

## 2 Theorie und Methode

Eine politikwissenschaftliche Untersuchung der demokratietheoretischen Argumentationsweise des Bundesverfassungsgerichts verlangt zunächst eine theoretische Verortung des Gerichts im Spannungsfeld von Konstitutionalismus und Demokratie sowie eine disziplinäre Abgrenzung von rechtswissenschaftlichen Zugängen zu diesem Themengebiet. Es wird im ersten der folgenden Abschnitte daher zunächst das Verhältnis zwischen Verfassung, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit theoretisch diskutiert werden, um zu angemessenen analytischen Begriffsinstrumentarien zu gelangen (2.1). Anhand der hierbei herauszuarbeitenden Unterscheidung zwischen normativen, faktischen und fiktionalen Ebenen der Verfassungsinterpretation soll anschließend gezeigt werden, dass sich die Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts als eine angewandte Demokratietheorie verstehen lässt (2.2). An diese Überlegungen anknüpfend wird schließlich eine methodische Operationalisierung der im nächsten Kapitel folgenden empirischen Fallanalyse vorzunehmen sein (2.3), um in einem Fazit den Fortgang der Untersuchung zu strukturieren (2.4).

### 2.1 Verfassung, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit

Für eine Analyse der demokratietheoretischen Argumentationsweise des Bundesverfassungsgerichts stellt sich zunächst die Frage der Perspektivenwahl. So ließe sich aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive die Spruchpraxis des Gerichts als Anwendung der im Verfassungstext niedergelegten Rechtsnormen verstehen, die in Konfliktfällen Maßstäbe setzen und denen die Politik zu folgen hat. Die Normativität der Verfassung wäre in diesem Ansatz also vorausgesetzt und die Rolle des Verfassungsgerichts als diejenige des Anwenders von Verfassungsnormen zu verstehen, die mit einem eigenen, der Verfassungswirklichkeit vorrangigen Geltungsanspruch versehen sind. Dem gerichtsförmigen Charakter der Verfassungsrechtsprechung entsprechend wäre die Tätigkeit des Verfassungsgerichts allein Rechtsprechung entlang des normativen Maßstabs des Grundgesetzes (Schleich/Korioth 2012: Rn. 510ff): Erst aus den konkreten Vorgaben der Verfassung leiten sich sowohl die Handlungsfreiheit des Gesetzgebers wie auch die Interpretations- und Konkretisierungsmacht des Verfassungsge-

richts ab (Simon 1994: 1670). Dieser normativen Perspektive der Rechtswissenschaft steht eine wirklichkeitswissenschaftliche Perspektive der Politikwissenschaft gegenüber, die eine Verfassung als Ausdruck von politischen Machtverhältnissen begreift.<sup>8</sup> Die Verfassungswirklichkeit wird folglich in diesen Ansätzen als vorrangig gegenüber der Normativität des Verfassungsrechts angesehen. Entsprechend konzentrieren sich die Analysen der Rechtsprechung<sup>9</sup> entweder auf das strategische Verhalten des Gerichts gegenüber anderen Akteuren wie dem Parlament (Landfried 1984; Vanberg 2005) oder der Opposition (Stüwe 1994), oder aber sie beleuchten den internen Entscheidungsfindungsprozess des Gerichts (Kranenpohl 2010). In diesen Ansätzen wird folglich das Verständnis des Gerichts als politisches Organ hervorgehoben und sein Handeln entweder auf makro- oder auf mikroanalytischer Ebene innerhalb von faktisch gegebenen politischen Machtverhältnissen und Beziehungsgeflechten thematisiert.

Eine dritte, in dem Forschungsumfeld von Hans Vorländer entwickelte Perspektive versucht sich dieser disziplinären Leitdifferenz von Recht- und Politikwissenschaft zu entziehen, indem sie vorrangig danach fragt, inwieweit die Normativität der Verfassung erzeugt wird und sich angesichts der Faktizität der politischen und sozialen Verhältnisse behaupten kann (Vorländer 2006: 229; Vorländer 2011: 79f.). Normative Verfassungsinterpretation ist dieser Perspektive zufolge also nicht ohne Wirklichkeitsbezug zu denken, da die Verfassung und ihre Normen immer auf die Wirklichkeit verwiesen sind. Da sich diese Perspektive aus dem einer Verfassungsdemokratie inhärenten Spannungsverhältnis zwischen Konstitutionalismus und Demokratie ergibt, ist sie für die Herausarbeitung der analytischen Begriffsinstrumentarien dieser Untersuchung von zentraler Bedeutung und soll daher im Folgenden ausführlicher rekonstruiert werden um anschließend entsprechende Überlegungen zur Auslegung von Verfassungsnormen folgen zu lassen.

So ist das Ordnungsmodell des demokratischen Verfassungsstaates von einem Spannungsverhältnis zwischen zwei Strukturprinzipien, Demokratie und Konstitutionalismus geprägt. Es ergibt sich aus einer der Kernfunktionen jeder modernen Verfassung, die darin besteht, den Mehrheitswillen durch substanzielle oder prozedurale Grenzen zu beschränken und bestimmte Sachbereiche der Verfügbarkeit demokratischer Mehrheitsgestaltung zu entziehen (Vorländer 2000: 373; Holmes 1994: 134). Der Verfassungsgeber als *pouvoir constituant* bindet die *pouvoir constitué* als verfasste Gewalt und setzt der demokratischen

---

<sup>8</sup> Vgl. zur Gegenüberstellung zwischen juristischer Norm- und politikwissenschaftlicher Wirklichkeitswissenschaft Vorländer 1981: 41ff, Vorländer 2006b: 229f. Zum Verhältnis zwischen Rechts- und Politikwissenschaft vgl. auch Grimm 1976.

<sup>9</sup> Eine Übersicht der einschlägigen Literatur findet sich bei Hönnige/Gschwend 2010 und Herrmann 2010.

Selbstgestaltungsfreiheit des Gemeinwesens damit Grenzen. Es entsteht damit ein Konflikt zwischen einem demokratischen und einem konstitutionellen Souveränitätsanspruch, in dem die Verfassung den Vorrang hat: Sie begrenzt den mit dem Demokratieprinzip einhergehenden Anspruch auf Volkssouveränität durch institutionelle Strukturen, prozedurale Verfahrensregelungen und substanzielle Vorentscheidungen, indem sie innerhalb des positiven Rechts zwischen konstitutionellem und einfachem Recht unterscheidet (vgl. Luhmann 1990). Geltung erwirbt die Verfassung dabei nicht allein aufgrund ihrer instrumentellen Wirkung als Spielregelwerk des Politischen, sondern auch, indem sie als Symbol die zentralen Ordnungs- und Sinngehalte der politischen Kultur reflektiert und artikuliert (Vorländer 2006a: 237; Gebhardt 1995: 9). Die instrumentelle und die symbolische Dimension der Verfassung fallen allerdings nur im Moment der Verfassungsgebung zusammen: Indem die Verfassung eine Ordnung stiftet, gibt sie ihr zugleich eine regulierende Struktur und erfährt ihre Geltung aus dem Akt ihrer Stiftung. Sobald die Geltung der Verfassung aber auf Dauer gestellt werden soll, muss ihre normative Präsenz auch jenseits des Gründungsaktes möglich sein:

Die Verfassung tritt aus dem Ursprungskontext heraus und verlangt nach einer ort- und zeitunabhängigen Präsenz ihres Ordnungsanspruches. Hier reicht der dokumentarische Charakter des Textes keineswegs aus. Der Inhalt der Verfassung, ihr Sinn und ihre Bedeutung im aktuell konkreten Kontext, ist nämlich nicht unmittelbar erkenn- und anwendbar. Der Text bedarf mithin einer interpretatorischen Vergegenwärtigung (Vorländer 2006a: 240).

Der mit der Verfassungsgebung vollzogenen Lösung des Souveränitätskonflikts zwischen Konstitutionalismus und Demokratie folgt also eine Souveränitätsverschiebung, die sich wiederum aus der Interpretationsbedürftigkeit des Verfassungstextes ergibt. „Der Souveränitätsgewinner“, so Vorländer, „ist damit die Institution, die über die Interpretation der Verfassung autoritativ, das heißt letztverbindlich, zu verfügen in der Lage ist“ und sie gewinnt diesen zentralen Rang, da mit der Verfassungsinterpretation „die ursprünglich vom souveränen Verfassungsgesetzgeber ausgeübte Normsetzungsbefugnis in eine Interpretationsbefugnis der zur Auslegung der Verfassung Berufenen“ übergeht (Vorländer 2006a: 236). Die Verfassung tritt auf diese Weise „quasi in eine Garantenstellung für die Verstetigung der Verfassung und ihrer Geltung ein“ (Ebd.: 243).

