

Inhaltsverzeichnis:

1. Einleitung.....	1
2. Verfassungsgerichtsbarkeit als Element der modernen Staatlichkeit.....	2
2.1. Vorbemerkungen: Politik und Recht im besonderen Fall der Verfassung.....	2
2.2. Verfassungsgerichtsbarkeit im Kontext der modernen Gewaltenteilung....	5
2.3. „Der Hüter der Verfassung“: Carl Schmitt vs. Hans Kelsen im europäischen Kontext.....	7
3. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Kontext des Politischen.....	10
3. 1. Judikative Macht als Macht der Verfassung: Verfassungsgerichtsbarkeit als Deutungsmacht.....	10
3.2. Judifizierung der Politik & Politisierung des Rechts.....	12
4. Die richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) oder „keine Politik treiben“.....	15
5. Ausblick und Fazit.....	16
6. Literatur.....	18
7. Eigenständigkeitserklärung.....	21

1. Einleitung

Die Überpolitiker von Karlsruhe: Karlsruhe macht auch Politik. Solche Schlagzeilen wie das Beispiel aus dem Tagesspiegel machen die Ambivalente öffentliche Meinung angesichts der Rolle des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) innerhalb des deutschen politischen Systems deutlich. Als „Hüter der Verfassung“ gelobt, zunächst als Stromer in der deutschen Politik betrachtet und danach wieder als das Bollwerk, „*das nationale Interessen und die im Grundgesetz festgeschriebene politische und gesellschaftliche Ordnung des Landes schützt*“¹ mit über 40% der deutschen Bevölkerung mit einem „sehr großen Vertrauen“ auf das Gremium².

Die Verfassungsgerichtbarkeit ist einerseits ein unmittelbar politisches Thema, da sie eine der wichtigsten Funktionen innerhalb der Ordnung jenes politische System ausübt und zentral für die Gewaltenteilung und -beschränkung ist: die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit. Diese Funktion ist aber auch unmittelbar juristisch, da die Verfassung ein juristischer Text ist, und diese Funktion exklusiv von *Richtern in roten Roben* ausgeübt wird. Wenn diese Funktion aus einem solchen Dualismus besteht, vermischen sich die Perspektiven irgendwann?

Ziel dieser Hausarbeit ist einerseits die Frage nach der ‚Angemessenheit‘ der Politisierung des Rechts bzw. die Judizialisierung (Verrechtlichung) der Politik zu erörtern. Es wird dem BVerfG vorgeworfen politisierte Entscheidungen zu treffen (siehe Beispiel). Die Frage sollte aber lauten: Ist es so? Oder sogar: Ist es falsch? Ist diese Frage überhaupt normativ zu betrachten? Wie soll das BVerf als unmittelbar politisches Verfassungsorgan mit solchen Vorwürfen umgehen. Ist die sog. richterliche Selbstbeschränkung ein Umweg?

Dafür werden zuerst einige Vorbemerkungen angesichts der Debatte Politik vs. Recht im Kontext der Verfassungsgerichtbarkeit erläutert. Dann wird die Verfassungsgerichtsbarkeit als Element der Modernen Staatlichkeit und der Gewaltenteilung eingeführt. Später wird mit

¹ Frankfurter Allgemeinen Zeitung Nr. 195 vom 22. August 2012

² Ebd.

der zentralen Debatte zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen um den Hüter der Verfassung als Basis der Debatte der Politisierung des Rechts bzw. Verrechtlichung der Politik argumentiert. Danach wird die Judikative Macht als Deutungsmacht (nach Vorländer) präsentiert und im Anschluss die Debatte der Politisierung des Rechts bzw. Verrechtlichung der Politik. Am Ende wird noch die richterliche Selbstbeschränkung als Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit vorgestellt und mit einem Fazit und einem Ausblick wird die Arbeit geschlossen.

2. Verfassungsgerichtsbarkeit als Element der modernen Staatlichkeit

2.1. Vorbemerkungen: Politik und Recht in der besonderen Fall der Verfassung

„Damit die Macht nicht missbraucht werden kann, muss die Anordnung der Dinge so sein, dass die Macht die Macht zügelt“³ schrieb schon 1750 Montesquieu als Präambel seiner Theorie der Gewaltenteilung. Das elfte Buch seines Werks *De L'Esprit des Loix* (*Vom Geist der Gesetze*) ist dafür berühmt, weil der Baron de la Brede et de Montesquieu die Gewalt eines solchen Staates illustriert, indem Gesetze als „*esprit général d'une nation*“ zum Ausdruck kommen. Freiheit, und zwar politische Freiheit⁴ kann nur dann gewährleistet werden in Systemen wo die (politische) Mächte, in Montesquieus Mischverfassung als Judikative⁵, Legislative und Exekutive präsentiert, sich nicht nur voneinander unterscheiden und unabhängig voneinander operieren, sondern sich gegenseitig beschränken und bremsen.⁶ Montesquieus *De L'Esprit des Loix* ist ja meistens für diesen ersten Vorschlag einer Gewaltenteilung und Gewaltenverschränkung bekannt, was man aber oftmals vergisst ist Montesquieus eigentliche Problemstellung im *De L'Esprit des Loix*. Man erkennt das Thema aber schon im Titel des Werks: *Vom Geist der Gesetze*. Was Montesquieu im Vordergrund untersuchen wollte sind die Gesetze und Gesetzmäßigkeiten der Epoche, also woher diese stammen und warum sie dann als solche anerkannt werden. Die Lehre der Gewaltentrennung und der Prinzip der Verfassung (Gewaltenteilung) aus dem Recht Montesquieus gelten als Beispiele

³ Montesquieu 1799. 11. Buch. Kap. 4

⁴ „*La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent; et si un citoyen pouvoit faire cet qu'elles défend, in n'auroit plus de liberté, parce que les autres tout de meme ce pouvoir*“ (Montesquieu 1799. 11. Buch, Kap. 3)

⁵ Mit Richtern als der Mund des Gesetzes (Montesquieu: *De l'esprit des lois*, in: *Oeuvres complètes*. Paris 1964 [1748], S. 588 f. (L.XI, ch VI)

