

André Brodocz

Die Macht der Judikative

Verfassung und Politik

Herausgegeben von
Hans Vorländer

Verfassungen stellen politische Ordnungen auf Dauer – und dies in einem doppelten Sinn: Als Spielregelwerk des politischen Systems enthalten sie Institutionen und Verfahren, die den politischen Prozess organisieren. Zugleich erheben Verfassungen den Anspruch, grundlegende Formen und Prinzipien der politischen Ordnung verbindlich zu machen. Verfassungen sind also Grundordnungen des Politischen, sie haben instrumentelle und symbolische Funktionen: Sie haben eine politische Steuerungs- und eine gesellschaftliche Integrationsaufgabe. Verfassungen machen die normativen Ordnungsvorstellungen, die Leitideen der sozialen und politischen Ordnung sichtbar.

Dieser Zusammenhang wird in der Schriftenreihe in theoretischer, ideengeschichtlicher und politikwissenschaftlicher Perspektive entfaltet. Die Beiträge verstehen sich als Studien zu einer neuen Verfassungswissenschaft, die die alten disziplinären Grenzen hinter sich lässt.

André Brodocz

Die Macht der Judikative



VS VERLAG FÜR SOZIALWISSENSCHAFTEN

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

Gefördert mit Mitteln der Deutschen Forschungsgemeinschaft im Rahmen des Sonderforschungsbereiches 537 „Institutionalität und Geschichtlichkeit“ an der Technischen Universität Dresden.

1. Auflage 2009

Alle Rechte vorbehalten

© VS Verlag für Sozialwissenschaften | GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2009

Lektorat: Frank Schindler

VS Verlag für Sozialwissenschaften ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.
www.vs-verlag.de



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Krips b.v., Meppel
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier
Printed in the Netherlands

ISBN 978-3-531-16758-9

Vorwort

Judikative Macht wird ausgeübt, wenn Gerichtsurteile über die legitime Geltung exekutiver und legislativer Akte befolgt werden. Judikative Macht setzt damit zunächst zweierlei voraus: Zum einen lassen sich die Handlungen und Entscheidungen der Exekutive und Legislative an etwas bemessen, das ihnen wie eine Verfassung normativ vorgeht. Zum anderen setzt die Macht der Judikative voraus, dass die Entscheidung über die Vereinbarkeit mit einer derart normativ vorrangigen Verfassung schließlich auch einer Verfassungsgerichtsbarkeit obliegt. Wäre die Bedeutung der Verfassung allerdings stets eindeutig oder könnte sie anderweitig ihre Bedeutung kontrollieren, dann ließe sich unter diesen beiden Voraussetzungen noch nicht von einer Macht der Judikative sprechen. Stattdessen handelte es sich genau genommen um die Macht der Verfassung, die durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeführt wird. Die Macht der Judikative eröffnet sich deshalb erst unter einer dritten, hinreichenden Voraussetzung: der Unverfügbarkeit der gedeuteten Verfassung über ihre Bedeutung. Erst unter dieser Bedingung wird aus dem bloß den Verfassungssinn vollstreckenden Verfassungsgericht eine souverän über ihre Bedeutung entscheidende Instanz. Die Macht der Judikative muss insofern als Deutungsmacht spezifiziert werden. Deren Komplexität, so meine erste zentrale These, lässt sich jedoch erst dann analytisch erschließen, wenn dementsprechend genau zwischen den Ebenen der gedeuteten Verfassung, des deutenden Gerichts und der Deutung selbst unterschieden wird.

Obwohl die Judikative auf diese Weise also Deutungsmacht ausüben kann, besitzt sie keine Macht. Denn die Macht der Judikative existiert nur im Moment ihres Vollzugs. Die judikative Deutungsmacht ist deshalb immer eine Frage der Praxis. Aber diese Macht ist mehr. Die Macht der Judikative ist ebenso eine Frage der Gelegenheit, sie auszuüben. Diese Gelegenheiten werden von den instrumentellen Strukturen, also den formalen Kompetenzen der judikativen Institutionen bestimmt. Die Verfügungsgewalt über diese Kompetenzen liegt in der Regel bei der Legislative, also jenseits der Gerichte. Nicht zuletzt ist die Deutungsmacht der Judikative darüber hinaus noch eine Frage ihrer Erzwingbarkeit. Weil Gerichten eigene Sanktionsressourcen fehlen, sind sie in Konfliktfällen auf die Sanktionierung durch exekutive Institutionen angewiesen. Problematisch wird diese Gewaltenteilung, sobald sich insbesondere Verfassungsgerichte in ihrer Rechtsprechung gegen politische Institutionen entscheiden. Deren Akzeptanz judikativer Macht wird im weiteren Verlauf darum vor allem davon bestimmt, ob das Verfassungsgericht in der Öffentlichkeit als Autorität anerkannt ist. Diese Anerkennung wird wahrscheinlich, wenn die Verfassung von der politischen Gemeinschaft als Einheitsvorstellung ihrer Identitätsbildung genutzt und das Verfassungsgericht als deren autoritativer Interpret anerkannt wird. In diesem Fall müssen die politischen Institutionen damit rechnen, dass ihre Missachtung des Verfassungsgerichts am Ende der Legislaturperiode von den Wählerinnen und Wählern sanktioniert werden

könnte. In diesem Fall sind die symbolischen Voraussetzungen für die Macht der Judikative stark. Starke symbolische Voraussetzungen sind jedoch nicht jeder Verfassung gegeben. Meine zweite zentrale These ist, dass wir bei der Analyse judikativer Macht zwischen starken, schwachen und ungewissen symbolischen Voraussetzungen unterscheiden müssen. Denn steht etwa die Nation oder eine andere politische Idee im Zentrum der politischen Identitätsstiftung und gewinnt daraus eine andere Institution öffentlich anerkannte Autorität, dann sind die symbolischen Voraussetzungen für die Macht der Judikative vergleichsweise schwach. Allerdings besteht auch nicht immer Einigkeit und Gewissheit über die Einheitsvorstellung, mit der sich eine politische Gemeinschaft identifiziert. Folglich gibt es in solchen Situationen auch keine Instanz, die daraus in ihrer öffentlichen Anerkennung als Autorität profitieren kann. Unter diesen Umständen sind die symbolischen Voraussetzungen judikativer Deutungsmacht deshalb nicht schwach, sondern ungewiss.

Die Macht der Judikative wird also insgesamt von drei Dimensionen bestimmt: ihren symbolischen Voraussetzungen, den instrumentellen Strukturen und der institutionellen Praxis. Meine dritte zentrale These ist, dass diese drei Dimensionen in einem internen Zusammenhang stehen. Dieser interne Zusammenhang beruht darauf, dass sich die symbolischen Voraussetzungen einerseits sowie die instrumentellen Strukturen und die institutionelle Praxis andererseits reziprok bedingen. Das heißt, dass die Bedeutung der institutionellen Praxis judikativer Deutungsmachtausübung nicht nur von den symbolischen Voraussetzungen und instrumentellen Strukturen abhängt, sondern selbst zu deren Genese, Verstetigung und Transformation beiträgt. In diesem Sinne ist die Macht der Judikative immer das vorübergehende Ergebnis eines kreativen Prozesses.

Auch diese Studie ist das Ergebnis eines Prozesses, den ich zwar ebenfalls nicht zur Gänze kontrollieren konnte, aber dennoch allein verantwortete. Dass dieses Ergebnis eine gewisse Kreativität für sich beansprucht, liegt nicht zuletzt an den Hinweisen, Kritiken und Inspirationen all jener, die frühere Versionen einzelner Kapitel oder gar der ganzen Arbeit konstruktiv kommentiert haben. Dafür danke ich insbesondere Harald Bluhm, Thorsten Bonacker, Claudia Creutzburg, Maik Herold, Frederic Kahrl, Kathleen Proppé, Sebastian Richter, Gary S. Schaal, Steven Schäler und nicht zuletzt Hans Vorländer. Ihm gebührt darüber hinaus ganz herzlicher Dank für die inzwischen zwölfjährige Zusammenarbeit, deren Einfluss kein Citation Index erfassen kann. Unweigerlich verbunden sind diese zwölf Jahre ebenso mit dem von der DFG geförderten Sonderforschungsbereich „Institutionalität und Geschichtlichkeit“, bei dessen Sprecher, Gert Melville, ich mich nicht nur für die freundliche Übernahme der Druckkosten, sondern auch für ein spannendes intellektuelles und interdisziplinäres Umfeld bedanken möchte. In diesem Zusammenhang danke ich genauso gern meinen Kolleginnen und Kollegen unseres Teilprojekts „Verfassung als institutionelle Ordnung des Politischen“, Dietrich Herrmann, Rainer Schmidt, Daniel Schulz und Julia Schulze Wessel, für die Zusammenarbeit in den letzten Jahren. Nicht zu vergessen sind hierbei auch die externen Gäste unseres Projekts, mit denen ich auf unseren Projekt-Tagungen und Workshops viele Zwischenergebnisse gewinnbringend diskutieren durfte. Stellvertretend für viele sei dafür Andreas Anter, Jürgen Gebhardt, Roland Lhotta, Pier Paolo Portinaro und Tine Stein gedankt. In diesen Kreis gehört zweifellos auch Gerhard Göh-

ler, dem ich wie auch Hubertus Buchstein und Hans Vorländer zudem noch dafür danken möchte, dass sie diese Arbeit auch als Habilitationsschrift begutachtet und so zu deren Annahme an der Philosophischen Fakultät der TU Dresden beigetragen haben. Über die Praxis kollegialer Zusammenarbeit und instrumenteller Strukturen wie den Sonderforschungsbereich hinaus ist aber auch eine solche Arbeit auf symbolische Voraussetzungen angewiesen. Dass diese stets stark waren, verdanke ich vor allem meiner Frau und meiner Tochter sowie meinen Eltern.

