

KARL-HEINZ LADEUR

Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?



Mohr Siebeck

Karl-Heinz Ladeur

Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?



Karl-Heinz Ladeur

Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?

Deutschland, Europa, Nord- und Südamerika

Mohr Siebeck

Karl-Heinz Ladeur war Professor für Öffentliches Recht an den Universitäten Bremen und Hamburg sowie am Europäischen Hochschulinstitut, Florenz.

ISBN 978-3-16-160863-6 / eISBN 978-3-16-160864-3

DOI 10.1628/978-3-16-160864-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Das Buch setzt nach 40 Jahren eine im Jahre 1980 zusammen mit Friedhelm Hase veröffentlichte Untersuchung über „Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System“ fort. Es verbindet wie die frühere Arbeit verfassungstheoretische Überlegungen zur Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und anderen Ländern mit der konkreten Analyse von Entscheidungen, die als exemplarisch angesehen werden können. Entsprechend der weltweiten Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit ist der internationale Teil sehr viel umfangreicher geworden. Diese vergleichenden Fallstudien haben unterschiedlichen Umfang.

Leider konnte das Urteil des BVerfG zum Klimaschutz vom 24.3.2021 (Az.: 1 BvR 2656/19) im Text nicht mehr berücksichtigt werden. Es bestätigt eine im 1. Teil kritisierte Neigung, Sachverhalte unter Vernachlässigung der Bedingungen der neuen „Gesellschaft der Netzwerke“ als gesichert zu unterstellen. Zugleich wird die Unmittelbarkeit von Lebensinteressen der Einzelnen durch ein problematisches Recht auf Zuteilung von „Freiheitschancen“ geschützt, das eine antiinstitutionelle Komponente hat.¹

Ich danke Thomas Vesting (Goethe-Universität Frankfurt) und seinen Mitarbeitern für technische Hilfe (insbesondere Korrekturlesen). Thomas Vesting selbst hat einen Teil des Manuskripts gelesen und mir wertvolle Anregungen gegeben. Auch Ino Augsberg (Christian-Albrechts-Universität, Kiel), dessen Mitarbeiter ebenfalls dankenswerterweise Korrekturarbeiten übernommen haben, danke ich für wichtige Gespräche zum Thema, für Anstöße zur „Rückkehr“ zum französischen Poststrukturalismus und zur Abkehr von einem „bloß“ soziologischen Verständnis der Interdisziplinarität. Mit Friedhelm Hase bin ich seit mehr als 40 Jahren wissenschaftlich und freundschaftlich verbunden. Auch mit ihm habe ich auf der Rückkehr zu gemeinsamen Überlegungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit viele Gespräche geführt. Zusammen haben wir ein weiteres Projekt in Arbeit, das zentralen Fallkonstellationen gewidmet ist, die für das Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland unter den Bedingungen des Über-

¹ Kritisch dazu *Karl-Heinz Ladeur*, FAZ – Einspruch v. 30.4.2021 – <https://www.faz.net/einspruch/freiheit-als-anspruch-auf-verschaerfte-staatliche-planung-17319882.html?GEPC=s3&premium=0xe9779b246d46561dfd45c2a56290589e>.

gangs zur digitalen Gesellschaft von paradigmatischer Bedeutung sein werden, nämlich digitale Grundrechte und Sozialrecht. Danken möchte ich auch meinem Doktoranden Mansoor Koshan für viele anregende Gespräche. Gute Doktoranden sind das beste Mittel gegen den Kulturpessimismus des Alters! Schließlich ein Wort des Dankes an Frau Daniela Taudt, die den Text kompetent verlegerisch betreut und mich sehr unterstützt hat. Für die verbliebenen Mängel gilt das übliche *caveat*.

Karl-Heinz Ladeur

Hamburg/Bremen, August 2021

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX

1. Teil: Deutschland

I. Einleitung: Rückblick auf „Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System“ (1980)	3
II. Die neue Konstellation: Das Bundesverfassungsgericht nach dem Niedergang der Volksparteien	6
III. Die Reproduktion des Wissens der „Gesellschaft der Organisationen“ und ihr Wandel in der Postmoderne	54
IV. Das Bundesverfassungsgericht und der Wandel der Formen der Öffentlichkeit	70
V. Öffentliche Willensbildung: Versammlungsfreiheit, Wahlen, Parteiverbote	126
VI. BVerfG und Privatrecht: Das Exempel der Stadionverbotsentscheidung	160
VII. Eigentum, Wirtschaft, Technologie	185
VIII. Verfassungsrecht und Pluralisierung der Kultur	231
IX. Rückblick	254

2. Teil: Verfassungsgerichtsbarkeit – International: Die USA

I. Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA	277
II. Die Lochner-Rechtsprechung des SC	289
III. Die „Post-Lochner“ Rechtsprechung des SC	303
IV. Der Wandel der Funktion des SC in den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts	319
V. Die Verschärfung der Polarisierung unterschiedlicher Lebensformen und der Wandel der politischen Eliten	325
VI. Theoretische Zwischenüberlegungen zur Bedeutung des amerikanischen Beispiels für eine Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit	361

3. Teil: Verfassungsgerichtsbarkeit in Südamerika

I.	Vorbemerkung zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit: Die neue Kultur der Rechte	377
II.	Folgen des Mangels der stabilen Kooperation zwischen Exekutive, Parlament und Judikative und Probleme der Bundesstaatlichkeit	403
III.	Die neuere Bewegung zur Öffnung der politischen Systeme für Forderungen neuer sozialer Bewegungen – „transformativer Konstitutionalismus“	414
IV.	Die Verbreitung der Methode der „Abwägung“ in der Rechtsprechung südamerikanischer Verfassungsgerichte	434

4. Teil: Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa

I.	Methodische Vorüberlegungen	447
II.	Die erste Phase der Entfremdung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und politischen Entscheidern	450
III.	Politische Wende (zunächst) ohne neue Verfassung?	462
IV.	Rumänien	468
V.	Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Russland	476
VI.	Die Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Ukraine (2020)	485

5. Teil: Zwischenüberlegung zu internationalen Verfassungsgerichten

I.	Internationalisierte Verfassungsgerichte für Nationalstaaten	491
II.	Die europäischen Quasi-Verfassungsgerichte EuGH und EGMR	494

6. Teil: Vergleichender Blick auf andere westliche Staaten Europas

I.	Italien	521
II.	Frankreich	539

Ausblick: Niedergang des „westlichen“ Typus der Verfassungsgerichtsbarkeit und Aufstieg eines autoritären Konstitutionalismus? 545

Literaturverzeichnis	549
Sachverzeichnis	587

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII

1. Teil: Deutschland

I. Einleitung: Rückblick auf „Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System“ (1980)	3
II. Die neue Konstellation: Das Bundesverfassungsgericht nach dem Niedergang der Volksparteien	6
1. Rückgang der parteipolitischen Prägung der Verfassungskonflikte	6
a. „Die Parteien als dynamische Faktoren des politischen Lebens im Staat“	6
b. Was heißt Repräsentation?	8
c. Das politische System und seine Moderation durch das BVerfG	13
d. Von der „Wertordnung“ zur objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte	15
e. Der Wandel der Funktion der Abwägung als Folge der Krise des Parteiensystems	20
f. Die neue Selektion der Konflikte, die das Bundesverfassungsgericht erreichen	23
2. Die epistemische Funktion der politischen Parteien	27
3. Das Bundesverfassungsgericht – ein „begrenzttes Gericht“ – die Grenzen seiner „Abwägungen“ und der Wandel der Dogmatik im Besonderen	30
4. Was kann die Dogmatik unter den Bedingungen des Wandels des Rechts leisten? Kennt das Bundesverfassungsgericht eine Dogmatik des Verfassungsrechts?	32

