

Dieter Grimm

Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?

Zusammenfassung: Anstatt der gebräuchlichen Frage, ob Verfassungsgerichte juristische oder politische Institutionen sind und ob Verfassungsrechtsprechung eine juristische oder eine (verkappte) politische Tätigkeit ist, wird in diesem Beitrag eine differenzierende Betrachtung vorgeschlagen. Der Autor unterscheidet zwischen dem Gegenstand, den Wirkungen und dem Prozess der Verfassungsrechtsprechung. Während Gegenstand und Wirkungen wegen der Funktion der Verfassung, die Einrichtung und Ausübung politischer Herrschaft zu regeln, zwangsläufig politisch sind, bleibt der Prozess der Verfassungsanwendung auf Streitfälle trotz der notorischen Vagheit von Verfassungsnormen ein rechtlich eingebetteter und rechtlich gesteuerter Vorgang, sofern ein Verfassungsgericht funktionsgerecht und rechtstreu arbeitet. Die politikwissenschaftliche Beschäftigung mit der Verfassungsgerichtsbarkeit leidet darunter, dass sie dem Prozess der Rechtsanwendung und Urteilsbegründung zu wenig Aufmerksamkeit schenkt.

Schlüsselwörter: Verfassung, Verfassungsgerichte, Verfassungsrechtsprechung, Verfassungsinterpretation, Recht und Politik

Dieter Grimm, What is political about constitutional adjudication?

Summary: The article criticizes that the usual question whether constitutional courts are legal or political institutions and whether constitutional adjudication is a legal or a political activity is not differentiated enough to allow a valid understanding of the phenomenon. It suggests instead a more differentiated view. Because of the function of constitutions to regulate the establishment and exercise of political power, the *objects* and the *effects* of constitutional adjudication are inevitably political. However, in spite of the notorious vagueness of constitutions, this is not true for the *process* of applying constitutional norms to concrete issues. This process remains embedded in a legal framework and is guided by legal criteria, if operated in accordance with the functions of constitutional courts and in the spirit of faithfulness to the law. Political science works on constitutional adjudication suffer from not paying sufficient attention to the process of norm application and legal reasoning.

Keywords: Constitution, constitutional courts, constitutional adjudication, constitutional interpretation, law and politics

Dieter Grimm, Dr. jur., Dr. h. c. mult., LL.M. (Harvard), Professor em. für Öffentliches Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin, Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D., Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin a. D.

Kontakt: dieter.grimm@wiko-berlin.de

DOI: 10.5771/0044-3360-2019-1-86

Wenn es um Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsrechtsprechung geht, wird keine Frage so häufig gestellt wie die, ob es sich bei Verfassungsgerichten bzw. Höchstgerichten mit verfassungsgerichtlicher Funktion¹ um rechtliche oder politische Institutionen handle und ob Verfassungsrechtsprechung eine rechtliche oder eine politische Tätigkeit sei. In den USA ist die Frage so alt wie das Urteil des Supreme Court im Fall *Marbury v. Madison* aus dem Jahr 1803, in dem sich das Gericht die Befugnis zur Normenkontrolle beilegte. In Europa setzte die Diskussion mit der Errichtung des ersten spezialisierten Verfassungsgerichts in Österreich im Jahr 1920 ein. Die Debatte, die Hans Kelsen und Carl Schmitt in der Weimarer Republik über die Verfassungsgerichtsbarkeit führten, zieht in ihrer Grundsätzlichkeit noch immer das Interesse auf sich.²

Wie damals sind die Ansichten auch heute geteilt. Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit beschäftigt sich sowohl die Rechtswissenschaft als auch die Politikwissenschaft. Während die Politikwissenschaftler in ihrer Mehrheit die Verfassungsgerichtsbarkeit für eine politische Institution halten, ist das bei Rechtswissenschaftlern tendenziell anders. Dass Gerichte und Richter auf der rechtlichen Natur von Verfassungsrechtsprechung bestehen, kann nicht überraschen. Aber auch die Mehrzahl der Rechtswissenschaftler neigt dieser Ansicht zu. Für die angelsächsische Welt gilt das allerdings nicht in gleicher Weise. Dort gehen auch zahlreiche Juristen davon aus, dass es sich bei der Verfassungsrechtsprechung um Politik in rechtllichem Gewand handle.

Dass die Antworten auf diese Frage so weit auseinanderfallen, gibt Anlass zu Zweifeln, ob sie richtig gestellt ist. Könnte es sein, dass sich Recht und Politik bei der Ausübung verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht ausschließen, sondern nebeneinander bestehen mit der Folge, dass jede Disziplin einen wichtigen Aspekt ihres Gegenstands übersieht, wenn sie auf der Dichotomie beharrt? Haben womöglich beide Disziplinen Recht, aber nur zum Teil? Es ist unbezweifelbar, dass Verfassungsgerichte eine wichtige politische Rolle spielen, wenn sie über die Verfassungsmäßigkeit politischer Maßnahmen entscheiden. Ebenso offensichtlich ist aber, dass sich die Tätigkeit von Verfassungsrichtern von derjenigen von Politikern unterscheidet und dass gerade in ihrer Spezialisierung auf Rechtsfragen die entscheidende Differenz liegt.