Dresden, im Februar 2009

André Brodocz

Inhalt

Vorwort	5
Kapitel I	
Einleitung: Die Macht der Judikative als politischer Faktor	13
1 Die Veto-Macht der Judikative	13
2 Überblick über die Argumentation	17
Kapitel II	
Ideengeschichtliche Weichenstellungen für die Macht der Judikative	24
1 Montesquieu	26
1.1 Der Verfall von Regierungsformen	26
1.2 Pluralisierung und Säkularisierung als Möglichkeitsbedingungen judikativer Macht	33
2 Die Federalists	38
2.1 Die Expansionsfähigkeit der drei Gewalten	38
2.2 Interpretation und öffentliches Ansehen als Elemente judikativer Macht	45
3 Zusammenfassung: Die doppelte Weichenstellung	49
Kapitel III	
Die Macht der Judikative in der politischen Theorie der Gegenwart	51
1 Systemtheorie	54
1.1 Die Autonomie des Rechts: Niklas Luhmann	54
1.2 Die Multireferentialität des Verfassungsgerichts: Alfons Bora	61
1.3 Zusammenfassung und Kritik	69
2 Rational Choice Theorie	73
2.1 Die Rationalität konstitutioneller Selbstbindung: Jon Elster	73
2.2 Die Macht der konstitutionellen Selbstbindung: Georg Vanberg	83
2.3 Zusammenfassung und Kritik	90
3 Anforderungen an eine politische Theorie zur Macht der Judikative	95

Kapitel IV**Erste Zwischenbetrachtung: Eine Theorie judikativer Deutungsmacht 98**

1	Drei Ebenen der Deutungsmacht	101
1.1	Die gedeutete Verfassung	101
1.2	Das deutende Gericht	106
1.3	Die Deutung	110
2	Drei Dimensionen der Deutungsmacht	116
2.1	Symbolische Voraussetzungen	116
2.2	Instrumentelle Strukturen	123
2.3	Institutionelle Praxis	128
3	Perspektiven für die empirische Analyse von Deutungsmacht	133

Kapitel V**Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts 139**

1	Die fünfziger Jahre	142
1.1	Die Genese verfassungsgerichtlicher Autorität	142
1.2	Die Stabilisierung der politischen Ordnung und die Demonstration exklusiver Deutungshoheit	148
1.3	Die faktische Selbstbeschränkung normativer Deutungsmacht	155
1.4	Der Schutz der Politik vor den Verfassungsdeutungen der sonstigen Gerichtsbarkeit	164
1.5	Zusammenfassung: Die Etablierung der Deutungsmacht	170
2	Die siebziger Jahre	177
2.1	Die wachsende Anerkennung des Grundgesetzes und seines autoritativen Interpretieren	177
2.2	Die faktische Präsenz von Deutungsmacht in der politischen Ordnung	184
2.3	Die faktische Konzentration der Deutungshoheit am Verfassungsgericht	192
2.4	Die Entschärfung normativer Deutungsmacht durch praktische Deutungshoheit	203
2.5	Zusammenfassung: Die De-Stabilisierung der Deutungsmacht	210

Kapitel VI**Zweite Zwischenbetrachtung: Die Prozesshaftigkeit der Deutungsmacht 216**

1	Etablierungsphasen unter unsicheren symbolischen Voraussetzungen	217
2	De-Stabilisierungsphasen unter starken symbolischen Voraussetzungen	222
3	Fazit: Die kreative Prozesshaftigkeit der Deutungsmacht	229

Kapitel VII

Ausblick: Global Governance und die Macht der Judikative **234**

1	Internationale Verrechtlichung	237
1.1	Drei Dimensionen internationaler Verrechtlichung	237
1.2	Die Macht einer internationalen Judikative	240
1.3	Nationale vs. Internationale Verrechtlichung?	243
2	Die Transformation der symbolischen Voraussetzungen	244
2.1	Transformation durch Rezeption	244
2.2	Chancen und Risiken einer negativen Rezeptionspraxis	246
2.3	Chancen und Risiken einer positiven Rezeptionspraxis	248
3	Welche Zukunft hat die Macht der Judikative?	250

Literatur **256**

Kapitel I

Einleitung: Die Macht der Judikative als politischer Faktor

1 Die Veto-Macht der Judikative

Die Macht der Judikative steht heute als zentraler Faktor des politischen Prozesses außer Frage.¹ Aber dies muss nicht unbedingt so sein. Denn in der Geschichte der Demokratie ist die aus der Gewaltenteilung hervorgehende Macht der Judikative zunächst kein politischer Faktor, sondern die unabhängig von der Politik angesiedelte Lösung für Gefahren, die von einer übermächtigen Legislative und Exekutive drohen.² Sie kontrolliert zwar, dass auch die politischen Institutionen bei ihrer Machtausübung an die von ihnen erlassenen und ausgeführten Gesetze gebunden sind. Solange jedoch in der Demokratie die politischen Institutionen bei der Gesetzgebung nur prozedural, aber nicht materiell eingeschränkt sind, können sie diese Bindungen selbst jederzeit so ändern, dass ihnen von der Judikative keine Einschränkungen drohen.³ Damit die Macht der Judikative als zentraler Faktor des politischen Prozesses wirken kann, muss die Verfassung also die Gesetzgebung der demokratischen Institutionen auch materiell binden. Deshalb wird die Macht der Judikative erst zum zentralen politischen Faktor, wenn sich Demokratien eine über die Regulierung ihrer demokratischen Prozeduren hinausgehende Verfassung geben, an deren Änderbarkeit hohe Anforderungen gesetzt

¹ Vgl. u.a. Paul O. Carrese: *The Cloaking of Power. Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism.* Chicago/London 2003; Martin Shapiro/Alec Stone Sweet: *On Law, Politics and Judicialization,* Oxford: Oxford 2002; Alec Stone Sweet: *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe.* Oxford 2000; Carlo Guarneri/Patrizia Pederzoli: *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy.* Oxford 2001; Stephen Powers/Stamley Rothman (Hrsg.): *The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism.* Westport, Conn. 2002; Pat Robertson: *Courting Disaster. How the Supreme Court is Usurping the Power of Congress and the People.* Nashville 2004; Raoul Berger: *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment.* Cambridge 1997; Lee Epstein/Jack Knight: *The Choices Justices Make.* Washington, D.C 1998; Matthew J. Franck: *Against the Imperial Judiciary. The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People.* Lawrence, Kansas 1996; Howard Gillman/Cornell Clayton (Hrsg.): *The Supreme Court in American Politics. New Institutional Interpretations.* Lawrence, Kansas 1999; Ran Hirschl: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.* Cambridge, Mass. 2004; Robert Justin Lipkin: *Constitutional Revolutions. Pragmatism and the Role of Judicial Review in American Constitutionalism.* Durham, N.C. 2000; Michael J. Perry: *The Constitution in the Courts. Law or Politics?* New York 1994; J. Mitchell Pickerill: *Constitutional Deliberation in Congress. The Impact of Judicial Review in a Separated System.* Durham/London 2004; Jamin B Raskin: *Overruling Democracy. The Supreme Court vs. The American People.* New York 2003; Herman Schwartz: *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe. Constitutionalism in Eastern Europe.* Chicago 2000; Mark Silverstein: *Judicious Choices. The New Politics of Supreme Court Confirmations.* New York 1994.

² Vgl. Hans Vorländer: *Demokratie. Geschichte, Formen, Theorien.* München 2003, S. 61f.

³ Siehe hierzu etwa Ingeborg Maus: *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant.* Frankfurt a.M. 1994, S. 274-298; kritisch dazu Giovanni Sartori: *Demokratietheorie.* Darmstadt 1997, S. 323.

sind, deren Geltung der einfachen Gesetzgebung voran geht und von einem Verfassungsgericht kontrolliert wird: „that is how courts enter the political space.“⁴

Mit dem „globalen Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit“⁵ nach 1945 geht darum auch unweigerlich die „global expansion of judicial power“⁶ einher. Vorher gab es nur in vier Staaten – den USA, der Schweiz, Österreich und Irland – eine Verfassungsgerichtsbarkeit. Seit den Systemtransformationen in Mittel- und Osteuropa nach 1989 ist die Ausnahme der verfassungsgerichtlich kontrollierten Demokratie zur Regel geworden. Infolgedessen erfährt auch die Macht der Judikative als politischer Faktor immer mehr Aufmerksamkeit. Von der Macht der Exekutive und Legislative unterscheidet sich die Judikative aber zunächst dadurch, dass sie ihre Macht nur reaktiv gebrauchen kann. Denn die Macht der Judikative setzt die Macht der anderen Gewalten voraus, weil sich ihre Macht nur über die Geltung der Entscheidungen erstreckt, die die anderen Gewalten bereits getroffen haben.

Weil die Macht der Judikative deshalb vor allem eine verhindernde Wirkung auf die Macht der anderen Gewalten ausübt, wird sie in der internationalen Diskussion als „veto power“ präzisiert.⁷ Diese Veto-Macht kann nach Nicos Alivizatos explizit oder implizit ausgeübt werden.⁸ Explizit kommt sie zum Einsatz, sobald eine Entscheidung der Exekutive oder Legislative aufgehoben wird. Dies wirkt sich auf den politischen Prozess über den Einzelfall hinaus aus, weil eine judikative Entscheidung von den exekutiven und legislativen Institutionen solange als Beschränkung der eigenen Macht akzeptiert werden muss, wie die Verfassung nicht entsprechend geändert wird. Implizit wird die Veto-Macht der Judikative dagegen ausgeübt, wenn das Verfassungsgericht eine Entscheidung von Exekutive oder Legislative formal zwar nicht aufhebt, aber nur in einer von ihm festgelegten Interpretation gültig bleibt, die ggf. sogar dem ursprünglichen Willen der exekutiven oder legislativen Institutionen widerspricht. Auffällig dabei ist, dass vom Ausmaß der formalen Kompetenzen, um Veto-Macht auszuüben, nicht auf das faktische Ausmaß ihrer Ausübung geschlossen werden kann. Alivizatos zufolge kommt es hierfür auf externe Faktoren an wie eine stark dezentralisierte politische Ordnung, ein stark polarisiertes Parteiensystem und eine Vielzahl weiterer Veto-Spieler.⁹

Ganz ähnlich unterscheidet auch Mary Volcansek zwischen einer direkten und indirekten Veto-Macht der Judikative im politischen Prozess.¹⁰ Die Macht, die Entscheidungen politischer Institutionen aufzuheben, bezeichnet sie als direkte Veto-Macht. Indirekt wirkt diese dagegen in den Fällen, in denen die politischen Akteure bereits im Vorfeld versuchen, die Meinung des Verfassungsgerichts zu antizipieren und die eige-

⁴ Mary Volcansek: Constitutional Courts as Veto Players. Divorce and Decrees in Italy, in: European Journal of Political Research 39 (2001), S. 347-372 (hier: S. 352).

⁵ Rainer Wahl: Verfassungsrecht, Europäisierung, Internationalisierung. Frankfurt a.M. 2003, S. 254.

⁶ Vgl. C. Neal Tate/Torbjörn Vallinder (Hrsg.): The Global Expansion of Judicial Power. New York 1995; siehe dazu auch Michel Fromont: La justice constitutionnelle dans le monde. Paris 1996.

⁷ Vgl. Nicos C. Alivizatos: Judges as Veto Players, in: Herbert Döring (Hrsg.): Parliaments and Majority Rule in Western Europe. Frankfurt a.M./New York 1995, S. 566-589 (hier: S. 570).

⁸ Siehe dazu Alivizatos, Judges as Veto Players [Fn. 7], S. 568f.

⁹ Vgl. Alivizatos, Judges as Veto Players [Fn. 7], S. 586.