Da sich die Normativität der Verfassung dementsprechend erst aus dem Dreiecksverhältnis zwischen Verfassungstext, Interpret und Adressat ergibt, kann die Verfassungsgeltung auch nur als Prozess verstanden werden: „Geltung erwirbt die Verfassung in einem komplexen Prozess von Anerkennung und Akzeptanz in einem Raum potentiell konkurrierender, juristischer, politischer und gesellschaftlicher Bedeutungszuschreibungen und politisch-gesellschaftlicher

Praktiken. (Vorländer 2006b: 249)“ Verfassungsordnungen sind damit als emergente Ordnungen zu verstehen, deren Normativität sich erst im faktischen „Kontinuum der Verfassungspraxis“ (Ebd.: 256) erweist. Mit dieser Betonung der Wirklichkeitsbedingtheit der Verfassungsgeltung knüpft Vorländer unter anderem an die von Konrad Hesse formulierten Überlegungen zu den Funktions- und Strukturbestimmungen einer Verfassung an. „Der Geltungsanspruch einer Verfassungsnorm“, so auch Hesse, „ist mit den Bedingungen seiner Realisierung nicht identisch; sondern er tritt als sein eigenes Element zu diesen Bedingungen hinzu“ (Hesse 1959: 8) Die Verfassung ist somit zugleich Sein und Sollen, denn „sie ist mehr als ein bloßes Spiegelbild der tatsächlichen Bedingungen ihrer Geltung“, sondern sucht

ihrerseits die politische und soziale Wirklichkeit zu ordnen und zu gestalten. Von dieser bestimmt, aber zugleich auch wieder bestimmend, lässt sie sich nicht auf ein Prinzip zurückführen, weder auf das rein Normative noch auf die bloße Normalität oder die Bedingungen der politischen, gesellschaftlichen oder ökonomischen Situation (Ebd.).

Mit dieser konsens- und geltungsstiftenden Funktion der Verfassung geht zugleich die Notwendigkeit einher, sie nicht allein auf die Organisation des Staatsapparates zu beschränken, sondern sie als gesellschaftliche Rahmenordnung zu verstehen, die den politischen Prozess und die soziale Entwicklung konditioniert (Vorländer 1981: 316ff.). Eine für diese Konditionierungsfunktion entscheidende Struktur determinante des inneren Gefüges der Verfassung ist hierbei ihre dreifache Offenheit in sozialer, sachlicher und zeitlicher Dimension, die sich als Konsenschancen verstehen lassen:<sup>10</sup> Ihr sozialer Regelungsbereich ist nicht klar abgegrenzt, sie lässt bestimmte Fragen (wie etwa die konkrete Ausgestaltung des Demokratieprinzips) bewusst offen und unterliegt geschichtlichen Veränderungen, ist also auch „in die Zeit hinein offen.“ (Vorländer 1981: 330). Gerade in der letztgenannten, zeitlichen Offenheit der Verfassung liegt ihre demokratietheoretische Relevanz: Auch die institutionelle und gesellschaftliche Struktur einer Demokratie ist ihrer Natur nach wandelbar und nie endgültig, sondern lebt von der sozialen und politischen Dynamik ihrer eigenen Entwicklung. Für die Normativität der Verfassung hat das zu bedeuten, dass das in ihr angelegte Strukturprinzip der Demokratie immer unter dem Vorbehalt des Geschichtlichen steht und ständig neu aktualisiert werden muss. Der demokratische Wettbewerb von Interessen und Meinungen muss also beständig neu verfahrensrechtlich organi-

---

<sup>10</sup> Zur Konsenschance der Verfassung siehe Vorländer 1981: 32f. Zur dreifachen Offenheit der Verfassung, verstanden als Chancen zur „Deutungsöffnung“ und daher mit anderer Akzentuierung, siehe auch Brodacz 2003: 241ff.

siert werden, indem über die Verfassungsinterpretation verbindlich festgelegt wird, was offen und was nicht offen bleiben soll. Die durch die Bereitstellung der Verfahrensbedingungen des politischen Prozesses garantierte Wirksamkeit der Verfassung ist zugleich eine Bedingung ihrer Normativität.<sup>11</sup> Offenheit und verbindliche Festlegung, Dynamik und Statik der Verfassung, bedingen sich wechselseitig: Indem die Verfassung unverfügbare Regeln politischen Handelns schafft, ermöglicht sie die Rahmenbedingungen demokratischer Willensbildung und in dieser, „einen freien politischen Prozess ermöglichenden und gewährleistenden, konstituierenden, rationalisierenden, machtbegrenzenden und in alledem individuelle Freiheit sichernden Funktion besteht die Eigenart der Verfassung“ (Hesse 1999: 13f.). An diese von Hesse formulierte Überlegung lässt sich aus demokratietheoretischer Perspektive mit Hans-Peter Schneider anknüpfen, dem zufolge „die wichtigste Aufgabe der Verfassung in der rechtlichen Konstituierung und Formierung eines offenen Entwicklungsverlaufs geordneten sozialen Zusammenlebens und einheitsbildenden politischen Handelns auf der Grundlage freier Selbstbestimmung des Volkes“ (Schneider 1974: 17) besteht. Dieser prozedurale, sich zur Gesellschaft hin öffnende Gehalt der Verfassung schreibt dem Vorgang der Verfassungsrechtsprechung nun zugleich eine demokratieregulative Aufgabe zu, denn durch die Bereitstellung und Sicherung solcher Verfahren bildet sie gleichsam das Scharnier zwischen der Wirksamkeit und der Normativität der Verfassung.

Die Frage nach der demokratieregulativen Aufgabe von Verfassungsrechtsprechung überführt das Spannungsverhältnis zwischen Konstitutionalismus und Demokratie in das Spannungsverhältnis zwischen demokratischer Mehrheits Herrschaft und verfassungsgerichtlicher Kontrolle. Wird dieses Gegenüber in der bundesdeutschen Diskussion – analog zur klaren Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft – vorwiegend als Problem der Vereinbarkeit von Demokratie und Grundrechten diskutiert<sup>12</sup>, so orientiert sich die US-amerikanische Diskussion unter dem Paradigma der „countermajoritarian difficulty“ (Bickel 1962) an der Polarität zwischen Mehrheits Herrschaft und Gegenmehrheitlichkeit und soll aufgrund der darin enthaltenen spezifisch demokratietheoretischen, weil auf den demokratischen Prozess abzielenden Problematik für die folgenden Überlegungen maßgeblich sein. So besteht das Problem der Gegenmehrheitlichkeit darin, dass das Verfassungsgericht als demokratisch nicht unmittelbar legitimierte Institution Gesetze überprüfen und verwerfen kann, die vom Gesetzgeber mehrheitlich beschlossen wurden. Ein an den prozeduralen Gehalt der Verfassung anknüpfender Lösungsvorschlag dieses Spannungsverhältnisses zwischen Ver-

---

<sup>11</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen funktionaler Effektivität und intentionaler Normativität der Verfassung vor dem Hintergrund der Tätigkeit parlamentarischer Opposition: Schneider 1974: 17ff.

<sup>12</sup> Vgl. zum Vergleich der deutschen und US-amerikanischen Diskussion: Haltern 1998: 169ff.

fassungsgerichtsbarkeit und demokratischem Prozess wurde mit der repräsentationsoptimierenden<sup>13</sup> Theorie John Hart Elys vorgeschlagen (Ely 1981). Elys Theorie stellt die Verfassungsgerichtsbarkeit konsequent in den Dienst des Demokratieprinzips und schreibt ihr die Aufgabe zu, über die Offenheit und Fairness des demokratischen Prozesses zu wachen. Die Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit überschneidet sich daher mit der Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips (Noll 1994: 141): Die Herrschaft der Mehrheit ist nur erträglich, solange die Minderheit die Chance hat, zukünftige Mehrheit zu sein. Sein Ansatz orientiert sich insbesondere an der Rechtsprechungspraxis des von Richter Earl Warren geleiteten Supreme Court, dessen berühmte Fußnote 4 der Entscheidung *United States vs. Carolene Products* von 1938 Mutmaßungen über einen strengen Kontrollmaßstab formulierte, der sich auf die Prüfung des demokratischen Prozesses und der Benachteiligung von Minderheiten reduzierte:

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. (...) Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious (...) or national (...) or racial minorities (...); whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry (304 U.S. 144, 152 Fn4 (1938)).

Elys Interpretation der Fußnote zufolge schlägt diese Rollenzuschreibung des Gerichts vor, „that it is an appropriate function of the Court to keep the machinery of democratic government running as it should, to make sure the channels of political participation and communication are kept open.“ (Ely 1981: 76). Zu diesem Schutz vor Behinderungen des politischen Prozesses gehöre insbesondere der Minderheitenschutz. Richterlicher Aktivismus sei also nur in den Fällen geboten, in denen die Möglichkeit einer strukturellen Blockierung oder Störung des demokratischen Prozesses bestehe. Der Warren-Court habe als Erster insbesondere im Wahlrecht konsequent nach dieser Logik gehandelt:

That Court was also the first to move into, and once there seriously to occupy the voter qualification and malapportionment areas. These were certainly interventionist decisions, but the interventionism was fueled not by a desire on the part of the Court to vindicate particular substantive values it had determined were important or fundamental, but rather by a desire to ensure that the political process – which is where

---

<sup>13</sup> So die Beschreibung bei Riecken 2003: 39.

such values are properly identified, weighed and accommodated, was open to those of all viewpoints on something approaching an equal basis (Ely 1981: 74).

