

Ist Verfassungsgerichtsbarkeit undemokratisch?

Gertrude Lübbe-Wolff

Verfassungsgerichte sind befugt, Gesetze für verfassungswidrig und nichtig zu erklären, die das demokratisch gewählte Parlament des Landes mit Mehrheit beschlossen hat. Ist eine solche Befugnis nicht eigentlich demokratiewidrig?

Manche sehen das so. In den USA ist die Meinung verbreitet, dass Verfassungsgerichtsbarkeit als „antimajoritäre“ Institution in einer Demokratie, oder zumindest in einer einigermaßen funktionsfähigen Demokratie, nichts zu suchen hat.¹ *Robert Bork*, ein prominenter Verfassungsjurist, betrachtete die Verfassungsgerichtsbarkeit als eine Erfindung, mit der linke Eliten ihre verqueren politischen Präferenzen gegen den Wähler abzuschotten suchen.² *Ran Hirschl* sieht im Gegenteil konservative Eliten am Werk, denen es um die Zementierung ihrer Vorherrschaft geht.³ Zu solchen Sichtweisen trägt bei, dass die Richter des US-amerikanischen *Supreme Court* als Akteure mit politischer Agenda wahrgenommen werden, weil sie sehr häufig uneinig sind und oft weitgehend oder sogar haargenau entsprechend ihrem politischen Nominationshintergrund abstimmen, also entsprechend der politischen Zugehörigkeit des Präsidenten, dem sie ihre Ernennung verdanken.⁴

In etlichen anderen Staaten hat man sich mit dem Gedanken an eine Gerichtsbarkeit, die auf nationaler Ebene die Macht des demokratischen Gesetzgebers beschränkt, nie so weit anfreunden können, dass es zur Institutionalisierung einer richterlichen Prüfung nationaler Gesetze am Maßstab der jeweiligen Verfassung – sei es durch verfassungsgesetzliche Regelung oder durch die schlichte Inanspruchnahme einer entsprechenden Kompetenz durch das jeweilige höchste Gericht – gekommen wäre. Dafür nur zwei Beispiele:



Prof. Dr. Gertrude Lübbe-Wolff
Richterin des Bundesverfassungsgerichts a.D.
Professorin für Öffentliches Recht
Universität Bielefeld
Fakultät für Rechtswissenschaft

Im Vereinigten Königreich (Großbritannien und Nordirland) gilt die Souveränität des Parlaments als oberster Grundsatz der Verfassungsordnung. Eine geschriebene Verfassung, die Vorrang vor den sonstigen Gesetzen des nationalen Parlaments beansprucht, und ein Gericht mit der Befugnis, diesem Vorrang Geltung zu verschaffen, ist der politischen Kultur des Landes fremd. Nur mit Mühe konnte man sich entschließen, dem obersten Gericht und einigen weiteren Gerichten die Befugnis einzuräumen, die Vereinbarkeit von Gesetzen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention zu überprüfen. Eine Befugnis, die betreffenden Gesetze negativenfalls auch für nichtig zu erklären, wurde nicht eingeräumt. Konsequenzen aus einem entsprechenden Urteil zu ziehen, bleibt dem Parlament von Westminster vorbehalten. Auch daran, dass die Rechtsprechung europäischer Gerichte Verbindlichkeit für ihr Land, einschließlich der gesetzgebenden Organe, beansprucht, können sich viele Briten nicht recht gewöhnen. Missfallende Entscheidungen des Luxemburger Gerichtshofs der Europäischen Union und des – nicht der EU, sondern dem Europarat zugehörenden – Straßburger Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gehören zu den roten Tüchern, die im Vereinigten Königreich die Brexit-Stimmung befeuert haben.

Auch die Schweiz kennt keine Gerichtsbarkeit mit der Befugnis, Gesetze der eidgenössischen Ebene (der Bundesebene) am Maßstab der Bundesverfassung zu prüfen⁵. Zwar gibt es rechtspolitische Befürworter, aber die Einführung einer solchen Kompetenz ist bislang am Widerstand gegen eine derartige, als demokratiewidrig angesehene Beschränkung der „Volksrechte“ gescheitert.

