrale Begriffe der Friedens- und Konfliktforschung: Konflikt, Gewalt, Krieg, Frieden“. In: Peter Imbusch/Ralf Zoll (Hg.): Friedens- und Konfliktforschung: Eine Einführung: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 67-142.
- Bora, Alfons (2003): „Politik und Recht. Krisen der Politik und die Leistungsfähigkeit des Rechts“. In: Armin Nassehi/Markus Schoer (Hg.): Der Begriff des Politischen (Soziale Welt - Sonderband 14). Baden-Baden: Nomos, S. 189-216.
- Bork, Robert H. (2003): Coercing virtue : the worldwide rule of judges. Washington, D.C: AEI Press.
- (1985): „Styles in Constitutional Theory“. In: South Texas Law Review, 26(3), S. 383-395.
- Bornemann, Basil (2007): „Politisierung des Rechts und Verrechtlichung der Politik durch das Bun-

- desverfassungsgericht?“. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 28(1), S. 75 - 95.
- Boulanger, Christian (1999): Sozialgeschichtliche Bedingungsfaktoren des post-sozialistischen Rechtsstaats in Ungarn und der Slowakei am Beispiel der Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine historisch-vergleichende Studie zur Rechtstransformation in osteuropäischen Gesellschaften. Berlin: Freie Universität Berlin.
- Boulanger, Christian (2002) (Hg.): Recht in der Transformation. Rechts- und Verfassungswandel in Mittel- und Osteuropa. Berlin: Berliner Debatte Wissenschaftsverlag.
- Bourdieu, Pierre (1987): „The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field“. In: Hastings Law Journal, S. 814-853.
- Bozóki, András (2002) (Hg.): The Roundtable Talks of 1989 : The Genesis of Hungarian Democracy. Budapest: Central European University Press.
- Braun, Dietmar (1999): Theorien rationalen Handelns in der Politikwissenschaft. Eine kritische Einführung. Opladen: Leske + Budrich.
- Breuer, Stefan (1991): Max Webers Herrschaftssoziologie. Frankfurt a.M.: Campus.
- Brodocz, André (2006): „Balancen der Macht. Über die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts in den 1950er Jahren“. In: Hans Vorländer (Hg.): Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- (2009): Die Macht der Judikative. Wiesbaden: VS-Verlag.
- Brohm, Winfried (2001): „Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie“. In: Neue Juristische Wochenschrift, 54(1), S. 1-9.
- Brunner, Georg (1981): „Die Verfassungsentwicklung in Ungarn seit der Verfassungsrevision von 1972“. In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 30, S. 279-344.
- (1987): „Marbury vs. Madison in Warschau und Budapest?“. In: Recht in Ost und West, S. 325-339.
- (1992): „Meilenstein auf dem Weg in die Rechtsstaatlichkeit“. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 30. Juni 1992, S. 12.
- (1993a): „Die Verfassungsordnung“. In: Georg Brunner (Hg.): Ungarn auf dem Weg zur Demokratie: Von der Wende bis zur Gegenwart. Bonn: Bouvier, S. 42.
- (1993b): „Zweieinhalb Jahre ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit“. In: Der Staat, 32(1), S. 287-315.
- (1995): „Vier Jahre ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit“. In: Georg Brunner/László Sólyom (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn. Baden-Baden: Nomos, S. 13.
- (1999): „Privatisierung in Osteuropa-eine typologische Skizze“. In: Osteuropa-Recht, 45(1), S. 2-17.
- (2000a): „Rechtshistorisches Vorwort“. In: Osteuropa-Recht, 46(3-4), S. 210-214.
- (2000b): „Structure and Proceedings of the Hungarian Constitutional Judiciary“. In: László Sólyom/Georg Brunner (Hg.): Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court. Ann Arbor: University of Michigan, S. 65.
- Brunner, Georg/Gábor Halmai (1995): „Die juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Ungarn“. In: Georg Brunner (Hg.): Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland. Berlin: Berlin Verlag Arno Spitz.
- Brunner, Georg/Herbert Küpper (2003): „Der Einfluß des deutschen Rechts auf die Transformation des ungarischen Rechts nach der Wende durch Humboldt-Stipendiaten: Das Beispiel Verfassungsgericht“. In: Holger Fischer (Hg.): Auswirkungen der deutsch-ungarischen Wissenschaftsbeziehungen. Hamburg: Zentrum für Hungarologie im Institut für Finnougristik/Uralistik der Universität Hamburg.
- Brunner, Georg/László Sólyom (1995): Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn. Baden-Baden: Nomos.
- Bryde, Brun-Otto (1982): Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der

- Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden: Nomos.
- (1999): „Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Rechtssoziologie“. In: Jürgen Brand/Dieter Stempel (Hg.): *Soziologie des Rechts*. Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, S. 47-67.
- (2000): „Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen“. In: Joachim Jens Hesse/Gunnar Folke Schuppert/Katharina Harms (Hg.): *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*. Baden-Baden: Nomos, S. 197-210.
- (2003): „The Internationalization of Constitutional Law“. In: Thomas Groß (Hg.): *Legal Scholarship in International and Comparative Law*. Frankfurt am Main: Peter Lang, S. 191.
- (2005): „The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue“. In: *Tulane Law Review*, 80, S. 203.
- Bugaric, Bojan (2001): „Courts as policy-makers: lessons from transition“. In: *Harvard international Law Journal*, 42(1), S. 247-288.
- Bundesverfassungsgericht (2001): „Das Bundesverfassungsgericht im Spiegel der Statistik“. In: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.): *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 931-942.
- Burbank, Stephen B./Barry Friedman (2002) (Hg.): *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Caldeira, Gregory A. (1991): „Courts and Public Opinion“. In: John B. Gates/Charles A. Johnson (Hg.): *The American Courts: A Critical Assessment*. Washington, D.C.: CQ Press, S. 303-334.
- Campbell, Colin (1982): „A Dubious Distinction? An Inquiry into the Value and Use of Merton's Concepts of Manifest and Latent Function“. In: *American Sociological Review*, 47(1), S. 29-44.
- Cappelletti, Mauro (1971): *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- (1988): „The Expanding Role of Judicial Review in Modern Societies“. In: Shimon Shefret (Hg.): *The Role of Courts in Society*. The Hague: M. Nijhoff, S. 79.
- (1989): *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press.
- Cárdenas Paulsen, Aura María (2009): *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts : Analyse der Heranziehung ausländischer Judikatur*. Hamburg: Kovac.
- Chiot, Daniel (1989) (Hg.): *The Origins of Backwardness in Eastern Europe. Economics and Politics from the Middle Ages until the Early Twentieth Century*. Berkeley: University of California Press.
- Christensen, Ralph (2005): „Die Paradoxie richterlicher Rechtsbindung“. In: Kent D. Lerch (Hg.): *Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*. Berlin: Walter de Gruyter, S. 2.
- Christensen, Ralph/Hans Kudlich (2008): *Gesetzesbindung : Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Clayton, Cornell W./Howard Gillman (1999) (Hg.): *Supreme-Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: Chicago University Press.
- Cohen, Antonin/Antoine Vauchez (2007): „Introduction: Law, Lawyers, and Transnational Politics in the Production of Europe“. In: *Law & Social Inquiry*, 32(1), S. 75-82.
- Cooney, Marc (1995): „Legal Sociology and the New Institutionalism“. In: *Studies in Law, Politics, and Society*, 15, S. 85.
- Cornils, Matthias (2009): „Allgemeine Handlungsfreiheit“. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.): *Handbuch des Staatsrechts*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, S. 1155-1223.
- Cottier, Michelle/Josef Estermann/Michael Wrase (2010) (Hg.): *Wie wirkt Recht? : Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereini-*

- gungen, Luzern, 4. - 6. September 2008. Baden-Baden: Nomos.
- Cover, Robert M. (1992): „Nomos and Narrative“. In: Martha Minow/Michael Ryan/Austin Sarat (Hg.): *Narrative, Violence, and the Law*: University of Michigan Press, S. 95-172.
- Dahl, Robert A. (1957): „Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker“. In: *Journal of Politics*, 6(2), S. 279.
- Dahrendorf, Ralf (2006): *Homo sociologicus : Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*. 6. Aufl., Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften (Erstauflage 1958).
- Dann, Philipp (2010): „Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität“. In: *Der Staat*, 49(4), S. 630-646. DOI 10.3790/staa.49.4.630.
- Davis, Kingsley (1959): „The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology“. In: *American Sociological Review*, 24(6), S. 757-772.
- Degenhart, Christoph (1992): „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG“. In: *Juristische Schulung*, 32(1), S. 361-368.
- Deppenheuer, Otto (1988): *Der Wortlaut als Grenze : Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*. Heidelberg: v. Decker & Müller.
- Di Fabio, Udo (2004): „Grundrechte als Werteordnung“. In: *Juristenzeitung*, 59(1), S. 1-8.
- Donges, Patrick (2012): „Politische Organisationen als Mikro-Meso-Makro-Link“. In: Thorsten Quandt/Bertram Scheufele (Hg.): *Ebenen der Kommunikation*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 217-231.
- Dorsen, Norman u.a. (2010) (Hg.): *Comparative constitutionalism : cases and materials*. 2. Aufl., St. Paul: West.
- Dreier, Ralf (1976): „Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation“. In: Ralf Dreier/Friedrich Schwegmann (Hg.): *Probleme der Verfassungsinterpretation : Dokumentation einer Kontroverse*. Baden-Baden: Nomos, S. 13-47.
- Dupré, Catherine (2003): *Importing the Law in Post-Communist Transitions : the Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*. Oxford: Hart.
- Dürig, Günter (1956): „Grundrechte und Zivilrechtsprechung“. In: Theodor Maunz (Hg.): *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung : Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. München: Isar-Verlag, S. 157-190.
- Dworkin, Ronald (1992): „Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled“. In: *University of Chicago Law Review*, 59(1), S. 381-432.
- Dyevre, Arthur (2010): „Unifying the field of comparative judicial politics: toward a general theory of judicial behavior“. In: *European Political Science Review*, 2(2), S. 297-327.
- Ebsen, Ingwer (1974): *Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung : eine Untersuchung zur juristischen Methodenlehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Edelman, Lauren (Hg.) (1995): „Special Issue: The ‚New Institutionalism‘ in Law and Legal Theory“. In: *Studies in Law, Politics and Society*, 15(1).
- Eibner, John (1989): „The Rule of Law in Hungary. An Interview with Dr Kálmán Kulcsár, January 1989“. In: *Religion in Communist Lands*, S. 140.
- Eikenberg, Henning (1970): „Voraussetzungen und Schwierigkeiten der empirischen Erforschung richterlicher Entscheidungsgrundlagen“. In: Rüdiger Lautmann/Werner Maihofer/Helmut Schelsky (Hg.): *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*. Bielefeld: Bertelsmann Universitätsverlag, S. 361-380.
- Ekiert, Grzegorz/Stephen E. Hanson (2003): „Time, Space and Institutional Change in Postcommunist Europe“. In: Grzegorz Ekiert/Stephen E. Hanson (Hg.): *Capitalism and democracy in Central and Eastern Europe : assessing the legacy of Communist rule*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, S. 15-48.
- Elster, Jon/Rune Slagstad (1988) (Hg.): *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, UK: Cam-

