

# Gesetzgebungs- oder Justizstaat? Zum (Macht-)Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Parlamentsgesetzgeber am Beispiel der aktuellen grundrechtsdogmatischen Entwicklung

*Alexis von Komerowski / Michael Bechtel*

## 1. Einleitung

Mit verlässlicher Regelmäßigkeit weckt das spannungsgeladene (Macht-)Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und Gesetzgeber das Interesse von Politik- und Rechtswissenschaften (Ossenbühl 2001; Detjen 2001; Höffe 1999; Schneider 1999; Klein 1998; Wahl 1998). Kritisiert wird sowohl das negativgesetzgeberische Potenzial, das dem BVerfG auf Grund seiner Befugnis zur Normkassation zukommt (Blasberg 2003; Stüwe 2001), wie auch das Recht richterlicher Normsetzung, das die Karlsruher RichterInnen in variierendem Umfang für sich beanspruchen (Württemberg 1998). Die Kritik läuft zum kleineren Teil darauf hinaus, die (verfassungs-)gerichtliche Kontrolle parlamentarisch gesetzten Rechts für mit demokratischen Vorstellungen generell inkompatibel zu erklären. Als argumentativer Dreh- und Angelpunkt figuriert insofern eine beim Wort genommene Volkssouveränität. Überwiegend geht der Vorwurf dahin, nicht die bundesverfassungsgerichtliche Normprüfungskompetenz schlechthin, wohl aber ihr expansiver Gebrauch widerspreche der dem demokratischen Verfassungsstaat eigenen Funktionslogik. Auf dieser Kritiklinie liegen auch die in der Rechtswissenschaft jüngst diskutierten Vorstöße, die sich von einer teilweise erneuerten Grundrechtsdogmatik die (Wieder-)Herstellung eines demokratieadäquaten Gleichgewichtes im Verhältnis von BVerfG und Parlamentsgesetzgeber versprechen (Möllers 2005; Volkmann 2005; Hoffmann-Riem 2004; Böckenförde 2003). Indem die Prüfung von Grundrechtsbeeinträchtigungen anders als bisher strukturiert wird, sollen die Bereiche erweitert werden, in denen der parlamentarische Gesetzgeber normativ tätig werden kann, ohne bundesverfassungsgerichtliches *overruling* befürchten zu müssen.

Im Folgenden analysieren wir zunächst, wie sich die verfassungsgerichtliche Grundrechtskontrolle im Bereich parlamentarischer Gesetzgebung in die Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats einfügt (2). Sodann wird skizziert, weshalb und wie in der Verfassungsrechtswissenschaft versucht wird, durch grundrechtsdogmatische Modifikationen den Zugriff des BVerfG auf die parlamentarische Gesetzgebung einzuschränken (3). Es lassen sich zwei für diese grundrechtsdogmatische Neuausrichtung elementare Grundannahmen isolieren. Zum einen liegt ihr die empirisch gemeinte, als solche aber nicht belegte These zu Grunde, dass das BVerfG speziell durch seine Grundrechtsjudikatur die gesetzgeberischen Entscheidungsspielräume immer weiter eingeschränkt habe. Zum anderen beruht sie auf der Vorstellung, ein Weniger an verfassungsrichterlicher Normenkontrolle bewirke – durch die Stärkung des parlamentarischen Gesetzgebers – automatisch ein Mehr an demokratischer Selbstbestimmung der BürgerInnen. Diesen Prämissen setzen wir zum einen empirische Befunde zur Häufig-

keit grundrechtsgestützter Eingriffe des BVerfG in die Domäne des Parlamentsgesetzgebers entgegen (4). Zum anderen untersuchen wir aus Sicht der Politischen Ökonomie, ob allein von der Lockerung der verfassungsgerichtlich justiziablen Grundrechtsbindung des Parlamentsgesetzgebers ein Mehr an Demokratie zu erwarten ist (5). Daran anknüpfend wird eine alternative Grundrechtsdogmatik skizziert, die den normativen, demokratischen Kern der aktuellen rechtswissenschaftlichen Debatte übernimmt, zugleich aber den aufgezeigten empirischen und analytischen Einsichten Rechnung trägt (6).

## *2. Verfassungsgerichtliche Grundrechtskontrolle im Bereich parlamentarischer Gesetzgebung: zur Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats*

Politik- und Rechtswissenschaften, die gerade auch über ihre staatsphilosophischen Grundlagen miteinander verbunden und im Gespräch sind, rekonstruieren die wesensprägenden Eigenheiten des demokratischen Verfassungsstaats traditionell unter Rückgriff auf die Klassiker der Vertragstheorie. Es liegt daher nahe, auch das Verhältnis von Grundrechte schützender Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratievermittelnder Parlamentsgesetzgebung in kontraktualistischer Perspektive näher zu bestimmen.

### 2.1 Grundrechte und Mehrheitsprinzip als Kernelemente des Verfassungsvertrags

Der Kontraktualismus des 17. und 18. Jahrhunderts hat die Existenz des Staates mit seiner Funktion erklärt und dabei von der Fiktion des Naturzustands Gebrauch gemacht. In einer staatenlosen Welt ist zwar jeder von Natur aus frei, doch ist die allen gemeinsame Freiheit ungesichert (Locke 1992: 4–14, 95–99; Rousseau 1994: 22–23; Kant 1990: 173). Als vernunftbegabte Wesen erkennen die Individuen indes, dass ihnen ihre natürliche Freiheit nur wenig nützt, wenn sie ständig befürchten müssen, vom jeweils Stärkeren in Fesseln gelegt zu werden. Um der Pareto-Inferiorität eines Zustandes zu entgegnen, in dem die effektive Freiheitsausübung allein auf militärischer Stärke beruht (vgl. Cooter 2002: 273), schließen die Menschen einen Vertrag. Sie vereinbaren darin, unter Aufgabe ihrer „wilden“, gesetzlosen Freiheit einen staatlichen Hoheitsverband zu konstituieren, der mit Hilfe seines Gewaltmonopols eine gleichmäßige Ausübung von Freiheit rechtsförmig gewährleisten soll (Locke 1992: 73–101; Rousseau 1994: 16–19, 22–23; Kant 1990: 173). Die dem Verfassungsstaat teleologisch vorgegebene und von ihm rechtsförmig zu gewährleisten gleiche Freiheit aller hat (nicht nur) unter der Herrschaft des Grundgesetzes die Gestalt von Grundrechten angenommen (vgl. Dreier 2004: 47).

Mit der als einstimmig fingierten Annahme des Verfassungsvertrags wird zugleich das in seiner Wirkweise geradezu archaische Mehrheitsprinzip als dominierende Entscheidungsregel akzeptiert (Locke 1992: 73–74; Rousseau 1994: 116). Der Grund hierfür ist rein pragmatischer Natur: Das Majoritätsprinzip ist organisationstechnisch unverzichtbar (vgl. Heller 1992a: 97). Es realisiert einen Ausgleich zwischen Ausschlusskosten, zu denen namentlich die auf Seiten der unterlegenen Minderheit anfallenden

Freiheitsverluste zählen, sowie den Entscheidungskosten, die bei Anwendung des Einstimmigkeitsprinzips ins Unermessliche stiegen (Buchanan/Tullock 1962). Trotz der zu konstatierenden relativen Freiheitsverluste läuft die Etablierung des Mehrheitsprinzips der freiheitssichernden Zielsetzung des Vertragsschlusses nicht schon prinzipiell entgegen (Heun 1983). Denn die natürliche, im hypothetischen Naturzustand aber ständig bedrohte Freiheit und Gleichheit der Individuen kehrt unter den Bedingungen des Mehrheitsprinzips tendenziell als – grundrechtlich verbürgte – gleiche Chance aller StaatsbürgerInnen wieder, frei von äußerem Zwang, die sanktionsbewehrten Entscheidungen des Staates zu beeinflussen. Allerdings darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass das grundsätzlich freiheitskompatible Majoritätsprinzip – in Verbindung mit dem Verzicht auf andere als staatlich erlaubte Gewaltausübung – zu einer extremen Konzentration hoheitlicher Macht bei der gesetzgebenden Mehrheit führt. Diese kann fortan das Gemeinwesen nach ihren Wünschen legislatorisch gestalten.

## 2.2 Demokratieimmanenter Schutz der Grundrechte vor der gesetzgebenden Mehrheit

Die mit einer derartigen Machtfülle ausgestattete gesetzgebende Mehrheit wird typischerweise keine Grundrechte beeinträchtigen, die für ihr angehörige Personenkreise elementar sind. *Volenti non fit iniuria* (vgl. Kant 1990: 170). Allerdings können von der Mehrheitsmacht Gefahren für die Freiheitsansprüche speziell solcher Minderheiten ausgehen, die auf Grund ihrer Ressourcen- und Organisationsschwäche auch langfristig keine Chance haben, von der Minderheit zur Mehrheit zu werden. Was sich in der vertragstheoretischen Rekonstruktion des demokratischen Verfassungsstaats als dessen Kernelemente darstellt, Grundrechte und Mehrheitsprinzip, steht somit in einem Spannungsverhältnis zueinander. Eine besondere Pointe der Demokratie liegt nun darin, dass sie dieses Spannungsverhältnis systemimmanent mildert. Obwohl die Grundrechte in erster Linie die Grundrechte der Minderheit sind, werden sie tendenziell auch unter den Bedingungen der Mehrheitsdemokratie gewahrt. Dafür lässt sich aus unterschiedlichen theoretischen Perspektiven argumentieren, die hier nicht als gegensätzlich, sondern als einander ergänzend begriffen werden.

Der deliberativen Demokratietheorie zufolge sieht sich in einer funktionierenden Demokratie die gesetzgebende Mehrheit durchgängig genötigt, ihre Maßnahmen in den diversen Arenen des niemals gänzlich moralfreien öffentlichen Diskurses rational zu rechtfertigen (Habermas 1992): Wo der politischen Entscheidung Debatten in einer medial aufgeklärten Öffentlichkeit sowie im Parlamentsrund vorgeschaltet sind, kann die gesetzgebende Mehrheit nicht wortlos über die Argumente einer noch so ressourcenschwachen und für den Wahlsieg irrelevanten Minderheit hinweggehen. Sie muss diese wägen und wird sie typischerweise nur aus solchen Gründen zurückweisen, die einen – nicht ausschließlich rhetorischen – Gemeinwohlbezug aufweisen. Dass den hoheitlichen Machtakten institutionalisierte Prozesse gesellschaftlicher und innerstaatlicher Auseinandersetzung vorausgehen, diese nach Maßgabe von Freiheit und Gleichheit organisiert sind und just hierdurch eine ungehemmte Durchsetzung des Parteiinteresses der Mehrheit verhindert, eine zumindest ansatzweise Rückbindung an das Minderhei-

teninteressen umfassende *bonum commune* befördert wird – dies mag man getrost als List der Demokratie und zugleich als den wahren Kern der Lehre von der *volonté générale* (Rousseau 1994: 30–32) bezeichnen.