5. Die Herausbildung von Verfassungsbegriffen ohne stabile Referenzen	40
6. Die Verfassung der Lebensformen	41
7. Das Wissen der Gesellschaft der Netzwerke	44
8. Die „Wissensbestände“ der Gesellschaft und der Konflikt um die Ungewissheit – „Demokratie als Konflikt“?	45
9. Partei, Repräsentation und die Durcharbeitung des Wissens	47
10. Die Abhängigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Wissen der Gesellschaft	51
III. Die Reproduktion des Wissens der „Gesellschaft der Organisationen“ und ihr Wandel in der Postmoderne	54
1. Die „Präsenz“ der „Singulären“ und die Politik der Unmittelbarkeit	54
2. Das gesellschaftliche Wissen und die epistemologische Seite der „Abwägung“: Die Konstruktion von „Sachverhalten“	59
3. Die Verschleifung von Normativität und Faktizität in der Gesellschaft der Organisationen	65
4. Methodenwandel in der Rechtspraxis	67
IV. Das Bundesverfassungsgericht und der Wandel der Formen der Öffentlichkeit	70
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wandel der Öffentlichkeit und das Verhältnis von Verfassungsrecht und sozialen Normen: Das Exempel des Lüth-Urteils	70
a. Meinung als „unmittelbarster Ausdruck der Persönlichkeit“	70
b. Der Übergang zu den Medien der Gesellschaft der Organisationen	75
c. Die Herausforderung der Konstruktion der politischen Meinungsfreiheit durch das Internet	77
2. Die „durchgeknallte Staatsanwältin“ und die Richterin des „nationalsozialistischen Sondergerichts“: Ende des Schutzes der persönlichen Ehre auch jenseits politischer Kontroversen?	79
a. Der fortschreitende Abbau des Schutzes der „persönlichen Ehre“ als Schranke der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 2 GG	79

b. Worin unterscheidet sich die „Schmähekritik“ von einer zulässigen „scharfen Kritik“?	82
c. Meinungsfreiheit und politische (Un-)Kultur	84
d. Ist die zunehmende Verlagerung des Grundrechtsschutzes von den Senaten des BVerfG auf die Kammern durch § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG wirksam zu begrenzen?	92
3. „Klarstellung“ der Rechtsprechung zum Verhältnis von Meinungsfreiheit und persönlicher Ehre	94
4. Der organisierte Rundfunk und der Übergang in die hybride digitale Medienwelt	97
a. Die Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Institution des Gruppenpluralismus	97
b. Die Grenzen der Steuerung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unter den Bedingungen der Fragmentierung	100
c. Das Rundfunkgebühren- und das Rundfunkbeitragsurteil	103
d. Das BVerfG und der disruptive Wandel des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Online-World	105
e. Was ist „disruptiv“ am Wandel der Medienwelt? Unschärfe Rechtskonflikte	107
f. Die epistemische Vorstrukturierung der Beschreibung der gesellschaftlichen Institutionen (Rundfunk) und deren Übernahme in die Rechtsprechung des BVerfG	110
g. Die epistemischen Probleme des BVerfG unter den Bedingungen des Übergangs zur „Gesellschaft der Netzwerke“: Die Orientierungsleistung der Institutionen der Organisationen geht zurück	113
h. Von den klassischen Medien der „Repräsentation“ zu den „data-driven“ digitalen Medien	117
5. Schutz des Betriebs der Suchmaschinen durch die Meinungs- und Medienfreiheit	119
a. Die neue mediale Leistung der „Kuratierung“	119
b. „Recht auf Vergessen II“ und die Rechtsstellung der Suchmaschinen	120
V. Öffentliche Willensbildung: Versammlungsfreiheit, Wahlen, Parteiverbote	126
1. Versammlungsfreiheit	126
a. Die Brokdorf-Rechtsprechung	126
b. Schwäche der Volksparteien – Wandel des Versammlungsrechts	129
c. Versammlungsfreiheit und gesellschaftliche Polarisierung	132

2. Wahlrecht	138
a. Steuerung der Politik durch Recht? – Das Exempel der neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht	138
b. Sperrklausel „nach aktuellen Verhältnissen“?	142
c. Zur Legitimität der strikten Verfassungskontrolle der Wahlgesetze	144
Exkurs zur Wahlprüfungsentscheidung des Bundesverfassungs- gerichts in Sachen „Unterlassung der Verabschiedung eines Paritätsgesetzes“ für den Bundestag	147
3. Kein NPD-Verbot	149
a. Das SRP-Verfahren als Vorläufer (I)	149
b. Das KPD-Verfahren als Vorläufer (II)	150
c. Wie lassen sich Verbotskriterien konkretisieren?	151
d. „Gefährlichkeit“ als Voraussetzung eines Parteiverbots?	153
e. Rechtskraft und Bindungswirkung der Ablehnung des Verbots	156
f. Widerstand gegen eine Entscheidung zum Anspruch der NPD auf Überlassung eines öffentlichen Versammlungssaals	158
 VI. BVerfG und Privatrecht: Das Exempel der Stadion- verbotsentscheidung	 160
1. Die „Botschaft“ der Grundrechte „in die Gesellschaft“	160
2. Eigentum: Die „Modularisierung“ der Eigentumsordnung	164
3. Freiheit als vom Staat gelassener „Freiraum“?	168
4. Das Private ist das Reich des Machens!	172
5. Macht im Privatrecht – Macht im öffentlichen Recht	175
6. Das „Ungleichgewicht“ zwischen Privaten im Stadionverbotsfall	178
7. Kompetenzabgrenzung zwischen den Zivilgerichten und dem Bundesverfassungsgericht	180
 VII. Eigentum, Wirtschaft, Technologie	 185
1. Der Schutz des Eigentums vor Mietpreisbremse und Mieten- deckel: Die Verkennung des Eigentums als „bundle of rights“	185
a. Noch einmal: Die Vernachlässigung der epistemischen Seite des Eigentumsrechts	185
b. Die epistemische Seite des klassischen Eigentums – und ihr Fehlen beim „Mieteigentum“	190

c.	Der Maßstab für die Bestimmung der Kontrolldichte der Prüfung von Gesetzen	193
d.	Die Prüfung der „Verhältnismäßigkeit“ der Mietpreisbremse . . .	196
e.	Der um seine kollektive Dimension reduzierte Eigentumsbegriff	199
f.	Gesteigerte Komplexität der Entscheidung durch Vervielfältigung der auf den Wohnungsmarkt einwirkenden Faktoren	202
g.	Der Verlust der institutionellen Dimension des Eigentums	204
h.	Wenn der Markt „versagt“, ist der Staat der geeignete Reparateur	205
i.	Wie erwirbt das Bundesverfassungsgericht sein Wissen?	208
j.	Die prozedurale Vor-Wirkung der Abwägung: Verkürzung der „Einstellung der Belange“	210
k.	Insbesondere: Der Wohnungsmarkt und die modulare Struktur der Eigentumsordnung	211
l.	Sind liberale Freiheitsrechte und soziale Rechte „gleich“?	214
2.	Entspricht das Technikrecht dem „Stand von Wissenschaft und Technik“?	216
a.	Einschätzungsspielräume des Staates für die Technologie- entwicklung?	216
b.	Die Dynamik der Wissenschaft und deren Verfehlung durch das Technikrecht	217
c.	Das Exempel der Entscheidung zum Gentechnikrecht	221
d.	Die Rolle des Einschätzungsspielraums des Staates bei der Technikregulierung unter Ungewissheitsbedingungen	224
e.	Die Alternative der Zukunft: Übergang zur Regulierung in „Echtzeit“ oder ex post Beobachtung?	227
VIII.	Verfassungsrecht und Pluralisierung der Kultur	231
1.	„Ehe für alle“	231
a.	Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Beseitigung der Diskriminierung von Homosexuellen	231
b.	Die Entinstitutionalisierung des Familienrechts	233
c.	Ehe und Familie als Feld kultureller Erfahrung	235
2.	Plurale Religionskultur und islamisches Kopftuch in öffentlichen Schulen	238
a.	Die bisherige Rechtsprechung	238
b.	Das Tragen des Kopftuchs als Teil einer Lebensform	240
c.	Eine Gefahrgrenze für den Grundrechtsgebrauch in der Schule?	242
d.	Der Verlust der kollektiven Dimension der Religionsfreiheit . . .	245

e. „Christliche und abendländische Bildungs- und Kulturwerte“ als Grundrechtsgefahr?	248
f. Religion „... is a communal phenomenon“	250
g. Nur „Achtung vor ... dem Glauben ... anderer“?	252
 IX. Rückblick	 254
1. Die Epistemologie der Demokratie	254
2. Verlust der Orientierungsfunktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?	256
3. Das Bundesverfassungsgericht und die Zukunft der Gesellschaft	260
4. Verfassungsgerichtsbarkeit und Polarisierung	264
5. Bundesverfassungsgericht und administratives sowie fach- gerichtliches Wissen	266
6. Die präzeptorale Rolle des Bundesverfassungsgerichts gegenüber Parlament und Parteien bei Entscheidungen über die Stellung des Individuums – „außerhalb der Gesellschaft“	267
7. Dem Bundesverfassungsgericht fehlt eine politische Interpretation seiner Rolle!	271
 2. Teil: Verfassungsgerichtsbarkeit – International: Die USA	
 I. Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA	 277
1. Vergleichende Vorbemerkung	277
2. Was sagten die „Founding Fathers“?	280
3. Die gesellschaftliche Konzeption der Erhaltung der Lebenswelten durch die Verfassung	282
4. „Rasse“ als Irritation des Grundrechtsverständnisses	284
5. Verfassungsgerichtsbarkeit als „counter-majoritarian institution“?	285
 II. Die Lochner-Rechtsprechung des SC	 289
1. Die Fallkonstellation	289
2. Der Übergang in die Nach-Lochner-Zeit	290
3. Das Ende der Lochner-Rechtsprechung	292