¹⁰ Vgl. Mary L. Volcansek: Constitutional Courts as Veto Players. Divorce and Decrees in Italy, in: European Journal of Political Research 39 (2001), S. 347-372.

ne Entscheidung davon abhängig zu machen. In beiden Fällen wird das Verfassungsgericht Volcansek zufolge zum dritten, in Koalitionen handelnden Spieler im politischen Prozess. Bei der indirekten Veto-Macht spielt es insofern mit, als die politischen Akteure und Institutionen versuchen, ihre Präferenzen in Übereinstimmung mit dem Verfassungsverständnis des Verfassungsgerichts zu bringen. Im Fall der direkten Veto-Macht ist es mangels eigener Sanktionsmöglichkeiten darauf angewiesen, dass eine der politischen Institutionen dafür sorgt oder darauf achtet, dass sich die andere politische Institution auch der Macht der Judikative beugt. „Where courts can exercise the power of constitutional review, their impact on policy, be it direct or indirect, sets limits and lends support to allied institutions. As judicial review proliferates around the world, courts cannot be relegated to the theoretical sidelines. Such models are incomplete, and our understanding is limited.“¹¹

Die Notwendigkeit, dass politische Entscheidungen der direkten oder indirekten Zustimmung eines Verfassungsgerichts bedürfen, qualifiziert sie auch nach George Tsebelis als „veto player“.¹² Allerdings ist damit noch nicht gesagt, dass sie auch über Veto-Macht verfügen. Entscheidend dafür ist die „configuration of veto players“.¹³ Von besonderer Bedeutung sind dabei als erstes die legislativen Veto-Spieler, weil sie die zu fällenden politischen Entscheidungen bestimmen. Als „agenda setter“ verfügen sie über eine spezifische Veto-Macht, weil sie festlegen, ob es überhaupt zu Veränderungen des Status quo kommt.¹⁴ Die Macht der weiteren Veto-Spieler beschränkt sich demgegenüber darauf, ob sie den vorgelegten Änderungen zustimmen oder nicht: „The sequence in which veto players make their decisions (who makes proposals to whom) affects the influence that these veto players have in the decisionmaking process.“¹⁵ Je später ein Veto-Spieler in diesem Zustimmungsprozess eingreifen kann, desto geringer ist seine Veto-Macht. Zweitens wird die Konfiguration der Veto-Spieler von Bedingungen bestimmt, die die Veto Macht einzelner Veto-Spieler absorbieren.¹⁶ Zu einer Absorption der Veto-Macht kommt es Tsebelis zufolge, wenn sich die Präferenzen eines Veto-Spielers mit jenen des *agenda setter* und weiteren im Entscheidungsprozess vorgeschalteten Veto-Spielern decken. Weil die Macht vieler Veto-Spieler aus diesem Grunde häufig absorbiert wird, kommt es bei der Konfiguration der Veto-Spieler nicht einfach darauf an, die Anzahl der Veto-Spieler zu bestimmen. Entscheidend ist, wie weit die Präferenzen der einzelnen Veto-Spieler übereinstimmen: je geringer diese Übereinstimmung ist, desto geringer sind die Chancen, dass es zu einer Veränderung des Status quo kommt. Weil Verfassungsgerichte im politischen Entscheidungsprozess erst auf bereits getroffene politische Entscheidungen reagieren können und ihre Richter von den Akteuren und Institutionen ausgewählt werden, die diese Entscheidungen fäl-

¹¹ Volcansek, *Constitutional Courts as Veto Players* [Fn. 10], S. 368.

¹² „In order to change policies – or, as we will say henceforth, to change the (legislative) status quo – a certain number of individual or collective actors have to agree to the proposal change. I call such actors *veto players*“ (George Tsebelis: *Veto Players. How Political Institutions Work*. New York 2002, S. 2).

¹³ Tsebelis, *Veto Players* [Fn. 12], S. 2.

¹⁴ Tsebelis, *Veto Players* [Fn. 12], S. 2.

¹⁵ Tsebelis, *Veto Players* [Fn. 12], S. 18; vgl. zu den Vorteilen des agenda setting auch Tsebelis, *Veto Players* [Fn. 12], S. 33ff.

¹⁶ Vgl. zur „absorption rule“ Tsebelis, *Veto Players* [Fn. 12], S. 12.

len bzw. an deren Entstehung mitwirken, decken sich die Präferenzen der Verfassungsrichter in den meisten Fällen mit denen der vorgeschalteten Veto-Spieler. Daraus zieht Tsebelis den Schluss: „While constitutional judges are veto players, most of the time they are absorbed.“¹⁷

Die Präzisierung der Macht der Judikative als Veto-Macht ist also durchaus ambivalent: Zwar kann dies zeigen, *wie* Verfassungsgerichte ihre Macht gegenüber den politischen Institutionen der Exekutive und Legislative ausüben können; doch weist dies ebenso darauf hin, dass diese Macht meistens absorbiert wird. Dennoch wird mit dieser Präzisierung zumindest deutlich, dass die Macht der Judikative keinen exogenen, sondern einen endogenen Faktor des politischen Prozesses darstellt. Allerdings wird dabei ebenso klar, dass die Macht der Judikative primär zur Erklärung des politischen Prozesses genutzt wird, ohne selbst erklärt zu werden. Die Macht der Judikative gleicht also einer *black box*, mit der Licht in den politischen Prozess gebracht wird, während sie selbst sowohl in konzeptueller, komparativer und historischer Hinsicht weiterhin im Dunkeln verharrt. So ist *in konzeptueller Hinsicht* noch immer unklar, warum diese in der Verfassungsgerichtsbarkeit gebündelte Macht der Judikative überhaupt dauerhaft funktioniert, obwohl ihr eigene Sanktionsmittel fehlen, um ihre formalen Kompetenzen im Konfliktfall auch gegen Widerstand durchsetzen zu können. Unklar ist aber auch *in komparativer Hinsicht*, warum die verschiedenen Verfassungsgerichte von dieser Macht so unterschiedlich Gebrauch machen, obwohl ihre formalen Kompetenzen ähnliche Einsatzmöglichkeiten bieten. Schließlich ist es *in historischer Hinsicht* ebenso unklar, warum es in der Geschichte eines Verfassungsgerichts immer wieder zu unterschiedliche Phasen der Machtausübung kommt, obwohl sich die formalen Kompetenzen kaum oder gar nicht geändert haben. Um in konzeptueller, komparativer und historischer Hinsicht einen Einblick in die *black box* der Macht der Judikative zu bekommen, braucht es, so *die generelle These dieser Arbeit*, eine politische Theorie, die diese strukturell in den formalen Kompetenzen verankerte Macht nicht nur in einen internen Zusammenhang mit ihrem praktischen Gebrauch, sondern auch mit ihren symbolischen Voraussetzungen bringt. Gerade die symbolischen Möglichkeitsbedingungen, auf denen die Macht der Judikative beruht, bleiben häufig unberücksichtigt. Diese Voraussetzungen in den Blick zu nehmen, ist aber nötig, weil die formalen Kompetenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit vom normativen Vorrang der Verfassung zehren, der aber nur dort dauerhaft Anerkennung findet, wo die Verfassung über ihre instrumentelle Funktion hinaus zur symbolischen Integration der politischen Gemeinschaft genutzt wird.¹⁸

¹⁷ Tsebelis, Veto Players [Fn. 12], S. 227. Siehe zum unterschiedlichen Ausmaß dieser Absorptionen auch die vergleichenden Analysen von Uwe Wagschal: Verfassungsgerichte als Vetospieler in der Steuerpolitik, in: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hrsg.): Recht und Politik. Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 36. Wiesbaden 2006, S. 560-584.

¹⁸ Vgl. u.a. Hans Vorländer: Die Verfassung. Idee und Geschichte. München 1999, S. 7ff.; ders.: Integration durch Verfassung? Die symbolische Bedeutung der Verfassung im politischen Integrationsprozess, in: ders. (Hrsg.): Integration durch Verfassung. Wiesbaden 2002, S. 9-40; ders.: Die Verfassung als symbolische Ordnung. Perspektiven einer kulturwissenschaftlich-institutionalistischen Verfassungstheorie, in: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hrsg.): Recht und Politik. Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 36. Wiesbaden 2006, S. 229-249; Jürgen Gebhardt: Verfassung und Symbolizität, in: Gert Melville (Hrsg.): Institutionalität und Symbolisierung. Verstetigung kultureller Ordnungsmuster in Vergangenheit und Gegenwart. Köln u.a. 2001, S. 585-601; und André

2 Überblick über die Argumentation

Dass die Macht der Judikative auf symbolischen Voraussetzungen beruht, wurde vor allem bereits in Studien berücksichtigt, die in der Tradition der Kritischen Theorie stehen. Diese betonen die notwendige „Existenz eines stabilen ideologischen Konsenses“, den das Verfassungsgericht in der Praxis nur noch nachträglich affirmiert.¹⁹ Die Rechtsprechung vergegenständlicht danach ein „bildungsbürgerliches Ideal“, das die Realität der gesellschaftlichen Verhältnisse in der individuellen Wahrnehmung „filtert“.²⁰ Die symbolischen Voraussetzungen für die Macht der Judikative erscheinen dann als ihre ideologische Dimension, in der die wahren Interessen der Unterworfenen durch ein falsches, vom Bundesverfassungsgericht indoktriniertes Bewusstsein verschleiert werden, um die existierenden Herrschaftsverhältnisse zu stabilisieren.²¹ Dieser Ansatz übersieht allerdings, dass die Wahrnehmung der gesellschaftlichen Verhältnisse immer schon sinnhaft vermittelt und dementsprechend ‘gefiltert’ ist.²² Diese verfügen zwar über kulturelle Differenzen, doch lassen sie sich normativ nicht mehr als ideologisch kritisieren. Darüber hinaus ist diese Filterung notwendig, um die Wirklichkeit der gesellschaftlichen Verhältnisse überhaupt sinnvoll erschließen zu können. In dieser Hinsicht sind die symbolische Integration durch eine Verfassung und der Diskurs um ihre Interpretation für eine politische Gemeinschaft nicht nur von nachträglichem, sondern geradezu von konstitutiver Bedeutung.²³

Diese symbolischen Voraussetzungen werden aber keinesfalls automatisch mit der Gebung einer Verfassung geschaffen und gleichsam auf Dauer gestellt. Günstig sind dafür historische Situationen, in denen sich eine politische Gemeinschaft explizit mit der Verfassungsgebung konstituiert. Die Gründung der USA gibt hier zweifellos das beste Beispiel.²⁴ Allerdings kann sich dieser *constitutional moment* der Gründung nicht selbst auf Dauer stellen, weshalb die damit verbundenen symbolischen Voraussetzungen anderweitig kontiniert werden müssen, um nicht wieder zu versiegen. So zeigt etwa die französische Verfassungsgeschichte sehr anschaulich, dass der konstitutionelle Gründungsakt allein nicht ausreicht, um dauerhaft die symbolischen Voraussetzun-

Brodocz: Die symbolische Dimension der Verfassung. Ein Beitrag zur Institutionentheorie. Wiesbaden 2003. Siehe dazu überblicksartig auch André Brodocz: Die symbolische Dimension konstitutioneller Institutionen. Über kulturwissenschaftliche Ansätze in der Verfassungstheorie, in: Birgit Schwelling (Hrsg.): Politikwissenschaft als Kulturwissenschaft. Theorien, Methoden, Problemstellungen. Wiesbaden 2004, S. 131-150.