Unter dem Blickwinkel ökonomischer Theorie lässt sich Demokratie als Wettbewerb der politischen Akteure um die Stimmen der BürgerInnen begreifen (Downs 1968). Dieser Wettbewerb stiftet auf der Angebotsseite den Anreiz, die Interessen möglichst vieler Individuen zu vertreten und ständig nach jenen Minderheiten zu fahnden, die von Konkurrenten vernachlässigt wurden und eines entsprechenden Politikangebots harren. Die auf der Nachfrageseite stehenden BürgerInnen werden infolgedessen über die Parteien, deren Angebote sowie ihr Verhalten informiert. Sie haben insbesondere die Chance, durch Partizipation am Prozess politischer Verständigung auch dort mit ihren Interessen mehrheitsfähig zu werden, wo sie aktuell noch Minderheitenpositionen einnehmen (Wittman 1989, 1995). Der durch das Konkurrenzprinzip dynamisierte Austausch zwischen Anbietern und Nachfragern von Politik schafft einen Markt, in dem „legislators will cooperate with each others to realize the surplus from political trades“ (Cooter 2002: 53). Auch in der ökonomischen Rekonstruktion offenbart sich demnach die Listigkeit der Demokratie: Das dem Konkurrenzprinzip zu Grunde liegende Streben, sich pionierhaft vorstoßend eine bessere Machtposition zu verschaffen, entfacht einen dynamischen Prozess, der gerade auch der Minderheit zugute kommt und damit denjenigen, die ohnmächtig zurückzubleiben drohen.

### 2.3 Grenzen des demokratieimmanenten Schutzes der Grundrechte vor der gesetzgebenden Mehrheit

Die Demokratie ist aber nur bis zu einem gewissen Grade zur Autokorrektur jener grundrechtsgefährdenden Tendenzen in der Lage, die von der Mehrheitsherrschaft ausgehen. Dies kann schon deshalb nicht verwundern, weil sich das skizzierte Selbstheilungspotenzial der Mehrheitsdemokratie als überaus voraussetzungsvoll erweist. Insbesondere beruht es auf der Prämisse, dass alle Personen und Institutionen, die nach der Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats am politischen Prozess teilhaben sollen, in möglichst großem Umfang an dem für ihn konstitutiven Informations- und Kommunikationsfluss partizipieren. Das deliberative Demokratiemodell lässt sich ohne umfassenden, durch Informiertheit und Inklusivität geprägten Verständigungszusammenhang nicht denken (Habermas 1992: 399–467); Demokratie als Wettbewerb der Parteien um Stimmen sorgt nur dann für eine autodynamische Wahrung von Minderheitenrechten, wenn die Transaktionskosten, also die Kosten, die den Akteuren durch ihre Handlungen auf dem Politikmarkt entstehen, vernachlässigbar gering sind (Coase 1937; North 1990; Cooter 2002: 53).

Die möglichst umfangreiche Einbindung aller zu demokratischer Partizipation Berufenen in einen vitalen Informations- und Kommunikationskontext wird nun freilich unter den Bedingungen einer Massendemokratie allem voran durch Informationsasymmetrien gefährdet und beeinträchtigt: Weil politischer Diskurs und demokratischer Wettbewerb in einer Welt knapper Ressourcen erfolgen, verursachen die Informationsbeschaffung, das öffentlichkeitswirksame Eintreten für oder gegen politische Entschei-

dungen sowie die Überwachung ihrer Implementierung immer Kosten. Solche Kosten sind in der modernen Massendemokratie relativ hoch, da hier politische Komplexität und Unsicherheit sehr ausgeprägt sind (vgl. Drazen 2000: 97). Die Informations- und Beeinflussungskosten zu tragen, erscheint aus individueller Perspektive häufig nicht lohnend. Denn die Vorteile, die aus der Wahrnehmung der eigenen Interessen resultieren, kommen einer Vielzahl von Individuen zugute, die nur unter prohibitiv hohen Kosten von deren Nutzen ausgeschlossen werden können. Daher ist es attraktiv, sich den anfallenden Beeinflussungskosten zu entziehen und darauf zu bauen, dass andere sie tragen, um anschließend dennoch von den erreichten Erfolgen zu profitieren (Olson 1965). Auch das Monitoring legislativen Handelns, also das Sammeln und Auswerten von Informationen über die politischen Entwicklungen, erweist sich aus diesem Grund für die meisten Bürger als in der Regel nicht vorteilhaft.

Die Konsequenz hieraus sind Informationsasymmetrien. Die hohen Informations-, Partizipations- und Monitoringkosten führen zu einem erheblichen Aufmerksamkeitsdefizit auf Seiten der BürgerInnen (Downs 1968; Fuchs 1998; Fearon 1999). Diese verringern nicht nur die Wahrscheinlichkeit, dass alle Argumente gleichberechtigt in die politische Debatte eingespeist werden und sich in der Folge ein Diskussionsergebnis einstellt, das den Anspruch rationaler Vernünftigkeit erheben kann. Auch wird es unwahrscheinlicher, dass Verletzungen demokratischer Wettbewerbsregeln entdeckt werden. Dadurch wiederum erhöht sich die Gefahr einer Kartellbildung zwischen den institutionalisierten Anbietern von Politik, die letztlich dazu führt, dass Freiheitsrechte Dritter unbemerkt verkürzt werden können (Persson u.a. 1997). Besonders ausgeprägt sind die Aufmerksamkeitsdefizite und folglich auch die Gefahr einer Verkürzung ihrer Freiheitspositionen bei Angehörigen ressourcenschwacher Minderheiten. Hier wirkt der doppelte Umstand, dass erstens das Einbringen von Minderheitenpositionen in den politischen Prozess mit relativ höheren Transaktionskosten verbunden ist als das Eintreten für Mehrheitspositionen und zweitens eine vergleichsweise geringe Ausstattung insbesondere mit Finanz- und Bildungsressourcen die Informations-, Partizipations- und Monitoringkosten rasch prohibitiv werden lässt.

Neben Aufmerksamkeitsdefiziten bewirken die in der modernen Massendemokratie für die BürgerInnen vielfach zu hohen Transaktionskosten einen verzerrten Kommunikationsfluss vom Volk zum parlamentarischen Gesetzgeber. Dieser wird überproportional für solche Interessen sensibilisiert und angespannt, die sich schlagkräftig zu organisieren vermögen (Grossman/Helpman 2001). Deren Träger, die verschiedensten Lobbygruppen, verfolgen zumeist das Ziel, staatliche Eingriffe in die Ressourcenallokation des Marktes herbeizuführen, um sich künstlich geschaffene Renten zu sichern (Tullock 1967). Von diesem Effekt sind wiederum in erster Linie ressourcenschwache Minderheiten betroffen. Während Mehrheitsinteressen, auch wenn sie mit Lobbyinteressen kollidieren, von den an Wahlstimmen interessierten Parteien nicht ohne weiteres unbeachtet gelassen werden können, finden die ressourcenschwachen Minderheiten im politischen Prozess schwerlich Gehör. Ihre Stimmen sind für die institutionalisierten Anbieter von Politik vernachlässigbar.

Nun ist sicherlich zu konzedieren, dass in der modernen Demokratie Intermediäre, und zwar speziell die Massenmedien, die skizzierten Informationsasymmetrien ein Stück weit zu korrigieren vermögen (Wittman 1989, 1995). Sie beschaffen Informatio-

nen, werten diese aus und können die politische Entwicklung gerade auch dort überwachen, wo BürgerInnen und insbesondere ressourcenschwache Minderheiten aus Kostengründen nicht selbst tätig werden. Dadurch können Aufmerksamkeitsdefizite auf Seiten der Individuen gesenkt, der Vermachtung öffentlicher Kommunikation entgegen gewirkt werden.

Allerdings vermag diese Form der Delegation das Problem der Informationsasymmetrien allenfalls ansatzweise zu lindern. Dies zeigt die Forschung zur Prinzipal-Agenten-Problematik: Da die Realität nicht den restriktiven Modellannahmen der Neoklassik folgt, können Medien Informationen bestimmten (Kapitalverwertungs- oder Mehrheits-)Interessen entsprechend selektieren und präsentieren, ohne dass dies beobachtet wird oder einer der Beteiligten ein Interesse daran hätte, dieses Verhalten publik zu machen (Drazen 2000: 22–24; Strøm 2000). Indem Medien nun die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit in strategisch ausgewählte Bereiche lenken, generieren sie damit ihrerseits strukturelle Aufmerksamkeitsdefizite auf Seiten der BürgerInnen. Dies trägt zu einer systematischen Verzerrung des Wettbewerbs zugunsten derjenigen Akteure bei, die über die nötigen Ressourcen verfügen, um die Kosten zur Beeinflussung von kollektiven Entscheidungen zu tragen. Im Ergebnis bleibt es also dabei, dass der für die Demokratie konstitutive, alle BürgerInnen umfassende Informations- und Kommunikationsprozess fortlaufend durch Informationsasymmetrien bedroht bzw. beeinträchtigt wird.

#### 2.4 Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat

Vor diesem Hintergrund erschließen sich die Aufgaben, die dem Verfassungsgericht nach der Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats zukommen. Um den Grenzen Rechnung zu tragen, die dem demokratieimmanenten Schutz der Grundrechte durch die häufigen Informationsasymmetrien gesetzt sind, werden im demokratischen Verfassungsstaat an eine mit Experten besetzte, weitgehend unabhängige Spruchstelle zwei Kernaufgaben delegiert.

An erster Stelle steht die Gewährleistung jener demokratiekonstitutiven Informations- und Kommunikationsströme, die möglichst alle zu demokratischer Partizipation berufenen Individuen und Institutionen erfassen sollen (Brettschneider 2005). Diese Funktion nehmen Verfassungsgerichte vor allem dadurch wahr, dass sie die für einen (argumentations-)offenen Diskurs und einen fairen politischen Wettbewerb elementaren Freiheits- und Teilhaberechte effektiv sichern. Dadurch lässt sich die Fähigkeit der Mehrheitsdemokratie tendenziell erhalten, selbsttätig die Interessen gerade auch der ressourcen- bzw. organisationsschwachen Minderheiten zu bewahren.

