

KONSTITUTIONALISMUS, DEMOKRATIE UND UNIVERSALISMUS - DIE ROLLE DER VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT

Christian Starck

RESUMO: O trabalho busca compreender o papel desempenhado pela jurisdição constitucional no cenário contemporâneo. A partir da premissa da prioridade da Constituição, exploram-se os conceitos de constitucionalismo, democracia e universalismo. Especificamente no que tange ao papel da jurisdição constitucional, analisa-se destacadamente a atuação dos Tribunais Constitucionais e da interpretação constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Democracia. Universalismo. Jurisdição constitucional. Tribunais Constitucionais.

ABSTRAKT: Das Papier versucht zu verstehen, welche Rolle die Verfassungsgerichtsbarkeit im gegenwärtigen Szenario spielt. Ausgehend von der Prämisse der Priorität der Verfassung werden die Konzepte des Konstitutionalismus, der Demokratie und des Universalismus untersucht. Insbesondere im Hinblick auf die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit werden die Verfassungsgerichte und die Verfassungsauslegung im Detail analysiert.

SCHLÜSSELWÖRTER: Konstitutionalismus. Demokratie. Universalismus. Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassungsgerichte.

Zusammenfassung: I..Einführung. II. Vorrang der Verfassung; 1.Konstitutionalismus; 2. Demokratie; 3. Exkurs: Universalismus; III..Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit; 1.Verfassungsgerichte; 2. Verfassungsauslegung; IV. Schlussbetrachtung.

I. Einführung.

Ich beginne mit kurzen Erklärungen der Begriffe Konstitutionalismus, Demokratie und Universalismus.

Konstitutionalismus war zunächst im 19. Jhd. ein Kampfbegriff gegen den monarchischen Absolutismus, der die Forderung enthielt, dass staatliche Herrschaft nach vorher festgelegten Rechtsregeln ausgeübt werden muss. Diese Regeln sollten in Konstitutionen verankert werden. Als Konstitutionen - ursprünglich kaiserliche Gesetze im alten Rom - wurden grundlegende Gesetze, Grundgesetze, *leges fundamentales* (*leis fundamentais*) bezeichnet. Diese gab es schon in den Monarchien des 16. Jahrhunderts, sie bezeichneten Regeln, an die die normale Gesetzgebung gebunden war. Sowohl Alexander

Hamilton als auch Emmanuel Siéyès erklärten am Ende des 18. Jahrhunderts den neuen Begriff des Verfassungsrechts mit den *leges fundamentales*.¹

Demokratie bedeutet wörtlich übersetzt Volksherrschaft. Nun kann das Volk nicht über sich selber herrschen. Die Geschichte hat gezeigt, dass Demokratie nur funktioniert, wenn das Volk die Herrschaft legitimiert. Demokratie braucht Institutionen: Parlamente für die Gesetzgebung, Regierungen und Exekutive für politische Entscheidungen sowie die Anwendung der Gesetze und Gerichte für die Kontrolle staatlicher Entscheidungen und für Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten. Grundlegende Institution für die Demokratie ist das Wahlrecht, das bis ins Detail Auskunft über die Qualität der demokratischen Legitimation staatlicher Entscheidungen gibt.

Mit dem Begriff des Universalismus greifen wir über den einzelnen Staat, seine Verfassung und seine demokratische Organisation hinaus. Universalismus bedeutet “ins Eine (uni) gewendete (versus)” Betrachtung, eine Art Weltgeltung. Damit sind wir im Völkerrecht und in der Moralphilosophie, die als universalistisch diejenigen Positionen kennzeichnet, deren Argumente sich in ihrer Gültigkeit nicht auf bestimmte Traditionen, Kulturen und Rechtsordnungen beschränken, sondern auf allgemeingültigen Grundlagen beruhen.

Im zweiten Teil des Vortrags soll die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit untersucht werden. Diese wird ausgeübt durch besondere Verfassungsgerichte oder durch Oberste Gerichte. Durch die Verfassungsgerichtsbarkeit soll der Vorrang der Verfassung gesichert werden. Die Verfassungsgerichte der einzelnen Länder entscheiden auf Antrag von Staatsorganen oder Staatsbürgern in bestimmten Verfahrensarten. Sie sichern den Konstitutionalismus und die Demokratie. Der sogleich auch zu diskutierende Universalismus fällt nicht darunter, weil er nicht zum staatlichen Verfassungsrecht gehört, selbst wenn die Verfassung universale Rechtsprinzipien enthält.