4. Der Supreme Court gibt nach – und findet seine neue Rolle	294
5. Zwischenresümee: Die Erschütterung der orientierungsbildenden gemeinsamen „Wissensbestände“	298
6. Das Auseinandertreten von gesellschaftlichen und staatlichen „Wissensbeständen“	301
III. Die „Post-Lochner“ Rechtsprechung des SC	303
1. Die überschätzte Bedeutung der „5:4“ Entscheidungen	303
2. Der Aufstieg der Grundrechtskonflikte jenseits des Streits um die Freiheiten der Wirtschaft und die Frage der „Nationalisierung der Grundrechte“	304
3. Meinungsfreiheit und „Verrat“	306
4. Common Law als „gesellschaftliches Recht“	308
5. Die Meinungsfreiheit und der Aufstieg der Presse – Meinungs- freiheit als Ausdrucksform des neuen kulturellen und politischen Pluralismus	310
6. Der Vergleich der Rechtsprechung zur gruppenbezogenen Pressefreiheit zwischen SC und BVerfG	313
IV. Der Wandel der Funktion des SC in den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts	319
1. Die Zunahme von Grundrechtskonflikten jenseits der Kommunikationsfreiheiten	319
2. Die differenzierte Abstützung der neuen Anforderungen an die Moderation des SC durch politische und kulturelle Akteure	321
V. Die Verschärfung der Polarisierung unterschiedlicher Lebensformen und der Wandel der politischen Eliten	325
1. Die neuen Gegensätze in der amerikanischen Verfassungspolitik	325
2. Von der öffentlichen Auseinandersetzung über Meinungs- verschiedenheiten zur Forderung nach Anerkennung kultureller „Identitäten“ – und die Entwicklung der Eliten	330
3. Abnehmende Moderationsleistung des SC in den letzten 20 Jahren und Zunahme der Polarisierung innerhalb des Gerichts	332

4. Theoretische Zwischenüberlegungen zu anti-institutionellen Tendenzen in westlichen Ländern, insbesondere in den USA . . .	335
5. „Obamacare“ als Exempel	338
6. Insbesondere: Der Kampf um die Anerkennung des Rechts der Homosexuellen – Widerstand gegen einen „Putsch“ der Mehrheit des SC? – die Abtreibungsentscheidung Roe v. Wade	342
7. Insbesondere: „Same Sex Marriage“	347
8. Das „Recht, Waffen zu tragen“ und die Freiheit der Zahlung von Spenden an politische Parteien	351
9. Die Abspannung der Kontroverse um Formen der rechtlichen Rassendiskriminierung	352
10. Resümee: Die Polarisierung der Gesellschaft und die Polarisierung innerhalb des SC	354
Inkurs: Die Zukunft von „Textualism“, „Originalism“ und „Judicial Restraint“ in der Rechtsprechung	359

VI. Theoretische Zwischenüberlegungen zur Bedeutung des amerikanischen Beispiels für eine Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit 361

1. Theorien über die Verfassungsgerichtsbarkeit und ihr blinder Fleck: die neuen antiinstitutionellen Kräfte der postmodernen Gesellschaft	361
2. Wird der SC seine moderierende Rolle explizit aufgeben?	363
3. Die Probleme der „Identitätspolitik“ und des Verfalls der Institutionen	367
4. Der Verlust der Fähigkeit zur Selbstrelativierung als (verkannter) Teil der Rechtssubjektivität	371
5. Ausblick: Die Polarisierung der Verfassungsinterpretationen . . .	372

3. Teil: Verfassungsgerichtsbarkeit in Südamerika

I. Vorbemerkung zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit: Die neue Kultur der Rechte	377
1. Politische Labilität der Regierungssysteme	377

2. Klientelismus und Polarisierung im politischen System	379
3. Zwischenüberlegung zum Phänomen „präsentistischer“ Interessenvertretung der Parteien insbesondere in Brasilien . . .	383
4. Verfassungsverstoss zum Schutz der Verfassungsgerichtsbarkeit in Peru?	388
5. Das Beispiel des Impeachment gegen Präsidentin Dilma Rousseff in Brasilien	392
II. Folgen des Mangels der stabilen Kooperation zwischen Exekutive, Parlament und Judikative und Probleme der Bundesstaatlichkeit	403
1. Verfassungsgerichtsbarkeit in föderalen Systemen	403
2. Verfassungsgerichtsbarkeit, schwach ausgebildeter Gruppen- pluralismus und die damit einhergehenden Probleme der Verlagerung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle in den Grundrechtsschutz	404
3. Prozedurale Konsequenzen der Schwäche zivilgesellschaftlichen Infrastruktur der politischen Systeme und die unsichere institutionelle Stellung der Verfassungsgerichte	407
III. Die neuere Bewegung zur Öffnung der politischen Systeme für Forderungen neuer sozialer Bewegungen – „transformativer Konstitutionalismus“	414
1. Insbesondere: die Ablösung traditioneller positivistischer Auslegungsmethoden	414
2. Der Übergang zu einer primär an Grundrechten orientierten Verfassungskontrolle seit den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts . .	416
3. Zwischenüberlegung zur Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika	418
4. Die Schwäche der Institutionen und die Bedingungen der Durchsetzung sozialer Grundrechte – das Beispiel des Rechts auf Gesundheit	427
5. Das kolumbianische Verfassungsgericht und das subjektive Recht des Flusses Atrato sowie des tropischen Regenwaldes auf Schutz durch die Verfassung auch ein Fall für die „Abwägung“	429

IV. Die Verbreitung der Methode der „Abwägung“ in der Rechtsprechung südamerikanischer Verfassungsgerichte . . .	434
1. Vorbemerkung zur Methode der Abwägung	434
2. Die Dominanz der Abwägung in der Literatur	436
3. Probleme der Abwägung in concreto	439
4. Abwägung innerhalb lose gekoppelter Entscheidungsnetzwerke in südamerikanischen Rechtssystemen	443

4. Teil: Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa

I. Methodische Vorüberlegungen	447
1. Probleme der Bestimmung des politischen und kulturellen Kontexts der Verfassungsgerichtsbarkeit	447
2. Auf der Suche nach einem osteuropäischen „transformativen Konstitutionalismus“	447
II. Die erste Phase der Entfremdung zwischen Verfassungs- gerichtsbarkeit und politischen Entscheidern	450
1. Von der „Westorientierung“ zu einer neuen Erscheinungsform des „Court Packing“	450
2. Verfassungsgerichtsbarkeit und „legal transplants“	454
3. Der Versuch der Verfassungsgerichte, in Polen und Ungarn die „eigentliche“ Verfassung zu schaffen	457
4. Kann ein Verfassungsgericht selbst zum populistischen Akteur werden?	460
III. Politische Wende (zunächst) ohne neue Verfassung?	462
1. Das Beispiel der Verfassungsentwicklung Polens	462
2. Insbesondere: Die offene politische Infragestellung der Unabhängigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit	464
3. Das Urteil des polnischen Verfassungsgerichts zu den Grenzen der Abtreibung	466

IV. Rumänien	468
1. Die labile Verfassung Rumäniens	468
2. Die Grenzen der Bindungsfähigkeit der neuen Verfassung – Mangel an rechtsstaatlichen Traditionen	470
3. Der offene Konflikt zwischen den politischen Organen	471
4. Das Problem der endemischen Korruption und die geringe Achtung des Verfassungsgerichts in der Öffentlichkeit	473
V. Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Russland	476
1. Skizze der Verfassungsentwicklung zwischen 1989 und 1993	476
2. Die unmögliche Stellung des Verfassungsgerichts in den Krisenjahren	478
3. Die gegenwärtige Stellung des Verfassungsgerichts im russischen politischen System	479
VI. Die Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Ukraine (2020)	485

