

## Rollen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit – eine theoretische Annäherung

Christian Boulanger\*

*Der Begriff der ‚Rolle‘ zieht sich explizit und implizit durch die Literatur zur Verfassungsgerichtsbarkeit, ohne dass er bisher theoretisch aufgearbeitet worden ist. Bei näherer Auseinandersetzung wird schnell die unscharfe Verwendung des Begriffs deutlich: In vielen Publikationen, die den Begriff der ‚Rolle‘ explizit und implizit nutzen, könnte man ‚Rolle‘ auch mit ‚Funktion‘ ersetzen, oftmals werden die Begriffe auch austauschbar verwendet. Der Beitrag regt an, die Begriffe ‚Rolle‘ und ‚Funktion‘ stärker systematisch und reflektiert zu verwenden als bisher. Eine Theorie institutioneller Rollen hilft, so die These, die Entwicklungsprozesse der Verfassungsgerichtsbarkeit in verschiedenen Ländern besser zu verstehen. Ein Grund dafür ist die dreifache Natur des Rollenbegriffs. Er verweist erstens auf das Selbstverständnis und die Selbstdarstellung des Gerichts, zweitens auf die Erwartungen und Zuschreibungen der Zielöffentlichkeiten (Recht, Politik, Zivilgesellschaft, Internationale Öffentlichkeit) und drittens auf die Funktion der Institution im ‚aufgeführten Stück‘. Abschließend werden drei idealtypisch angelegte Rollen untersucht, die des Hüters, des Schiedsrichters und des Gründers.*

*Although much academic writing on constitutional courts makes explicit and implicit use of the term 'role', this term has not been structured hitherto from a theoretical perspective. On closer examination, the imprecise use of the term is readily obvious. In many publications that make explicit or implicit use of the term 'role', the expression could be substituted with 'function'. Indeed, in many cases the terms are used interchangeably. The chapter proposes that the terms 'role' and 'function' should be used in a more deliberate and systematic manner. It argues that a theory of institutional roles is helpful for a better understanding of how constitutional courts have developed in different countries. One reason for this lies in the three-fold nature of the term 'role'. First, it refers to the court's self-image and presentation. Second, it reflects the expectations and ascriptions conferred by its target publics (the legal system, politics, civil society and an international public). Third, it alludes to the function of the institution in the 'play as it is performed'. Finally, three ideal types of court role – guardian, arbiter and founder – are examined.*

\* Der Beitrag beruht auf den theoretischen Kapiteln meiner Dissertation (Boulanger 2013), die sich mit der Rolle von Verfassungsgerichten in Demokratisierungsprozessen am Beispiel des frühen Bundesverfassungsgerichts und des ungarischen Verfassungsgerichts beschäftigt. Ich danke Michael Wräse und Anna Schulze für hilfreiche Kommentare.

## *I. Die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten als Forschungsfrage*

Die Begriffe ‚Rolle‘ und ‚Funktion‘ ziehen sich explizit und implizit durch die Literatur zum Thema Verfassungsgerichtsbarkeit, ohne dass über sie bisher eine vertiefte Auseinandersetzung stattgefunden hat. Einerseits finden sich zahlreiche Publikationen, welche die „Rolle des Verfassungsgerichts in ...“ explizit thematisieren.<sup>1</sup> Auf der anderen Seite kann man eine Vielzahl von theoretischen und empirischen Beiträgen identifizieren, die Gerichte mit Begriffen in Verbindung bringen, die man als eine Rollenzuweisung bezeichnen könnte. Am bekanntesten ist wohl die Formulierung von Hans Kelsen, der in Auseinandersetzung mit Carl Schmitt dem Verfassungsgericht die Rolle des „Hüters der Verfassung“ zugewiesen hat. Aber auch in der Politikwissenschaft können zahlreiche Beispiele genannt werden. Nicos Alivizatos etwa kontrastiert in seinem bekannten Aufsatz zu „Judges as Veto-Players“ die „traditional role as guardians of legality“ mit der Tatsache, dass „in practice, they are actually seen by an increasing number of observers as veto-players“ (Alivizatos 1995: 566). Ein anderes Beispiel ist András Sajó (2000), der das ungarische Verfassungsgericht als „Erzieher der Exekutive“ bezeichnet und dabei einerseits die Selbstwahrnehmung der Richter, andererseits auch die tatsächlichen Auswirkungen ihrer Rechtsprechung auf die verfassungspolitische Realität Ungarns beschreibt. Schließlich kann auch der Vorschlag von Alec Stone Sweet, Verfassungsgerichte als „dritte Parlamentskammer“ zu deuten (Stone 1992; Stone Sweet 2002), als eine Rolle des Gerichts aufgefasst werden. Die Liste ließe sich fast beliebig verlängern.<sup>2</sup>

Auch die ‚Funktion‘ der Verfassungsgerichtsbarkeit wird oft bemüht, ohne zu klären, was genau damit gemeint ist.<sup>3</sup> Ausnahme ist die Luhmann’sche Systemtheorie, die sich ausführlich mit dem Funktionsbegriff auseinander gesetzt hat (etwa Luhmann 1970). Für den Systemtheoretiker Luhmann ist die Verfassungsgerichtsbarkeit Teil der „strukturellen Kopplung“, welche die Verfassung zwischen dem rechtlichen und dem politischen System übernimmt (Luhmann

- 1 Nur einige exemplarische Titel: Wildenmann 1969; Cappelletti 1988; Bryde 2000; Garlicki 2000; Gundermann 2002; Schmitt 2002; Sólyom 2002; von Beyme 2006.
- 2 So finden sich in der Literatur Ansätze, die Verfassungsgerichtsbarkeit verstehen als Instrument gesellschaftlicher Integration (Limbach 2002; Schaal 2001), als Retter der Demokratie vor sich selbst (Scheppeler 2005), als demokratischer Akteur mit politikfeldspezifischer (Dys-)Funktionalität (Kneip 2009), als Schaltzentrale reflexiver und deliberativer Politik (Häberle 1975), als Sachverwalter des globalisierten juristischen Welt-Wissens (Slaughter 1997), als ‚Kanal‘ für die Einführung von internationalem Recht in nationale Politiken (Maveety/Grosskopf 2004) oder als Hüter des sozialen Ausgleichs angesichts der Herausforderungen der (Post-)Industrialisierung (Cappelletti 1989).
- 3 Ein Beispiel für die rechtswissenschaftliche und vollständig theoriefreie Verwendung von ‚Funktion‘ findet sich bei Brohm 2001. Auch Kranenpohl 2004 nutzt den Begriff ohne ihn zu erläutern.

1995: 479). Diese Kopplung geschieht allerdings quasi ‚hinter dem Rücken‘ der Akteure, sie ist kein Akt bewusster Planung, sondern ein Ausdruck funktionaler Notwendigkeiten.<sup>4</sup> Eine andere Verwendung des Funktionenbegriffs findet sich bei Kneip (2009), der im Zusammenhang mit Urteilen des Bundesverfassungsgerichts von „Funktionalität“ und „Dysfunktionalität“ im Sinne einer bestimmten Definition eines demokratischen Systems spricht. Bei Kneip hat der Funktionsbegriff eine normative Zielrichtung: Verfassungsgerichte sollen Urteile sprechen, die einem zuvor entwickelten Demokratiekonzept entsprechen, nur dann erfüllen sie die ihnen zuvor zugewiesene Funktion.

Es wird deutlich, dass die Begriffe ‚Rolle‘ und ‚Funktion‘ bisher sehr uneinheitlich und unscharf verwendet werden und dass – vielleicht mit Ausnahme des systemtheoretischen Funktionsbegriffs – das analytische Potential beider Begriffe bisher noch nicht ausgeschöpft wurde. Dazu kommt, dass beide Begriffe oft in austauschbarer Weise gebraucht werden. Ist es ein Unterschied, ob man von der ‚Rolle‘ oder der ‚Funktion‘ der Verfassungsgerichtsbarkeit spricht?