Gewiss ist es zu bewundern, wenn es Staaten gelingt, demokratische Strukturen auch ohne ein Verfassungsgericht zu realisieren und dauerhaft zu bewahren. Selbst in der Schweiz ging die Entwicklung zur Demokratie allerdings nicht ganz ohne Gerichte ab. Eine Gerichtsbarkeit über die Vereinbarkeit von Kantonsgesetzen mit der Bundesverfassung gibt es ja in der Schweiz, und es bedurfte einer Entscheidung des Bundesgerichts, um, sage und schreibe im Jahr 1990, den Frauen im Kanton Appenzell-Aargau das Wahlrecht zu verschaffen.⁶ Und im Vereinigten Königreich halten sich zähl Relikte einer vordemokratischen Staatsorganisation wie das *House of Lords*, in dem selbst nach einer großen Reform im Jahr 1999 noch immer ein Teil der Sitze entweder erblich oder für Inhaber von Bischofsämtern reserviert ist.⁷

Der Gedanke, dass Verfassungsgerichtsbarkeit grundsätzlich allein deshalb demokratiewidrig ist, weil sie antimajoritär („countermajoritarian“) funktioniert, sich also potentiell auch gegen von Parlamenten mehrheitlich Beschlossenes wendet, hängt an einem zu simplen Demokratieverständnis: an der Vorstellung, dass Demokratie gleich Mehrheitsherrschaft ist, Punkt aus. Damit ist das Wesentliche der Demokratie nicht annähernd erfasst.

Demokratie zielt auf politische Selbstbestimmung auf der Grundlage der Gleichachtung aller Bürger. In einem Gemeinwesen kann nicht alles nach der Nase jedes Einzelnen gehen. Es sind kollektive Entscheidungen zu treffen, die Verbindlichkeit auch für den beanspruchen, der sie lieber anders getroffen gesehen hätte. Wahl- und Abstimmungsverfahren, die das Votum der Mehrheit gelten lassen, entsprechen dem für die Demokratie konstitutiven Gedanken bürgerschaftlicher Gleichheit und Selbstbestimmung grundsätzlich in höherem Maß als Verfahren, die es Minderheiten ermöglichen, der Mehrheit – sei es auch nur im Negativen, durch Veto – ihre Präferenzen aufzuzwingen. Das Mehrheitsprinzip gilt daher als ein grundlegendes Prinzip staatlicher Demokratie. Für Verfassungsgebung und Verfassungsänderung werden in Demokratien allerdings meist nicht nur einfache Mehrheiten (für Verfassungsänderungen typischerweise Zweidrittelmehrheiten) verlangt⁸. Das hat gute Gründe. Erst auf diese

Weise erhält der Rangunterschied zwischen den grundlegenden Spielregeln der politischen Ordnung und den einfachgesetzlichen Regeln, die auf dieser Basis gesetzt werden, das institutionelle Fundament, das der Grundordnung prägende Kraft – und zugleich ein gewisses Maß an Stabilität – verschafft. Außerdem wird so die breite faktische Legitimität der Grundordnung gesichert, auf der die faktische Legitimität der mit einfachen Mehrheiten getroffenen Entscheidungen im politischen Alltagsgeschäft basiert. Das Mehrheitsprinzip gilt also in demokratischen Staaten von vornherein nicht durchweg in dem Sinne, dass in allem die einfache Mehrheit sich durchsetzte.

Erst recht ist nicht jeder Gesetzesbeschluss schon deshalb für demokratisch oder demokratiekonform zu halten, weil er mit Mehrheit gefasst worden ist. Das Ermächtigungsgesetz, mit dem im März 1933 die Weimarer Verfassung aus den Angeln gehoben wurde, kam per Mehrheitsbeschluss zustande. Ein demokratisches Gesetz war es trotzdem nicht – weder inhaltlich noch dem Zustandekommen nach. Inhaltlich war es ein Demokratiebeendigungsgesetz. Es übertrug das Gesetzgebungsrecht vom Parlament auf die nationalsozialistische Regierung und befreite den neuen Gesetzgeber zugleich von so gut wie jeder Verfassungsbindung. Und das Verfahren, in dem es zustandekam, sah so aus, dass vor der Abstimmung Hitler dem Reichstag Kampf gegen etwaige Widerstände angedroht hatte. Unter anderem sämtliche Abgeordneten der kommunistischen Partei waren, soweit nicht schon geflohen oder untergetaucht, verhaftet worden. Abgeordnete anderer Parteien und deren Familien hatten massive Drohungen für den Fall der Unbotmäßigkeit erhalten, und im Sitzungssaal patrouillierten SA und SS (zu „schwersten Bedenken“ gegen die Vereinbarkeit des Gesetzes mit der Weimarer Reichsverfassung siehe BVerfGE 6, 132, 198).