- bridge University Press.
- Ely, John Hart (1980): *Democracy and Distrust*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Engle, Eric (2012): „The History of the General Principle of Proportionality: An Overview“. In: *Dartmouth Law Journal*, 10, S. 1-11.
- Epstein, Lee/Jack Knight (1998): *The Choices Justices Make*. Washington, DC: Congressional Quarterly.
- (2000): „Toward a strategic revolution in judicial politics: A look back, a look ahead“. In: *Political Research Quarterly*, 53(3), S. 625.
- Epstein, Lee/Jack Knight/Olga Shvetsova (2001): „The Role of Constitutional Courts in Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Governments“. In: *Law & Society Review*, 35(1), S. 117.
- Erasmus, Charles J. (1967): „Obviating the Functions of Functionalism“. In: *Social Forces*, 45(3), S. 319-328.
- Esser, Hartmut (2002): „Was könnte man (heute) unter einer »Theorie mittlerer Reichweite« verstehen?“. In: Renate Mayntz (Hg.): *Akteure - Mechanismen - Modelle : zur Theoriefähigkeit makro-sozialer Analysen*. Frankfurt/Main: Campus-Verlag.
- (2003): „Die Rationalität der Werte : die Typen des Handelns und das Modell der soziologischen Erklärung“. In: Gert Albert u.a. (Hg.): *Das Weber-Paradigma : Studien zur Weiterentwicklung von Max Webers Forschungsprogramm*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 153-187.
- Esser, Josef (1972): *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung : Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) (2011): *Opinion on the New Constitution of Hungary*. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2013\)012-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2013)012-e).
- Falk, Ulrich (2000) (Hg.): *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter : zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896 - 1914)*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Faller, Hans Joachim (1995): „Wiederkehr des Naturrechts? Die Naturrechtsidee in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1945-1993“. In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 43 n.F., S. 1-17.
- Farkas, Zoltán (1994): „The Antall Government's ‚Success Story‘: Media Policy“. In: Csaba Gombár u.a. (Hg.): *Balance. The Hungarian Government 1990-1994*. Budapest: Korridor, S. 324.
- FAZ (1951a): „Vor bedeutsamen Entscheidungen“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22. August 1951a, S. 1.
- (1951b): „In Zeitnot“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30. August 1951b, S. 1.
- (1951c): „Südweststaat oder alte Länder? Der Verfassungsstreit vor dem Bundesverfassungsgericht“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 2. Oktober 1951c, S. 2.
- (1951d): „Die Feuerprobe - Die Südweststaatsklage vor dem Bundesverfassungsgericht“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 5. Oktober 1951d.
- (1951e): „Wichtige Lektüre“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24. Oktober 1951e, S. 1.
- (1951f): „Entschieden“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 11. Dezember 1951f, S. 1.
- (1952): „Der Streit um die Stellung Karlsruhes“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12. Dezember 1952, S. 3.
- (1953a): „Höpker-Aschoff weist die Kritik Dehlers zurück“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16. März 1953a, S. 1.
- (1953b): „Flucht in die Öffentlichkeit“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 17. März 1953b, S. 2.
- (1953c): „Wenn ein westfälischer Amtsrichter.“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 17.

- März 1953c, S. 3.
- (1954): „Das oberste Gericht ist Verfassungsorgan“. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 8. April 1954, S. 1.
- (1956): „Das Verfassungsgericht“. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 7. September 1956, S. 2.
- (1958): „Lüth durfte gegen Harlan vorgehen“. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 16. Januar 1958, S. 4.
- Feest, Johannes (1964): „Die Bundesrichter : Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite“. In: Wolfgang Zapf (Hg.): Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht. München: Piper, S. 127-156.
- Fiedler, Christoph (2000a): „BVerfGE 20, 162 – Spiegel“. In: Jörg Menzel (Hg.): Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 148-153.
- (2000b): „BVerfGE 6,32 – Elfes“. In: Jörg Menzel (Hg.): Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 76-83.
- Financial Times (1995): „Hungarian minister quits“. In: Financial Times, Oct 7 1995, S. 3.
- Fisher, Louis (1988): *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Fletcher, George P. (1992): „Searching for the Rule of Law in the Wake of Communism“. In: Brigham Young University Law Review, S. 145.
- Forsthoff, Ernst (1949): *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. München: Beck.
- (1959): „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“. In: Hans Barion u.a. (Hg.): Festschrift für Carl Schmitt. Berlin: Duncker, S. 35-62.
- (1961): *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Fraenkel, Ernst (1974): *Der Doppelstaat*. Frankfurt a.M.: Europäische Verlagsanstalt.
- Frank, Jerome (1930): *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano's Publishers.
- Fricke, Carsten (1995): *Zur Kritik an der Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit im verfassungsstaatlichen Deutschland. Geschichte und Gegenwart*. Frankfurt a.M.: Lang.
- Friedrich, Carl J. (1950): „The Political Theory of the New Democratic Constitutions“. In: *The Review of Politics*, 12(2), S. 215-224.
- Friesenhahn, Ernst (1950): *Über Begriff und Arten der Rechtsprechung : unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen*. Tübingen: Mohr (Siebeck).
- Frosini, Justin O./Lucio Pegoraro (2009): „Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?“. In: Andrew Harding/Peter Leyland (Hg.): *Constitutional courts : a comparative study*. London: Wildy, Simmonds & Hill, S. 345-376.
- Füzér, Katalin (2002): „Wirtschaftlicher Notstand: Konstitutionalismus und ökonomischer Diskurs im postkommunistischen Ungarn“. In: Christian Boulanger (Hg.): *Recht in der Transformation*. Berlin: Berliner Debatte Wissenschaftsverlag, S. 173.
- Garlicki, Leszek Lech (2000): „Die Rolle des Verfassungsgerichts im polnischen Transformationsprozeß“. In: Joachim Jens Hesse/Gunnar Folke Schuppert/Katharina Harms (Hg.): *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*. Baden-Baden: Nomos, S. 211.
- Gawron, Thomas/Ralf Rogowski (2007): *Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichtes : rechtssoziologische Analysen*. Baden-Baden: Nomos.
- Geiger, Willi (1979): *Vom Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts*. Hannover: Niedersächsische Landeszentrale für Politische Bildung.
- (1981): „Die Abweichende Meinung beim Bundesverfassungsgericht und ihre Bedeutung

- für die Rechtsprechung“. In: Hans Jochen Vogel (Hg.): Die Freiheit des andern. Festschrift für M. Hirsch. Baden-Baden: Nomos.
- (1989a): Abweichende Meinungen zu Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: Mohr.
- (1989b): „Die Neugliederung im Südwesten der Bundesrepublik Deutschland (Art. 118 GG)“. In: Abweichende Meinungen zu Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: Mohr, S. 1-6.
- Gerhardt, Uta (2001): Idealtypus : zur methodologischen Begründung der modernen Soziologie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (2005): Soziologie der Stunde Null : zur Gesellschaftskonzeption des amerikanischen Besatzungsregimes in Deutschland 1944 - 1945/1946. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Gero, Barnabas (1997): The Role of the Hungarian Constitutional Court. <http://www.ciaonet.org/conf/ece01/ece01geb.html>
- Gibson, James L./Gregory A. Caldeira/Vanessa Baird (1998): „On the Legitimacy of National High Courts“. In: American Political Science Review, 92(2), S. 343.
- Gillman, Howard (2001): „What’s law got to do with it? Judicial behavioralists test the ‚legal model‘ of judicial decision making. Review of Spaeth and Segal’s ‚Majority Rule or Minority Will‘“. In: Law and Social Inquiry, 26(2), S. 465.
- Gillman, Howard/Cornell W. Clayton (1999) (Hg.): The Supreme Court in American Politics. New Institutional Interpretations. Lawrence: University of Kansas Press.
- Gimmler, Antje (1996): Institution und Individuum. Die implizite Institutionentheorie von Max Weber und Jürgen Habermas. Bamberg: Fakultät Pädagogik und Philosophie der Otto-Friedrich-Universität Bamberg.
- Ginsburg, Tom (2002): „Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts“. In: Theoretical Inquiries in Law, 1), S. 49.
- (2003): Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Ginsburg, Tom/Tamir Moustafa (2008) (Hg.): Rule by law : the politics of courts in authoritarian regimes. Cambridge: Cambridge Univ. Press.
- Goffman, Erving (1959): The presentation of self in everyday life. Garden City, NY: Doubleday.
- Göhler, Gerhard (1994) (Hg.): Die Eigenart der Institutionen. Zum Profil politischer Institutionentheorie. Baden-Baden: Nomos.
- Göhler, Gerhard (1997) (Hg.): Institutionenwandel. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Göhler, Gerhard (1998) (Hg.): Institution - Macht - Repräsentation. Wofür politische Institutionen stehen und wie sie wirken. Baden-Baden: Nomos.
- Göhler, Gerhard/Kurt Lenk/Rainer Schmalz-Bruns (1990) (Hg.): Die Rationalität politischer Institutionen. Interdisziplinäre Perspektiven. Baden-Baden: Nomos.
- Graber, Mark (1993): „The Nonmajoritarian Difficulty. Legislative Deference to the Judiciary“. In: Studies in American Political Development, 7(1), S. 35.
- Graubard, Stephen R. (1991) (Hg.): Eastern Europe. Central Europe. Europe. Boulder: Westview Press.
- Grigoleit, Klaus J. (2006): „Bundesverfassungsgericht und sozialliberale Koalition unter Willy Brandt: Der Streit um den Grundvertrag“. In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 163-174.
- Grimm, Dieter (1982): „Methode als Machtfaktor“. In: Norbert Horn (Hg.): Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag. München: C. H. Beck, S. 469-492.
- (1995): „Politik und Recht“. In: Eckart Klein (Hg.): Grundrechte, soziale Ordnung und Ver-

