

Danny Michelsen

## Agonaler Konstitutionalismus? Zum Verhältnis von Politik und Recht in der agonalen Demokratietheorie\*

### 1. Einleitung

»Agonists are commonly treated as if they stand for nothing politically, as if they are keen to embrace only disruption, while supposedly even failing to specify which kinds of disruptions they favour.«<sup>1</sup> Mit dieser Beschreibung der Rezeption agonaler Demokratietheorie dürfte Bonnie Honig, eine ihrer wichtigsten VertreterInnen, das vorherrschende Urteil innerhalb der Politischen Theorie sehr zutreffend wiedergegeben haben. Den »Agonisten«, die die Legitimität politischer Ordnungen an deren Offenheit für die Anfechtung grundlegender Rechtsnormen und Verfahren bemessen und die in liberalen Ansätzen intendierte Eingrenzung des politischen Konflikts auf der Grundlage von fixen Gerechtigkeitsgrundsätzen oder Idealen »kommunikativer Vernunft« zurückweisen, wird vorgeworfen, ihr Verständnis von Politik befinde sich »in einer Endlosspirale von Ordnung und Zerstörung«, weshalb es nicht geeignet sei, dauerhafte Institutionen zu begründen.<sup>2</sup> Während das agonale Denken dennoch in der US-amerikanischen Sekundärliteratur mittlerweile wenigstens als ein eigenständiger Ansatz innerhalb der Demokratietheorie anerkannt wird, deren engeren Kanon die Konzepte von Honig, Chantal Mouffe, James Tully und William Connolly bilden,<sup>3</sup> ist seine Rezeption durch die deutschsprachige Politische Theorie bislang vor allem durch Nichtbeachtung geprägt. Hier hat nur der Ansatz von Mouffe größere Aufmerksamkeit erfahren, was nicht zuletzt daran liegen dürfte, dass ihre Analysen zur Erosion des politischen Konflikts infolge der Hinwendung der europäischen Sozialdemokratie zur »Neuen Mitte« und zum Erstarken des Rechtspopulismus als Ergebnis der damit einher gehen-

\* Eine frühe Version dieses Aufsatzes wurde im Januar 2016 im Kolloquium des Lehrstuhls für Politische Theorie der TU Darmstadt vorgestellt. Ich danke allen Teilnehmern für konstruktive Kritik.

1 Bonnie Honig, »What is Agonism For? Reply to Woodford, Finlayson, Stears« in: *Contemporary Political Theory* 13, Nr. 2 (2014), S. 208-217, hier S. 208.

2 Christian Volk, *Die Ordnung der Freiheit. Recht und Politik im Denken Hannah Arendts*, Baden-Baden 2010, S. 265; vgl. auch Christian Volk, »Zwischen Entpolitisierung und Radikalisierung – Zur Theorie von Demokratie und Politik in Zeiten des Widerstands« in: *Politische Vierteljahresschrift* 54, Nr. 1 (2013), S. 75-110, hier S. 96ff.; ähnlich Christopher Meckstroth, »The Struggle for Democracy: Paradox and History in Democratic Progress« in: *Constellations* 16, Nr. 3 (2009), S. 410-428, hier S. 414.

3 Vgl. v.a. die Monographien von Mark Wenman, *Agonistic Democracy. Constituent Power in the Era of Globalisation*, Cambridge 2013. u. Ed Wingenbach, *Institutionalizing Agonistic Democracy. Post-Foundationalism and Political Liberalism*, Farnham 2011.

den Entpolitisierung<sup>4</sup> vielfach Eingang in den praktisch-politischen Diskurs und in die in Deutschland sehr energisch geführte Postdemokratie-Debatte gefunden haben. Honig, Tully und Connolly entwickeln ihre Ansätze dagegen vorwiegend in der Auseinandersetzung mit politischen Entwicklungen in den USA und Kanada. Der Hauptgrund für die geringe Auseinandersetzung mit der agonalen Demokratietheorie ist aber der bereits erwähnte Vorwurf, sie würden ein »Desinteresse an institutionellen Fragen« und somit ein »mangelhaftes analytisches Potential« aufweisen.<sup>5</sup>

Dieses »institutional deficit«<sup>6</sup> ist allerdings kaum verwunderlich, sind doch die Agonisten darum bemüht, die Demokratie weniger im Zeichen eines »institutionellen Ordnungsbegriffs«, sondern eher als einen »Handlungsbegriff«<sup>7</sup> bzw. als »a mode of being«<sup>8</sup> zu begreifen, das die Konflikthaftigkeit des Politischen und die Umstrittenheit bzw. Deutungsoffenheit selbst grundlegender Normen der Konfliktbearbeitung hervorhebt.<sup>9</sup> Der Konflikt wird daher zur »Formel der Destabilisierung, der ›Ent-Schließung«, der Auf-Dauer-Stellung des Offenen«<sup>10</sup>, womit sich die Frage stellt, ob es überhaupt so etwas wie ein institutionen- oder gar explizit rechtstheoretisches Potential agonaler Demokratietheorien geben kann. Hierzu gibt es bislang nur wenige systematische Untersuchungen,<sup>11</sup> die u.a. auf einen »Mangel an Thematisierungen des Rechts in Theorien agonaler Politik«<sup>12</sup> und auf eine Vernachlässigung des Verhältnisses von Judikative und Legislative hinweisen.<sup>13</sup> Es wäre jedoch falsch, diesen Vorwurf pauschal gegen alle VertreterInnen dieser jungen Theoriefamilie zu erheben. Auf die Ansätze von Mouffe und Connolly trifft er zweifellos zu, während Honig und Tully sich wesentlich ausführlicher mit dem Problem der Verrechtlichung auseinandergesetzt haben. Wenngleich die Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Demokratie und Konsti-

4 Chantal Mouffe, »Postdemokratie und die zunehmende Entpolitisierung« in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 51, Nr. 1-2 (2011), S. 3-5.

5 Thorsten Thiel, *Republikanismus und die Europäische Union. Eine Neubestimmung des Diskurses um die Legitimität europäischer Regierens*, Baden-Baden 2012, S. 210.

6 David Howarth, »Ethos, Agonism and Populism: William Connolly and the Case for Radical Democracy« in: *British Journal of Politics and International Relations* 10, Nr. 2 (2008), S. 171-193, hier S. 189.

7 Zu dieser Unterscheidung vgl. Hubertus Buchstein / Dirk Jörke, »Das Unbehagen an der Demokratietheorie« in: *Leviathan* 31, Nr. 4 (2003), S. 470-495, hier S. 490.

8 Sheldon Wolin, »Fugitive Democracy« in: *Constellations* 1, Nr. 1 (1994), S. 11-25, hier S. 23.

9 Vgl. Andrew Schaap, »Agonism in Divided Societies« in: *Philosophy and Social Criticism* 32, Nr. 2 (2006), S. 255-277, hier S. 270f.; vgl. auch Andrew Schaap, »Introduction« in: ders. (Hg.), *Law and Agonistic Politics*, Farnham 2009, S. 1-13, hier S. 1.

10 Frank Nullmeier, »Agonalität – Von einem kultur- zu einem politikwissenschaftlichen Grundbegriff?« in: Michael Th. Greven / Herfried Münkler / Rainer Schmalz-Bruns (Hg.), *Bürgersinn und Kritik*, Baden-Baden 1998, S. 85-119, hier S. 111.

11 Vgl. v.a. Wingenbach, *Institutionalizing Agonistic Democracy*, aaO. (FN 3) u. Manon Westphal, »Recht in einer Politik des Konflikts« in: Verena Frick / Oliver W. Lembcke / Roland Lhotta (Hg.), *Politik und Recht. Umrisse eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes*, Baden-Baden 2017, S. 377-394.

12 Westphal, »Recht in einer Politik des Konflikts«, aaO. (FN 11), S. 378.

13 Vgl. Stefan Wallaschek, »Chantal Mouffe und die Institutionenfrage« in: *Zeitschrift für Politische Theorie* 8, 1 (2017), S. 3-21, hier S. 12.

tionalismus für die Entwicklung einer agonalen Theorie des Politischen von großer Bedeutung zu sein scheint – wird doch die Juridifizierung des Politischen gemeinhin nicht nur als ein Symptom, sondern auch als eine der Ursachen für die Entpolitisierung der Gesellschaft betrachtet –, hat die Frage nach den verfassungstheoretischen Implikationen der agonalen Demokratietheorie (z.B. hinsichtlich der Frage nach der demokratischen Legitimität von *judicial review*) bislang jedoch kaum Beachtung gefunden.<sup>14</sup> Im Folgenden werde ich dieser Frage nachgehen.