Demokratie erfordert mehr als Mehrheitsbeschlüsse. Sie braucht Organisationsregeln, die unterschiedlich beschaffen sein können, aber – auch durch parlamentarische oder direktdemokratische Mehrheitsentscheidungen – nicht nach Belieben verändert werden können, ohne dass das System seinen demokratischen Charakter verliert. Sie braucht Gleichberechtigung der Bürger, Freiheit und Chancengleichheit im politischen Wettbewerb. Sie muss daher auch Rechte der jeweiligen Minderheiten anerkennen und schützen, Kontrolle und Kritik ermöglichen, den Weg zum politischen Machtwechsel offenhalten. Wo eine gewählte Mehrheit ihre Machtstellung nutzt, um sich in deren Besitz zu befestigen, indem sie gezielt Kommunikationsfreiheiten beschränkt, politische Gegner schikaniert und bedroht, Medien unter ihre Kontrolle bringt, die Regeln für den politischen Machterwerb zulasten der Chancengleichheit der politischer Konkurrenz verändert, da ist der Weg der Demokratie verlassen, auch wenn all dies auf der Grundlage mehrheitlich beschlossener Gesetze und unter Berufung auf den Willen „des Volkes“ geschieht.

In einer demokratischen Verfassungsordnung soll Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution, die letztverbindlich über die Einhaltung der Spielregeln der demokratischen Verfassung wacht, Selbstbeeinträchtigungen der Demokratie entgegenreten, und das nicht erst an der Schwelle zur Selbstabschaffung. Sie ist nicht als Instrument der Beschränkung, sondern als Instrument des Schutzes und der Entfaltung des Sinns von Demokratie konzipiert.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit vielen seiner Entscheidungen genau in diesem Sinne gewirkt. So hat es beispielsweise frühzeitig unterbunden, dass politische Mehrheiten in deutschen Parlamenten sich gegen politische Konkurrenz mit hohen Sperrklauseln abschotten⁹ und nicht im Parlament vertretene politische Wettbewerber von staatlicher Parteienfinanzierung und steuerlicher Begünstigung von Spenden ausschließen.¹⁰ Ohne das Bundesverfassungsgericht hätten wir ein Regierungsfernsehen,¹¹

und Regierungen würden Steuergelder exklusiv für Kampagnen zu ihrer eigenen Wiederwahl verwenden.¹² Regierende Mehrheiten oder deren Regierungen und nachgeordnete Behörden könnten und würden in weitaus höherem Maß, als das gegenwärtig möglich ist, Zeitungen und anderen Medien auf den Pelz rücken, deren Berichterstattung sie dem eigenen Machterhalt nicht förderlich finden¹³, Versammlungen aus politisch unliebsamer Richtung verbieten¹⁴ und das Parlament und damit vor allem die parlamentarische Opposition von Informationen ausschließen¹⁵.

Andererseits kommt ein Verfassungsgericht mit der Aufgabe, Verfassungsregeln und Verfassungsgrundsätze notfalls auch gegen gesetzgeberische Mehrheiten zur Geltung zu bringen, unvermeidlich auch als ein demokratielimitierender Faktor in den Blick. Wo eine Verfassungsgerichtsbarkeit etabliert ist, trifft sie zwangsläufig auch umstrittene Entscheidungen. Die Vorgaben der Verfassung sind nicht in jeder Hinsicht und für jede Konstellation eindeutig. Einerseits bietet sich gerade für die daraus resultierenden Streitfälle ein Verfassungsgericht als nicht mit den Interessen der Streitparteien identifizierte, unparteiische streitentscheidende Instanz an. Wo die Auslegung der Verfassung umstritten ist, kann es aber nicht ausbleiben, dass auch verfassungsgerichtliche Entscheidungen auf Kritik stoßen – sei es auf den Vorwurf, das Gericht kusche vor den Inhabern politischer Macht oder weiche seiner Rechtsprechungsverantwortung aus, oder auf den umgekehrten Vorwurf, es überdehne seine Rechtsprechungskompetenz und beschneide in ungerechtfertigter Weise die Entscheidungsspielräume des demokratischen Gesetzgebers.