Im Folgenden behandle ich die genannten Probleme auf allgemeine Weise, sie tauchen nämlich in allen Verfassungsstaaten mit Verfassungsgerichtsbarkeit auf. Auf konkrete Rechtsordnungen, die deutsche oder brasilianische, gehe ich nur beispielhaft ein.

II. Vorrang der Verfassung.

1. Konstitutionalismus.

¹ *Christian Starck*, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, S. 47 ff.; *ders.*, *Freiheit und Institutionen*, 2002, S. 321.

Der moderne Konstitutionalismus entspringt dem bürgerlichen Kampf gegen den monarchischen Absolutismus. Mit Konstitutionalismus sollte zunächst die Forderung zum Ausdruck gebracht werden, dass die Ausübung der staatlichen Herrschaft durch im Voraus aufgestellte Regeln bestimmt wird. Es ging zunächst – wenigstens in Deutschland seit 1815 – nicht um den Sturz der Monarchen, sondern um deren rechtliche Bändigung, um die Konstitutionalisierung der monarchischen Herrschaft. Die konstitutionellen Monarchien in Deutschland teilten die staatliche Herrschaft auf in die monarchische Exekutive², die von den Parlamentskammern (früher von der Ständeversammlung) im Zusammenwirken mit dem Monarchen ausgeübte Legislative³ und die Rechtsprechung, die durch unabhängige, keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfenen Gerichte ausgeübt wird⁴.

Schon Ende des 18. Jahrhunderts entwickelte sich in der praktischen Verfassungsgebung der Konstitutionalismus ohne Monarchen in den USA (1776/1787) und in Frankreich (1789/1791), das allerdings 1815 zur Monarchie zurückkehrte. Vorarbeiten für den Konstitutionalismus finden wir in der politischen Philosophie von Hugo Grotius, Samuel Pufendorf und Christian Wolff. Grotius hat Jean Bodin⁵ folgend die Souveränitätslehre in begriffliche Klarheit gebracht, indem er die Souveränität nicht als ein persönliches Attribut des Herrschers, sondern als Eigenschaft der Staatsgewalt ansieht, die aufgeteilt ausgeübt wird.⁶ Das war schon Konstitutionalismus.

Christian Wolff hat geschrieben, dass die Fundamentalgesetze des Staates nicht zur Disposition der gesetzgebenden Gewalt ständen.⁷ Die Art und Weise der Aufteilung der Staatsgewalt ist wesentlicher Regelungsgegenstand der *leges fundamentales*, die die Organisation der Staatsgewalt normieren. Die Rechtslehre hat damit die Überordnung der verfassungsgebenden Gewalt über die von der Verfassung konstituierte Gewalt deutlich gemacht.⁸ Die daraus folgende Unterordnung der Regierenden unter die Fundamentalgesetze ist das, was wir heute als Konstitutionalismus bezeichnen. Christian Wolff sprach sehr deutlich von *imperium limitatum*.⁹

² Z.B. Art. 45 preußische Verfassung v. 31.1.1850 (=Pr.V).

³ Z.B. Art. 62 Pr.V.

⁴ Z. B. Art. 56 Pr.V.

⁵ Jean Bodin, *Six livres de la République*, lib. 1, chap. 1: Souverän ist die Republik.

⁶ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), lib. I, cap. 3, § XVII Nr. 1.

⁷ Christian Wolff, *Ius Naturae methodo scientifica pertractatum*, vol. 8 (1766), cap. IV, § 815: Quoniam potestati legislatoriae non subsunt leges fundamentales civitatis.

⁸ Georges Burdeau, *Traité de science politique*, vol. IV, 3. éd., 1984, S. 78.

⁹ Wolff, (Anm. 7), cap. I, § 73.

Zu der Verfassungsstaatlichkeit gehört nicht nur die Gewaltenteilung, sondern gehören auch die Menschenrechte. Das kommt in Art. 16 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte deutlich zum Ausdruck, in dem gesagt wird, was zwingend zum Verfassungsrecht gehört: „Toute société, dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution“.

2. Demokratie.

Wir haben schon gesehen, dass Demokratie vom Volk legitimierte Herrschaft bedeutet. Legitimationsinstrumente sind Volksbeschlüsse (Plebiszite) und Wahlen. Durch Volksbeschlüsse entscheidet das Volk unmittelbar über einen einzelnen Gegenstand; Wahlen führen zur Einsetzung von Repräsentanten, die die Entscheidungen treffen. Insoweit spricht man von repräsentativer Demokratie.