¹⁹ Hans J. Lietzmann: Das Bundesverfassungsgericht. Eine sozialwissenschaftliche Studie. Opladen 1988, S. 76.

²⁰ Ebd. In diesem Zusammenhang spricht Otwin Massing: Identität als Mythopoem. Zur politischen Symbolisierungsfunktion verfassungsgerichtlicher Spruchweisheiten, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.): Symbole der Politik. Politik der Symbole. Opladen 1989, S. 235-256 (hier: S. 239), sogar von einer „ideologischen Vorratsbewirtschaftung“.

²¹ Vgl. zu dieser ideologischen Dimension von Macht Steven Lukes: Power. A Radical View. London 1974, S. 21ff.

²² Siehe hierzu u.a. Peter Berger/Thomas Luckmann: Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie. Frankfurt a.M. 1970. Vgl. zur speziell zur Konstruktion politischer Wirklichkeiten auch Thorsten Bonacker/André Brodocz/Thomas Noetzel (Hrsg.): Die Ironie der Politik. Über die Konstruktion politischer Wirklichkeiten. Frankfurt a.M./New York 2003.

²³ Zur Notwendigkeit einer um die symbolischen Aspekte erweiterten institutionellen Analyse der Verfassungsgerichtsbarkeit siehe auch Roland Lhotta: Das Bundesverfassungsgericht als politischer Akteur. Plädoyer für eine neo-institutionalistische Ergänzung der Forschung, in: Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft 9 (3/2003), S. 142-153.

²⁴ Vgl. Hannah Arendt: Über die Revolution. München 1963.

gen für einen faktisch anerkannten normativen Vorrang der Verfassung zu schaffen, wenn sich eine politische Gemeinschaft anderweitig – in diesem Fall durch die Nation – symbolisch integriert.²⁵ Unter diesen Umständen fehlt es einer Verfassung dann häufig auch an der faktischen Anerkennung ihres normativen Geltungsanspruchs auf Vorrangigkeit. Dies zeigt sich dann etwa daran, dass die Verfassung als ein bloßes Instrument verstanden und behandelt wird, welches ohne weiteres entsprechend geändert oder sogar komplett ersetzt werden kann.

Weil die Macht der Judikative einerseits symbolisch voraussetzungsreich ist, aber Verfassungen andererseits nicht automatisch die dafür nötige symbolische Integration einer politischen Gemeinschaft leisten, schlage ich vor, zwischen *starken und schwachen symbolischen Voraussetzungen* für die Macht der Judikative zu unterscheiden. Es wäre allerdings verkürzt, allein zwischen diesen beiden symbolischen Voraussetzungen zu unterscheiden. Idealtypisch muss noch eine dritte Konstellation berücksichtigt werden, in der sich eine politische Gemeinschaft unsicher darüber ist, worauf ihre politische Identität beruht und welchen moralischen Gehalt sie kennzeichnet. Ein gutes Beispiel bietet in diesem Fall die Gründung der Bundesrepublik Deutschland. Über die politische Identität und ihren moralischen Gehalt herrschte überwiegend Unsicherheit, so dass weder Grundgesetz noch eine andere Idee zunächst symbolisch integrierend wirken konnten. In solchen Fällen spreche ich deshalb nicht von starken oder schwachen, sondern *unsicheren symbolischen Voraussetzungen* für die Macht der Judikative.

Bevor ich jedoch eine Theorie präsentiere, die diese drei Konstellationen symbolischer Voraussetzungen berücksichtigt, werde ich zuerst zeigen, wie in der Ideengeschichte die Weichen für die gegenwärtige Problematisierung der Macht der Judikative gestellt wurden (Kap. II). Die entscheidende Weichenstellung erfolgte dabei durch Montesquieu und die Federalists, mit denen sich die Idee einer autonomen, von den anderen Gewalten getrennten Judikative durchsetzt. Denn erst unter dieser Bedingung kann die Macht der Judikative überhaupt zum Problem werden. Paradoxiertweise machen sowohl Montesquieu als auch die Federalists aber zunächst nur explizit deutlich, warum von der Macht einer autonomen Judikative keine Gefahr droht. Nach Montesquieu ist es vor allem der Wortlaut der Gesetze, der einer willkürlichen und Macht missbrauchenden Amtsausübung entgegenwirkt. Aus ähnlichen Gründen sehen auch die Federalists einen Machtmissbrauch auf Seiten der Judikative gebannt, wenn sie die Rechtsprechung als die Verwirklichung des wahren Sinns von Rechts- und Verfassungstexten betrachten. Zudem betonen sie aber auch das heute noch gängige Argument gegen die Gefahr eines Machtmissbrauchs durch die dritte Gewalt, wonach es der Judikative an eigenen Ressourcen mangelt, um die eigene Macht gegen Widerstand überhaupt durchsetzen zu können. Allerdings werde ich zeigen, dass Montesquieu und die Federalists bereits implizit Möglichkeitsbedingungen und Elemente liefern, an denen eine politische Theorie für die Macht der Judikative anschließen kann. Bei Montesquieu wird deutlich, dass von der Judikative auch deshalb keine nennenswerte Gefahr droht, solange die soziale Koordination und Kooperation primär über Sitten und Bräuche verläuft. Implizit weist er damit daraufhin, dass sich dies ändert, sobald das

²⁵ Vgl. Daniel Schulz: *Verfassung und Nation. Formen politischer Institutionalisierung in Deutschland und Frankreich*. Wiesbaden 2004.

Recht – wie in pluralisierten und säkularisierten Gesellschaften – zum primären Medium sozialer Koordination und Kooperation aufsteigt, während gleichzeitig die gemeinsam geteilten Deutungshorizonte schwinden und damit die Deutung von Recht und Verfassung strittiger wird. Die Federalists wiederum zeigen mit ihrer Kritik an der Aufnahme von Grundrechten in die Verfassung, dass deren Mehrdeutigkeit Deutungsspielräume eröffnet, die der Judikative eine gewaltspezifische Macht verschaffen. Implizit weisen sie darum bereits darauf hin, dass die spezifische Macht der Judikative aus der Deutung von Recht und Verfassung resultiert und deshalb als *Deutungsmacht* präzisiert werden kann. Zugleich zeigen sie mit ihrer Forderung, das öffentliche Ansehen der Judikative zu stärken, um den Mangel an eigenen Sanktionsmittel zu kompensieren, dass die Macht der Judikative eng mit dem Vertrauen verbunden ist, das ihr die Bevölkerung schenkt.

Nach der Analyse der ideengeschichtlichen Weichenstellung erfolgt eine kritische Rekonstruktion der Wege, die daraufhin die politische Theorie gegenwärtig zur Analyse der Macht der Judikative eingeschlagen hat (Kap. III). Dabei markieren die auf der Makro-Ebene angesiedelte autopoietische Systemtheorie und die der Mikro-Ebene verhaftete Rational-Choice Theorie die beiden kontradiktorischen Richtungen. Aus der Makro-Perspektive von Niklas Luhmanns Systemtheorie erscheint die Macht der Judikative als Ausdruck einer unterkomplexen Semantik, mit der in der funktional differenzierten Gesellschaft das Verhältnis von Recht und Politik beschrieben wird. Die Unterkomplexität dieser Semantik wird damit begründet, dass die Rede von der Macht der Judikative sich allein darauf konzentriert, was das Recht in seinen Leistungs- und Entparadoxierungsbeziehungen zur Politik erbringt. Dass das politische System ebenso Leistungen für das Rechtssystem erbringt und zu dessen Entparadoxierung beiträgt, wird durch diese Art der Selbstbeschreibung ausgeblendet. Aus dieser Perspektive relativiert sich damit die Frage nach der Macht der Judikative. Stellt man in Rechnung, dass Leistungsprobleme in der funktional differenzierten Gesellschaft durch multireferentiell operierende Organisationen bearbeitet werden, dann erscheint die Macht der Judikative nach Alfons Bora sogar als Ausdruck politischer Responsivität. Das heißt: Das politische System beobachtet die Operationen des Rechtssystems als Reaktionen auf seine eigene Auswirkungen auf das Rechtssystem. Damit verliert das wachsende Interesse an der Macht der Judikative ihren kritischen Impetus, es kehrt sich sogar in einen Hinweis auf die Entwicklung eines responsiven politischen Systems um. Die systemtheoretische Perspektive auf die Macht der Judikative überzeugt aber u.a. deshalb nicht, weil sie auf der Makro-Ebene nur die gesellschaftsstrukturellen Bedingungen für die Macht der Judikative in den Blick bekommt. Diese Strukturen beschränken aber nicht nur die soziale Praxis von Recht und Politik, genauso hängt die Reproduktion dieser Strukturen davon ab, wie Organisationen in der sozialen Praxis operieren und damit Macht über die sie beschränkenden Strukturen gewinnen.

Genau an diesem Defizit setzt die auf der Mikro-Ebene angesiedelte Rational Choice Theorie an, wenn sie nach den Motiven fragt, weshalb sich politische Gemeinschaften und ihre Institutionen überhaupt mit Hilfe der Judikative konstitutionell selbst binden. Dass die Verfassunggebung überhaupt ein rationaler Akt ist, macht Jon Elster deutlich. Danach rechnen politische Gemeinschaften mit ihrer eigenen Irrationalität.