⁶ Montesquieu 1799. 11. Buch, Kap. 6

einer Überschneidung von Recht (Gesetze) und Politik (Gewalt), als ein *rechtspolitisches* Werk. Die Tatsache das politische und juristische Themen immer wieder gemeinsame Stellen erweisen können ist ja keine Neuigkeit. Besonders sind diese Überschneidungen wenn man von Verfassungen spricht und auch automatisch wenn man sich mit Instanzen wie Verfassungsgerichte oder Konzepte wie die Verfassungsgerichtsbarkeit beschäftigt. Man leugnet nicht mehr, dass Verfassungsgerichte, als unmittelbarer Teil der Judikative, als politische Akteure betrachtet werden können (sollen?): *„That courts of law, constitutional law especially, are parts of political systems is a proportion not longer to be denied”*⁷. Es scheint auch selbstverständlich zu sein, dass *„die Verfassungsgerichtsbarkeit integraler Bestandteil des ‚politischen Teils‘ von ‚government‘ ist und damit auch der permanenten politischen Analyse bedarf”*⁸. In der US-Amerikanischen Diskussion deren Verfassungsgerichtsbarkeit muss man feststellen, dass die *„Analysen auch jenseits hoch politisierte Entscheidungen [...] zum alltäglichen publizistischen und wissenschaftlichen Geschäft zählen: [...] Geschichte des Supreme Courts, [...] politische Analysen einzelner Phasen der Rechtsprechung [...]”*⁹ usw. In Deutschland sieht die Diskussion anders aus, sogar in der rechtswissenschaftliche Literatur wo: *„Literatur zur Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. zum Bundesverfassungsgericht zwar kaum zu überblicke ist”*¹⁰. Dies begründen van Ooyen & Möllers an die strikte Trennung zwischen *„binnenjuristischen Diskurs ‚reiner‘ Rechtswissenschaft“*, die mögliche Versuche der *Politisierung* einer rechtlichen Instanz (wie das Bundesverfassungsgericht) als wissenschaftliche Disqualifizierung einstufen, und die *„souveräne Politik“* die sich mit solchen (banalen) juristischen Diskurse nicht beschäftigen will¹¹.

„Die selbstverständliche Aussage, dass das Bundesverfassungsgericht – und ihm natürlich die RichterInnen – ein Machtfaktor der Politik ist, ja Politik ‚mache‘ bzw. sogar machen müsse, wird daher noch heute im staatsrechtlichen Diskurs nicht selten als Provokation

⁷ Kommers, Donald P.: *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills – London 1976, S. 11. Zitiert in: van Ooyen, Möllers 2006: 9

⁸ van Ooyen, Möllers 2006: 9

⁹ van Ooyen, Möllers 2006: 9

¹⁰ van Ooyen, Möllers 2006: 10

¹¹ Vgl. van Ooyen, Möllers 2006: 10

empfundenen [...] sodass selbst Verfassungsrichter immer damit ringen, den ‚Makel‘ des Politischen loszuwerden.“¹²

In Deutschland tauchte die Betrachtung und Darstellung solcher verfassungsrechtlichen Instanzen, so Klaus von Beyme „pflichtgemäß [...] aber meist ganz am Ende“¹³. Das Interesse an die Verfassungsgerichtsbarkeit aus einer politikwissenschaftlichen Perspektive zu betrachten wächst heutzutage und die Studien und Schifftle aus einer genuin politikwissenschaftliche Sichtweise¹⁴.

Die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit stellen einen besonderen Fall bei der Betrachtung aus jeweils einer juristischen und einer politologischen Sichtweise. Als Karl Loewenstein seine „*Verfassungslehre*“ als *Political Power and the Governmental Process* 1957 veröffentlichte stellte sich man nochmal die Frage nach der Rolle der Politikwissenschaft in der Verfassungslehre. Stichwort für Politologen sei „*gute Verfassung*“ also vom „*guten und richtigen Regieren*“¹⁵, von dem sich allerdings die Politikwissenschaft distanziert habe. Loewenstein differenziert sich von der deutschen Tradition der Staatslehre indem er die Konstruktion des Staates als *metaphysische Überhöhung* des Begriffs der Souveränität kritisierte¹⁶ und damit die Forschungseinrichtung *Staatslehre* als *Verfassungslehre* rekonstruierte so Loewenstein:

„Die Verfassungslehre betrachtet die Rechtsnormen nicht im luftleeren Raum des Rechtstechnik, sondern stellt sie in den lebendigen Fluss des politischen Prozesses. Die staatlichen Einrichtungen und Techniken werden als Elemente der politischen, das heißt, der Verfassungswirklichkeit (im Gegensatz zu Verfassungsnorm auf empirisch-analytische Daten basiert) beurteilt. [...] Daraus erklärt sich der Akzent der Verfassungslehre auf dem Phänomenen der Macht als Motor alles politischen Geschehens“¹⁷

¹² van Ooyen, Möllers 2006: 10f

¹³ von Beyme, Klaus (2001): 493f . Zitiert in: van Ooyen, Möllers 2006: 12

¹⁴ van Ooyen, Möllers 2006: 12

¹⁵ van Ooyen 2006: 44 (137)

¹⁶ van Ooyen 2006: 52f

¹⁷ Loewenstein 1959: 417f. Zitiert in: van Ooyen 2006

Mit seiner Verfassungslehre schenkte uns Loewenstein einen der wichtigsten und ausführlichsten Blicke darauf, wie Verfassungen aus der Politologie zu betrachten sind. Bausteine für seine unmittelbar politikwissenschaftliche Analyse sind die Konzepte des Pluralismus und die Autonomie des Individuums als Zweck jene Verfassung und setzte damit den Mittelpunkt seines Werkes nicht auf der Staatslehre sondern auf der Verfassungslehre auf¹⁸.

Zusammenfassend kann man sagen, dass Themen wie *Verfassungsgerichtsbarkeit* unmittelbar an der Grenze zwischen Recht und Politik stehen. Seitens des Rechts betrachtet man eine Verfassung (und deren Ausprägung in der Verfassungsgerichtsbarkeit) als Grundsteine jene rechtliche Ordnung. Aus einer politikwissenschaftlichen Perspektive berücksichtigt man die Verfassung als Organisationstatus der politischen Ordnung und damit den „Begriff des Politischen [...] als Macht im Sinne von Gewaltbarkeit und Triebhaftigkeit“ innerhalb dieser Instanzen sucht. Jenseits des Begriffs der Macht, spielen Konzepte wie Demokratie eine zentrale Rolle in der Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit aus der Perspektive der Politik(wissenschaft).