- fassungsgerichtsbarkeit: Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, S. 91.
- (2001): *Die Verfassung und die Politik : Einsprüche in Störfällen*. München: Beck.
- (2007): „Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence“. In: *University of Toronto Law Journal*, 57(2), S. 383-397. DOI 10.1353/tlj.2007.0014.
- Grosser, Alfred (1960): *Die Bonner Demokratie : Deutschland von draußen gesehen*. Düsseldorf: Rauch.
- Grotz, Florian (2000): *Politische Institutionen und post-sozialistische Parteiensysteme in Ostmitteleuropa. Polen, Ungarn, Tschechien und die Slowakei im Vergleich*. Opladen: Leske + Budrich.
- Grudzinska-Gross, Irena (1994) (Hg.): *Constitutionalism in East Central Europe. Discussions in Warsaw, Budapest, Prague, Bratislava*. Bratislava: Czecho-Slovak Committee of the European Cultural Foundation.
- Gundermann, Albrecht. (2002): *Die Rolle des Obersten Gerichtshofs bei der Entwicklung der israelischen Verfassung*. Baden-Baden: Nomos.
- Günther, Frieder (2004): *Denken vom Staat her : die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970*. München: Oldenbourg.
- (2005): „Ein Jahrzehnt der Rückbesinnung. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration in den fünfziger Jahren“. In: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.): *Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Gusy, Christoph (2003): „Vergangenheitsrechtsprechung“: Die Nachwirkungen Weimars in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“. In: Christoph Gusy (Hg.): *Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945*. Baden-Baden: Nomos, S. 395-424.
- Haas, Peter M. (1992): „Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination“. In: *International Organization*, 46(1), S. 1-35.
- Häberle, Peter (1975): „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“. In: *Juristenzeitung*, 30(10), S. 297-305.
- Häberle, Peter (1976) (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Halliday, Terence C./Lucien. Karpik (1997) (Hg.): *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism. Europe and North America from the 18th to 20th Century*. Oxford: Clarendon.
- Halmaj, Gábor (2002a) (Hg.): *Constitution found? The First Decade of Hungarian Constitutional Review on Fundamental Rights*. Den Bosch: BookWorld Publications.
- (2002b): „The End of Activism After Ten Years' Practice of the ‘‘Sólyom Court’’“. In: Gábor Halmaj (Hg.): *Constitution found? The First Decade of Hungarian Constitutional Review on Fundamental Rights*. Den Bosch: BookWorld Publications.
- (2002c): „The Unmaking of Hungarian Constitutionalism?“. In: András Sajó (Hg.): *Out of and into Authoritarian Law*. The Hague: Kluwer Law International, S. 257.
- (2005): „Violent Radicalization in Hungary“. In: *Fundamentum*, 2005(1), S. 85. http://epa.oszk.hu/02300/02334/00022/pdf/EPA02334_Fundamentum_2005_01_085-093.pdf.
- (2007): „The Transformation of Hungarian Constitutional Law from 1985 to 2005“. In: András Jakab/Péter Takács/Allan F. Tatham (Hg.): *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985–2005*. Kluwer Law International.
- (2011): „Hochproblematisch: Ungarns neues Grundgesetz“. In: Manfred Sapper/Volker Weichsel (Hg.): *Quo vadis, Hungaria? : Kritik der ungarischen Vernunft*. Osteuropa, Bd. 61. Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, S. 145-156.
- Halmaj, Gábor/Kim Lane Scheppele (1997): „Living Well Is the Best Revenge: The Hungarian Approach to Judging the Past“. In: A. James McAdams (Hg.): *Transitional Justice and the*

- Rule of Law in New Democracies, S. 155-184.
- Hamilton, Alexander (1937): „The Federalist No. 78: The Judiciary Department“. In: Alexander Hamilton/John Jay/James Madison (Hg.): *The Federalist. A Commentary on the Constitution of the United States*. New York: The Modern Library, S. 502.
- Hankiss, Elemér (1994a): „Imponderabilia. The Formation of Social Conscience and the Government“. In: Csaba Gombár u.a. (Hg.): *Balance. The Hungarian Government 1990-1994*. Budapest: Korridor, S. 33.
- (1994b): „The Hungarian media's war of independence: A Stevenson Lecture, 1992“. In: *Media, Culture & Society*, 16, S. 293.
- Hanson, Stephen E. (1997): „Ideology, Uncertainty, and the Rise of Anti-System Parties in Post-communist Russia“. In: *Studies in Public Policy*, 289.
- (2006): „Postimperial Democracies: Ideology and Party Formation in Third Republic France, Weimar Germany, and Post-Soviet Russia“. In: *East European Politics and Societies*, 20(2), S. 343-372. DOI 10.1177/0888325406287176.
- Haraszti, Miklós (2000): „The Handshake Tradition: A Decade of Consensus Politics Bears Liberal Fruit in Hungary – But What Next?““. In: Sorin Antohi/Vladimir Tismăneanu (Hg.): *Between Past and Future: The Revolutions of 1989 and Their Aftermath*. Budapest: Central European University Press, S. 273.
- Harbo, Florentina (2005): *Towards a European federation? : the EU in the light of comparative federalism*. Baden-Baden: Nomos.
- Harding, Andrew/Peter Leyland (2009) (Hg.): *Constitutional courts : a comparative study*. London: Wildy, Simmonds & Hill.
- Harnisch, Sebastian/Cornelia Frank/Hanns W. Maull (2011) (Hg.): *Role theory in international relations : approaches and analyses*. London: Routledge.
- Hase, Friedrich/Karl-Heinz Ladeur (1980): *Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System : Studien zum Rechtsstaatsproblem in Deutschland*. Frankfurt am Main: Campus.
- Hasse, Raimund/Georg Krücken (1999): *Neo-Institutionalismus*. Bielefeld: Transcript-Verlag.
- Haug, Frigga (1994) (Hg.): *Kritik der Rollentheorie*. 5. Aufl., Hamburg: Argument-Verlag.
- Häubler, Richard (1994): *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Haverkate, Jörg (1977): *Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Hechter, Michael (1983) (Hg.): *The Microfoundations of Macrosociology*. Philadelphia: Temple University Press.
- Henne, Thomas (2005): „Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren : Zu den prägenden Faktoren der Grundsatzenscheidung“. In: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.): *Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 197-222.
- (2006): „Smend oder Hennis - Bedeutung, Rezeption und Problematik der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1958“. In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 141-150.
- Henne, Thomas/Arne Riedlinger (2005) (Hg.): *Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Hennis, Wilhelm (2002): „Rudolf Smend und die Zugänge zum Verfassungsproblem“. In: Hans Vorländer (Hg.): *Integration durch Verfassung*. Westdeutscher Verlag, S. 267-290.
- (2005): „Lüth – und anderes“. In: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.): *Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des*

- Bundesverfassungsgerichts. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 187-194.
- Herrmann, Dietrich (2010): „Politikwissenschaftliche Forschung zum Bundesverfassungsgericht“. In: Klemens H. Schrenk/Markus Soldner (Hg.): Analyse demokratischer Regierungssysteme : Festschrift für Wolfgang Ismayr zum 65. Geburtstag. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 401-426.
- Hesse, Hans Albrecht (2006): „Das Bundesverfassungsgericht in der Perspektive der Rechtssoziologie“. In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 87-99.
- Hesse, Joachim Jens (2000): „Verfassungsstaat, Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen: eine Einführung“. In: Joachim Jens Hesse/Gunnar Folke Schuppert/Katharina Harms (Hg.): Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen: Nomos, S. 9.
- Heydebrand, Wolf (1996): „The Dynamics of Legal Change in Eastern Europe“. In: Studies in Law, Politics, and Society, 15(1), S. 263-313.
- Hilbink, Lisa (2006): „Beyond Manicheism: Assessing the New Constitutionalism“. In: Maryland Law Review, 65(1), S. 15-31.
- Hiller, Kinga (2001): Eigentumsgarantie und Eigentumsverständnis in der Rechtsprechung des Ungarischen Verfassungsgerichts. Dissertation, Berlin: Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft.
- Hirschl, Ran (2004): Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hodos, George H. (2004): Mitteleuropas Osten : ein historisch-politischer Grundriß. Berlin: Basisdruck.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (1974): „Beharrung oder Innovation. Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen“. In: Der Staat, S. 335.
- (2006): „Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung — selbst bei der Anwendung von Recht“. In: Arno Scherzberg (Hg.): Kluges Entscheiden : disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 1-24.
- Hoffmann, Dierk (2000): „Das Bundesverfassungsgericht im politischen Kräftefeld der frühen Bundesrepublik. Der Streit um die Westverträge 1952-1956“. In: Historisches Jahrbuch, 120, S. 227-273.
- Hoffmann, Florian F./Fernando R.N.M. Bentes (2008): „Accountability for social and economic rights in Brazil“. In: Varun Gauri/Daniel M. Brinks (Hg.): Courting social justice : judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hofmann, Hasso (1995): „Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949“. In: Verfassungsrechtliche Perspektiven : Aufsätze aus den Jahren 1980 - 1994. Tübingen: Mohr.
- Hollstein, Thorsten (2005): „Um der Freiheit willen – die Konzeption der Grundrechte bei Hans Carl Nipperdey“. In: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.): Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 249-269.
- Holmes, Stephen (1993): „Back to the Drawing Board“. In: East European Constitutional Review, 3(1), S. 21-25.
- (1996): „Cultural Legacies or State Collapse? Probing the Postcommunist Dilemma“. In: Michael Mandelbaum (Hg.): Post-Communism: Four Perspectives. New York: Council on Foreign Relations, S. 22.
- Holmes, Stephen/Cass R. Sunstein (1995): „The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe“. In: Sanford Levinson (Hg.): Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment: Princeton University Press, S. 275.

- Homans, Georg Caspar (1972): *Grundfragen soziologischer Theorie : Aufsätze*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Hönnige, Christoph (2007): *Verfassungsgericht, Regierung und Opposition die vergleichende Analyse eines Spannungsdreiecks*. Wiesbaden: VS, Verlag für Sozialwissenschaften.
- Hughes, Charles Evans (1908): *Addresses and papers of Charles Evans Hughes, governor of New York, 1906-1908*. Hg. von Jacob Gould Schurman. New York and London: G. P. Putnam's sons.
- Husz, Dóra (1998): „Intézmények presztízse 1989 és 1998 között“. In: Sándor Kurtán/Péter Sándor/László Vass (Hg.): *Magyarország evtizedkönyve, 1988-1998*. Budapest: Demokrácia Kutatások Magyar Központja Alapítvány, S. 821.
- Inclán Oseguera, Silvia (2009): „Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy?“. In: *Political Research Quarterly*, 62(4), S. 753-766. DOI 10.1177/1065912909346740.
- Inglehart, Ronald (1995): „Changing values, economic development, and political change“. In: *International Social Science Journal*, S. 379.
- Institut für Staatslehre und Politik (1952a): *Der Kampf um den Südweststaat : Verhandlungen und Beschlüsse der gesetzgebenden Körperschaften des Bundes und der Verfassungsgerichtes*. München: Isar Verlag.
- (1952b): *Der Kampf um den Wehrbeitrag (3 Bände)*. München: Isar-Verlag.
- Isay, Hermann (1929): *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen.
- Janos, Andrew C. (1989): „The politics of backwardness in continental Europe, 1780-1945“. In: *World Politics*, 41(3), S. 325.
- Jestaedt, Matthias/Oliver Lepsius (2006): „Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen - Eine Einführung“. In: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hg.): *Verteidigung der Demokratie : Abhandlungen zur Demokratietheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. VIII - XXVIII.
- (2011): *Das entgrenzte Gericht : eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp.
- Joas, Hans (1978): *Die gegenwärtige Lage der soziologischen Rollentheorie*. 3. Aufl., Wiesbaden: Akademische Verlagsgesellschaft.
- Jowitt, Ken (1992a): *New World Disorder*. Berkely: University of California Press.
- (1992b): „The Leninist Legacy“. In: Ivo Banac (Hg.): *Eastern Europe in Revolution*. Ithaca: Cornell University Press, S. 207.
- Józsa, Gyula (1996): „Konkursverwaltung nach dem Realsozialismus und Wahlsieg der Sozialisten“. In: *Berichte des BiOst*, 1996(10).
- (1998): *Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Ungarn*. Köln: Bundesinstitut für ostwissenschaftliche und internationale Studien.
- Kauffmann, Peter (2003): *Zur Konstruktion des Richterberufs durch Richterleitbilder : eine empirische Untersuchung*. Frankfurt am Main: Lang.
- Kaufmann, Erich/Martin Drath (1952): „Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 20. und 21. Oktober 1950“. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 9, S. 1-133.
- Kelsen, Hans (1929): „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5, S. 30-88.
- (1931): „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“. In: *Die Justiz*, S. 576-628.
- (1960): *Reine Rechtslehre*. Wien: Deuticke.
- Kerek, Angela (2007): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn und Rumänien. Ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeiten zweier osteuropäischer Transformationsstaaten auf ihrem Weg zum konsolidierten Rechtsstaat*. Berlin: Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät.