Das spricht für eine Differenzierung der Frage, ob Verfassungsrechtsprechung rechtlicher oder politischer Natur ist. Statt pauschal nach dem Ob zu fragen, sollte man dem Inwiefern genauer nachgehen. Dabei empfiehlt es sich, zwischen der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit und der ihr zugedachten Funktion einerseits und einzelnen Verfassungsgerichten andererseits zu unterscheiden, die sich durchaus funktionswidrig verhalten können. Von den Gerichten sind wiederum ihre Urteile zu trennen, die unabhängig davon, ob die Institutionen sich funktionsgemäß oder funktionswidrig verhalten, auf ihren rechtlichen oder politischen Charakter untersucht werden

1 Im Folgenden wird vereinfachend von Verfassungsgerichten gesprochen.

2 Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 5 (1929), S. 30; Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Archiv des öffentlichen Rechts, NF 16 (1929), S. 161; ders., *Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1931; Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin 1931.

können. In diesem Beitrag liegt der Schwerpunkt auf Institution und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, soweit sie funktionsgerecht ausgeübt wird.

Was ist also politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit? Mit Sicherheit ihr *Gegenstand*. Verfassungsgerichte haben die Aufgabe, die Vorschriften der Verfassung durchzusetzen. Die Verfassung wiederum ist dasjenige Recht, welches sich auf die Einrichtung und Ausübung politischer Herrschaft bezieht. Sie legt nicht nur die politische Grundstruktur eines Landes fest, sondern leitet und begrenzt auch politisches Handeln. Politische Entscheidungen können nur dann Geltung beanspruchen, wenn sie mit der Verfassung vereinbar sind. Die Gegenstände verfassungsgerichtlicher Kontrolle sind daher zwangsläufig politische Handlungen oder Unterlassungen, in der Regel Akte der obersten Staatsorgane einschließlich derjenigen, die ihre Legitimation vermittels Wahlen direkt vom Volk ableiten.

Allerdings sind nicht alle Entscheidungen von Verfassungsgerichten und noch weniger von obersten Gerichten mit verfassungsgerichtlicher Funktion politisch in diesem Sinn. Nur diejenigen Verfassungsgerichte, deren Zuständigkeit auf die Normenkontrolle beschränkt ist, haben es stets mit politischen Materien zu tun. Bei Gerichten mit weiteren Befugnissen betrifft dagegen nicht jeder verfassungsrechtliche Fall Handlungen der höchsten politischen Organe. Viele verfassungsrechtliche Rechtsbehelfe, namentlich die Individualbeschwerde, richten sich gegen Akte der Verwaltung oder Entscheidungen anderer Gerichte. Es ist jedoch die relativ kleine Zahl hochpolitischer Fälle, die das Bild der Verfassungsgerichte in der Öffentlichkeit prägt und der Vorstellung von dem politischen Charakter der Verfassungsrechtsprechung Nahrung gibt.

Unweigerlich politisch ist ferner die *Wirkung* verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, soweit ihr Gegenstand politisch ist. Ob ein mit Mehrheit im Parlament verabschiedetes Gesetz in Kraft treten kann oder nicht, ist von beträchtlicher politischer Bedeutung. Das Gleiche gilt, wenn ein Verfassungsgericht darüber entscheidet, ob das Parlament einen von der Regierung abgeschlossenen internationalen Vertrag ratifizieren darf. Selbst der Exekutive vorbehaltene Akte wie die Entscheidung, sich an Friedensmissionen im Ausland zu beteiligen, können vom letzten Wort des Verfassungsgerichts abhängen. Entscheidungen über die Regeln des politischen Wettbewerbs wie etwa Wahlgesetze oder Gesetze über die Finanzierung von Wahlkämpfen haben enorme politische Konsequenzen. Nie war die politische Wirkung einer Gerichtsentscheidung offensichtlicher als im Fall *Bush v. Gore*.³

An der politischen Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung ist also gar nicht zu zweifeln. Verfassungsgerichte können politisches Handeln unter Berufung auf die Verfassung sowohl verhindern als auch verlangen. Das ist keine Grenzüberschreitung, es ist der Sinn der Sache. Ein Verfassungsgericht, das politischen Fällen aus dem Weg ginge, verriete seine Aufgabe. Eine unpolitische Verfassungsgerichtsbarkeit gibt es nicht. Wer sich nicht damit abfinden kann, dass demokratisch getroffene Entscheidungen einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterzogen werden dürfen, muss Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt ablehnen, dann aber auch bereit sein, den Preis der

3 Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000); 121 S. Ct. 525 (2000).

praktischen Irrelevanz der Verfassung für das politische Geschäft zu zahlen. Verfassungsrecht setzt sich nicht von selbst durch, und wenn man seine Befolgung denen anheimstellt, an die es sich richtet, wird das Recht meist den Kürzeren ziehen.

Die Untersuchung spitzt sich unter diesen Umständen auf die Frage zu, ob der *Vorgang* der Verfassungsrechtsprechung, also die Anwendung von Verfassungsnormen auf einen Streitfall, ebenfalls politischer Natur ist oder ob dieser als juristisch qualifiziert werden kann. Von der Antwort darauf hängt viel ab: Sollte sich die richterliche Entscheidungsfindung als politisch erweisen, würde dies die Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit wesentlich erschweren. Denn warum sollten politische Entscheidungen von großer Tragweite Akteuren anvertraut werden, die weder durch Wahlen legitimiert noch politisch verantwortlich sind? Umgekehrt würde aber auch die Errungenschaft der Verfassungsstaatlichkeit einen Rückschlag erleiden, wenn Verfassungsrecht nicht justiziabel wäre. Schließlich war es gerade die Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, die der Verfassung in vielen Ländern Bedeutung verlieh, in denen sie jahrzehntelang keine Rolle gespielt hatte.