## 2. Das paradoxe Verhältnis von Demokratie und Konstitutionalismus

Alle Vertreter der agonalen Demokratietheorie gehen grundsätzlich davon aus, dass in den liberalen Verfassungsstaaten der Gegenwart die Strukturprinzipien Demokratie und Konstitutionalismus in einem »paradoxen« Verhältnis zueinander stehen.<sup>15</sup> Allerdings gehen ihre Einschätzungen bzgl. der Frage, inwieweit beide Strukturprinzipien miteinander kompatibel sind, relativ weit auseinander. Besonders kompromisslos erscheint der Ansatz von Mouffe, die sich der These Carl Schmitts<sup>16</sup> anschließt, die Idee des Rechtsstaates sei ein Teil der liberalen Ideologie und daher nicht im demokratischen Diskurs verwurzelt.<sup>17</sup> Letzterer sei nämlich um die Idee der Volkssouveränität zentriert, die das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit keineswegs notwendigerweise einschließe; im Gegenteil seien beide Strukturprinzipien »incompatible in the last instance«, da sie »different logics« folgen:<sup>18</sup> Die Logik der Demokratie erfordere die Konstruktion eines Demos, die stets eine Grenzziehung zwischen »uns« und den Anderen voraussetze – eine Ausschlusslogik, die im Extremfall mit universellen Menschenrechtsnormen kollidiert. Die demokratische Logik schließt aber auch die Möglichkeit der Herrschaft der Mehrheit ein, die möglicherweise eine Gefahr für den Schutz von Grundrechtsnormen darstellt. Hieraus resultiere die »paradoxical nature of liberal democracy«.<sup>19</sup> Während jedoch Schmitt von einem »destruktiven Widerspruch« zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ausgehe, befindet Mouffe, dass die beiden Prinzipien nicht »entirely external to each other« seien, sondern vielmehr in einem

14 Eine Ausnahme bildet Westphal, »Recht in einer Politik des Konflikts«, aaO. (FN 11), deren Untersuchung sich aber auf den Ansatz von Mouffe beschränkt und diesen um Einsichten des postmodernen Rechtstheoretikers Hans Lindahl ergänzt. Vgl. auch Schaap, »Introduction«, aaO. (FN 7). Wenman, *Agonistic Democracy*, fokussiert relativ einseitig auf die Frage nach Möglichkeiten der Reaktivierung konstituierender Macht.

15 Vgl. Chantal Mouffe, *The Democratic Paradox*, London 2000, S. 2ff.; Bonnie Honig, *Emergency Politics. Paradox, Law, Democracy*, Princeton, NJ 2009, S. 26ff.; William Connolly, *Pluralism*, Durham, NC 2005, S. 134ff. u. James Tully, *Public Philosophy in a New Key. Volume 2: Imperialism and Civic Freedom*, Cambridge 2008, S. 197ff.

16 Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin 1926, S. 18ff.

17 Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 2.

18 Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 4f.

19 Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 11.

Verhältnis der wechselseitigen »Kontaminierung« zueinander stünden<sup>20</sup>: Die Kodifizierung von Menschen- und Grundrechtsnormen trage dazu bei, dass die Grenzen des Demos anfechtbar bleiben, während die Ausübung von Rechten eben nur innerhalb von mehr oder weniger festen Grenzen möglich sei.<sup>21</sup>

Mouffes Inkompatibilitätsthese wird von den anderen Vertretern der agonalen Demokratietheorie nicht geteilt. Tully geht zwar ebenfalls davon aus, dass die Spannungen zwischen dem demokratischen und dem konstitutionellen Strukturprinzip »cannot be resolved in any definitive way«; sie können nur in unterschiedlicher Weise »ausgehandelt« werden.<sup>22</sup> Tully bezweifelt jedoch nicht, dass ein politisches Gemeinwesen »equally constitutional and democratic« organisiert sein kann und *muss*, um als legitim gelten zu können.<sup>23</sup> Dies sei der Fall, wenn für den Demos die Möglichkeit besteht, politische Macht »not only *within* the rules of law but also *over* the rules of law« anzuwenden.<sup>24</sup> Eine »paradoxical« relationship between the rule of law and constituent powers« bestehe zwangsläufig nur in Rechtssystemen, die Tully »formal« im Unterschied zu »gewöhnheitsmäßig« (»customary«) nennt und die der »modern« constitutional form« entspreche: Diese sei gekennzeichnet durch »a degree of separation or disembeddedness from the activities of those who are subject to it«.<sup>25</sup> Ein solcher gegenüber der Lebenswelt der Rechtssubjekte blinder, anonymer Rechtszwang herrsche in gewohnheitsrechtlich strukturierten Gemeinwesen, wie sie z.B. von den Rechtsgemeinschaften kanadischer Ureinwohner gepflegt würden, nicht, da die Rechtsgenese hier in die sozial gelebten Anerkennungs- und Interaktionsregeln eingebettet sei und somit responsiv auf deren Veränderungen reagieren könne. Im Grunde ist dies der alte Traum von der Versöhnung der partikularen Lebenswelt und ihrer authentischen Bedürfnisse mit der allgemeinen Herrschaft des Gesetzes, der aus der Sicht von Bonnie Honig als vollkommen unrealistisch einzuschätzen ist: Honig zufolge ist »die Fremdheit des Gesetzes« – »selbst in einem besonders gut geordneten Regierungssystem« – in einer modernen, funktional differenzierten Gesellschaft »unausweichlich«.<sup>26</sup>

Dennoch lehnt auch Honig nicht nur Mouffes These von der Inkompatibilität von Demokratie und Konstitutionalismus, sondern auch ihr Schmittianisches Operieren mit binären »Logiken« insgesamt ab.<sup>27</sup> Wenngleich Honig ebenfalls von einem »paradoxen« Verhältnis ausgeht, macht es aus ihrer Sicht »little sense to talk of constitutionalism versus democracy, as such«<sup>28</sup>; vielmehr sollten beide Prinzipien als Pole innerhalb eines Spektrums gedacht werden, sodass die Dynamik ihrer Kombination sichtbar wird: »Sometimes justice may require that we heighten the aconstitutionalism of a re-

20 Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 10.

21 Vgl. Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 10.

22 Tully, *Public Philosophy in a New Key. Volume 2*, aaO. (FN 15), S. 98.

23 Vgl. Tully, *Public Philosophy in a New Key, Volume 2*, aaO. (FN 15), S. 94.

24 Tully, *Public Philosophy in a New Key, Volume 2*, aaO. (FN 15), S. 96, Hrvg. i. O.

25 Tully, *Public Philosophy in a New Key, Volume 2*, aaO. (FN 15), S. 198.

26 Bonnie Honig, *Democracy and the Foreigner*, Princeton, NJ 2001, S. 30.

27 Honig, *Emergency Politics*, aaO. (FN 15), S. 37. Vgl. auch Bonnie Honig, »An Agonist's Reply« in: *Rechtsphilosophie en Rechtstheorie* 37, Nr. 2 (2008), S. 186-199, hier S. 188f.