- Kilényi, Géza (1990): „Hungary’s Road to a Democratic State of the Rule of Law“. In: Géza Kilényi/Vanda Lamm (Hg.): *Democratic Changes in Hungary: Public Law Research Center of the Hungarian Academy of Sciences*, S. 5.
- (2002): Interview, 26.2.2002. Budapest, Verfassungsgericht.
- Kilényi, Géza/Vanda Lamm (1988) (Hg.): *Parliamentarism and Government in a One-Party-System*. Budapest: Akadémiai Kiadó.
- Király, Béla K. (1995) (Hg.): *Lawful Revolution in Hungary, 1989-94*. New York: Columbia University Press.
- Kirste, Knut/Hanns W. Maull (1996): „Zivilmacht und Rollentheorie“. In: *Zeitschrift für internationale Beziehungen*, 3(2), S. 283-313.
- Kis, János (1998): „Between Reform and Revolution“. In: *East European Politics and Societies*, 12(2), S. 300.
- (2000): „Az első magyar alkotmánybíróág értelmezési gyakorlata“. In: Gábor Halmi (Hg.): *A megtalált alkotmány? The Constitution found? A magyar alapjogi bíráskodás első kilenc éve. The First Nine Years of the Hungarian Constitutional Review on Fundamental Rights*. Budapest: INDOK, S. 48-98.
- (2002): Interview, 05.03.2002. Central European University, Budapest.
- (2003): *Constitutional democracy*. Budapest: Central European Univ. Press.
- Kiss, Csilla (2004): *Constitutional Democracy in Eastern Europe : The Role of Constitutional Courts in Democratic Consolidation in Post-communist Hungary and Poland*. Montreal: McGill University.
- Klingsberg, Ethan (1992): „Judicial Review and Hungary’s Transition from Communism to Democracy: The Constitutional Court, the Continuity of Law, and the Redefinition of Property Rights“. In: *Brigham Young University Law Review*, S. 41-144.
- (1994): „Contextualizing the Calculus of Consent: Judicial Review of Legislative Wealth Transfers in a Transition to Democracy and Beyond“. In: *Cornell International Law Journal*, 27(2), S. 303.
- Kmicic, K. D. (2004): „The Origin and Current Meanings of ‚Judicial Activism‘“. In: *California Law Review*, 92(5), S. 1441-1477.
- Kneip, Sascha (2009): *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure : der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Qualität der bundesdeutschen Demokratie*. Baden-Baden: Nomos.
- Knight, Jack/Itai Sened (1995) (Hg.): *Explaining Social Institutions*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Kolosi, Tamás/Matild Sági (1999): „Change of System - Change of Elite. Theories about the change of elites attending the change of system“. In: Zsolt Spéder (Hg.): *Hungary in Flux. Society, Politics and Transformation*. Hamburg: Krämer, S. 35.
- Kommers, Donald P. (1971): „The Spiegel affair – a case study in judicial politics“. In: Theodore Lewis Becker (Hg.): *Political trials*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, S. 5-33.
- (1976): *Judicial Politics in West Germany : A Study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills: Sage Publications.
- Kovács, Kriszta/Gábor Attila Tóth (2011): „Hungary’s Constitutional Transformation“. In: *European Constitutional Law Review*, 7, S. 183-203. DOI 10.1017/S1574019611200038.
- Kranenpohl, Uwe (2004): „Funktionen des Bundesverfassungsgerichts: eine politikwissenschaftliche Analyse“. In: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 50/51, S. 39-46.
- Kranenpohl, Uwe. (2010): *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses : Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. Wiesbaden: VS Verl. für Sozialwissenschaften.
- Kriele, Martin (1976): *Theorie der Rechtsgewinnung : entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.

- Kübler, Friedrich (2000): „Lüth, eine sanfte Revolution“. In: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 83(3-4), S. 313-322.
- Kukorelli, István (1995): „The Presidency“. In: Béla K. Király (Hg.): Lawful Revolution in Hungary, 1989-94. New York: Columbia University Press, S. 195.
- Kulcsár, Kálmán (1997): Systemwechsel in Ungarn. 1988-1990. Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann.
- Küpper, Herbert (1999): „Das zweite Abtreibungsurteil des ungarischen Verfassungsgerichts“. In: Osteuropa-Recht, S. 155.
- (2004): Kollektive Rechte in der Wiedergutmachung von Systemunrecht. Frankfurt am Main: Lang.
- (2012): Ungarns Verfassung vom 25. April 2011 : Einführung - Übersetzung - Materialien. Frankfurt am Main: Lang.
- (2011): „Mit Mängeln: Ungarns neues Grundgesetz“. In: Manfred Sapper/Volker Weichsel (Hg.): Quo vadis, Hungaria? : Kritik der ungarischen Vernunft. Osteuropa, Bd. 61. Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, S. 135-144.
- Lahusen, Benjamin (2011): Rechtspositivismus und juristische Methode : Betrachtungen aus dem Alltag einer Vernunftfehe. Weilerswist: Velbrück.
- Landfried, Christine (1984): Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkung der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität. Baden-Baden: Nomos.
- Landfried, Christine (1988) (Hg.): Constitutional Review and Legislation. An International Comparison. Baden-Baden: Nomos.
- (1994): „The Judicialization of Politics in Germany“. In: International Political Science Review, 15(2), S. 113-124.
- (2006): „Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit“. In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 229-241.
- Lauer, Heinz (1968): Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lautmann, Rüdiger (1970): „Rolle und Entscheidung des Richters. Ein soziologischer Problemerkatalog“. In: Rüdiger Lautmann/Werner Maihofer/Helmut Schelsky (Hg.): Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft. Bielefeld: Bertelsmann.
- Lautmann, Ruediger (1972): Justiz - die stille Gewalt. Frankfurt am Main: Athenäum.
- Lehmann, Hartmut/Guenther Roth (1993): Weber's Protestant Ethic: Origins, Evidence, Contexts. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Leibholz, Gerhard (1957): „Der Status des Bundesverfassungsgerichts“. In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 6, S. 109-215.
- (1959): „Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers“. In: Universitas, 14, S. 459-470.
- (1965): Politics and Law. Leiden: Sythoff.
- (1967): Strukturprobleme der modernen Demokratie. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller.
- Leifer, Eric M./Anthony Obershall (1986): „Efficiency and Social Institutions: Uses and Misuses of Economic Reasoning in Sociology“. In: Annual Review of Sociology, 12, S. 233-253.
- Lembcke, Oliver/Christian Boulanger (2012): „Between Revolution and Constitution: The Roles of the Hungarian Constitutional Court“. In: Gábor Attila Tóth (Hg.): Constitution for a Disunited Nation : On Hungary's 2011 Fundamental Law. Budapest: Central European University Press, S. 269-299.
- Lembcke, Oliver W. (2006a): „Das Bundesverfassungsgericht und die Regierung Adenauer - vom

- Streit um den Status zur Anerkennung der Autorität.“ In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 151-162.
- (2006b): Über das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts : Ansichten und Meinungen in der Öffentlichkeit 1951 - 2001. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- (2007): Hüter der Verfassung : eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: Mohr Siebeck.
- (2008): „The Dynamics of Legitimacy - A Critical Reconstruction of Max Weber's Concept“. In: Liesbeth Huppes-Cluysenaer/Robert Knecht/Oliver Lembcke (Hg.): Legality, Legitimacy and Modernity. Reconsidering Max Weber's Concept of Domination. Den Haag: 's-Gravenhage, S. 33-46.
- Lembcke, Oliver/Claudia Ritzki/Gary S. Schaal (2012) (Hg.): Zeitenössische Demokratietheorie: Band 1: Normative Demokratietheorien. Wiesbaden: VS Verl. für Sozialwissenschaften.
- Lendvai, Paul (2010): Mein verspieltes Land : Ungarn im Umbruch. Salzburg: Ecowin.
- Lepsius, M. Rainer (1990): Interessen, Ideen und Institutionen. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Lerch, Kent D. (2005) (Hg.): Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Berlin: Walter de Gruyter.
- Levi, Margaret (1997a): „A Model, a Method, and a Map: Rational Choice in Comparative and Historical Analysis“. In: Mark Irving Lichbach/Alan S. Zuckerman (Hg.): Comparative Politics: Rationality, Culture, and Structure. Cambridge, UK: Cambridge University Press, S. 19.
- (1997b): Consent, Dissent, and Patriotism. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Lhotta, Roland (2002): „Vermitteln statt Richten: Das Bundesverfassungsgericht als judizieller Mediator und Agenda-Setter im LER-Verfahren“. In: Zeitschrift für Politikwissenschaft, 12(3), S. 1073-1098.
- (2003): „Das Bundesverfassungsgericht als politischer Akteur: Plädoyer für eine neo-institutionalistische Ergänzung der Forschung“. In: Swiss Political Science Review, 9(3), S. 142-153.
- (2012): „Die konstitutive Wirkung des Rechts und seiner Sprache: Judizielle Governance als diskursiver Wettbewerb um Deutungshoheit“. In: Carsten Bäcker/Matthias Klatt/Sabrina Zucca-Soest (Hg.): Sprache - Recht - Gesellschaft. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 45.
- Limbach, Jutta (2002): „Die Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts“. In: Hans Vorländer (Hg.): Integration durch Verfassung. Baden-Baden: Westdeutscher Verlag, S. 315.
- Linton, Ralph (1973): „Rolle und Status“. In: Heinz Hartmann (Hg.): Moderne amerikanische Soziologie. Neuere Beiträge zur soziologischen Theorie. Stuttgart: Enke, S. 310-315.
- Linz, Juan J. (2001): Totalitäre und autoritäre Regime. Berlin: Berliner Debatte Wissenschaftsverlag.
- Lösing, Norbert (2001): Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika. Baden-Baden: Nomos.
- Lübbe, Weyma (1991): Legitimität kraft Legalität. Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und seinen Kritikern. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Luhmann, Niklas (1964): Funktionen und Folgen formaler Organisation. Berlin: Duncker & Humblot.
- (1969): Legitimation durch Verfahren. Berlin: Duncker & Humblot.
- (1970): „Funktion und Kausalität“. In: Soziologische Aufklärung 1. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme. Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 11-38.
- (1995): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (1996): Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Machos, Csilla (1995): „Ungarn - stabile Mehrheiten und untergründiger Wandel“. In: Dieter Seget/Csilla Machos (Hg.): Parteien in Osteuropa. Kontext und Akteure. Opladen: Westdeut-

