

# Worüber Richter schweigen

## Strategie und Theorie in der Verfassungsgerichtsbarkeit

Roni Mann und Conrado Hübner Mendes

**Kurz gefasst:** Verfassungsgerichte arbeiten in einem institutionellen Kontext. Neben verfassungsrechtlichen Erwägungen fließen Rücksichtnahme auf ihre eigene Legitimität und um die Befolgung ihrer Entscheidungen in die Urteilsfindung ein. Doch weder Richter noch Verfassungsrechtler haben bislang systematisch über ein angemessenes Maß für solche „externen“ Erwägungen bei der Rechtsprechung nachgedacht. Beide stellen das Gericht als prinzipiengeleitetes Gremium dar und ignorieren seine Rolle als institutioneller Akteur. In der Politikwissenschaft hingegen scheint Einigkeit darüber zu herrschen, dass Richter regelmäßig „strategisch handeln“ – und dabei rechtliche Grundsätze entwerfen. Wie sollte eine normative Verfassungstheorie mit diesen gegensätzlichen Sichtweisen umgehen?

**Summary:** Constitutional courts operate within an institutional context. Concerns with compliance and legitimacy factor into their decisions alongside considerations of constitutional principle. But neither judges nor legal scholars have reflected systematically on the proper scope of such „external“ considerations in adjudication. Both portray the court as a forum of principle, generally ignoring its role as an institutional player. Political scientists, on the other hand, seem to agree that judges routinely „strategize“ – thereby discounting legal principle. How should normative constitutional theory handle these contrasting visions?

Mit ihrem Versprechen, den Exzessen politischer Eliten und der sie stützenden Mehrheiten Einhalt zu gebieten, haben sich Verfassungsgerichte in liberalen Demokratien als letztverbindliche Hüter der Verfassung weitgehend durchgesetzt. Aber so sehr die Gerichte auch unabhängig von anderen staatlichen Gewalten agieren sollen – sie üben ihre Macht nicht in einem politikfreien Raum aus. Nicht nur die Durchsetzung ihrer Entscheidungen, sogar die Existenz der Gerichte selbst hängt von der Unterstützung anderer staatlicher Gewalten ab. Die Auslegung grundlegender Verfassungsprinzipien erfolgt in etablierten wie in aufstrebenden konstitutionellen Demokratien häufig in einem Kontext, in dem es neben offener oder verdeckter Nichtbefolgung von Rechtsnormen anderer politischer Akteure auch ständige Diskussionen um die Legitimität von Verfassungsgerichten gibt. Obwohl sich Richter dieses prekären institutionellen Kontextes natürlich bewusst sind, wird er in Urteilsbegründungen nicht explizit thematisiert. So bleibt der Mythos erhalten, die Rechtsprechung sei ausschließlich das Ergebnis prinzipiengeleiteter Erwägungen. Dieses Schweigen setzt sich in der Verfassungstheorie fort. Die Frage, welche normativen Implikationen dieses allgegenwärtige Phänomen hat, wird kaum diskutiert. An dieser Lücke möchten wir ansetzen.

Natürlich ist es kein Geheimnis, dass Sorgen um das Image des Gerichts und seine Legitimität in der Bevölkerung oder Sorgen, dass eine Entscheidung von politischen Instanzen nicht befolgt werden könnte, regelmäßig in die Verfassungsrechtsprechung einfließen. Tatsächlich verfügen Gerichte über ein Repertoire an mehr oder weniger subtilen Techniken, um die Akzeptanz ihrer Entscheidungen zu erhöhen und ihre institutionelle Integrität zu schützen. Als etwa das Bundesverfassungsgericht 2013 aufgefordert war zu entscheiden, ob der Kauf von Staatsanleihen durch die Europäische Zentralbank im Einklang mit dem Grundgesetz steht, war klugen Beobachtern klar, dass das Gericht diese Maßnahme – die allein schon durch die Absichtserklärung des Zentralbank-Präsidenten Mario Draghi erst einmal zur Stabilisierung des europäischen Marktes beitrug – nicht einfach ablehnen würde, obwohl die meisten beteiligten Richter hier eine Kompetenzüberschreitung sahen. Die Lösung, den Fall an den Europäischen Gerichtshof zu überweisen, diente eindeutig dazu, diesen riskanten Weg zu vermeiden. Auch wäre es naiv zu glauben, die Revision im Fall Lautsi – bei dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) dem Staat Italien das Recht zusprach, Kruzifixe in den Klassenzimmern öffentlicher Schulen vorzuschreiben – sei allein das Ergebnis rechtlicher Erwägungen gewesen und nicht auch eine Reaktion auf die implizit die Autorität des EGMR in Frage stellende Entrüstung vieler Mitgliedstaaten über das vorangegangene Urteil der Kleinen Kammer gegen diese Praxis.