So wichtig es ist, die grundrechtlichen Freiheits- und Teilhaberechte gegen demokratisch dysfunktionale Übergriffe der Mehrheit abzuschirmen, um hierdurch bereits dem Entstehen von Informationsasymmetrien vorzubeugen, so unbefriedigend wäre es, würden die in den modernen Massendemokratien nie gänzlich vermeidbaren, nach der Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats aber eindeutig makelbehafteten Folgen solcher Informationsasymmetrien reaktionslos hingenommen. Der demokratische Verfassungsstaat verfehlte nämlich sein Ziel, die gleiche Freiheit aller, also auch

die von Minderheitenangehörigen, rechtsförmig zu gewährleisten. Unter diesem Blickwinkel erhellt die an zweiter Stelle stehende Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat: Das Verfassungsgericht muss helfen, jedenfalls die existenziellen Freiheitsbelange der ressourcenschwachen, für den Wahlsieg meist irrelevanten Minderheiten zu sichern. Diese nämlich bleiben zuallererst auf der Strecke, wenn infolge von Aufmerksamkeitsdefiziten auf BürgerInnenseite durchsetzungsstarke *volontés particulières* den öffentlichen Debattenraum partiell okkupieren oder sich wegen ihres nur begrenzten Interessenvermittlungspotenzials das Grundproblem kollektiven Handelns auch für die Demokratie bewahrheitet. Vor diesem Hintergrund sind die Verfassungsgerichte im demokratischen Verfassungsstaat immer gehalten, die Grundrechte jener Minderheitenangehörigen nachhaltig zu schützen, die mit ihren elementaren Freiheitsbedürfnissen in einer bereichsweise kartellierten Öffentlichkeit auf keine oder nur geringe Aufmerksamkeit stoßen und insbesondere wegen ihrer Ressourcenschwäche nicht hinreichend in der Lage sind, in ihrem eigenen Freiheitsinteresse kollektiv zu handeln. Dabei geht es nicht nur und nicht einmal in erster Linie um die demokratiefunktionalen, sondern um solche Grundrechte, die den Minderheitenangehörigen staatsgerichtete Abwehr-, Schutz- und Leistungsansprüche vermitteln, damit sie im existenziellen Kern ihres Lebensentwurfs nicht hinter jenen Gruppen zurückbleiben, die sich erfolgreich organisieren können und deshalb Politik mitgestalten.

## 2.5 Machtfülle und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat

Die Wirkungskraft der aus demokratietheoretischer Sicht doppelunktionalen Verfassungsgerichte beruht nun allem voran darauf, dass sie legislativen Mehrheiten, die Grundrechte Dritter missachten, glaubhaft zu drohen vermögen. In Antizipation einer zu erwartenden Nichtigerklärung von Normen, die demokratiefundamentale Grundrechte oder aber Grundrechte von Minderheitenangehörigen verletzen, werden solche Regelungen häufig erst gar nicht getroffen (Landfried 1984; Stone-Sweet 2000; Cooter 2002: 211–234). Schon dieser kursorische Blick auf die Wirkungskraft des Verfassungsgerichts lehrt, welche große Macht hier in den Händen weniger Menschen konzentriert ist. Skepsis ist insofern allemal angebracht. Dies gilt umso mehr, als Verfassungsgerichte zu einer glaubhaften Selbstverpflichtung, diese Macht nicht zu missbrauchen, unfähig sind (Cooter 2002; Reissenberger 1997). VerfassungsrichterInnen steht die Möglichkeit des *policy-shirking* offen: Sie können die ihnen zu Gebote stehende Macht einsetzen, um ihre eigenen Politikideale zu verwirklichen (Strøm 2002; Tsebelis 2002).

Dies zwingt jedoch nicht dazu, die Demokratiekompatibilität der Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Argument zu verneinen, ein Verfassungsgericht könne günstigstenfalls in die Rolle des *benevolent dictator* schlüpfen, sich aber niemals in die eines demokratischen Verfassungsorgans einfinden. Die potenziell überschießende Machtfülle der Verfassungsgerichte lässt sich durchaus von der Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats her betrachten und von dorthin begrenzen (vgl. das Sondervotum zum Hochschulurteil des BVerfG Simon/Rupp-von Brünneck 1993: 355): Im Verfas-



sungsstaat ist alle staatliche Macht und also auch die des Verfassungsgerichts begrenzt, und zwar durch positive und negative Kompetenznormen. Die positiven Kompetenznormen sind Ausfluss einer spezifischen Aufgabenzuschreibung innerhalb des verfassungsstaatlichen Gesamtgefüges. Für das Verfassungsgericht bedeutet dies, dass es schon der namensgebenden Begrifflichkeit nach zur Rechtsprechung berufen ist, also zur Entscheidung über die Vereinbarkeit bestimmter Lebenssachverhalte oder Normen mit positiv geltendem (Verfassungs-)Recht (Voßkuhle 2001: 989–992); hingegen fällt die Schöpfung neuen (Verfassungs-)Rechts nicht in den Kompetenzbereich des Verfassungsgerichts, sondern in den der (verfassungs-)rechtsetzenden Mehrheit (Hesse 1995: 240).

In unmittelbarer Anknüpfung an das, was zu den Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat ausgeführt wurde, kann weitergehend festgehalten werden, dass Verfassungsgerichte dort machtvoll einschreiten sollen, wo die für den demokratischen Informationsfluss sowie die für einen effektiven Minderheitenschutz maßgeblichen Grundrechte gefährdet sind. Hingegen besitzen sie in den Fällen eine nur eingeschränkte Prüfungs- und Kassationskompetenz, in denen die gesetzgebende Mehrheit über die Verteilung von Freiheitsressourcen entscheidet, ohne dass Grundrechte berührt wären, die elementar für die Funktionalität des demokratischen Kommunikationsprozesses oder den Freiheitsschutz ressourcenschwacher Minderheiten sind. Denn nach der Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats obliegt die Bewältigung (re-)distributiver Konflikte primär der gesetzgebenden Mehrheit. Geht es daher nicht um die Aufrechterhaltung des demokratischen Kommunikationsprozesses oder die Gewährleistung von elementaren Minderheitenrechten, so fordert die volksherrschaftliche Komponente des demokratischen Verfassungsstaats nicht nur keine verfassungsgerichtliche Grundrechtskontrolle im Bereich parlamentarischer Gesetzgebung, sondern steht ihr sogar entgegen. Bezüglich der parlamentarischen Verteilungsentscheidung kann dem Verfassungsgericht nur noch auf Grund der rechts- oder sozialstaatlichen Komponente des demokratischen Verfassungsstaats eine Normenkontroll- und -verwerfungskompetenz zuwachsen. Da seine rechts- bzw. sozialstaatliche Komponente nicht einseitig zu Lasten seiner demokratischen Gestalt annehmen darf, ist für den demokratischen Verfassungsstaat davon auszugehen, dass sich die verfassungsgerichtliche Grundrechtskontrolle im Bereich der Gesetzgebung immer dann zu einer bloßen Willkürkontrolle verengt, wenn sie nicht den Zweck verfolgt, der Gefahr oder den Folgen (mehrheits-)demokratischer Dysfunktionen entgegen zu treten.

### *3. Zurück zum Gesetzgebungsstaat – die aktuelle grundrechtsdogmatische Debatte*

Wie kann verhindert werden, dass das BVerfG durch seine Grundrechtsjudikatur in einem aus demokratischer Sicht nicht mehr hinnehmbaren Umfang auf den Bereich der parlamentarischen Gesetzgebung übergreift? Nur wenige andere Fragestellungen sind in der jüngeren deutschen (Verfassungs-)Rechtswissenschaft derart leidenschaftlich diskutiert worden wie diese (Isensee 1992; Gusy 1983; Böckenförde 1976, 1990). Deshalb kann es nicht verwundern, dass sich an ihr erst kürzlich wieder eine lebhafte Debatte entzündet hat (Möllers 2005; Volkmann 2005; Hoffmann-Riem 2004; Kahl 2004;



Höfling 2003; Böckenförde 2003). Die aktuelle Diskussion wird aber nicht wie früher unter zuvörderst grundrechtstheoretischen Vorzeichen geführt (Böckenförde 1974, 1992; Jeand'Heur 1995). Der Fokus liegt stattdessen auf der Grundrechtsdogmatik. Diese Neuausrichtung der Grundrechtsdebatte dürfte einen doppelten Grund haben. Erstens sehen zahlreiche VerfassungsjuristInnen stärker noch als früher einen kausalen Zusammenhang zwischen der herrschenden Grundrechtsdogmatik und der von ihnen unterstellten Zunahme bundesverfassungsgerichtlicher Übergriffe in den Kompetenzbereich des parlamentarischen Gesetzgebers. Zweitens hat diejenige Auffassung an Zulauf gewonnen, der zufolge der Expansionsdrang der bundesverfassungsgerichtlichen Grundrechtsjudikatur zugunsten von mehr Demokratie eingedämmt werden kann und soll, indem an einigen grundrechtsdogmatischen Stellschrauben gedreht und hierdurch die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers gelockert wird. Diese zweifache Vorstellung soll im Folgenden schlaglichtartig beleuchtet werden. Im Weiteren wird darzulegen sein, dass ihr zwei unausgesprochene Annahmen zu Grunde liegen. Sollten diese sich als zweifelhaft erweisen, stünde die aktuelle grundrechtsdogmatische Diskussion auf tönernen Füßen.

### 3.1 Die These vom grundrechtsdogmatisch induzierten Wandel vom Gesetzgebungs- zum Justizstaat

Um die These veranschaulichen zu können, der zufolge der Gesetzgebungsstaat grundrechtsdogmatisch bedingt zum Justizstaat mutiert, sei vorab nochmals die klassische Grundrechtsdogmatik rekonstruiert: Machen die BürgerInnen von ihren Grundrechten beliebig Gebrauch, so kommen sie miteinander in Konflikt. Denn die Freiheit, etwas zu tun oder zu unterlassen, hat meist externe Effekte und kann deshalb die Freiheit Anderer beeinträchtigen. Es ist Aufgabe des Staates, diese Grundrechtskonflikte zu lösen. Dies geschieht dadurch, dass dem Grundrechtsgebrauch gesetzgeberisch Grenzen gesetzt werden. Da diese gleichsam von außen her an die als vorgegeben fingierten Grundrechte herantreten, spricht man von Eingriffen in die Grundrechte.

Nun besteht auch im demokratischen Verfassungsstaat die Gefahr, dass die Eingriffe ihr normatives Ziel verfehlen, die kollidierenden Grundrechte in ein Verhältnis praktischer Konkordanz zu bringen (Hesse 1995: 142). Der Grundrechtseingriff der gesetzgebenden Mehrheit kann sich als Grundrechtsverletzung entpuppen. Ob eine solche vorliegt, wird der herkömmlichen Grundrechtsdogmatik zufolge in einem dreischrittigen Verfahren geprüft (Pieroth/Schlink 2005; Manssen 2004). Zunächst wird der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts bestimmt. Sodann wird gefragt, ob in diesen eingegriffen wurde. Bejahendenfalls ist die verfassungsmäßige Rechtfertigung dieser Schutzbereichsverkürzung zu erörtern. Im Rahmen dieses dritten Schritts kommt es regelmäßig zur so genannten Verhältnismäßigkeitsprüfung (Murswiek 2003: 122). Danach kann eine Grundrechtsverletzung nur dann ausgeschlossen werden, wenn der Grundrechtseingriff einen verfassungslegitimen Zweck verfolgt und im Hinblick auf die Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich sowie angemessen ist.