Der politische Prozess wird demzufolge als pluralistischer Marktplatz der Interessen verstanden, der sich an dem prozeduralen Gebot der Verfahrensgleichheit zu orientieren hat und in dem alle Teilnehmer die gleichen Partizipationsrechte genießen müssen. Eine Gleichheitsprüfung nach substantziellen Gesichtspunkten sei dem Gericht hingegen verwehrt. Nicht die Kontrolle des demokratischen Outputs, sondern die Optimierung der politischen Willensbildung im Input-Stadium (Riecken 2003: 60) gehöre demzufolge zu den Kernkompetenzen der Verfassungsrechtsprechung, um eine beständige Veränderung der Mehrheitskonstellationen möglich zu machen. Das Wechselspiel zwischen Mehrheit und Minderheit gehöre damit zu den zentralen Funktionsvoraussetzungen des demokratischen Wettbewerbs:

„In a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system“ (Ely 1981: 103).

Ebenso wie ein Schiedsrichter müsse das Gericht also über die Spielregeln des politischen Meinungsmarktes wachen, insbesondere da die gegenwärtig vorhandene Mehrheit in dem Verdacht steht, die prozeduralen Bedingungen des demokratischen Wettbewerbs zu ihren Gunsten zu beeinflussen oder bestimmte Minderheiten durch Feindseligkeiten oder Vorurteile strukturell zu benachteiligen. Das formale Gleichheitsgebot verlange also auch eine Repräsentationsoptimierung im Sinne einer verfassungsgerichtlichen Verstärkung der Interessen von Minderheiten im politischen Prozess (Riecken 2003: 61).

Elys Theorie einer verfahrenssichernden und repräsentationsoptimierenden Verfassungsrechtsprechung kann nun durchaus entgegeng gehalten werden, dass auch die Anwendung eines rein prozeduralen Kontrollmodells auf substantziellen Annahmen beruht (Haltern 1998: 260). So basiert beispielsweise eine ungehinderte demokratische Meinungsbildung auf der substantziell begründeten Annahme, dass die freie Äußerung der Meinung jedem Bürger möglich sein muss, ebenso wie der Schutz von diskriminierten Minderheiten eine substantzielle Defi-

nition dessen verlangt, was als Diskriminierung angesehen werden soll.<sup>14</sup> Zugleich bestehen weder die US-Verfassung noch die Verfassungen der meisten anderen westlichen Demokratien aus rein prozeduralen Elementen. Vielmehr beinhalten sie auch materielle Normen, beispielsweise das Recht auf Menschenwürde, die Anerkennung von Privateigentum, die Religionsfreiheit oder die Abschaffung der Sklaverei (Tribe 1980: 1065; Riecken 2003: 141f.). Überzeugungskraft gewinnt das prozedurale Kontrollmodell folglich erst dann, wenn die substanziellen Gehalte der Verfassung in den Dienst ihrer prozeduralen Offenheit gestellt werden. Erst der konstitutive, weil normativ handlungsanregende und damit demokratieermöglichende Gehalt substanzieller Prinzipien, wie das Gebot der Menschenwürde oder das Prinzip der freien Entfaltung der Persönlichkeit, begründet und plausibilisiert den demokratieregulativen Gehalt von Verfahrenssicherungen (Vorländer 1981: 264). Eine plausible Harmonisierung des Spannungsverhältnisses zwischen demokratischer Mehrheitsherrschaft und verfassungsgerichtlicher Kontrolle ist also erst dann möglich, wenn die gegenseitige Angewiesenheit von statischen und dynamischen Elementen der Verfassung auch in der Verfassungsrechtsprechung ihren Ausdruck findet.

Die somit vorgenommene Fixierung der Rechtsprechungsintensität auf die Sicherung der Verfahrensbedingungen des demokratischen Wettbewerbs lässt sich nun zugleich als verfassungsübergreifendes Grundmuster einer demokratiekompatiblen Verfassungsrechtsprechung unter den Bedingungen gesellschaftlicher Kontingenz verstehen (vgl. Nino 1996: 187ff. ; Mendes 2013: 72ff. ; Troper 2003: 99 – 121). Die spezifische Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit in westlichen Demokratien liegt demzufolge darin, die zwei Strukturprinzipien einer Verfassungsdemokratie – substanzielle Sachprinzipien und prozedurale Formprinzipien – gegen einen möglichen Missbrauch zu verteidigen (von Brünneck 1992: 145). Ein Missbrauch prozeduraler Formprinzipien ergibt sich aus der Manipulationsanfälligkeit der demokratischen Verfahrensbedingungen, welche das Prinzip alternierender Mehrheiten und damit die Offenheit der Verfassung zu unterminieren droht. Ein Missbrauch substanzieller Sachprinzipien ergibt sich aus der Tatsache, dass immer mehr gesellschaftliche Bereiche auf eine demokratische Regulierung angewiesen sind, der demokratische Gesetzgeber unter diesen Bedingungen entweder zu weitgehend, nicht hinreichend, nicht effektiv oder überhaupt nicht handelt und den verbindlichen Konsensgehalt der Verfassung damit gefährdet. Indem Verfassungsrechtsprechung diesen Gefährdungen entgegenwirkt und damit sowohl die Funktionsbedingungen einer Demokratie wie auch die gesellschaftlichen Akzeptanzbedingungen einer Verfassung sichert, kommt ihr eine spezifisch konsensstiftende Leistung zu (Ebd.: 145).

---

<sup>14</sup> Vgl. exemplarisch die Kritik bei Tribe 1980: 1064. Ebenso Brest 1981: 142, der strikt verfahrensorientierte Modelle als *perpetuum mobile* der Verfassungstheorie bezeichnet.

Diese Leistung erfüllt sie vor allem dadurch, dass sie aus der Verfassung geeignete Verfahren demokratischer Meinungs- und Willensbildung ableitet und somit dafür Sorge trägt, dass Offenheit und Alternativität demokratischer Mehrheits-herrschaft unter sich ständig verändernden Umweltbedingungen möglich bleiben, ohne dass dabei die substanziellen Elemente preisgegeben werden, die der Kontingenz politischer Entscheidbarkeit entzogen sein sollen (Vorländer 1981: 272). Anders formuliert: Durch die Anpassung der prozeduralen und substanziellen Elemente der Verfassung an die faktischen Legitimationsbedingungen einer Mehrheitsdemokratie sichert die Verfassungsrechtsprechung zugleich auch die Geltungsbedingungen für die Normativität der Verfassung als gesellschaftliches Konsensprinzip. Unter dem – hier ausschließlich interessierenden – Aspekt des demokratischen Prozesses bestehen diese Bedingungen darin, „dem demokratischen Prozess so wenig Regelungsmaterien wie nur eben möglich zu entziehen“ (Ebd.: 273) und gleichzeitig die demokratischen Verfahren bereitzustellen, die für eine pluralistische Meinungs- und Entscheidungsfindung notwendig sind.<sup>15</sup>

Aus diesen allgemeinen Überlegungen über das Verhältnis zwischen Verfassung, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit heraus soll nun im Folgenden erklärt werden, warum sich im konkreten Fall der Bundesrepublik Deutschland die Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts als eine angewandte Demokratietheorie verstehen lässt.

## 2.2 Die angewandte Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts

Bisher wurde herausgearbeitet, dass der Beitrag der Verfassungsrechtsprechung zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Konstitutionalismus und Demokratie darin besteht, die normativen Elemente der Verfassung – sowohl in substanzieller wie auch in prozeduraler Hinsicht – an die faktischen Geltungsbedingungen der sozialen Wirklichkeit beständig zu aktualisieren, um ihre Offenheit, ihre Konsensfähigkeit und damit zugleich ihre Demokratiekompatibilität zu bewahren. Diese Anpassungsleistung begründet den „angewandten“ Charakter der demokratietheoretischen Argumentationsweise des Gerichts. Angewandt ist sie nicht allein aufgrund der Unplausibilität der Annahme, das Gericht besitze eine für die Rechtsprechung entworfene und durchgehend vorhandene Demokratietheorie.<sup>16</sup> Angewandt ist sie auch dadurch, dass sich die demokratietheoretischen Argumente des Gerichts erst aus ihrer Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt heraus ergeben. Indem, wie bereits oben herausgearbeitet wurde, das

---

<sup>15</sup> Aus diesem Grund ist es auch missverständlich, jeden Grundrechtsschutz als demokratiefunktional förderliche Entscheidung des Gerichts zu kategorisieren. So aber Kneip 2011: 240.

<sup>16</sup> Vgl. die Kritik dieser Annahme bei Voßkuhle 2013: 371f.

Verfassungsrecht in seiner normativen Geltungskraft von den faktischen Lebensverhältnissen bedingt ist, darf eine Verfassungsinterpretation an diesen nicht vorübergehen: „Sie hat“, um nochmals Konrad Hesse zu zitieren, „diese Bedingtheiten zu erfassen und zu dem normativen Gehalt des Verfassungssatzes in Beziehung zu setzen“, denn um die Konsensfunktion der Verfassung aufrechtzuerhalten, ist diejenige Interpretation geboten, „die unter den konkreten Bedingungen der gegebenen Sachlage den Sinn der normativen Regelung optimal verwirklicht“ (Hesse 1959: 15) Eine demokratietheoretische Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss sich also zunächst an einer faktischen und eine normativen Dimension orientieren, die, wie im Folgenden nacheinander zu zeigen sein wird, um eine fiktionale Dimension ergänzt wird.