*5. Teil: Zwischenüberlegung zu internationalen
Verfassungsgerichten*

I. Internationalisierte Verfassungsgerichte für Nationalstaaten	491
II. Die europäischen Quasi-Verfassungsgerichte EuGH und EGMR	494
1. EGMR: Die „Caroline“-Rechtsprechung des EGMR – „Chaos from Order“: Zu den fatalen Folgen der Missachtung des „gesellschaftlichen Konstitutionalismus“	494
a. Die Rechtsprechung zu Caroline von Monaco	494
b. Die Intervention in die deutsche Rechtsprechung (2004)	496
c. Die Entscheidung zu einem Bericht der „BILD“-Zeitung – „... alles nicht so gemeint!“ (2012)	497
d. Die Caroline-Entscheidung vom 7.2.2012: „... tutto bene!“	497

2. Von der Rechtsanwendung zum „management of rules“	498
a. Rechtsprechung in einer experimentellen Ordnung	498
b. Das Beispiel eines europäischen „horizontalen Konstitutionalismus“ – die Rolle des EGMR	499
c. Das neue Modell des Prozessierens von Entscheidungen über Netzwerke	500
d. Von der Rechtsvergleichung zum „Netzvergleich“?	501
3. Zwischenüberlegung: Grenzen der Konstitutionalisierung des „Mehrebenensystems“	502
4. EuGH: Der Prozess der Öffnung der Staaten füreinander	503
a. Hat der EUV den Charakter einer Verfassung?	503
b. Europa als „Netzwerk von Netzwerken“	508
c. Die für ein Verfassungsgericht atypische Richterbestellung	511
d. Europäische Quasi-Verfassungsgerichte in einem heterogenen politischen Feld?	511
e. Ein europäischer „transformativer Konstitutionalismus“?	514
5. Ausblick auf die Entwicklungsperspektive einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit	516

6. Teil: Vergleichender Blick auf andere westliche Staaten Europas

I. Italien	521
1. Historische Entwicklung	521
2. Methoden der Corte Costituzionale	523
3. Der Wandel des italienischen Parteiensystems	525
4. Die Auseinandersetzungen um die Austeritätsgesetze – Vorentscheidung durch unterkomplexe Abwägung	527
a. Vorbemerkung	527
b. Problemverkürzung durch Abwägung	528
c. Kritik des früheren Verfassungsrichters Sabino Cassese	530
d. Kritik an der Vernachlässigung der ökonomischen Bedingungen der Austeritätsgesetzgebung	531
e. Die Verfehlung der Komplexität postmoderner Krisengesetzgebung durch die Methode der Abwägung	533
5. Die Notwendigkeit der Beachtung des Prinzips der „Rechte unter dem Gesetz“ bei sozialen Rechten	535

6. Die Normativität der Verfassung in Italien	537
II. Frankreich	539
1. Verfassungsgeschichte – Das Republikanische Paradigma	539
2. Der unsichere Status des Conseil Constitutionnel als Verfassungsgericht	540
3. Die Rolle der Methoden des Conseil Constitutionnel und sein Staatsverständnis	541
Ausblick: Niedergang des „westlichen“ Typus der Verfassungsgerichtsbarkeit und Aufstieg eines autoritären Konstitutionalismus?	545
Literaturverzeichnis	549
Sachverzeichnis	587

1. Teil

Deutschland

I. Einleitung: Rückblick auf „Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System“ (1980)

In dem 1980 erschienen Buch „Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System“¹ hatten Friedhelm Hase und der Autor die These begründet, dass die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur vor dem Hintergrund der sich nach den Anfangsjahren herausbildenden Konsensorientierung des deutschen politischen Systems der Nachkriegszeit zu erklären sei. Dagegen sprach und spricht nicht, dass die Gegensätze zwischen insbesondere SPD und CDU in den ersten zehn Jahren des Aufbaus der Bundesrepublik noch scharf konturiert waren. In den Fragen, in denen die Gegensätze sich auch in einzelnen Konflikten sehr zugespitzt haben, wie insbesondere im Streit um die Wiederbewaffnung, ist das BVerfG dann auch an die Grenzen seiner Entscheidungsfähigkeit gestoßen. Aus der dadurch ausgelösten Krise ist das BVerfG durch den Wahlsieg der christlich-liberalen Koalition im Jahre 1957 gerettet worden. Eine gerichtliche Entscheidung war nach der Erreichung und Ausnutzung der verfassungsändernden Mehrheit obsolet geworden.

In anderen Fragen, die dem Gericht mehr Spielraum ließen, wie z.B. im Investitionshilfestreit², hat es die Interpretation der Freiheitsrechte offengehalten für eine stärkere staatliche Einflussnahme auf die Marktentwicklung und hat damit auch Handlungsspielräume der SPD für die Zukunft erhalten. Das Gericht hat hier die für seine Konzeption der wirtschaftlichen Freiheitsrechte charakteristische vage Kompromissformel von der „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit“ der Freiheit entwickelt, an der es im Wesentlichen bis in die Gegenwart festgehalten und dadurch die Eigenlogik des wirtschaftlichen Handelns und paradoxerweise deren kollektive Dimension, wie noch zu zeigen sein wird, weitgehend vernachlässigt hat. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass auch in der CDU ebenso wie in der CSU marktwirtschaftliches Denken und Handeln schon früh mit Elementen staatlicher Intervention verbunden waren. Das BVerfG hat dies nicht nur im Investitionshilfeurteil wiederum mit der Formel von der Gemein-

¹ Campus: Frankfurt a. M./New York.

² BVerfGE 4, 7, 14f.

schaftsorientierung der Freiheitsrechte in einer durchaus problematischen, ambivalenten Formel aufgenommen und damit auch seinen eigenen Entscheidungsspielraum weit über die Grenzen der wirtschaftlichen Grundrechte hinaus erweitert. Unsere These in dem genannten Buch zielte darauf zu belegen, dass die zwischen CDU/CSU und SPD konfliktreichen Entscheidungsgegenstände der ersten 30 Jahre durchweg davon bestimmt waren, dass die Positionen der im Bundestag vertretenen Parteien so weit füreinander durchlässig waren, dass jeweils Minderheiten innerhalb der streitenden Parteien für die Mehrheitsposition der anderen Seite offen waren oder die Entscheidungen des BVerfG über wichtige Kontroversen zwischen den Parteien jedenfalls der unterliegenden Seite nicht die Möglichkeit verstellten haben, ihre Politik in substantieller Weise durch Reformulierung einer neuen Entscheidungsstrategie zu verändern, ohne das Gesicht zu verlieren. Dies entspricht interessanterweise auch einer realistischen Beschreibung der Möglichkeitsbedingungen der internationalen Gerichtsbarkeit zwischen Staaten, die als davon abhängig angesehen wird, dass entweder der Streitgegenstand für beide Seiten als nicht wichtig genug angesehen wird oder von vornherein mit einem Kompromissangebot des Gerichts zu rechnen ist.³

Daneben gab es eine Reihe von Konflikten, die nicht von scharfen parteipolitisch bestimmten Gegensätzen geprägt waren und die dem BVerfG dadurch mehr Entscheidungsspielraum gegeben haben. Das gilt auch für das Spiegel-Urteil⁴, das infolge eines Abstimmungsatts (4:4 Entscheidung) in der Sache (Durchsuchung der Redaktionsräume des „Spiegel“) dazu beigetragen hat, dass die Regierung wiederum ihr Gesicht wahren konnte. Andererseits hat die Entscheidung es aber ermöglicht, dass die grundsätzlichen liberalen Argumente, einschließlich der Öffnung einer Perspektive auf das „Institut ‚freie Presse‘“, die in der Begründung der formal unterlegenen Richtergruppe höchst prominent zur Geltung gebracht worden ist, langfristig der Rechtsprechung des Gerichts eine Wendung zu einem prozesshaften Verständnis der Kommunikationsfreiheiten gegeben haben. Die Bedeutung der Verwendung des nur aus heutiger Sicht möglicherweise nebensächlich erscheinenden Begriffs „Institut ‚freie Presse‘“ in dieser Entscheidung ist kaum zu überschätzen.⁵ Ähnliches gilt für die frühere (erste) Entscheidung zur Rundfunkfreiheit⁶, die ihrerseits wegen der starken Betonung der Kompetenzen der Länder auch Interessen der CDU/CSU zum Tragen kommen ließ und die Niederlage der Bundesregierung dadurch abmilderte. Zugleich konnte das BVerfG dadurch Anschlussmöglichkeiten für künftige Entschei-

³ A. Mark Weisburd, *Failings of the International Court of Justice*, Oxford 2016.