Wahlen sind eine unverzichtbare Grundbedingung für demokratische Verfassungsstaaten. Die verschiedenen Wahlsysteme sind Methoden, Wählerstimmen in Parlamentssitze zu verwandeln.¹⁰ Welches sind die leitenden Gedanken und Zwecke der Wahlen? Das Volk soll *repräsentiert* und *integriert* werden. Gleichzeitig wird die Staatsgewalt *legitimiert* und durch die periodischen Wahlen *kontrolliert*.

Hinter den verschiedenen Wahlsystemen, die in der Praxis vorkommen, stehen *Repräsentationsvorstellungen*, die auf der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl basieren müssen. Für die Entscheidung über das Wahlsystem kommt es auf die gesellschaftlichen Verhältnisse an, die obwalten, besonders auf das Ausmaß der sozialen und kulturellen Homogenität der Bevölkerung und auf deren historische Erfahrungen sowie auf deren Mentalität. *Integration* bedeutet¹¹, dass das Wahlrecht zunächst parteibildend und sodann im Parlament mehrheitsbildend wirkt und nicht nur vereinzelte Abgeordnete liefert. Wahlen und Regierungsbildungen sind politische Synthesen, in denen das Staatsvolk immer wieder von neuem als staatliche Wirklichkeit in Erscheinung tritt.

Repräsentation und Integration sind Voraussetzungen für die legitimierende Wirkung von Wahlen. Auf die *Legitimation* der Staatsgewalt durch Wahlen kommt es im demokratischen Verfassungsstaat entscheidend an, in dem alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht.

¹⁰ Vernon Bogdanor, in: Bogdanor/Butler (Hrsg.), *Democracy and Elections*, 1983, S. 1.

¹¹ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Aufl. 1968, S. 154 f.

Die Staatsgewalt wird durch Wahlen vom Volk abgeleitet und konkret vermittelt. , indem das Volk schafft durch die Wahl die Grundlage für die Konstituierung der obersten politischen Staatsorgane: das Parlament, das die Regierung wählt, falls nicht der Präsident, der zugleich Regierungschef ist, direkt vom Volk gewählt wird und damit für Parlament und Regierung zwei getrennte Legitimationsstränge existieren.

Neben der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl, die als Voraussetzungen für Repräsentation und Integration genannt worden sind, bedarf es eines pluralistischen Parteiensystems und entsprechender Kandidaturen, damit der einzelne Wähler eine echte Auswahl hat. Außerdem muss der einzelne Wahlakt geheim stattfinden, damit sich kein Wähler, sei es von privater Seite, sei es von staatlicher Seite, in seiner Entscheidungsfreiheit unter Druck gesetzt fühlen kann. Wegen ihrer Bedeutung für freie Wahlen dürfen politische Parteien durch staatliche Finanzmittel gefördert werden, und zwar durch pauschale Erstattung der Wahlkampfkosten und durch allgemeine Finanzierung ihrer politischen Tätigkeit.¹²

Die Wahlen als Grundakte der demokratischen Legitimation verlangen, dass die Regierung, die während ihrer Amtsperiode ohnehin starke Wirkung auf die Meinungs- und Willensbildung hat, während des Wahlkampfes nicht noch weitere Vorteile, z.B. besondere staatliche Mittel zum Zwecke Wahlkampfes, für sich in Anspruch nimmt.¹³ Nur unter diesen Voraussetzungen sind Wahlen im Hinblick auf die aus den Wahlen hervorgehenden Mehrheiten legitimierend.¹⁴ Die Legitimation durch Wahlen muss periodisch erneuert werden, damit sie sich im Laufe der Zeit nicht verflüchtigt. In der periodisch zu erneuernden Legitimation liegt zugleich die *Kontrollfunktion* der Wahlen.¹⁵

Die kurz skizzierten Zwecke der Wahl – Repräsentation, Integration, Legitimation und Kontrolle – bestimmen das jeweilige Wahlsystem. Sie sind unverzichtbare Ausprägungen der Demokratie. Sie vermitteln zwischen Wähler und Staatsorganen. Verschiedene Wahlsysteme leisten diese Vermittlung. Mehrheitswahlsysteme, Verhältnisswahlsysteme und Mischformen, die hier nicht im Einzelnen erörtert werden müssen.