- scher Verlag, S. 63.
- Machura, Stefan (2001): „German Sociology of Law“. In: *The American Sociologist*, 32(1), S. 41-60.
- Magalhães, Pedro C. (2003): *The Limits to Judicialization: Legislative Politics and Constitutional Review in the Iberian Democracies*. Ohio: Ohio State University.
- March, James/Johan P. Olsen (1989): *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics*. New York: Free Press.
- March, James G./Johan P. Olsen (1996): „Institutional Perspectives on Political Institutions“. In: *Governance*, 9(3), S. 247-264. DOI 10.1111/j.1468-0491.1996.tb00242.x.
- Marcic, René (1957): *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*. Wien: Springer.
- (1963): *Verfassung und Verfassungsgericht*. Wien: Springer.
- (1966): *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre*. Wien: Deuticke.
- Markovits, Inga (1982): „Law or Order – Constitutionalism and Legality in Eastern Europe“. In: *Stanford Law Review*, 34(3), S. 513-614.
- (2006): *Gerechtigkeit in Lüritz : eine ostdeutsche Rechtsgeschichte*. München: Beck.
- Maus, Ingeborg (1972): „Aspekte des Rechtspositivismus in der entwickelten Industriegesellschaft“. In: Adolf Arndt u.a. (Hg.): *Konkretionen politischer Theorie und Praxis*. Stuttgart: Klett, S. 124-144.
- (1989): „Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Funktion von Rechtsprechung in der ‚vaterlosen Gesellschaft‘“. In: Werner Faulstich/Gunter E. Grimm (Hg.): *Sturz der Götter? Vaterbild im 20. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 121.
- (2004): „Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat. Zur Kritik juridischer Demokratieverhinderung“. In: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 7), S. 835-850.
- (2011): *Über Volkssouveränität : Elemente einer Demokratietheorie*. Berlin: Suhrkamp.
- (2006): „Das Verhältnis der Politikwissenschaft zur Rechtswissenschaft. Bemerkungen zu den Folgen politologischer Autarkie“. In: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hg.): *Politik und Recht (PVS-Sonderheft)*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 76-120.
- Maveety, Nancy/Anke Grosskopf (2004): „„Constrained‘ Constitutional Court as Conduits for Democratic Consolidation“. In: *Law and Society Review*, 38(3), S. 463.
- McAdams, A. James (1997) (Hg.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- McWhinney, Edward (1961): „Judicial Restraint and the West German Constitutional Court“. In: *Harvard Law Review*, 75(1), S. 5-38.
- (1962): *Constitutionalism in Germany and the Federal Constitutional Court*. Leyden: Syt-hoff.
- Mead, George Herbert (1968): *Geist, Identität und Gesellschaft aus der Sicht des Sozialbehaviorismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Menzel, Jörg (2000a): „BVerfGE 1,4 - Südweststaat“. In: Jörg Menzel (Hg.): *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 43-48.
- (2000b): „BVerfGE 3, 58 Beamtenurteil“. In: Jörg Menzel (Hg.): *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 70-75.
- (2005): „Vergangenheitsbewältigung in der frühen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts: Beamten- und Gestapo-Urteil“. In: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.): *Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 225-235.
- Merkel, Wolfgang (1999): *Systemtransformation. Eine Einführung in die Theorie und Empirie der*

- Transformationsforschung. Opladen: Leske + Budrich.
- Merton, Robert K. (1957): *Social theory and social structure*. 2. Aufl., Glencoe, Ill.: The Free Press.
- Meyer, John W./B. Rowan (1991): „Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony“. In: W. Walter Powell/Paul J. DiMaggio (Hg.): *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: University of Chicago Press (Erstauflage 1977), S. 41-62.
- Miebach, Bernhard (2010): *Soziologische Handlungstheorie : eine Einführung*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Mnookin, Robert H./Lewis Kornhauser (1979): „Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce“. In: *The Yale Law Journal*, 88(5), S. 950-997.
- Moench, Dietmar (1971): *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtswissenschaften auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*. Frankfurt am Main: Athenäum.
- Möllers, Christoph (2005): *Gewaltengliederung : Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Montesquieu, Charles Louis de Secondat de (1749): *De L'Esprit Des Loix : Ou Du Rapport Que Les Loix Doivent Avoir Avec La Constitution De Chaque Gouvernement, Les Moeurs, Le Climat, La Religion, Le Commerce, etc.* Amsterdam: La Compagnie.
- Morlok, Martin/Ralf Kölbl/Agnes Launhardt (2000): „Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre“. In: *Rechtstheorie*, 31(1), S. 15-46.
- Mußnug, Dorothee (2007) (Hg.): *Briefwechsel Ernst Forsthoff - Carl Schmitt : (1926 - 1974)*. Berlin: Akad.-Verlag.
- Mücl, Stefan (2005): „Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte“. In: *Der Staat*, 44(3), S. 403-431.
- Müller-Terpitz, Ralf (2000a): „BVerfGE 12, 205 - Deutschland-Fernsehen“. In: Jörg Menzel (Hg.): *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 122-128.
- (2000b): „BVerfGE 6, 389 - Homosexuelle“. In: Jörg Menzel (Hg.): *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 91-96.
- Müller, Friedrich (1986): *Richterrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Müller, Gebhard (1967): *Naturrecht und Grundgesetz*. Würzburg: Echter-Verlag.
- Némedi, Dénes/Péter Róbert (2002): „Sociology - Hungary“. In: Max Kaase/Vera Sparschuh/Agnieszka Wenninger (Hg.): *Three social science disciplines in Central and Eastern Europe: handbook on economics, political science and sociology (1989-2001)*. Berlin: Informationszentrum Sozialwissenschaften/ GESIS Servicestelle Osteuropa, S. 437-451.
- Niclaß, Karlheinz (2006): „Der Parlamentarische Rat und das Bundesverfassungsgericht“. In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 117-128.
- Nipperdey, Hans Carl (1962): „Freie Entfaltung der Persönlichkeit“. In: Karl August Bettermann/Hans Carl Nipperdey (Hg.): *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Bd. IV/2: Rechtspflege und Grundrechtsschutz. Berlin: Duncker & Humblot, S. 741-741.
- Noelle, Elisabeth/Erich Peter Neumann (1956): *Jahrbuch der öffentlichen Meinung, 1947-1955*. Allensbach: Verlag für Demoskopie.
- Nova, Fritz (1976): „Political Innovation of the West German Federal Constitutional Court: The State of Discussion on Judicial Review“. In: *American Political Science Review*, 70(1), S. 114.
- Oberdorfer, Dieter (2002): „Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich“. In: Michael Holoubek/Brigitte Gutknecht/Stephan Schwarzer (Hg.): *Dimensionen des modernen Ver-*

- fassungsstaates. Wien: Springer.
- Offe, Claus (1991): „Capitalism by Democratic Design? Democratic Theory Facing the Triple Transition in East Central Europe“. In: *Social Research*, 58(4), S. 865-892.
- (1997): „Capitalism by Democratic Design? Democratic Theory Facing the Triple Transition in East Central Europe“. In: Claus Offe (Hg.): *Varieties of Transition*. Cambridge, MA: MIT Press, S. 29.
- Öhlinger, Theo (2008): „Verfassungsgerichtsbarkeit als Element einer deliberativen Demokratie – Überlegungen zur Legitimität der richterlichen Gesetzesprüfung“. In: Konrad Arnold u.a. (Hg.): *Recht Politik Wirtschaft - Dynamische Perspektiven*. Festschrift für Norbert Wimmer. Wien: Springer, S. 581-600.
- Olsen, Johan P./James G. March (2004): „The logic of appropriateness“. In: *ARENA Working Paper*, 09/2004.
- Olson, Mancur (1971): *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Ooyen, Robert Christian van (2006): „Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht: Triepel - Kelsen - Schmitt - Leibholz“. In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 99-116.
- Ooyen, Robert Christian van/Martin H. W. Möllers (2006a) (Hg.): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- (2006b): „Einführung: Recht gegen Politik – politik- und rechtswissenschaftliche Versäumnisse bei der Erforschung des Bundesverfassungsgerichts“. In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Paczolay, Péter (1992): „Judicial Review of the Compensation Law in Hungary“. In: *Michigan Journal of International Law*, 13(4), S. 806.
- (1993): „Constitutional Transition and Legal Continuity“. In: *Connecticut Journal of International Law*, 8, S. 558-574.
- Paczolay, Péter (2009) (Hg.): *Twenty Years of the Hungarian Constitutional Court*. Budapest: Constitutional Court of the Republic of Hungary.
- Parsons, Talcott (1971): „Evolutionäre Universalien der Gesellschaft“. In: Wolfgang Zapf (Hg.): *Theorien des sozialen Wandels*, S. 55.
- Petersen, Jens (2008): *Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre*. Berlin: de Gruyter Recht.
- Petsche, Alexander (1996): „Die EU-Reife der ungarischen Verfassung“. In: *Osteuropa-Recht*, S. 124.
- Pickel, Gert u.a. (2006) (Hg.): *Osteuropas Bevölkerung auf dem Weg in die Demokratie : repräsentative Untersuchungen in Ostdeutschland und zehn osteuropäischen Transformationsstaaten*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Pierson, Paul. (2004): *Politics in time : history, institutions, and social analysis*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Pokol, Bela (1992): „Aktivistista alajjogász vagy parlamenti törvénybarát?“. In: *Társadalmi Szemle*, 47(5), S. 47-78.
- Pokol, Béla (1993): „Aktivizmus és az Alkotmánybíróság“. In: Sándor Kurtán/Péter Sándor/László Vass (Hg.): *Magyarország Politikai Évkönyve 1992*. Budapest: *Demokrácia Kutatások Magyar Központja Alapítvány*, S. 150-155.
- (1996): „The Constitutionality of Legislation“. In: Volkmar Gessner/Armin Höland/Csaba Varga (Hg.): *European Legal Cultures*. Aldershot: Dartmouth, S. 451.
- (2002): Interview, 6.2.2002. Ungarisches Parlament, Budapest.