28 Honig, *Emergency Politics*, aaO. (FN 15), S. 35.

gime, sometimes it may lead us to defend the temporary stasis of constitutional sediment.«<sup>29</sup> Allerdings richten sich Honig und Mouffe jeweils entschieden gegen Habermas' These von der »Gleichursprünglichkeit« des Demokratieprinzips und der »für die Rechtsform als solche konstitutive[n]« Idee subjektiver Handlungsfreiheiten<sup>30</sup>, da ihr die Vorstellung von der Möglichkeit einer idealen Versöhnung beider Prinzipien zugrunde liege, die der »paradoxen Natur der liberalen Demokratie« widerspreche.<sup>31</sup> Habermas geht bekanntlich davon aus, »daß sich das Demokratieprinzip der Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform verdankt«, die einer (als ein »Kreisprozeß« der wechselseitigen Ermöglichung von Rechtskode und Demokratieprinzip »logisch« rekonstruierbaren) universalen Grammatik der rechtlichen Institutionalisierung folgt.<sup>32</sup> Allerdings beschränkt sich Habermas nicht auf die Feststellung, dass Grundrechte »die Ausübung politischer Autonomie erst ermöglichen« – er postuliert darüber hinaus, dass sie »die Souveränität des Gesetzgebers, obwohl sie diesem nicht zur Disposition stehen, nicht einschränken [können]. Ermöglichende Bedingungen erlegen dem, was sie konstituieren, keine Beschränkungen auf.«<sup>33</sup> In einem 2001 erschienenen Essay verteidigt Habermas diese »Vernunftforderung einer sich selbst begrenzenden demokratischen Meinungs- und Willensbildung«, um zu beweisen, »dass Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nicht in einer paradoxen Beziehung stehen.«<sup>34</sup> Honig hat in einer Replik auf diesen Text die These von der rein ermöglichenden Funktion der Grundrechte gegenüber demokratischen Verfahren (und umgekehrt) mit dem Argument zurückgewiesen, dass Verfassungsnormen, die eben nicht so abstrakt seien wie das (in der Tat rein ermöglichende) Prinzip der rule of law, politische Verfahren in einer bestimmten Weise strukturieren, die jeweils bestimmte substantielle outcomes gegenüber anderen Alternativen begünstigt.<sup>35</sup> Diese outcomes werden, auch aufgrund der in stabilen Verfassungsstaaten wirksamen »legal-political ratcheting effects«,<sup>36</sup> im Laufe der Zeit hegemonial, wodurch ihre demokratische Anfechtbarkeit erschwert wird. Anders als Habermas, der Kants und Rousseaus Idee der vernünftigen Selbstgesetzgebung diskurstheoretisch zu aktualisieren versucht, stellt Honig daher die restriktive Wirkung des Rechts in den Vordergrund ihrer Analyse: Sie geht davon aus, dass uns das Recht stets in einem gewissen Maße »fremd« bleiben muss, allein schon, weil wir am Prozess der Verfassungsgebung keinen Anteil hatten.<sup>37</sup> Aus ihrer Sicht muss

29 Bonnie Honig, »Dead Rights, Live Futures. A Reply to Habermas' »Constitutional Democracy« in: *Political Theory* 29, Nr. 6 (2001), S. 792-805, hier S. 801.

30 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M. 1992, S. 155.

31 Vgl. Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 8, 85.

32 Habermas, *Faktizität und Geltung*, aaO. (FN 30), S. 154f.

33 Habermas, *Faktizität und Geltung*, aaO. (FN 30), S. 162; Hrvg. i. O.

34 Jürgen Habermas, »Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?« in: ders., *Zeit der Übergänge. Kleine politische Schriften IX*, Frankfurt a.M. 2001, S. 133-151, hier S. 140, 146.

35 Vgl. Honig, »Dead Rights, Live Futures«, aaO. (FN 29), S. 793.

36 Kevin Olson, »Paradoxes of Constitutional Democracy«, in: *American Journal of Political Science* 51, Nr. 2 (2007), S. 330-343 hier S. 338.

37 Vgl. Honig, *Emergency Politics*, aaO. (FN 15), S. 29.

diese Fremdheit des Rechts aber kein normatives Defizit sein; sie kann ebenso gut als »a source of civic activism, unrest, and protest« betrachtet werden, von der die Demokratie schließlich sogar lebt: »The positive side of ›alienation‹ is that it marks a gap in legitimation, a space that is held open for future refoundings, augmentation, and amendment.«<sup>38</sup>

Es ist allerdings gerade der hier angesprochene Gedanke der Offenheit des Verfassungsprozesses für zukünftige Weiterentwicklungen, den Habermas bemüht, um gegen die Annahme eines infiniten Regresses der Legitimationsbedingungen zu argumentieren und gegen dessen Adaption sich Honigs Hauptkritik richtet. Habermas deutet die »Kontinuierung des Gründungsgeschehens« nämlich als einen »sich selbst korrigierenden Lernprozess«, der durch ein »über Jahrhunderte hinweg« geknüpftes »Band eines rationalen Verfassungsdiskurses« verbunden ist.<sup>39</sup> Dagegen teilen die Agonisten mit Vertretern der Postmoderne ein tragisches Politikverständnis, vor dessen Hintergrund die Verfassungsgeschichte als ein – keineswegs geradlinig verlaufender – Prozess gedeutet wird, der vielfach von bewussten oder unbewussten Verdrängungen geprägt ist, von denen sich manche im Nachhinein als ein Verlust demokratischer Innovationen begreifen lassen. Honig wirft Habermas vor, die Unterzeichnung der Unabhängigkeitserklärung in Philadelphia 1776 lediglich als »the opening chapter in a Bildungsroman« zu betrachten, während sie in Wirklichkeit »a pivotal moment in a tragic story of almost irrecoverable loss« gewesen sei, denn: »a democratic tradition built in practices now lost would be very different from the one we have.«<sup>40</sup> Vor allem aber wendet Honig gegen Habermas' Annahme der fortschreitenden Perfektionierung des Systems der Grundrechte ein, dass die Weiterentwicklung und die Verteidigung der in politischen Kämpfen bereits errungenen Grundfreiheiten gerade von dem Bewusstsein der Rechtssubjekte für die Fragilität dieser Rechtsnormen, also für ihre Verletzbarkeit durch das demokratische Mehrheitsprinzip, abhängen, welches keineswegs nur ermöglichend wirke. Habermas sei unfähig, diese Verletzbarkeit zu erfassen, da er die »akonstitutionelle« Seite der Demokratie ausblende, die z.B. Verfassungsrevisionen, aber auch Revolutionen und Gründungsakte umfasse.<sup>41</sup>

38 Honig, *Emergency Politics*, aaO. (FN 15), S. 31.

39 Habermas, »Der demokratische Rechtsstaat«, aaO. (FN 34), S. 136, 144.

40 Honig, *Emergency Politics*, aaO. (FN 15), S. 34.

41 Honig, »Dead Rights, Live Futures«, aaO. (FN 29), S. 799f. Honig wendet sich damit auch gegen ein prozeduralistisches Demokratieverständnis, demzufolge die *rule of law* sich quasi selbstreferentiell perfektioniert und mit der *rule of man* in einem reinen Widerspruch steht. Vgl. Honig, *Emergency Politics*, aaO. (FN 15), S. 83f. Vgl. hierzu auch Oliver W. Lembcke, »Entschiedene Unentscheidbarkeit. Varianten dezisionistischer Demokratietheorie« in: ders. / Claudia Ritzi / Gary S. Schaal (Hg.), *Zeitgenössische Demokratietheorie. Band 1: Normative Demokratietheorien*, Wiesbaden 2012, S. 317–353, hier S. 342ff.