Während sich der politische Charakter der ersten beiden Aspekte der Verfassungsrechtsprechung kaum leugnen lässt, ist dies bei dem dritten Aspekt, dem Vorgang der Rechtsprechung, anders. Ihrem Sinn nach ist sie Rechtsanwendung, also eine Tätigkeit, welche eine generell getroffene Vorentscheidung lediglich in konkreten Streitfall vollzieht. Dennoch regen sich Zweifel, weil die Vorentscheidung, die Verfassungsnorm, oft unklar ist und weil die Art und Weise, wie das verfassungsgerichtliche Urteil zustande kommt, intransparent erscheint. Offensichtlich ist allerdings, dass ein *Arenenwechsel* stattfindet, wenn ein politischer Akt vor einem Verfassungsgericht angegriffen wird. Es wechseln die Akteure, die Kriterien und das Verfahren. Die Politik wird vom Subjekt zum Objekt.

Waren die *Akteure* zuvor Politiker in den verschiedenen Rollen, in denen sie auftreten: als Regierung, Parlamentsmehrheit, Opposition usw., fallen sie nun aus der Rolle der Entscheidungsträger auf die Rolle von Antragstellern, Antragsgegnern, Äußerungsberechtigten zurück, während die Führung auf die Richter übergeht. Diese unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht von Politikern: Sie sind professionelle Juristen. Die Anwendung von Rechtsnormen auf Sachverhalte ist ihr Metier. Ihr Amt erlangen sie üblicherweise nicht durch Volkswahlen. Deshalb müssen auch keinen Wahlkampf führen. Sie treten nicht mit einer Agenda an. Sie können nicht einmal aus eigener Initiative tätig werden, sondern müssen warten, bis ihnen Fälle vorgelegt werden. Bei der Entscheidung der Fälle sind sie nicht auf Konsens Dritter angewiesen.

Allerdings verdanken sie ihr Amt in der Regel einer politischen Entscheidung. Sie werden entweder vom Parlament gewählt oder vom Staatsoberhaupt oder dem Kabinett bestimmt; Misch- oder Zwischenformen, auch unter Beteiligung von Vertretern der Richterschaft oder des Juristenstandes, kommen vor. In jedem Fall hat die Politik aber einen erheblichen Einfluss auf das Personal der Höchstgerichte. Wegen der darin liegenden Gefahr für das ordnungsgemäße Funktionieren von Verfassungsgerichten enthalten Verfassungen häufig Schutzvorkehrungen, die verhindern sollen, dass die Wahl oder die Ernennung von Richtern allein in der Hand der regierenden Partei liegt.

Übereinstimmung von Kontrolleur und Kontrolliertem führt leicht dazu, dass die Kontrolle untergraben wird.

Weiterhin schützt die Gewährleistung der Unabhängigkeit der Justiz vor der Politisierung der Gerichte. Einmal im Amt, sind Richter vor politischen Sanktionen geschützt. Sie sind weder weisungsgebunden noch können sie wegen ihrer Entscheidungen versetzt oder entlassen werden. Ihre Tätigkeit bleibt auf diese Weise von Wahlausgängen und Regierungswechseln unberührt. Die richterliche Unabhängigkeit ist mitnichten ein persönliches Privileg, sie existiert im Interesse des Rechts. Sie wird gewährleistet, damit Richter aufgrund rechtlicher Kriterien entscheiden können, ohne Nachteile fürchten zu müssen. Richter, die ihre Bindung an das Recht missachten, können bestraft werden. Versuche, Gerichte für politische, religiöse oder wirtschaftliche Interessen zu instrumentalisieren, sind illegitim. Die Gewaltenteilung ist an dieser Stelle strenger als zwischen Legislative und Exekutive.

Auch die *Kriterien* der Entscheidungen ändern sich: Waren in der politischen Arena Parteiprogramme und Parteitagsbeschlüsse, Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit oder Bezahlbarkeit und nicht zuletzt der Auswirkung der Entscheidung auf die Wahlchancen von Parteien maßgeblich, so ist in der juristischen Arena das Verfassungsrecht entscheidend. Damit ist nicht gesagt, Verfassungsrecht spiele im politischen Prozess keine Rolle. Gewöhnlich kommt es aber nicht von Beginn an zum Tragen, sondern tritt als Korrektiv hinzu, nachdem der politische Wille gebildet worden ist. Die Politik wirft die Verfassungsfrage auf, um sich rückzuversichern, dass das politisch Erwünschte auch rechtlich zulässig ist. Im verfassungsgerichtlichen Prozess wird die politisch nachrangige Frage dagegen zur vorrangigen. Drohte im Hintergrund nicht die verfassungsgerichtliche Kontrolle, käme der Verfassungsfrage im politischen Prozess wahrscheinlich kein großes Gewicht zu.