Dieser Beitrag macht einen Vorschlag, auf welche Weise ein analytischer Mehrwert gewonnen werden könnte. Ich konzentriere mich dabei auf den aus dem Begriffsfundus des Theaters stammenden Begriff der ‚Rolle‘. Stärker als der technisch konnotierte Funktionsbegriff rückt er in den Blick, dass die Position des Verfassungsgerichts im politischen System sehr viel mit Zuschreibungen und Erwartungen sowie performativem Verhalten zu tun hat. Ein Rolleninhaber hat auch immer ein Publikum, vor dem er auftritt und dessen antizipierte und tatsächliche Reaktion für ihn eine Bedeutung hat. Der Beitrag arbeitet beispielhaft drei idealtypische Rollen heraus, die Verfassungsgerichte in Demokratisierungsperioden zugeschrieben werden können und die sie auch übernommen haben: die eines ‚Hüters‘, eines ‚Schiedsrichters‘ und eines ‚Gründers‘. Als Theorien mittlerer Reichweite sind die hier präsentierten Rollenmodelle allerdings nicht zu trennen vom empirischen Material, auf dessen Grundlage sie entwickelt wurden.<sup>5</sup>

4 Luhmann (1995) sieht dies vor allem vor dem Hintergrund der Trennung zwischen Recht und Moral im modernen Staat, die aber den gerechtigkeitspraktischen Erfordernissen des modernen Wohlfahrtsstaates zuwiderläuft. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist eine mögliche Lösung für dieses Problem. Zur systemtheoretischen Analyse des Verfassungsgerichts siehe Bora 2003; Bornemann 2007 und Brodocz 2009 sowie Rogowski in diesem Band.

5 Konkret: die frühe Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in Ungarn; siehe Fußn. 1. Die Rollentheorie zielt nicht – wie andere Ansätze innerhalb der Sozialwissenschaft – auf die Generierung generalisierbarer und falsifizierbarer Hypothesen. Stattdessen erweist sie – ebenso wie es Luhmann für den Funktionsbegriff argumentiert hat – ihren Nutzen als Heuristik, die bestimmte empirische Phänomene erst in den Blick rückt. Es handelt sich um wissenschaftliche Theoriebildung, die über die Beschreibung von Phänomenen hinausgeht und versucht, in verallgemeinernder Weise bestimmte

Der Beitrag versteht sich vor allem als Anregung, die Begriffe ‚Rolle‘ und ‚Funktion‘ stärker systematisch und reflektiert zu verwenden als es bisher geschehen ist. Der Begriff der ‚Rolle‘ könnte sich auch als einer der Schnittstellen eignen, entlang derer gemeinsame juristische und sozialwissenschaftliche Forschung zur Verfassungsgerichtsbarkeit stattfinden kann.<sup>6</sup>

## *II. Eine mögliche Theorie institutioneller Rollen*

### 1. Die problematische Beziehung von Funktion und Kausalität

„Funktion“ und „Rolle“ betraten die Bühne der soziologischen Debatte ungefähr zur gleichen Zeit. Der Funktionsbegriff wurde von der sogenannten strukturfunktionalistischen Schule innerhalb der Soziologie und hier insbesondere von den Soziologen Robert K. Merton und Talcott Parsons in die soziologische Theoriebildung eingeführt. Merton definiert als Methode funktionalistischer Analyse „the practice of interpreting data by establishing their consequences for larger structures in which they are implicated“ (Merton 1957: 19). Die funktionalistische Perspektive fragt danach, welches (vom Beobachtenden definierte) Problem ein sozialer Mechanismus löst. Nach einer Hochphase in den 1950er und 1960er Jahren stieß der Funktionalismus allerdings zunehmend auf Ablehnung. Seinen Vertretern wurde die These unterstellt, die zugeschriebene Funktion einer sozialen Institution sei auch der Grund für ihre Existenz. Beispielsweise existierten Gerichte, weil ein gesellschaftliches Bedürfnis dafür besteht, auftretende Konflikte gewaltfrei zu lösen. Diese vor allem Parsons zugeschriebene Position<sup>7</sup> ist tatsächlich empirisch unhaltbar: Soziale Institutionen entstehen aus allen möglichen Gründen, die mit der aktuellen (zugeschriebenen) Funktion nichts zu tun haben müssen.<sup>8</sup> Als Reaktion auf die Vermengung von Wirkungen und Ursachen

soziale Mechanismen aufzuzeigen, ohne allerdings zeit- und ortsunabhängige Geltung zu beanspruchen (Esser 2002).

- 6 Der vorliegende Beitrag geht indes nur auf die sozialwissenschaftliche Bedeutung des Begriffs ein. ‚Rolle‘ ist kein Rechtsbegriff. Im juristischen Diskurs ist zum Beispiel von Kompetenzen oder von Rechtspflichten die Rede, wenn es um die Aufgaben und Funktionen von öffentlichen Institutionen geht. Dies kann hier nicht näher ausgeführt werden.
- 7 Siehe die bekannte Kritik von Davis 1959 und die Diskussion bei Erasmus 1967.
- 8 Manche Ansätze in der Verfassungsgerichtsforschung, wie etwa die ‚Insurance‘-Theorie von Tom Ginsburg 2002, laufen bei unreflektierter Verwendung weiterhin Gefahr, diesem Zirkelschluss zu erliegen, zumindest dann, wenn die Einrichtung eines Verfassungsgerichts mit der ‚Funktion‘ des Verfassungsgerichts erklärt wird, Eliten eine ‚Versicherung‘ für den Fall des Machtverlusts zu bieten, ohne diese Überlegungen der Akteure empirisch nachzuweisen. Siehe kritisch zur ‚insurance theory‘ Inclán Oseguera 2009.

hat die frühe Systemtheorie Luhmanns den Funktionsbegriff von Kausalitätsüberlegungen abgetrennt und ihm die Bedeutung eines heuristisches Instruments zugewiesen: Für jeden empirisch beobachtbaren Mechanismus, der ein identifiziertes Problem löst, sind funktionale Äquivalente denkbar, die dieses Problem auf andere Weise lösen, die also dieselbe Funktion haben (Luhmann 1970: 16). Dies macht es etwa möglich, Länder mit Verfassungsgerichtsbarkeit mit solchen zu vergleichen, in denen diese nicht existiert, und dabei auf Leistungen zu stoßen, die in beiden Ländern auf unterschiedliche Art erbracht werden, wobei die Verfassungsgerichtsbarkeit nur eine denkbare Weise darstellt.

Der Wert einer funktionalistischen Perspektive auf Institutionen liegt darin, dass die *tatsächlichen* empirischen Wirkungen dieser Institutionen stärker in den Blickpunkt treten als in alternativen Ansätzen, welche etwa auf die Interessen von beteiligten Akteuren oder auf die formalen institutionellen Regeln fokussieren. Wenn man nach den Funktionen fragt, die ein Verfassungsgericht in einem bestimmten politischen System zu einer bestimmten Zeit erfüllt, werden die Antworten oftmals von dem abweichen, was die politische Theorie oder die Rechtsphilosophie zur Aufgabe von Verfassungsgerichten zu sagen hat, was die Verfassungen und Verfassungsgerichtsgesetze als normative Vorgaben beinhalten oder was den Interessen der machtvollen Akteure in diesem politischen System entspricht. Gleichzeitig besteht als Problem des Funktionsbegriffs fort, dass er durch seine technisch-mathematische Semantik nicht vorhandene Präzision und Erklärungskraft suggeriert. Es erscheint mir daher sinnvoller, im Folgenden den Rollenbegriff näher zu untersuchen und dabei zu berücksichtigen, welche funktionalen Elemente er in sich aufnehmen kann.

## 2. Rolle und die *black box* gerichtlichen Handelns

Der Rollenbegriff stammt aus einem Feld, das mit exakter Wissenschaft wenig zu tun hat: Der Soziologe und Anthropologe Erwin Goffman übernahm ihn Ende der 1950er Jahre aus der Begriffswelt des Theaters (Goffman 1959), um damit die Dynamik sozialer Interaktionen zu beschreiben: Im täglichen Zusammensein nähmen die Menschen Rollen ein, wobei sie versuchten, den Erwartungen ihrer Gegenüber zu entsprechen. Diese Idee wurde in der Soziologie weiterentwickelt, um das Verhalten von Personen zu erklären, die bestimmte Positionen in sozialen Systemen innehaben (Biddle 1986). Für Ralf Dahrendorf (2006: 33) etwa bedeuteten Rollen „Bündel von Erwartungen, die sich in einer gegebenen Gesellschaft an das Verhalten der Träger von Positionen knüpfen“. Das Verhalten von Rollenträgern wird von diesen Erwartungen nicht determiniert, aber eingeschränkt. Dies geschieht, weil Abweichungen vom erwarteten Verhalten mit Missbilligung, Ablehnung oder Entzug von Folgebereitschaft geahndet werden.

Die soziologische Rollentheorie stößt bei ihrer Übertragung auf Institutionen wie ein Verfassungsgericht auf offensichtliche Schwierigkeiten.<sup>9</sup> Das zentrale Problem ist, dass Institutionen keine dem Individuum vergleichbaren Akteure sind. Auch bei Verfassungsgerichten besteht dieses Problem der Untersuchungsebene. Verfassungsgerichte bestehen aus zahlreichen Personen – neben dem Richterkollegium auch wissenschaftliche Mitarbeiter, Berater und Verwaltungspersonal –, die alle unterschiedlichen Anteil am Zustandekommen von Entscheidungen haben. Innerhalb der Richtergruppe bestehen in der Regel keine hierarchischen Beziehungen und selbst die Präsidenten oder Vorsitzenden Richter haben im Regelfall nur begrenzten Einfluss auf das Ergebnis der Urteilsfindung. Schon allein dies verbietet es, das Gericht als eine Akteurseinheit zu behandeln.