- Pope, Victoria (1989): „A Dam on the Danube: The Greening of Hungarian Politics“. In: AFP Reporter, 12(3).
- Posner, Eric A./Cass R. Sunstein (2006): „The Law of Other States“. In: Stanford Law Review, 59, S. 131-179.
- Preuß, Ulrich K. (1987): „Politik aus dem Geiste des Konsenses. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“. In: Merkur, 41(1), S. 1-11.
- (1998): „Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem“. In: Zeitschrift für Rechtspolitik, S. 392.
- (2000): „Statement: Verfassungsrechtliche Steuerung der politischen Führung“. In: Joachim Jens Hesse/Gunnar Folke Schuppert/Katharina Harms (Hg.): Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituation: Nomos, S. 283.
- (2002): „Die Rolle des Rechtsstaates in der Transformation postkommunistischer Gesellschaften“. In: Christian Boulanger (Hg.): Recht in der Transformation: Berliner Debatte Wissenschaftsverlag, S. 37.
- Procházka, Radoslav (2002): Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe.: Central European University Press.
- Raiser, Thomas (2009): Grundlagen der Rechtssoziologie. 5. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ramet, Sabrina P. (1997): Whose Democracy? Nationalism, Religion, and the Doctrine of Collective Rights in Post-1989 Eastern Europe. Lanham Inc.: Rowman & Littlefield.
- Rehbinder, Manfred/Klaus-Peter Tieck (1987) (Hg.): Max Weber als Rechtssoziologe. Berlin: Duncker & Humblot.
- Rehder, Britta (2011): Rechtsprechung als Politik : der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland. Frankfurt am Main: Campus-Verlag.
- Rensmann, Thilo (2000): „BVerfG 2,1 – SRP; BVerfGE 5, 85 - KPD“. In: Jörg Menzel (Hg.): Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 56-64.
- Requate, Jörg (2008): Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz : Richter, Politik und Öffentlichkeit in der Bundesrepublik. Frankfurt am Main: Campus-Verlag.
- Reuter (1995): „Bokros slams Court interference in policy“. In: Reuter European Business Report, Nov 23 1995.
- Ridder, Helmut (1977): „Das Bundesverfassungsgericht: Bemerkungen über Aufstieg und Verfall einer antirevolutionären Einrichtung“. In: Peter Römer (Hg.): Der Kampf um das Grundgesetz: Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation. Frankfurt a.M.: Syndikat, S. 70.
- Riedlinger, Arne (2005): „Vom Boykottaufruf zur Verfassungsbeschwerde: Erich Lüth und die Kontroverse um Harlans Nachkriegsfilme (1950-58)“. In: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.): Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 147-186.
- Ringer, Fritz K. (1997): Max Weber's Methodology. The Unification of the Cultural and Social Sciences. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Röhl, Klaus F. (2010): „Crossover Parsifal“. In: Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wrase (Hg.): Wie wirkt Recht? : ausgewählte Beiträge zum Ersten Gemeinsamen Kongress der Deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, Luzern, 4. - 6. September 2008. Baden-Baden: Nomos, S. 91.
- Röhl, Klaus F./Hans C. Röhl (2008): Allgemeine Rechtslehre. 3. Aufl., Köln: Heymann.
- Róna-Tas, Ákos (1995): „The Second Economy as a Subversive Force: The Erosion of Party Power in Hungary“. In: Andrew G. Walder (Hg.): The waning of the communist state: economic origins of political decline in China and Hungary. Berkeley: University of California Press, S.

61.

- Rosanvallon, Pierre (2010): *Demokratische Legitimität : Unparteilichkeit - Reflexivität - Nähe*. Hamburg: Hamburger Edition.
- Rose, Richard/William Mishler/Christian Haerpfer (2000) (Hg.): *Democracy and its Alternatives*. Baltimore, Md.: Johns Hopkins University Press.
- Rosenkrantz, Carlos F. (2003): „Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law“. In: *International Journal of Constitutional Law*, 1(2), S. 269-295. DOI 10.1093/icon/1.2.269.
- Rottleuthner, Hubert (1973): *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*. Frankfurt am Main: Fischer.
- Rueschemeyer, Dietrich (1973) (Hg.): *Lawyers and their Society. A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and the U.S.* Cambridge, MA: Harvard University Press.
- (1986): „Comparing Legal Professions Cross-Nationally: From a Professions-Centered to a State-Centered Approach“. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, 57(1), S. 415-446.
- Rupieper, Hermann-Josef (1993): *Die Wurzeln der westdeutschen Nachkriegsdemokratie : der amerikanischen Beitrag 1945 - 1952*. Opladen: Westdt. Verl.
- Russell, Peter H./David M. O'Brien (2001) (Hg.): *Judicial independence in the age of democracy. Critical perspectives from around the world.* University Press of Virginia.
- Rüthers, Bernd (2009): „Methodenfragen als Verfassungsfragen?“. In: *Rechtstheorie*, 40(3), S. 253-283. DOI 10.3790/rth.40.3.253.
- Säcker, Horst (1987): „Verfassungsgerichtsbarkeit im Konvent von Herrenchiemsee“. In: Walther Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (Hg.): *Festschrift für Wolfgang Zeidler*. Berlin: Walter de Gruyter, S. 265.
- Sadurski, Wojciech (2005): *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer.
- Sajó, András (1995): „Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary“. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, S. 253.
- (1996a): „A materiális természetjog árvái, avagy hogyan védi alkotmánybíróságunk az elesetteket [Die Waisen des materiellen Naturrechts, oder, wie unser Verfassungsgericht die sozial gefallenen schützt]“. In: *Magyar Jog*, 4), S. 205-231.
- (1996b): „How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform“. In: *East European Constitutional Review*, 5(1), S. 31.
- (1996c): „The Roundtable Talks in Hungary“. In: Jon Elster (Hg.): *The roundtable talks and the breakdown of communism*: Chicago University Press, S. 69.
- (2000): „Educating the Executive: The Hungarian Constitutional Court's Role in the Transition Process“. In: Joachim Jens Hesse/Gunnar Folke Schuppert/Katharina Harms (Hg.): *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituation: Nomos*, S. 229.
- Sajó, András/Renáta Uitz (2005) (Hg.): *The constitution in private relations : expanding constitutionalism*. Utrecht: Eleven International Publishers.
- Salamon, László (2003): Interview, 28.2.2003. Pázmány Universität, Budapest.
- Sapper, Manfred/Volker Weichsel (2011) (Hg.): *Quo vadis, Hungaria? : Kritik der ungarischen Vernunft*. Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag.
- Schaal, Gary S. (2000): „Die Karlsruher Republik: das Bundesverfassungsgericht und die Entwicklung der Demokratie“. In: *Vorgänge: Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik*, 39(2), S. 44.
- (2001): „Integration durch Verfassung und Verfassungsrechtssprechung?“. In: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 30(2), S. 221-232.
- (2006): „Crisis! What Crisis? - Der „Kruzifix-Beschluss“ und seine Folgen“. In: Robert

- Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 175-188.
- Schabas, William A. (1996): *The death penalty as cruel treatment and torture : capital punishment challenged in the world's courts*. Boston: Northeastern University Press.
- Schäfers, Bernhard (2003): *Grundbegriffe der Soziologie*. 8. Aufl., Opladen: Leske + Budrich.
- Schäller, Steven (2006): „Präjudizien als selbstreferenzielle Geltungsressource des Bundesverfassungsgerichts“. In: Hans Vorländer (Hg.): *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 205-234.
- Scharpf, Fritz W. (1997): *Games real actors play. Actor centered institutionalism in policy research*. Boulder, CO: Westview.
- (2000): „Institutions in Comparative Policy Research“. In: *Comparative Political Studies*, 33(6/7), S. 762-790. DOI 10.1177/001041400003300604.
- (2004): „Legitimationskonzepte jenseits des Nationalstaats“. In: *MPIfG Working Paper*, 4(6).
- Scheppele, Kim Lane (1996a): „Imagined Europe“. Plenary Address, Law and Society Association Meeting, Glasgow, Scotland, July 1996.
- (1996b): „Narrative Resistance and the Struggle for Stories“. In: *Legal Studies Forum*, S. 83-87.
- (1998): „The Accidental Constitution“. In: *Conference on Contextuality & Universality: Constitutional Borrowings on a Global Scale*, University of Pennsylvania, March 20-21, 1998.
- (2005): „Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic than Parliaments)“. In: Adam Czarnota/Martin Krygier/Wojciech Sadurski (Hg.): *Rethinking the Rule of Law after Communism*. Budapest/New York: Central European University Press, S. 26-60.
- (2006): „Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe“. In: *University of Pennsylvania Law Review*, 154(6).
- (2004): „A Realpolitik Defense of Social Rights“. In: *Texas Law Review*, 82, S. 1921-1961.
- Scheuner, Ulrich (1952): „Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik“. In: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 10), S. 293-298.
- Schiemann, John W. (2001): „Explaining Hungary's powerful Constitutional Court: a bargaining approach“. In: *Archives européennes de sociologie*, 42(2), S. 357-390.
- (2005): *The politics of pact-making : Hungary's negotiated transition to democracy in comparative perspective*. New York: Palgrave Macmillan.
- Schiffers, Reinhard (1984): „Ein mächtiger Pfeiler im Bau der Bundesrepublik“. *Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951*“. In: *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 32(1), S. 66-102.
- Schlink, Bernhard (1989): „Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit“. In: *Der Staat*, S. 161-172.
- (2001): „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“. In: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.): *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Bd. 2: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts. Tübingen: Mohr, S. 445-465.
- Schluchter, Wolfgang (1971): *Wertfreiheit und Verantwortungsethik : zum Verhältnis von Wissenschaft und Politik bei Max Weber*. Tübingen: Mohr.
- (1998): *Die Entwicklung des modernen Rationalismus. Eine Analyse von Max Webers Entwicklungsgeschichte des Okzidents*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Schmidt, Manfred G. (2000): *Demokratiethorien. Eine Einführung*. 3. Aufl., Opladen: Verlag für Sozialwissenschaften.