2.2. Verfassungsgerichtsbarkeit im Kontext der modernen Gewaltenteilung

Verfassungsgerichte als Elemente der Judikative in der modernen Gewaltenteilung haben eine eher junge Geschichte. Bis nach dem Zweiten Weltkrieg waren sie auch unter Demokratien eine seltene Institution¹⁹. Bekannt ist ja, dass die Idee „*Richter mit der Möglichkeit auszustatten, vom Parlament verabschiedete Gesetze auf ihre Konformität mit der Verfassung zu prüfen* (Überprüfungsrecht)“²⁰ ursprünglich aus den Vereinigten Staaten stammt. Allerdings enthielt die US-Amerikanische Constitution dieses Recht per se nicht, sondern wurde von dem Supreme Court als Mittel in *Marbury vs. Madison* „geschaffen“²¹. Das Überprüfungsrecht fand allerdings in Europa keine Resonanz bis der republikanischen Verfassung Portugals im Jahre 1911²². Entscheidend ist aber Hans Kelsens Beitrag zur

¹⁸ van Ooyen 2006: 53f

¹⁹ Vgl. Hönnige 2007: 27

²⁰ Hönnige 2007: 27

²¹ Vgl. Hönnige 2007: 27

²² Vgl. Hönnige 2007: 27

Verfassungsgerichtbarkeit: Die Inkorporation einer Verfassungskonformitätsüberprüfungsinstanz in der Österreichischen Verfassung im Jahre 1920: Das erste Verfassungsgericht weltweit²³²⁴.

Nach dem Zweiten Weltkrieg spricht man von der Epoche der „*andauernde Expansion*“ und „*Siegeszug der Verfassungsgerichtbarkeit*“²⁵ in politischen Systemen aller Regionen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde zum „*adäquaten Ausdruck und Schlussstein des Verfassungsstaats*“ und als Element einer „*gewaltenbalancierenden Verfassung*“ betrachtet²⁶.

Es existieren allerdings unterschiedliche Typen der Verfassungsgerichtbarkeit: einerseits das amerikanische Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit als Funktion und „*nicht als eigene Institution*“²⁷. Diese Funktion wird vom Obersten Gericht wahrgenommen als einheitliches Gericht, indem die Funktionen im normalen Instanzenzug zusammen mit der Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeübt werden. Länder wie die Vereinigten Staaten, die meisten Staaten des Commonwealth und einige Lateinamerikanische Staaten gehören zum ersten *Einheitsmodell*²⁸. Andererseits existiert mit Vorbild des österreichischen Verfassungsgerichts das Modell des *eigenständigen und institutionell verselbständigten Gerichts als österreichische-deutsches Modell*²⁹ (Belgien, Frankreich, Griechenland, Italien, Spanien, die Türkei, Ungarn und Russland). Wichtig zu bemerken ist, dass die Gerichte des ersten Typus „*zum Teil deutlich geringere Kompetenzen haben*“, wobei einen Trend zur zweiten Modell zu erkennen ist³⁰.

Andere Kategorien und typusprägende Merkmale der Verfassungsgerichtsbarkeit jenseits der institutionellen Selbständigkeit sind die Sonderrolle des Gerichts als Verfassungsorgan

²³ Der Supreme Court ist kein Verfassungsgericht im engeren Sinne, sondern die Obersten Instanz der Judikative, die jenseits ihre Aufgaben noch die Überprüfungsrechtsprechung besitzt.

²⁴Vgl. Hönnige 2007: 27

²⁵Vgl. Wahl 2001: 45

²⁶ Vgl. Wahl 2001: 45f

²⁷ Wahl 2001: 46

²⁸ Vgl. Wahl 2001: 46

²⁹ Wahl 2001: 46

³⁰ Wahl 2001: 46

und der Umfang der Zuständigkeiten , gemeint sind Entscheidungsfindung über Streitigkeiten zwischen den obersten Staatsorganen und in einem föderalen Kontext auch Bund-Länder-Streit als *Staats-Gerichtsbarkeit*, Überprüfungsrecht also abstrakte und konkrete Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerden als „*Kontrolle über das Staatshandeln gegenüber dem Bürger*“, wobei das wichtigste Merkmal jener Verfassungsgerichtsbarkeit die *Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen*“ bleibt³¹.

2.3. „Der Hüter der Verfassung“: Carl Schmitt vs. Hans Kelsen im Europäischen Kontext³²³³

Im internationalen Kontext gibt es auch unterschiedliche Annäherungen an Instanzen, die die Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit ausüben. In den verschiedenen politischen Systemen „*herrschen unterschiedlichen Vorstellungen darüber vor, wer letzten Endes Souverän und Hüter der Verfassung sein sollen.*“³⁴Solche Überlegungen haben auch einen historischen Kontext; Das Konzept „*Hüter der Verfassung*“, als ein Gremium, das das letztendliche Entscheidungsrecht über konstitutionelle Fragen (Wer soll die Verfassung schützen?) war das Stichwort der berühmten ‚rechtspolitologischen‘ Debatte zwischen dem *Kronjurist des Dritten Reiches* Carl Schmitt und dem *Vater der österreichischen Verfassung(sgerichtsbarkeit)* und *Jurist der Jahrhunderts* Hans Kelsen. Diese Debatte beruht im Innersten die Auseinandersetzungen mit der Frage der Verfassung seitens der Politik und dem Recht. Die Streitigkeit zwischen Schmitt und Kelsen hat ihre Wurzeln in der unterschiedlichen Vorstellung beide über *Verfassung*. Kelsen betrachtet die Verfassung als „*Ausdruck der politischen Machtverhältnisse*“³⁵. Da Kelsen von einer pluralistischen Gesellschaft ausgeht, dient diese Verfassung zur „*Vereinsatzung*“ und „*Festlegung von Spielregeln in [...] rationale berechenbare Verfahrensabläufe*“, sie sei also der „*Minimalkonsens*“ und als höherrangigen Norm der „*Normerzeugung*“³⁶. Für Kelsen war letztendlich der Hüter der Verfassung die „*institutionalisierte Verfassungsgerichtsbarkeit als*

³¹ Wahl 2001: 47

³² van Ooyen 2006

³³ Hönnige 2007: 27

³⁴ Hönnige 2007: 27

³⁵ van Ooyen 2006: 209

³⁶ van Ooyen 2006:209

*Element pluralistischer Demokratie*³⁷, deren wichtigste Funktion die Machtkontrolle ist³⁸. Einer solchen Verfassungsgerichtsbarkeit ermöglicht die Kontrolle, seitens einer juristischen Instanz, der parlamentarischen Gesetzgebung „im Hinblick auf Vereinbarkeit mit [...] dem Grundkonsens (=Verfassung) bei gleichzeitiger Gewähr, dass dieser Grundkonsens selbst von einer dominierenden Gruppe (=Mehrheit) nicht gegen allen anderen (=Opposition) einfach außer Kraft gesetzt werden kann.“³⁹ Für Kelsen steht der Schutz der Minderheiten im Mittelpunkt jene Verfassungsgerichtsbarkeit: „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“⁴⁰