Wie kann man aber die *black box* des Gerichts öffnen? Die Richtersoziologie beschäftigt sich seit langem mit der Frage, wie Urteile zustande kommen und welchen Einfluss insbesondere nicht-rechtliche Faktoren dabei haben.<sup>10</sup> Gleichzeitig betonen richtersoziologische Beiträge, wie schwierig es ist, vom Text der Urteile auf die ‚wahren‘ Motive der beteiligten Richter rückzuschließen. Eikenberg (1970: 365) weist auf den „beschränkten Erkenntniswert von Urteilsbegründungen für soziologische Untersuchungen“ hin. Zweck der Entscheidungs-begründung sei, „nicht ein Spiegelbild richterlicher Überzeugungsbildung zu entwerfen, sondern eine gedrängte und zusammenfassende Schilderung der Entscheidungsgründe zu vermitteln.“ Urteilsbegründungen folgen im Regelfall – zumindest in Situationen, in der die richterliche Unabhängigkeit gewährleistet ist<sup>11</sup> – der „*logic of appropriateness*“ (Olsen/March 2004): Es wird formuliert, was auf Zustimmung oder zumindest nicht eindeutige Ablehnung hoffen kann. Damit ist nicht immer *inhaltliche* Zustimmung gemeint, sondern eine Akzeptanz, die mit der Feststellung: „Das Urteil ist juristisch vertretbar“ ausgedrückt werden kann. Kurz gesagt: Die Bedeutung der juristischen Methode für das Urteil liegt – aus soziologischer Sicht – nicht bei der Frage der ‚Herstellung‘ des Urteils, also der ‚Rechtsfindung‘, sondern in der ‚Darstellung‘ der Urteilsgründe, die eine nachträgliche Rationalisierung des Ergebnisses ermöglicht.<sup>12</sup> Das heißt ausdrücklich nicht, dass die juristische Methode keinerlei Bedeutung für die Herstellung

- 9 Dies wurde auch schon in der Theorie der internationalen Beziehungen diskutiert. Siehe die Diskussion über die ‚Rolle‘ von Staaten in der internationalen Politik etwa bei Kirste/Maull 1996 und Harnisch et al. 2011.
- 10 Klassisch hierzu in der deutschsprachigen Literatur: Lautmann 1972; Esser 1972.
- 11 Anders in Justizsystemen, in denen Richter durch politischen Druck gefügig gemacht werden. In den postkomunistischen Ländern finden sich dafür zahlreiche Beispiele, etwa in der Ukraine, Weißrussland oder Russland.
- 12 Auf diesen Unterschied hat bereits 1929 Hermann Isay hingewiesen (Isay 1929, dazu Röhl 2011), allerdings noch ohne empirischen Nachweis. Siehe auch den Beitrag von Wrase in diesem Band.

eines Urteils hat, eine Position, die oftmals dem *Legal Realism* unterstellt wird.<sup>13</sup> Gemeint ist, dass es aus Sicht der soziologischen Rollentheorie darauf ankommt, was *dargestellt* wird, und ob diese Darstellung dem entspricht, was das Publikum erwartet.

Mit einem solchen Ansatz hat sich das Problem der gerichtlichen *black box* nicht gelöst. Es ist weiterhin nicht ausreichend, ein Verfassungsgericht als eine handelnde Einheit aufzufassen.<sup>14</sup> Untersuchungen, welche die gerichtsinternen Prozesse, in denen Urteile entstehen, dokumentieren und analysieren, bleiben unverzichtbar, sind aber sehr schwierig durchzuführen.<sup>15</sup> Die Rollentheorie kann das *Black-Box*-Problem zumindest etwas relativieren. Sie geht davon aus, dass die Erwartungen, die an einen institutionellen Rollenträger gerichtet werden, dessen Handlungsspielräume eingrenzen. Eigeninteressen und interne Konflikte werden, so die Annahme, durch die Erwartungen an die Institution zu einem gewissen Maße neutralisiert.

### 3. Rollenverhalten und Erwartungen von Teilöffentlichkeiten

Auf der allgemeinsten Ebene beschreibt eine institutionelle Rollentheorie ein bestimmtes Verhältnis zwischen Erwartungen, Verhalten und Legitimität. So wie die Übereinstimmung oder das Auseinanderfallen von Rollenerwartungen und -verhalten auf der Ebene des Individuums Auswirkungen auf das Verhalten der Umwelt hat, so besteht ein Zusammenhang zwischen den Erwartungen, die an die Institution gerichtet werden, und der Reaktion der Umwelt auf das Verhalten der Institution. Das Gegenüber des Verfassungsgerichts ist kein einheitliches Publikum, sondern eine Reihe von ‚Teilöffentlichkeiten‘.<sup>16</sup> Der Begriff der Teilöffentlichkeiten entspricht dem der ‚*audiences*‘, mit welchem Lawrence Baum die verschiedenen Arten von Publikum bezeichnet, an die sich Richter

13 Siehe hierzu Schauer 2009, Kap. 7. Zum noch weitergehenden These der generellen Unbestimmtheit des Rechts siehe Solum 1996.

14 Dieses Problem haben *Rational-Choice*-Ansätze, die Gerichten einheitliche Interessen zuschreiben und auf dieser Grundlage universelle Modelle konstruieren.

15 Siehe die Beiträge von Uwe Kranenpohl, zum Beispiel in diesem Band. Die Senate des Bundesverfassungsgerichts beraten unter Ausschluss jeder Öffentlichkeit, es ist den Richtern gesetzlich untersagt, daraus zu berichten. Bisher wurden auch noch keine Akten für die historische Forschung freigegeben.

16 Ich danke Uwe Kranenpohl für den Hinweis auf den Begriff der ‚Teilöffentlichkeit‘. Er stammt aus der Kommunikationswissenschaft und wird hier dem ungebräuchlichen Plural ‚*Publika*‘ oder dem alternativen soziologische Begriff der ‚*Arenen*‘ vorgezogen.

wenden (Baum 2006).<sup>17</sup> Für eine Institution lässt sich die Grundannahme der Rollentheorie wie folgt ausdrücken: Jede Teilöffentlichkeit, an die sich die Institution wendet, richtet bestimmte Erwartungen an diese Institution. Je nachdem, ob die Institution diese Erwartungen erfüllt oder zumindest die Erfüllung der Erwartungen *darstellen* kann, wird der Institution von der jeweiligen Teilöffentlichkeit Legitimität *zugeschrieben*.<sup>18</sup>

Verfassungsrichter richten sich also in ihren Urteilen an Gruppen von Rezipienten, von denen sie sich aus den oben skizzierten Gründen Akzeptanz erhoffen. Diese Teilöffentlichkeiten unterscheiden sich aus Sicht des Verfassungsgerichts voneinander dadurch, dass jede Teilöffentlichkeit durch eine andere Art von Wissen, durch andere Denkweisen und Diskursmuster geprägt ist.<sup>19</sup>

(1) In vielen Fällen ist das *rechtswissenschaftliche Publikum* für ein Gericht, und auch für das Verfassungsgericht, das entscheidende. Warum aber ist es Juristen so wichtig, von möglichst vielen anderen ihrer Profession ernst genommen zu werden? Antworten hält unter anderem die Professionssoziologie bereit, die auf Sozialisationseffekte der juristischen Ausbildung hinweist (etwa Rueschemeyer 1973; 1986). Ein anderer Ansatz stellt den Kampf um Prestige und Einfluss in den Vordergrund. Der Soziologe Pierre Bourdieu etwa bezeichnete in einem Beitrag zur soziologischen Analyse des Rechts das „juristische Feld“ als „the site of a competition for monopoly of the right to determine the law“ (Bourdieu 1987: 25). Die Akteure im juristischen Feld bewerten Urteile wie andere Akteure danach, ob sie ihnen nützen oder schaden oder ob sie den persönlichen Überzeugungen entsprechen. Die professionsinterne Kommunikation ist, zumindest in kontinentaleuropäischen Rechtskulturen, aber so strukturiert, dass die öffentliche Diskussion über ein Urteil in rechtlichen Kategorien geführt werden muss, das heißt, die Überzeugungskraft der rechtlichen Argumente steht im Vordergrund. „Nicht-rechtliche“ Argumente (zum Beispiel die ökonomischen oder politischen Konsequenzen einer Entscheidung), die für die Motivation des Urteils entscheidender sein können als die genuin „rechtlichen“, sind argumenta-

17 Baum untersucht in diesem Zusammenhang als *audiences* die Kollegen der Richter am Gericht, die generelle Öffentlichkeit, die anderen Teilgewalten (Parlament, Regierung), soziale Gruppen, die Profession der Juristen, politische Lobbygruppen sowie die Presse.