### 3. Agonale Demokratie und »politischer Konstitutionalismus«

In der Vernachlässigung der Anfechtbarkeit von Verfassungsnormen oder ihrer hegemonalen Bedeutung sehen die Agonisten ein grundlegendes Problem der liberalen und deliberativen Demokratietheorie: Diese, so James Tully, schenke der »agonistic« dimension of constitutional democracy« kaum Beachtung – der Tatsache nämlich, dass »no rule of law, procedure or agreement is permanently insulated from disputation in practice in an open society«. <sup>42</sup> In einer Demokratie sollte es jederzeit möglich sein, »agreement and disagreement not only *within* the rules of law but also *over* the rules of law« zu artikulieren. <sup>43</sup> Honig spricht hierbei von einer »perpetual openness« des Politischen »to the possibility of re-founding«: Diese sei nur dann realisiert, wenn die Verfassung »offers itself as an invitation to augmentation and amendment«. <sup>44</sup> Das Problem ist freilich, dass genau einer solchen »fortwährenden Offenheit« der Verfahrensregeln (erst recht in Systemen mit einer »rigiden Verfassung«, die hohe Hürden an ein Verfahren der Revision des Verfassungstextes anlegt <sup>45</sup>) enge Grenzen gesetzt sind gerade hieraus erwächst ja das paradoxe Verhältnis von Demokratie und Konstitutionalismus. Dies gilt jedoch aus der Sicht von Tully nur dann, wenn sich die Verfassung durch einen »ausgehandelten« im Gegensatz zu einem »foundational« character« auszeichnet. <sup>46</sup> Im Kern plädiert Tully für eine Rückbesinnung auf das altenglische Gewohnheitsrecht, das er von dem »modernen Konstitutionalismus« unterscheidet, der die Suprematie eines relativ statischen, in einem einmaligen konstituierenden Akt formulierten und demokratisch bestätigten Verfassungsdokuments voraussetzt. Während letzterem die Differenzblindheit des (von Hobbes über Kant bis Habermas tradierten) modernen Souveränitätsdenkens eigne, da er »uniforme« Regeln festlege, die keine geeignete Grundlage für die Anerkennung kultureller Differenzen bieten, <sup>47</sup> basiere der dem »Geist« der »antiken Verfassung« verbundene »common constitutionalism«, den Tully mit der Tradition des englischen *Common Law* assoziiert, auf dem Gedanken der Offenheit eingewöhnter konstitutioneller Regeln für Revisionen auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung. <sup>48</sup> Dasselbe gelte für die Deutungsoffenheit dieser Regeln, die Tully mit dem Rückgriff auf Wittgensteins These erläutert, dass selbst dort, wo wir Regeln vorfinden, diese selten so eindeutig sind, dass sie unser Handeln determinieren.

42 Tully, *Public Philosophy in a New Key, Volume 2*, aaO. (FN 15), S. 96.

43 Tully, *Public Philosophy in a New Key, Volume 2*, aaO. (FN 15), S. 96.

44 Bonnie Honig, *Political Theory and the Displacement of Politics*, Ithaca, NY 1993, S. 116. Honig entwickelt den Begriff der »Wieder-Gründung« in Anlehnung an Arendts These, dass die Autorität einer republikanischen Verfassung sich daran zeigt, dass sie »Zusätze zulässt und erweitert werden kann«, also für die Möglichkeit des »Neubeginns« offen ist (Hannah Arendt, *Über die Revolution*, München 1965, S. 260).

45 Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 1982, S. 45ff.

46 Tully, *Public Philosophy in a New Key, Volume 2*, aaO. (FN 15), S. 97.

47 James Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge 1995, S. 66.

48 Tully, *Strange Multiplicity*, aaO. (FN 47), S. 116, 125.

Wir verändern die Regeln, während wir nach ihnen handeln und sie auf eine neue Weise deuten (»make up the rules as we go along«).<sup>49</sup> Die Regelbindung ist daher aus der Sicht von Tully »constantly subverted in practice«,<sup>50</sup> was für ihn die Voraussetzung dafür ist, dass Regeln im Rahmen der Rechtsanwendung so abgewogen werden können, dass sie der »Konvention« der »wechselseitigen Anerkennung« kultureller Differenzen gerecht werden. Diese Konvention entspricht der Maxime *audi alteram partem* – »Höre immer die andere Seite« –, die nicht nur die Regelanwendung, sondern auch politische Aushandlungsprozesse in pluralistischen Gesellschaften anleiten sollte.<sup>51</sup>

Tullys Fokussierung auf die Maxime *audi alteram partem*, die stark von der postmodernen Ethik der Achtung gegenüber dem Anderen beeinflusst ist, scheint der Konfliktorientierung der agonalen Demokratietheorie eigentlich entgegen zu stehen – weshalb die Einordnung Tullys in diese Theoriefamilie u.a. von Hans Lindahl infrage gestellt wurde<sup>52</sup> –, und in der Tat teilen die anderen Agonisten seine Begeisterung für die antike Verfassung und die Ethik der Reziprozität keineswegs.<sup>53</sup> Aber selbst Mouffe weist bekanntlich darauf hin, dass ihr »agonistic model of democracy« die Kultivierung reziproker Kommunikationsformen, nämlich die Überführung eines »antagonistischen« »struggle between enemies« in einen »agonistischen« »struggle between adversaries« erfordert, die die rechtliche Anerkennung des Gegners als »legitimate enemy« – also als »somebody whose ideas we combat but whose right to defend those ideas we do not put into question« – voraussetzt.<sup>54</sup> Die Voraussetzung für die institutionelle Pflege einer solchen »liberal-democratic tolerance« ist jedoch ein »konfliktthafter Konsens«, der die »ethico-political principles of liberal democracy« umfasst, die jedoch unterschiedlich gedeutet werden können.<sup>55</sup> Die einzigen Prinzipien, die Mouffe nennt, sind »Freiheit« und »Gleichheit«, von denen wir bereits sahen, dass sie »inkompatiblen Logiken« folgen. Da sie denkbar deutungsoffen<sup>56</sup> sind, entzündeten sich anhand

49 Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus. Tagebücher 1914–1916. Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1*, Frankfurt a.M. 1984, S. 287.

50 James Tully, *Public Philosophy in a New Key. Volume 1: Democracy and Civic Freedom*, Cambridge 2008, S. 139.

51 Tully, *Strange Multiplicity*, aaO. (FN 47), S. 115.

52 Hans Lindahl, »Democracy, Political Reflexivity and Bounded Dialogues« in: Emilio A. Christodoulidis / Stephen Tierney (Hg.), *Public Law and Politics: The Scope and Limits of Constitutionalism*, Aldershot 2008, S. 103–117, hier S. 110f.

53 Zwar ist Honigs Denken bis zu Beginn der 2000er Jahre noch stark von Derridas Ethik der Freundschaft beeinflusst: Alle Politik ist demnach potentiell »a politics among would-be friends« (Honig, *Democracy and the Foreigner*, aaO. (FN 26), S. 79.) Mittlerweile ist sie jedoch um die Ausarbeitung eines »agonistic realism« bemüht, weshalb sie moniert, die von Tully als Grundlage für Konfliktlösungen bemühte Ressource gegenseitigen Respekts sei »the very thing we cannot assume in real politics« (Bonnie Honig / Marc Stears, »James Tully's Agonistic Realism« in: James Tully et al., *On Global Citizenship*, London 2014, S. 131–152, hier S. 144.).

54 Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 102f.

55 Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 102.

56 Ausführlich zum Konzept der Deutungsoffenheit der Verfassung vgl. André Brodocz, *Die symbolische Dimension der Verfassung. Ein Beitrag zur Institutionentheorie*, Wiesbaden 2003.

der Frage nach der Art und Weise der Kombination und Gewichtung dieser Prinzipien im Rahmen einer Verfassung ständig Konflikte, die nicht auf Akte der Verfassungsgesetzgebung begrenzt sind, sondern sich auf den normalen Gang der Auslegung der Verfassung erstrecken, denn: »there could never be, in a modern democracy, a final agreement on a single set of principles of justice«. <sup>57</sup> Aus der Sicht von Mouffe liegt nun in ihrer These, dass Konflikte durch Deliberation nicht aufgelöst werden können <sup>58</sup> – weil die »dimension of antagonism«, die »inherent in human relations« und mit »dem Politischen« identisch sei, <sup>59</sup> zwar eingehegt, aber nicht »getilgt« werden könne <sup>60</sup> –, die zentrale Differenz gegenüber den anderen Vertretern der agonalen Demokratietheorie. <sup>61</sup> In der Tat verzichten diese darauf, das Politische mit der ontologischen Kategorie des Antagonismus <sup>62</sup> zu identifizieren. Zwar befinden sie, wie Mouffe, dass es keine positive, außer-diskursive Essenz des Sozialen kann, aber während Mouffe die Formierung von kollektiven Identitäten oder einer »form of commonality strong enough to institute a ›demos‹« <sup>63</sup> allein auf die Konstruktion von Äquivalenzverhältnissen zwischen mehreren differentiellen Positionen zurückführt, die sich durch ihre gemeinsame negative Referenz auf einen äußeren Pol ergeben, <sup>64</sup> wird von Tully postuliert, dass die Anerkennung der Maxime *audi alteram partem* (»the first and perhaps only universalisable principle of democratic deliberation«) notwendig sei, um innerhalb eines pluralistischen Gemeinwesens ein gemeinsames Band der Solidarität zu knüpfen. <sup>65</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, ob Mouffes theoretischer Ansatz sich in *praktisch-politischer* Hinsicht tatsächlich so radikal von Tullys Einhegung des *Agon* durch ein Prinzip gleichberechtigter Deliberation unterscheidet, wie Mouffe behauptet. Viele ihrer Kritiker haben bemerkt, dass Mouffe aufgrund der von ihr postulierten Notwendigkeit eines Verfassungskonsenses als Voraussetzung für eine faire Deliberation »at least some overlap with the principles of equal respect and autonomy underlying a deliberative

57 Chantal Mouffe, *The Return of the Political*, London 1993, S. 52.

58 Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 102.