- Schmitt, Alexander (2002): „Die Rolle der Verfassungsgerichte im verfassungspolitischen Transformationsprozess in Polen, Ungarn und Russland“. In: Jahrbuch für Ostrecht, 43, S. 31.
- Schmitt, Carl (1934): „Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers am 13. Juli 1934“. In: Deutsche Juristen-Zeitung, S. 945.
- (1967): „Die Tyrannei der Werte“. In: Wilhelm Anz (Hg.): Säkularisation und Utopie. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag. Stuttgart: Kohlhammer.
- (1985): „Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung“. In: Verfassungsrechtliche Aufsätze. Berlin: Duncker & Humblot (Erstauflage 1929), S. 63.
- (1989): Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot (Erstauflage 1928).
- Schneider, Hans-Peter (1987): „Richter oder Schlichter? Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor“. In: Walther Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (Hg.): Festschrift für Wolfgang Zeidler. Berlin: Walter de Gruyter, S. 293-313.
- Scholz, Rupert (2012): „In guter Verfassung - Ungarns neues Grundgesetz ist weit besser als sein Ruf“. In: Die Welt, 2012.
- Scholz, Rupert/Mainka, Jan (2012): „Eine moderne, vorbildliche Verfassung - Interview mit dem Bundesminister a.D. und Verfassungsrechtsexperten Rupert Scholz über die neue ungarische Verfassung“. In: Budapest Zeitung, 2012.
- Schulz-Schaeffer, Ingo (2004): „Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie. Für eine Rechtssoziologie ‚mit noch mehr Recht‘“. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 25(2), S. 141-174.
- Schumpeter, Josef (1947): Capitalism, Socialism, and Democracy. New York: Harper.
- Schuppert, Gunnar Folke/Christian Bumke (2000): Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des ‚einfachen‘ Rechts. Baden-Baden: Nomos.
- Schuster, Hans (1952): „Unbequemer Rechtsstaat“. In: Süddeutsche Zeitung, 15. Dezember 1952, S. 1.
- Schwartz, Herman (2000): The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe. Berlin: Chicago University Press.
- Searing, Donald D. (1991): „Roles, Rules and Rationality in the New Institutionalism“. In: American Political Science Review, 85(4), S. 1239-1260.
- Segal, Jeffrey A./Harold J. Spaeth (1993): The Supreme Court and the attitudinal model. Cambridge: Cambridge University Press.
- Seleny, Anna (1995): „Property Rights and Political Power: The Cumulative Process of Political Change in Hungary“. In: Andrew G. Walder (Hg.): The waning of the communist state: economic origins of political decline in China and Hungary. Berkeley: University of California Press, S. 27.
- (1999a): „Old Political Rationalities and New Democracies: Compromise and Confrontation in Hungary and Poland“. In: World Politics, 51(4), S. 484-519.
- (1999b): „The Foundations of Post-Socialist Legitimacy“. In: Aurel Braun/Zoltan Barany (Hg.): Dilemmas of Transition: The Hungarian Experience: Rowman, S. 131.
- Shambayati, Hootan/Esben Kirdis (2009): „In Pursuit of ‚Contemporary Civilization‘: Judicial Empowerment in Turkey“. In: Political Research Quarterly, 62(4), S. 767-780. DOI 10.1177/1065912909346741.
- Shapiro, Martin (1981): Courts. A comparative and political analysis. Chicago: University of Chicago Press.
- (1996): „The ‚Globalization‘ of Judicial Review“. In: Lawrence M. Friedman/Harry N. Scheiber (Hg.): Legal Culture and the Legal Profession. Boulder, CO: Westview Press, S. 119.
- (1999): „The Success of Judicial Review“. In: Sally J. Kenney/William M. Reisinger/John C. Reitz (Hg.): Constitutional Dialogues in Comparative Perspective. London: Macmillan, S.

193.

- (2002): „The Success of Judicial Review and Democracy“. In: Martin Shapiro/Alec Stone Sweet (Hg.): *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press.
- (2003): „Judicial review in developed democracies“. In: *Democratization*, 10(4), S. 7 - 26.
- Simon, Dieter (1975): *Die Unabhängigkeit des Richters*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- (1990): „Zäsuren im Rechtsdenken“. In: Martin Broszat (Hg.): *Zäsuren nach 1945 : Essays zur Periodisierung der deutschen Nachkriegsgeschichte*. München: Oldenbourg, S. 153-167.
- Slaughter, Anne-Marie (1997): „The Real New World Order“. In: *Foreign Affairs*, 76(5), S. 183.
- (2000): „Judicial Globalization“. In: *Virginia Journal of International Law*, 40, S. 1103-1124.
- Slaughter, Anne-Marie/Alec Stone Sweet/J. H.H. Weiler (1998) (Hg.): *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context.*: Hart Publishing.
- Smend, Rudolf (1962): „Zwanzig Richter hüten das Grundgesetz“. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14. Februar 1962, S. 11-12.
- (1968a): „Integration“. In: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot, S. 482.
- (1968b): „Integrationslehre“. In: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*: Duncker, S. 475.
- (1976): „Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962“. In: Peter Häberle (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Erstauflage 1962), S. 329-343.
- Smith, Rogers M. (1988): „Political Jurisprudence, the ‚New Institutionalism,‘ and the Future of Public Law“. In: *American Political Science Review*, 82(1), S. 89.
- Sobota, Katharina (1995): „Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage“. In: *Rhetorik. Ein internationales Jahrbuch*, S. 115-136.
- Soeffner, Hans-Georg/Dirk Tänzler (2002) (Hg.): *Figurative Politik : zur Performanz der Macht in der modernen Gesellschaft*. Opladen: Leske + Budrich.
- Sólyom, László (1987): „Menschenrechte und Zivilrecht. Zur Vermittlung der Idee der Autonomie durch das Zivilrecht“. In: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hg.): *Menschenrechte und Menschenwürde : Historische Voraussetzungen – säkulare Gestaltung – christliches Verständnis*. Stuttgart: Klett-Cotta.
- (1990): „A halálbüntetés ellen“. In: *Villágosság*, 12), S. 908-915.
- (1991): „The first year of the constitutional court“. In: *Acta Juridica Hungarica*, S. 5.
- (2000a): „Aufbau und dogmatische Fundierung der ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit“. In: *Osteuropa-Recht*, 46(3-4), S. 231-241.
- (2000b): „Introduction to the Decisions of the Hungarian Constitutional Court“. In: László Sólyom/Georg Brunner (Hg.): *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court*. Ann Arbor: University of Michigan, S. 1-66.
- (2000c): „Ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit und deutsche Grundrechtsdogmatik“. In: *Humboldt-Nachrichten*, 17.
- (2001): *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon* [Der Beginn der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn]. Budapest: Osiris.
- (2002a): „Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in politischen Transformationsprozessen - der Fall Ungarn“. In: Andrzej Zoll/László Sólyom (Hg.): *Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in politischen Transformationsprozessen*. Karlsruhe: C. F. Müller.

- (2002b): „To the Tenth Anniversary of Constitutional Review“. In: Gábor Halmai (Hg.): *Constitution found? The First Decade of Hungarian Constitutional Review on Fundamental Rights*. Den Bosch: BookWorld Publications.
- (2002c): Interview, 14.2.2002. Pazmany-Universität, Budapest.
- (2002d): Interview, 3.4.2002. Pazmany-Universität, Budapest.
- (2009): Address by President László Sólyom to the international conference marking the 20th anniversary of the establishment of the Constitutional Court, Budapest, November 23th, 2009. <http://www.mkab.hu>. – Zugriffsdatum: 2011/11/21.
- (1999): Interview, 21.06.1999. Institut für Ostrecht, Univesität Köln.
- Sólyom, László/Georg Brunner (2000) (Hg.): *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court.*: University of Michigan.
- Sólyom, László u.a. (1992): „Az Alkotmánybíróság önértelmezése [Das Selbstverständnis des Verfassungsgerichts]“. In: *Jogtudományi Közlöny*, S. 272.
- Sonnevend, Pál (1997): *The Protection of Social Security Rights in The Jurisprudence of the Hungarian Constitutional Court - Revisited* (Unpublished manuscript).
- Spaeth, Harold J./Jeffrey A. Segal (1999): *Majority rule or minority will. Adherence to precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Spanner, Hans (1968): „Aufgaben und Stil der deutschen und der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit“. In: Felix Ermacora/Hans Klecatsky/René Marcic (Hg.): *Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit - Fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich*. Wien: Europa Verlag.
- Spiegel (1951): „Südweststaat : Gehorsam gekündigt“. In: *Der Spiegel*, 12. September 1951.
- (1961): „Verfassungsgericht: Scherbengericht“. In: *Der Spiegel*, 8. März 1961, S. 18-27.
- Spuller, Gábor (1998): *Das Verfassungsgericht der Republik Ungarn. Zuständigkeiten, Organisation, Verfahren, Stellung*. Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Staff, Ilse (2005): „Das Lüth-Urteil : Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie“. In: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.): *Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 315-326.
- Stark, David/László Bruszt (1997): *Postsocialist Pathways: Transforming Politics and Property in East Central Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Stegmaier, Peter (2009): *Wissen, was Recht ist : richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologisch-ethnografischer Sicht*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Steinbeis, Maximilian/Marion Detjen/Stephan Detjen (2009): *Die Deutschen und das Grundgesetz : Geschichte und Grenzen unserer Verfassung*. München: Pantheon Verlag.
- Steinsdorff, Silvia (2010): „Verfassungsgerichte als Demokratie-Versicherung? Ursachen und Grenzen der wachsenden Bedeutung juristischer Politikkontrolle“. In: Klemens H. Schrenk/Marcus Soldner (Hg.): *Analyse demokratischer Regierungssysteme*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 479-498.
- Stern, Klaus (1994): „Das Grundrechtssystem des Grundgesetzes“. In: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. III/2: *Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: Beck.
- Stolleis, Michael (2001): *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre - ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte*. Stuttgart: Steiner.
- (2012): *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland 4: Staats- und Verwaltungswissenschaft in West und Ost 1945 - 1990*. München: Beck.
- Stone Sweet, A. (2007): „The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority“. In: *German Law Journal*, 8(10), S. 915-928. <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=860>.
- Stone Sweet, Alec (2000): *Governing With Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Ox-