18 Zum Prozess der Legitimitätszuschreibung siehe Lembecke 2008.

19 Gawron und Rogowski (2007: 83) sprechen von unterschiedlichen „Systemrationalitäten“, die in den Teilöffentlichkeiten (von Gawron/Rogowski „Adressatenfelder“ genannt) vorherrschen. So werden den Gerichten „Rechtsrationalität“, dem Gesetzgeber/Verfassungsorganen „Machtrationalität“, der Verwaltung „administrative Rationalität“, den Parteien/Verbänden „Kollektivinteressen“ und Privaten „Einzelinteressen“ zugeordnet.

tiv möglich, werden aber, zumindest im Fall des bundesdeutschen Rechtsdenkens, der Stringenz der juristischen Ausführungen untergeordnet.<sup>20</sup>

(2) Das Verhalten und die Reaktion der *politischen Öffentlichkeit* sind im Regelfall empirisch gut erforscht und in Sekundärliteratur und Zeitungsarchiven der Forschung zugänglich. Das politische Publikum zeichnet sich dadurch aus, dass es die Urteile des Verfassungsgerichts vor allem nach der politischen Nützlichkeit bewertet. Damit fallen viele Urteile, die auf den ersten Blick keine Relevanz für die Tagespolitik haben, aus der Aufmerksamkeit der politischen Akteure heraus. Martin Shapiro hat darauf aufmerksam gemacht, dass sich Gerichte diese selektive Aufmerksamkeit zunutze machen können, indem sie ihre Urteile darauf einstellen und wichtige Weichenstellungen in Urteilen unterbringen, die keine tagespolitische Relevanz haben (Shapiro 1999: 212). Aber auch in den ‚high visibility cases‘ stellen sich erfolgreiche Verfassungsgerichte auf das politische Publikum ein, indem sie gefährlichen Akteuren einen scheinbaren Sieg zusprechen, aber gleichzeitig wichtige dogmatische Entscheidungen treffen, die später von Bedeutung sein werden – das berühmteste Beispiel hier ist *Marbury v. Madison* (ebd.).

(3) Die Frage, wie ‚sichtbar‘ beziehungsweise ‚unsichtbar‘ Entscheidungen sind, stellt sich im Fall der *breiten (zivil)gesellschaftlichen Öffentlichkeit* noch stärker als für politische Akteure. Innerhalb einer Gesellschaft verfügt nur ein geringer Prozentsatz ihrer Mitglieder über das Wissen, um Verfassungsgerichtsentscheidungen im Detail überhaupt zu verstehen oder auch nur einzuordnen. Dies ist für die USA gut nachgewiesen (Caldeira 1991), und man kann davon ausgehen, dass dieser Befund auch in anderen Ländern zutrifft. Das Wissen über die Existenz und die genauen Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts hängt unmittelbar davon ab, in welcher Intensität die Medien über das Gericht berichten. Dies trifft ebenfalls für die Kenntnis der konkreten Urteile des Gerichts zu. Wie Vorländer und Schaal (2002: 348) argumentieren, kann man davon ausgehen, dass die Bevölkerung die Urteile des Verfassungsgerichts ausschließlich über die Berichterstattung (und Kommentierung) der Medien wahrnimmt. Der Zusammenhang zwischen ‚öffentlicher Meinung‘ und ‚veröffentlichter Meinung‘ ist allerdings komplex; es kann aus der ‚veröffentlichten‘ nicht einfach auf die ‚öffentliche‘ Meinung geschlossen werden. Die Pressekommentare sagen uns mehr über die Ansichten der meinungsprägenden Eliten als über die Einstellung der Bevölkerung. Diese ist bisher noch kaum erforscht (Vorländer/Brodocz

20 Diese Verhältnisse können allerdings nicht generalisiert werden. So spielen der *common sense* und pragmatische Überlegungen in anderen Rechtskulturen eine wesentlich stärkere Rolle.

2006) und die Frage darüber, was ‚Akzeptanz‘ konkreter Urteilen durch ‚die Bevölkerung‘ eigentlich bedeutet, ist weiterhin sehr umstritten.<sup>21</sup>

(4) Das vierte Publikum, vor dem Verfassungsgerichte ‚eine Rolle spielen‘, ist die *internationale Teilöffentlichkeit*. Mit diesem Begriff fasse ich eine äußerst heterogene Menge von Akteuren zusammen, die nur durch ihren ‚Blick von außen‘ analytisch verbunden ist: internationale Organisationen, die internationale Presse, einzelne Regierungen, andere Verfassungsgerichte, supranationale Gerichte wie der Europäische Gerichtshof oder die juristische Fachöffentlichkeit in anderen Ländern. Die Rezipienten in dieser Teilöffentlichkeit verfügen über ganz unterschiedliche Einflusspotentiale, die im konkreten empirischen Fall relevant werden, sodass Verallgemeinerungen hier schwierig sind. Diese Teilöffentlichkeit wird bei der Analyse von Verfassungsgerichten oft vernachlässigt, da sich die Verfassungsrichter/-innen nur in manchen Fällen an ein internationales Publikum wenden. Die komparativ interessante Frage ist aber dann, wann das der Fall ist und wann nicht.

Dem Charakter einer Heuristik entsprechend ist diese Liste von Teilöffentlichkeiten weder abschließend noch universell anwendbar. Sie muss für den Gebrauch in einzelnen Fällen angepasst werden. Im Vergleich stellen sich ähnliche Teilöffentlichkeiten in verschiedenen Ländern als mehr oder weniger einflussreich dar. Nicht jedes Land besitzt etwa eine politisch so einflussreiche juristische Akteursgruppe wie die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Auch wird die internationale Öffentlichkeit nur in bestimmten Fällen besondere Bedeutung haben, wie etwa im Prozess der Osterweiterung der Europäischen Union, als die Verfassungsgerichte der Beitrittskandidaten auch immer auf ihre Rolle als Garanten europäischer Rechtsstaatlichkeit und auf die Bedeutung ihrer Urteile für die Beurteilung der Länder durch europäische Institutionen verweisen konnten.<sup>22</sup> Entscheidend ist, dass die empirische Untersuchung der Beziehung zwischen Gericht und Teilöffentlichkeiten die Interaktionen zwischen Gericht und Gesellschaft in einer differenzierteren Weise beleuchtet, als wenn man lediglich das Verhältnis Gericht und ‚Öffentlichkeit‘ in den Blick nimmt.

21 Vgl. den Beitrag von Gary S. Schaal, Kelly Lancaster und Alexander Struwe in diesem Band, die zu Recht eine kontextsensitive und prozessuale Perspektive anmahnen. Ob die Begriffe ‚Akzeptanz‘ und ‚Vertrauen‘ Schlüsselbegriffe für die Erklärung richterlicher Deutungsmacht sein können, steht auf einem anderen Blatt. Der Misserfolg der Person'schen Theoriebildung, die auf die Frage fokussierte, wie gesellschaftlicher ‚Konsens‘ hergestellt wird, sollte uns hier zur Vorsicht mahnen. Mindestens ebenso wichtig ist die Frage nach Widerspruch und Rebellion gegen diese Deutungsmacht.

22 Procházka (2002: 268) spricht vom ungarischen Verfassungsgericht als „convincing public relations asset“ während der EU-Beitrittsverhandlungen.

### *III. Drei Rollen der Verfassungsgerichte: Hüter, Schiedsrichter und Gründer*

Wie wir gesehen haben, werden in der Literatur Verfassungsgerichten verschiedene Rollen und Funktionen zugeschrieben, oftmals ohne als solche gekennzeichnet zu werden. Viele davon setzen auf der politisch-gesellschaftlichen Makro-Ebene an, da sie die Rolle des Gerichts in einem größeren Zusammenhang betrachten. Ob ein Verfassungsgericht etwa als integrierendes Element, als ‚Erzieher der Exekutive‘ oder als ‚Hüter‘ oder ‚Förderer‘ der Demokratie wirkt, kann nur im Nachhinein und bei Betrachtung einer größeren Zahl von Fällen festgestellt werden. In einer vergleichenden Studie zur Frühzeit des Bundesverfassungsgerichts und des ungarischen Verfassungsgerichts (Boulanger 2013) habe ich drei Rollentypen untersucht: die Rolle des Gerichts als ‚Hüter‘, ‚Schiedsrichter‘ und ‚Gründer‘ in Demokratisierungsperioden.<sup>23</sup> Dabei ging es um verschiedene Handlungsmodi des Gerichts: Als ‚Hüter‘ bewahrt das Gericht die positive (Verfassungs-)Rechtsordnung, als ‚Schiedsrichter‘ konkretisiert es sie, um Konflikte zu bearbeiten, als ‚Gründer‘ gestaltet es die Rechtsordnung wertgebunden aus. Es handelt es sich bei den Rollen um Idealtypen<sup>24</sup>, die zum Abgleich mit empirischen Daten dienen und keine ‚Variablen‘ im sozialwissenschaftlichen Sinn darstellen.<sup>25</sup> Verfassungsgerichte können also jede dieser Rollen annehmen, zum Teil finden sich ‚Mischformen‘ von Rollentypen im gerichtlichen Verhalten. Trotzdem lassen sich diese idealtypischen Rollen voneinander abgrenzen, da sie unterschiedliche, sich teilweise gegenseitig ausschließende Präsentationsformen und Legitimationsvoraussetzungen haben. Damit werden auch die dialektischen Spannungen sichtbar, die durch ‚Rollenkonflikte‘<sup>26</sup> entstehen: Es ist nach dieser Annahme zum Beispiel nicht möglich, als Gericht widerspruchsfrei etwa in der Rolle des Hüters und des Schiedsrichters gleichzeitig aufzutreten.