59 Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 101.

60 Chantal Mouffe, *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*, Frankfurt a.M. S. 17.

61 Vgl. Mouffe, *Über das Politische*, aaO. (FN 60), S. 29f.: Die anderen Agonisten, so Mouffe, »betrachten [...] das Politische im allgemeinen als einen Raum von Freiheit und Deliberation, während es für mich ein Raum von Konflikt und Antagonismus ist«.

62 Hierzu ausführlich Oliver Marchart, *Die politische Differenz. Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben*, Berlin 2010, S. 206ff. Kritisch zur »ontologischen Überhöhung des Konflikts« bei Mouffe, Laclau und Marchart vgl. Oliver Flügel-Martinsen, *Befragungen des Politischen. Subjektkonstitution – Gesellschaftsordnung – Radikale Demokratie*, Wiesbaden 2017, S. 180.

63 Mouffe, *The Democratic Paradox*, aaO. (FN 15), S. 55.

64 Vgl. Ernesto Laclau / Chantal Mouffe, *Hegemonie und radikale Demokratie. Zur Dekonstruktion des Marxismus*, Wien 1991, S. 169.

65 Tully, *Public Philosophy in a New Key. Volume 1*, aaO. (FN 50), S. 146, 164; Tully, *Public Philosophy in a New Key, Volume 2*, aaO. (FN 15), S. 110.

approach« anerkennen müsse und daher hinter die Radikalität des von ihr behaupteten Gegensatzes Konflikt/Deliberation zurückfalle.<sup>66</sup>

Auf diese Debatte kann ich hier nicht näher eingehen. Mir geht es lediglich um die von allen Agonisten geteilte Kernthese, dass es in einer pluralistischen Demokratie notwendigerweise »unentscheidbare« Differenzen darüber gibt, wie die Verfassung interpretiert werden sollte, und um ihre Befürchtung, dass diese Deutungskonflikte durch den zunehmenden Einfluss der Judikative auf die Entscheidung substantieller politischer Fragen – eine Entwicklung, die Ran Hirschl als »judicialization of megapolitics«<sup>67</sup> beschreibt – von der Agora in den Gerichtssaal abgedrängt werden, wo nicht selten (und mit Rückendeckung durch die liberale Idealtheorie) der Eindruck vermittelt wird, dass solche Konflikte durch die »Ermittlung ›*einzig richtiger*‹ Entscheidungen« aufgelöst werden können.<sup>68</sup> Aus agonaler Sicht ergeben sich aus dieser Verdrängung des Politischen ins Juridische große Gefahren für die politische Kultur und letztlich auch für die Institutionen demokratischer Gesellschaften. So befindet Honig, »that the displacement of politics with law or administration engenders remainders that could disempower and perhaps even undermine democratic institutions and citizens«.<sup>69</sup> Mouffe hat v. a. in Bezug auf den Aufstieg des Rechtspopulismus in den westlichen Demokratien überzeugend festgestellt, dass »Leerstellen« im politischen Diskurs, die infolge des »Fehlen[s] agonistischer Kanäle für das Austragen von Konflikten« entstehen, früher oder später durch »eine neue Form des Wir-Sie-Gegensatzes« besetzt werden, »der als Opposition zwischen ›dem Volk‹ und ›dem Establishment‹ konstruiert« ist.<sup>70</sup> Mouffe sieht in diesem Einbruch antagonistischer Artikulationsmuster, die »Fremde« und liberale Medien gleichermaßen zu Feinden des Volkes erklären, in den politischen Wettbewerb die direkte Folge einer Entpolitisierung, einer Verdrängung »agonistischer« Konfliktstrukturen, die sie v. a. auf die Hegemonie des »Neoliberalismus«, aber auch auf die Juridifizierung des Politischen zurückführt.

Hier wird deutlich, dass die Verrechtlichungskritik der Agonisten sich größtenteils mit Überlegungen deckt, die in den vergangenen Jahren von den Vertretern eines »politischen Konstitutionalismus«, wie z.B. Richard Bellamy und Jeremy Waldron, formuliert wurden. Die grundlegende Prämisse des politischen Konstitutionalismus lautet, dass in jeder demokratischen Gesellschaft »reasonable disagreements about constitutional essentials, including rights«, bestehen, die politisch ausgetragen werden müssen,

66 Andrew Knops, »Agonism as Deliberation – On Mouffe’s Theory of Democracy« in: *The Journal of Political Philosophy* 15, Nr. 1 (2007), S. 115–126, hier S. 116f.; vgl. auch Eva Erman, »What is Wrong with Agonistic Pluralism? Reflections on Conflict in Democratic Theory« in: *Philosophy and Social Criticism* 35, Nr. 9 (2009), S. 1039–1062, S. 1048.

67 Ran Hirschl, »The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide«, in: *Fordham Law Review* 75 (2006), S. 721–753, hier S. 727.

68 Habermas, *Faktizität und Geltung*, aaO. (FN 30), S. 256. Zu dieser Argumentationsfigur innerhalb der liberalen Rechtstheorie vgl. Philipp Siedenbürg, *Die kommunikative Kraft der richterlichen Begründung. Zur Argumentationsfigur der einzig richtigen Entscheidung*, Baden-Baden 2016.

69 Honig, *Political Theory and the Displacement of Politics*, aaO. (FN 44), S. 14.

70 Mouffe, *Über das Politische*, aaO. (FN 60), S. 92.

und dass es keine höheren Rechtsmaßstäbe geben darf, die sich »above or beyond politics« befinden.<sup>71</sup> Während jedoch Bellamy und Waldron Verfassungsgerichte im Vergleich zu Parlamenten als »both less legitimate and less effective mechanisms« zur Auslegung der Verfassung betrachten und daher befinden, dass Verfassungsinterpretationen der Legislative »superior to the decisions of courts« sein sollten<sup>72</sup> – also ein System der Parlamentsouveränität<sup>73</sup> nach britischem Vorbild favorisieren –, äußern sich die Vertreter der agonalen Demokratietheorie in dieser Hinsicht eher vage. Mouffe hebt zwar die »limits of pluralism«<sup>74</sup> und die Unvermeidbarkeit des »Entscheidungsmoments«<sup>75</sup> sowie die Autonomie des Parlaments als Zentrum des demokratischen Wettbewerbs hervor,<sup>76</sup> tritt aber nicht explizit für ein System der Parlamentsouveränität ein. Honig und Tully begegnen dem Prinzip der Souveränität sehr viel skeptischer als Mouffe; sie definieren Demokratie eher im Sinne von Möglichkeiten der Anfechtung souveräner Machtverhältnisse. So plädiert Honig dafür, »die Binarität von normal-außerordentlich« zu »durchbrechen«, mit dem Ziel, die (Orte der) Souveränität »more contestable« zu machen.<sup>77</sup> Die souveräne Entscheidung wird von ihr »in terms of popular orientations to the decision, its uptake, its impact« hinsichtlich der Ermöglichung eines »Zusammentreffens« des Volkes mit der konstituierten Gewalt des Staatsapparates vorgestellt.<sup>78</sup> Souveränität wird auf das Ideal demokratischer Autorität im Sinne der Ermöglichung von deren »resistibility« verpflichtet: souverän ist nicht, wer »das Monopol d[er] letzten Entscheidung« darüber hat, »ob die Verfassung in toto suspendiert werden kann«<sup>79</sup>, sondern wer die Macht hat »[to] resist its invocation in the name of an openness to something beyond or apart from the norm-exception binary, something that might disturb or unhinge that binary«. <sup>80</sup> Damit ähnelt Honigs Theorie dem Ansatz von Heidrun Abromeit, die Souveränität im Sinne eines Letztentscheidungsrechts zur Normierung staatlichen Handelns als die Fähigkeit einer Verfassungsgewalt versteht, »dem normalen Gang der Dinge – sprich dem staatlich-politischen Alltagsgeschäft – legitimerweise ein Bein zu stellen. Der Souverän ist demnach der, der

71 Richard Bellamy, »Political Constitutionalism and the Human Rights Act«, in *International Journal of Constitutional Law* 9, Nr. 1 (2011), S. 86-111, hier S. 90; vgl. auch Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford 1999, S. 255ff. Waldron verwendet den Begriff des politischen Konstitutionalismus nicht, teilt aber Bellamys mit dem Vorrang des Politischen begründete Ablehnung von *judicial review* und dessen Plädoyer für die Parlamentsouveränität.