Vor diesem Hintergrund lassen sich die beiden grundrechtsdogmatischen Weichenstellungen benennen, die in der aktuellen Diskussion für die vermeintlich zunehmen-

den Ausgriffe des BVerfG auf die Machtsphäre des Gesetzgebers verantwortlich gemacht werden. Kritisiert wird zum einen das „Denken in weiten Schutzbereichen“ (Böckenförde 2003: 171) und zum anderen die „Angemessenheitsverhältnismäßigkeit, die letztlich ein Topos für maßstablose Abwägungen ist“ (Böckenförde 2003: 190).

Der erste Kritikpunkt bezieht sich darauf, dass die herkömmliche Grundrechtsdogmatik die grundrechtlichen Schutzbereiche als umfassende Freiheitssphären begreift, die lediglich in thematischer Hinsicht eingegrenzt sind, nämlich durch die grundrechtsprägenden Tatbestandsmerkmale wie beispielsweise Glaube, Meinung oder Eigentum. Dieses weite Schutzbereichsverständnis soll maßgeblich dazu beitragen, dass die Grundrechtsjudikatur ausufert und in der Folge die Grundrechtsrechtsprechung die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zunehmend einschränkt (Hoffmann-Riem 2004; Böckenförde 2003).

Der Vorwurf „maßstabloser Abwägung“ zielt auf die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung ab. Nach herkömmlichem Verständnis ist ein legislativer Grundrechtseingriff dem Gesetzeszweck nicht allein deshalb angemessen, weil er diesen in maßvoller Weise verwirklicht. Vielmehr muss er um der „Einheit der Verfassung“ Willen darauf gerichtet sein, die berührten Verfassungsgüter, also auch die Grundrechte, in einen sinnvollen, d.h. sie optimierenden Ausgleich zu bringen (Lerche 1992). Mittel zur Herstellung eines solchen Ausgleichs ist nach klassischer Grundrechtsdogmatik die so genannte Abwägung. Mit der behaupteten Expansion der bundesverfassungsgerichtlichen Grundrechtsjudikatur und dem damit korrelierenden Terrainverlust des Gesetzgebers lässt sich dieses grundrechtsdogmatische Konzept wie folgt in Zusammenhang bringen: Es bewirkt, dass sich parlamentarische Entscheidungen immer seltener als Ausfluss gesetzgeberischer Ermessensfreiheit präsentieren und dafür umso häufiger auf Grund verfassungsjuristisch gebundener Abwägungsvorgänge getroffen werden. Letztere indes können vom Bundesverfassungsgericht weithin kontrolliert werden. Da die für die Abwägung und damit auch die für ihre gerichtliche Kontrolle verfassungsrechtlich maßgeblichen Kriterien in der herkömmlichen Grundrechtsdogmatik vage bleiben, laufen die Karlsruher RichterInnen Gefahr, dass sie die abwägerisch getroffenen Wertentscheidungen des Parlamentsgesetzgebers nicht nur kontrollieren, sondern sie durch ihre eigenen Wertvorstellungen substituieren (Strøm 2002; Tsebelis 2002).

### 3.2 Die These von der grundrechtsdogmatisch bewirkbaren Rückkehr zum Gesetzgebungsstaat

Der These vom grundrechtsdogmatisch induzierten Wandel vom Gesetzgebungs- zum Justizstaat entspricht die Annahme, diese Entwicklung lasse sich durch eine alternative Programmierung des grundrechtsdogmatischen Prüfungsschemas umkehren. Um die parlamentarische Gesetzgebungshoheit grundrechtsdogmatisch zu restaurieren, sucht man zum einen, das „Denken in weiten Schutzbereichen“ zu überwinden. Ein aus Sicht der klassischen Grundrechtsdogmatik besonders weit gehender Vorschlag liegt darin, die Prüfungsstation des Schutzbereichs zweizuteilen und zwischen dem Sach- bzw. Lebensbereich eines Grundrechts einerseits sowie seinem Gewährleistungsgehalt andererseits zu unterscheiden (Böckenförde 2003).

Ziel ist es, das herkömmliche Verständnis der Grundrechte als umfassende Verhaltensfreiheiten prüfungstechnisch zu konterkarieren und sie stattdessen restringierend von den für sie entstehungsgeschichtlich maßgeblichen Gefährdungslagen her zu konkretisieren: Durch die skizzierte Zweiteilung des Schutzbereichs eines Grundrechts werden die RechtsanwenderInnen gezwungen, sich darüber Klarheit zu verschaffen, ob ein bestimmtes individuelles Verhalten, das in den thematischen Bezugsrahmen eines Grundrechts fällt, überhaupt von der normativen Schutzwirkung des betreffenden Grundrechts erfasst wird. Es dürfte ihnen in folgedessen schwerer fallen, die Grundrechte weiterhin von einem abstrakt-umfassenden Freiheitsverständnis her zu konkretisieren, wie es die traditionelle Grundrechtsdogmatik mit ihrem einheitlichen Verständnis vom Schutzbereich suggeriert. Denn bei Zugrundelegung des alternativen grundrechtsdogmatischen Schemas sehen sie sich dazu veranlasst, differenzierend ganz konkrete Schutzgehalte einer Grundrechtsverbürgung zu definieren. Letzteres wiederum wird ihnen sinnvoll nur unter maßgeblicher Berücksichtigung der historisch-konkreten Gefährdungslage möglich sein, auf die der Verfassungsgeber mit der betreffenden Grundrechtsverbürgung seinerzeit reagieren wollte.

Zum anderen ist man bestrebt, die Parlamentsgesetzgebung grundrechtsdogmatisch wiederaufzuwerten, indem man der von der klassischen Grundrechtsdogmatik beförderten „Abwägungshypertrophie“ entgegen wirkt. Erreicht werden soll dies durch die Verlagerung des Schwerpunkts der Verhältnismäßigkeitsprüfung von der dritten auf die zweite Stufe. Auf der zweiten Stufe sind legislative Entscheidungsvarianten nach einem handfesten Kriterium zu beurteilen, nämlich danach, welches das zur Erfolgserreichung mildeste Mittel gleicher Wirksamkeit ist. Deshalb ist die Gefahr hier deutlich geringer, dass das BVerfG aus der Rolle fällt und im Zuge seiner Grundrechtsrechtsprechung selbst legislative Entscheidungen trifft, statt diese am Maßstab der Verfassung zu kontrollieren (Böckenförde 2003).

### 3.3 Die unausgesprochenen Prämissen der aktuellen grundrechtsdogmatischen Diskussion

Mit einem Feinsinn, von dem bislang allenfalls ein erster Eindruck vermittelt werden konnte, sind in jüngster Zeit die grundrechtsdogmatischen Zusammenhänge beleuchtet worden, auf Grund derer die ehemals verfassungsrechtsfreien Gestaltungsspielräume des parlamentarischen Gesetzgebers zunehmend durch den „bundesverfassungsgerichtlichen Grundrechtsimperialismus“ kolonisiert worden sein sollen. Überraschend unterbelichtet geblieben ist dabei, ob sich die These von der zu Lasten des parlamentarischen Gesetzgebers ausufernden Grundrechtsjudikatur des BVerfG, der Wandel vom Gesetzgebungs- zum Justizstaat, empirisch überhaupt belegen lässt.

Für ähnlich selbsterklärend wie diese so genannte Expansionsthese wird auch die zweite Prämisse angesehen, auf der die neuere Grundrechtsdebatte beruht. Gemeint ist die zumindest implizite Vorstellung, dass durch ein *containment* bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsrechtsprechung und die schrittweise Wiedereroberung gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume wie von unsichtbarer Hand auch ein Mehr an Demokratie erzielt werde (Böckenförde 2003: 187). Schließlich soll durch die neue Grund-

rechtsdogmatik der Parlamentsgesetzgeber nicht um der Wiederherstellung einer abstrakten Kompetenzordnung Willen gestärkt werden; Ziel ist es vielmehr, die auf dem Weg zum Justizstaat angeblich erlittenen Demokratieverluste wett zu machen.

#### 4. Das Bundesverfassungsgericht als „Friedhof der Gesetze“ oder „Ersatzgesetzgeber“?

Die grundrechtsdogmatischen Ansätze, die sich der Rückgewinnung gesetzgeberischer Entscheidungsspielräume verschrieben haben, unterstellen gerade für den Bereich der Grundrechte einen verfassungsgerichtlichen Expansionstrend. Sie liegen damit auf einer Linie mit der in der Literatur verbreiteten „judicial empowerment thesis“ (Stone Sweet 2000: 164). Doch lässt selbstverständlich auch dieser Theorieverweis die für die neue Grundrechtsdogmatik entscheidende Frage unbeantwortet, ob eine den Parlamentsgesetzgeber zunehmend entmächtigende Grundrechtsjudikatur des BVerfG empirisch überhaupt belegbar ist.

##### 4.1 Szenarien einer parlamentsentmächtigenden Grundrechtsrechtsprechung des BVerfG

Bezogen auf den Bereich parlamentarischer Gesetzgebung kann sich unter der Herrschaft des Grundgesetzes ein grundrechtsgestützter „judicial activism“ auf dreierlei Weise bemerkbar machen. In Betracht kommt erstens ein Anstieg von Unvereinbarkeitserklärungen auf Grund von Grundrechtsverstößen. In diesem Fall entwickelte sich das Verfassungsgericht sukzessive zu einem „Friedhof der Gesetze“ (Beyme 1997: 301). Zweitens mag sich das BVerfG immer häufiger zum „Notverordnungsgeber“ (Dederer 2000: 248) aufschwingen, indem es eine grundrechtsverletzende Norm nicht nur für unvereinbar mit der Verfassung erklärt, sondern darüber hinaus auch detaillierte, den Gesetzgeber bindende Vorgaben für die Neufassung der Regelung trifft. A la longue wuchse hierdurch dem bundesverfassungsgerichtlichen Ersatzgesetzgebertum eine zunehmend größere Bedeutung zu (Ossenbühl 2001: 45). Dies fiel umso mehr ins Gewicht, als es sich um ein tendenziell unbegrenztes Ersatzgesetzgebertum handelte. Drittens ist denkbar, dass sich das BVerfG in wachsendem Maße der so genannten verfassungskonformen Auslegung bedient. Dabei erklärt es die überprüften Normen zwar für vereinbar mit dem Grundgesetz, macht aber verbindliche Vorgaben für die Gesetzesanwendung, die sich weit von dem parlamentsbeschlossenen Normtext entfernen können (Blasberg 2003: 53–57; Clemens 1995). Bei Zugrundelegung dieses Entwicklungsszenarios schlüpfte das BVerfG auch hier immer tiefer in die Rolle des Ersatzgebers. Korrekterweise wäre allerdings von einem limitierten Ersatzgesetzgebertum zu sprechen, da der verfassungskonformen Auslegung durch einen erkennbar gegenläufigen Parlamentswillen Grenzen gesetzt sind.