(1) Das erste Modell ist das des *Hüters der Verfassung*, ein Topos, der im rechtswissenschaftlichen Diskurs wie auch im allgemeinen Sprachgebrauch im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit zumindest im deutschen

23 Hier und im Folgenden verwende ich aus sprachökonomischen Gründen immer die männliche Form der verschiedenen Rollenmodelle.

24 Zur idealtypischen Methode der (Rechts-)Soziologie siehe unter anderem Gerhardt 2001; Raiser 2009: 94; siehe auch Petersen 2008: 133 ff.

25 Die klassische sozialwissenschaftliche aus der Naturwissenschaft übernommene Methodik konstruiert Modelle, in denen ‚unabhängige Variablen‘ die ‚abhängigen Variablen‘ kausal bewirken. Die idealtypische Methode trennt nicht scharf zwischen ‚wirkenden‘ und ‚bewirkten‘ Faktoren, sie beschreibt und unterscheidet historisch-empirische Phänomene, indem sie (immer auch anfechtbare) Kategorien bildet (wie ‚charismatische Herrschaft‘, ‚Wertrationalität‘), mit denen diese Phänomene fass- und erklärbar werden. Während Modellbildung auf die Gewinnung universaler ‚Gesetze‘ zielt, erzählt die idealtypische Methode zeit- und ortsgebundene ‚Geschichten‘.

26 Siehe hierzu Dahrendorf 2006 (1958), mit Bezug auf Merton 1957.

Sprachraum ständig wiederkehrt (Lembcke 2007). Der Begriff transportiert die Kernerwartung, dass das Gericht die Verfassung ‚hütet‘, sie also bewahrt und vor Angriffen schützt. Der Wert eines Hüters der Verfassung besteht dann zunächst darin, dass ein Gericht auf Verfassungsbrüche hinweist und diese öffentlich sichtbar macht, unabhängig davon, ob es auch die tatsächliche Autorität hat, Abhilfe zu schaffen. In rechtsstaatlichen Regimen wird die genuine Hüterfunktion insoweit unsichtbar, wie die politischen Akteure sich zumindest an das unbestritten geltende Recht halten. Inwieweit dies der Existenz der Verfassungsgerichtsbarkeit und nicht etwa anderen Faktoren geschuldet ist,<sup>27</sup> ist dabei nur schwer abzuschätzen.

Als Hüter kontrolliert das Gericht aber nicht nur die Einhaltung unbestritten geltender Verfassungsnormen, die für alle sichtbar im Text zu finden sind. Auch dogmatische Weichenstellungen in präjudiziellen Entscheidungen strittiger Fälle können ‚gehütet‘ werden. Ist eine bestimmte Interpretation der Verfassung, auf welcher Grundlage auch immer, vom Gericht als die ‚richtige‘ Deutung der Verfassung bestimmt worden, ist sie Teil der Verfassung geworden. Natürlich kann die Richtigkeit der Entscheidung bestritten werden. So lange aber die Verfassung nicht explizit modifiziert wird, um die bestrittene Entscheidung wieder außer Kraft zu setzen, gilt das Urteil und hat die normative Ordnung verändert. Das heißt: Als autoritativer ‚Deuter‘ der Verfassung hütet das Gericht den Sinn, den es zuvor der Verfassung selbst zugewiesen hat (Schäller 2006).<sup>28</sup>

Wenn man die Vorstellung vom Gericht als Hüter ernst nimmt, dann erscheint das Verfassungsgericht als ein Gremium von Experten, das mit einer technischen Methode (intersubjektiv nachprüfbare juristische Normeninterpretation) legislative und exekutive Maßnahmen beurteilt und bei Nichtübereinstimmung mit den Verfassungsnormen aufhebt, unabhängig vom konkreten Anlass und dem dahinterstehenden politischen Konflikt. Ziel ist es, die Rechtsordnung widerspruchsfrei zu halten und die Übereinstimmung von einfachem Recht und dessen Anwendung mit der Verfassungsordnung zu garantieren. Dieses Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit kann als regulative Idee oder als institutioneller Idealtyp verstanden werden. Das Modell ist empirisch plausibel: zum einen, weil Verfassungsbrüche für jeden sichtbar gemacht werden können, zum anderen

27 Zu denken ist dabei an rechtskulturelle Prägungen, andererseits sind viele Verfassungsbestimmungen auch *self-enforcing*, weil ihr Bruch für die Akteure zu hohe politische Kosten verursachen würde.

28 Ein Gericht kann auch die Rechtsprechung ändern, und diese Veränderung kann von den Teilöffentlichkeiten als ‚richtig‘ beurteilt werden. Im Normalfall aber besteht die Erwartung, dass ein Gericht nicht in einem Fall so und im nächsten ganz anders entscheidet, ohne dass nachvollzogen werden kann, aus welchen Gründen die Entscheidung unterschiedlich ausgefallen ist. Dieses Konsistenzprinzip ist Teil der ‚Rationalität‘ des modernen Rechts, das auf der Vorhersehbarkeit von rechtlichen Entscheidungen fußt.

dadurch, dass auf ihre Reputation bedachte politische Akteure daran gehindert werden könnten, diese Verfassungsbrüche zu begehen.<sup>29</sup> Die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit sorgt hierdurch für eine stärkere Berechenbarkeit politischen Handelns.

(2) Das Gericht wird als konfliktbearbeitender *Schiedsrichter*<sup>30</sup> vor allem dann aktiv, wenn ein politischer oder gesellschaftlicher Konflikt von den Konfliktparteien nicht dyadisch, das heißt innerhalb der Zweierbeziehung gelöst werden kann. In einer pluralistischen Gesellschaft, die von teilweise unvereinbaren Interessenunterschieden geprägt ist, wird das Recht zum „Medium für die Austragung gesellschaftlicher Konflikte“ (Christensen/Kudlich 2008: 195). Die Akteure, „mobilisieren“ das Recht (Blankenburg 1995) mit dem Interesse, den Konflikt in ihrem Sinne zu entscheiden.

So eingeschränkt erscheint die Schiedsrichter-Rolle zunächst als wenig spektakulär und mit dem herkömmlichen juristischen Selbstverständnis problemlos zu vereinbaren. Zwei Parteien streiten sich, kommen vor Gericht und legen vor dem Richter ihre Position dar. Dies geschieht, indem sie beziehungsweise ihre Anwälte das geltende Recht so auslegen und darstellen, dass es das vorgebrachte Interesse der jeweiligen Partei unterstützt, in anderen Worten, dieser Partei „Recht gibt“. Das Gericht hört sich den Vortrag beider Parteien an und entscheidet nach Darstellung der Rechtslage, welche Partei angesichts der vorgetragenen Fakten das Recht auf ihrer Seite hat und daher den Prozess gewinnt. Das ist juristische Praxis und stellt auch die originäre Form juristischen ‚Richtens‘ dar, mit der sich die Rechtsgeschichte und Rechtsanthropologie beschäftigen. Der Unterschied zum Hüter-Modell, wie es im vorherigen Abschnitt beschrieben wurde, ist die weitaus schwächere Bedeutung der Norm. Im Schiedsrichter-Modell geht es nicht primär um die Durchsetzung von abstrakt-objektiven Normen, sondern um die Lösung eines konkret bestehenden sozialen Konflikts auf friedliche, prozedural gezähmte Weise. Martin Shapiro (1981) hat diesen Prozess als „triadic dispute resolution“ beschrieben und ihn als das Grundmodell von Gerichtsbarkeit bezeichnet. Nach Shapiro ist die soziologische Kernfunktion von Gerichten die Lösung von Konflikten in einer Dreierbeziehung, in einem „conflict structured in triads“ (Shapiro 1981: 2). Die Bedeutung von Normen tritt dagegen zurück.