Die Subtilität, mit der Gerichte ihre Interventionen gestalten, wurde kürzlich im Urteil des United States Supreme Court im Fall *Hollingsworth v. Perry* besonders deutlich. In diesem Fall vermied das Gericht eine Antwort auf die politisch heikle Frage, ob das gesetzliche Verbot der gleichgeschlechtlichen Ehe in einigen Staaten verfassungswidrig ist; aufgrund technischer Erwägungen verneinte es die Klagebefugnis. Im Ergebnis bedeutete dies, dass das Urteil eines Bezirksgerichts, das die kalifornische Proposition 8 (Verbot der gleichgeschlechtlichen Ehe) als verfassungswidrig einstufte, Gültigkeit behielt und der Oberste Gerichtshof somit indirekt die Legalisierung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Kalifornien unterstützte, ohne sich eingehend mit der materiell-rechtlichen Frage zu befassen. Die Vermeidung heftigen Widerstands in der Bevölkerung wurde

anschließend als „kluger, wenn auch ungewöhnlicher Akt richterlicher Staatskunst“ gepriesen.

Das Phänomen, mit dem wir es hier zu tun haben, ist ebenso allgegenwärtig wie subtil. Es handelt sich dabei um nicht weniger als die richterliche Aufgabe, institutionelles, ja konstitutionelles Kapital über die Zeit aufzubauen, aufrechtzuerhalten und auszugeben. Warum also will sich die Verfassungstheorie – immerhin damit betraut, den Gerichten normative Orientierung zu liefern – nicht mit diesen Fragen beschäftigen? Im Großen und Ganzen haben sich die Verfassungsrechtler auf die materielle Auslegung konstitutioneller Prinzipien und auf Grundsatzfragen bezüglich der angemessenen Rolle des Gerichts in konstitutionellen Demokratien beschränkt. Ihre Sicht darauf, wie Verfassungsgerichte mit ihrem institutionellen Kapital umgehen sollen, ist selten explizit thematisiert, sondern lediglich Gegenstand impliziter und oftmals widersprüchlicher Stellungnahmen: Strategische Urteile werden wechselweise als klug und umsichtig, als unvermeidliche Kompromisse oder als unrühmliches Politisieren betrachtet, wobei keine dieser Einschätzungen als Ergebnis der Anwendung eines allgemeineren Bewertungsrahmens formuliert wird. Aufgrund dieser theoretischen Leerstelle müssen die Gerichte ihre institutionellen Entscheidungen in einem normativen Vakuum und hinter den Kulissen treffen.