⁴ BVerfGE 20, 162.

⁵ BVerfGE 20, 162, 174.

⁶ BVerfGE 12, 205.

dungen eröffnen⁷, die eine Weiterentwicklung an neuen rundfunkrechtlichen Fällen als Kontinuität stiftend erscheinen lassen würden. Für den Bereich der Presse- und der Meinungsfreiheit wurde dies schon dadurch erleichtert, dass es dann vielfach nicht mehr um Entscheidungen ging, an denen die Regierung oder die Parlamentsmehrheit unmittelbar im Organstreitverfahren⁸ als Verfahrenspartei beteiligt waren (Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze⁹).

Auf weitere Einzelheiten der Rechtsprechung des BVerfG in den ersten 30 Jahren seines Bestehens braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es sei nur auf das zitierte Buch „Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System“ verwiesen. Hier kommt es vor allem darauf an, den Anschluss an die Analyse der Rechtsprechung in der seit dem Ende des Beobachtungszeitraums dieses Buches verstrichenen Zeit zu finden. Es soll schrittweise durch die Untersuchung wichtiger Entscheidungen des Gerichts versucht werden, eine Beschreibung der veränderten Rolle des Gerichts in den letzten 40 Jahren seiner Rechtsprechung und der Geschichte Deutschlands zu ermöglichen. Ein neuer Akzent wird bei der Frage nach den Bedingungen der Konstruktion des Möglichkeitsraums gesetzt, der bei den Subjekten wie beim BVerfG die Vorstellung einer Kontinuität des Weltverhältnisses erlaubt.¹⁰

⁷ Vgl. insbes. BVerfGE 57, 295 – FRAG, und BVerfGE 73, 118 – Niedersachsen-Urteil.

⁸ So noch BVerfGE 83, 238 – NRW.

⁹ BVerfGE 74, 297 – Baden-Württemberg; BVerfGE 90, 60 – 1. Rundfunkgebührenurteil; BVerfGE 119, 181 – 2. Rundfunkgebührenurteil; BVerfGE 149, 222.

¹⁰ Vgl. *Hayden White*, *The Content of the Form. Narrative Discourse and Historical Representation*, Baltimore/London 1990, S. 86 ff.

II. Die neue Konstellation: Das Bundesverfassungsgericht nach dem Niedergang der Volksparteien

1. Rückgang der parteipolitischen Prägung der Verfassungskonflikte

a. „Die Parteien als dynamische Faktoren des politischen Lebens im Staat“

Zunächst ist festzuhalten, dass die Entscheidungskonstellationen im nunmehr untersuchten Zeitraum sich dadurch unterscheiden, dass die Zahl der Fälle, die von scharfen politischen Polarisierungen bestimmt sind, immer mehr zurückgeht. Solche Fälle finden sich noch in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts, etwa im Rundfunkrecht. Dies ist symptomatisch, weil das Rundfunkrecht, dessen Anfänge durch das erste Rundfunkurteil eine charakteristische Wendung erhalten haben, in besonderer Weise von dem Paradigma der „Gesellschaft der Organisationen“ geprägt worden ist. Vor allem seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts kann man eher von einer *fragmentierten Ordnung* sprechen, deren politische und Wertkonflikte weniger durch die Parteien oder andere Organisationen vorstrukturiert werden, sondern immer mehr Formen einer „Identitätspolitik“ oder anderer Varianten der politischen Zersplitterung (auch) in Deutschland zutage treten lassen und die Stabilität des „common knowledge“ untergraben und immer mehr eine Frage aufwerfen, nämlich „the question of the shared“.¹ In Deutschland herrscht sehr stark eine rechtszentrierte Beobachtung der Stellung des BVerfG vor. Die Verfassungsrechtsprechung ist aber ein besonderer Fall dessen, was Lisa Conant „contained justice“ genannt hat², d.h. eine Rechtsprechung, die in ihren Konzeptionen wie in ihrer Durchsetzung besonders stark von „der“ Politik abhängig ist.³ Es sind nicht primär die Juristen, die das

¹ Lawrence Rosen, *Law as Culture. An Invitation*, Princeton 2006, S. 129.

² Lisa Conant, *Justice Contained and Law and Politics in the European Union*, Ithaca, NY 2002, S. 6 und passim.

³ Das ist auch in Deutschland so. Der Hinweis des früheren Verfassungsrichters J. Masing auf die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen und Ungarn riskiert

Verfassungsrecht (fort-)bilden, sondern eben die gesellschaftlichen und politischen Akteure, die den Rahmen des Denk- und Machbaren setzen und verändern – auch wenn Juristen, insbesondere Richter, das nicht sehen wollen. Die Parteien haben im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts das in der Gesellschaft vorhandene Wissen in einer Entscheidungen ermöglichenden Form der Alternativenbildung zur Geltung gebracht.⁴ Diese kognitive Seite der Repräsentation wird in der „Gesellschaft der Organisationen“ supplementiert durch die Möglichkeit des Rekurses auf, allerdings zersplittertes organisationales Expertenwissen.

Das BVerfG hat schon im SRP-Urteil praktisch richtig gesehen: „Die Parteien als die dynamischen Faktoren des politischen Lebens im Staate sind es vor allem, in denen die politischen Ideen entstehen und weiterwirken.“⁵ Die Parteien sind unter den (post-)modernen Bedingungen die Institutionen, die den Prozess der *Repräsentation* ins Werk setzen und den Bürgern eine praktische „zukunftsorientierte Perspektive“ bieten.⁶ Das ist nicht nur eine Beobachtung des BVerfG, sondern Ausdruck der Anerkennung der Abhängigkeit nicht nur des Parlaments, sondern auch des BVerfG selbst von dem Vorrat an Möglichkeiten und von den „Wissensbeständen“, die primär von den Parteien, aber auch anderen repräsentativen Organisationen prozessiert werden.⁷

zu übersehen, dass auch die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland stark vom politischen System geprägt wird – allerdings einem anderen; FAZ v. 16.7.2020, Nr. 163, 6. Die Parteien sind in Deutschland in jüngster Zeit auffällig darum bemüht, möglichst die Wahl eigenständiger politischer Richter zu vermeiden.

⁴ Vgl. *Karl-Heinz Ladeur*, Rechtliche Möglichkeiten der Qualitätssicherung im Journalismus, Publizistik 45 (2000), 442 m.w.N.

⁵ BVerfGE 2, 1, 15 – SRP.

⁶ *Nadia Urbinati*, Representation as Advocacy: A Study of Democratic Deliberation, Political Theory 28 (2000), 758, 760; *dies.*, Representative Democracy: Principles and Genealogy, Chicago 2008, S. 50.

⁷ Vgl. dazu im Folgenden unter b. Deshalb kann das BVerfG in einem rechtlich und politisch bedeutungsvollen Sinn nicht der „Hüter der Verfassung“ kraft überlegenen Wissens sein, der die anderen Akteure in *politiciis* „aufklären“ müsste oder auch nur könnte, so aber der Ansatz von *Oliver W. Lembcke*, Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2007, insbes. S. 28; deshalb kann es auch seine für diesen Zweck einsetzbare „Ansehensmacht“ (S. 303, 338) nicht selbst verdienen. Sonst müsste man annehmen, die in diesem Buch untersuchten Verfassungsgerichte unterschieden sich in nennenswerter Hinsicht vom BVerfG. Das ist sicher die geringste Differenz; vgl. allg. auch (differenzierter) *ders.*, Autorität der Verfassungsgerichtsbarkeit – eine Skizze in vergleichender Absicht, in: *Christian Boulanger et al.* (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts. Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, Baden-Baden 2013, S. 37; auch *Christian Boulanger*, Rollen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit – eine theoretische Annäherung, ebd., S. 67: die Analogie zu einem „Stück“, in dem unterschiedliche

b. Was heißt Repräsentation?