## 4.2 Daten und Vorgehen

Es existieren bislang keine quantitativen Arbeiten, anhand derer man sich einen Eindruck darüber verschaffen könnte, ob die der grundrechtsdogmatischen Diskussion zu Grunde liegende These, wonach das BVerfG mit seiner Grundrechtsjudikatur auf Kosten des Parlamentsgesetzgebers expandiere, belegbar ist. Wir haben daher alle Entscheidungen des BVerfG, in denen Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüft wurden, für einen Zeitraum, in dem die behauptete Expansion erkennbar sein müsste, nämlich von 1984 bis 2001 kodiert. Der Datensatz, der auf Grundlage der Entscheidungssammlung des BVerfG und seiner Jahresstatistik 2001 erstellt wurde, umfasst 323 Beobachtungen. Nichtig- und Unvereinbarkeitserklärungen wurden dabei aus Vereinfachungsgründen zusammengefasst. In 113 Fällen ist eine Norm für nichtig erklärt worden, wobei sich in 99 Fällen die Kassation auf einen Verstoß gegen ein oder mehrere Grundrechte gründete. In dreizehn der 113 Kassationsentscheidungen hat das BVerfG dem Gesetzgeber Vorgaben für die neu zu erlassenden Regelungen gemacht. Neun dieser Urteile mit ersatzgesetzgeberischem Annex stützten sich auf Grundrechte. Hinsichtlich der verfassungskonformen Auslegung ergibt sich, dass das BVerfG eine gesetzliche Regelung in 30 Fällen in diesem Wege aufrecht erhielt, wobei für 28 dieser Urteile die verfassungskonforme Auslegung auf grundrechtlichen Erwägungen beruhte.

Bei vordergründiger Betrachtung könnte eine zu Lasten des Parlamentsgesetzgebers gehende Expansion der bundesverfassungsgerichtlichen Grundrechtsjudikatur bereits dann empirisch plausibel erscheinen, wenn im Rahmen der Überprüfung von Bundesgesetzen auf deren Grundrechtskonformität die Zahl der reinen Normkassationen, der Normkassationen mit ersatzgeberischem Annex sowie der verfassungskonformen Auslegungen über die Zeit zugenommen hätte. Die entsprechende Vermutung bezeichnen wir als absolute Expansionshypothese. Sie lässt allerdings unberücksichtigt, dass eine Norm nur dann vom Verfassungsgericht für nichtig erklärt, verfassungskonform ausgelegt oder im Nichtigkeitsfall mit einem ersatzgesetzgeberischen Annex versehen werden kann, wenn es zuvor angerufen wurde. Die Zahl der Unvereinbarkeitserklärungen mit und ohne ersatzgeberischen Annex ist daher ebenso wie die der verfassungskonformen Auslegungen in Abhängigkeit von der Anzahl der Verfahrenseingänge zu betrachten. Die von uns so genannte relative Expansionshypothese berücksichtigt diesen Zusammenhang. Sie besagt, dass sich die Anzahl der Entscheidungen, in denen eine Norm wegen Verstoßes gegen Grundrechte mit oder ohne ersatzgeberischen Annex für nichtig erklärt oder verfassungskonform ausgelegt wurde, überproportional zur Zahl der Verfahrenseingänge entwickeln sollte. Nur dann fände eine tatsächliche Expansion statt, bei der die Anzahl der beiden Typen von Kassationsentscheidungen sowie die der verfassungskonformen Auslegungen nicht bloß dem Anstieg der Verfahrenseingänge folgte.

Gegen die von uns vorgeschlagene relative Expansionshypothese könnte eingewandt werden, dass die Anzahl der Verfahrenseingänge nicht die geeignete Bezugsgröße ist. Diese Kritik ließe sich darauf stützen, dass viele Verfassungsbeschwerden – etwa weil sie nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG keinerlei Aussicht auf Erfolg haben – spätestens im Annahmeverfahren scheitern (Uerpmann 2001). Aus dieser Perspektive

läge es nahe, die zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerden als Basis zu verwenden.

Drei Argumente sprechen jedoch gegen diese Bezugsgröße. Erstens lagen nicht einmal der Hälfte aller erfassten Entscheidungen Verfassungsbeschwerden zu Grunde, was deren Rolle von vorneherein limitiert. Zweitens ist die Zahl der angenommenen Verfahren von Endogenitätseffekten belastet. Denn bei der Entscheidung darüber, ob eine Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung angenommen wird oder nicht, verfügt das Gericht über weite Bewertungsspielräume. Gegebenenfalls kann es sogar begründete Verfassungsbeschwerden ablehnen (Sturm 2003: 1962). Dass auch politische Opportunitätserwägungen dabei eine beachtliche Rolle spielen, ist in der Forschung bereits quantitativ (Vanberg 2001) sowie qualitativ anhand von Aussagen ehemaliger Angehöriger des BVerfG (Vanberg 2005) belegt worden. Drittens gibt es keinen Grund zu der Annahme, in dem erfassten Zeitraum sei die Zahl qualitativ minderwertiger Anträge im Vergleich zu den höherwertigen überproportional gestiegen. Die Anzahl der Verfahrenseingänge ist somit die zu wählende Bezugsbasis, da sie die Größe des „Pools“ angibt, aus dem das Gericht seine Verfahrensagenda zusammenstellen kann.

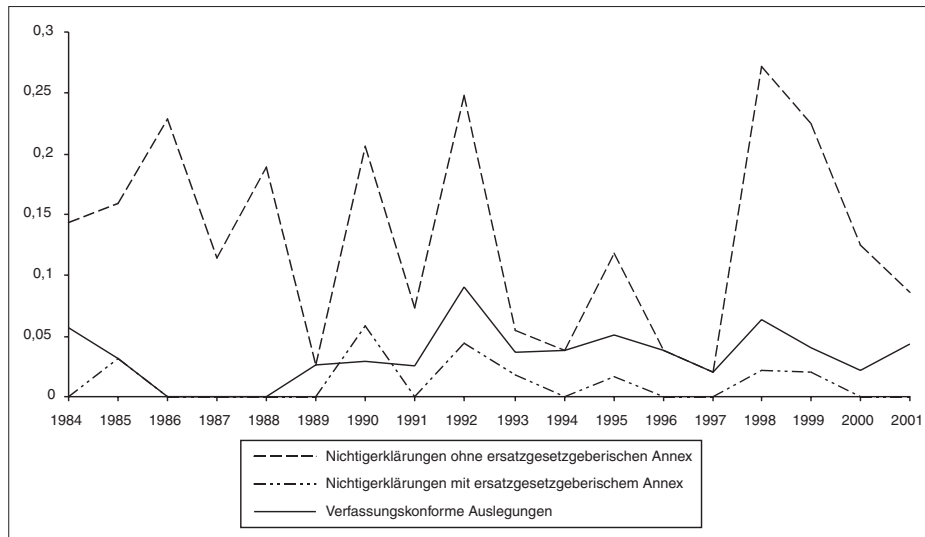
Dementsprechend wurde die jährliche Anzahl der Nichtigerklärungen ohne und mit ersatzgesetzgeberischem Annex sowie der Entscheidungen, in denen verfassungskonforme Auslegungen vorgenommen worden sind, standardisiert. Dazu wurde jeder dieser Werte durch die Verfahrenseingänge des jeweiligen Jahres dividiert.

#### 4.3 Deskriptive Befunde

Die Abbildung zeigt, wie sich die unterschiedlichen grundrechtsgestützten Übergriffe des BVerfG auf den Machtbereich des Bundesgesetzgebers für den Zeitraum von 1984 bis 2001 entwickelt haben. Entgegen der in der Literatur verbreiteten Auffassung ist bezüglich der Unvereinbarkeitserklärungen ohne ersatzgesetzgeberischen Annex kein klarer Positivtrend auszumachen. Seit Beginn des erfassten Zeitraumes hat die stark schwankende Anzahl der reinen Kassationsentscheidungen bis 1997 in der Tendenz ab- und nicht zugenommen. Danach ist ein starker, kurzfristiger Anstieg bis zum Höchststand im Jahre 1998 erkennbar, der bis 2001 jedoch wieder abklingt. Zu vermuten ist, dass dieses Maximum wesentlich auf die rechtlichen Transitionsschwierigkeiten bei der Herstellung der Deutschen Einheit zurückzuführen ist, die einen Quasi-Schock konstituiert und mit einer zeitlichen Verzögerung von acht bis zehn Jahren auch das höchste deutsche Gericht erreicht. Ein genauere Blick auf diese Entscheidungen zeigt, dass allein neun der 26 in dem Jahren 1998 und 1999 ergangenen Kassationsentscheidungen auf Grund von Grundrechtsverstößen des Einigungsvertrags und anderer Gesetze zur Herstellung der Rechtseinheit im vereinigten Deutschland erfolgt sind.

Auch bei den Nichtigerklärungen mit ersatzgesetzgeberischem Annex zeigt sich, dass mit der Zeit keine stabile Zunahme stattgefunden hat. Abgesehen von einem moderaten Aufwärtstrend bis 1995 ist ebenso wie bei denjenigen Entscheidungen, in denen auf die verfassungskonforme Auslegung rekurriert wurde, kein nachhaltiges Wachstum auszumachen.

Abbildung 1: Entscheidungen des BVerfG zur Grundrechtskonformität von Bundesgesetzen bezogen auf die Anzahl der Verfahrenseingänge pro Jahr (1984–2001) [in ‰]



Auch wenn die hier erstmals präsentierten Daten inferenzstatistischer Untersuchungen harren, lässt sich dennoch zusammenfassend festhalten, dass die erste Prämisse der aktuellen Grundrechtsdiskussion, der zufolge ein langfristig klarer Positivtrend zumindest bei einem der drei aufgestellten Indikatoren erkennbar sein müsste, deskriptiv nicht belegbar ist.