Entsprechend ändert sich das *Verfahren*. Ziel des verfassungsgerichtlichen Verfahrens ist die Feststellung, was die einschlägigen Bestimmungen der Verfassung bezüglich der zur Überprüfung gestellten politischen Entscheidung bedeuten und was daraus rechtlich folgt. Dem Ziel gemäß handelt es sich um einen Prozess, in dem ausschließlich rechtliche Argumente zulässig sind. Es mag zwar zweifelhaft sein, was als rechtliches Argument gelten kann und was nicht. Unzweifelhaft ist aber, dass nichtrechtliche Argumente unzulässig sind. Die Frage, ob eine politische Maßnahme klug, nützlich oder bezahlbar ist, spielt keine Rolle, es sei denn, sie kann als rechtlich relevanter Gesichtspunkt reformuliert werden. Ebenso ist es im gerichtlichen Verfahren irrelevant, ob sich ein Urteil für politischen Parteien, Unternehmern, Kirchen usw. nachteilig auswirkt.

Es lässt sich also zumindest sagen, dass das Vorgehen des Gerichts nicht in dem Sinn politisch ist, wie die Tätigkeit politischer Parteien, des Parlaments, der Regierung, internationaler Konferenzen politisch ist. Damit ist allerdings die Frage nach dem politischen oder juristischen Charakter der Verfassungsrechtsprechung noch nicht beantwortet. Fest steht bislang ja nur, dass die politische Auseinandersetzung mit der Klage bei Gericht in ein anderes Stadium eintritt, in dem sie unter veränderten Bedingungen und verengt auf die verfassungsrechtlichen Aspekte fortgeführt wird. Offen ist dage-

gen noch die Frage, ob die juristischen Akteure, die nunmehr entscheiden, an die juristischen Kriterien, die nunmehr maßgeblich sind, so gebunden sind oder sich so an sie binden lassen, dass kein Raum für politische Erwägungen bleibt.

Die Frage nach dem politischen oder rechtlichen Charakter der Verfassungsrechtsprechung kann folglich auf den Prozess der gerichtlichen Entscheidungsfindung selbst eingegrenzt werden. Ist dieser trotz der politischen Bedeutung von Gegenstand und Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen als rechtliche Operation einzustufen? Die empirische Beobachtung stößt hier an ihre Grenzen. Das hängt mit der Eigenart des Vorgangs zusammen. Fast überall unterliegt der Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung dem Beratungsgeheimnis, so dass es schwierig ist, Aufschluss über die Art und Weise zu gewinnen, wie Richter zu ihren Entscheidungen gelangen. Nur in einer sehr kleinen Anzahl von Ländern, wie z. B. in Brasilien, finden die Beratungen von Gerichten öffentlich statt. Allerdings scheint in diesen Ländern die Beratung auch nicht der Ort der eigentlichen Entscheidungsfindung zu sein.⁴

Überdies spielt sich auch während der Beratung eines Falles ein Teil des Vorgangs in den Köpfen der Richter ab, so dass dem Beobachter bestenfalls richterliche Selbstdarstellungen zur Verfügung stehen, deren Verlässlichkeit aber zweifelhaft sein kann. Man würde von einem Richter kaum erwarten, dass er mitteilt, bei der Entscheidungsfindung von anderen als rechtlichen Motiven geleitet zu sein. Wegen dieser Intransparenz fließt in die wissenschaftliche Beschreibung richterlichen Verhaltens viel Spekulatives ein. Der wichtigste Teil der verfassungsgerichtlichen Tätigkeit, nämlich die Entscheidungsfindung, ob die Verfassung eine bestimmte politische Maßnahme erlaubt oder untersagt, bleibt für die Wissenschaft wie für die Öffentlichkeit eine *black box*.

Immerhin sind Teile des Prozesses der richterlichen Entscheidungsfindung zumindest einer indirekten Beobachtung zugänglich. Verfassungsgerichte müssen ihre Entscheidungen begründen und die Begründung veröffentlichen. Die Entscheidungsgründe werden als Erkenntnisakte, nicht als Willensakte dargestellt. In den Gründen erklärt das Verfassungsgericht, wie und warum sich sein Urteil aus der Verfassung ergibt. Common-Law-Länder gestatten weitergehende Einblicke, da auch die überstimmten Richter ihre Auffassung mitteilen können und so Rückschlüsse auf die interne Diskussion ermöglichen. Dies ist in Civil-Law-Ländern selten. Selbst dort, wo – wie in Deutschland – Sondervoten bei verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zulässig sind, wird diese Möglichkeit nicht häufig genutzt. Allein aus dem Fehlen von Sondervoten kann daher nicht etwa auf Einstimmigkeit geschlossen werden.

Es ist freilich bekannt, dass Herstellung und Darstellung einer Entscheidung auseinanderfallen können. In der Tat geht die Mehrheit der Politikwissenschaftler, aber auch eine ganze Reihe von Rechtswissenschaftlern vor allem in den Vereinigten Staaten, davon aus, dass Richter bei der Entscheidungsfindung anders handeln als sie in der Urteilsbegründung vorgeben. Sie werden als strategische Akteure betrachtet, die sich von persönlichen oder institutionellen Eigeninteressen, subjektiven Werten oder politischen Präferenzen leiten lassen. Nachdem die Entscheidung auf dieser Basis getroffen

4 Siehe Virgilio Afonso da Silva, *Deciding without Deliberating*, 11 I-CON 557 (2013).

sei, würde sie so dargestellt, als ergäbe sie sich zwingend aus den Bestimmungen der Verfassung. Rechtlichen Regelungen kommt nach dieser Ansicht keine entscheidende Bedeutung für die richterliche Rechtsfindung zu. Dieser Ansatz wird als realistische Sichtweise auf das richterliche Verhalten beschrieben.