Um sich selbst davor zu schützen, legen sie sich präventiv selbst Fesseln in Form von Verfassungen an. Dadurch wird zwar deutlich, warum die Institutionalisierung einer mächtigen Judikative rational ist. Offen bleibt jedoch, warum eine politische Gemeinschaft und ihre politische Institutionen sich im Moment der Irrationalität dem Machtanspruch der Judikative beugen, wenn dieser die Mittel fehlen ihn gegen Widerstand durchzusetzen. An diesem Punkt setzt Georg Vanberg an, indem er die Interaktion der Judikative mit den anderen Gewalten und der Öffentlichkeit hinzuzieht. Danach beugen sich die politischen Institutionen diesem Machtanspruch, wenn die judikativen Organisationen generell eine hohe Akzeptanz in der Bevölkerung erfahren und der konkrete Machtanspruch in einem Verfahren erhoben wird, das große öffentliche Aufmerksamkeit genießt. Nur unter diesen Bedingungen müssen die politischen Institutionen damit rechnen, dass ihr Widerstand gegen die Macht der Judikative durch die Öffentlichkeit sanktioniert wird und so künftige Wahlchancen mindert. Warum die Institutionen der Judikative jedoch generell hohes Ansehen genießen und warum sich nicht jedes Urteil darauf auswirkt, bleibt offen. Hier zeigen sich die Grenzen einer allein auf der Mikro-Ebene angesiedelten Theorie. Sie kann Kollektivität nur als Gruppe von einzelnen Individuen begreifen und verkennt damit, dass Verfassungsgerichte nur dort ein hohes Ansehen genießen können, wenn die von ihr repräsentierten Werte der Neutralität und Gerechtigkeit auch das Selbstverständnis einer politischen Gemeinschaft prägen. Für das generelle Vertrauen in die Judikative sind deshalb nur die konkreten Urteile relevant, die die Konstitution und Rechtfertigung der politischen Identität berühren. Während also die Kritik an der Systemtheorie zeigt, dass die strukturellen Bedingungen einer mächtigen Judikativen nicht von der sozialen Praxis ihrer Machtausübung getrennt werden können, verweist die Kritik an der Rational Choice Theorie darauf, dass die soziale Praxis unter den strukturellen Bedingungen einer mächtigen Judikative vor symbolischen Voraussetzungen erfolgt, auf die die soziale Praxis der Rechtsprechung zurückwirkt.

Vor diesem Hintergrund wird dann eine Theorie vorgeschlagen, die die Macht der Judikative als Deutungsmacht begreift (Kap. IV).²⁶ Dabei wird zunächst dargelegt, dass konzeptuell bei der Deutungsmacht *drei Ebenen* unterschieden werden müssen: *die Ebene der gedeuteten Verfassung, die Ebene des deutenden Verfassungsgerichts und die Ebene des Deutens*.²⁷ Nötig ist diese Differenzierung, weil die Deutungsmacht auf

²⁶ Dieses Kapitel beruht auf meiner – hier stark erweiterten und überarbeiteten – Vorstudie „Die souveränen Deuter. Symbolische Voraussetzungen – instrumentelle Rahmenbedingungen – praktische Auswirkungen“, in: Hans Vorländer (Hrsg.): Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden 2006, S. 95-119.

²⁷ Dass das Bundesverfassungsgericht mit dem Gesetzgeber nicht nur um Kompetenzen konkurriert, sondern auch um die Deutung der Verfassung, wird erst in jüngster Zeit thematisiert, wie z.B. stellenweise in der umfangreichen, sowohl historisch als auch komparativ und exemplarisch vertiefend vorgehenden Arbeit von Klaus Meßerschmidt: Gesetzgebungsermessens. Berlin 2000; oder speziell am Beispiel der Grundrechte durch Marius Raabe: Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers. Baden-Baden 1998; und Gerd Morgenthaler: Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte. Tübingen 1999. Allerdings liegt der Schwerpunkt der Forschung in erster Linie auf den Folgen dieser Deutungskonkurrenz. Problematisiert wird in diesem Rahmen vor allem die Nichtigkeitserklärung von Gesetzen. Zentral ist dabei die Frage, welche Folgen die verfassungsgerichtlich festgestellte Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit der Verfassung nach sich zieht bzw. nach ziehen sollte. Schließlich kann die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes rückwirkend jede Gültigkeit vernichten, die Geltung des Gesetzes kann aber auch erst mit der Entscheidung außer Kraft gesetzt werden, oder das Gesetz wird sogar erst zukünftig ungültig. Deskriptive Überblicke darüber, mit

jeder Ebene über verschiedene Voraussetzungen, Asymmetrien, Konkurrenzen und Beschränkungen verfügt. So setzt die Deutungsmacht etwa auf der Ebene der gedeuteten Verfassung deren Vorrang vor dem übrigen Recht voraus, während sie auf der Ebene des deutenden Gerichts dessen exklusiver Deutungshoheit bzw. Deutungsvorrang und auf der Ebene der Deutung der Unverfügbarkeit des gedeuteten Textes über seine Deutung bedarf. Mit dieser analytischen Differenzierung ist es möglich, genau anzugeben, wie die Deutungsmacht der Judikative in Erscheinung tritt und wie ihr durch konkurrierende Akteure und Institutionen einschränkend begegnet werden *kann*.

Ob ein Verfassungsgericht von dieser Macht in der Praxis Gebrauch macht, ist jedoch empirisch offen. Dies hängt von den *drei Dimensionen* der Deutungsmacht ab: den jeweiligen *symbolischen Voraussetzungen*, weil ein Verfassungsgericht nur dann dauerhaft öffentlich anerkannt wird, wenn die Verfassung die Identität der politischen Gemeinschaft symbolisch zum Ausdruck bringt; den jeweiligen *instrumentellen Strukturen*, weil sich daraus überhaupt erst Gelegenheiten ergeben, Deutungsmacht auszuüben; und der jeweiligen *institutionellen Praxis*, weil sich daran bemisst, ob das Verfassungsgericht dem geschenkten Vertrauen gerecht wird. Die Bedeutung der instrumentellen Gelegenheitsstruktur und der institutionellen Praxis stehen dabei immer unter dem Vorbehalt der konkreten Konstellation symbolischer Voraussetzungen. Dies hat wichtige Konsequenzen für die empirische Analyse von Deutungsmacht. Denn unter starken symbolischen Voraussetzungen verfassungsgerichtlicher Deutungsmacht kommt es für ein Verfassungsgericht darauf an, die sich aus der instrumentellen Struktur ergebenden Gelegenheiten in der institutionellen Praxis dazu zu benutzen, den Vertrauensvorschuss zu bestätigen. Denn nur so kann die Macht der Judikative erfolgreich auf Dauer gestellt werden. Unter schwachen symbolischen Voraussetzungen können Verfassungsgerichte hingegen nur dauerhaft Deutungsmacht generieren, wenn sie die sich mit der instrumentellen Struktur bietenden Gelegenheiten nutzen, um die eigene Vertrauenswürdigkeit darzustellen und die Geltungsansprüche der hegemonialen Konkurrenz als unbegründet zurückzuweisen. Handelt es sich schließlich um unsichere symbolische Voraussetzungen, dann ist eine institutionelle Praxis von Nöten, die die instrumentellen Gelegenheitsstrukturen zur Schaffung von Sicherheit über das Gute und Gerechte nutzt, um so die symbolischen Voraussetzungen zu den eigenen Gunsten zu transformieren.

welchen Entscheidungen das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen des Gesetzgebers auf welche Art und Weise für verfassungswidrig erklärt, liefern Ernst Benda: Grundrechtswidrige Gesetze. Ein Beitrag zu den Ursachen verfassungsgerichtlicher Beanstandung. Baden-Baden 1979; sowie Jens Blüggel: Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht. Berlin 1998. Anhaltspunkte speziell zur Figur der „Nachbesserungspflicht“, mit der das Bundesverfassungsgericht erst seit Anfang der 1980er Jahre auf Entscheidungen des Gesetzgebers reagiert, finden sich bei Christian Mayer: Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers. Baden-Baden 1996; und Helmut Miernik: Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers. Diss. Universität Leipzig 1997. Dass die Reichweite einer Nichtigkeitserklärung und ihre Rechtfertigung sowohl in der Ideengeschichte als auch in der Dogmatik stets umstritten ist, zeigen bereits Christoph Böckenförde: Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Berlin 1966; und Jörn Ipsen: Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt. Baden-Baden 1980; sowie zuletzt Klaus Stern: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber. Opladen 1997.

An der Deutungsmachtpraxis des Bundesverfassungsgerichts während der 50er und 70er Jahre wird dann gezeigt, wie diese Theorie für die empirische Analyse fruchtbar gemacht werden kann (Kap. V).²⁸ Für jede Dekade wird zunächst untersucht, unter welchen symbolischen Voraussetzungen das Bundesverfassungsgericht agierte und welche sich aus der instrumentellen Struktur ergebenden Gelegenheiten es nutzte, um mit einzelnen Urteilen seine Deutungsmacht zu festigen. Anschließend wird mit einer Analyse aller in dem jeweiligen Zeitraum gefällten Urteile gezeigt, wie sich die Deutungsmachtpraxis erstens im allgemeinen auf die politische Ordnung, zweitens auf konkrete Akteure und Institutionen sowie drittens auf konkrete Konflikte zwischen diesen auswirkt. Dabei wird zum einen deutlich, wie es dem Bundesverfassungsgericht in den 50er Jahren unter unsicheren symbolischen Voraussetzungen gelingt, die Anerkennung seiner Deutungsmacht zu etablieren. Zum anderen zeigt sich für die 70er Jahre, wie die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts trotz starker symbolischer Voraussetzungen durch die konkurrierenden Institutionen der Politik destabilisiert wird.

Vor dem Hintergrund dieser Ergebnisse wird die Theorie der Deutungsmacht dann noch einmal in drei Punkten präzisiert (Kap. VI). So kommt es erstens bei der Etablierung von Deutungsmacht unter unsicheren symbolischen Voraussetzungen primär darauf an, dass die institutionelle Praxis vier Funktionen erfüllt: die Symbolisierung von Stabilität durch das Verfassungsgericht, die Autonomisierung des Verfassungsgerichts gegenüber den instrumentellen Rationalitäten der politischen und rechtlichen Institutionen, die Fokussierung der symbolischen Integration auf die Verfassung und die Vergewisserung der eigenen Macht. Zweitens muss ein Verfassungsgericht zur Verteidigung seiner Deutungsmacht gegen De-Stabilisierungen auch unter starken symbolischen Voraussetzungen darauf achten, dass es mit seiner institutionellen Praxis primär drei Funktionen erfüllt: die Vergewisserung der eigenen Macht, die Fokussierung auf die symbolische Integration durch die Verfassung und die Re-Stabilisierung seiner Deutungsmacht. Drittens wird durch die empirische Analyse deutlich, dass Deutungsmacht das Ergebnis eines sozialen Prozesses ist, der auf sich selbst zurückwirkt. Das heißt: Deutungsmacht ist gerade nicht das Ergebnis eines einfachen und deterministischen, sondern eines komplexen und *kreativen Prozesses*, weshalb ihre prozessualen Muster auch immer nur phasenweise rekonstruiert werden können.