##### 5. Mehr Demokratie durch abgeschwächte Grundrechtsbindung der Legislative? – eine Kritik aus Sicht der politischen Ökonomie

Die in der verfassungsjuristischen Debatte manifest gewordene Tendenz, die verfassungsgerichtlich kontrollierbare Grundrechtsbindung des Parlamentsgesetzgebers auf grundrechtsdogmatischem Wege zu lockern, basiert nicht allein auf der nicht belegbaren Expansionshypothese. Hinzu tritt die weitere Prämisse, dass ein Minus an verfassungsgerichtlicher Kontrolle durch die damit korrelierende Stärkung des parlamentarischen Gesetzgebers *eo ipso* ein Mehr an demokratischer Selbstbestimmung der BürgerInnen bewirke. Diese Annahme beruht auf der in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft nach wie vor ganz herrschenden Vorstellung, der zufolge die parlamentarische Demokratie in der heutigen Zeit eine „egalitäre Selbstregierung des Volkes“ (Badura 1987: 975) gewährleiste und verwirkliche. Unter diesem Blickwinkel verspricht eine Stärkung des Parlaments gegenüber dem demokratisch nur sehr mittelbar legitimierten BVerfG in der Tat eine ansehnliche Demokratierendite. Wie die Überlegungen zur Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats bereits erkennen ließen, sieht sich



eine solche Demokratiekonzeption aber erheblichen Einwänden von Seiten der politischen Ökonomie ausgesetzt.

### 5.1 Das Problem kollektiven Handelns

Aus Sicht der politischen Ökonomie erweist sich das in der Verfassungsrechtswissenschaft vorherrschende Demokratieverständnis als kritikwürdig, weil es Zusammenhänge vernachlässigt, die politikwissenschaftlich unter dem Grundbegriff des „Kollektiven Handelns“ rubrizieren. Kollektives Handeln erweist sich immer dann als problematisch, wenn Güter bereit gestellt werden sollen, von deren Nutzen andere allenfalls unter prohibitiv hohen Kosten ausgeschlossen werden können, und der Konsum des betreffenden Gutes durch die eine Person nicht den Nutzen des Gutes verringert, der für die andere Person übrig bleibt (Olson 1965; Taylor 1987). Die im demokratischen Prozess zu treffenden politischen Entscheidungen betreffen meist Kollektivgüter *par excellence*, ist deren Nutzen doch durch Nicht-Ausschließbarkeit und Unteilbarkeit geprägt. Die BürgerInnen können also von durch die Politik bereit gestellten Gütern profitieren, zu deren Bereitstellung sie nichts beigetragen haben. Aus diesem Grunde ist es für die Individuen auch häufig nicht lohnend, sich über Politik zu informieren oder gar selbst zur Beeinflussung politischer Entscheidungen aktiv zu werden.

Die politische Passivität hängt nicht nur – wie vor allem von Mancur Olson (1965) hervorgehoben – von der Gruppengröße ab. Sie nimmt auch umso stärker zu, je ressourcenschwächer die Angehörigen einer durch die Kollektivgutentscheidung betroffenen Gruppe sind. Denn die Attraktivität der für das staatsbürgerliche Engagement konstitutiven Auswertung von Informationen und das anschließende Einstehen für die eigenen Interessen hängen maßgeblich von den Restriktionen ab, unter denen Individuen handeln. Für die Angehörigen ressourcen- und deshalb auch meist organisationschwacher Bevölkerungsgruppen ist es daher besonders attraktiv, sich den Informations-, Partizipations- sowie Monitoringkosten zu entziehen. In der Folge scheitern diese Gruppen, ihre Interessen im demokratischen Prozess ausreichend zu vertreten.

Kleine Gruppen, die aus ressourcen- bzw. organisationschwachen Individuen bestehen, leiden zusätzlich unter dem mehrheitsbegünstigenden Effekt des politischen Wettbewerbs: Ihre Stimmzahl ist für Parteien nicht attraktiv genug, als dass ihre Interessen automatisch im politischen Prozess vorgebracht und in den tatsächlich verfolgten Parteipolitiken Berücksichtigung finden würden (Külp/Berthold 1992). Deshalb ist die Gefahr groß, dass die institutionalisierten Anbieter von Politik sie im defizitären demokratischen Wettbewerb systematisch vernachlässigen.

Diese Sichtweise ist kein Theorieartefakt, sondern hat empirische Bestätigung gefunden. Die Artikulation und das aktive Einstehen für die eigenen Interessen im politischen Alltag hängen in der Tat maßgeblich von der Fähigkeit ab, die dabei anfallenden Kosten zu tragen (Verba et al. 2000). Während die Wahlbeteiligung als Niedrigkostenaktivität der Masse der Bürger noch eine relativ günstige Gelegenheit bietet, um nicht zuletzt den eigenen Vorstellungen vom guten Bürger Ausdruck zu verleihen (Rattinger/Krämer 1995), sieht es bei zeit- und geldintensiveren, aber eben auch sehr viel einflussreicheren politischen Aktivitäten anders aus. Hier dominieren Verbände, aus deren

Sicht sich der Geld- und Zeitaufwand durch den erzielten Politikwandel oder dessen Verhinderung schließlich in Form von Zahlungsrückflüssen und Einsparungen mit zeitlicher Verzögerung bezahlt macht (Sebaldt/Straßner 2004; von Winter 2001). Beeinflussung von Politik ist für sie schlicht eine unternehmerische Investition. Deshalb gehen sie professionell der Aufgabe nach, Parteien direkt (Grossman/Helpman 2001) oder indirekt (Külp/Berthold 1992) so zu beeinflussen, dass der Status quo in Richtung des eigenen Idealpunktes verändert wird.

## 5.2 Weniger Demokratie durch abgeschwächte Grundrechtsbindung der Legislative

Eine Grundrechtsdogmatik, die die verfassungsgerichtlich kontrollierbare Grundrechtsbindung der Legislative pauschal lockern und allein hierdurch ein Plus an „egalitärer Selbstregierung“ (Badura 1987: 975) erzeugen will (Kirchhof 2004), erscheint aus Sicht der politischen Ökonomie als verfehlt. Schließlich steht in dieser Perspektive außer Frage, dass eine solche undifferenzierte Lockerung im Ergebnis zu einem Minus an Demokratie führte. Denn erstens wäre das BVerfG im Falle einer pauschal geschwächten Grundrechtsbindung nur noch eingeschränkt in der Lage, die grundrechtlichen Voraussetzungen des demokratiekonstitutiven Kommunikationsprozesses zu bewahren, um hierdurch den sich in der modernen Demokratie zwangsläufig einstellenden Aufmerksamkeitsdefiziten entgegen zu wirken und die lobbyistisch vermachteten Kommunikationszusammenhänge zu entzerren. Zweitens könnte es nur noch in bescheidenem Maße dazu beitragen, dem demokratischen Prozess dort Grenzen zu setzen, wo er infolge der immer nur begrenzt eindämmbaren Informationsasymmetrien existenzielle Belange ressourcen- und organisationsschwacher Minderheiten niederzuwalzen droht.

Der zurück gewonnene gesetzgeberische Entscheidungsspielraum böte dagegen jenen zusätzlichen Raum, die sich auf Grund ihres Ressourcenvorsprungs bereits heute erfolgreich zu organisieren vermögen und deshalb Politik mitbestimmen können, während ressourcen- und organisationsschwache Minderheiten immer tiefer in den Teufelskreis politischer und sozialer Exklusion gerieten. Statt der in der Verfassungsrechtswissenschaft beschworenen „Selbstregierung des Volkes“ erführen diese majoritär-elitäre Fremdherrschaft.

## 6. Konturen einer alternativen Grundrechtsdogmatik

Es hat sich gezeigt, dass die Furcht vor einem Justizstaat überzogen und die Hoffnung, durch einen Rückschnitt der bundesverfassungsgerichtlichen Normprüfungsbefugnisse ein Mehr an Demokratie zu realisieren, trügerisch ist. Die aktuelle grundrechtsdogmatische Debatte geht also von unzutreffenden Prämissen aus. Ihre eigentliche Zielsetzung, nämlich die Demokratie zu sichern und auszubauen, ist dadurch aber nicht desavouiert. Vielmehr liegt es in der Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats, eine Grundrechtsdogmatik auszuprägen, die seinem wesensprägenden Staatsstrukturprinzip förderlich ist.

### 6.1 Zur Grundrechtstheorie des demokratischen Verfassungsstaats

Die Grundrechtsdogmatik als Methode der Grundrechtsprüfung knüpft notwendig und zumindest implizit an ein bestimmtes Verständnis von Wesen und Funktion der Grundrechte an (Hoffmann-Riem 2004: 209). Dabei kann im historisch gewordenen demokratischen Verfassungsstaat die Grundrechtstheorie nur eine demokratische sein, wobei diese mit Rücksicht auf seine Entstehung weder im Widerspruch zur rechts- noch zur sozialstaatlichen Grundrechtstheorie gesehen werden darf (Stein/Frank 2004: 458).

Demokratische Grundrechtstheorie geht davon aus, dass der Schutz menschlicher Autonomie einschließlich ihrer tatsächlichen Voraussetzungen im Sinne von realer Freiheit zuvörderst dem demokratischen Gesetzgeber obliegt (Hesse 1995: 240). Hieraus folgt, dass Grundrechte zwei zentrale Funktionen zu erfüllen haben. Zum einen sollen sie die staatlichen sowie die ihnen vorgelagerten gesellschaftlichen Willensbildungsprozesse institutionalisieren (vgl. Heller 1992b: 289). Zum anderen greifen sie dort ein, wo es zu einem Demokratiever sagen kommt, weil es dem demokratischen Gesetzgeber nicht gelingt, die Autonomieansprüche speziell von Angehörigen ressourcenschwacher Minderheiten zu gewährleisten (vgl. Touraine 1994: 39).

Ist eine dieser beiden Grundrechtsfunktionen betroffen, unterliegt auch der demokratisch direkt legitimierte Parlamentsgesetzgeber einer uneingeschränkten Grundrechtsbindung, die vom Verfassungsgericht mit aller Strenge durchzusetzen ist. Dass die Grundrechte dabei ungebremst auch gegenüber demjenigen Organ geltend gemacht und verfassungsgerichtlich effektuiert werden dürfen, dem an sich die Gewährleistung der Grundrechte aufgegeben ist, erscheint nach dem bisher Gesagten als konsequent: Droht der Parlamentsgesetzgeber durch ungerechtfertigte Beeinträchtigungen des demokratischen Willensbildungsprozessen die Bedingungen zu zerstören, auf Grund derer ihm die Gewährleistung der Grundrechte anvertraut werden konnte, oder enttäuscht er im Einzelfall das in ihn gesetzte Vertrauen, die Grundrechte auch von ressourcenschwachen Minderheiten effektiv zu gewährleisten, so erweist sich nach der Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats eine scharfe Reaktion als geboten. Denn hiermit wird nicht in die regelmäßige Funktionsweise von Demokratie eingegriffen, sondern eine demokratische Dysfunktion beseitigt.