### 2.2.1 Die erste Analyseebene: Faktische Problemkonstellationen

Ist die Normativität der Verfassung durch die faktische Umstände konditioniert, so muss die Verfassungsrechtsprechung diese Geltungsbedingungen in seine Argumentationsweise einbeziehen. Oben wurde gezeigt, dass diese Geltungsbedingungen unter dem Aspekt des demokratischen Prozesses – um den es hier allein geht – darin bestehen, dem Verfügungsbereich des demokratischen Gesetzgebers so wenig Sachbereiche wie möglich zu entziehen und zugleich die Verfahrensbedingungen bereitzustellen, um eine demokratische Gestaltung der verfügbaren Sachbereiche zu ermöglichen. Die faktischen Geltungsbedingungen werden für die Verfassungsrechtsprechung also immer dann virulent, wenn es entweder strittig ist, ob bestimmte Sachbereiche dem Kontingenzbereich einer demokratischen Mehrheitsentscheidung überhaupt zugänglich sein sollen, oder wenn der zu dieser Mehrheitsentscheidung hinführende demokratische Prozess blockiert oder manipuliert zu werden droht. Auf den unterschiedlichen verfassungsprozessualen Wegen – über die Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), den Organstreit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG), die abstrakte oder konkrete Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und Art. 100 Abs. 1 GG) oder über andere Verfahren wie Wahlprüfungsverfahren (Art. 41 Abs. 2 GG) und Bundesländer Streitigkeiten (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG) – wird das Bundesverfassungsgericht dann Adressat von Problemkonstellationen, in denen der demokratische Entscheidungsprozess auf institutioneller bzw. auf gesellschaftlicher Ebene an Defiziten leidet oder wenn staatliches Handeln die Grenzen seines Verfügungsbereiches überschreitet. Die im Verlauf der Untersuchung zu behandelnden faktischen Problemkonstellationen beziehen sich folglich auf die *Verfahrensbedingungen des demokratischen Prozesses* und auf die *sachliche Reichweite demokratischer Mehrheitsentscheidungen*.

Im Verlauf der Demokratieentwicklung<sup>17</sup> der Bundesrepublik Deutschland lassen sich eine Vielzahl solcher Problemkonstellationen finden, sowohl auf staatsorganisationsrechtlich-institutioneller wie auch auf gesellschaftspolitischer Ebene. Sie ergeben sich aus den strukturellen Wandlungsprozessen der politischen, sozialen und ökonomischen Verhältnisse, die sich in den unterschiedlichen Phasen der Demokratiegeschichte auf unterschiedlichen Ebenen und mit unterschiedlichen Dynamiken vollzogen. Sie in ihrer Gesamtheit, ihrer Komplexität und in ihren wechselseitigen Beziehungsgeflechten zu rekonstruieren würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Sie muss sich notwendigerweise einer analytisch groben Phaseneinteilung der Demokratiegeschichte bedienen, die sich an drei Leitbegriffen orientiert: Stabilisierung, Pluralisierung und Internationalisierung.<sup>18</sup> Die Begründung dieser Phaseneinteilung ergibt sich daraus, dass mit ihrer Hilfe unterschiedliche Kontextbedingungen der Rechtsprechung sichtbar gemacht werden können. So wurden in allen drei Phasen unterschiedliche Verfassungskonflikte ausgetragen: Die Stabilisierungsphase der 1950er und 1960er Jahre war von der Etablierung der Parteienlandschaft, der Spannung zwischen Westintegration und Wiedervereinigung, der Remilitarisierung Deutschlands und damit zugleich von der Frage nach dem Verhältnis der Deutschen zu ihrer Vergangenheit geprägt. Die Pluralisierungsphase der 1970er und 1980er Jahre hingegen kennzeichneten soziomoralische Gesellschaftskonflikte, die sich aus der Politisierung unterschiedlicher Lebensbereiche, aus risikotechnologischen Wandlungsprozessen und aus der Pluralisierung des Parteienspektrums ergaben. Die Phase seit 1990 schließlich war von den gesellschaftlichen und institutionellen Nachwirkungen der Wiedervereinigung sowie vom Europäischen Integrationsprozess geprägt. In allen drei Phasen änderten sich die Anwendungsbedingungen der demokratietheoretischen Argumentationsweise des Gerichts, weil die Verfassung Bezugspunkt unterschiedlicher Konfliktstrukturen war. Unterschiedliche Geltungsbedingungen der Verfassung – und damit zugleich auch unterschiedliche Akzeptanzbedingungen der Verfassungsrechtsprechung – lassen sich somit in den Blick nehmen.

Die Untergliederung der Arbeit entlang der drei oberflächlich gesetzten Stichworte „Stabilisierung, Pluralisierung und Internationalisierung“ ist zugegebenermaßen nicht trennscharf und soll daher allein als heuristisches Instrument zur Strukturierung der Analyse dienen. Sie hat hierbei zwei Vorteile: Zum einen bietet sie eine sinnvolle chronologische Betrachtung der demokratiegeschichtlichen Entwicklung der Bundesrepublik, um den Wandel der Bedingungsverhältnisse demokratiekompatibler Verfassungsrechtsprechung angemessen in den Blick nehmen zu können. Zum anderen machen die drei Phasenentwicklungen

---

<sup>17</sup> Zum Begriff der Demokratieentwicklung siehe Greven 2001: 23.

<sup>18</sup> Hierbei orientiert sich die Untersuchung an der Phaseneinteilung von Wolfrum 2006: 11 ff.

Problemkonstellationen auf institutionen- und gesellschaftspolitischer Ebene sichtbar, in denen die Geltungsbedingungen für die Normativität der Verfassung berührt wurden. Es wird folglich keine Realanalyse der faktischen demokratiegeschichtlichen Entwicklung der Bundesrepublik angestrebt, sondern es soll nur dasjenige empirische Material aufgenommen werden, welches für eine Betrachtung der Anwendungsbedingungen der Rechtsprechung relevant ist. Aus diesem Grunde wird sich die Rekonstruktion der empirischen Sachverhalte auf die Informationen beschränken, die das Gericht selbst in der Darlegung des jeweiligen Streitgegenstandes thematisiert hat. Aus der Art und Weise, wie das Gericht eine Verknüpfung zwischen dem jeweiligen Sachverhalt und der in Frage stehenden Verfassungsnorm herstellt, ergibt sich, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, die normative Dimension der angewandten Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts.

### *2.2.2 Die zweite Analyseebene: Normative Begriffsbildung*

Definiert die faktische Dimension der Verfassungsrechtsprechung die Geltungsbedingungen der sozialen Wirklichkeit für die Normativität der Verfassung, so wird die normative Dimension dort sichtbar, wo das Verfassungsgericht eine Verknüpfung zwischen dieser sozialen Wirklichkeit und dem normativen Kern der Verfassung herstellt. Da es in dieser Untersuchung ausschließlich um Problemkonstellationen geht, welche die prozeduralen Bedingungen und die sachliche Reichweite des demokratischen Prozesses zum Gegenstand haben, ist der normative Kern im Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG zu suchen. Aufgrund seiner inhaltlichen Konturlosigkeit und Deutungsoffenheit bleibt es einer deduktiv-logischen Interpretation unzugänglich (Schnapp 2001: 2) und bietet allenfalls als Leitidee einen normativen Anknüpfungspunkt für die Rechtsprechung. Diese Leitidee wurde vom Gericht selbst mit einem normativen Kern ausgestattet, ohne den nicht sinnvoll von Demokratie gesprochen werden kann. Er findet sich in der Definition der freiheitlichen demokratischen Grundordnung,

die unter Ausschluss jeglicher Gewalt und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancen-

gleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition (BVerfGE 2, 1 ff.).

Die in dieser Formel zum Ausdruck gebrachten Elemente beschreiben das normative Postulat eines staatlichen und gesellschaftlichen Ordnungsprinzips, über das Einigkeit bestehen soll. Es lässt sich aufschlüsseln nach substanziellen und prozeduralen Elementen: Prozedurale Elemente sind das mit dem Volkssouveränitätsprinzip verbundene Recht auf die Ausübung von Wahlen (Art. 20 Abs. 2 GG), die Mehrheitsentscheidung (Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 53 Abs. 3 S. 1 GG), die Chancengleichheit der Parteien (Art. 20, 21 i.V.m. Art. 3 GG), das Recht auf Oppositionsausübung (Art. 5 GG)<sup>19</sup> sowie die Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 20, 21 i.V.m. 3, 5, 8, 9, 17 GG). Substanzielle Elemente hingegen finden sich vor allem im Prinzip der Menschenwürde (Art. 1 und 2 GG)<sup>20</sup> und den Grundrechten, die sowohl Handlungsverbote, Schutzpflichten oder Handlungsgebote des Gesetzgebers begründen können. Der Normbestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung enthält folglich sowohl prozedurale Mitwirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten als auch substanzielle Handlungspflichten als funktionelle Grundlagen einer Demokratie.