Der mit vielen Theorien verbundene Begriff der „Repräsentation“ in dem hier gemeinten Sinn bedarf der Erläuterung in einer Zwischenüberlegung.

Die „Repräsentation“ darf nicht allein auf die Form ihrer politischen *Darstellung* von Einheit und die Begründung eines Vertretungsverhältnisses für eine „Menge“ bezogen werden, die nicht als Ganze handlungsfähig sein kann⁸, obwohl diese sich seit der Renaissance eine „world of our making“ (V. Kahn) zurechnen lassen muss – ohne die Welt wirklich zu beherrschen. Die Darstellung von Einheit ist nur die eine Seite der Repräsentation. Die primäre, darunter verborgene Seite, das praktische Register der Repräsentation, basiert auf der *Herstellung* eines produktiven Entsprechungsverhältnisses nicht zwischen einer formlosen „Menge“ von Individuen und der Form ihrer Einheit. Vielmehr orchestriert die Repräsentation ein Verhältnis zwischen einerseits den praktischen gesellschaftlichen *Lebensformen* sowie den in diese eingetragenen Konventionen und Wissensbeständen, die weitgehend sprachlos bleiben und sich dem Zwang zur Begründung durch ihre eigene Praxis entziehen, und andererseits den politisch-rechtlichen Formen der Beobachtung und Reflexion der Gesellschaft innerhalb eines theoretischen Registers der *expliziten Regelbildung* und der Intervention „von oben“. In den Lebensformen kann einerseits mehr „gesehen“ und gehandelt werden: im Medium einer distribuierten Erfahrung, andererseits aber kann nur aus der Distanz der Repräsentation (die auch im wörtlichen Sinne eine „Vorstellung“ ist), ein Spektrum von verallgemeinerungsfähigen Handlungsmustern, universellen Regeln, insbesondere Beweis- und Wissensregeln, abstrakteren Wissensbeständen erzeugt werden, ohne die eine Gesellschaft, die permanent mehr Möglichkeiten jenseits der Wirklichkeit ihrer Lebensformen hervorbringt, nicht existieren kann.

Repräsentation setzt Distanz voraus⁹ – zwischen Meinung und Entscheidung, zwischen dem einzelnen sozialen Akteur und „seiner“ Repräsentation. Der Spalt muss überbrückt werden durch „comprehensive filtering, refining and mediating“ von Interessen und Meinungen.¹⁰ Dazu gehört auch die Wiedereinführung der Repräsentation in das Verhältnis *zwischen* den Repräsen-

„Rollen“ wahrgenommen werden, erscheint problematisch, da dies ein „Stück“ ohne Autor wäre, in dem sich die Bedingungen ständig ändern.

⁸ Vgl. *Marina Martinez Mateo*, Politik der Repräsentation: Zwischen Formierung und Abbildung, Wiesbaden 2018, S. 315.

⁹ *Samuel Weber*, Doing Away With Freud's ‚Man Moses‘, in: *Targets of Opportunity. The Militarization of thinking*, New York 2005, S. 63, 85; allg. auch *ders.*, ‚The Principle of Representation‘. Carl Schmitt's ‚Roman Catholicism and Political Form‘, in: *Targets of Opportunity: On the Militarization of Thinking*, New York 2005, S. 42.

¹⁰ *Urbinati*, aaO (Representation as Advocacy), 760; dazu auch *Jeremy Waldron*, Representative Lawmaking, *Boston University Law Review* 89 (2009), 335, 353.

tierten selbst als Herausforderung der „self-reformation“ des Einzelnen.¹¹ Auch das Subjekt entwickelt ein Bild, eine Repräsentation von sich selbst, sonst ist politische Repräsentation unmöglich. Dies impliziert wiederum nach der einen Seite ein (Selbst-)Verhältnis, nämlich das der „Selbstreform“¹², der Selbstrelativierung, der Uneinigkeit mit sich selbst¹³, über das man sich für die Beobachtung der anderen öffnet. Repräsentation „helps depersonalize claims and opinions“ und ermöglicht so „the mingling and associating of citizens“.¹⁴ „Repräsentation“ als Weltverhältnis impliziert für die Individuen die „Ent-Gemeinschaftung“, die „De-Familiarisierung“, den Zwang zur Beobachtung des Selbst mit den Augen der andern und damit die Einsicht, dass der Einzelne nicht seine Identität zur Grundlage für die Bewertung der Demokratie erheben kann.¹⁵ Freiheit ist immer „disquieted freedom“ – und darauf muss sich auch das Recht einstellen.¹⁶ Das bedeutet zugleich, dass die Bewegung der Repräsentation sich nicht von der Kommunikation und der Arbeit in und zwischen den Lebensformen („von Nachbar zu Nachbar“ [A. Macé]¹⁷) ablösen darf, sondern ein heterarchisches, unberechenbares Moment der praktischen Repräsentation auf Dauer unterstellen muss. Die „De-Familiarisierung“ des Wissens der Lebenswelten erzeugt eine Spannung, die den gesellschaftlichen Wissensbeständen neue Möglichkeiten eröffnet, den Varietätspool erweitert, aber nicht das vor allem in die Operationsweise der Lebenswelten eingetragene implizite Wissen hinter sich lässt. „Repräsentation“ basiert nach der hier für richtig gehaltenen Lesart auf einem permanenten Prozess des *Durcharbeitens* der „Wissensbestände“ der Gesellschaft

¹¹ Vgl. *Nadia Urbinati*, *Disfigured Democracy. Opinion, Truth, and the People*, Cambridge, MA 2014, S. 217. Ein paradigmatisches Beispiel für dieses Verhältnis von Lebensformen und Gesetz bietet das jüdische Gebot zum fortwährenden „Studium“ des Gesetzes: Dies impliziert ein Verweisungsverhältnis zwischen den durch die Zeit gegebenen Traditionen und der nie endenden Auseinandersetzung mit der „Gabe“ des Gesetzes, *Bruno Kar-senti*, *Moïse et l'idée de peuple. La vérité historique selon Freud*, Paris 2012, S. 48; *Karl-Heinz Ladeur*, *Moses Mendelssohn und die Schrift des Gesetzes*, in: Ursula Goldenbaum et al. (Hrsg.), *Moses Mendelssohns Philosophie im Kontext*, Hannover 2020, S. 235.

¹² *Kirk Wetters*, *Impasses of the Public Sphere From Hobbes to Habermas*, New York 2008, S. 137 – im Anschluss an J. Locke.

¹³ *Ino Augsberg*, *Kassiber*, Tübingen 2016, S. 91.

¹⁴ *Urbinati*, aaO (Representation as Advocacy), 760.

¹⁵ *Pierre-Henri Tavoillot*, *La justice entre idéalisme et pragmatisme: les débats de la philosophie contemporaine*, in: Michel Wieviorka (Hrsg.), *Rendre (la) Justice*, Auxerre 2013, S. 265.

¹⁶ *Svetlana Boym*, *Another Freedom. The Alternative History of an Idea*, Chicago 2010, S. 265, zu der durch die Freiheit ermöglichten Dauervariation innerhalb der Handlungsmuster, die aber zugleich die Möglichkeit eines Exzesses mit sich führt, der die sozialen Regeln und Muster transzendiert.

¹⁷ *Josiah Ober*, *Democracy and Knowledge. Innovation and Learning in Classical Athens*, Princeton 2010.

mit dem Ziel der Erzeugung eines anderen allgemeineren öffentlichen Wissens gegenüber den selbstorganisierten operativen Verkehrsregeln, die in die „Wissensbestände“ eingetragen sind. Repräsentation in dem hier gemeinten Sinn ist nicht die teleologisch verstandene Repräsentation von Einheit, sondern ein Set von Praktiken, die auf ein experimentelles Denken der unmöglichen Kompatibilisierung von Spannungen innerhalb der fragmentierten Ordnung angelegt sind.