Anders verhält es sich hingegen, wenn parlamentsgesetzgeberisches Verhalten grundrechtliche Schutzgehalte berührt, die ausschließlich rechts- oder sozialstaatlich motiviert sind. In Hinblick darauf, dass die Realisierung von Freiheit primär Aufgabe des demokratischen Gesetzgebers ist, muss aus Sicht demokratischer Grundrechtstheorie davon ausgegangen werden, dass den Grundrechten in einem solchen Fall eine nur beschränkte Verpflichtungskraft zukommt und die verfassungsgerichtlich kontrollierbare Grundrechtsbindung des Parlamentsgesetzgebers insofern gelockert ist. Denn hier fügt sich eine grundrechtliche Disziplinierung des Parlamentsgesetzgebers nicht per se, sondern nur insoweit in die Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats ein, als sie entsprechend temperiert ist und sich als eine Vermittlung der demokratischen Idee auf das rechtsstaatliche Erbe oder den sozialstaatlichen Auftrag des Verfassungsstaats darstellt.

Um Missverständnissen vorzubeugen, bleibt darauf hinzuweisen, dass dort, wo aus rechts- oder sozialstaatlicher Sicht eine akzentuierte Grundrechtsbindung des Parlamentsgesetzgebers angezeigt ist, sich eine solche vielfach auch in demokratischer Perspektive als angebracht erweisen wird. In diesen Fällen ist im Ergebnis von einer unge-lockerten Grundrechtsbindung des Parlamentsgesetzgebers auszugehen. Zu einer Lockerung der rechts- bzw. sozialstaatlich motivierten Grundrechtsbindung kommt es hingegen dort, wo (re-)distributive Konflikte bewältigt werden müssen, die für den Demokratie- oder Minderheitenschutz irrelevant sind. Hier betont die demokratische Grundrechtstheorie die Einschätzungsprärogative des Parlamentsgesetzgebers und weist dem verfassungsgerichtlich durchsetzbaren Grundrechtsschutz eine bloße Auffangfunktion zu.

## 6.2 Zur Grundrechtsdogmatik des demokratischen Verfassungsstaats

Im Lichte der grundrechtstheoretischen Vorüberlegungen lassen sich nun die Konturen einer alternativen Grundrechtsdogmatik skizzieren, die wirksam dazu beitragen könnte, dass verfassungsgerichtliche Grundrechtskontrolle im Bereich parlamentarischer Normsetzung in einer der Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats konformen Weise abläuft. So ist die Grundrechtsverpflichtung des Gesetzgebers in den Fällen grundrechtsdogmatisch besonders zu betonen, in denen ein für den demokratischen Prozess fundamentales Grundrecht betroffen ist oder grundrechtlich verbürgte Autonomieansprüche von Angehörigen ressourcenschwacher Minderheiten verkürzt zu werden drohen. Im Rahmen der Grundrechtsprüfung müssen sich die RechtsanwenderInnen daher zunächst Klarheit darüber verschaffen, ob die Schutzwirkung eines Grundrechts, die im zu bewertenden Fall thematisch ist, dem Zweck zuordenbar ist, das Funktionieren des demokratischen Prozesses zu gewährleisten oder die Folgen von Dysfunktionen des demokratischen Prozesses zu beseitigen. Hier bedarf es einer Realanalyse, bei der auf die Erkenntnisse von Nachbar- und insbesondere solche der Politikwissenschaften zurückzugreifen ist.

Steht realanalytisch fest, dass die konkret in Rede stehende Grundrechtsverpflichtung des Parlamentsgesetzgebers darauf abzielt, die Prozesse demokratischer Willensbildung zu sichern oder die von deren Versagen bedrohten ressourcenschwachen Minderheiten zu schützen, ist entgegen den in der Literatur unterbreiteten Vorschlägen sowohl an dem extensiven Schutzbereichsverständnis der traditionellen Grundrechtsdogmatik als auch an ihrer für die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgesehenen, uneingeschränkten Angemessenheitskontrolle festzuhalten: Weil der Verfassungsgeber eine Grundentscheidung für die Demokratie getroffen hat, müssen die demokratischen Dysfunktionen vorbeugenden oder sie reparierenden Grundrechtsgewährleistungen auch dort greifen, wo er eine Grundrechtsgefährdung seinerzeit noch nicht gesehen hat. Von daher bedarf es des weiten Schutzbereichsverständnisses, das von der Vorstellung eines lediglich thematisch eingeschränkten, ansonsten aber umfassenden Freiheitsraums ausgeht und gerade keine Beschränkung des Grundrechtsschutzes auf historisch bedingte Gefährdungslagen bewirkt. Da des Weiteren der demokratische Gesetzgeber seine primäre Verantwortung für den Grundrechtsschutz dort gewissermaßen verwirkt,

wo auf Grund seines Verhaltens der demokratische Prozess gefährdet oder dieser den ihm angesonnenen Schutz von (Minderheiten-)Grundrechten nicht länger leistet, ist auch der grundrechtsdogmatische Prüfungspunkt der Angemessenheit eines Grundrechtseingriffs sinnvoll und zielführend. Denn die grundrechtlichen Voraussetzungen des demokratischen Prozesses müssen um der Demokratie Willen optimal gewahrt werden; elementare Minderheiteninteressen, die in der Mehrheitsdemokratie ohne Resonanz bleiben, sind mit gegenläufigen Belangen möglichst schonend auszugleichen, da ansonsten die für das verfassungsstaatliche Demokratiekonzept maßgebliche Vorstellung, dass auch unter den Bedingungen des Mehrheitsprinzips Freiheit und Gleichheit der Individuen erhalten bleiben, zu einem bloßen (Wunsch-)Traum der politischen Philosophie verkäme.

In den Realbereichen, in denen es um Demokratie- oder Minderheitenschutz geht, ist von einer alternativen Grundrechtsdogmatik allerdings mehr als nur dogmatische Bestandswahrung zu verlangen. Zu berücksichtigen ist, dass zur Entstehung und Bewahrung demokratischer Prozesse besonders der politischen Teilhabedimension von Grundrechten (Hesse 1995: 131) hinsichtlich der Sicherung elementarer Minderheiteninteressen, insbesondere ihrer Leistungs- und Schutzdimension (von Komorowski 2005: 123–137), stärkere Bedeutung beigemessen werden muss. Diese Grundrechtsdimensionen aber sind bislang dogmatisch in ungleich geringerem Umfang durchdrungen und strukturiert worden als die abwehrrechtliche. Hier wächst einer politikwissenschaftlich informierten Grundrechtsdogmatik ein weites Betätigungsfeld zu.

Dass hier eine grundrechtsdogmatische Neuorientierung skizziert wird, die im Ergebnis die bundesverfassungsgerichtlich überprüfbare Grundrechtsbindung des Gesetzgebers partiell erweitert, statt sie pauschal zu begrenzen, liegt eindeutig quer zur aktuellen grundrechtsdogmatischen Diskussion. Sie sieht sich aber zum einen durch den empirischen Befund gerechtfertigt, wonach die für die gegenwärtige Debatte zentrale Behauptung vom ungebremsten Ausgreifen des BVerfG auf Kompetenzbereiche des Parlamentsgesetzgebers unzutreffend ist. Zum anderen bleibt zu berücksichtigen, dass in der Perspektive alternativer Grundrechtsdogmatik die Grundrechtsverpflichtung des Parlamentsgesetzgebers in anderen Bereichen durchaus gelockert werden soll.

Ergibt die Realanalyse nämlich, dass die durch einen Lebenssachverhalt aufgeworfene Grundrechtsproblematik weder den Demokratie- noch den Minderheitenschutz betrifft, so kann auf jenen grundrechtsdogmatischen Vorschlag rekurriert werden, der den Prüfungsschritt der Schutzbereichsbestimmung in zwei Teile aufspaltet (Böckenförde 2003). Denn hierdurch wird tendenziell erreicht, dass der Grundrechtsschutz auf das vom historischen Verfassungsgeber gewollte Maß (Reimer 2001: 132–143) zurückgestutzt wird. Anders als dort, wo es um grundrechtlichen Demokratie- und Minderheitenschutz geht, ist dies der Sache nach auch überzeugend. Soweit der *demos* den rein rechts- bzw. sozialstaatlich motivierten Grundrechtsschutz den *pouvoirs constitués* nicht schon vermöge seines *pouvoir constituant* in einem historisch-konkreten Setzungsakt vorgegeben hat, ist der demokratische Parlamentsgesetzgeber als hierfür verfasste Gewalt dazu berufen, die rechts- sowie sozialstaatlichen Freiheitsressourcen nach eigenem Ermessen zu verteilen und dabei zugleich auf bislang unbekannte Freiheitsgefährdungen zu reagieren (vgl. Abendroth 1954).

Wichtiger und folgenreicher als diese Aufspaltung des Schutzbereichs dürfte eine zweite grundrechtsdogmatische Weichenstellung sein. Sie betrifft die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung: Erweist sich eine parlamentsgesetzliche Maßnahme als geeignet und erforderlich, den von ihr verfolgten verfassungslegitimen Zweck zu realisieren, so kann nur dann von der Verletzung einer allein rechts- oder sozialstaatlich begründeten Grundrechtsgarantie ausgegangen werden, wenn sich die gesetzgeberische Maßnahme als willkürlich, also als evident unsachlich oder ungerecht erweist. Dass in diesem Fall entscheidend auf die Willkürschwelle abgestellt wird, ist folgerichtig, da sowohl die Rechtsstaats- als auch die Sozialstaatsidee maßgeblich im Willkürverbot wurzelt.

### 7. Fazit

Die aktuelle grundrechtsdogmatische Debatte konstruiert eine falsche Alternative, wenn sie in dramatischem Gestus Gesetzgebungs- und Justizstaat einander gegenüber stellt. Denn bei politikwissenschaftlich informierter Betrachtung zeigt sich, dass die Interventionen des BVerfG in die Domäne des Parlamentsgesetzgebers längst nicht das Ausmaß angenommen haben, das ihnen unterstellt wird. Zugleich offenbart sich in dieser Perspektive, dass allein durch die Stärkung des parlamentarischen Gesetzgebers ein Mehr an Demokratie nicht zu erreichen ist. Erst vor diesem Hintergrund lässt sich eine Grundrechtsdogmatik skizzieren, die der Funktionslogik des demokratischen Verfassungsstaats entspricht. Insofern begreift sich dieser Beitrag nicht zuletzt als – erneutes – Plädoyer für eine engere Kooperation zwischen Politik- und Rechtswissenschaft, für den Abbau „dieses unterschwellig negativen Kommunizierens, dieses anachronistischen beiderseitigen Verstoßes gegen die ‚Einheit (zumindest) der (Sozial-)Wissenschaften“ (Ridder 1977: 70).