Die Verfassungsgerichtsbarkeit sei für Kelsen die zentrale (wenn nicht alleinige) Instanz zur Garantie der Verfassung⁴¹: „Staatsgerichtsbarkeit ist Verfassungs-Gerichtsbarkeit [sic] und als solche gerichtliche Garantie der Verfassung. Sie ist in Glied in dem System rechtstechnischer Maßnahmen, die den Zweck haben, die Rechtmäßigkeit der Staatsfunktionen zu sichern“⁴² Das Verfassungsgericht sei für Kelsen ein unmittelbar politisches Organ, das durch die Funktion der (abstrakten) Normenkontrolle als „negativer Gesetzgeber“ Macht ausübt⁴³. Eine Verfassungsgerichtsbarkeit kann allerdings nur dann als „Hüter der Verfassung“ betrachtet werden, wenn „sich die Macht, und damit auch diese Funktion mit anderen politischen Mächten (und „Hütern“ pluralistisch teilt“ als Verhältnis von „checks and balances“ und somit organisierte Machtzentren verhindert werden können. ⁴⁴

Carl Schmitt betrachtet die Verfassung als „normative Grund- und Seinsordnung und nicht als verfassungsgesetzlicher Textkorpus“⁴⁵. Die Verfassung sei bei Schmitt überhaupt kein Rechtsbegriff, sondern unmittelbar politisch. Daraus folgt, dass die

³⁷ van Ooyen 2006: 208

³⁸ van Ooyen 2006: 216

³⁹ van Ooyen 2006: 210

⁴⁰ Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 81; In: van Ooyen 2006: 210

⁴¹ Vgl. van Ooyen 2006: 212

⁴² Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 75. In: van Ooyen 2006: 212

⁴³ van Ooyen 2006: 212

⁴⁴ van Ooyen 2006: 214

⁴⁵ van Ooyen, Möllers 2006: 75

Verfassungsgerichtsbarkeit „*nur eine politische Instanz sein kann*⁴⁶“, wobei bei Schmitt das Politische exklusiv auf „*die Unterscheidung von Freund und Feind beruht*⁴⁷“. Schmitt als demokratischer Liberalismusfeind geht von einer „*homogenen Einheit des Volkes*⁴⁸“ aus. Das Parlament, also der Reichstag ist als Ausdruck der „*pluralistischen Parteiendemokratie [...] eines degenerierten Parlamentarismus*“ nicht in der Lage solche Funktionen auszuüben. Für Schmitt ist der Reichspräsident, als „*neutrale Gewalt im pluralistischen Parteienstaat*⁴⁹“ die Instanz, die die Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit verkörpern soll. Für Schmitt beruht Kelsens Annäherung an die Verfassungsgerichtsbarkeit als „Hüter der Verfassung“ auf die „*Unvereinbarkeit von Verfassung und Gerichtsbarkeit, von Politik und Recht, Gesetzgebung und Justiz*⁵⁰“. So Schmitt: „*Solange ein Staat politische Einheit ist und nicht nur ein Kompromiss [...] politischer Faktoren, wird die Verfassung Staatsverfassung und nicht nur Gerichtsverfassung sein.*“ Schmitt warnt vor einer „*hemmungslosen Expansion der Justiz*“ die nicht nur den Staat in Gerichtsbarkeit verwandeln könnten, sondern vielmehr: „*Die Gerichte in politische Instanzen [...]. Es wurde nicht etwa die Politik juridifiziert, sondern die Justiz politisiert. Verfassungsjustiz wäre dann ein Widerspruch in sich.*“⁵¹ Eine solche von Schmitt problematisierte Judifizierung der Politik bzw. Politisierung der Justiz sei für Kelsen nur ein Scheinproblem, sei es seitens des Verständnisses der Gewaltenteilung, „*der Exekutive einen autonomen Bereich der Macht zu sichern, der keiner demokratisch-parlamentarischen Kontrolle unterliegt*⁵²“ andererseits aber aus dem Verständnis von „hoher Politik“, „*indem das Politische gegenüber dem Recht metaphysisch überhöht wird (Souveranität), sodass sich Politik diesem als nicht ‚justiziabel‘ überhaupt entzieht*“⁵³.

Die Debatte um den „Hüter der Verfassung“ ist noch ein Beispiel dafür, wie verflochten die politisch(wissenschaftliche) und die juristische Perspektive angesichts Fragen des

⁴⁶ van Ooyen 2006: 214

⁴⁷ Schmitt 1927

⁴⁸ van Ooyen 2006: 212

⁴⁹ Schmitt, Der Hüter der Verfassung, Überschrift zu Kap. III in van Ooyen 2006: 215

⁵⁰ van Ooyen 2006: 215

⁵¹ van Ooyen 2006: 216; Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, S. 98 und Schmitt, Der Hüter der Verfassung

⁵² van Ooyen 2006: 216

⁵³ van Ooyen 2006: 217

Konstitutionalismus sein können. Bei Schmitt und Kelsen fängt schon die Debatte mit den unterschiedlichen Auffassungen darüber, nicht nur was eine Verfassung ausmacht, sondern viel mehr was man unter Politik und Recht versteht. Mit der mangelnden Fähigkeit der apolitischen Justiz sich mit politischen Fragen (wie konstitutionelle Fragen) beschäftigen zu können begründete er seine These: Der Reichspräsident soll der Hüter der Verfassung sein⁵⁴. Darauf argumentiert Kelsen, dass „*die definitoriale Trennung von Politik und Recht*“ ein Fehler sei und ein demokratisch gewähltes Gremium sich mit der Entscheidung über politischen Fragen auseinandersetzen soll⁵⁵. Am Ende hatte Kelsens Vorschlag deutlich mehr Anhänger nach dem Zweiten Weltkrieg gewonnen, man spricht von einem „*Siegeszug der Institution Verfassungsgericht*“ wobei die meisten europäischen Länder ein Verfassungsgericht als Überprüfungsinstanz konstitutionelle Fragen als Rechtsorgan im Laufe des 20. Jahrhunderts inkorporiert haben.

3. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Kontext des Politischen

3.1. Judikative Macht als Macht der Verfassung: Verfassungsgerichtsbarkeit als Deutungsmacht⁵⁶

Die Frage nach der Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit sei, wegen der orthodoxen Auffassung der Verfassungsgerichtsbarkeit als exklusive Instanz des Rechts eher ungewöhnlich⁵⁷, wobei die Macht der Judikative als „*zentraler Faktor des politischen Prozesses außer Frage steht*“⁵⁸ Das Konzept von Macht hat eine unmittelbar politischen-philosophische Konnotation. Die Frage ist jetzt nicht mehr wer die Macht hat, sondern wie diese Macht aus der Judikative her ausgeübt werden kann. Die Macht der Judikative wird zunächst als *veto-power*⁵⁹ betrachtet, da sie sich von der exekutiven und legislativen Macht dadurch unterscheidet, „*dass die ihr Macht nur reaktiv gebrauchen kann*“; es wird die Macht der anderen Gewalten vorausgesetzt, „*weil sich ihre Macht nur über die Geltung der Entscheidung erstreckt, die die anderen Gewalten bereits getroffen haben*“⁶⁰. Es wird zwischen

⁵⁴ Hönnige 2007: 28

⁵⁵ Hönnige 2007: 28 und Kelsen 1931: 51

⁵⁶ Brodocz 2009: 5;

⁵⁷ Vorländer 2009 in van Ooyen, Möllers 2006: 189

⁵⁸ Brodocz 2009: 13

⁵⁹ Alivizatos Judges as Vetoplayers: 586 und Volcansek 2001

⁶⁰ Brodocz 2009: 14

einer expliziten (Aufhebung von Exekutiven oder Legislativen Entscheidungen, die sich „auf den politischen Prozess hinaus auswirkt, und somit als Beschränkung der exekutiven und legislativen Macht betrachtet werden kann⁶¹) und einer impliziten Macht (Interpretation einer Entscheidung, wobei sie nicht abgehoben wird)⁶².

Eine weitere Annäherung an die Frage der Macht der Judikative geht davon aus, dass „Judikative Macht ausgeübt wird, wenn Gerichtsurteile über die legitime Geltung exekutiver und legislativer Akte befolgt werden⁶³“ wobei einerseits solche politischen Handlungen der Exekutive und der Legislative „an etwas bemessen [lassen], das ihnen wie eine Verfassung normativ vorangeht“⁶⁴ und andererseits, dass diesen einen Prinzip der Verfassungsgerichtsbarkeit als Garantie der Verfassung entspricht. Die Macht der Verfassung hängt unmittelbar von der *Bedeutung der Verfassung* ab: „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.“⁶⁵ Man kann von der Macht der Judikative nur dann sprechen wenn die ‚hinreichende Voraussetzung‘: „der Unverfügbarkeit der gedeuteten Verfassung über ihre Bedeutung“ gilt. Im Mittelpunkt jener Entscheidung der Verfassungsgerichtsbarkeit steht die Verfassung und zwar als Deutung dieser. Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit kann man letztendlich als Deutungsmacht (Autorität der Verfassungsgerichtsbarkeit als autoritativen Verfassungsinterpreten) zusammenfassen. Jenes Verfassungsgericht ist „von seiner Aufgabe und Funktion der autoritative, letztverbindliche Interpret der Verfassung und stellt deshalb mit seinen Entscheidungen immer auch den Anspruch auf die Hoheit über die verbindliche Deutung⁶⁶“. Die Verfassung als „Sinn- und Geltungserzeugung politischer Ordnungen“⁶⁷. Die bindende Macht zwischen Genese (pouvoir constituant) und Geltung einer Verfassung kann nur

⁶¹ Brodocz 2009: 14

⁶² Brodocz 2009: 14

⁶³ Brodocz 2009: 5

⁶⁴ Brodocz 2009: 5

⁶⁵ Brodocz 2009: 5

⁶⁶ Vorländer 2009 in: van Ooyen, Möllers 2006: 192

⁶⁷ Vorländer, Schaal 2007: 18

aufrechterhalten werden, wenn die Gründungsgeltung zur permanenten Geltung wird⁶⁸. Dies geschieht letztendlich wenn die *„Macht des Verfassungsautors in die Autorität des Verfassungsinterpreten übertragen wird“*⁶⁹, u.a. Verfassungsrichter. Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit kann dann als *„des Sinn einer Verfassung auf Dauer zu stellen und die an die gewandelten Zeitverhältnisse anzupassen“* zusammengefasst werden⁷⁰.

Allerdings ist die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit unter Umständen beschränkt. Einerseits sei sie von der *„Wirkungsmächtigkeit der Verfassung“* abhängig: *So ist das BVerfG immer darauf angewiesen, dass der von ihr gedeuteten Verfassung jener hohe symbolische Gehalt zugeschrieben wird, durch den sich die Deutung der Verfassung zu einem Akt von Macht, von Deutungsmacht, steigert.*⁷¹ Andererseits hängt die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit von der Anerkennung der Interpretation als Autorität, und zwar vom Adressat⁷².

3.2. Judifizierung der Politik, & Politisierung des Rechts⁷³⁷⁴

*„Der Souveranitätsgewinner im Verfassungsstaat ist der Verfassungsinterpret“*⁷⁵ In jener Verfassungsdemokratie sei der Konflikt zwischen den (politischen) Institutionen von Legislative und Exekutive und der Verfassungsgerichtsbarkeit vorprogrammiert⁷⁶. Dieser Konflikt zwischen *„verfassungsrichterlicher Rechtsprechung und politischer Öffentlichkeit“* gehört zur Normalität jener konstitutionell verfassten Demokratie⁷⁷. Problematisch wird es aber erst wenn, *„die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit am Maß ihrer Intervention in den Bereich der Politik, etwa als Einmischung des Rechts oder als Grenzüberschreitung, bestimmen zu wollen.“*⁷⁸

⁶⁸ Vorländer, Schaal 2007: 19

⁶⁹ Vorländer, Schaal 2007: 19

⁷⁰ Vorländer, Schaal 2007: 19

⁷¹ Vorländer 2009 in: van Ooyen, Möllers 2006: 194

⁷² Vorländer 2009 in: van Ooyen, Möllers 2006: 194

⁷³ van Ooyen 2006: 217

⁷⁴ Vorländer, Schaal 2007: 14

⁷⁵ Otfried Höffe: Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt?, in: Der Staat 38 (1999), 2, S. 171-193