In welchem Verhältnis stehen Konstitutionalismus und Demokratie? Demokratie bedeutet, dass die Repräsentanten des Volkes im Parlament mit Mehrheit über den Inhalt der Gesetze entscheiden. Konstitutionalismus bedeutet Vorrang der Verfassung vor den Gesetzen, also eine Beschränkung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. D.h. die einfache

¹² BVerfGE 85, 264, 285 ff

¹³ BVerfGE 44, 125, 141.

¹⁴ Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 3. Aufl. 1975, S. 274 f.

¹⁵ James Madison, The Federalist, Nr. 51.

Mehrheit des Tages ist an Spielregeln gebunden, die das demokratische Herrschaftssystem stabilisieren sollen. Die Spielregeln können nur mit qualifizierter Mehrheit verändert werden.

Ein aktuelles Beispiel ist Spanien. In Katalonien hat die Regionalregierung Demokratie gegen Konstitutionalismus ausgespielt. Sie hat versucht, mit einer verfassungsrechtlich nicht erlaubten und vom Verfassungsgericht ausdrücklich verbotenen Abstimmung die verfassungsrechtlich festgelegte Einheit Spaniens (Art. 2: *indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*) zu beseitigen.

3. Universalismus.

Die Idee des demokratischen Verfassungsstaates, in dem sich Konstitutionalismus und Demokratie verbinden, ist in vielen Staaten der Welt in verschiedenen Ausprägungen verwirklicht. Von tatsächlich universaler Geltung kann man freilich nicht sprechen. Überall wo Gewaltenteilung und effektiver Schutz der Menschenrechte fehlen und die Wahlen zu den Staatsorganen verfälscht werden, fehlt es am demokratischen Verfassungsstaat.

Immerhin enthält die allgemeine Erklärung der Menschenrechte (Universal Declaration of Human Rights) der Generalversammlung der Vereinten Nationen von 1948 die Menschenrechte und Wahlrechtsgarantien. Die Erklärung ist als solche jedoch nicht rechtverbindlich, da die Generalversammlung zum Erlass genereller Normen für ihre Mitglieder nicht zuständig ist. Die Erklärung beschreibt und verkündet nach den Worten ihrer Präambel¹⁶, das von allen Völkern und Nationen zu erreichende gemeinsame Ideal, damit jeder Einzelne und alle Organe der Gesellschaft sich diese Erklärung stets gegenwärtig halten und sich bemühen, durch Unterrichtung und Erziehung die Achtung vor diesen Rechten und Freiheiten zu fördern und durch fortschreitende nationale und internationale Maßnahmen ihre allgemeine und tatsächliche Anerkennung und Verwirklichung durch die Bevölkerung ... der Mitgliedstaaten ... zu gewährleisten“. Diese politischen Aussagen finden eine Bestätigung in der Moralphilosophie des 20. Jahrhunderts, die universalistisch konstruiert ist, da sie auf Gemeinsamkeit und Verträglichkeit des Handelns abstellt.¹⁷

Die mit der Moralphilosophie sich deckende Menschenrechtserklärung ist im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 in

¹⁶ Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, letzter Satz.

¹⁷ F. Kambartel, Art. „Universalität (ethisch)“, in: Mittelstraß (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Bd. 4, 1996, S. 414 f.

Völkerrecht überführt worden: Menschenrechte (Art. 1 – 27), gerichtlicher Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 3), Teilnahme der Staatsbürger an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten und allgemeines, gleiches und geheimes Wahlrecht (Art. 25). Echte Sanktionen gibt es nicht. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, über Maßnahmen, die sie zur Verwirklichung der in dem Pakt anerkannten Rechte getroffen haben, und über die

dabei erzielten Fortschritte dem Generalsekretär der Vereinten Nationen zu berichten (Art. 40). Der Ausschuss für Menschenrechte (Art. 28) prüft die Berichte. Er übersendet den Vertragsstaaten seine eigenen Berichte sowie die ihm geeignet erscheinenden allgemeinen Bemerkungen. Dazu können die Vertragsstaaten Stellung nehmen. Weitere Verhandlungen, auch Schiedskommissionen sind vorgesehen. Immerhin liegen völkerrechtliche Versuche vor, Menschenrechtsverletzungen als solche zu benennen und zu beseitigen.