Ohne Zweifel gibt es Fälle, auf die diese Beschreibung zutrifft. Nicht jedes Gericht verhält sich funktionsgemäß. Wendet man sich einzelnen Gerichten zu, wird man gewiss Richter finden, die dem Recht wenig Beachtung schenken und stattdessen ihren eigenen Präferenzen oder Interessen folgen. Ebenso wird man Richter finden, die institutionelle Interessen der Justiz über richtige Rechtsanwendung stellen. Es mag auch Richter geben, die Konflikte mit mächtigen politischen Akteuren scheuen und sich bei der Beantwortung der aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen nach den explizit geäußerten oder antizipierten Erwartungen der Politik richten. Beispiele hierfür sind in Geschichte und Gegenwart in hinreichender Zahl zu finden. Fraglich ist jedoch, ob solche Verhaltensweisen justiztypisch oder pathologisch sind.

Es gibt zumindest einen Politikwissenschaftler, der den »realistischen« Ansatz entschieden ablehnt. Nachdem er die Entscheidungspraxis von acht Verfassungsgerichten untersucht hat, schreibt er: »Dieses Buch unterscheidet sich von den meisten Arbeiten von Politikwissenschaftlern über Gerichte, nicht weil ich andere Arbeiten für falsch halte, sondern weil für mich die juristische Argumentation im Vordergrund steht, die aus meiner Sicht die richterliche Tätigkeit ausmacht und die zentral für das Verständnis der Rolle ist, die Gerichte in komplexen Gesellschaften spielen. [...] Nach meiner Methode werden juristische Argumente ernst genommen, da diese zu den wichtigsten, wenn nicht sogar einzigen bestimmenden Faktoren gerichtlicher Entscheidungen zählen.« Er bevorzuge diesen Ansatz, »weil es einfach unglaublich erscheint, dass so viele tausend professionell sozialisierte, fähige Männer und Frauen lügen oder sich selbst mit ihren Argumenten etwas vormachen sollten«.⁵

Das ist ein Plausibilitätsargument und als solches, verglichen mit empirischen Erhebungen, weniger überzeugend. Aber nicht jedes richterliche Verhalten lässt sich empirisch erfassen, und auch die Rechtsrealisten verfügen nicht über exklusive empirische Einsichten, sondern leiten ihre Erkenntnisse über richterliches Verhalten aus einer vorgefassten Prämisse, der *Rational-choice*-Theorie, ab. Es ist allerdings keineswegs klar, unter welchen Bedingungen, in welchem Umfang und in welchen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens der *Rational-choice*-Ansatz eine vollständige und zuverlässige Erklärung menschlichen Verhaltens verspricht. Hinzu kommt, dass Sozialwissenschaftler

5 David Robertson, *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton 2010, S. 21: »This book is rather different from most work by political scientists on courts, not because I think other work wrongly conceived, but because I am much more concerned with judicial argument, which I take to be the core of judges' activity, and central to understanding the role courts play in complex societies. ... My method is to take judicial argument seriously as one of the major, if not the sole, determinants of the decisions courts make.« He prefers this approach »because it simply seems beyond credibility that so many thousands of professionally socialized able men and women should be lying or deluding themselves in their arguments«.

oft nicht mit der spezifisch rechtlichen Argumentation, also der Art und Weise, wie eine konkret-individuelle Entscheidung aus einer abstrakt-generellen Norm abgeleitet wird, vertraut sind und deswegen dazu neigen, sie zu unterschätzen, wie *Robertson* richtig bemerkt.

Die folgende Diskussion bezieht sich auf den Richter-Typus, den *Robertson* vor Augen hat, also denjenigen Richter, der sich ernsthaft bemüht, verfassungsrechtliche Fragen aufgrund seiner juristisch erlangten Überzeugung von dem Sinn einer Norm zu entscheiden. Dieses Richterbild ist nicht als Idealtypus, sondern als Realitätsbeschreibung gemeint. Es entspricht meiner eigenen Erfahrung als Mitglied eines solchen Gerichts.⁶ Die Karlsruher Richter versuchten stets, die Antwort auf eine verfassungsrechtliche Frage aus der Verfassung zu entwickeln. Ein Richter, der nicht in der Lage gewesen wäre, seine Auffassung mit rechtlichen Argumenten zu begründen, oder der politisch statt juristisch argumentiert hätte, wäre diskreditiert gewesen. Es war gang und gäbe, dass Mitglieder des Gerichts ihre ursprüngliche Vorstellung von der richtigen Lösung aufgrund der in der Beratung vorgebrachten Argumente änderten.

Das bedeutet freilich nicht schon das Ende der Diskussion, denn der Versuch, verfassungsrechtliche Streitfragen juristisch zu entscheiden, könnte vergeblich sein, etwa weil der Richter dem Verfassungstext nicht genügend Anhaltspunkte entnehmen kann, um einen Fall auf rein rechtlicher Grundlage zu entscheiden, so dass Raum für andere Erwägungen bleibt. Daher muss der Fokus noch einmal verengt und die Frage gestellt werden, ob und inwieweit der Prozess der Anwendung einer Verfassungsnorm auf einen Fall in sich selbst ein politischer Akt ist. Damit verlagert sich das Problem von der Bereitschaft der Richter, sich von den Normen der Verfassung binden zu lassen, auf die Bindungsfähigkeit der Verfassungsnormen selbst.