Aufgrund der bereits oben thematisierten Unmöglichkeit der klaren Trennung zwischen prozeduralen und substanziellen Elementen der Verfassung hat die hier vorgenommene Unterteilung einen rein heuristischen Charakter: Beide Elemente wirken sowohl demokratiekonstituierend als auch demokratieregulierend. Die substanziellen Elemente des demokratischen Grundkonsenses setzen dem demokratischen Prozess normative Zielvorgaben und benötigen zugleich die prozeduralen Elemente, um eine demokratische Gestaltung dieser Vorgaben durch eine Mehrheitsentscheidung zu gewährleisten. Umgekehrt verlangen die prozeduralen Elemente wie beispielsweise die Meinungsfreiheit die substanzielle Geltung von Grundrechten als Verfahrensregeln (Goerlich 1981).

In den vorstehend beschriebenen faktischen Problemkonstellationen verfügt das Gericht, indem es sich auf diesen normativen Kern bezieht, über unterschiedliche Handlungsoptionen. Es kann den prozeduralen Gehalt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung verwenden, um den demokratischen Prozess durch *Öffnung* oder *Schließung* zu regulieren. Auf diesem Wege kann es sicherstellen, dass sich möglichst viele Positionen und Meinungen im demokratischen Prozess artikulieren können, Zugang zum Willensbildungsprozess finden und um pluralistischen Konkurrenzkampf fair berücksichtigt werden. Oder aber das Ge-

---

<sup>19</sup> Zu Art. 5 GG als Konkretisierungsnorm der allgemeinen Oppositionsfreiheit vgl. Schneider 1974: 335 ff.

<sup>20</sup> Zur Einordnung der Menschenwürde als verfassungsmäßige Voraussetzung und programmatische Zielsetzung der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes vgl. Maihofer 1994: 490ff.

richt nutzt den substanziellen Gehalt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, um den einer demokratischen Mehrheitsentscheidung überhaupt zugänglichen Handlungsraum im Namen der Demokratie selbst entweder zu begrenzen oder aber ihn auf ganz bestimmte Bereiche zu fixieren, den Gesetzgeber also auf Handlungen zu verpflichten. Das Gericht kann also mithilfe des Begriffsinstrumentariums der freiheitlichen demokratischen Grundordnung darüber entscheiden, in welcher prozeduralen Form demokratisch entschieden werden *kann*, was nicht demokratisch entschieden werden *darf* und was demokratisch entschieden werden *muss*. Letztere Handlungsoption ist damit die Konsequenz des Wandels staatlicher Aufgabenbereiche von der Ordnungsbewahrung zur Ordnungsgestaltung. Das Gericht kann also, zugespitzt gesagt, sowohl demokratiebewahrend wie auch demokratiegestaltend tätig werden. Im ersten Fall werden bestimmte Sachbereiche aus dem demokratischen Prozess herausgenommen und unter den Schutz der Verfassung gestellt (Holmes 1995: 166). Im zweiten Fall wird der Gesetzgeber dazu verpflichtet, bestimmte Sachbereiche demokratisch zu gestalten. Der erste Fall beschreibt damit eine *Ausgrenzung* dessen, was *nicht* demokratisch entschieden werden *soll*, wohingegen der zweite Fall eine *Eingrenzung* dessen beschreibt, was demokratisch entschieden werden *muss* (Luhmann 1973: 165). In beiden Fällen handelt es sich um eine Einschränkung des Kontingenzspielraumes demokratischer Gestaltung, weshalb in beiden Fällen von einer substanziellen Grenzziehung zu sprechen ist.<sup>21</sup>

Unter Bezugnahme auf den normativen Gehalt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sind dem Gericht also unterschiedliche Handlungsoptionen möglich, mit denen es auf die faktischen Problemkonstellationen reagieren und entweder die Verfahrensbedingungen des demokratischen Prozesses oder die sachliche Reichweite demokratischer Mehrheitsentscheidungen regulieren kann. Mit den Optionen Öffnung / Schließung des demokratischen Prozesses bzw. Ausgrenzung / Eingrenzung der Reichweite von Mehrheitsentscheidungen konnte das Gericht folglich die prozessuale Offenheit und die inhaltliche Geschlossenheit der Verfassung im demokratiegeschichtlichen Verlauf der Bundesrepublik an die Geltungsbedingungen für ihre Normativität anpassen. Diese bestehen darin, wie bereits oben gezeigt, dass die prozeduralen Elemente der Verfassung für den gesellschaftlichen Wandel hin offen gehalten werden, ohne dabei diejenigen substanziellen Elemente entweder preiszugeben oder übermäßig auszuweiten, die dem Kontingenzspielraum demokratischer Mehrheitsentscheidung entzogen sein sollen. Durch diese normative Leistung ermöglicht das Gericht zugleich die beständige Offenhaltung gesellschaftlicher Handlungsmöglichkeiten,

---

<sup>21</sup> Unter kontingenztheoretischen Gesichtspunkten können Entscheidungen des Gerichts also sowohl die Negation der Negation der Unmöglichkeit als auch die Negation der Negation der Notwendigkeit einer Mehrheitsentscheidung darstellen. Vgl. dazu Esposito 2012: 40.

indem es die prozeduralen Rahmenbedingungen dieser Handlungsmöglichkeiten sicherstellt. Erst unter diesen Bedingungen kann Demokratie, mit Luhmann gesprochen, die ihr spezifische Leistung erfüllen: „Erhaltung der Komplexität trotz laufender Entscheidungsarbeit, Erhaltung eines möglichst weiten Selektionsbereiches für immer wieder neue und andere Entscheidungen“ (Luhmann 2007: 40; vgl. auch Ebsen 1985: 228f.). Anders formuliert: Der demokratieregulative Beitrag der Verfassungsrechtsprechung besteht in der Aufrechterhaltung des demokratischen Prozesses, verstanden als die institutionalisierte Möglichkeit von Entscheidungsalternanzen unter Bedingungen gesellschaftlicher Kontingenz.

Wie im Verlauf der empirischen Untersuchung zu zeigen sein wird, hat das Bundesverfassungsgericht das für diese Regulierungsleistung notwendige normative Vokabular seiner demokratiebezogenen Rechtsprechung im Kontext unterschiedlicher faktischer Problemkonstellationen auch ausgeweitet und auf dem Wege der normativ-juristischen Begriffsbildung modifiziert. Diese Anpassungsleistungen erfolgten in den Urteilen auf der Maßstabsebene, die sich unterhalb der Konkretisierungsstufe der angewandten, generell-abstrakten Verfassungsnorm, aber oberhalb der Konkretisierungsstufe der rechtsprechenden, individuell-konkreten Entscheidung liegt (Lepsius 2011: 175). Auf dieser vom Gericht selbst etablierten normativen Zwischenebene gelingt es, den normativen Vorrang der Verfassung institutionell auf die Tätigkeit des Gerichts auszuweiten und ihn gleichzeitig inhaltlich zu ergänzen. So entstand beispielsweise – um eine aktuelle Entscheidung des Gerichts zu zitieren – der normative Begriff des „öffentlichen Forums“ durch eine Verknüpfung der in Art. 5 Abs. 1 GG garantierten Meinungsfreiheit mit den Bedingungen seiner Anwendung im Rahmen teilprivatisierter Plätze (BVerfGE 128, 226). Die faktische Bedingtheit des Normativen wird auf der Maßstabsebene aufgefangen und zugleich verschleiert.

Die Ebene der Maßstabssetzung ist also der Ort, an dem das Bundesverfassungsgericht sein normatives Begriffsarsenal zur Regulierung der Verfahrensbedingungen des demokratischen Prozesses und der sachlichen Reichweite demokratischer Mehrheitsentscheidungen entwickelt. Es bleibt dabei unangreifbar gegenüber den Vorgaben der Rechtsdogmatik oder den konkreten Anwendungsbedingungen des Einzelfalls. Aus den einzelnen Problemkonstellationen heraus, so wird die empirische Analyse zeigen, entwickelte das Gericht auf dieser Maßstabsebene die normativen Eckpunkte seines demokratietheoretischen Koordinatensystems. Erst dadurch wird die oben herausgearbeitete Regulierungstätigkeit des Gerichts möglich, die darin besteht, den demokratischen Prozess durch Öffnungen und Schließungen zu regulieren und die sachliche Reichweite demokratischer Mehrheitsentscheidungen durch Aus- und Eingrenzungen zu fixieren. Darüber hinaus wird es dem Gericht auf der Maßstabsebene auch möglich, sich selbst eine Rolle zuzuschreiben und die eigene Rechtsprechungspraxis auf die-

sem Wege zu legitimieren. Das lenkt den Blick auf die dritte Analyseebene der Untersuchung.