Politikwissenschaftler würden die Behauptung, es gebe eine solche Lücke in der heutigen Forschung, wahrscheinlich nicht unwidersprochen stehen lassen. Anders als die Verfassungsrechtler sind sie seit jeher an der Untersuchung der institutionellen Aspekte der Verfassungsrechtsprechung interessiert. Auf dem Gebiet des „richterlichen Verhaltens“ herrscht seit den 1990er Jahren Einigkeit: Richter sind strategische Akteure im technischen Sinne dieses Begriffs. Diese Sichtweise beginnt mit der Ablehnung der Vorstellung, Richter würden im Rahmen der Urteilsfindung lediglich bestehendes Recht erkennen und anwenden. Als ebenso abwegig wird der Standpunkt betrachtet, der für die politikwissenschaftliche Literatur der 1960er und 70er Jahre prägend war – dass Richter kompromisslos ihre eigenen, je individuellen politischen Ziele verfolgen. Stattdessen werden Richter auf der Grundlage spieltheoretischer Analysen der Interaktionen zwischen voneinander abhängigen rationalen Akteuren als strategische Akteure modelliert, die das langfristige Erreichen ihrer Ziele dadurch zu maximieren trachten, dass sie die Reaktionen anderer Spieler innerhalb und außerhalb des Gerichts mit einkalkulieren. Dieser zunehmend einflussreiche Ansatz nimmt für sich in Anspruch, richterliches Verhalten in einem hohen Maße erklären und vorhersagen zu können. Was bedeuten diese Erkenntnisse nun für Fragen der Verfassungstheorie?

Leider nicht viel, und zwar aus mindestens zwei miteinander verbundenen Gründen. Erstens bezieht sich die Sichtweise, dass Richter sich „strategisch verhalten“, ausschließlich auf die Form, aber in der Verfassungstheorie kommt es ebenso sehr auf den Inhalt an. Aber nehmen wir einmal an, dass Richter sich tatsächlich strategisch verhalten – worauf zielen dann ihre Strategien? Der strategische Ansatz sieht die politischen Zielsetzungen der Richter als festen Hintergrund aus vorgegebenen oder exogenen „Präferenzen“. Dies klammert die Frage aus, wie solche Zielsetzungen überhaupt entstehen, und vernachlässigt völlig die treibende Kraft im Kern der Verfassungstheorie: das Bestreben, durch die Auslegung der in Verfassungstexten niedergelegten liberaldemokratischen Grundsätze konkrete normative Antworten auf gesellschaftliche Fragen zu geben.

Die heutige verfassungsrechtliche Forschung hat die alte formalistische Mär vom subsumtionsorientierten „Erkennen“ und „Finden“ des Rechts weit hinter sich gelassen, hält aber an der Vorstellung der Rechtsherrschaft in einem erweiterten und plausibleren Sinne fest. Die Verfassungstheorie setzt voraus, dass die Richter sich einer logisch begründeten Ausarbeitung der normativen, von unseren politischen Gemeinschaften als grundsätzlich erachteten Prinzipien verpflichtet fühlen. Dagegen sieht der strategische Ansatz Verfassungsgerichte nicht als prinzipiengeleitete Entscheider; für Verfassungsrechtler hingegen ist dieser Aspekt elementar. Gerichte sind ein prinzipiengeleitetes Forum, und als solches müssen sie mit Problemen institutioneller Legitimität in einem politischen Umfeld sorgfältig umgehen, ob nun strategisch oder auf andere Art und Weise.



Roni Mann ist wissenschaftliche Mitarbeiterin der Forschungsprofessur Rule of Law in the Age of Globalization (Foto: Udo Borchert)

[roni.mann@wzb.eu](mailto:roni.mann@wzb.eu)



Conrado Hübner Mendes ist Assistenzprofessor am Fachbereich Öffentliches Recht der Universität São Paulo, Brasilien. *[Foto: privat]*

Zweitens hat die politikwissenschaftliche Agenda auch deshalb nur einen begrenzten Wert, weil sie deskriptiv und extern ist, wohingegen die Verfassungstheorie auch präskriptiv und zumindest teilweise intern ist (und sein sollte). Deskriptive Darstellungen von richterlichen Strategien sind allgemein nicht wertend, auch wenn sie entweder als missbilligend oder als wohlwollend verstanden werden können. In ihrem Bestreben, das Verhalten von Gerichten systematisch zu leiten und zu bewerten, sollte die Verfassungstheorie einen Weg finden, die beiden Rollen des Gerichts miteinander in Einklang zu bringen und eine prinzipiengeleitete Antwort darauf zu finden, welches Ausmaß und welche Ausrichtung strategischen Verhaltens jeweils angemessen ist – einschließlich der Frage, welche Prioritäten im Falle von Interessenskonflikten zu setzen sind. Anders ausgedrückt: Die Theorie sollte sich weder mit skeptischen Beobachtungen der tatsächlichen richterlichen Praxis noch mit geheimnisvollen Rufen nach der hohen Tugend richterlicher Intuition zufriedengeben.