Vorwürfe der letzteren Art wird ein Verfassungsgericht umso eher auf sich ziehen, je aktiver und gestaltungsfreudiger es die Verfassung und die ihm selbst darin zugewiesene Rolle interpretiert. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die Verfassungsgerichte unterschiedlicher Länder in Substanz und Selbstdarstellung erheblich.

In Frankreich zum Beispiel, wo im 17. Jahrhundert *Montesquieu* befand, die richterliche Gewalt sei, weil der Richter als „Mund des Gesetzes“ (*bouche de la loi*) nur dessen Worte auszusprechen habe, als eigenständige Gewalt in gewisser Weise gar nicht existent (*en quelque façon nul*), fällen die Gerichte lakonische, apodiktische Urteile, die jedes überflüssige Wort und jeden Anschein einer kreativen Rolle des Richters zu vermeiden suchen. Das gilt auch für das Verfassungsgericht (den *Conseil Constitutionnel*), das sich zwar nicht scheut, das öfteren Parlamentsgesetze für verfassungswidrig zu erklären, im politischen System der Französischen Republik aber nicht entfernt die Rolle spielt wie bei uns das Bundesverfassungsgericht.

Das Bundesverfassungsgericht begründet demgegenüber seine Entscheidungen ausführlich, produziert oft sogenannte *obiter dicta* (Äußerungen, die zur Begründung der Entscheidung des konkreten Falles strenggenommen nicht notwendig wären), schließt von Verfassungsbestimmungen, einzeln oder in einer Zusammenschau, auf zugrundeliegende Prinzipien, aus denen dann wiederum Bestimmteres abgeleitet wird, argumentiert häufig teleologisch, also vom Sinn und Zweck der Verfassungsbestimmungen her, behandelt weite Teile des Verfassungsrechts als eine Sache der Abwägung zwischen unterschiedlichen Verfassungswerten oder von der Verfassung als legitim anerkannten Belangen, und hat sich mit alledem ein weites – nach Auffassung von Kritikern ein zu weites – Feld möglicher Interventionen in die Arbeit des Gesetzgebers erschlossen.¹⁶

Dieses aktivere Rollenspiel ist nicht zuletzt darin begründet, dass die weitreichenden Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, ganz besonders seine Kompetenz, über Verfassungsbeschwerden zu entscheiden, die von jedermann gegen jeden grundrechtsverletzenden Staatsakt erhoben werden können, dem Gericht eine Bekanntheit

und Popularität, und damit faktische Legitimitätsressourcen eröffnet haben, über die die meisten anderen Verfassungsgerichte nicht verfügen.

Sollte man vielleicht sagen, dass zwar nicht Verfassungsgerichtsbarkeit *per se*, aber doch eine kompetenzstarke und aktive Verfassungsgerichtsbarkeit demokratie-unverträglich ist? Auch das trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu.

Eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit hat, demokratietheoretisch betrachtet, Kosten und Nutzen. Zu den Kosten gehört ein hohes Maß an Bindung des demokratischen Gesetzgebers und – zur Zeit besonders aktuell – ein Risiko verfassungsrechtlicher Versteinerungen, die die Anpassung des Systems an neue Herausforderungen behindern. Andererseits bedeutet starke Verfassungsgerichtsbarkeit sichereren Schutz für die Demokratie als schwache. Ein kompetenzstarkes Verfassungsgericht, das seine Kompetenzen aktiv nutzt, kann viel zur Stärkung und Plausibilisierung der Demokratie und zur allgemeinen Wertschätzung der Verfassung beitragen. Das illustriert gerade der deutsche Fall. Erst das Bundesverfassungsgericht, seine Zugänglichkeit für jeden Bürger, der sich in seinen Grundrechten verletzt sieht, und, darauf beruhend, seine Popularität, sein Gewicht, seine Prominenz in der Architektur der Staatsorgane haben den Deutschen den Sinn für die Bedeutung ihrer Verfassung und für die Bedeutung von Grundrechten, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit vermittelt, der heute verbreitet ist. Einzelne Entscheidungen mögen die Maßstäbe des Grundgesetzes überspannt und damit den Spielraum des demokratischen Gesetzgebers über Gebühr eingeschränkt haben. Selbst innerhalb des Gerichts haben einzelne Richter das gelegentlich so gesehen und in Sondervoten zum Ausdruck gebracht. Im Ganzen aber hat das Bundesverfassungsgericht eindeutig zur Stärkung der deutschen Demokratie beigetragen.