In der „Gesellschaft der Organisationen“ verlangt die Vervielfältigung der Möglichkeiten eine weitere Mediatisierung des Weltverhältnisses der Individuen, nämlich das Akzeptieren der Eigenlogik der Organisationen, die nicht mehr nur als „große Individuen“ gesehen und behandelt werden können. Dazu gehört die Entwicklung langer Handlungsketten ebenso wie die strategische Reflexion des in der Organisation hergestellten Wissens. Die Form der Repräsentation verlangt andererseits eine Bereitschaft zur Überwindung der Grenzen der über die *Individuen* distribuierten Erfahrung durch die vorgelagerte Verallgemeinerung der Interessen in *Gruppen* (z. B. der Unternehmensverbände oder Gewerkschaften), die Selbstreflexivität der gesellschaftlichen Institutionen und auch die der spontan erzeugten gesellschaftlichen Konventionen, innerhalb derer ebenfalls mit *mehr Möglichkeiten* gerechnet werden muss. Auch die „Gesellschaft der Organisationen“ bringt im Erfolgsfall eine neue heterarchische Dimension der Repräsentation ins Spiel, die produktive Irritation und die wechselseitige bewegliche Anpassung zwischen den Organisationen (sozusagen von „Nachbar zu Nachbar“ in den neuen Nachbarschaftsverhältnissen der „Gesellschaft der Organisationen“), die wiederum den Wissensbeständen der Gesellschaft neue Möglichkeiten zuführt, also die Grenzen der Sprachspiele überschreitet und ihren Varietäts-pool erweitert. Auf diese Weise gewinnen auch die Lebensformen mehr Dynamik und Anpassungsfähigkeit. Dieser Prozess kann nicht als „Formierung“ der „Menge“ von Individuen gedacht werden, der als paradoxen gefährlichen Rest den Widerstand der „negativen politischen Subjektivität“ hervorruft, da er nicht in der Form der Repräsentation aufgeht und nicht aufgehen kann.¹⁸ Dies *ist* eine Paradoxie, aber eine, mit der die Gesellschaft leben kann und aus der sie sogar die Kraft zur Veränderung entwickelt. Zwischen Form und Formlosigkeit tritt die Lebensform der Praktiken, der im-personalen Wissensbestände, mit denen *gearbeitet* wird. Das Spannungsverhältnis zwischen dem praktischen Register der Lebensformen und dem theoretischen Register der Repräsentation wird bei M. Foucault als ein quasi-revolutionäres Potential der Widerständigkeit gedeutet.¹⁹ Doch davon kann

¹⁸ Die Kraft der Kunst, Berlin 2014, S. 88.

¹⁹ Vgl. *Brendan Boyle*, Foucault among the Classics, *Foucault Studies* 2012, Nr. 13, 138, 144.

Sachverzeichnis

- Abtreibung
 - Deutschland 181
 - Polen 466
 - USA 181, 342, 344, 345
- Abwägung
 - aller Alternativen 262
 - als Oberflächenbehandlung 246
 - als Figur der Vereinfachung 209
 - als Methode 14, 163, 164, 183, 186, 187, 190, 192
 - epistemische Funktion 14, 63, 199
 - Funktion in den 60er und 70er Jahren 13, 130, 174, 282
 - in Südamerika 406, 434, 436, 439, 444
 - italienische Austeritätsgesetze 527
 - Sachverhaltskonstruktion 271, 434
 - von Prinzipien 59, 82, 436
- administrative state 360, 361
- adversarial legalism 327
- Algorithmen 123, 124
- amerikanische Verfassung
 - als gesellschaftliche Selbst-Verfassung 281
- Anerkennung, wechselseitige 38
- Apothekenurteil 203
- Argumentation, Theorie der 38
- Atomtechnologie 229, 263

- Bekenntnisfreiheit, negative 251
- Belgien 493
- Beurteilungs- und Prognosespielraum 205
- Big Data 228, 281
- Bolivien
 - plurales Verfassungssystem 411, 413
 - Verfassungsgericht 491
- Bosnien-Herzegowina
 - Verfassungsgerichtsbarkeit 556
- Bowers v. Hardwick 342

- Brasilien
 - Polarisierung 402
 - schwacher Staat 381
- Brokdorf-Entscheidung 128
- Brown v. Board of Education of Topeka 383
- Bürgergericht
 - Bundesverfassungsgericht als 272

- Chile 404, 465
- christliche Bezüge
 - der Kultur 238, 239, 248, 249, 250
- Civil Rights Act 357, 359
- Common Law
 - als gesellschaftliches Recht 308, 313
- Craig and Mullins v. Masterpiece Cakeshop 348

- Datenschutz
 - des Singulären 220
- Demokratie
 - epistemische 127, 254
 - illiberale 451, 452, 453
 - ohne Zentrum 39
- Denkkollektiv 37
- digitale Medien 112
- Dogmatik 31, 32
- Dred Scott v. Sandford 284, 369 N. 28
- Drittwirkung
 - der Grundrechte 16, 70, 97
- duale Rundfunkordnung 98, 99, 105
- Durcharbeiten von Ideen
 - als repräsentatives Denken 237, 335, 390

- „Ehe für alle“ 231, 236
- Ehe und Familie
 - kulturelle Funktion 235

- verfassungsrechtliche Stellung 23
- Eigentum
 - epistemische Leistung 161, 186, 200, 204
 - Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers 192
 - Modularisierung 164, 208
 - Verhältnismäßigkeit der Beschränkung 195
- Entinstitutionalisierung
 - der Freiheitsrechte 78, 167, 233
- Epistemologie, soziale 36, 168
- Erfahrung als Wissenstyp 51
- Erkenntnisurteil
 - als Ideal 168, 169
- EuGH
 - als Quasi-Verfassungsgericht 494, 495, 496, 497
 - CRISPR/Cas 9 515
- Europa als Netzwerk von Netzwerken 508
- EGMR 496, 497

- Federalist Society 357
- Fragmentierung 109
 - der Parteien 23
 - USA 323
- Frankreich
 - Conseil Constitutionnel 540
 - Verfassungsentwicklung 539
- Freiheit
 - epistemische Dimension 210
- Freiheitsrechte 351
 - wirtschaftliche 273

- Gedächtnis
 - des Rechts 31
- Gemeinschaft
 - epistemische 119
 - praktische 175
- Gemeinschaftsschule 249
- Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe
 - des Privatrechts 160, 161, 162
- Gentechnologie 218
 - und Ungewissheit 250
- Gesellschaft
 - epistemische Verfassung 168, 178, 472
 - Gesellschaft der Individuen 51
 - Gesellschaft der Netzwerke 12, 44, 117
 - Gesellschaft der Organisationen 6, 44, 48, 68
 - professionelle Regeln 312
 - Gewaltverhältnis
 - besonderes 245
 - Global South
 - Konstitutionalismus 419
 - Gore v. Bush 334
 - Governance 38, 113, 206, 314, 420, 440
 - Grundrechte
 - kollektive Dimension 17, 18, 85
 - Gruppenpluralismus 98

 - Hartz IV-Sanktionen 22
 - Heuristik 221
 - High Knowledge 218, 221, 225, 228
 - Homosexuelle
 - Diskriminierung USA 328, 336
 - same sex marriage 347, 349
 - Hybrid-TV 105

 - Identitätspolitik 25, 136, 264
 - USA 326
 - Impeachment
 - Brasilien 392, 393, 394, 396
 - Informatisierung
 - der Technologien 227
 - „Institut ‚freie Presse“ 4, 75
 - Institution
 - Schutz der 25
 - Interstate Commerce Clause 338
 - Investitionshilfestreit 47, 255
 - Israel
 - High Court 399, 406
 - Islam
 - liberales Verständnis 242
 - Italien
 - Abwägung 528
 - Austeritätsgesetze und Verfassungsgericht 602
 - Grundrechte 521
 - Normativität der Verfassung 537
 - Parteiensystem 525, 526
 - Verfassungsgerichtsbarkeit 594

- Kanadische Verfassung 301
- Klientelismus 379
- Kapitalismus, exploitativer 384
- Klimawandel 219
- Kollisionsregime 76
- Kolumbien
 - subjektive Rechte der Natur 429, 432
 - Verfassungsgericht 407, 409, 410
- Kongo, Demokratische Republik
 - Verfassungsgericht 418 N. 5
- Konsens 174, 283
- Konstitutionalisierung
 - der allgemeinen Rechtsordnung 28
 - des Privatrechts 179, 309
- Konstitutionalismus
 - autoritärer 545
 - transformativer 444
- Kopftuch
 - islamisches 238, 239, 240, 252
- Korruption 435
 - gerichtliche Verfolgung 422
 - Petrobras (Brasilien) 419
- Kosovo
 - Verfassungsgerichtsbarkeit 491
- KPD-Urteil 150, 152
- Kruzifix
 - in der Schule 252, 253
- Kultur
 - der Rechte 324, 330, 361
 - De-Familiarisierung 9, 384
- Kuratierung
 - von Kommunikationen 119, 132