72 Bellamy, »Political Constitutionalism and the Human Rights Act«, aaO. (FN 71), S. 92.

73 Vgl. hierzu Heidrun Abromeit, »Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität. Drei Realmodelle staatlichen Handelns« in: *Politische Vierteljahresschrift* 36, Nr. 1 (1995), S. 49-66.

74 Mouffe, *The Return of the Political*, aaO. (FN 57), S. 131.

75 Chantal Mouffe, *Agonistics. Thinking the World Politically*, London 2013, S. 14.

76 Mouffe, *Agonistics*, aaO. (FN 75), S. 119ff.

77 Honig, *Emergency Politics*, aaO. (FN 15), S. 107.

78 Honig, *Emergency Politics*, aaO. (FN 15), S. 106.

79 Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin 1934, S. 14, 19.

80 Honig, *Emergency Politics*, aaO. (FN 15), S. 107.

seine Zustimmung verweigern kann.«<sup>81</sup> Diesen Status muss sich das Volk gegen die Okkupationsversuche der Verfassungsorgane erkämpfen.

Honig verbindet jedoch mit ihrem Plädoyer, die Trennung »between the extraordinary and the ordinary, between the politics of founding and the politics of maintenance«, also die Differenzierung zwischen Momenten, in denen konstituierende Macht generiert wird, und der ordentlichen Gesetzgebung zu überwinden, außerdem die Hoffnung auf eine »politics of (re)founding«, die die Möglichkeit einer »daily reconstitution of citizenship« eröffnen soll.<sup>82</sup> Etwas ähnliches scheint ja auch Tully mit seinem Plädoyer für das Gewohnheitsrecht zu implizieren: Die Rückbindung des Rechts an lebensweltliche Gewohnheiten soll seine Veränderbarkeit im normalen Gang der Gesetzgebung – »as we go along« – gewährleisten. Tully deutet, expliziter noch als Honig, zwar immer wieder an, dass dies einen Bruch mit jenem von dem Prinzip der Verfassungssuprematie verlangten »two-track system« der Gesetzgebung bedeuten könnte, welches von den Volksvertretern die Befolgung eines besonders aufwendigen Pfades höherer Gesetzgebung verlangt, damit sie »higher lawmaking authority« beanspruchen können,<sup>83</sup> und welches für die Verfassungsgerichtsbarkeit die Rolle eines Statthalters des Gründerwillens vorsieht. Dennoch sind Tully und Honig offenbar nicht bereit, sich von dem Modell der Verfassungssuprematie zugunsten der Parlamentssouveränität zu lösen. Stattdessen versuchen sie, einen Mittelweg zu finden, indem sie auf ein Instrument zurückgreifen, das in Artikel 33 der Kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten enthalten ist: die sogenannte *notwithstanding clause*. Auf diese Lösung werde ich im Folgenden ausführlicher eingehen.

#### 4. Alternativen zur judicial supremacy: Das Beispiel der kanadischen *notwithstanding clause*

Die Kanadische Charta der Rechte und Freiheiten ist das Ergebnis eines Konstitutionalisierungsprozesses, der sich in ähnlicher Form auch in anderen Commonwealth-Staaten, wie z.B. in Neuseeland und seit 1998 auch in Großbritannien selbst, vollzieht und der von Stephen Gardbaum als »New Commonwealth Model of Constitutionalism« beschrieben wurde. Gardbaum beschreibt diesen Ansatz als einen dritten Weg zwischen dem US-amerikanischen Modell, das der Judikative ein Letztentscheidungsrecht bei der Auslegung einer »fully constitutionalized bill of rights« zugesteht, und dem traditionellen britischen System der *legislative supremacy*.<sup>84</sup> Im Fall der Charta der Rechte und Freiheiten erschließt sich dies erst bei genauerem Hinsehen, da es sich bei ihr um einen typischen Grundrechte-Katalog handelt, dessen letztgültige Auslegung normalerweise durch den Supreme Court vorgenommen wird. Artikel 33 besagt

81 Abromeit, »Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität«, aaO. (FN 73), S. 50.

82 Honig, *Democracy and the Foreigner*, aaO. (FN 26), S. 141.

83 Bruce Ackerman, *We the People. Volume 1: Foundations*. Cambridge, MA 1991, S. 9.

84 Stephen Gardbaum, »The New Commonwealth Model of Constitutionalism« in: *The American Journal of Comparative Law* 49, Nr. 4 (2001), S. 707-760, hier S. 719.

allerdings, dass das Unterhaus und die Regionalparlamente befugt sind, einem Gesetz, das vermutlich oder einem Urteil des Supreme Court zufolge gegen die in den Artikeln 2 und 7 bis 15 geschützten Grundfreiheiten verstößt, eine Erklärung hinzuzufügen, die besagt, dass das Gesetz dennoch gültig ist. Nach fünf Jahren verliert diese Klausel ihre Gültigkeit – allerdings besteht für die Legislative die Möglichkeit einer erneuten Verabschiedung derselben Erklärung. In der komparativen Konstitutionalismus-Forschung wird die *notwithstanding clause* oft als Ausdruck einer »schwachen Form von judicial review« gedeutet,<sup>85</sup> die für die Judikative zwar ein materielles Prüfungsrecht, nicht aber die Kompetenz vorsieht, Gesetze zu kassieren. Während – nach einer von Jeremy Waldron vorgenommenen Unterscheidung<sup>86</sup> – *strong judicial review*-Modelle die Unanfechtbarkeit richterlicher Auslegungen der Verfassung durch einfache legislative Mehrheiten festschreiben, ist es den Gerichten im Fall der »schwachen« Normenkontrolle nur möglich, die Inkompatibilität eines Gesetzes mit einer Grundrechtsnorm festzustellen, ohne dass dies Auswirkungen auf die Geltung dieses Gesetzes hat. Als das beste Beispiel hierfür wird meist das britische System juridischer Normenkontrolle seit der Verabschiedung des Human Rights Act im Jahr 1998 angeführt, der den Gerichten die Möglichkeit gibt, die Inkompatibilität eines Gesetzes mit den durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) geschützten Grundrechten in einer »Unvereinbarkeitserklärung« darzulegen, die aber für das Unterhaus nicht bindend ist.<sup>87</sup> Da die Parlamentssouveränität in diesem Fall intakt bleibt, während die *notwithstanding clause* eher als Ausnahmeregelung in einem System der *judicial supremacy* konzipiert wurde, scheint eine Zuordnung des kanadischen Falls zur *weak form review*-Variante indes fraglich.<sup>88</sup> Dennoch haben einige Autoren die Klausel als Instrument zur Vermeidung eines asymmetrischen Verhältnisses der Unterordnung zwischen Legislative und Judikative gedeutet: In Kanada werde *judicial review* vielmehr als »Teil eines ›Dialogs‹ zwischen Richtern und Parlamenten« verstanden.<sup>89</sup> Dies ist auch Tullys Urteil, der in Artikel 33 ein geeignetes Instrument sieht, »[t]o protect the balance between the sovereignty of the people in their provincial parliaments and the unelected federal court [...]«, da sie mit dem Postulat, dass es in konkreten Konflikten zwischen Ansprüchen auf reziproke Anerkennung keine endgültigen Lösungen geben kann, verfassungspolitisch Ernst macht: Da die Klausel eine direkte Konfrontation der oft »hot-headed democratic sentiment« parlamentarischer Debatten mit der unparteiischen Verfassungsinterpretation durch demokratisch nicht kontrollierbare Richter ermöglicht, deutet Tully sie als eine gelungene Institutionalisierung der *Maxime audi alteram par-*

85 Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, NJ 2008, S. 31ff.