Im Gegensatz zu Einzelweisungen, die sich auf eine bestimmte, bereits gegebene Situation beziehen und im Vollzug erschöpfen, gelten Rechtsnormen für eine unvorhersehbare Vielzahl zukünftiger Fälle. Deshalb müssen sie mehr oder weniger generell und abstrakt formuliert sein. Die Fälle, auf welche sie angewandt werden, sind dagegen stets individuell und konkret. Zwischen Norm und Fall tut sich daher eine Kluft auf. Das hat zur Folge, dass die Norm oft nicht umstandslos auf den Fall angewendet werden kann. Die Kluft muss vielmehr durch Auslegung überbrückt werden. Auslegung ist der Versuch festzustellen, was die abstrakte und generelle Norm für den individuellen und konkreten Fall bedeutet. In der Regel verlangt das vom Rechtsanwender, dass er aus der abstrakt-generellen Norm einen konkreteren Rechtssatz ableitet, der dann auf den Fall anwendbar ist.

Das kann je nach Alter und Bestimmtheit der Norm und Neuartigkeit und Komplexität des Falles schwerer oder leichter sein. Keine Rechtsnorm ist aber so klar, dass sie niemals Zweifel an ihrer Bedeutung für den Einzelfall aufkommen lässt. Ob eine Norm vage und unbestimmt formuliert ist, erkennt man beim Lesen des Normtextes. Ob eine Norm klar und eindeutig ist, kann hingegen nicht unabhängig vom Fall, auf den sie

6 Vgl. »Ich bin ein Freund der Verfassung«. Dieter Grimm im Gespräch mit Oliver Lepsius, Christian Waldhoff und Matthias Roßbach, Tübingen 2017.

angewendet werden soll, festgestellt werden. Ein und dieselbe Norm kann im Hinblick auf einen Sachverhalt klar, auf einen anderen dagegen unklar sein. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass an der Bedeutung einer Norm für einen Fall keine vernünftigen Zweifel bestehen. Derartige Fälle kommen normalerweise aber gar nicht erst vor Gericht. Die meisten verfassungsgerichtlichen Verfahren entstehen gerade aus berechtigten Zweifeln an der Bedeutung von Verfassungsbestimmungen für den konkreten Fall.

Vage Rechtsnormen sind zudem im Verfassungsrecht häufiger als im Gesetzesrecht. Viele Verfassungsnormen sind Prinzipien und keine Regeln im Sinne von *Robert Alexys* Terminologie.⁷ Die Kluft zwischen Norm und Fall ist daher meist größer als beim einfachen Recht. Dem Richter, der die Verfassung auf Streitfälle anwendet, eröffnen sich also Interpretationsspielräume. Sie lassen zwar keine beliebigen Deutungen zu, denn jeder Spielraum hat Grenzen, erlauben aber mehr als nur eine akzeptable Deutung. Die Füllung der Spielräume ist kein rein kognitiver Vorgang. Die Auslegung einer Norm erschöpft sich nicht in der Aufdeckung eines Sinns, der bereits zum Zeitpunkt des Erlasses in ihr deponiert wurde. Der Normkonkretisierung ist auch ein kreatives Element eigen. Der konkretisierte Normsatz wird nicht einfach gefunden, sondern bis zu einem gewissen Grad konstruiert, allerdings so, dass er in einer Argumentationskette auf die Norm zurückgeführt werden kann.

Reicht diese Tatsache aus, um zu beweisen, dass die Anwendung von Verfassungsnormen auf konkrete Fälle von Natur aus politisch ist? Wenn es zuträfe, dass bereits dort, wo die Bestimmtheit der Norm endet, die Rechtsprechung beginnt, politisch zu werden, wäre nicht nur die Verfassungsrechtsprechung, sondern jede Rechtsprechung politisch. Dies ließe jedoch die verschiedenen Einschränkungen außer Acht, denen Rechtsanwender unterliegen. Wie der Bereich der Unbestimmtheit gefüllt und wie eine vage Norm auf den zu entscheidenden Fall anwendbar gemacht wird, ist nicht dem richterlichen Belieben überlassen, sondern wird selbst wieder rechtlich gesteuert. Die Spielräume verengen sich durch die juristische Dogmatik, also in Wissenschaft und Praxis herausgebildete und überwiegend geteilte Auffassungen von der »richtigen« Auslegung, durch Präzedenzfälle und durch die Interpretationsmethode.

Mit der Dogmatik und mit Präzedenzfällen steht dem Rechtsanwender ein Speicher bewährter und anerkannter Interpretationen von Rechtsnormen und -begriffen zur Verfügung, auf den er für die Lösung wiederkehrender Rechtsprobleme zurückgreifen kann, anstatt bei jedem Fall gänzlich neue Lösungen entwickeln zu müssen. Juristische Methoden zeigen Wege auf, wie unbestimmt formulierte Normen rational konkretisiert werden können, ohne dass die Normbindung aufgegeben würde. Es ist eine der Aufgaben von Methodenlehren, rechtliche von nicht-rechtlichen Argumenten zu scheiden. Die juristische Ausbildung besteht zum Großteil darin, Studenten mit Dogmatik und Präzedenzfällen vertraut zu machen und ihnen die Fähigkeit zu einem objektivierten, rationalen Umgang mit Rechtsnormen zu vermitteln, die keiner unmittelbaren Anwendung auf einen konkreten Fall fähig sind.

7 Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: 1985, S. 71 ff.