Abschließend erfolgt noch ein Ausblick auf die Macht der Judikative unter den Bedingungen von Global Governance (Kap. VII). Denn beim guten Regieren auf der internationalen Ebene werden mit der internationalen Verrechtlichung große Hoffnungen verbunden. Analog zur nationalen Ebene wird sich die damit verbundene Macht der Judikative im besten Fall aber nur auf Dauer stellen lassen, wenn es über die Bereitstellung der instrumentellen Gelegenheitsstrukturen hinaus gelingt, das internationale Recht zum Fokus der symbolischen Integration einer internationalen Gemein-

²⁸ In diesem Kapitel greife ich auf empirische Analysen zurück, die ich im Rahmen des Teilprojekts „Verfassung als institutionelle Ordnung des Politischen“ des Sonderforschungsbereichs 537 „Institutionalität und Geschichtlichkeit“ durchgeführt habe. Die Analyse zur Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts in den fünfziger Jahren beruht dabei auf einer ebenfalls stark erweiterten und überarbeiteten Vorstudie; vgl. André Brodocz: *Balancen der Macht. Zur Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts in den 50er Jahren*, in: Hans Vorländer (Hrsg.): *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Wiesbaden 2006, S. 175-204.

schaft zu machen. Dieses Szenario ist jedoch nicht garantiert. Denn im schlimmsten Fall stellt sich in der institutionellen Praxis heraus, dass das Recht auf der internationalen Ebene im Widerspruch zu der dort herrschenden – etwa auf reiner Interessenspolitik beruhenden – symbolischen Integration steht. Dann werden die mit der internationalen Verrechtlichung verbundenen Hoffnungen mit hoher Wahrscheinlichkeit enttäuscht werden. Darüber hinaus muss jedoch berücksichtigt werden, dass sich mit der internationalen Verrechtlichung auch die Bedingungen für die symbolische Integration durch Recht und Verfassung auf der nationalen Ebene verändern. Auch hier zeichnen sich zwei Szenarien ab, die die Pole der künftigen Entwicklung abstecken. Auf der einen Seite kann die internationale Verrechtlichung im besten Fall dazu beitragen, die symbolische Integration durch Recht und Verfassung auf der nationalen Ebene zu universalisieren. Das heißt: Neue und symbolisch noch schwache Verfassungen werden als partikuläre Lesarten universaler Gehalte gestärkt, wodurch diese in den Fokus gesellschaftlicher Selbstverständigung rücken. Auf der anderen Seite droht im schlimmsten Fall auf der nationalen Ebene, dass die nationalstaatlichen Verfassungen hierarchisch unter das internationale Recht abdriften und so nicht nur die Herrschaft über die politische Ordnung sukzessive abgeben, sondern auch die Möglichkeitsbedingungen für die kontinuierliche symbolische Integration durch die Verfassung im Medium der Verfassungsrechtsprechung. Der säkularisierte und pluralisierte Staat verlöre dann seine letzte posttraditionale Ressource zur symbolischen Integration und die Macht der Judikative ihre symbolischen Voraussetzungen.

Kapitel II

Ideengeschichtliche Weichenstellungen für die Macht der Judikative

Judikative Macht ist kein Phänomen moderner Gesellschaften. Sie wird bereits möglich, sobald Handeln kollektiv verbindlich als Recht erwartbar ist. Und sie wird ausgeübt, wenn über dieses Recht im Fall konfligierender Erwartungen geurteilt und ein solches Urteil gegebenenfalls auch gegen die Einsicht der Betroffenen durchgesetzt wird. Liegt die Rechtsprechung in den Händen exekutiver oder legislativer Instanzen, dann verfügen sie über judikative Macht. Judikative Macht benötigt darum keine eigene, von Exekutive und Legislative getrennte Gewalt. So ist die judikative Macht bis in die frühe Neuzeit dementsprechend allein eine spezifische Befugnis von Monarchen, Parlamenten und ihnen untergeordneten Instanzen. Die Macht der Judikative setzt demgegenüber ihre Ausdifferenzierung als unabhängige Gewalt voraus. Dafür muss jedoch die politische Macht überhaupt erst einmal als geteilt, d.h. auf verschiedene Träger verteilt, gedacht werden.

Nicht zuletzt ist es Aristoteles, der zwar schon verschiedene Funktionen des Staates unterscheidet. Doch sieht er die Erfüllung dieser Funktionen noch nicht notwendig auf verschiedene Träger verteilt.¹ Statt durch Gewaltenteilung erfolgte in der Antike die Machtkontrolle darum primär über eine Vielzahl von Ämtern, an deren Ausübung nahezu die gesamte Bürgerschaft beteiligt wurde.² Erst mit der Gewaltenteilung tritt deshalb die Macht der Judikative historisch in Erscheinung. James Harrington und vor allem John Locke plädieren schließlich für eine solche Teilung.³ Die ideengeschichtliche Weichenstellung für die Macht der Judikative wird damit aber nur eingeleitet: Zum einen steht weniger die Trennung an sich als das Gleichgewicht beider Gewalten im Vordergrund.⁴ Vor allem beschränkt sich die Idee der Gewaltenteilung aber zum anderen noch auf die Trennung von Exekutive und Legislative. Die Ausübung judikativer Macht wird – wie in der Antike – immer noch primär als eine Aufgabe der ganzen politischen Gemeinschaft betrachtet. So gibt es für Locke „nur dort eine politische Gesellschaft, wo jedes einzelne ihrer Mitglieder seine natürliche Gewalt aufgeben

¹ Siehe dazu auch Themistokles Tsatsos: Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung. Heidelberg 1968, S. 13-22.

² Vgl. Wilfried Nippel: Macht, Machtkontrolle und Machtentgrenzung. Zu einigen antiken Konzeptionen und ihrer Rezeption in der frühen Neuzeit, in: Jürgen Gebhardt/Herfried Münkler (Hrsg.): Bürgerschaft und Herrschaft. Zum Verhältnis von Macht und Demokratie im antiken und neuzeitlichen politischen Denken. Baden-Baden 1993, S. 58-78.

³ Siehe James Harrington: Oceana (1656). Leipzig 1991; John Locke: Zwei Abhandlungen über die Regierung (1690). Frankfurt a.M. 1992. Vgl. dazu auch Jürgen Gebhardt: Autorität und Macht in der „Politik“ James Harringtons, in: ders./Herfried Münkler (Hrsg.): Bürgerschaft und Herrschaft. Zum Verhältnis von Macht und Demokratie im antiken und neuzeitlichen politischen Denken. Baden-Baden 1993, S. 97-116 (hier: S. 111ff.).

⁴ Vgl. Hans Fenske: Gewaltenteilung, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhard Koselleck (Hrsg.): Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2. Stuttgart 1975, S. 923-958 (hier: S. 927f.).

und zugunsten der Gemeinschaft in all denjenigen Fällen auf sie verzichtet hat, die ihn nicht davon ausschließen, das von ihr geschaffene Gesetz zu seinem Schutz anzurufen. Auf diese Weise wird das persönliche Strafgericht der einzelnen Mitglieder beseitigt, und die Gemeinschaft wird nach festen, stehenden Regeln zum unparteiischen und einzigen Schiedsrichter für alle. Durch Männer, denen von der Gemeinschaft die Autorität verliehen wurde, jene Regeln zu vollziehen, entscheidet sie alle Rechtsfragen, die unter den Mitgliedern dieser Gesellschaft auftreten können, und bestraft jene Vergehen, die von irgendeinem Mitglied gegen die Gesellschaft begangen werden, mit dem vom Gesetz vorgesehenen Strafen.⁵ Obwohl also nicht zuletzt Locke auch immer wieder die Relevanz einer unabhängigen Rechtsprechung betont, sind es doch erst Montesquieu und die Federalists, die die entscheidenden ideengeschichtlichen Weichen für eine autonome judikative Gewalt stellen.

Im folgenden wird darum zunächst gezeigt, inwiefern Montesquieu in einer unabhängigen Judikative eine strukturelle Vorkehrung gegen die Gefahr politischen Machtmissbrauchs sieht (1.). Der Machtmissbrauch ist für Montesquieu eine Gefahr, die sich zwar in jeder gemäßigten Regierungsform stellt, da jede verderben kann.⁶ Doch insbesondere in Demokratien kommt der Judikative eine zentrale Stellung zu, ihrem Verfall strukturell entgegenzuwirken. Dass allerdings auch die Macht der Judikative missbraucht werden könnte, ist für Montesquieu allenfalls eine theoretische Gefahr. Denn faktisch sind die Richter an den Wortlaut der Gesetze gebunden und somit in der Ausübung ihrer Macht weitgehend beschränkt (1.1). Dennoch finden sich bei Montesquieu bereits implizit Hinweise darauf, unter welchen soziomoralischen Bedingungen die Macht der Judikative zur Bedrohung der Demokratie werden kann. Solange Sitten und Bräuche weitgehend unstrittig sind, bleibt schon der Bedarf an Recht gering. In modernen Gesellschaften gehen diese soziomoralischen Bedingungen einer eingeschränkten Macht der Judikative verloren. Pluralisierungs- und Säkularisierungsprozesse führen dazu, dass immer weniger Einigkeit über die gemeinsamen Sitten und Bräuche herrscht. Deren Funktion übernimmt sodann immer öfter das Recht, welches sich so auf immer mehr Lebensbereiche ausdehnt. Zugleich schwindet unter diesen Bedingungen der gemeinsam geteilte Deutungshorizont, so dass die Bedeutung des Rechts immer strittiger und damit die Entscheidung über die Deutung des Rechts immer machtvoller erscheint (1.2).

Im Anschluss an Montesquieu haben die Federalists die Idee der Gewaltenteilung weiter entwickelt (2.). Ihnen zufolge erwächst eine Judikative erst dann zu einer strukturell wirkungsvollen Gegenmacht, wenn ihr die Verfassungskontrolle obliegt. Obwohl jede Macht zur Expansion drängt, sehen sie keine entsprechende Gefahr in der Macht der Judikative. Ihr fehlen zum einen eigene Sanktionsmittel; zum anderen verwirklicht sie nur den wahren Sinn des unabhängig von ihr geschriebenen Gesetzes (2.1). Genau so wie bei Montesquieu finden sich aber auch bei den Federalists implizite Elemente einer Macht der Judikative. Den Sinn von Wörtern betrachten sie nämlich keinesfalls in jedem Fall für eindeutig. Insbesondere mehrdeutige Grundrechte gehören für die Fede-

⁵ Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung [Fn. 3], S. 253; siehe ebenso S. 285f.

⁶ Nicht der gesellschaftliche Fortschritt, sondern der Verfall ihrer Regierungsformen bestimmt nach Montesquieu, so Melvin Richter: *The Political Theory of Montesquieu*. Cambridge 1977, S. 63, den Gang der Geschichte.

ralists nicht in die Verfassung, da sie ihren Interpreten machtvolle Deutungsspielräume eröffnen. Damit weisen schon die Federalists darauf hin, inwiefern der Judikative aus der Interpretation der Verfassung eine gewaltspezifische Machtressource erwächst. Zwar bestreiten sie zugleich die Gefährlichkeit dieser Macht, da es der Judikative an Sanktionsmitteln fehlt, um sie im Konfliktfall auch gegen den Widerstand von Exekutive und Legislative durchzusetzen. Doch sehen sie ebenso die Möglichkeit, diesen Mangel durch ein starkes öffentliches Ansehen zu kompensieren (2.2). Abschließend wird kurz resümiert, inwiefern die Macht der Judikative mit Montesquieu und den Federalists eine doppelte ideengeschichtliche Weichenstellung erfahren hat (3.).