### 2.2.3 Die dritte Analyseebene: Fiktionale Hilfsbegriffe

Bisher wurde gezeigt, dass eine Betrachtung der demokratiebezogenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowohl die faktischen Problemkonstellationen als auch die normativen Argumentationsinstrumentarien in den Blick nehmen muss. Als faktische Problemkonstellationen wurden solche bezeichnet, in denen die *Verfahrensbedingungen des demokratischen Prozesses* und die *sachliche Reichweite demokratischer Mehrheitsentscheidungen* strittig sind. Die normativen Argumentationstopoi ermöglichen es dem Gericht in diesen Fällen, den demokratischen Prozess zu *öffnen* oder zu *schließen* und die sachliche Reichweite demokratischer Verfügbarkeit *ein-* oder *auszugrenzen*. Das Gericht schränkt also den Kontingenzspielraum demokratischer Mehrheitsentscheidung ein, indem es über die Geltung demokratisch gesetzten Rechts entscheidet und den Primat demokratischer Mehrheitsbeschlüsse in Frage stellt. Durch diese Tätigkeit verschärft sich nun die im Demokratieprinzip selbst angelegte Legitimationsproblematik des Gerichts: Besonders in den Momenten, in denen es den Verfügungsbereich demokratischer Mehrheits Herrschaft eingrenzt, wird es einem politischen Legitimationsdruck ausgesetzt und muss eine Antwort auf die Frage finden, worauf sich die Geltung der eigenen Entscheidung gründet und warum sie gegenüber der Geltung des demokratischen Mehrheitsbeschlusses als vorrangig zu betrachten ist. Um also einen Sachverhalt der Disposition der demokratischen Mehrheit zu entziehen, muss das Gericht diesen Sachverhalt als demokratisch unentscheidbar darstellen und zugleich die eigene Entscheidung als die verlässlichere plausibilisieren, damit ihr Legitimität zugeschrieben wird. Anders gesagt: Das Gericht muss die Kontingenz der *eigenen* Entscheidung invisibilisieren, um die Akzeptabilität seiner Entscheidung zu sichern und den eigenen Standort zu legitimieren (Vorländer 2005: 121f. ; Vorländer 2011; vgl. zu Strategien der Kontingenzverschleierung auch Greven 2010). Das lenkt den Blick auf die dritte, als fiktional zu bezeichnende Dimension seiner Rechtsprechung.

Der Begriff des Fiktiven bzw. der Fiktionalität<sup>22</sup> bedarf hier einiger Erläuterungen. Er ist nicht zu verwechseln mit dem literaturwissenschaftlichen Begriff der Fiktionalität bzw. des Fiktiven, der von einer ausbleibenden Entsprechung

---

<sup>22</sup> Die Begriffe „Fiktionalität“, „Fiktion“ und „Fiktivität“ werden im Folgenden gleichbedeutend verwendet.

eines Textes mit der Realität ausgeht<sup>23</sup> oder mit dem philosophischen Begriff der Fiktion als Vernunftidee.<sup>24</sup> Abzugrenzen ist er auch von einem erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriff im Sinne eines vorübergehenden Hilfsbegriffes zur Erkenntnis von Wirklichkeit (Vaihinger 1920). Er ist ausschließlich im pragmatischen, anwendungsbezogenen Zusammenhang der Rechtsprechung zu verstehen. Dabei ist er aber keineswegs völlig gleichzusetzen mit dem in der Rechtspraxis üblichen Begriff der Rechtsfiktion, die einen Sachverhalt als gegeben unterstellt, um ihn rechtlich behandeln zu können.<sup>25</sup> Eine Rechtsfiktion in diesem streng rechtswissenschaftlichen Sinne beschreibt einen Vorgang der Fremdzuschreibung von Sachverhalten (Weber 2004: 469), wohingegen Fiktionalität im hier verwendeten Sinne einen Vorgang der *Selbstzuschreibung* bezeichnet. Fiktionalität ist daher auch nicht völlig deckungsgleich mit seinem Gebrauch im institutionentheoretischen Kontext, in dem er als „institutioneller Mechanismus“ einen Zusammenhang zwischen Geltungsbehauptung und Durchsetzungsansprüchen einer Institution herstellt (Schaal 2003: 220; vgl. ferner Rehberg 1998). Fiktionalität im institutionentheoretischen Sinne müsste sich auf die Invisibilisierung der Kontingenz des Institutionellen beziehen, in diesem Fall auf die Institution des Bundesverfassungsgerichts. Da nun die vorliegende Untersuchung den Fokus nicht auf eine umfassende Betrachtung des Gerichts als Institution, sondern allein auf die demokratieregulativen, die Normativität der Verfassung als institutionelle Ordnung stützenden Gehalte der Rechtsprechung setzt, muss der Begriff der Fiktionalität entsprechend eingegrenzt werden: Fiktionalität im hier verwendeten Sinne stützt die Normativität des Gerichts in den Momenten, in denen es den demokratischen Handlungsspielraum durch seine Entscheidungen eingrenzt. Es werden also die fiktionalen Elemente in der Argumentationsweise der Rechtsprechung untersucht, die in den Entscheidungen selbst zu finden sind, sich aus den jeweiligen faktischen Problemkonstellationen ableiten und dabei helfen, die Kluft zwischen Faktizität und Normativität zu überbrücken und dabei die institutionelle Geltung der mit der Verfassung identifizierten Ordnungsvorstellungen ermöglichen.<sup>26</sup> Als fiktional sollen im vorliegenden Zusammenhang daher aus-

---

<sup>23</sup> Zur Vielfalt der Begriffsbestimmungen im literaturwissenschaftlichen Kontext siehe Zipfel 2001: 14ff.

<sup>24</sup> Zum Fiktionsbegriff in der Philosophie vergleiche Ritter 1972: 951ff.

<sup>25</sup> So etwa die Verwendung von fingierten Tatbeständen im Zivilrecht: die Erbfähigkeit des *Nasciturus*, die fingierte Willenserklärung eines Schuldners oder die Annahme als Kind bei ausgesprochener Adoption. Zur Verwendung von Fiktionen öffentlichen Recht vergleiche die umfassende Studie zur Bedeutung der Rechtsfiktion im Prozess der Rechtsgewinnung von Jachmann 1998.

<sup>26</sup> Eine umfassendere, institutionentheoretische Untersuchung des Fiktionalen als Legitimationsresource des Bundesverfassungsgerichts müsste auch solche Strategien der Kontingenzinvisibilisierung in den Blick nehmen, die sich außerhalb der Gerichtsentscheidung finden lassen. Als Beispiele wären hier die Öffentlichkeitsarbeit des Gerichts, die Stellungnahmen gegenüber Medien sowie die Architektur des Gerichtsgebäudes zu nennen. Vgl. Vorländer: 2005: 121ff.

schließlich solche *begrifflichen Hilfskonstruktionen verstanden werden, mit denen das Gericht sein konkretes Handeln, seine Entscheidungen, plausibilisiert*. Fiktionale Elemente sind gleichsam als kommunikative Begründungsleistungen des Gerichts gegenüber seinen Entscheidungsadressaten zu verstehen. Fiktionalität als analytischer Begriff hat demzufolge keinen juristischen, erkenntnistheoretischen oder institutionentheoretischen, sondern in erster Linie einen pragmatischen Aussagegehalt (Kelsen 1919: 638f)<sup>27</sup>: Er leitet sich aus der Lösung praxisbezogener, faktischer Probleme ab. Das Fiktive dient dazu, die faktische Bedingtheit des Normativen zu plausibilisieren und eine innere Kohärenz der Entscheidung herzustellen.

Eine wesentliche Voraussetzung dieser Kohärenz liegt in der Fähigkeit des Gerichts, eine Antwort auf das Legitimationsproblem zu finden, das in einer den Mehrheitswillen beschränkenden Entscheidung sichtbar wird. Denn nur wenn die instrumentelle, demokratieregulative Tätigkeit des Gerichts auch akzeptiert wird, kann sie die Normativität der Verfassung als konsensgestützte Ordnungsidee stützen. Das Fiktive im hier verwendeten Sinne liegt damit – ähnlich wie in der Rechtstheorie Hans Kelsens – in der Art der *Selbstzuschreibung von demokratischer Verantwortlichkeit*, die für rechtlich relevantes Handeln notwendig ist. Nicht nur der Staat als Rechtsfigur (Kelsen 1960: 293ff; Kelsen 1981: 35), sondern auch die parlamentarische Repräsentation wurde von Kelsen als Fiktion bezeichnet, um auf die Differenz zwischen repräsentiertem Volk und repräsentierenden Parlament aufmerksam zu machen: „Glaubt man das Wesen der Repräsentation darin zu sehen, dass der Wille des Repräsentanten der Wille des Repräsentierten ist, dass der Repräsentant mit seiner Aktion nicht den eigenen, sondern den Willen des Repräsentierten realisiert“, so Kelsen, dann „ist das eine Fiktion, selbst dann, wenn der Wille des Repräsentanten durch den Willen des Repräsentierten mehr oder weniger gebunden ist“ (Kelsen 1960: 302) Kelsen ging es dabei nicht um die Beseitigung dieser Fiktionen, sondern er betrachtete sie als notwendige Funktionsbedingung des repräsentativen Parlamentarismus (van Ooyen 2003: 112; vgl. auch Dreier 1997). Die Voraussetzung war allein, „dass man sich der Natur der Zuschreibung bewusst ist“ (Kelsen 1960: 303) und keiner Vorstellung identitär gedachter Repräsentation verfällt. Der Gebrauch der Fiktion verlange also Fiktionsbewusstsein (Speth 1997: 132) und müsse den Parlamentarismus „vom Standpunkt der Volkssouveränität legitimieren“ (Kelsen 1981: 31).