⁷⁶ Vorländer, Schaal 2007: 14

⁷⁷ Vorländer, Schaal 2007: 14

⁷⁸ Vorländer, Schaal 2007: 14

Die Problematisierung der „Verrechtlichung der Politik“ bzw. die „Politisierung der Justiz“ hat Kelsen (als Scheinproblem allerdings) schon beim Verständnis der Gewaltentrennung und infolgedessen die ‚strikte‘ Trennung von Recht und Politik oder aber auch aus Folge des *„Verständnisses von hoher Politik, indem das Politische gegenüber dem Recht metaphysisch überhöht wird (Souveränität), sodass sich Politik diesem als nicht ‚justiziabel‘ überhaupt entzieht.“*⁷⁹ Kelsen hält eine solche *Konstruktion des Dualismus von Politik und Justiz* als Absurdum: *„Sie gehen von der irrigen Voraussetzung aus, dass zwischen der Funktion der Justiz und politischen Funktionen eine Wesensgegensatz bestehe, dass insbesondere die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen [...] ein politischer Akt, [...], dass solche Tätigkeit nicht mehr Justiz sei.“*⁸⁰ Für Kelsen seien richterliche Entscheidungen *„Dezisionselemente“*, was für Carl Schmitt als Dezisionist etwas unmittelbar Politisches ist. Solche Dezisionselemente sind dementsprechend eine Art Machtausübung. Kelsen argumentiert, dass es nicht sein kann, dass nur legislative Aufgaben mit Politik zu tun haben. Genauso falsch ist die Annahme, dass *„die Gesetzgebung produktive Rechtserzeugung, die Gerichtsbarkeit aber nur reproduktive Rechtsanwendung sei“*⁸¹. Da die Verfassung die Verfassungsgerichtsbarkeit definiert und folgerichtig Richter mit dem Überprüfungsrecht ermächtigt, *„überträgt [der Gesetzgeber] [dem Richter] eine Befugnis zur Rechtsschöpfung“* und damit politische Macht, die sich zwischen Legislative und Judikative nur quantitativ und nicht qualitativ unterscheidet⁸². So Kelsen:

*„Jeder Rechtskonflikt ist doch ein Interessen- bzw. Machtkonflikt, jeder Rechtsstreit daher ein politischer Streit, und jeder Konflikt, der als Interessen-, Macht- oder politischer Konflikt bezeichnet wird, kann als Rechtsstreit entschieden werden.“*⁸³

Für Kelsen sei die Problematisierung der „Judicialisierung der Politik bzw. die Politisierung des Rechts“ gar kein Problem sondern ganz bewusst als Teilung von Macht als Kontrolle

⁷⁹ van Ooyen 2006: 216f

⁸⁰ Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, S. 1882 f in van Ooyen 2006: 217

⁸¹ Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, S. 1882 f in van Ooyen 2006: 217

⁸² Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, S. 1882 f in van Ooyen 2006: 217

⁸³ Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, S. 1882 f in van Ooyen 2006: 217

impliziert. Ein Verfassungsgericht ist mit allen Rechten eine politische Instanz, wobei er keinerlei Widersprüche zwischen Recht und Politik in diesem Zusammenhang findet⁸⁴.

In Deutschland geraten allerdings Vorwürfe der Verrechtlichung der Politik oder Politisierung der Justiz in der Öffentlichkeit als etwas Negatives. Schlagzeilen wie „*Wieder hat das Bundesverfassungsgericht Politik gemacht*“⁸⁵ machen diesen ‚verwerflichen‘ Charakter des BVerfG in den Medien und der Öffentlichkeit deutlich. Es wurde aber oftmals von politischen Instanzen, wie Regierung und Opposition, durch Berufung des BVerfG „*den politischen Gegner auf dem Feld des Verfassungsrecht eine Niederlage zuzufügen*“⁸⁶ Antwort dafür waren die Vorwürfe der „Politisierung der Verfassungsjustiz“ und der „Verrechtlichung der Politik“ seitens des BVerfG. Dies stärkte paradoxerweise die Deutungsmacht des BVerfG, durch die Verdeutlichung der Verfassungsgerichtsbarkeit als „*Schiedsrichter und Schlichter im politischen Konflikt*“⁸⁷. Diese Stärkung der Deutungsmacht in der 1970 Jahre bildete die institutionelle Praxis des BVerfG aus: „*Das Gericht ‚verkörpert‘ die Verfassung ihren Wandel und ihre fortdauernde Interpretationsnotwendigkeit*“⁸⁸ Die Entscheidungen des BVerfG ergehen „im Namen des Volkes“, wobei diese Entscheidung als einzige Grundlage die Verfassung haben und dies wird vom BVerfG deutlich gemacht⁸⁹.

Allerdings findet man in der Konstitutionalismus-Diskussion der letzten Jahre immer wieder Angaben zur sog. *political-question* oder *political-question-Doktrin*. Es geht darum, dass „*bestimmte Fragen vorrangig im Wege der politischen Auseinandersetzung entschieden werden müssen*“.⁹⁰ In der Bundesrepublik beispielweise wird dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vorgeworfen, dass das Gericht „*bei politischen Prognosen einen gewissen Entscheidungsspielraum einräumt*“⁹¹ und sogar die Politik verrechtlicht bzw. an

⁸⁴ van Ooyen, Möllers 2006: 109

⁸⁵ Der Spiegel, zit. nach Häberle 1980: 59 Zitiert in: Bornemann 2007

⁸⁶ Vorländer 2011

⁸⁷ Vorländer 2011

⁸⁸ Vorländer 2011

⁸⁹ Vorländer 2011

⁹⁰ van Ooyen, Möllers 2006: 299

⁹¹ van Ooyen, Möllers 2006: 299

extrakonstitutionellen Verfassungsrichterrecht verfügt⁹². Bemerkenswert ist allerdings, dass die political-question ein Kind des US-amerikanischen Rechts ist⁹³. Sie ist auch keine ausführliche Theorie und kann als die Fähigkeit des Supreme Courts „*grundsätzlich Fragen zurückweisen, weil sie ihm zu politisch sind*“⁹⁴ zusammenfassen. In Deutschland ist die political-question-Doktrin nicht ganz anschlussfähig und sogar obsolet, „*da er von Prüfungsmaßstäben erfasst wird, die das BVerfG entwickelt hat*“⁹⁵

4. Die Richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) oder „keine Politik zu treiben“⁹⁶

Judicial self-restraint heißt es im Groben und Ganzen, als Lehre der richterlichen Selbstbeschränkung, die Selbstkontrolle, die das Verfassungsgericht ausübt um keine Politik zu treiben⁹⁷. Die Lehre der Richterlichen Selbstbeschränkung findet man u.a. im Leibholz' *Bundesverfassungsgericht: Statusgericht* mit der Argumentation der „niedrigeren Position“ der Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich zu anderen Verfassungsorganen, die sich mit der integrativen Funktion des Staates beschäftigen⁹⁸. „*Hier muss es „neutral“ bleiben und das („niedere“) politische Tagesgeschäft den anderen Verfassungsorganen überlassen*“ sollen also die richterliche Selbstbeschränkung üben⁹⁹. Als Gegensatz zum „judicial activism“ wurde die richterliche Selbstbeschränkung in den USA entwickelt. Dafür kennt man ein breites Spektrum von Definitionen sowie: (1) *Judges apply law, they don't make it (legalism; formalism)*; (2) *judges defer to a very great extent to decisions by other officials – appellate judges to defer to trial judges and administrative agencies, and all judges to legislative and executive decisions (“modesty”; institutional competence)*; (3) *judges are highly reluctant to declare legislative or executive action unconstitutional – deference is at its zenith when action is challenged as unconstitutional*¹⁰⁰ wobei sich die dritte Variable unmittelbar als Ausdruck