29 Siehe hierzu aus spieltheoretischer Sicht Law 2009.

30 Der Begriff der ‚Konfliktbearbeitung‘ stammt aus der Friedens- und Konfliktforschung, siehe zum Beispiel Bonacker/Imbusch 2006. Wie Hans P. Schneider ausführt, kann die Vorstellung vom Verfassungsgericht als neutralem ‚Schiedsrichter‘ auch so verstanden werden, dass dieser „über die Einhaltung bestimmter Spielregeln wacht“ (Schneider, 1987: 295), was aber in der hier verwendeten Begrifflichkeit der Rolle des ‚Hüters‘ entspricht.

Das Besondere an der Rolle des Schiedsrichters ist, dass er gerade durch die Unsicherheit der Parteien darüber, wer den Streit gewinnt, seine empirische Legitimation erhält – was geradezu das Gegenteil von ‚Berechenbarkeit‘ ist. Solange die stärkere Partei – aus welchen Gründen auch immer – daran gehindert ist, ihre Position mit roher Gewalt durchzusetzen, haben beide Parteien ein Interesse an einer unabhängigen Streitschlichtung. Für das Gericht auf der anderen Seite steht im Vordergrund, dass es seine Autorität als Streitschlichter erhält und, wenn möglich, noch ausbaut. Die rechtlichen Normen, die es dabei anwendet, sind – idealtypisch gesprochen – nur Instrument dieser übergeordneten Rationalität.<sup>31</sup> Ob eine Entscheidung ‚richtig‘ oder ‚falsch‘ war, bemisst sich dann auch nicht nach den Maßstäben juristischer Logik, sondern vor allem danach, ob sie bei den Streitparteien langfristig Akzeptanz findet. Die Akzeptanz einer Entscheidung bestimmt sich aus soziologischer Sicht vor allem danach, ob es dem Gericht gelingt, dass die Kontrahenten auf seine Unabhängigkeit vertrauen und temporäre Niederlagen daher hinnehmen. Wie insbesondere Alec Stone Sweet (2000) gezeigt hat, kann sich daraus ein *feedback loop* entwickeln: Verfassungsrichter werden immer stärker in den politischen Prozess einbezogen und politische Akteure beziehen immer stärker die möglichen Ergebnisse der Verfassungsrechtsprechung in ihre Überlegungen mit ein. Ergebnis ist ein immer enger werdendes Netz verfassungsrechtlicher Vorgaben für die Politik, die dem Verfassungsgericht zunehmend mehr Entscheidungsgewalt verleiht.<sup>32</sup>

(3) Den dritten Rollentypus habe ich unter dem Begriff des *Gründers* im Kontext der Demokratisierungsperioden in Deutschland und Ungarn untersucht. Der Begriff stammt von Bruce Ackerman, der mit Anspielung auf die ‚*founders*‘, das heißt die Väter der amerikanischen Verfassung, eine Rolle des ungarischen Gerichts in der postkommunistischen Transformation beschrieben hat (Ackerman 1992: 99). In dieser Rolle ‚gründen‘ die Verfassungsgerichte die in der Entstehung befindliche Demokratie aktiv mit, indem sie den Normen der Verfassung ihre spezifische Bedeutung in einer Weise geben, die dem Verfassungstext nicht unmittelbar entnommen werden kann. Während der Hüter idealtypisch dadurch gekennzeichnet ist, dass er durch die korrekte Anwendung juristischer Methoden zu weitgehend voraussehbaren Urteilen kommt, und der Schiedsrichter Konflikte

31 Mit der Rolle eines Schiedsrichters verwandt, aber funktional verschieden ist die Rolle des Schlichters (Schneider 1987; siehe auch Lhotta 2002). Sie stellt nicht so sehr die Funktion des ‚Entscheidens‘ in den Vordergrund, die einen Verlierer und einen Gewinner produziert. Eine Entscheidung muss auch getroffen werden, aber der Schlichter ist nur dann erfolgreich, wenn er es vermag, allen Beteiligten das Gefühl zu geben, zumindest einen Teil ihrer Interessen erreicht zu haben. Es darf also gerade keinen klaren Verlierer und Gewinner geben.

32 Siehe auch Schuppert und Bumke (2000), die aus rechtswissenschaftlicher Sicht die ‚Konstitutionalisierung der Rechtsordnung‘ analysieren.

im politischen System bearbeitet, nimmt der Gründer dezidiert Stellung zur politischen und rechtlichen Identität der neuen Demokratie. Der erste ungarische Verfassungsgerichtspräsident Sólyom hat dies so ausgedrückt:

Die Existenz der Verfassungsgerichtsbarkeit verändert schon in sich den Charakter einer Rechtsordnung, nicht nur durch die unmittelbare gerichtliche Geltendmachung der Verfassung, auch gegenüber dem Gesetzgeber, sondern vor allem dadurch, dass sie Prinzipien und Werte, die sonst Sache der Politik oder der Moral wären, verrechtlicht. (Sólyom 2002: 20)

Was aber ist mit ‚Werten‘ überhaupt gemeint? Hartmut Esser hat auf der Grundlage Weber’scher Ausführungen zur ‚Wertrationalität‘ einen Wert als „eine gedankliche Vorstellung (...) über einen wünschenswerten Zustand“ definiert (Esser 2003: 166). Werte appellieren also an Überzeugungen der Zuhörer hinsichtlich des ‚guten Lebens‘. Wenn ein Gericht die Rolle übernimmt, für die Gesellschaft Werte autoritativ festzulegen, entscheidet es sich immer für eine bestimmte Erzählung dieses ‚guten Lebens‘ und gegen eine andere. Werte sind der Ausdruck von Überzeugungen und damit intersubjektiver Argumentation nur begrenzt zugänglich. Werte können nicht oder nur in Grenzfällen überzeugen, sie beruhen darauf, dass bestimmte Erfahrungen und Einstellungen bei den Teilöffentlichkeiten bereits vorhanden sind.

Diese Ausübung von ‚Deutungsmacht‘<sup>33</sup> ist also besonders anfechtungsgefährdet, weil das Gericht in dieser Rolle die Legitimitätsressourcen, über die der Hüter und der Schiedsrichter verfügt, für sich typischerweise nicht in Anspruch nehmen kann. Weder kann es in überzeugender Weise auf den Text der Verfassung verweisen: Wie abweichende Meinungen in kontroversen Urteilen zeigen, kann mit guten juristischen Gründen die gegensätzliche Auslegung vertreten werden. Auch die Konfliktbearbeitungsfunktion, die der Schiedsrichterrolle Akzeptanz verschaffen kann, gelingt in vielen solchen Fällen nicht. Werte sind oftmals exklusiv – sie definieren Grenzen des Akzeptablen, bei denen es kaum Grauzonen oder Kompromisse gibt. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn es um die Rechte von Minderheiten geht, die den Wertvorstellungen der Mehrheit widersprechen (und etwa Religion oder sexuelle Orientierung betreffen) oder wenn Fragen der juristischen ‚Bewältigung‘ der Vergangenheit entschieden werden müssen.

Die politische Funktion der Gründerrolle in Demokratisierungsphasen kann folgendermaßen beschrieben werden: Das Verfassungsgericht vermittelt durch seine Rechtsprechung Werte, die der Formierung der neuen rechtsstaatlichen und demokratischen Identität dienen. Es wendet sein Wertangebot explizit gegen die Werte, die aus der vordemokratischen Phase stammen. Das vom Gericht werte-

33 Zum Begriff Deutungsmacht siehe Vorländer 2006 und Schaal/Lancaster/Struwe in diesem Band.

mäßig aufgeladene Verfassungsrecht wird so ein eigenes strukturelles Element des Transformationsprozesses. Ob die Entscheidungen dauerhaft akzeptiert werden, hängt von der Anschlussfähigkeit der in der Entscheidung vermittelten Werte an die in den Teilöffentlichkeiten vorherrschenden Diskurse und dem politischen Einfluss der jeweiligen Teilöffentlichkeiten ab. Die Rolle des Gründers hat eine stark ‚charismatische‘ Komponente: Verfassungsgerichte genießen oftmals ein sehr hohes Maß an Vertrauen, ohne das bisher genau geklärt ist, wie dieses Vertrauen zustande kommt.<sup>34</sup>

Was wird aus der Rolle des Gründers, wenn die Demokratisierung in wesentlichen Teilen abgeschlossen ist?<sup>35</sup> Aus dem Gesagten sollte deutlich geworden sein, dass die Charakteristika der beschriebenen Rolle nicht nur auf Gründungsperioden beschränkt ist. Auch in etablierten Demokratien übernehmen Verfassungsgerichte die Rolle, die Verfassung wertgebunden auszudeuten und damit inhaltlich weiterzuentwickeln, ohne dass der Verfassungstext diesen Inhalt vorgibt. Auch rechtliche Innovationen, die rein ‚technisch‘ erscheinen fallen darunter, wie etwa das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.<sup>36</sup> Eine treffende Bezeichnung für diese Rolle ist nicht einfach zu finden: der oft verwendete Begriff des ‚Ersatzgesetzgebers‘ (zum Beispiel Abendroth 1973) fasst zwar das demokratietheoretische Problem, nicht aber die Wertgebundenheit der Rechtsprechung, die, wie ich argumentiert habe, für die Legitimität dieser Rolle konstitutiv ist.