### Literatur

- Abendroth, Wolfgang*, 1954: Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: *Herrmann, Alfred* (Hrsg.), *Aus Geschichte und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag von Ludwig Bergstraesser*. Düsseldorf, 279–300.
- Badura, Peter*, 1987: Die parlamentarische Demokratie, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 1. Heidelberg, 953–987.
- Beyme, Klaus von*, 1997: *Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum*. Opladen.
- Blasberg, Georg*, 2003: *Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber. Entscheidungsaussprüche bei Normenkontrollen von Bundesverfassungsgericht und Corte Costituzionale*. Freiburg.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, 1974: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 35, 1529–1538.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, 1976: Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 46, 2089–2107.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, 1990: Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: *Der Staat* 29, 1–31.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, 1992: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt a.M.



- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, 2003: Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, in: *Der Staat* 42, 165–192.
- Brettschneider, Corey*, 2005: Balancing Procedures and Outcomes Within Democratic Theory: Core Values and Judicial Review, in: *Political Studies* 53, 423–441.
- Buchanan, James M./Tullock, Gordon*, 1962: *The Calculus of Consent*. Ann Arbor.
- Clemens, Thomas*, 1995: Das Bundesverfassungsgericht im Rechts- und Verfassungsstaat, in: *Piazzolo, Michael* (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt zwischen Recht und Politik*. Mainz, 13–31.
- Coase, Ronald H.*, 1937: The Nature of the Firm, in: *Economica* 4, 386–405.
- Cooter, Robert D.*, 2002: *The Strategic Constitution*. Princeton.
- Dederer, Hans-Georg*, 2000: BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I. Warum der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Rechtspflicht der Schwangeren zum Austragen des Kindes ausgehen muss, in: *Menzel, Jörg* (Hrsg.), *Verfassungsrechtssprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tübingen, 242–253.
- Detjen, Stephan*, 2001: Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B37–38, 3–5.
- Downs, Anthony*, 1968: *Ökonomische Theorie der Demokratie*. Tübingen.
- Drazen, Alan*, 2000: *Political Economy in Macroeconomics*. Princeton.
- Dreier, Horst*, 2004: Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, in: *Dreier, Horst* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*. Bd. 1. 2. Auflage, Tübingen, 39–138.
- Fearon, James D.*, 1999: Electoral Accountability and the Control of Politicians: Selecting Good Types versus Sanctioning Poor Performance, in: *Przeworski, Adam/Stokes, Susan C./Manin, Bernard* (Hrsg.), *Democracy, Accountability, and Representation*. Cambridge/New York, 55–97.
- Fuchs, Dieter*, 1998: Kriterien demokratischer Performanz in liberalen Demokratien, in: *Greven, Michael Th.* (Hrsg.), *Demokratie – eine Kultur des Westens?* Opladen, 151–179.
- Grossman, Gene M./Helpman, Elhanan*, 2001: *Special Interest Politics*. Princeton.
- Gusy, Christoph*, 1983: „Verfassungspolitik“ zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik. Heidelberg.
- Habermas, Jürgen*, 1992: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 2. Auflage, Frankfurt a.M.
- Heller, Hermann*, 1992a: Die Souveränität, in: *Heller, Hermann*, *Gesammelte Schriften*. 2. Auflage, Bd. 2, 31–202.
- Heller, Hermann*, 1992b: Grundrechte und Grundpflichten, in: *Heller, Hermann*, *Gesammelte Schriften*. 2. Auflage, Bd. 2, 281–317.
- Hesse, Konrad*, 1995: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Auflage, Heidelberg.
- Heun, Werner*, 1983: *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*. Berlin.
- Höffe, Otfried*, 1999: Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt?, in: *Der Staat* 38, 171–193.
- Höfling, Wolfram*, 2003: Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: *Rüfner, Wolfgang/Muckel, Stefan* (Hrsg.), *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat*. Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag. Berlin, 329–340.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, 2004: Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, in: *Der Staat* 43, 203–233.
- Isensee, Josef*, 1992: Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 7. Heidelberg, 103–163.
- Jeand’Heur, Bernd*, 1995: Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen, in: *JuristenZeitung* 50, 161–167.
- Kahl, Wolfgang*, 2004: Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsinhalt. Kritik einer neuen Richtung in der deutschen Grundrechtsdogmatik, in: *Der Staat* 43, 167–202.
- Kant, Immanuel*, 1990: *Die Metaphysik der Sitten* (1797). Stuttgart.



- Klein, Hans H.*, 1998: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Peter Lerche. München, 49–74.
- Kirchhof, Paul*, 2004: Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: *Brenner, Michael/Huber, Peter M./Möstl, Markus* (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag. Tübingen, 237–262.
- Komorowski, Alexis von*, 2005: Der Beitrag der Europäischen Sozialcharta zur europäischen Wertegemeinschaft, in: *Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich*: Die Europäische Union als Wertegemeinschaft. Berlin, 99–157.
- Külp, Bernhard/Berthold, Norbert*, 1992: Grundlagen der Wirtschaftspolitik. München.
- Landfried, Christine*, 1984: Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität. Baden-Baden.
- Lerche, Peter*, 1992: Grundrechtsschranken, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. 5. Heidelberg, 775–804.
- Locke, John*, 1992: Zwei Abhandlungen über die Regierung (1690). Frankfurt a.M.
- Manssen, Gerrit*, 2004: Staatsrecht II. Grundrechte. 3. Auflage, München.
- Möllers, Christoph*, 2005: Wandel der Grundrechtsjudikatur. Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 28, 1973–1979.
- Murswiek, Dietrich*, 2003: Kommentierung zu Art. 2 GG, in: *Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar. München, 115–176.
- North, Douglas C.*, 1990: A Transaction Cost Theory of Politics, in: *Journal of Theoretical Politics* 2, 355–67.
- Olson, Mancur*, 1965: The Logic of Collective Action, Public Goods and the Theory of Groups. Cambridge.
- Person, Torsten/Roland, Gérard/Tabellini, Guido*, 1997: Separation of Powers and Political Accountability, in: *Quarterly Journal of Economics* 112, 1163–1202.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, 2005: Staatsrecht. Band 2: Grundrechte. 21. Auflage. Heidelberg.
- Ossenbühl, Fritz*, 2001: Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: *Badura, Peter/Dreier, Horst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Bd. 1. Tübingen, 33–55.
- Rattinger, Hans/Krämer, Jürgen*, 1995: Wahlnorm und Wahlbeteiligung in der Bundesrepublik Deutschland: Eine Kausalanalyse, in: *Politische Vierteljahresschrift* 6, 267–285.
- Reimer, Franz*, 2001: Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz. Berlin.
- Reissenberger, Michael*, 1997: Wer bewacht die Wächter? Zur Diskussion um die Rolle des Bundesverfassungsgerichts, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B15–16, 11–20.
- Ridder, Helmut*, 1977: Das Bundesverfassungsgericht. Bemerkungen über Aufstieg und Verfall einer antirevolutionären Einrichtung, in: *Abendroth, Wolfgang/Römer, Peter* (Hrsg.), Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation. Frankfurt a.M., 70–86.
- Rousseau, Jean-Jacques*, 1994: Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts (1762). Stuttgart.
- Schneider, Hans-Peter*, 1999: Acht an der Macht! Das BVerfG als „Reparaturbetrieb“ des Parlamentarismus, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 18, 1303–1305.
- Sebaldt, Martin/Straßner, Alexander*, 2004: Verbände in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Einführung. Wiesbaden.
- Simon, Helmut/Rupp-von Brünneck, Wiltraut*, 1993: Abweichende Meinung zu BVerfGE 35,79, in: *Grimm, Dieter/Kirchhof, Paul*: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Studienauswahl 1. Tübingen, 354–355.
- Stein, Ekkehart/Götz, Frank*, 2004: Staatsrecht. 19. Auflage. Tübingen.
- Stone Sweet, Alec*, 2000: Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe. New York.
- Strom, Kare*, 2000: Parliamentary Democracy as Delegation and Accountability, in: *European Journal of Political Research* 37, 261–289.
- Strom, Kare*, 2002: Parliamentary Democracy as Delegation and Accountability. Prepared for presentation at the ESRC Research Seminar on Modelling Political Accountability: The Principal-Agent Model, School of Management, University of East Anglia, December 6, 2002.

- Sturm, Gerd*, 2003: Kommentierung zu Art. 94 GG, in: *Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar. München, 1954–1962.
- Stüwe, Klaus*, 2001: Das Bundesverfassungsgericht als verlängerter Arm der Opposition, in: *Aus Parlament und Zeitgeschichte* B37–38, 34–44.
- Taylor, Michael E.*, 1987: *The Possibility of Cooperation*. Cambridge.
- Tsebelis, George*, 2002: *Veto Players. How political institutions work*. Princeton.
- Tullock, Gordon*, 1967: The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft, in: *Western Economic Journal* 5, 224–232.
- Touraine, Alain*, 1994: *Qu'est-ce qu la démocratie*. Paris.
- Uerpmann, Robert*, 2001: Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, in: *Badura, Peter/Dreier, Horst* (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Bd. 1. Tübingen, 673–693.
- Vanberg, Georg*, 2001: Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review, in: *American Journal of Political Science* 45, 346–361.
- Vanberg, Georg*, 2005: *The Politics of Constitutional Review in Germany. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*. Cambridge.
- Verba, Sidney/Schlozman, Kay L./Brady, Henry E.*, 2000: Rational Action and Political Activity, in: *Journal of Theoretical Politics* 12, 243–268.
- Volkmann, Uwe*, 2005: Veränderungen des Grundrechtsdogmatik, in: *JuristenZeitung* 60, 261–271.
- Voßkuhle, Andreas*, 2001: Kommentierung zu Art. 93, in: *Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*. München, 972–1112.
- Wahl, Rainer*, 1998: Quo Vadis – Bundesverfassungsgericht? Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken, in: *Guggenberger, Bernd/Würtenberger, Thomas*, *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*. Baden-Baden, 81–120.
- Winter, Thomas von*, 2001: Verbändemacht im kooperativen Staat, in: *Gourde, Andrea/Noetzel, Thomas* (Hrsg.), *Zukunft der Demokratie in Deutschland*. Opladen, 211–234.
- Wittman, Donald A.*, 1989: Why Democracies Produce Efficient Results, in: *Journal of Political Economy* 97, 1395–1424.
- Wittman, Donald A.*, 1995: *The Myth of Democratic Failure. Why Political Institutions are Efficient*. Chicago.
- Würtenberger, Thomas*, 1998: Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: *Guggenberger, Bernd/Würtenberger, Thomas* (Hrsg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*. Baden-Baden, 57–80.