1 Montesquieu

1.1 Der Verfall von Regierungsformen

„Eine ewige Erfahrung lehrt“, so Montesquieu, „daß jeder Mensch, der Macht hat, dazu getrieben wird, sie zu missbrauchen.“⁷ Motiviert der Besitz von Macht zu ihrem Missbrauch, dann ist der Missbrauch immer schon der Macht inhärent. Dies hat zwei weitreichende Folgen für die politische Form einer Gesellschaft, d.h. für ihre Regierung.⁸ Erstens ist keine Regierungsform vor dem Verfall sicher;⁹ und zweitens garantiert keine Regierungsform weder strukturell noch normativ Freiheit. Vielmehr hängt die Durchsetzung und Aufrechterhaltung der Freiheit davon ab, wie regiert wird, d.h. wie in der Praxis faktisch mit der Macht umgegangen wird. Obwohl sich der Missbrauch von Macht aufgrund seines konstitutiven Praxisbezugs also nie zur Gänze ausschließen lässt, so kann er durch die politischen Strukturen doch begünstigt oder erschwert werden: „Damit die Macht nicht mißbraucht werden kann, ist es nötig, durch die Anordnung der Dinge zu bewirken, daß die Macht die Macht bremse. Ein Staat kann so aufgebaut werden, daß niemand gezwungen ist, etwas zu tun, wozu er nach dem Gesetz nicht verpflichtet ist, und niemand gezwungen ist, etwas zu unterlassen, was das Gesetz gestattet.“¹⁰

Montesquieu unterscheidet drei Formen der Regierung: die republikanische, die monarchische und die despotische.¹¹ Dafür differenziert er „nach der Beschaffenheit der höchsten Autorität“.¹² Eine republikanische Regierung ist durch die Herrschaft

⁷ Charles-Louis de Montesquieu: *Vom Geist der Gesetze* (1748). Auswahl, Übersetzung und Einleitung von Kurt Weigand. Stuttgart 1994, S. 215. Siehe zur Rhetorik und argumentativen Strategie dieses Werkes Melvin Richter: *Montesquieu, the Politics of Language, and the Language of Politics*, in: *History of Political Thought* 10 (1989), S. 71-88.

⁸ Siehe zu Montesquieus Begriff der Regierung (bzw. der Regierungsform) als die politische Form einer Gesellschaft bereits Émile Durkheim: *Der Beitrag Montesquieus zur Begründung der Soziologie* (1882). Saarbrücken 1992, S. 73; vgl. ebenso Raymond Aron: *Hauptströmungen des soziologischen Denkens*. Erster Band: Montesquieu, Auguste Comte, Karl Marx, Alexis de Tocqueville. Köln 1971, S. 29.

⁹ Siehe dazu ausführlich Sharon R. Krause: *The Uncertain Inevitability of Decline in Montesquieu*, in: *Political Theory* 30 (2002), S. 702-727.

¹⁰ Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* [Fn. 7], S. 215.

¹¹ Siehe zum folgenden Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* [Fn. 7], S. 106-118.

¹² Durkheim, *Der Beitrag Montesquieus* [Fn. 8], S. 73.

Weniger gekennzeichnet. Dies gilt sowohl für die Demokratie als auch für die Aristokratie. In der Demokratie wird das ganze Volk durch eine Körperschaft repräsentiert, deren Repräsentanten aus einem Losverfahren hervorgehen. In der Aristokratie wird nur ein Teil des Volkes, der Adel, durch eine Körperschaft repräsentiert. Deren Auswahl erfolgt per Abstimmung. Genauso wie bei der Herrschaft Weniger unterscheidet Montesquieu auch bei der Herrschaft eines Einzelnen zwei Typen. Während aber die Herrschaft Weniger nach der Repräsentation differenziert wird, trennt er die zwei Herrschaftstypen durch Einzelne nach ihrer rechtlichen Beschränkung. So regiert in der Monarchie zwar nur ein Einzelner, doch tut er dies gemäß den herrschenden Gesetzen. Demgegenüber ist in der Despotie die Herrschaft des Einzelnen gänzlich unbeschränkt.¹³

Der Machtmissbrauch ist in der Despotie kein Problem, sondern Programm.¹⁴ Denn diese Regierungsform unterscheidet sich von allen anderen dadurch, dass sie Freiheit bereits strukturell und normativ ausschließt.¹⁵ In den gemäßigten Regierungsformen, d.h. in der Monarchie, aber auch in Aristokratie und Demokratie, ist der Machtmissbrauch hingegen eine Gefahr, die zwar nicht ausgeschlossen, aber der strukturell entgegengewirkt werden kann.¹⁶ Entscheidend dafür ist, wie regiert, d.h. wie gehandelt wird. Deshalb unterscheidet Montesquieu auch zwischen der „Natur“ und dem „Prinzip“ einer Regierung: „Ihre Natur macht sie zu dem, was sie ist, ihr Prinzip bringt sie zum Handeln. Das eine ist ihre besondere Struktur, das andere sind die menschlichen Leidenschaften, die sie in Bewegung setzen.“¹⁷

Das Prinzip republikanischer Regierungen ist die Tugend. In der Demokratie bedeutet Tugendhaftigkeit, die Republik zu lieben. Und: „Liebe zur Republik ist in einer

¹³ Zu den klassifikatorischen Grenzen dieser Unterscheidung siehe auch Peter T. Manicas: Montesquieu and the Eighteenth Century Vision of the State, in: *History of Political Thought* 2 (1981), S. 314-347.

¹⁴ Deshalb ist die Despotie auch „von Natur aus entartet“ (Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* [Fn. 7], S. 192). Da ich mich hier aber allein für die Macht der Judikative und die spezifische Gefahr ihres Missbrauchs interessiere, blende ich im weiteren die Diskussion die Despotie als eigenständige Regierungsform aus. Ich werde nur soweit darauf zurückkommen, wie es den spezifisch despotischen Verfall der anderen drei Regierungsformen betrifft. Siehe ausführlich zur Despotie Sharon R. Krause: *Despotism in The Spirit of Laws*, in: David Carrithers/Michael A. Mosher/Paul A. Rahe (Hrsg.): *Montesquieu's Science of Politics. Essays on The Spirit of Laws*. New York/Oxford 2001, S. 231-271.

¹⁵ Obwohl Montesquieu gegenüber kulturellen Differenzen sehr sensibel ist und jede Regierungsform nur aus seinem Kontext heraus normativ bewertet, ist demnach jede despotische Regierung an sich ungerechtfertigt. Diese unbedingte Kritik, so Sharon R. Krause: *History and the Human Soul In Montesquieu*, in: *History of Political Thought* 24 (2003), S. 235-261 (hier: S. 259), sei das einzige generelle Prinzip in Montesquieus Gewaltenteilungslehre. Hingegen sieht Sara MacDonald: *Problems with Principles. Montesquieu's Theory of Natural Justice*, in: *History of Political Thought* 24 (2003), S. 109-130, dort durchaus auch normative, und zwar naturrechtliche, Prinzipien, mit denen Montesquieu die Verfasstheit von Monarchien und Republiken beurteilt.

¹⁶ In der deutschen Montesquieu-Rezeption des 18. Jahrhunderts wird dieses strukturelle Argument weitgehend ausgeblendet. Stattdessen wird etwa die Gefahr des Verfalls im Fall der Monarchie allein vom Charakter des Herrschers abhängig gesehen. Siehe zu dieser Rezeption Barbara Stollberg-Rilinger: *Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats*. Berlin 1986, S. 159-179.

¹⁷ Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* [Fn. 7], S. 119. Da das Prinzip gleichsam die Handlungen koordiniert, spricht Durkheim, *Der Beitrag Montesquieus* [Fn. 8], S. 67, auch vom „gesellschaftlichen Band“. Für Louis Althusser: *Machiavelli – Montesquieu – Rousseau. Zur politischen Philosophie der Neuzeit*, Hamburg 1966, S. 66, „[ist] das Prinzip [...] das Konkretum zu dem Abstraktum der Natur. Erst diese Einheit, diese Totalität, ist real.“ Wenn aber das Prinzip die Natur einer Regierung realisiert und nicht etwa verzerrt, dann lässt sich Montesquieus Prinzip-Begriff auch nicht in Analogie zu Marx' Ideologie-Begriff setzen. Siehe so aber Panajotis Kondylis: *Montesquieu und der Geist der Gesetze*. Berlin 1996, S. 29.

Demokratie Liebe zur Demokratie. Liebe zur Demokratie bedeutet Liebe zur Gleichheit.¹⁸ Um die demokratische Struktur zu stabilisieren und dauerhaft zu verstetigen, sind deshalb Gesetze nötig, die dem Gleichheitsprinzip entgegenkommen bzw. ihm zur Durchsetzung verhelfen. Gesetze fungieren so als Möglichkeitsbedingungen für die Tugendhaftigkeit eines Volkes. Sie müssen Gleichheit herstellen und das Entstehen von Ungleichheit blockieren. Montesquieu geht es keinesfalls allein um die gleichen Chancen. Entscheidend dabei ist vielmehr, dass Gesetze die schon bestehende und die erst hergestellte Gleichheit darüber hinaus auch verstetigen.¹⁹ So reicht es seines Erachtens nicht aus, wenn der Landbesitz einmal per Gesetz gleich verteilt wird: „Wenn der Gesetzgeber bei der Durchführung einer solchen Verteilung keine Gesetze zu ihrer Aufrechterhaltung gibt, schafft er lediglich eine vorübergehende Einrichtung. Die Ungleichheit wird durch die Pforte, welche die Gesetze nicht verriegelt haben, eintreten, und die Republik wird verloren sein.“²⁰

Das Prinzip der Aristokratie ist im Unterschied dazu „eine auf Tugend gegründete Selbstzucht, die nicht aus Feigheit oder Trägheit des Gemüts stammt.“²¹ Diese Selbstzucht kann unter Hass, Neid und Eifersucht auf den anderen leiden. Diese Gefahr stellt sich auf zwei Arten. Zum einen im Verhältnis der Regierenden zu den Regierten: Hier müssen die Gesetze die Selbstzucht begünstigen, indem sie extreme Ungleichheiten verhindern oder beseitigen. Die „beste Aristokratie“ ist darum dort, „wo der von der Macht ausgeschlossene Teil des Volkes so klein und so arm ist, daß der herrschende Teil an seiner Unterdrückung kein Interesse hat [...]“.²² Zum anderen müssen Gesetze den Gefahren der Missgunst im Verhältnis der Regierenden untereinander begegnen. Auch hier gilt es, auftretende Ungleichheiten im Keim zu ersticken. Montesquieu hat hier vor allem das Erbschaftsrecht im Blick. Erbt allein der Erstgeborene, dann werden entstandene Ungleichheiten verstetigt. Wird hingegen das Erbe immer wieder unter allen Nachgeborenen verteilt, dann gleichen sich etwaig entstandene Ungleichheiten wieder aus.²³ Am engen Zusammenhang einer aristokratischen auf Selbstzucht gegründeten Tugend mit dem demokratischen Prinzip der Gleichheit zeigt sich, inwiefern eine Aristokratie „vollkommener“ wird, wenn sie sich der Demokratie nähert, während sie „[...] in dem Maß [unvollkommener wird], in dem sie sich der Monarchie nähert.“²⁴ Was aber ist das Prinzip der Monarchie?