#### *IV. Zusammenfassung*

Dieser Beitrag hat versucht, die soziologische Rollentheorie für die sozialwissenschaftliche Institutionenanalyse fruchtbar zu machen. Der mit einer solchen Rollentheorie ermöglichte Erkenntnisgewinn wird deutlich, wenn wir sowohl die ‚theatralische‘ als auch die ‚soziologische‘ Herkunft dieses Begriffes ernst nehmen: Im Theater ist die Geschichte wichtig, innerhalb derer eine Rolle gespielt wird. Ebenso kommt es darauf an, dass der Schauspieler seine Rolle so spielt,

34 Vgl. Vorländer/Brodocz 2006 zum Bundesverfassungsgericht, ähnliches konnte beim ungarischen Verfassungsgericht in den 1990er Jahren beobachtet werden, Boulanger 2013. Zum Charisma-Begriff in diesem Zusammenhang siehe auch Schmidt 2008.

35 Zur Frage, ab wann man davon sprechen kann, dass eine Demokratie ‚konsolidiert‘ ist, wurde in den 1990er Jahren eine umfangreiche Debatte geführt. Siehe nur Schedler 1998; Merkel 1999. Zum Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Konsolidierung der Demokratie siehe Kneip in diesem Band.

36 Siehe etwa Gardbaum 2010. Dass rechtliche Methoden keine neutralen Werkzeuge sind, sondern Wertentscheidungen vorstrukturieren und politische Machtfragen berühren, hat Dieter Grimm (1982) beschrieben. Die Kritik an der Verbreitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (etwa aus letzter Zeit Webber 2010) zeigt dies deutlich.

dass er das Publikum überzeugt. Schauspieler können sich die Geschichte und die Rolle, die sie darin spielen sollen, in den meisten Fällen nicht aussuchen. Sie können diese Geschichte aber neu erzählen und ihre Rolle darin erheblich verändern. Dies gelingt oder scheitert immer in Beziehung auf die Erwartungen des Publikums und dessen Bereitschaft, diese Modifikationen zu akzeptieren. Die Grenze der Theaterbegrifflichkeit liegt unter anderem darin, dass es im Theater nur ein Publikum gibt, in der sozial, funktional und medial stratifizierten gesellschaftlichen Wirklichkeit dagegen mehrere, sehr unterschiedliche Teilöffentlichkeiten, zum Beispiel die hier genannten juristischen, politischen, zivilgesellschaftlichen und internationalen Teilöffentlichkeiten.

Der zweite Aspekt steht mit der soziologischen Herkunft des Rollenbegriffs in Verbindung und betrifft das unter anderem von Dahrendorf festgestellte Phänomen von Rollenkonflikten. Ich habe argumentiert, dass es schwierig ist, gleichzeitig zu ‚hüten‘, zu ‚richten‘ und eine Wertordnung zu ‚gründen‘, weil die verschiedenen Rollen mit unterschiedlichen Legitimationsmechanismen und jeweils anderen Erwartungen unterschiedlicher Öffentlichkeiten verknüpft sind. Dies könnte eine Ursache (von vielen) dafür sein, dass der Streit um die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit grundsätzlich nicht auflösbar ist und uns auf absehbare Zeit weiter beschäftigen wird.

Die vorgestellte Liste von drei Rollen – Hüter, Schiedsrichter, Gründer – ist weder allgemeingültig noch abschließend. Sie ist ein Versuch, verschiedene Aspekte der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts und des ungarischen Verfassungsgericht während ihrer Anfangszeit zu unterscheiden und zu benennen. Etwas vereinfachend können die drei Rollenmodelle auch mit den Konzepten ‚Norm‘, ‚Interesse‘ und ‚Wert‘ in Verbindung gebracht werden. Der Hüter bringt über Weltanschauungen hinweg den Bedeutungsinhalt von Verfassungsnormen zur Geltung. Der Schiedsrichter bearbeitet – normgeleitet – Konflikte zwischen den Interessen der Streitparteien. Der Gründer schließlich trifft autoritativ Wertentscheidungen, wobei er sich vom Verfassungstext anleiten lässt, die Verfassung dadurch aber auch aus- und umgestaltet. Aus funktionaler Sicht sind dies Leistungen, die von den Teilöffentlichkeiten nachgefragt werden und die das Gericht erbringt. Die Rollentheorie erklärt weder die Nachfrage, noch kann sie in verallgemeinerter Weise die Gründe nennen, warum das Gericht dieser Nachfrage nachkommt (oder auch nicht). Dies bleibt kontextsensiblen empirischen Untersuchungen vorbehalten, die Gerichte und ihre Teilöffentlichkeiten idealerweise vergleichend in den Blick nehmen.

### *Literatur*

Abendroth, Wolfgang (1973) Das Bundesverfassungsgericht als Ersatzgesetzgeber, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, Jg. 18, Heft 7: 705 ff.

- Ackerman, Bruce A. (1992) *The Future of Liberal Revolution*, New Haven.
- Alivizatos, Nicos (1995) Judges as Veto-Players, in: Herbert Döring (Hg.), *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, Frankfurt am Main: 566 ff.
- Baum, Lawrence (2006) *Judges and their Audiences*, Princeton, NJ.
- Biddle, Bruce J. (1986) Recent Developments in Role Theory, *Annual Review of Sociology*, Jg. 12: 67 ff.
- Blankenburg, Erhard (1995) *Mobilisierung des Rechts: eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin.
- Bonacker, Thorsten/Imbusch, Peter (2006) Zentrale Begriffe der Friedens- und Konfliktforschung: Konflikt, Gewalt, Krieg, Frieden, in: Imbusch, Peter/Zoll, Ralf (Hg.), *Friedens- und Konfliktforschung: Eine Einführung*, 4. Aufl., Wiesbaden: 67 ff.
- Bora, Alfons (2003) Politik und Recht. Krisen der Politik und die Leistungsfähigkeit des Rechts, in: Nassehi, Armin/Schoer, Markus (Hg.), *Der Begriff des Politischen, Soziale Welt – Sonderband 14*, Baden-Baden: 189 ff.
- Bornemann, Basil (2007) Politisierung des Rechts und Verrechtlichung der Politik durch das Bundesverfassungsgericht?, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jg. 28: 75 ff.
- Boulanger, Christian (2013) Hüten, richten, gründen: Rollen der Verfassungsgerichte in der Demokratisierung Deutschlands und Ungarns, Diss., Berlin.
- Bourdieu, Pierre (1987) *The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field*, Hastings Law Journal, Jg. 38: 814 ff.
- Brodocz, André (2009) *Die Macht der Judikative*, Wiesbaden.
- Brohm, Winfried (2001) Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie, *Neue Juristische Wochenschrift*, Jg. 54: 1 ff.
- Beyme, Klaus von (2006) Modell für neue Demokratien? Die Vorbildrolle des Bundesverfassungsgerichts, in: Ooyen, Robert Chr. van /Möllers, Martin H. W. (Hg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden: 519 ff.
- Bryde, Brun-Otto (2000) Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen, in: Hesse, Joachim J./Schuppert, G. Folke/Harms, Katharina (Hg.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*, Baden-Baden: 197 ff.
- Caldeira, Gregory A. (1991) Courts and Public Opinion, in: Gates, John B./Johnson, Charles A. (Hg.), *The American Courts: A Critical Assessment*, Washington, D.C.: 303 ff.
- Cappelletti, Mauro (1988) The Expanding Role of Judicial Review in Modern Societies, in: Shimon Shetreet (Hg.), *The Role of Courts in Society*, Den Haag: 79 ff.
- Cappelletti, Mauro (1989) *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford.
- Christensen, Ralph/Kudlich, Hans (2008) Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Berlin.
- Dahrendorf, Ralf (2006) *Homo sociologicus: Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 6. Aufl., Wiesbaden.
- Davis, Kingsley (1959) The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology, *American Sociological Review*, Jg. 24: 757 ff.
- Eikenberg, Henning (1970) Voraussetzungen und Schwierigkeiten der empirischen Erforschung richterlicher Entscheidungsgrundlagen, in: Lautmann, Rüdiger/Maihofer, Werner/Schelsky, Helmut (Hg.), *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, Bielefeld: 361 ff.
- Erasmus, Charles J. (1967) Obviating the Functions of Functionalism, *Social Forces*, Jg. 45: 319 ff.