- ford University Press.
- (2002): „Constitutional Courts and Parliamentary Democracy“. In: *West European Politics*, 25(1), S. 77-100.
- Stone Sweet, Alec/Jud Mathews (2008): „Proportionality Balancing and Global Constitutionalism“. In: *Columbia Journal of Transnational Law*, 72, S. 53-164.
- Stone, Alec (1992): *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Stüwe, Klaus (1997): *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit*. Baden-Baden: Nomos.
- (2006): „Bundesverfassungsgericht und Opposition“. In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 215-228.
- Sunstein, Cass R. (2007): „Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law“. In: *Social Research*, 74(1), S. 1-24.
- SZ (1952a): „Heuß verzichtet auf Wehr-Gutachten“. In: *Süddeutsche Zeitung*, 11. Dezember 1952a, S. 1.
- (1952b): „Dehlers Attacke gegen Karlsruhe“. In: *Süddeutsche Zeitung*, 19. Dezember 1952b, S. 1.
- Szabó, Máté (2002): „Political Science - Hungary“. In: Max Kaase/Vera Sparschuh/Agnieszka Wenninger (Hg.): *Three social science disciplines in Central and Eastern Europe: handbook on economics, political science and sociology (1989-2001)*. Berlin: Informationszentrum Sozialwissenschaften; GESIS Servicestelle Osteuropa, S. 258-274.
- Székesy, Lilja (2003): *Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Szücs, Jenő (1990): *Die drei historischen Regionen Europas*. Frankfurt am Main: Verlag Neue Kritik.
- Tamanaha, Brian Z. (2008a): „The Bogus Tale About the Legal Formalists“. In: *St. John's University School of Law Legal Studies Research Paper Series*.
- (2008b): „Understanding Legal Realism“. In: *St. John's Legal Studies Research Papers*.
- Tamáš, Györfi (2001): *Az Alkotmánybíráskodás politikai karaktere. Értekezés a magyar alkotmánybíráóság első tíz évéről [Der politische Charakter der Verfassungsgerichtsbarkeit. Abhandlung über die ersten zehn Jahre des ungarischen Verfassungsgerichts]*. Budapest: INDOK.
- Tate, C. Neal/Torbjörn Vallinder (1995) (Hg.): *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Teitel, Ruti (2000): *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Tenbruck, Friedrich H. (1961): „Zur deutschen Rezeption der Rollentheorie“. In: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 13(1), S. 1-40.
- Thatcher, Mark/Alec Stone Sweet (Hg.) (2002): „The Politics of Delegation: Non-Majoritarian Institutions in Europe“. In: *West European Politics*, 25(1).
- Thelen, Kathleen/Sven Steinmo (1992): „Historical Institutionalism in Comparative Politics“. In: Sven Steinmo/Kathleen Thelen/Frank Longstreth (Hg.): *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, S. 1.
- Thome, Helmut (2003): „Soziologische Wertforschung: Ein von Niklas Luhmann inspirierter Vorschlag für die engere Verknüpfung von Theorie und Empirie“. In: *Zeitschrift für Soziologie*, 32(1), S. 4-28.
- Tóka, Gábor (1995): „Parties and their Voters in 1990 and 1994“. In: Béla K. Király (Hg.): *Lawful Revolution in Hungary, 1989-94*. New York: Columbia University Press, S. 131.
- Tökés, Rudolf L. (1996): *Hungary's negotiated revolution. Economic reform, social change, and*

- political succession, 1957-1990. Cambridge: Cambridge University Press.
- Törő, Károly (1991): „Az alkotmánybíráskodás kérdőjelei [Fragezeichen zur Verfassungsgerichtsbarkeit]“. In: *Magyar Jog*, 1991(5), S. 280-287.
- (1992): „Az alkotmánybíráskodás és a „láthatatlan Alkotmány“ [Die Verfassungsgerichtsbarkeit und die „unsichtbare Verfassung“]“. In: *Magyar Jog*, 1992(2), S. 85-90.
- Tóth, Gábor Attila (2009): *Túl a szövegen : értekezés a magyar alkotmányról [Über den Text hinaus : Studien zur ungarischen Verfassung]*. Budapest: Osiris.
- Tóth, Gábor Attila (2012) (Hg.): *Constitution for a Disunited Nation : On Hungary's 2011 Fundamental Law*. Budapest: Central European University Press.
- Trang, Duc (1995): „Beyond the Historical Justice Debate. The Incorporation of International Law and the Impact on Constitutional Structures and Rights in Hungary“. In: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 28(1), S. 1-43.
- Triepel, Heinrich (1923): „Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Beiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung“. In: *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahr zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*. Tübingen: Mohr, S. 51-118.
- Trochev, Alexei (2008): *Judging Russia : Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press.
- Uecker, Stefan (2005): *Die Rationalisierung des Rechts : Max Webers Rechtssoziologie*. Berlin: wvb, Wiss. Verl. Berlin.
- Uitz, Renata (2002a): „Constitutional Activism and Deference Through Judicial Reasoning: Confirming an Indeterminacy Thesis“. In: *Juridica International*, 7, S. 65.
- (2002b): „Eine Verkettung glücklicher Umstände: Das ungarische Verfassungsgericht und die Todesstrafe“. In: *Christian Boulanger/Vera Heyes/Philip Hanfling (Hg.): Zur Aktualität der Todesstrafe. Interdisziplinäre und globale Perspektiven*. Berlin: Berlin Verlag Arno Spitz, S. 375-404.
- Uitz, Renáta (2005): *Constitutions, courts, and history : historical narratives in constitutional adjudication*. Budapest: Central European University Press.
- van Ooyen, Robert Christian (2008): „Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den ‚Hüter der Verfassung‘“. In: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- van Ooyen, Robert Christian/Martin H. W. Möllers (2006): „Einführung: Recht gegen Politik – politik- und rechtswissenschaftliche Versäumnisse bei der Erforschung des Bundesverfassungsgerichts“. In: *dieselben (Hg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Vanberg, Georg (2004): *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2005): „Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung: Zum politischen Spiel“. In: *Steffen Ganghof/Philip Manow (Hg.): Mechanismen der Politik : strategische Interaktion im deutschen Regierungssystem*. Frankfurt am Main: Campus-Verlag.
- Voigt, Rüdiger (2006): „Das Bundesverfassungsgericht in rechtspolitologischer Sicht“. In: *Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 65-86.
- Volcansek, Mary L. (2000): *Constitutional politics in Italy : the constitutional court*. Basingstoke, Hamp.: Macmillan Press.
- von Beyme, Klaus (1997): *Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- (2001): „Das Bundesverfassungsgericht aus der Sicht der Politik- und Gesellschaftswissenschaften“. In: *Peter Badura/Horst Dreier (Hg.): Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsge-*

- richt, Bd. 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 493-505.
- (2006): „Modell für neue Demokratien? Die Vorbildrolle des Bundesverfassungsgerichts“. In: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 519-531.
- Vorländer, Hans (2006a) (Hg.): Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- (2006b): „Die Verfassung als symbolische Ordnung. Perspektiven einer kulturwissenschaftlich-institutionalistischen Verfassungstheorie“. In: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hg.): Politik und Recht. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 229-249.
- Vorländer, Hans/André Brodocz (2006): „Das Vertrauen in das Verfassungsgericht. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage“. In: Hans Vorländer (Hg.): Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Vorländer, Hans/Gary S. Schaal (2002): „Integration durch Institutionenvertrauen? Das Bundesverfassungsgericht und die Akzeptanz seiner Rechtsprechung“. In: Hans Vorländer (Hg.): Integration durch Verfassung. Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 343.
- Wachtel, Nikolaus (1996): Verfassung im Wandel. Die Durchsetzung demokratischer und rechtsstaatlicher Elemente in der ungarischen Verfassung. Darmstadt: Technische Hochschule Darmstadt.
- Wahl, Rainer (2005): „Lüth und die Folgen : Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung“. In: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.): Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Waldron, Jeremy (2006): „The Core of the Case Against Judicial Review“. In: Yale Law Journal, 115(6), S. 1346-1407.
- Wassermann, Rudolf (1996): „Zur gegenwärtigen Krise des Bundesverfassungsgerichts“. In: Recht und Politik, 32(2), S. 61.
- Weber, Max (1980): Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie. Tübingen: Mohr.
- (1988a): Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie. 8. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck (Erstauflage 1920).
- (1988b): Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Hg. von Johannes Winkelmann. 7. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck (Erstauflage 1922).
- (1994): Wissenschaft als Beruf/Politik als Beruf. Studienausgabe. Hg. von Wolfgang J. Mommsen/Wolfgang Schluchter. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Weber, Werner (1949): Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz. Göttingen: Fleischer.
- (1958): „Das Richtertum in der deutschen Verfassungsordnung“. In: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem. Stuttgart: Friedrich Vorwerk Verlag, S. 96-115.
- Wehler, Wolfgang (1979): Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich : die politische Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Zeit der Weimarer Republik. Bonn: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.
- Wengst, Udo (1984): Staatsaufbau und Regierungspraxis 1948 - 1953 : zur Geschichte der Verfassungsorgane der Bundesrepublik Deutschland. Düsseldorf: Droste.
- (1997): Thomas Dehler : 1897 - 1967 : eine politische Biographie. München: Oldenbourg.
- Werle, Raymund (1977): Justizorganisation und Selbstverständnis der Richter : eine empirische Untersuchung. Kronberg/Taunus: Athenäum-Verlag.
- Wesel, Uwe (1985): Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften. Umriss einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und akephalen Ackerbauern und Hirten. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- Wiegandt, Manfred H (1995): Norm und Wirklichkeit : Gerhard Leibholz (1901 - 1982) – Leben, Werk und Richteramt. Baden-Baden: Nomos.
- Wild, Michael (2000): „BVerfGE 2, 79 – Wiederbewaffnung III“. In: Jörg Menzel (Hg.): Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 65-69.
- Wildenmann, Rudolf (1969): Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts und der Deutschen Bundesbank in der politischen Willensbildung : ein Beitrag zur Demokratietheorie. Stuttgart: Kohlhammer.
- Willekens, Harry (2008): „Capitalism, Predictability, Formal Rationality and the Peculiarities of English Law“. In: Liesbeth Huppens-Cluysenaer/Robert Knegt/Oliver Lembcke (Hg.): Legality, Legitimacy and Modernity. Reconsidering Max Weber's Concept of Domination. ,s-Gravenhage: Reed Business, S. 109-123.
- Wissenschaftsrat (2012): Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen. Köln: Wissenschaftsrat.
- Wohlrapp, Harald (2005): „Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblümchen in der Wiese herum. Eine Kritik an Katharina Sobotas empirischer Rechtstextanalyse“. In: Kent D. Lerch (Hg.): Recht verhandeln. Berlin: Walter de Gruyter, S. 549-592.
- Wrase, Michael (2006): „Rechtssoziologie und Law and Society - Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch“. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 2), S. 289-312.
- (2013): Grundrechte zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. Zur problembezogenen Methode der Grundrechtsinterpretation. Dissertation, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät.
- Wrase, Michael/Christian Boulanger (2013): „Die Politik des Verfassungsrechts – Beiträge für ein Forschungsprogramm“. In: Die Politik des Verfassungsrechts. Baden-Baden: Nomos.
- Zierner, Klaus (1989): „Auf dem Weg zum Systemwandel in Polen. Teil I: Politische Reformen und Reformversuche, 1989-1988“. In: Osteuropa, S. 791.
- Zifcak, Spencer (1996): „Hungary's Remarkable, Radical, Constitutional Court“. In: Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe, 1), S. 1.
- Zlinszky, János (2002): Interview 1.3.2002. Pázmány-Universität, Budapest.
- Zoll, Andrzej/László Sólyom (2002): Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in politischen Transformationsprozessen. Karlsruhe: C. F. Müller.
- Zsidai, Ágnes (1996): „Legitimität kraft Legalität. Funktionswandel des Rechts in Ungarn“. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 17(2), S. 249.
- Zweigert, Konrad (1971): „Duktus der Rechtsprechung des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts und einige Erinnerungen an seine Anfangszeit“. In: Bundesverfassungsgericht (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht, 1951-1971. Karlsruhe: C. F. Müller, S. 95-120.