Während also in der Demokratie und in der Aristokratie die Gesetze keinen „Streit um den Vorrang“ entfachen dürfen,²⁵ kommt genau diese Konkurrenz und der damit verbundene Ehrgeiz dem Prinzip der Monarchie entgegen: der Ehre.²⁶ Nicht die Aner-

¹⁸ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 142.

¹⁹ Nach Durkheim, Der Beitrag Montesquieus [Fn. 8], S. 59, müssen die Bürger einer Demokratie deshalb nicht nur gleichwertig, sondern „sogar gleichartig“ sein.

²⁰ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 144.

²¹ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 124, vgl. so auch S. 151f.

²² Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 114.

²³ Vgl. Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 154.

²⁴ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 114.

²⁵ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 155.

²⁶ Vgl. Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 126 und 156. Siehe zur Bedeutung der Ehre für die Realisierung der Freiheit auch Sharon R. Krause: The Politics of Distinction and Disobedience. Honor and the Defense of Liberty in Montesquieu, in: Polity 31 (1999), S. 469-499.

kennung durch andere als Gleiche, sondern die Auszeichnung vor den anderen als Besondere ist das Motiv, das die Monarchie als eine Regierungsform mit verschiedenen nachgeordneten und abhängigen Zwischengewalten in der Praxis stabilisiert. In Monarchien kommt darum einer von allen Bürgern geteilten Sittlichkeit weniger Bedeutung zu. Während in Republiken regelkonformes Handeln vor allem schon durch das Prinzip der Tugendhaftigkeit verwirklicht wird, so übernehmen in einer Monarchie Gesetze genau diese Funktion.²⁷ Nicht zuletzt deshalb zeichnet sich auch eine Monarchie gegenüber einer Despotie gerade durch ihre Bindung an die Gesetze aus.

In Monarchien, Aristokratien und Demokratien ist der Machtmissbrauch kein strukturelles Problem, sondern ein praktisches. Folglich ist auch der Verfall (*corruption*)²⁸ dieser Regierungsformen keine Frage ihrer Natur, sondern der faktischen Realisierung ihres Prinzips.²⁹ Verdorbene Regierungsformen sind dann nicht mehr in der Lage, Freiheit herzustellen und zu sichern.³⁰ Demokratien verfallen, wenn die Gleichheit als handlungsleitendes Prinzip verloren geht, wenn also Natur und Prinzip der Demokratie „widersprüchlich“³¹ werden. In diesem Fall verlieren auch Gesetze, die die Realisierung der Gleichheit ermöglichen sollen, ihre Wirkung.³² Da der Besitz von Macht grundsätzlich zum Missbrauch motiviert, droht die Gefahr des Verderbens einer Demokratie zunächst von denen, die als Repräsentanten über Macht verfügen. Strukturell kann dieser Gefahr entgegengewirkt werden, indem die Amtsausübung der Repräsentanten und damit ihr Besitz der Macht befristet wird.³³ Darüber hinaus verdirbt eine

²⁷ Vgl. zu dieser funktionalen Äquivalenz Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* [Fn. 7], S. 124.

²⁸ Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* [Fn. 7], S. 184. In der hier in der Regel genutzten Übersetzung von Kurt Weigand ist an dieser Stelle unglücklich von „Entartung“ die Rede. Dadurch wird jedoch fälschlicherweise suggeriert, dass sie ihre Natur verlieren, obwohl ihre *corruption* doch gerade aus dem Widerspruch zwischen Natur und Prinzip besteht. Ausnahmsweise scheint mir in diesem Punkt die Übersetzung von Ernst Forsthoff genauer, die hier – zumindest an einigen Stellen auch – von „Verfall“ spricht; vgl. Charles de Montesquieu: *Vom Geist der Gesetze*. Eingeleitet und hrsg. von Ernst Forsthoff. 2 Bde. Tübingen 1951 (hier: Bd. I, S. 156ff.). Die Idee der *corruption* von Regierungsformen verfolgt Montesquieu bereits in den Perserbriefen (vgl. Charles de Montesquieu: *Perserbriefe* (1721). Frankfurt a.M. 1988, S. 178). Zur Bedeutung der Perserbriefe für Montesquieus politische Theorie siehe auch Lucas A. Swaine: *The Secret Chain. Justice and Self-Interest In Montesquieus Persian Letters*, in: *History of Political Thought* 22 (2001), S. 84-105.

²⁹ Althusser, Machiavelli – Montesquieu – Rousseau [Fn. 17], S. 66, spricht deshalb vom realisierten Prinzip auch als „Existenzbedingung“; ähnlich sieht Effi Böhlke: „Esprit de nation“. Montesquieus politische Philosophie. Berlin 1999, S. 191, im realisierten Prinzip „die soziomoralischen Möglichkeitsbedingungen für die Entstehung und Existenz der politischen Strukturen und Institutionen.“ Die vollständige Realisierung eines Regierungsprinzips, so Krause, *The Uncertain Inevitability of Decline in Montesquieu* [Fn. 9], S. 713, wird aber insofern schon durch die menschliche Natur unterlaufen, als diese niemals zur Gänze in einem einzigen Prinzip zum Ausdruck kommt.

³⁰ Die Sicherung von Freiheit, so Thomas L. Pangle: *Montesquieu's Philosophy of Liberalism. A Commentary on The Spirit of the Laws*. Chicago/London 1973, S. 55, *transzendiert* die gemäßigten Regierungsformen. Der Verlust dieser Transzendenz reißt die Schranke ein, andere allein aus Angst vor der eigenen Unterdrückung zu unterdrücken.

³¹ So Althusser, Machiavelli – Montesquieu – Rousseau [Fn. 17], S. 69.

³² „Sobald die Prinzipien einmal entartet sind, werden die besten Gesetze schlecht und kehren sich gegen den Staat. Sobald die Prinzipien gesund sind, haben schlechte Gesetze die Wirkung guter Gesetze. Die Stärke des Prinzips setzt sich durch“ (Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* [Fn. 7], S. 193).

³³ Siehe zu dieser Schranke Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* [Fn. 7], S. 114 und 223.

Demokratie aber auch, sobald „sich der Geist übertriebener Gleichheit breit macht.“³⁴ Übertrieben strebt ein Volk nach Gleichheit, das die Differenz zwischen Repräsentierten und Repräsentanten einebnet bzw. aufhebt: „Jeder will dann denen gleich sein, die er zum Befehlen gewählt hat. Von da an vermag das Volk die Macht, die es verleiht, selbst nicht mehr zu ertragen; es will alles selber machen: an Stelle des Senats beratschlagen, an Stelle der Beamten handeln und alle Richter entthronen.“³⁵ Die Achtung und Anerkennung der anderen geht verloren und mit ihr die Tugendhaftigkeit, also das Prinzip der Demokratie.

Auch in der Aristokratie beginnt der Verfall mit der Entwertung von Tugend. Diese zeigt sich vor allem, „sobald die Macht der Adligen willkürlich wird.“³⁶ Gefahr droht in dieser Hinsicht vom, oben bereits angesprochenen, Erbrecht der Erstgeborenen, in dessen Folge das Streben nach Selbstzucht verloren geht. Nicht die Vorteile, sondern die mit der Stellung verbundene Last müssen die Adligen Montesquieu zufolge „spüren“, um das Prinzip dieser Regierungsform zu stärken und seinem Verderben vorzubeugen.³⁷ In Monarchien verliert das Prinzip der Ehre seine handlungsmotivierende Kraft, wenn die damit verbundene stratifikatorische Ordnung der Gesellschaft in Frage gestellt wird. Akte wie die militärische Degradierung, die der Ehre zuwider laufen, schwächen dieses Prinzip im Einzelfall. Umfassend droht dagegen der Verfall einer Monarchie durch einen Herrscher, dessen Handeln auf eine Veränderung dieser Ordnung zielt. Ebenso droht eine Monarchie zu verderben, wenn die natürliche Ordnung durch willkürliche Aufgabenzuweisungen unterlaufen wird.³⁸

Bei allen Unterschieden verlieren sowohl das demokratische als auch das aristokratische und das monarchische Prinzip allerdings jede Wirkungskraft, „wenn ein und derselbe Mann beziehungsweise die gleiche Körperschaft entweder der Mächtigsten oder der Adligen oder des Volkes folgende drei Machtvollkommenheiten ausübte: Gesetze erlassen, öffentliche Beschlüsse in die Tat umsetzen, Verbrechen und private Streitfälle aburteilen.“³⁹ Um dem Verfall vorzubeugen, müssen Legislative, Exekutive und Judikative darum voneinander getrennt werden.⁴⁰ Dies gilt zuerst für die Verteilung der Macht auf Legislative und Exekutive. Werden beide Gewalten von derselben Körperschaft oder vom selben Regenten ausgeübt, dann steht einem Erlass tyrannischer Gesetze keine Schranke mehr bei ihrer Durchführung im Wege. Montesquieus Idee der Gewaltenteilung ist dabei genau genommen eine Kombination aus *Verteilung* und *Trennung*. Im Fall von Legislative und Exekutive betont er, dass beide Gewalten nicht

³⁴ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 184. Dies impliziert im Umkehrschluss, so Montesquieu, dass „jegliche Ungleichheit [...] in der Demokratie aus der Natur der Demokratie und dem Prinzip der Gleichheit selbst abgeleitet werden [muß]“ (Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 146).

³⁵ Ebd. Siehe ebenso Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 187.

³⁶ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 188.

³⁷ Siehe dazu Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 189.

³⁸ Vgl. Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 190f.

³⁹ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze [Fn. 7], S. 217.

⁴⁰ Die Idee der Gewaltenteilung ist deshalb kein Selbstzweck, sondern „Mittel zum Zweck“: die Verhinderung des Machtmissbrauchs (Detlef Merten: Montesquieus Gewaltenteilungslehre und deutsche Verfassungsstaatlichkeit, in: Paul Ludwig Weinacht (Hrsg.): Montesquieu – 250 Jahre „Geist der Gesetze“, Baden-Baden 1999, S. 31-62 [hier: S. 33]).