Das dogmatische und methodologische Arsenal der Juristen ist reichhaltig. Die einschlägige Norm steht nicht für sich, sondern ist Teil eines größeren Normzusammenhangs. Oftmals liefert dieser systematische Zusammenhang weitere Informationen über die Bedeutung einer Vorschrift. Gleiches gilt für die Frage nach dem Zweck einer Norm. Gesetzgebung ist eine zweckgerichtete Tätigkeit. Jede Norm wird mit Blick auf eine bestimmte Wirkung geschaffen, die sie in der Realität entfalten soll. Ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte kann daher aufschlussreich sein. Wollte man alle rechtlichen Instrumente beschreiben, die helfen, den Sinn von Normen zu ermitteln, müsste man hier eine Methodologie der Verfassungsinterpretation einschieben.

Freilich binden weder Dogmatik noch Rechtsmethoden den Richter in der gleichen autoritativen Weise wie der Text der Norm. Dogmatik und Methodik sind das Ergebnis eines fortdauernden Prozesses der Arbeit am Recht, an dem Wissenschaftler und Praktiker beteiligt sind. Dieser Prozess ist selten unumstritten und nie abgeschlossen. Verschiedene Methoden konkurrieren miteinander, und das Ergebnis eines Rechtsstreits kann von der Methode abhängen, die das Gericht bevorzugt. Die Grenze zwischen rechtlichen und nicht-rechtlichen Argumenten kann von verschiedenen Methodenlehren unterschiedlich gezogen werden. So wurden teleologische Argumente etwa lange Zeit als nicht-rechtliche Argumente angesehen. Für die eine methodologische Schule ist die Anpassung alter Normen an moderne Herausforderungen Politik, für eine andere Recht.

Dessen ungeachtet sind sie rechtliche Methoden. Jede von ihnen formuliert Voraussetzungen, unter denen die Interpretation einer Norm Anspruch auf rechtliche Richtigkeit erheben kann. Aber da es keine externe Instanz gibt, die entscheiden könnte, welche Dogmatik und welche Methode die richtige ist, muss man schließen, dass es immer mehrere Interpretationen geben wird, ohne dass gesagt werden könnte, welche davon richtig und welche falsch ist. Fälle, in denen lediglich eine einzige Normauslegung Richtigkeit beanspruchen kann, sind seltene Ausnahmen. Für die überwiegende Mehrheit der Fälle, und sicherlich für diejenigen, die zum Gegenstand verfassungsrechtlicher Streitigkeiten werden, gibt es mehr als eine Lösung, die rechtlich vertretbar ist.

Dies darf jedoch nicht zu der Annahme eines »anything goes« verleiten. Es gibt Interpretationen, die eindeutig falsch sind, und zwar unabhängig davon welche Dogmatik oder Methode vorherrscht. »Falsch« bedeutet in diesem Fall, dass die Interpretation außerhalb des Spielraums möglicher Interpretationen liegt. Befindet sich die Interpretation innerhalb dieses Spielraums, dann sind Meinungsverschiedenheiten zwischen Richtern über die richtige Lösung immer noch rechtliche Meinungsverschiedenheiten. Es bleibt aber dabei, dass die Begrenzung des Normgehalts und das Auffüllen des Raums, den eine Norm für die Interpretation belässt, dem Richter Entscheidungen abfordert, die nicht vollständig durch den Text der Norm determiniert sind.

Dies ermöglicht eine letzte Eingrenzung des Problems. Die Frage ist nun, was die Wahl zwischen verschiedenen rechtlich möglichen Lösungen bestimmt. Schlagen dort endlich politische Überzeugungen, Parteaaffiliationen, Eigeninteressen ungehindert durch? Soziologen, die Licht in die *black box* zu bringen versuchen, indem sie die So-

zialdaten von Richtern erheben, scheinen das anzunehmen. Aber die Frage nach dem Elternhaus, der Religionszugehörigkeit, dem Familienstand, den Besitzverhältnissen und was sonst noch interessenbegründend sein mag, wäre ja nur dann aussagekräftig, wenn zwischen diesen Merkmalen und dem Entscheidungsverhalten eine Kausalbeziehung bestünde, wenn also ein katholischer Richter immer zugunsten der Kirche, ein Unternehmersohn gegen die Gewerkschaften, ein Hauseigentümer zugunsten der Vermieter urteilte.

Diesen Vulgärsoziologismus kann man auf sich beruhen lassen. Ernster ist dagegen jene soziologische Theorie zu nehmen, die zur Erklärung richterlichen Verhaltens nicht bei den subjektiven Interessen individueller Richter, sondern den objektiven Interessen ihrer Institution, der Justiz, ansetzt. Richter bestimmen und füllen danach den Interpretationsspielraum, den eine Norm lässt, in der Weise, dass ihre eigene Macht wächst. Das kann vorkommen. Doch unterschätzen diese Theorien die Eigenlogik des Rechtssystems und die relative Autonomie rechtlicher Prozesse. Sie unterscheiden auch nicht genügend zwischen Absicht und Wirkung. Die Absicht einer professionellen Behandlung von Rechtsfragen ist es, den Geltungsanspruch von Rechtsnormen bestmöglich einzulösen. Die Wirkung ist häufig eine Ausdehnung der Kontrollbefugnis des Gerichts.