Die Abschlusserklärung der Wiener Weltmensenrechtskonferenz 1993 stellt fest, dass die Menschenrechte universell gelten und die Staaten verpflichtet seien, diese zu fördern und zu schützen. Auf Grund der Empfehlung der Weltmensenrechtskonferenz hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen einen Hochkommissar für Menschenrechte eingesetzt, dessen Aufgabe darin besteht, die Geltung der Menschenrechte durch Beratung und Koordination zu fördern. Er hat ein Initiativrecht, sich um die Beseitigung bestehender Hindernisse für die Verwirklichung der Menschenrechte zu kümmern und um Menschenrechtsverletzungen in der ganzen Welt zu verhindern.¹⁸

Zusammenfassend kann man von einem universalen Anspruch auf Geltung der Menschenrechte sprechen, der freilich in vielen Staaten nicht eingelöst wird. Dasselbe gilt für die Gewaltenteilung und die Demokratie. Immerhin gibt es regionale Menschenrechtspakte, in denen auch die demokratische und rechtsstaatliche Regierungsform gewährleistet ist,¹⁹ und Gerichtsschutz, zumindest eine Kommission (so Afrika) vorgesehen ist.

III. Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit.

¹⁸ Genaue Angaben über Aufgaben und Tätigkeiten siehe Wikipedia UNHCHR.

¹⁹ Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950; interamerikanische Menschenrechtskonvention v. 22.11.1969; afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker v. 21.10.1986.

1. Verfassungsgerichte.

Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande où sera la magistrature de ce code? Il faut pouvoir répondre. Un oubli en ce genre seroit inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil; pourquoi le souffririez-vous dans l'ordre politique? Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer.“

Diese Aussage stammt von *Emmanuel Siéyès*, sie steht in einem Gutachten, das er 1795 für den Nationalkonvent erstellt hat.²⁰ Darin stellt er die Forderung auf, eine jury constitutionnaire, d.h. ein Verfassungsgericht einzurichten. Dazu kam es in Frankreich nicht. *Siéyès* hat die Idee der jury constitutionnaire wahrscheinlich aus Nordamerika bezogen.

Alexander Hamilton argumentiert in den *Federalist Papers* Nr. 78 (1788) wie folgt: „There is no position which depends on clearer principles than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act therefore contrary to the constitution can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal.“ Hamilton wendet sich dann den Gerichten zu und schreibt (ebenfalls Nr. 78): Die eigentliche Aufgabe der Gerichtshöfe besteht in der Auslegung der Gesetze. Eine Verfassung ist ihrem Wesen nach ein grundlegendes Gesetz (fundamental law) und muss von den Richtern als solches angesehen werden. Es obliegt ihnen daher, dessen Sinn zu ermitteln, ebenso wie sie den Sinn aller von der Legislative erlassenen Gesetze zu ermitteln haben. Sollte sich zwischen beiden ein unvereinbarer Widerspruch ergeben, so muss das Gesetz den Vorzug erhalten, welches die umfassendere Verbindlichkeit und Gültigkeit besitzt oder mit anderen Worten: Die Verfassung muss über ein Gesetz gestellt werden, die Absicht des Volkes über die Absicht seiner Vertreter.“

Das Entscheidende ist nun, dass die Auffassung Hamiltons 15 Jahre später vom amerikanischen Supreme Court übernommen worden ist. In dem Fall *Marbury v. Madison* beruft sich der damalige Gerichtspräsident John Marshall auf principles supposed to have been long and well established und führt aus²¹: Es ist ein Satz zu klar, um bestritten werden zu können, dass die Verfassung jeden legislativen Akt beeinflusst, der ihr widerspricht; oder, dass die Gesetzgebung die Verfassung durch jeden gewöhnlichen Akt ändern kann. Diese Alternative

²⁰ *Emmanuel Siéyès*, Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire, proposée le 2 thermidor, prononcée à la Convention Nationale le 18 du même mois l'an 3 de la République (1795), imprimée par l'ordre de la Convention Nationale, Paris, S. 3, 20 f.; siehe auch *Georges Burdeau*, Traité de science politique, vol. IV, 3^e ed. 1984, S. 379; *Paul Bastide*, L'idée de constitution, 1985, S. 167 ff.

²¹ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 = 2 Law Ed. U.S. 60, 73 (1803).

eröffnet keinen Mittelweg. Die Verfassung ist entweder ein höheres, übergeordnetes Recht (superior paramount law), unveränderbar durch gewöhnliche Gesetzgebung, oder sie steht auf einer Stufe mit den gewöhnlichen Gesetzen und ist, wie andere Gesetze, änderbar, wenn es der Gesetzgebung passt, sie zu ändern. Wenn der erste Teil der Alternative stimmt, dann ist ein legislativer Akt, der gegen die Verfassung verstößt, kein Gesetz. Wenn der zweite Teil der Alternative wahr ist, dann sind geschriebene Verfassungen absurde Versuche von Seiten des Volkes, eine Macht zu begrenzen, die ihrer Natur nach unbegrenzt ist.