- Lawrence v. Texas 344
- Lebensform, Wissen 10, 11, 41, 174
- Lochner-Rechtsprechung 328
- Luftsicherheitsgesetz 267
- Lüth-Urteil 61, 70, 96

- Machtbegriff
 - Privatrecht 176
 - modulare Macht 176
- Marbury v. Madison 282
- Medien
 - epistemische Leistung 70, 367, 504
 - institutionelle Dimension 78, 268
 - klassische 77
 - soziale Medien 77
- Meinung
 - höchstpersönlicher Ausdruck 74
- Meinungsbildung
 - öffentliche 75, 77
- Meinungsfreiheit
 - Abwägung 88
 - kollektive Dimension 85
 - Öffentlichkeitsfunktion 92
 - Schranken 93
- Menschenwürde 267
- Mietpreisbremse 14, 114, 124, 182, 185
 - Verhältnismäßigkeit 196
- Mietpreisdeckel 194, 202
- Mitbestimmungsurteil 202
- Moderation, Verfassungsgericht 18, 219, 296, 303, 315
- Mongolei, Verfassungsgericht 548
- Mullins v. Masterpiece Cakeshop 348

- Nachbesserung
 - von Gesetzen 263
- Naturschutz
 - Bolivien 411
- Neutralitätsgebot 243, 252, 272
- New Deal-Rechtsprechung 304
- New York Times v. Sullivan 311
- Nicht-Wissen 161, 448
- Normalität
 - als Infrastruktur der Normativität 442
- Normativität
 - und Faktizität 64, 65
- NPD 156, 158, 174, 265
 - Versammlungsräume 157
- NPD-Urteil 153
 - Bindungswirkung 156

- Obamacare 338, 339
- Obergefell v. Hodges 347
- Oberstes Gericht
 - Brasilien, Richterbestellung 400
- Öffentlichkeit
 - der Gruppen 50, 305, 312
 - Fragmentierung 314, 321
 - öffentlich-rechtlicher Rundfunk 57, 97, 115
 - Beitrag 103
 - Binnenaufsicht 100, 101
 - externe Kontrolle 101

- Wandel 105
- Organisation
 - epistemische Leistung 187, 211
 - overlapping consensus 321
- OVERRULING
 - Kanada 300
- Parlament
 - Paritätsgesetz 147, 148
- Parteien
 - epistemische Bedeutung 14, 19, 30, 57, 111, 187, 257
 - Lateinamerika 424, 382, 407
- Parteienfinanzierung
 - NPD 157, 161
- Parteiverbot 149, 153, 156
- Peru
 - Parlament 389, 390
 - Verfassungsgericht 388, 389, 391
- Planned Parenthood v. Casey 346
- Plattform- und Netzökonomie 113
- Plessy v. Ferguson 352
- Pluralismus 50, 52, 75, 375
 - akzidenteller 425, 444
 - institutioneller 425, 444
- Polarisierung
 - USA 278, 280, 323
- Polen
 - judicial activism 464
 - Verfassung 449
- Postkommunistische Verfassung 445, 455, 473
 - fragile Demokratie 451
 - Verfassungsgerichtsbarkeit 452, 464
- Post-Lochner-Rechtsprechung 294
- Präjudizien
 - Common Law 346, 359, 360
- Präjudizienbindung
 - Supreme Court 359, 360
- praktische Konkordanz 63, 75
- Prinzipientheorie 35
- Privatrecht
 - kollektive Dimension 161
 - konstitutionalisiertes 259
- Prognose- und Beurteilungsspielraum 205, 206, 266
 - des Gesetzgebers 147, 189, 201, 207
- Prozeduralisierung 116, 207, 230, 271, 431
- Rassentrennung, USA 352
- Recht auf Anerkennung 330, 331
- Recht auf Gesundheit
 - und Gesundheitssystem 427
- Recht auf Nichtrecht 209
- Recht, Waffen zu tragen 351
- Recht auf Nichtrecht 238
- Rechtskonkretisierung 291
- Rechtskultur 244, 313, 371
- Reichstag
 - Weimar 143
- relationales Subjekt 176
- Religion
 - als Lebensform 245
- Repräsentation
 - als Durcharbeitung 9, 128
 - als Fiktion 11
 - argumentative 437, 440
- repräsentative Gruppen 257, 438
- repräsentatives Denken 56
- Rhetorik der Rechte 369
- Risikoregulierung 218
- Roe v. Wade 342, 344, 345, 360
- Rumänien
 - Impeachment-Verfahren 470
 - Korruption 471
 - Verfassungsgericht 468, 469
- Rundfunk
 - duale Ordnung 98
 - Pluralismus 99
- Russland
 - postkommunistische Verfassung 476, 477
 - Verfassungsgericht in den Krisen-jahren 478
 - Verfassungsgericht unter Putin 479, 482
- Sachverhalt
 - Konstruktion von 190, 263
- Schule
 - Gefahr als Grundrechtsgrenze 242
 - multireligiöse 238, 241, 247
 - Sexualekunde 240
 - Verhaltensregeln für die Schule 279
- Selbstorganisation
 - der Gesellschaft 426, 439, 502
 - der Rechtsbeziehungen 179

- Singuläre, der
 - als Typus 54, 131, 317
- Singularitäten
 - Kultur der 130, 132
- soziale Grundrechte 214
- soziale Normen
 - und Organisationen 20, 49, 63, 76, 86, 103, 215
- Sozialstaat 176
- SRP-Urteil 7, 149
- Staat
 - Identifikation mit Religion 249
- Staatsgerichtshof
 - Preußenschlag 112, 472
- Stadionverbotsentscheidung 162, 179, 187
- Subjekt als Selbstsetzung 43
 - und Selbstreflexion 74
 - und Selbstzweifel 366
- Suchmaschine 258
- Südkorea 548
- Supreme Court
 - court packing 293
 - Grundrechte 319
 - Landesverrat 306, 307
 - und Meinungsfreiheit 305
 - und New Deal 330
 - police power 298
 - Rassengleichheit 284
- Technologie
 - Bewertung 216
 - datenbasierte 117, 118
 - Regulierung 224
- Technoscience 223
- textualism 287, 288, 364, 365
- Toleranz 152
- Transparenz 124
- Überhangmandate 138, 139, 141, 145
- Ukraine 485
- Unbestimmtheit
 - des Rechts 43
- Ungarn
 - permanente Verfassunggebung 455, 464, 465
 - Verfassung 468
 - Verfassungsgericht und Methoden 529
- Ungewissheit 67, 237, 252
- Ungewissheitsbedingungen
 - und Zivilrecht 120, 169 273,
- Ungleichheit 183
 - Südamerika 391, 421
- USA, communal tradition 301
- Venezuela
 - Verfassungsgericht 387
- Verfassung
 - epistemische Infrastruktur 156
 - epistemologische 438
- Verfassungsgerichtsbarkeit, Südamerika
 - als Labor 425
 - als legal transplant 453
 - als Versicherung 483
- Verhältnismäßigkeit 33, 34, 190, 225
- Vermutungs- und Beweisregeln 201, 227, 536
- Versammlung 143
- Versammlungsfreiheit 126, 128
- Vertragsfreiheit
 - Supreme Court 489
- Volksparteien, Schwäche 129
- Wahlkampagnen
 - USA, Spendenfinanzierung 351
- Wahlrecht 138
 - Bremen 140 N. 42
 - Quorum 141
 - Verhältniswahl, Erfolgswert 138, 139
- Weimarer Republik 112 N. 140
- Wertordnung 15, 16, 18, 62
- wirtschaftliche Grundrechte 213
- Wissen
 - Emergenz 273
 - Generierung 227
 - in Netzwerken 21
 - und Praktiken 190
- Wissen
 - des BVerfG 208, 226
- Wissensbestände 35, 37, 109, 201, 229, 300
 - Südamerika 384
- Wissenschaft 217
- Wissensordnung
 - azentrische 165
 - datenbasiert 109, 220
 - der Gesellschaft 115, 170

ZDF-Urteil 102

Zivilrecht

- Epistemologie 164, 165, 182
- mittelorientierte Rationalität 120

Zivilrichter

- epistemische Kompetenz 181
- Zu-Worte-Kommen
- Rundfunk 102, 110