⁹² Schneider: *Acht an der Macht!*, a. a. O. (Fn. 6), S. 1305. Zitiert In: van Ooyen, Möllers 2006: 300

⁹³ van Ooyen, Möllers 2006: 302

⁹⁴ van Ooyen, Möllers 2006: 302

⁹⁵ van Ooyen, Möllers 2006: 303

⁹⁶ van Ooyen 2006: 214

⁹⁷ van Ooyen 2006: 214

⁹⁸ Leibholz Statusbericht : 126. Zitiert in van Ooyen, Möllers 2006

⁹⁹ van Ooyen, Möllers 2006: 112

¹⁰⁰ Posner 2012

des Respekts für *elected branches of government* auszeichnet, allerdings auch wegen der Annahme *“that legislatures do policy better than courts do”*¹⁰¹.

Offiziell heißt es im deutschen Kontext: *„Nach dem Grundsatz des judicial self-restraint sollen durch die Rechtsprechung keine Gestaltungsfragen beantwortet oder vorgenommen werden, die in den originären Bereich der legislativen oder exekutiven Staatsgewalt fallen.“*¹⁰² Das BVerfG hat dieses Element als *„eine oberste Handlungsanleitung der eigenen Arbeit zementiert. In BVerfGE 36, 1 heißt es dazu:*

Der Grundsatz des judicial self-restraint zielt darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenzuhalten.“ Allerdings geht es hier darum nicht um Politik in Justiz zu verstecken, *„sondern wenn dem vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgeber [...] Vorschriften für die positive Gestaltung der Sozialordnung gemacht werden soll.“*¹⁰³

Die richterliche Selbstbeschränkung als Antwort der Vorwürfe einer Judizialisierung der Politik bzw. eine Politisierung des Rechts kommt letztendlich *„darin zum Ausdruck, dass das Gericht in der Regel die Übereinstimmung von Gesetzen und Verträgen mit der Verfassung feststellt und bestätigt, was die Politik entschieden hat.“*¹⁰⁴ Im Gegensatz zum „judicial activism“ (Juristischer Aktivimus) als *„Aktivismus der Judikative, der sich am deutlichsten an der Schaffung neuer rechtlicher Institutionen via Auslegung zeigt“*¹⁰⁵, kann die richterliche Selbstbeschränkung als die Passivität von Richtern bei der Rechtsprechung durch existierenden Rechtsmaterial betrachtet werden.

5. Ausblick und Fazit¹⁰⁶

*„Die Verfassungsdemokratie ist die Spannungslage von Konstitutionalismus und Demokratie, von Recht und Politik, immanent.“*¹⁰⁷ Die Arbeit und die Aufgaben eines Verfassungsgerichts, wie das deutsche BVerfG sind von der ständigen ‚Opposition‘ und Dualismus zwischen Recht

¹⁰¹ Posner 2012

¹⁰² Wagner 2013: 97

¹⁰³ Lamprecht/Malinowski XXXX: 10 in Wagner 2013: 97

¹⁰⁴ Pöttsch 2005

¹⁰⁵ Grote et al. 2007: 1069

¹⁰⁶ van Ooyen, Möllers 2006: 282

¹⁰⁷ Vorländer, Schaal 2007

und Politik stark geprägt. Als ‚Hüter der Verfassung‘ in modernen politischen Systemen hat die Verfassungsgerichtsbarkeit als Grundlage einerseits ein rein juristisches, die besagt wie Gesetze erzeugt werden; und andererseits ein politischer Text, der nicht nur die (politischen) Aufgaben der unterschiedlichen Verfassungsorganen verwaltet, sondern die Staatlichkeit eines Landes tief definiert (vgl. GG Art. 20). Innerhalb dieses Dualismus operiert die Verfassungsgerichtsbarkeit; ihr wird vorgeworfen sie sei entweder zu politisch: Sie mischt sich in exklusiv politischen Prozessen und judifiziert somit die Politik. Oder andererseits, sie Politik mischt sich in exklusiv judikativen Prozessen ein und versucht sie zu politisieren. Tatsache ist, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht außerhalb einer politischen Ordnung betrachtet werden kann. Sie ist unmittelbar politisch, operiert aber mit anderen Codes (in Luhmanns Terminologie). Trotzdem, sie aus dem politischen Spektrum zu distanzieren, amputiert ein wichtiges Teil der Gewaltenteilung. Da die Judikative, in Form der Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Macht der Deutung der Verfassung, in der Lage ist Entscheidungen zu treffen, die die politische Ordnung beeinflussen können, ist sie trotz Versuche der Distanzierung der Politik (als gesetzgebende Politik) immerhin ein politischer Akteur im politischen System. Es hängt natürlich von der eigenen Definition von Politik, sei sie als reine Entscheidungsfindung mit Hinblick auf Freund-Feind-Doktrinen bei Schmitt, oder eine demokratisch-pluralistische Annäherung bei Kelsen, inwieweit die Verfassungsgerichtsbarkeit Politik macht oder nicht. Ob sie Politik treibt oder nicht ist eine immanente normative Frage, die ihre Wurzeln aus der Tradition der strikten Gewaltenteilung hat. Aber als Verfassungsorgan ist die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur in der Lage „Politik zu treiben“, sondern ist es auch tatsächlich so. Die Verfassung als politischer und juristischer Text kann von einem Verfassungsgericht ja nur mit dem Code zulässig/ nicht zulässig, die Entscheidung die damit getroffen werden haben unmittelbar politische Folgen. *„Der Gesetzgeber ist in der Vorhand, das Verfassungsgericht hat den Vorrang¹⁰⁸“*

¹⁰⁸Böckenförde 1991: 189 zitiert in Vorländer, Schaal 2007: 14

6. Literatur

Arnim, Hans Herbert von; Kirchhof, Paul; Korinek, Karl; Müller, Jörg Paul; Schlaich, Klaus (1981): *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Innsbruck vom 1. - 4. Oktober 1980*. Berlin, New York: W. de Gruyter (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, H. 39).

Biegi, Mandana (2008): *Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert*. 1. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss.