Diese aus der fundamental-law-Theorie seit dem 17. Jahrhundert bekannte Argumentation ist die Basis für die gerichtliche Gesetzeskontrolle.²² Dabei spielte zu Beginn die bundesstaatliche Ordnung in den USA eine wichtige Rolle. Zu Beginn der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court ging es zumeist um die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Staaten.²³

Man sollte festhalten, dass der Beginn der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA in der Zuständigkeit des Supreme Court lag, der auch heute noch dafür zuständig ist und die brasilianische Verfassung insoweit bis heute beeinflusst. Brasilien hat im Gegensatz zu anderen südamerikanischen Staaten kein Verfassungsgericht gebildet, sondern hier ist das Supremo Tribunal Federal für die Verfassungsgerichtsbarkeit zuständig geblieben.²⁴

Die Verfassungsgerichtsbarkeit stammt also aus Nordamerika. In den europäischen Staaten konnte sie sich im 19. Jahrhundert nicht durchsetzen. In England blieb es bis heute bei der Souveränität von King in Parliament. In Frankreich lösten sich in Folge der politischen Ereignisse Konstitutionen und Charten einander ab²⁵, deren Vorrang in der Praxis nicht schützenswert erschien und die die dafür richterliche Gewalt nur schwach ausgestattet hatten. In Deutschland waren die auf Grund der Deutschen Bundesakte (1815) erlassenen²⁶ Territorialverfassungen Kompromisse zwischen den

Monarchen und dem Bürgertum. Die Volksvertretungen fungierten als Organe zur Wahrung der Freiheit, weil alle Gesetze übereinstimmende Beschlüsse der Monarchen und der

²² John W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, 1955, S. 2: The fundamental law Concept is generally associated with the principle of judicial review by which a supreme court has the last word in cases where the Validity of legislative enactments is challenged.

²³ *McCulloch v. Maryland et al.*, 4 Wheat 316, 405 ff. = 4 Law Ed. U.S. 579, 601 f. (1819).

²⁴ Norbert Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid 2002, Kapitel 5 III

²⁵ 1791, 1793, 1795, 1799, 1814, 1830, 1848, 1852, 1875.

²⁶ Art. 13 und bestärkend Art. 54 ff. der Wiener Schlussakte (1820).

Volksvertretung bedurften. Das konstitutionelle System in Deutschland bot einer gerichtlichen Sicherung der Verfassung zunächst keinen Anlass.²⁷

Später hat *Hans Kelsen*, ein entschiedener Anhänger der Verfassungsgerichtsbarkeit, zutreffend festgestellt, dass die politische Idee der Bundesstaatlichkeit (Föderalismus) rechtlich überhaupt erst mit der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit vollendet ist.²⁸ Wäre nämlich die Kompetenzabgrenzung zwischen der Föderation und den Staaten nicht durch höheres Recht gesichert, hingen die Kompetenzen der Staaten allein vom normalen Bundesgesetzgeber ab. Die Staaten wären nur Provinzen.

Nach dem Ersten Weltkrieg ist in Österreich der Verfassungsgerichtshof gegründet worden; der Entwurf des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof stammt von *Hans Kelsen*. Auch der neue Förderalstaat Tschecho-Slowakei bekam ein Verfassungsgericht, vor allem zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen der Föderation und deren beiden Mitgliedstaaten.

Die Befürworter der verfassungsgerichtlichen Gesetzeskontrolle trugen 1949 in Deutschland über ihre Gegner den Sieg davon, da das Grundgesetz und die deutschen Landesverfassungen Verfassungsgerichte einführten, um den Vorrang der Verfassung umfassend zu schützen.