Wie kann nun eine prinzipiengeleitete Antwort auf diese scheinbar pragmatische Frage aussehen? Die erste Aufgabe unserer Agenda besteht darin, dem ansonsten chaotischen Feld expliziter und impliziter Fragen, mit denen sich Verfassungsgerichte beschäftigen, eine gewisse Ordnung zu geben. Verfassungsgerichte verhalten sich in unterschiedlichen Situationen und mithilfe unterschiedlicher Instrumente strategisch. Sie können sich strategisch verhalten, um in Krisenzeiten zu überleben und sich selbst zu schützen, aber auch um ihre Popularität zu steigern, die Kommunikation zu verbessern oder um moralische Führung, politischen Einfluss und soft power auszuüben. Eine Typologie pragmatischer Erwägungen in Verbindung mit Entscheidungskontexten ist eine wichtige Komponente einer Theorie, die sich offen mit der Realität der Verfassungsrechtsprechung auseinandersetzt.

Aus dieser Typologie ergibt sich eine eigenständige Kategorie normativer Erwägungen, die nicht rechtlich-materiell, aber dennoch relevant für die Verfassungsrechtsprechung sind. Unser Hauptziel besteht darin, diese Kategorie von „Erwägungen, die den institutionellen Kontext betreffen“, als Erwägungen zweiter Ordnung einzuführen – im Gegensatz zu Erwägungen erster Ordnung, die die Verfassungsprinzipien betreffen. Unsere bescheidene These lautet, dass diese Kategorie von Erwägungen sowohl eigenständig als auch relevant für die Verfassungsrechtsprechung ist. Die erste Implikation dieser These betrifft den Prozess der normativen Deliberation, den das Gericht vollzieht. Wir schlagen vor, dass die Gerichte die verfassungsrechtlichen Grundsätze zunächst isoliert vom Kontext betrachten und Erwägungen, die den institutionellen Kontext betreffen, erst zu einem späteren Zeitpunkt einbeziehen. Dadurch würden sie sich selbst – und möglicherweise auch der Öffentlichkeit – deutlich machen, ob es eine Diskrepanz gibt zwischen dem, was die Grundsätze der Verfassungsgerichtsbarkeit erfordern, und dem, was das Gericht willens und in der Lage ist zu bestimmen.

Durch diesen bescheidenen Schachzug entledigen wir uns bereits zweier extremer Alternativen, in denen einerseits die bestehende Verfassungstheorie und andererseits der jüngere Konsens in der Politikwissenschaft nachhallen. Am einen Ende des Spektrums finden wir eine Position, die den Verfassungsgrundsätzen kategorisch Priorität einräumt und bestimmt, dass das richtige Urteil isoliert vom institutionellen Kontext zu fällen ist. „Fiat iustitia, et pereat mundus“ (Es soll Gerechtigkeit geschehen, und gehe die Welt darüber zugrunde.) ist der Betriebskodex dieses deontologischen Modells, das letztlich das Gericht dazu drängt, auch sein eigenes Überleben aufs Spiel zu setzen, solange der Gerechtigkeit Genüge getan wird. Am anderen Ende steht das Diktat einer einfachen Kosten-Nutzen-Analyse, nach der das Gericht den Wert eines Falls und dessen potenzielle Auswirkungen auf sein eigenes institutionelles Kapital als völlig gleichwertige Faktoren gegeneinander abwägen würde. Keines dieser Modelle eignet sich für unsere Zwecke: der kategorische Vorrang der Verfassungsgrundsätze leugnet völlig die institutionelle Rolle des Gerichts; die Kosten-Nutzen-Option unterläuft die Prinzipien des Rechtsstaats.