Birle, Peter; Dewey, Matias; Mascareño, Aldo (2012): *Durch Luhmanns Brille. Herausforderungen an Politik und Recht in Lateinamerika und in der Weltgesellschaft*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991): Grundrechte als Grundsatznorm. Zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: ders.: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt/M, S. 159 - 199.

Borja, Rodrigo (2002): *Enciclopedia de la política*. 3a. ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Bornemann, Basil (2007): Politisierung des Rechts und Verrechtlichung der Politik durch das Bundesverfassungsgericht? Systemtheoretische Betrachtungen zum Wandel des Verhältnisses von Recht und Politik und zur Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit. In *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 28 (1), pp. 75–95.

Brodocz, Andre (2009): *Die Macht der Judikative*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften (Verfassung und Politik).

Brodocz, André (2014): *Die Verfassung des Politischen. Festschrift für Hans Vorländer*. Herausgegeben von Dietrich Herrmann, Rainer Schmidt, Daniel Schulz, Julia Schulze Wessel. Wiesbaden: Springer VS (SpringerLink : Bücher).

Cattaneo, Mario A. (2009): *Recht und Gewalt. Ein problematisches Verhältnis*. Berlin, Münster: Lit (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen / Kleine Schriften, Bd. 18).

Doehring, Karl (2004): *Allgemeine Staatslehre. Eine systematische Darstellung*. 3., neubearb. Aufl. Heidelberg: Müller (Jurathek : Studium).

Enzmann, Birgit (2012): *Der Demokratische Verfassungsstaat. Entstehung, Elemente, Herausforderungen*. Wiesbaden: Springer VS.

Grote, Rainer; Badura, Peter; Starck, Christian (2007): *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Hönnige, Christoph (2007): *Verfassungsgericht, Regierung und Opposition. Die vergleichende Analyse eines Spannungsdreiecks*. 1. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss (Studien zur Neuen Politischen Ökonomie).

Huber, Peter M. (2008): *Staat und Wissenschaft*. Paderborn, München, Wien, Zürich: Schöningh (Schönburger Gespräche zu Recht und Staat, Bd. 9).

- Kelsen Hans/van Ooyen, Robert Christian (2008): *Wer soll Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kelsen, Hans (1931): *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin Grünewald: W. Rothschild.
- Kommers, Donald P. (1976): *Judicial Politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills, Calif.: Sage Publications (Sage Series on politics and the legal order, v. 5)
- Jestaedt, Matthias (2009): *Die Verfassung hinter der Verfassung. Vom Wesen und Wert der Verfassungstheorie*. 1. Aufl. Paderborn: Schöningh (Schönburger Gespräche zu Recht und Staat, 12).
- Lever, Annabelle (2009): Democracy and Judicial Review: Are They Really Incompatible? In *Perspectives on Politics* 7 (4), pp. 805–822.
- Limbach, Jutta (2001): The Concept of the Supremacy of the Constitution. In *The Modern Law Review* 64 (1), pp. 1–10.
- Loewenstein, Karl (1959): *Verfassungslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck).
- Maus, Ingeborg (1986): *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*. München: W. Fink.
- Mayer-Tasch, Peter Cornelius (2009): *Politische Theorie des Verfassungsstaates. Eine Einführung*. 2., neu bearb. und aktualisierte Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss.
- Montesquieu, Charles de (1799): *Des Herrn von Montesquieu sämtliche Werke*. Nach der neuesten und vermehrten Auflage aus dem Französischen übersetzt und mit vielen Anmerkungen versehen. Wien: Bauer.
- Posner, Richard A. (1983): The Meaning of Judicial Self-Restraint. In *Indiana Law Review* 59 (1), pp. 1–24.
- Posner, Richard A. (2012): The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. In *California Law Review* 100 (3), pp. 521–556.
- Pötzsch, Horst (2005): *Die deutsche Demokratie*. 4., aktualisierte Ausg. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- 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), pp. 66–102.
- Schmidt, Rainer (2012): *Verfassungskultur und Verfassungssoziologie*. Politischer und rechtlicher Konstitutionalismus in Deutschland im 19. Jahrhundert. Wiesbaden: Springer VS (SpringerLink : Bücher).
- Schmitt, Carl (1928): *Der Begriff des Politischen*, ED in: *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, Band 58 (1927), S. 1 - 33, EA Berlin 1928.
- (1929): *Die Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr.
- Stammen, Theor/Riescher, Gisela/ Hofmann, Wilhelm (1997): *Hauptwerke der politischen Theorie*. Stuttgart: Kröner (Kröners Taschenausgabe, Bd. 379).

- Stern, Klaus (1980): *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Stone, Adrienne (2001): Democratic Objections to Structural Judicial Review and the Judicial Role in Constitutional Law. In *The University of Toronto Law Journal* 60 (1), pp. 109–135.
- van Ooyen, Robert Christian (2006): *Politik und Verfassung. Beiträge zu einer politikwissenschaftlichen Verfassungslehre*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften / GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Christian; Möllers, Martin H. W. (2006): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. 1. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Vanberg, Georg (2001): Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. In *American Journal of Political Science* 45 (2), pp. 346–361.
- Voigt, Rüdiger (2015): *Legalität ohne Legitimität? Carl Schmitts Kategorie der Legitimität*. Wiesbaden: Springer VS (SpringerLink : Bücher).
- Vorländer, Hans (2011): Regiert Karlsruhe mit? Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik. In *Aus Politik und Zeitgeschichte* 35-36. Online abrufbar unter <http://www.bpb.de/apuz/33164/regiert-karlsruhe-mit-das-bundesverfassungs-gericht-zwischen-recht-und-politik?p=all>.
- Vorländer, Hans; Schaal, Gary S. (2007): *Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts*. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss.
- Wagner, Stefan (2013): *Ersatzgesetzgeber oder nicht? Die problematische Stellung des Bundesverfassungsgerichts im politischen System der Bundesrepublik Deutschland*. Hamburg: Diplomica Verlag GmbH.
- Wahl, Rainer (2001): Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld. In *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 37-38, pp. 45–54.
- Westphalen, Raban/Bellers, Jürgen (2001): *Deutsches Regierungssystem*. München: Oldenbourg.
- Winkler, Günther (2006): *Die Prüfung von Verordnungen und Gesetzen durch den Verfassungsgerichtshof von Amts wegen. Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs im Spannungsfeld von Recht und Politik ; Dokumentation und Kommentar*. Wien, New York: Springer (Forschungen aus Staat und Recht, 160).
- Zurn, Christopher F. (2002): Deliberative Democracy and Constitutional Review. In *Law and Philosophy*, 21 (4/5), pp. 467–542.