- Esser, Hartmut (2002) Was könnte man (heute) unter einer „Theorie mittlerer Reichweite“ verstehen?, in: Mayntz, Renate (Hg.), Akteure – Mechanismen – Modelle: Zur Theoriefähigkeit makro-sozialer Analysen, Frankfurt am Main: 128 ff.
- Esser, Hartmut (2003) Die Rationalität der Werte: die Typen des Handelns und das Modell der soziologischen Erklärung, in: Albert, Gert et al. (Hg.), Das Weber-Paradigma: Studien zur Weiterentwicklung von Max Webers Forschungsprogramm, Tübingen: 153 ff.
- Esser, Josef (1972) Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main.
- Gardbaum, Stephen (2010) A Democratic Defense of Constitutional Balancing, in: Law & Ethics of Human Rights, Jg. 4: 78.
- Garlicki, Leszek L. (2000) Die Rolle des Verfassungsgerichts im polnischen Transformationsprozeß, in: Hesse, Joachim J./Schuppert G. Folke/Harms, Katharina (Hg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, Baden-Baden: 211 ff.
- Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf (2007) Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichtes: rechtssoziologische Analysen, Baden-Baden.
- Gerhardt, Uta (2001) Idealtypus: zur methodologischen Begründung der modernen Soziologie, Frankfurt am Main.
- Ginsburg, Tom (2002) Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts, Theoretical Inquiries in Law, Jg. 1: 49 ff.
- Goffman, Erving (1959) The Presentation of Self in Everyday Life, Garden City, NY.
- Grimm, Dieter (1982) Methode als Machtfaktor, in: Horn, Norbert (Hg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag, München: 469 ff.
- Gundermann, Albrecht (2002) Die Rolle des Obersten Gerichtshofs bei der Entwicklung der israelischen Verfassung, Baden-Baden.
- Häberle, Peter (1975) Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Juristenzeitung, Jg. 30: 297 ff.
- Harnisch, Sebastian/Frank, Cornelia/Maull, Hanns W. (Hg.) (2011) Role Theory in International Relations: approaches and analyses, London.
- Inclán Osegura, Silvia (2009) Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy?, Political Research Quarterly, Jg. 62: 753 ff.
- Isay, Hermann (1929) Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin.
- Kirste, Knut/Maull, Hanns W. (1996) Zivilmacht und Rollentheorie, Zeitschrift für internationale Beziehungen, Jg. 3: 283 ff.
- Kneip, Sascha (2009) Verfassungsgerichte als demokratische Akteure: der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Qualität der bundesdeutschen Demokratie, Baden-Baden.
- Kranenpohl, Uwe (2004) Funktionen des Bundesverfassungsgerichts: eine politikwissenschaftliche Analyse, Aus Politik und Zeitgeschichte, Jg. 50/51: 39 ff.
- Law, David S. (2009) A Theory of Judicial Power and Judicial Review, in: Georgetown Law Journal, Jg. 97: 723 ff.
- Lautmann, Ruediger (1972) Justiz – die stille Gewalt, Frankfurt am Main.
- Lembcke, Oliver W. (2007) Hüter der Verfassung : eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen.
- Lhotta, Roland (2002) Vermitteln statt Richten: Das Bundesverfassungsgericht als judizieller Mediator und Agenda-Setter im LER-Verfahren, Zeitschrift für Politikwissenschaft, Jg. 12: 1073 ff.

- Limbach, Jutta (2002) Die Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts, in: Vorländer, Hans (Hg.), *Integration durch Verfassung*, Baden-Baden: 315 ff.
- Luhmann, Niklas (1970) Funktion und Kausalität, in: ders., *Soziologische Aufklärung 1, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Opladen: 11 ff.
- Luhmann, Niklas (1995) *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main.
- Merkel, Wolfgang (1999) *Systemtransformation*, Opladen.
- Maveety, Nancy/Grosskopf, Anke (2004) ‘Constrained’ Constitutional Courts as Conduits for Democratic Consolidation, *Law and Society Review*, Jg. 38: 463 ff.
- Merton, Robert K. (1957) *Social Theory and Social Structure*, 2. Aufl., Glencoe, Ill.
- Olsen, Johan P./March, James G. (2004) The Logic of Appropriateness, ARENA Working Paper, Jg. 09/2004, abrufbar unter: [http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2004/04\\_09.xml](http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2004/04_09.xml) (Stand: 1.7.2013).
- Petersen, Jens (2008) Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, Berlin.
- Procházka, Radoslav (2002) *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, Budapest.
- Raiser, Thomas (2009) *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 5. Aufl., Tübingen.
- Röhl, Klaus f. (2011) Herstellung und Darstellung juristischer Entscheidungen, abrufbar unter: <http://www.rsozblog.de/herstellung-und-darstellung-juristischer-entscheidungen> (Stand: 1.7.2013).
- Rueschemeyer, Dietrich (Hg.) (1973) *Lawyers and their Society. A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and the U.S.*, Cambridge, MA.
- Sajó, András (2000) Educating the Executive: The Hungarian Constitutional Court’s Role in the Transition Process, in: Hesse, Joachim Jens/Schuppert, G. Folke/Harms, Katharina (Hg.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*, Baden-Baden: 229 ff.
- Schaal, Gary S. (2001) Integration durch Verfassung und Verfassungsrechtsprechung?, *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, Jg. 30: 221 ff.
- Schäller, Steven (2006) Präjudizien als selbstreferenzielle Geltungsressource des Bundesverfassungsgerichts, in: Vorländer, Hans (Hg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden: 205 ff.
- Schauer, Frederick F. (2009) *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, MA.
- Schedler, Andreas (1998) What is Democratic Consolidation?, *Journal of Democracy*, Jg. 9: 91 ff.
- Scheppeler, Kim Lane (2005) Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic than Parliaments), in: Czarnota, Adam/Krygier, Martin/Sadurski, Wojciech (Hg.), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Budapest/New York: 26 ff.
- Schmidt, Rainer (2008) Macht, Autorität und Charisma. Deutungsmacht in Max Webers Herrschaftssoziologie, in: Vorländer, Hans (Hg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden: 37 ff.
- Schmitt, Alexander (2002) Die Rolle der Verfassungsgerichte im verfassungspolitischen Transformationsprozess in Polen, Ungarn und Russland, *Jahrbuch für Ostrecht*, Jg. 43: 31 ff.
- Schneider, Hans-Peter (1987) Richter oder Schlichter? Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor, in: Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin: 293 ff.

- Schuppert, Gunnar Folke/Christian Bumke (2000) Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des ‚einfachen‘ Rechts, Baden-Baden.
- Shapiro, Martin (1981) Courts. A Comparative and Political Analysis, Chicago.
- Shapiro, Martin (1999) The Success of Judicial Review, in: Kenney, Sally J./Reisinger, William M./Reitz, John C. (Hg.), Constitutional Dialogues in Comparative Perspective, London: 193 ff.
- Slaughter, Anne-Marie (1997) The Real New World Order, Foreign Affairs, Jg. 76: 183 ff.
- Smend, Rudolf (1976) Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962, in: Häberle, Peter (Hg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt: 329 ff.
- Solum, Lawrence B. (1996) Indeterminacy, in: Patterson, Dennis (Hg.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Malden, MA: 488 ff.
- Sólyom, László (2002) Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in politischen Transformationsprozessen – der Fall Ungarn, in: Zoll, Andrzej/Sólyom, László (Hg.), Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in politischen Transformationsprozessen, Karlsruhe.
- Stone Sweet, Alec (2000) Governing With Judges. Constitutional Politics in Europe, Oxford.
- Stone, Alec (1992) The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective, Oxford.
- Vorländer, Hans (Hg.) (2006) Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden.
- Vorländer, Hans/Brodocz, André (2006) Das Vertrauen in das Verfassungsgericht. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, in: Vorländer, Hans (Hg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden: 259 ff.
- Vorländer, Hans/Schaal, Gary S. (2002) Integration durch Institutionenvertrauen? Das Bundesverfassungsgericht und die Akzeptanz seiner Rechtsprechung, in: Vorländer, Hans (Hg.), Integration durch Verfassung, Opladen: 343 ff.
- Webber, Grégoire C. N. (2010) The Cult of Constitutional Rights’ Scholarship: Proportionality and Balancing, in Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Jg. 23, Heft 1.
- Wildenmann, Rudolf (1969) Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts und der Deutschen Bundesbank in der politischen Willensbildung: ein Beitrag zur Demokratietheorie, Stuttgart.