Autoritär regierte Staaten wie Griechenland, Portugal und Spanien entwickelten sich durch gewaltlosen Übergang in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts zu Verfassungsstaaten und führten zum Schutz der Verfassung Verfassungsgerichte ein. In vielen spanisch sprechenden Staaten Südamerikas wurden auf Grund des spanischen Vorbildes Verfassungsgerichte eingerichtet oder bestehende umgeformt.²⁹ Auf Grund der Verfassung von 1988³⁰ blieb Brasilien bei der Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Supremo Tribunal Federal, das allerdings wegen der Neuerrichtung des Superior Tribunal de Justicia seit 1988 in erster Linie verfassungsgerichtliche Aufgaben wahrnimmt:

- als letzte Instanz bei konkreten Normenkontrollen,
- in alleiniger Zuständigkeit bei abstrakten Normenkontrollen, auch über das Unterlassen des Gesetzgebers,
- in Entscheidungen über föderalistische Kompetenzkonflikte,

²⁷ Zur Entwicklung *Franz-Josef Peine*, Normenkontrolle und konstitutionelles System, in: *Der Staat*, 22 (1983), S. 521 ff.

²⁸ *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 5 (1929), S. 81; *Ch. Starck*, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik, 1976, S. 8 f.

²⁹ *Norbert Lösing*, La jurisdiccionlidad constitutional en Latinoamerica, Madrid 2002, Einleitung und Kapitel 1.

³⁰ *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Mudanças informais da Constituição brasileira de 1988 e a mutação do Supremo Tribunal Federal, in: *Gilmar Ferreira Mendes/Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (Coord.)*, Assembleia Nacional Constituinte de 1987 – 1988, São Paulo 2017, S. 131 – 149.

- in verschiedenen Verfahren zum Schutz der Grundrechte.

Diese Verfahrensarten ermöglichen, den Vorrang der Verfassung und die Demokratie gegen Parlament und Regierung zu schützen.

2. Verfassungsauslegung

Die Überprüfung eines Gesetzes am Maßstab der Verfassung setzt die Auslegung der Verfassung voraus. Die Normenkontrolle durch das Verfassungsgericht erzeugt ein schwieriges Spannungsverhältnis zwischen der demokratisch legitimierten parlamentarischen Mehrheit und dem kontrollierenden Verfassungsgericht, d.h. zwischen politischer und richterlicher Sphäre. Genauer formuliert, liegt das Spannungsverhältnis zwischen dem politischen Gestaltungswillen der durch Wahlen demokratisch legitimierten einfachen Mehrheit des Parlaments und der verfassungsrichterlichen Auslegung der demokratisch höher legitimierten Verfassung.

Die Verfassung als Gesetz höherer Ordnung verteilt Kompetenzen und bestimmt, besonders durch die Grundrechte die Grenzen der Aktivitäten der Staatsorgane. Die Verfassung hat aber auch programmatischen Charakter, sie formuliert Staatsziele, formuliert Versprechungen mit dem Ziel, die Bevölkerung zu integrieren. Daraus leiten Politiker verschiedene Aktivitäten ab, die sie je nach ihrer politischen Programmatik für allgemein verbindlich halten.

Vage Programme und Proklamationen in Verfassungen können Schäden verursachen, wenn sie die Richter benutzen, um den Gesetzgeber daran zu binden, hier und jetzt wie an strenges Recht. Der traditionelle proklamative und programmatische Charakter von Verfassungsnormen steht in Konflikt mit der Entwicklung der Verfassung als ein Verfassungsgesetz, das juristisch streng bindet. Wenn die Gerichte die Verfassung als Maßstab benutzen, haben sie die Tendenz, alle Verfassungsnormen als rechtlich streng bindend zu interpretieren und damit den rechtlichen Inhalt der Verfassung auszudehnen.

Daraus folgt die Schwächung des Parlaments, das für die Gesetzgebung zuständig ist. Der Gesetzgeber findet sich seiner Beurteilungs- und Bewertungskompetenz im Rahmen der Verfassung beraubt unter dem Vorwand, eine bestimmte Regelung folge zwingend aus der Verfassung, die durchgeführt werden müsse (executar). Durchführung verlange zugleich eine Optimierung mit der Folge, dass die Gesetze ständig verbessert werden müssen und ihre Autorität verlieren.