Die Untersuchung geht nun von der Annahme aus, dass sich auch das Bundesverfassungsgericht als Institution, ebenso wie das Parlament, solcher selbstzuschreibenden und geltungsnotwendigen Fiktionen bedienen muss, um das

---

<sup>27</sup> Zur Einordnung der Denkfigur der Fiktion in den deutschen und amerikanischen Pragmatismus vgl. Klaus Ceynowa 1993.

eigene Handeln demokratietheoretisch zu plausibilisieren und der parlamentarischen Mehrheitsentscheidung substanzielle und prozedurale Grenzen zu setzen. Um also rechtlich handlungsfähig zu werden und die normativen demokratietheoretischen Begriffstopoi auch anwenden zu können, muss das Gericht sich gleichsam selbst in seiner eigenen Argumentation demokratietheoretisch plausibel verorten, sich selbst eine angemessene Rolle zuschreiben.<sup>28</sup> Es muss sich, anders gesagt, in einen Verantwortungszusammenhang gegenüber dem Parlament und den Bürgern setzen, um die Geltung der eigenen Entscheidung und damit die Legitimität des eigenen Handelns zu begründen. Die fiktionalen Elemente der Rechtsprechung sind daher als begriffliche Hilfskonstruktionen auch Bestandteile der impliziten oder expliziten Kommunikation des Gerichts mit den Entscheidungsadressaten und lassen sich daher nur als kontextgebundene Phänomene sichtbar machen: „Der Gebrauch entscheidet darüber, was das Fiktive ist“ (Speth 1997: 113; vgl. auch Iser 1983: 548). Mit der Situationsgebundenheit des Fiktiven ist somit zugleich auch eine performative Dimension der Rechtsprechung beleuchtet: Die fiktionalen Elemente beschreiben solche argumentativen Muster des Gerichts, in denen es sich gegenüber seinen Adressaten im Modus des „Als-Ob“ verhält und sind somit auch als „Probierbewegungen“ zu verstehen (Iser 1983: 555), mit denen das Gericht die Grenzen demokratiekompatibler Rechtsprechung austesten kann.

Der hier verwendete Bedeutungsgehalt des Fiktiven bezieht sich also allein auf die Rechtspraxis, die nicht auf Erkenntnis, sondern auf eine konkrete Handlung des Gerichts abzielt.<sup>29</sup> Fiktionen gehören gleichsam zum Handwerkszeug der angewandten Demokratietheorie des Gerichts und ermöglichen es, einen Legitimationszusammenhang gegenüber der Öffentlichkeit herzustellen, auf den es zur Akzeptanz seiner Entscheidungen angewiesen ist. Das Gericht stellt also durch fiktionale Hilfskonstruktionen selbst die Bedingungen her, die es in den unterschiedlichen faktischen Problemkonstellationen zur Ausübung seiner demokratieregulativen Tätigkeit bedarf und kann dabei langfristig auch den normativen Gehalt des demokratischen Grundkonsenses modifizieren. Die faktische, die normative und die fiktionale Dimension der Verfassungsrechtsprechung lassen sich folglich nicht trennscharf voneinander unterscheiden, sondern gehen ineinander über: Normative und fiktionale Elemente der Rechtsprechung ergeben sich gleichermaßen aus der Lösung von faktischen Handlungsproblemen. Das bedeutet auch: Im Verlauf seiner demokratietheoretischen Argumentationsweise entwickelt das Gericht zugleich Elemente eines rechtsprechungskompatiblen

---

<sup>28</sup> Zur Rollenselbstzuschreibung des Bundesverfassungsgerichts siehe auch Boulanger 2013: 69.

<sup>29</sup> Zur Unterscheidung von Fiktionen in der Rechtstheorie und der Rechtspraxis vgl. nochmals Kelsen 1919: 638.

Demokratiebegriffes, um handlungsfähig zu bleiben.<sup>30</sup> Auch die fiktionalen Elemente werden sich daher auf der nur dem Gericht zugänglichen normativen Zwischenebene der Maßstabildung finden lassen und bewegen sich gleichermaßen zwischen konkretem Lebenssachverhalt und angewandter Norm.

#### 2.2.4 Zwischenfazit

Die begrifflich-analytische Differenzierung zwischen faktischen, normativen und fiktionalen Dimensionen der Rechtsprechung ermöglicht es, drei Momente der Entscheidungsbildung hervorzuheben, die für eine Untersuchung der demokratiethoretischen Argumentationsweise des Gerichts relevant sind: Erstens die vom Gericht zu behandelnden *faktischen Problemkonstellationen*, die sich auf die Verfahrensbedingungen des demokratischen Prozesses oder die sachliche Reichweite von demokratischen Mehrheitsentscheidungen beziehen. Zweitens die dem Gericht zur Verfügung stehenden *demokratieregulativen Handlungsoptionen*, die unter Verweis auf den normativen Gehalt des demokratischen Grundkonsenses eine Regulierung der Kanäle des demokratischen Prozesses oder eine Eingrenzung des sachlichen Kontingenzspielraumes demokratischer Mehrheitsentscheidungen zulassen und damit eine „Institutionalisierung von Machtwechselchancen“ ermöglichen.<sup>31</sup> Und drittens letztlich die *fiktionalen Begriffskonstruktionen*, die explizite oder implizite Selbstzuschreibungen des Gerichts beinhalten und es damit in den jeweiligen Problemkontexten handlungsfähig machen. Aus diesen drei Bestimmungsfaktoren der Entscheidungssituation heraus soll die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im empirischen Teil der Untersuchung rekonstruiert werden.

### 2.3 Operationalisierung der empirischen Analyse

Die bisher vorgenommenen analytischen Differenzierungen lassen sich nun als inhaltlicher Filter für die Auswahl der zu untersuchenden Entscheidungen operationalisieren. Ein solcher Filter ist unbedingt notwendig, da der Untersuchungszeitraum die gesamte Tätigkeit des Gerichts von 1951 bis 2014 umfasst und die inzwischen zu 133 Bänden angewachsene amtliche Entscheidungssammlung über 3000 Urteile enthält. Die Auswahl der Entscheidungen erfolgt daher nach

---

<sup>30</sup> Ähnlich stellt Dominique Rousseau am Beispiel des französischen Conseil Constitutionnel fest: „The control of the constitutionality of laws is legitimate because it produces a definition of democracy that legitimates it.“ Rousseau 1993: 795.

<sup>31</sup> Schneider: Die parlamentarische Opposition, S. 410.

zwei Filterungsschritten, die sich aus den faktischen Sachverhalten sowie dem Tenor und dem Begründungsaufwand der Urteile ergeben.

Der erste Filter der empirischen Analyse ergibt sich aus der oben herausgearbeiteten faktischen Dimension der demokratieregulativen Rechtsprechung des Gerichts. So werden nur solche Entscheidungen untersucht, die sich mit solchen Problemkonstellationen auseinandergesetzt haben, in denen entweder die Verfahrensbedingungen des demokratischen Prozesses oder die sachliche Reichweite demokratischer Mehrheitsbeschlüsse Gegenstand des zu behandelnden Sachverhaltes waren.

Im ersten Fall kommen folglich solche Entscheidungen mit einem Bezug zum Wahlvorgang, zur Chancengleichheit der Parteien, zum Recht auf Oppositionsausübung sowie der Meinungs-, Rede- und Versammlungsfreiheit in Frage. Die dort behandelten Problemkonstellationen beziehen sich also auf den prozeduralen Gehalt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und treten dort auf, wo der demokratische Prozess sowohl auf staatlich-institutioneller oder auf gesellschaftlicher Ebene durch legislative, exekutive oder judikative Maßnahmen oder durch das Handeln anderer staatlicher oder gesellschaftlicher Akteure blockiert oder gestört zu werden drohte. Diese Sachverhalte berühren den Kern der Legitimitätsbedingungen einer demokratischen Ordnung und stellen zugleich eine Bedrohung für die oben herausgearbeitete Konsens- und geltungsstiftende Funktion der Verfassung dar. In ihnen ist eine demokratieregulative Tätigkeit der Rechtsprechung daher besonders gefragt.

Im zweiten Fall kommen nur solche Entscheidungen in Frage, in denen die sachliche Reichweite von Mehrheitsentscheidungen sowohl auf Bundes- wie auch auf Landesebene Gegenstand der gerichtlichen Auseinandersetzung war. In diesen Sachverhalten stand zur Diskussion, welche substanziellen Elemente der Verfassung dem Kontingenzspielraum politischer Mehrheitsbeschlüsse entzogen sein sollen. Das Gericht musste hier folglich über das angemessene Verhältnis zwischen Statik und Dynamik der Verfassung und damit über die Frage entscheiden, welche Regelungsmaterien dem demokratischen Prozess unzugänglich sein sollen oder mit welchen er sich ausdrücklich befassen muss. Berührt sind damit Problemkonstellationen der Verfassungswidrigkeit staatlichen Handelns und Unterlassens. Problematisch ist nun, dass diese Fallkonstellationen noch immer eine große Zahl an Entscheidungen zum Gegenstand der Analyse machen, die keineswegs allein demokratiefunktional relevante Sachverhalte betreffen: So musste das Gericht beispielsweise auch über eine Pflicht des Gesetzgebers zur Bekämpfung des Fluglärms (BVerfGE 56, 54ff.), zur Gestaltung des Erziehungsauftrages in der Schule (BVerfGE 47, 46ff) oder des privaten Ersatzschulwesens (BVerfGE 75, 40ff) entscheiden. Jenseits der Auswahl nach den vom Gericht zu behandelnden faktischen Sachverhalten muss daher ein zweiter Filter

zur Anwendung kommen, der sich an dem normativen Begründungsaufwand der Rechtsprechung orientiert.