Die Bestimmung und Füllung des Interpretationsspielraums macht also Entscheidungen nötig, die vom Normtext nicht völlig determiniert sind und deswegen ohne Verstoß gegen die Norm so oder anders ausfallen können. Wie kommen diese zustande? Vor allem sind es Vorverständnisse und Hintergrundannahmen, welche die Normkonkretisierung im Unbestimmtheitsbereich anleiten. Sie sollten nicht vorschnell für rein subjektiv gehalten werden. Viele sind überindividueller Natur. Zeitströmungen wie zum Beispiel veränderte Einstellungen etwa zu Geschlechterrollen oder sexueller Orientierung spielen eine Rolle und beeinflussen die Auslegung des höchst offenen Gleichheitssatzes. Verfassungsgerichte stehen nicht außerhalb der Gesellschaft, für die sie Recht sprechen. Sie sind dem Wandel der Anschauungen ebenso ausgesetzt wie sie auf ihn einwirken.

Hintergrundannahmen können auch bestimmte Grundauffassungen über eine gerechte Gesellschaftsordnung betreffen, etwa die Frage, was dem Markt überlassen werden kann und was der Staat in eigene Regie nehmen muss. Sie können bedeutsam werden, wenn es darum geht, Beschränkungen der wirtschaftlichen Grundrechte verfassungsrechtlich zu beurteilen. Hintergrundannahmen können sich auf die Funktion von Verfassungen beziehen. Bilden sie lediglich eine Rahmenordnung der Politik oder enthalten sie Handlungsvorgaben für die Politik? Zu den Hintergrundannahmen kann ferner die Einstellung von Richtern zu ihrer eigenen Funktion im politischen System gehören und zum Beispiel für die Frage nach »judicial activism« oder »judicial self-restraint« bedeutsam werden.

Jeder Richter steht unter dem Imperativ, juristisch richtig zu entscheiden, ohne dass aber die Richtigkeit im Verfassungstext abschließend vorausbestimmt ist. Jeder Richter muss daher anerkennen, dass diejenigen, welche zu einem anderen Ergebnis kommen als er selbst, deswegen nicht notwendig juristisch falsch oder gar unjuristisch entschie-

den haben. Aus diesem Grund sind strittige Urteile oder Sondervoten kein Beweis dafür, dass es in Wahrheit gar nicht ums Recht geht. Über die richtige Deutung des geltenden Rechts kann legitimerweise gestritten werden. Die Gesellschaft darf ihre Gewissheitserwartungen an das Recht nicht unrealistisch überziehen. Die Rechtsgewissheit ist in der Regel nicht schon mit der Inkraftsetzung der Norm erreicht, sondern wird erst in der Anwendung auf den Fall vollendet.

Vorverständnisse und Vorstellungen wie die genannten sind unvermeidlich, solange das Urteilen nicht Robotern überlassen werden kann. Obwohl diese Annahmen nicht in einem engeren, textlichen Sinn rechtlich sind, kann man sie doch nicht einfach als außerrechtlich abtun. Sie sind durch die Aufgabe veranlasst, den Sinn einer Verfassungsbestimmung zu ermitteln, und sind in den Prozess der Verfassungenauslegung und Fallentscheidung integriert. Die Vorverständnisse oder Vorstellungen von der gesellschaftlichen Realität, in der die Normen ihre Wirkung entfalten sollen, fließen nicht umstandslos in die Rechtsfindung ein, sondern beeinflussen diese nur in einer normativ vermittelten und kanalisierten Art und Weise. Darüber hinaus werden subjektive Neigungen durch den Umstand abgemildert, dass die Interpretation einer Norm ein kollektives Unterfangen ist. Alle angeführten Argumente müssen von der Gruppe als rechtlich relevant akzeptiert werden.

Freilich lässt sich nie ausschließen, dass auch Verfassungsgerichte, die ihre rechtliche Funktion ernst nehmen, die schwer definierbare Grenze zwischen Verfassungsinterpretation und Verfassungsänderung überschreiten oder außer Tritt mit der Gesellschaft geraten, in deren Namen sie Recht sprechen. Dies macht Korrektive notwendig. Hierzu gehört die kritische Beobachtung durch die Rechtswissenschaft, die die Rechtsprechung auf ihre rechtliche Plausibilität und ihre logische Konsistenz hin prüft. Ein weiteres Korrektiv bildet die öffentliche Debatte, der die Richter durch die Medien ausgesetzt sind. Das heißt nicht, dass die Richter ihre Entscheidungen an der öffentlichen Meinung ausrichten sollten, wohl aber, dass sie aufgefordert sind, ihr Verhalten stets kritisch zu reflektieren.

Solche Einflüsse verfehlen keinesfalls ihre Wirkung auf die Verfassungsrichter. Richter wissen um die besondere Verletzlichkeit von Verfassungsgerichten, die daraus folgt, dass die Adressaten ihrer Urteile die obersten Staatsorgane sind. Es gibt folglich kein übergeordnetes Vollstreckungsorgan wie in Angelegenheiten des einfachen Rechts. Letztlich sind jedoch Gegengewichte notwendig, um den Risiken zu begegnen, die Verfassungsgerichte im Hinblick auf demokratische Legitimation kollektiv verbindlicher Entscheidungen darstellen. Die Praxis der Verfassungsgerichte muss daher politisch korrigierbar sein. Das Korrektiv besteht indes nicht darin, dass die Politik Urteile außer Kraft setzen oder ignorieren dürfte. Im Rechtsstaat gibt es keine rückwirkende, sondern nur eine prospektive Korrektur von Verfassungsrechtsprechung. Das Mittel dafür ist die Verfassungsänderung.