86 Jeremy Waldron, »The Core of the Case Against Judicial Review« in: *Yale Law Journal* 115 (2006), S. 1346-1406, hier S. 1354f.

87 Vgl. Waldron, »The Core of the Case Against Judicial Review«, aaO. (FN 86), S. 1355.

88 Vgl. Waldron, »The Core of the Case Against Judicial Review«, aaO. (FN 86), S. 1356f.

89 Peter W. Hogg / Bushell, Allison A., »The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights isn't Such a Bad Thing After all)«, in: *Osgoode Hall Law Review* 75 (1997), S. 75-124, hier S. 79.

tem, denn beide Seiten, Legislative und Judikative, erhalten dadurch einen Anreiz, sich mit dem Standpunkt der jeweils anderen Seite auseinanderzusetzen.<sup>90</sup> Bellamy und andere Kritiker des »New Constitutionalism« sehen in dem Mangel solcher Anreize, »die andere Seite zu hören«, eines der größten Defizite »starker« Formen von *judicial review*: Diese, so der Vorwurf, begünstigen »a system of constitutional irresponsibility«,<sup>91</sup> da sie die Legislativen dazu verführen, die Lösung umstrittener verfassungspolitischer Themen – insbesondere solche, in denen die Lager der jeweiligen Regierungskoalitionen selbst gespalten sind – einfach dem Verfassungsgericht zu überlassen, um selbst keine politische Verantwortung übernehmen zu müssen.<sup>92</sup> Mit der Abweichungsklausel wird ein solcher Ausweg zumindest dadurch erschwert, dass die Legislativen sich in der Regel nicht auf das Argument der Suprematie des Supreme Court in Fragen der Auslegung der Grundrechte-Charta berufen können.

Die Abweichungsklausel ist ein Beispiel für eine Norm, die die Ungewissheit darüber, »who the last mover actually is«, steigert anstatt sie zu reduzieren.<sup>93</sup> Aus der Sicht von Honig lässt sie sich als ein mögliches Instrument deuten, mit dem sich die Spannungen zwischen *constitutional review* und der damit verbundenen rechtsetzenden Normenkonkretisierung einerseits und der vom Prinzip demokratischer Offenheit verlangten Konservierung nicht-verrechtlichter Räume andererseits reduzieren, wenn auch nicht auflösen, ließen. Die zentrale Idee hinter der Abweichungsklausel bestehe darin, »that it is worth the risk of a time-limited bad majoritarianism to offset the risks of a legalistic constitutionalism that has no ear for context«. <sup>94</sup> Allerdings sei die Klausel »just one of many possible ways to entrench the inhabitation of the constitutional by the aconstitutional« – mit all den »advantages and dangers of its own«, die damit für den Schutz der Grundrechte vor dem Deutungsmonopol der »Gerechtigkeitsexperts« des Verfassungsgerichts<sup>95</sup> einerseits und vor ressentimentgeladenen Mehrheitsstimmungen andererseits einhergehen<sup>96</sup> –, aber keine definitive Lösung, sondern vielmehr eine »Markierung« des Problems.<sup>97</sup> Honig deutet an, dass ein willkommener Nebeneffekt der Klausel eine Steigerung des Bewusstseins für die Fragilität der Grundrechte sein könnte, da sie uns die Gelegenheit bietet, in Konflikte über die Deutung dieser Rechte einzugreifen. Dadurch werde deutlich, dass Rechte keine »dead instru-

90 Tully, *Strange Multiplicity*, aaO. (FN 47), S. 174.

91 Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, NJ 2000, S. 58.

92 Vgl. Richard Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge 2007, S. 203f.; vgl. auch Mark A. Graber, »The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary« in: *Studies in American Political Development* 7, Nr. 1 (1993), S. 35-73; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, MA 2007, S. 39f. u. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, aaO. (FN 85), S. 89f.

93 Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, aaO. (FN 87), S. 90f.

94 Bonnie Honig, »Culture, Citizenship, and Community« in: *Polity* 33, Nr. 3 (2001), S. 479-485, hier S. 484.

95 Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*, Frankfurt a.M. 1994, S. 174.

96 Honig, »Dead Rights, Live Futures«, aaO. (FN 29), S. 801.

97 Honig, »An Agonist's Reply«, aaO. (FN 27), S. 193.

ments«, sondern »live practices« seien, deren Inhalt durch ihre praktisch-lebensweltliche Anwendung wesentlich mitbestimmt werde.<sup>98</sup>

Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Abweichungsklausel in der verfassungspolitischen Praxis wirklich jene weiten Spielräume für einen Ausgleich des Demokratie- und Konstitutionalismusprinzips eröffnet, die Honig und Tully ihr zuschreiben. Während z.B. Ran Hirschl befindet, dass das kanadische House of Commons und die Provinzialparlamente aufgrund von Art. 33 »ultimately sovereign« hinsichtlich der Auslegung der in den Artikeln 2 und 7 bis 15 geschützten Grundfreiheiten seien,<sup>99</sup> hält Mark Tushnet es angesichts der Seltenheit, mit der kanadische Parlamente auf der Grundlage der *notwithstanding clause* Entscheidungen des Supreme Court angefochten haben, für erwiesen, dass sie nur de jure eine Form der Parlamentsouveränität bzw. von »weak judicial review« begründet. De facto würden Interpretationen der Charta-Rechte durch den Supreme Court – vor allem aufgrund des hohen Maßes an Autorität, die das Gericht besitzt – im Laufe der Zeit auch hier als autoritativ und endgültig betrachtet.<sup>100</sup> Artikel 33 sei daher ein gutes Beispiel dafür, dass in der Praxis »weak-form systems do become strong-form ones«.<sup>101</sup> Die Abweichungsklausel ist zwar einerseits ein interessantes Beispiel dafür, wie das Verhältnis zwischen Legislative und Judikative konflikthafter und zugleich konstruktiver gestaltet werden könnte. Im Fall der *notwithstanding clause* ist dies nicht zuletzt auf die Tatsache zurückzuführen, dass bereits ihr Wortlaut (wonach die Beschlüsse der Legislative »shall operate notwithstanding a provision included in [the specified sections] of the charta«) nahelegt, er verleihe dem Gesetzgeber die Kompetenz, die in der Charta aufgeführten Grundrechte selbst und nicht etwa *Interpretationen* dieser Rechtsnormen durch den Supreme Court zu umgehen. So entsteht der Eindruck, der Gesetzgeber greife jedes Mal, wenn er die Klausel anwendet, bewusst in Grundrechte ein, wodurch der Rechtfertigungsdruck einseitig auf dem Parlament liegt, während dem Supreme Court der Status eines dem Parlament überlegenen, objektiven Verfassungsinterpreten zugeschrieben wird.<sup>102</sup> Von einem echten Dialog zwischen den Verfassungsgewalten kann daher laut Waldron keine Rede sein.<sup>103</sup> Solange nämlich der Gesetzgeber kaum einen Anreiz hat, Urteile anzufechten, vermag die *notwithstanding clause* für das oben skizzierte Problem der »constitutional irresponsibility« und der damit einhergehenden Sogwirkung der *judicial supremacy* keine zufrieden stellende Lösung zu liefern.

98 Honig, »Dead Rights, Live Futures«, aaO. (FN 29), S. 800.

99 Hirschl, *Towards Juristocracy*, aaO. (FN 92), S. 79.

100 Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, aaO. (FN 85), S. 47f.

101 Mark Tushnet, »Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures«, in: David Dyzenhaus et al. (Hg.), *Law and Morality. Readings in Legal Philosophy*, Toronto 2007, S. 645-664, hier S. 653.

102 Vgl. Jeffrey Goldsworthy, »Judicial Review, Legislative Override, and Democracy«, in: *Wake Forest Law Review* 38 (2003), S. 451-472, hier S. 467.