Der Vorrang der Verfassung, insbesondere wenn er durch ein Verfassungsgericht geschützt und garantiert ist, stellt Bedingungen an die Struktur des Verfassungsrechts betreffend die juristische Klarheit und eine disziplinierte und zurückhaltende Interpretation der Verfassungsnormen durch das Verfassungsgericht.³¹ Die juristische Interpretation der Verfassung muss beachten, dass alle Aussagen über die Bedeutung der Verfassung und über ihren Inhalt Aussagen über einen juristischen Maßstab im Rahmen einer besonders sensiblen Jurisdiktion sind.³² Der Vorrang der Verfassung, verstanden in einem strikt juristischen Sinn, verlangt eine Begrenzung der Verfassung zugunsten der Gesetzgebungspolitik. Das heißt nicht, dass sich die Verfassung beschränken müsse auf Organisations-, Kompetenz- und Verfahrensnormen. Auch die klassischen Grundrechte wirken als Grenzen der Staatsgewalt. Eine klassische Formulierung solcher Begrenzungen finden wir in Art 1 des 1. Amendments der US-amerikanischen Verfassung: „Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech or of the press ...“

Am Vorrang können auch verfassungsrechtlich festgelegte Staatsziele teilhaben, wenn es sich um die Erfüllung begrenzter Aufgaben handelt, die unabhängig von der ökonomischen Situation erfüllt werden können. Handelt es sich dagegen um einfache Programmsätze, muss ihre Erfüllung dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen bleiben.³³

All diese Überlegungen dürfen nicht außer Betracht lassen, dass im konkreten Fall die Machtverteilung zwischen Parlamentsmehrheit und Verfassungsgericht durch die

Art und Weise der Verfassungsinterpretation bestimmt wird. Die besondere Macht des Verfassungsgerichts liegt in dessen Interpretationsprärogative. Deshalb ist Verfassungsinterpretation in einem Staat mit verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle ein höchst delikates Geschäft.

So hat man gefragt, ob die materiellen Voraussetzungen der Freiheit, d.h. des Gebrauchs der Freiheit durch die Grundrechte gewährleistet sind. Dem Staat wurde die Aufgabe zugesprochen, die Freiheitsvoraussetzungen zu gewährleisten. Im Wege der Interpretation wurden aus den Grundrechten Leistungsansprüche der Bürger an den Staat abgeleitet.³⁴ Unterstützend wurde die verfassungsrechtliche Gleichheitsgarantie herangezogen. Es seien Freiheitsvoraussetzungen zu schaffen, um faktische Ungleichheiten in der Gesellschaft

³¹ *Christian Starck*, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 3. Aufl., XII. Band, 2014, S. 613 – 657.

³² *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 486.

³³ *Werner Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates (1945), Neudruck 1971, S. 127 f.

³⁴ *Peter Häberle*, Die Grundrechte im Leistungsstaat, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 30 (1972), S. 43 ff.

abzuschaffen oder zu verhindern.³⁵ Eine solche Gleichheitskonzeption der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle zugrunde zu legen, müsste zu ständigen Appellen des Verfassungsgerichts an das Parlament führen, der faktischen Gleichheit der Menschen näher zu kommen. Dies kann nicht Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit sein. Eine entsprechende Auslegung des Gleichheitssatzes kann daher nicht richtig sein. Die modernen Verfassungen beschäftigen sich mit der Angleichung und Verbesserung der sozialen Lebensbedingungen der Menschen nicht im Zusammenhang mit den klassischen Grundrechten, sondern in Gestalt so genannter Sozialstaatsgarantien.³⁶ Diese sollen von der Politik nach Maßgabe der Leistungsfähigkeit des Staatshaushalts im Rahmen der anderen Staatsaufgaben verwirklicht werden.

IV. Schlussbetrachtung.

Der Vorrang der Verfassung ist eine große Errungenschaft der europäisch-amerikanischen Rechtskultur. Die theoretische Vorstellung von einem Vorrang der Verfassung verbindet sich mit dem politischen Willen, diesen Vorrang effektiv durch Verfassungsgerichte zu sichern. Ein effektiver Vorrang der Verfassung ist ein rechtliches Faktum, das eingebunden bleiben muss in die Verteilung der staatlichen Funktionen zwischen Parlament und Exekutive auf der einen Seite und der Gerichtsbarkeit auf der anderen Seite. Die Regeln der juristischen Interpretation dürfen nicht losgelöst von dieser Funktionsverteilung gehandhabt werden. Anderenfalls wird dem Vorrang der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit der Boden entzogen, aus dem sie erwachsen sind.

³⁵ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 380, 389; dazu kritisch: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, 6. Aufl. 2010, Bd. I Art. 3 Rn. 3 – 6, 27 ff.; ders. (Anm. 31), S. 646.

³⁶ Z.B. Art. 3 Abs. 2 ital. Verfassung, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 9 Abs. 2 span. Verfassung, Art. 9, 63, 91 port. Verfassung.