Für die Demokratie gibt es nicht *eine* ideale Form, die unabhängig von Tradition und aktuellen Umständen, von historischen Erfahrungen und vorherrschenden Überzeugungen immer und überall die beste wäre, sondern unterschiedliche mögliche Ausprägungen mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen. Das betrifft auch die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Anmerkungen

- 1 So J. Waldron: The Core of the Case Against Judicial Review, in: Yale Law Journal 115 (2006), S. 1346-1407, m.w.N. Der moderne Klassiker der Skepsis gegen die richterliche Gesetzesverwerfungskompetenz, die der US Supreme Court sich selbst zugesprochen hat, ist A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven/London: Yale University Press 1962.
- 2 R. Bork: *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Washington D.C.: American Enterprise Institute Press 2003.
- 3 R. Hirschl: *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the new Constitutionalism*, Cambridge, Mass./London: Harvard University Press 2004.
- 4 Für statistische Daten zum Abstimmungsverhalten des US Supreme Court aus jüngerer Zeit s. C. Sunstein, Cass, Unanimity and Disagreement on the Supreme Court, 100 Cornell Law Review 2015, 769-823, <http://cornelllawreview.org/files/2015/05/Sunsteinfinal.pdf>
- 5 Näher J. Wyttenbach, Gerichtliche Normenkontrolle in der Schweiz, in: M. Wrase/C. Boulanger (Hrsg.), *Die Politik des Verfassungsrechts. Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten*. Baden-Baden: Nomos 2013, S. 259-316.
- 6 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 27. November 1990, BGE 116 Ia, 359.

- 7 Für Kritik, auch anderer Elemente der Zusammensetzung und Funktion des House of Lords, s. J. Garland/C. Terry, House of Lords. Fact v. Fiction (hrsg. Electoral Reform Society), o.J. (soweit ersichtlich, Stand 2015), [http://electoral-reform.org.uk/sites/default/files/House-of-Lords-Fact-Vs-Fiction%20\(1\).pdf](http://electoral-reform.org.uk/sites/default/files/House-of-Lords-Fact-Vs-Fiction%20(1).pdf).
- 8 Für das Grundgesetz s. Art. 144 Abs. 1 GG, wonach das Grundgesetz der Annahme durch die Volksvertretungen in zwei Dritteln der Deutschen Länder bedurfte (eine Zweidrittelmehrheit in den jeweiligen Volksvertretungen war dagegen nicht verlangt), sowie zu Verfassungsänderungen Art. 79 Abs. 2 GG.
- 9 Siehe BVerfGE 1, 208. Die Entscheidung betraf eine 7,5%-Klausel im Wahlrecht für Schleswig-Holstein. In jüngerer Zeit hat einige Kritik hervorgerufen, dass das Gericht auch deutlich niedrigere Sperrklauseln (erst 5%, dann 3%) im deutschen Wahlrecht für das Europäische Parlament für verfassungswidrig erklärt hat. Zu den Besonderheiten, die dies rechtfertigen, s. BVerfGE 135, 259 (284 ff.), Rn. 44ff.
- 10 Siehe BVerfGE 20, 119; 6, 273.
- 11 Siehe BVerfGE 12, 205.
- 12 Siehe BVerfGE 44, 125.
- 13 Zum grundrechtlichen Schutz der Presse gegen Beschlagnahmen und Durchsuchungen kurze Zusammenfassung in BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 13.7.2015, www.bverfg.de (unter „Entscheidungen“), Rn. 16f., m.w.N. Maßstabsetzend war die Entscheidung über die – im Ergebnis allerdings nicht erfolgreiche – Verfassungsbeschwerde des Spiegel-Verlags im Rahmen der „Spiegel-Affäre“, BVerfGE 20, 162.
- 14 Zum grundrechtlichen Schutz der Versammlungsfreiheit knapper Überblick, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei C. Enders / B. Koll, Entwicklungen im Versammlungsrecht, in: Ad Legendum 2016, S. 187-195; speziell zum Schutz der Versammlungsfreiheit auch für unbequeme Versammlungen W. Hoffmann-Riem / M. Hong, Versammlungen für Intoleranz, DRiZ 2016, S. 374-379.
- 15 Siehe etwa BVerfGE 124, 78; 124, 161; im EU-Zusammenhang BVerfGE 131, 152.
- 16 Siehe B. Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 2016, S. 29ff., 109ff., m.w.N.