103 Waldron, »The Core of the Case Against Judicial Review«, aaO. (FN 86), S. 1357.

### 5. Schluss

In diesem Aufsatz habe ich versucht, den Vorwurf des institutionentheoretischen Defizits gegen die agonale Demokratietheorie mit Blick auf ihre verfassungstheoretischen Perspektiven, insbesondere auf die Frage nach der Legitimität von *judicial review*, zu prüfen. Die Bewertung fällt ambivalent aus: Einerseits erscheint die optimistische Annahme der Agonisten, dass grundlegende Rechtsnormen vollkommen offen für die Anfechtung durch populäre Interventionen und zugleich stabil genug sein können, um eine Konfliktaushandlung gemäß der Maxime *audi alteram partem* zu strukturieren, in der Tat naiv, da sie die Tatsache ignoriert, dass »structural reductions cannot be employed and defied at once. [...] The exercise of constitutional freedoms cannot be simultaneously context-bound and context-resistant.«<sup>104</sup> Andererseits habe ich gezeigt, dass die Agonisten, insbesondere Honig und Tully, durchaus bemüht sind, institutionelle Lösungen für die Reduzierung der von ihnen konstatierten Widersprüche zwischen Demokratie und Konstitutionalismus zu finden. Bei der Analyse dieses Spannungsverhältnisses kommen sie zu ähnlichen Ergebnissen wie die Verfechter des »politischen Konstitutionalismus«, die ebenfalls Kritik an der Verdrängung politischer Autonomie infolge der Ausbreitung von »starken« Formen richterlicher Normenkontrolle üben und nach Möglichkeiten der Anfechtbarkeit dieser Verrechtlichungstendenzen suchen, die eine Revitalisierung des politischen Konflikts anstoßen könnten. Anders als Waldron und Bellamy sind die Agonisten jedoch skeptisch gegenüber Lösungen, die eine Entfesselung des Mehrheitsprinzips für die Strukturierung des politischen Wettbewerbs vorsehen. Stattdessen suchen Honig und Tully nach einem Mittelweg zwischen der Parlamentsouveränität und der *judicial supremacy*. In der *notwithstanding clause* sehen sie ein vielversprechendes Beispiel für eine solche Alternative.

Wenn man mit so unterschiedlichen Rechtsphilosophen wie Ronald Dworkin und Ernst-Wolfgang Böckenförde davon ausgeht, es sei »unvermeidlich, daß eine bestimmte Abteilung des Staates das letzte Wort darüber haben wird, welches Gesetz Geltung erhalten soll«,<sup>105</sup> dass es also eine Instanz der verbindlichen Letztentscheidung geben muss, die »nicht mehr appellabel ist«,<sup>106</sup> und in den Ausführungen zur praktischen Wirkung der *notwithstanding clause* eine Bestätigung dieser These sieht, so erscheint jedoch vor allem Honigs Plädoyer für eine Pluralisierung des Ortes der Letztentscheidung bei der Auslegung der Verfassung grundsätzlich problematisch, weil unrealistisch. Ihrem weniger weitgehenden Postulat, dass in einer Demokratie Souveränitätsansprüche möglichst anfechtbar bleiben müssen, ist jedoch zuzustimmen. Wenngleich aus agonaler Perspektive ein System der »schwachen« Normenkontrolle hierfür am ehesten geeignet erscheint, darf dabei nicht die Tatsache aus dem Blick geraten, dass der Schutz nicht nur der politischen Grundrechte des Einzelnen, sondern gerade auch

104 Emiliios Christodoulidis, »Constitutional Irresolution: Law and the Framing of Civil Society« in: *European Law Journal* 9, Nr. 4 (2003), S. 401-432, hier S. 415.

105 Ronald Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt a.M. 1990, S. 306.

106 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M. 1999, S. 159.

der parlamentarischen Oppositionsrechte durch verfassungsgerichtliche Maßgaben nicht nur eine Verrechtlichung, sondern auch eine Politisierung des politischen Prozesses bewirken kann.<sup>107</sup> Es ist also keineswegs so, dass, wie oft behauptet wird, »die Übersetzung politischer Fragen in Grundrechtsfragen [...] generell zu einer Entpolitisierung und damit der Postdemokratisierung der Politik« führt.<sup>108</sup> Eine solche Pauschalisierung erscheint nicht weniger problematisch als Dworkins These, Verfassungsgerichte würden ein für die Spiegelung politischer Fragen an den moralischen Grundprinzipien der Gesellschaft geeigneteres Forum darstellen als das Parlament, da dort Prinzipien allzu oft von dem Interesse der Machterhaltung verdunkelt würden.<sup>109</sup> Auf derartige Pauschalurteile sollte eine realistische Theorie agonaler Demokratie verzichten. Vielmehr sollte sie nach Formen von *judicial review* suchen, die geeignet sind, um politische Konflikte anzustoßen anstatt diese vollständig zu verrechtlichen und aufzulösen.<sup>110</sup> Nur so ließe sich ein Weg einschlagen, den Christian Volk – allerdings entschieden gegen die Agonisten gewendet – als eine »Enthierarchisierung« von Recht und Politik« bezeichnet hat.<sup>111</sup> Aus agonaler Sicht ist freilich kein Verfahren der Normenkontrolle denkbar, welches das Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Konstitutionalismus dauerhaft und endgültig auflösen könnte – das relative Gleichgewicht zwischen beiden Strukturprinzipien bleibt demnach stets ein prekäres.

### Zusammenfassung

In dem Beitrag wird nach den verfassungstheoretischen Implikationen agonaler Demokratietheorien am Beispiel der Ansätze von Bonnie Honig, Chantal Mouffe und James Tully gefragt. Entgegen der weit verbreiteten Ansicht, agonale Theorien zeichneten sich durch ein allgemeines Desinteresse an institutionellen Fragen aus, wird gezeigt, dass sich insbesondere mit den normativen Prämissen der Verrechtlichungskritik von

107 Vgl. Christoph Möllers, »Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts« in: ders. et al., *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 281-422, hier S. 325f.

108 Oliver Eberl, »Refeudalisierung des Rechts revisited. Das Bundesverfassungsgericht als postdemokratische Institution« in: ders. / David Salomon (Hg.), *Perspektiven sozialer Demokratie in der Postdemokratie*, Wiesbaden 2017, S. 159-178, hier S. 173.

109 Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford 1996, S. 30f.

110 Christoph Möllers sieht gerade in der Einrichtung eines »auf Politiknähe spezialisierte[n] Verfassungsgericht[s]« – im Gegensatz zu einem Obersten Bundesgericht wie dem U.S. Supreme Court – »keine Entscheidung für eine volle Verrechtlichung, sondern für eine stärker politisierte Übergangsform« angelegt. (Möllers, »Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts«, aaO. (FN 107), S. 321) Zur Funktion des BVerfG als Initiator einer »nachholenden Politisierung« vgl. auch Bernd Guggenberger, »Zwischen Konsens und Konflikt. Das Bundesverfassungsgericht und die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft« in: ders. / Thomas Würtenberger (Hg.): *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden 1998, S. 202-232, hier S. 211ff.

111 Volk, »Zwischen Entpolitisierung und Radikalisierung«, aaO. (FN 2), S. 104.

Honig und Tully ein postsouveräner, dialogischer Konstitutionalismus begründen lässt, der die Deutungsoffenheit der Rechtsnormen hervorhebt und eine »schwache« Form von *judicial review* vorsieht. Am Beispiel der kanadischen *notwithstanding clause*, die von Honig und Tully als ein möglicher Ausdruck eines solchen dialogischen Konstitutionalismus betrachtet wird, wird demonstriert, dass die Anforderungen, die die Agonisten an eine demokratische Verfassung stellen, in der Realität jedoch kaum erfüllbar sind.

### Summary

The paper seeks to discuss the constitutional implications of theories of agonistic democracy, as developed by Bonnie Honig, Chantal Mouffe and James Tully. In contrast to the widespread portrayal of agonistic approaches as disinterested in institutional matters, it is argued that the normative premises of Honig's and Tully's critique of the juridification of politics can be considered as the basis of a post-sovereign, dialogical constitutionalism which emphasizes the openness of legal principles for interpretative disagreements and demands »weak« forms of *judicial review*. However, a critical discussion of the Canadian *notwithstanding clause*, which is presented as a potential instrument of such a dialogical constitutionalism by Honig and Tully, demonstrates that agonistic criteria for a democratic constitution are hardly satisfiable in real life.

Danny Michelsen, Agonistic Constitutionalism? The Relationship between Politics and Law in Theories of Agonistic Democracy