Gibt es eine prinzipiengeleitete Alternative? Unserem ambitionierteren Vorschlag zufolge: Ja. Indem dieses Modell die Unterscheidung zwischen Erwägungen erster und zweiter Ordnung betont, räumt es den verfassungsrechtlichen Grundsätzen lexikalische Priorität gegenüber den meisten Erwägungen den in-

stitutionellen Kontext betreffend ein. In den meisten Fällen wäre das Gericht somit generell verpflichtet, so zu urteilen, wie es die Verfassungsgrundsätze verlangen – ohne Abstriche. In seiner Auslegung des Verfassungsrechts sollte es sich nicht durch Bedenken bezüglich seines Status und seiner Legitimität einschränken lassen. Nur bestimmte, grundsätzlich institutionelle Erwägungen, die die Existenz des Gerichts und die Verfassungsordnung als solche berühren, dürften (mit einigen prozeduralen Einschränkungen) Vorrang gegenüber den Verfassungsgrundsätzen haben.

Manche mögen diesen Versuch einer prinzipiengeleiteten Antwort rundweg ablehnen. Der Verfassungstheorie steht es nicht zu, würden sie argumentieren, den Richtern vorzuschreiben, wie sie in der Praxis mit institutionellen Erwägungen umzugehen haben, die mit einer prinzipiengeleiteten Bestimmung von verfassungsrechtlich gebotener Gerechtigkeit und Legalität kaum etwas zu tun haben. Diese Ablehnung kann auf zwei Standpunkten basieren. Beim ersten handelt es sich um ein anhaltendes formalistisches Interesse an einer Schranke zwischen Verfassungsrecht und politischer Theorie. Obwohl die Gerichte für gewöhnlich weiterhin so schreiben, als ob diese Trennung möglich und wünschenswert sei, wird sie heute von klugen Verfassungsgelehrten zu Recht verworfen. Ein zweites Gegenargument könnte sein, dass institutionelle Erwägungen keinen legitimen Status in der normativen politischen Theorie haben. Letztere sollte vielmehr bestimmen, wie die Dinge in einer idealen Welt laufen sollten – und das Chaos der vorhandenen Realitäten dem spontanen und persönlichen Urteil überlassen: einer Art „Situations-Sinn“, der prinzipiengeleiteter Deliberation nicht zugänglich ist. Dieser Sichtweise halten wir entgegen, dass verantwortungsvolle normative Untersuchungen den Anspruch haben müssen, alle zentralen Elemente zu berücksichtigen, die in das tatsächliche normative Denken einfließen. Solche Untersuchungen fallen in den Bereich dessen, was John Rawls „nicht ideale Theorie“ genannt hat. Im Gegensatz zur idealen Theorie, die sich mit der gerechten Gesellschaft beschäftigt, oder einer „realistischen Utopie“, wie Rawls es nennt, fragt die nicht ideale Theorie, „wie dieses langfristige Ziel erreicht werden oder wie man sich ihm, vermutlich in kleinen Schritten, nähern könnte. Sie fragt nach politischen Programmen und Handlungsmöglichkeiten, die moralisch zulässig, politisch möglich und aller Wahrscheinlichkeit nach auch wirksam sind.“

Die Verfassungstheorie sollte sich auch der nicht idealen Theorie verpflichtet fühlen und in diesem Sinne endlich anfangen, sich mit Fragen richterlicher Strategie zu befassen.

#### **Literatur**

*Dworkin, Ronald: „The Forum of Principle“. In: New York University Law Review, 1981, Vol. 56, Nos. 2–3, pp. 469–518.*

*Epstein, Lee/Knight, Jack „Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead“. In: Political Research Quarterly, 2000, Vol. 53, No. 3, pp. 625–661.*

*Hirschl, Ran: „The Realist Turn in Comparative Constitutional Politics“. In: Political Research Quarterly, 2009, Vol. 62, No. 4, pp. 825–833.*

*Rawls, John: The Law of Peoples. Cambridge: Harvard University Press 1999.*

*Roux, Theunix: The Politics of Principle. The First South African Constitutional Court, 1995–2005. Cambridge: Cambridge University Press 2013.*