Von der Gruppe der nach dem ersten Filterungsschritt in Frage kommenden Entscheidungen kommen nun in einem zweiten Schritt nur solche in den Fokus der Untersuchung, in denen das Gericht den demokratischen Prozess entweder prozedural öffnete bzw. schloss oder den Handlungsspielraum des gesetzgeberischen Handelns substanziell eingrenzte, indem es entweder Handlungsverbote oder Handlungsgebote formulierte. Die Auswahl erfolgte dabei sowohl anhand des Tenors der Entscheidungen als auch anhand der Begründungsweise. Die Tenorierungspraxis der Karlsruher Rechtsprechung differenziert sich nach Nichtigkeit-, Teilnichtigkeit- und Unvereinbarkeitserklärungen von Normen bzw. des Ausbleibens von Normen durch gesetzgeberisches Unterlassen, verfassungskonforme Auslegungen, Apellentscheidungen sowie Gesetzgebungsaufträge und Fristsetzungen (Schlaich/Korioth 2012: Rn 370ff.). Diese flexiblen Möglichkeiten der Tenorierung sind somit als das demokratieregulative Steuerungswerkzeug des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen (Kranenpohl 2010: 367; vgl. Gowron/Rogowski 2007). Im Kontext der Fragestellung kommt es bei der Auswahl der Entscheidungen zunächst darauf an, ob die jeweilige Tenorierung auf eine Öffnung bzw. Schließung des demokratischen Verfahrens und auf eine Eingrenzung des demokratischen Handlungsspielraumes abzielte, denn in diesen Fällen übte das Gericht seine oben herausgearbeitete demokratieregulative Funktion aus. Zu berücksichtigen ist nun, dass nicht allein die Tenorierung, sondern nach §31(I) BVerfGG auch die entscheidungstragenden Gründe Bindungswirkung haben und darüber hinaus selbst die obiter dicta – deren Abgrenzung von tragenden Gründen ohnehin unklar ist (Kranenpohl 2010: 385) – von der Öffentlichkeit als bindend wahrgenommen werden, somit also gleichfalls intendierte Steuerungsimpulse beinhalten. Jenseits des Tenors dient also auch die Art und Weise der Begründung als Auswahlkriterium.

Im Fall der substanziellen Eingrenzung demokratischen Handelns werden nun ausschließlich solche Entscheidungen untersucht, in denen das Gericht staatliche Handlungs- und Unterlassungspflichten unter expliziten Verweis auf die Funktionserfordernisse einer Demokratie und damit auf den Konsensgehalt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung begründete. In diesen Fällen nämlich bezog sich das Gericht auf die grenzziehende und die richtungsbestimmende Funktion der Verfassung und konnte demokratieunterstützend tätig werden, indem es beispielsweise demokratische Öffentlichkeitsdefizite ausglich oder demokratische Freiheitsrechte stärkte. Im Rahmen einer solchen „Pluralismusrchtsprechung“ (Häberle 1998: 136) besaß das Gericht die Möglichkeit, das gesetzgeberische Handeln durch Institutsgarantien, Staatszielbestimmungen oder Gesetzgebungsaufträge dazu verpflichten, prozedurale Beteiligungsmöglichkei-

ten aufzubauen und die Verfassung für den gesellschaftlichen Wandel offen zu halten. Ebenso konnte es den demokratischen Grundkonsens durch Handlungsverbote aufrechterhalten, indem es den öffentlichen demokratischen Willensbildungsprozess von bestimmten Sachfragen gerade entlastete und sie unter den Schutz der Verfassung stellte (vgl. Holmes 1993). Auch hier wurden nur solche Entscheidungen untersucht, in denen das Gericht der Mehrheitsherrschaft unter direktem Verweis auf die freiheitliche demokratische Grundordnung Grenzen setzte und damit eine Begründung formulierte, in der demokratische Gestaltungsfreiheit unter Verweis auf die normativen Funktionserfordernisse einer Demokratie eingeschränkt wurde.

Hinsichtlich der Art und Weise verfassungsgerichtlichen Begründens lässt sich nun zwischen verschiedenen Begründungsintensitäten entlang von zwei Leitdifferenzen unterscheiden: So kann eine Entscheidung hinsichtlich ihrer *substanziellen Begründungstiefe* entweder maximalistisch, also vollständig und tiefgehend oder aber nur minimalistisch, unvollständig und oberflächlich formuliert sein (Sunstein 1995; Sunstein 1999: 10; dazu Brodocz 2008). Im ersten Fall macht das Gericht grundsätzliche, theoretisch fundierte Aussagen über die Funktionserfordernisse einer Demokratie, im zweiten Fall hingegen verzichtet es auf diesen Begründungsaufwand. Ebenso kann eine Entscheidungsbegründung hinsichtlich ihrer *prozeduralen Reichweite* entweder nur minimalistisch und für den konkreten Einzelfall gelten, oder aber einen maximalistischen, grundsätzlichen Aussagegehalt beanspruchen und auch für zukünftige Fälle maßgeblich sein (Brodocz 2008: 180; Schäler 2016). In beiden Dimensionen des normativen Begründungsaufwandes der Rechtsprechung werden nur solche Entscheidungen zu untersuchen sein, die sowohl hinsichtlich ihrer Begründungstiefe als auch ihrer Begründungsreichweite maximalistisch formuliert worden sind. In diesen Entscheidungen musste das Bundesverfassungsgericht eine ausführliche demokratiethoretische Begründungsarbeit leisten, weshalb sie für die vorliegende Untersuchung einschlägig sind.

## 2.4 Fazit und Fortgang der Untersuchung

Durch die Anwendung der beiden oben genannten Filter gelangten ca. 200 Entscheidungen des Gerichts in den Fokus der empirischen Fallanalyse, von denen alle auf den drei analytischen Ebenen hinsichtlich ihrer demokratiethoretischen Begründungsweise untersucht wurden. Knapp über 80 von diesen Entscheidungen enthielten Begründungspassagen, die erkenntnisbringende Rückschlüsse über die Argumentationsweise des Bundesverfassungsgerichts erlaubten. Auf sie

wird im Verlauf der nachfolgend vorzunehmenden empirischen Analyse eingegangen werden.

Die Untersuchung der Entscheidungsbegründungen erfolgt nach chronologischer Gliederung entlang der drei demokratiegeschichtlichen Etappen der Bundesrepublik, die mit den heuristischen Leitbegriffen *Stabilisierung*, *Pluralisierung* und *Internationalisierung* etikettiert werden. Im Verlauf der einzelnen Kapitel werden diese pauschalen Bezeichnungen im Rahmen der Betrachtung der jeweiligen faktischen Problemkonstellationen durch differenziertere Definitionsmerkmale ergänzt. Insbesondere im dritten, die demokratiegeschichtliche Entwicklung Deutschlands seit den 1990er Jahren behandelnden Teil der empirischen Analyse wird beispielsweise auch auf den Umgang des Gerichts mit den Folgen der Wiedervereinigung einzugehen sein. Ebenso wird der zweite Teil, der sich mit den 1970er und 80er Jahren beschäftigt, auch Prozesse der gesellschaftlichen Politisierung mit in die Überlegungen einzubeziehen haben, da sie zu den prägenden faktischen Determinanten der demokratietheoretischen Argumentationsweise des Gerichts in dieser Zeitperiode gehörten. Im Verlauf der Analyse der einzelnen Rechtsprechungsetappen werden jeweils drei Aspekte behandelt: Thematisiert wird zunächst der vom Gericht zu behandelnde faktische Sachverhalt und die demokratiefunktionale Problemkonstellation, der sich das Gericht gegenüber sah. Anschließend wird anhand einer Untersuchung der Tenorierung und der Urteilsbegründung danach gefragt, auf welche Art und Weise das Gericht sich auf die normativen Grundlagen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bezog, dadurch demokratieregulativ tätig wurde und mit welchen konkreten demokratietheoretischen Argumenten es seine Entscheidungen begründete. Drittens schließlich sollen – wo vorhanden – diejenigen fiktionalen Begriffskonstruktionen der Rechtsprechung herausgefiltert werden, durch deren Selbstzuschreibungen das Gericht seine Handlungen plausibilisierte. Dadurch lassen letztlich auch Rückschlüsse über das jeweilige Rollenverständnis des Gerichts ziehen.



<http://www.springer.com/978-3-658-15318-2>

Hüter der Demokratie  
Die angewandte Demokratietheorie des  
Bundesverfassungsgerichts  
Wöhst, C.  
2017, IX, 254 S., Softcover  
ISBN: 978-3-658-15318-2