

# Inhaltsverzeichnis

§ 1	Zielsetzung . . . . .	1
§ 2	Gegenstand . . . . .	3
	I. Was ist ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘? . . . . .	3
	II. Profilbestimmung: Der politische Status der Gerichtsbarkeit . . . . .	7
	A. Die Rolle der Gerichtsbarkeit entsprechend ihrer Befugnisse . . . . .	7
	1. Die Judikative als <i>en quelque façon nulle</i> (Montesquieu) . . . . .	7
	2. Die Rolle der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat . . . . .	8
	a) Die politische Funktion der Gerichtsbarkeit . . . . .	8
	b) Der Status der Gerichtsbarkeit als politische Instanz . . . . .	9
	3. Die Rolle der Gerichtsbarkeit im modernen demokratischen Verfassungsstaat . . . . .	13
	B. Die Problemstellung der Arbeit . . . . .	16
	C. Rechtsvergleichender Überblick: Verfassungsrecht und Verfassungs- rechtsprechung in verschiedenen politischen Systemen . . . . .	19
	1. Bundesrepublik Deutschland . . . . .	22
	a) Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Rechtssystem und seine Organisationsstruktur . . . . .	22
	b) Verfahren und Kompetenzen . . . . .	25
	(1) Organstreitverfahren . . . . .	25
	(2) Föderative, quasiföderative und sonstige Streitverfahren . . . . .	25
	(3) Normenkontrolle . . . . .	26
	(4) Individual-Verfassungsbeschwerde . . . . .	26
	c) Die rechtlichen Bindungswirkungen der Verfassungsgerichts- entscheidungen . . . . .	27
	2. Die Vereinigten Staaten von Amerika . . . . .	29
	3. Frankreich . . . . .	34
	4. Schweiz . . . . .	36
	5. Iran . . . . .	39
	6. Rechtskulturen und -systeme ohne (,)[,]Verfassungsgerichtsbarkeit[‘](“)	42
III.	‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘, rechtsphilosophisch betrachtet . . . . .	50
	A. Die Literaturlage . . . . .	51
	1. Die Legitimitätsproblematik in den Vereinigten Staaten von Amerika und im deutschsprachigen Raum . . . . .	51
	2. Die Rechtswissenschaft im deutschsprachigen Raum . . . . .	53



a)	Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Ernst-Wolfgang Böckenförde . . . . .	55
(1)	Verfassungsgerichtsbarkeit als verwirklichte Gewaltenteilung . . . . .	55
(2)	Souveränität im Vagen, Interpretationsmacht rein als Realisierungsproblem . . . . .	57
b)	Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Günter Frankenberg . . . . .	61
(1)	Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit als ‚Konfliktautorität‘ . . . . .	61
(2)	Faktische Autorität statt normative Legitimität . . . . .	62
3.	Verfassungsgeschichtliche Untersuchungen im deutschsprachigen Raum	63
4.	Die Philosophie im deutschsprachigen Raum . . . . .	64
a)	Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Otfried Höffe . . . . .	64
(1)	Verfassungsgerichtsbarkeit als „kontrollierende Zweitinterpretation“ . . . . .	64
(2)	Souveränität, Konstitutionalismus und Demokratie ungeklärt . . . . .	66
b)	Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Jürgen Habermas . . . . .	67
(1)	Die Gesamtanlage von »Faktizität und Geltung« . . . . .	67
(2)	Habermas’ Plädoyer für eine prozeduralistisch verfahrenende Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	101
(a)	Fragestellungen und Vorgehen . . . . .	101
(b)	Thesen . . . . .	102
(c)	Begründungen: Frontstellungen und Allianzen . . . . .	106
(3)	Kritik . . . . .	114
(a)	immanent . . . . .	115
(i)	Zur konzeptionellen Bestimmung des Gegenstands der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	115
(ii)	Zu Habermas’ Referat und Kritik anderer Lehren . . . . .	116
(iii)	Habermas’ Widerlegung des Rechtsrealismus . . . . .	120
(iv)	Habermas’ Zurückweisung der juristischen Hermeneutik . . . . .	120
(b)	transzendent . . . . .	122
(i)	Zur philosophischen Fundierung . . . . .	122
(ii)	Zur Konzeption des demokratischen Rechtsstaats . . . . .	125
(aa)	Habermas’ Souveränitätskonzeption . . . . .	125
(bb)	Habermas’ Gleichursprünglichkeitslehre . . . . .	127
(iii)	Zur Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	130
(aa)	Habermas’ prinzipielle Legitimitätstheorie . . . . .	130
(bb)	Habermas’ modale Legitimitätstheorie . . . . .	137
5.	Die Politikwissenschaft . . . . .	145
a)	Die Einordnung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den neuzeitlichen Verfassungsstaat bei Carl J. Friedrich . . . . .	147
b)	Kommentierungen ohne theoretische Klärungen . . . . .	151
6.	Bilanz des Literaturüberblicks . . . . .	155
B.	Zu Relevanz und Aktualität von Thema und Fragestellung . . . . .	156



1. Eine Sache der Demokratie, eine Sache aller . . . . .	156
2. Über den Zusammenhang zwischen prinzipieller und modaler Legitimität . . . . .	158
3. Grundlagenforschung für die Verfassungsarchitektur der Europäischen Union . . . . .	158
a) Die supranationale Gerichtsbarkeit im Rahmen der derzeitigen unionalen Rechts- und Herrschaftsordnung . . . . .	161
(1) Die staatsähnlichen und verfassungshaften Strukturen im politischen System der EU . . . . .	162
(2) Die quasi-verfassungsgerichtliche Funktion der unionalen Jurisdiktion . . . . .	168
(3) Die Ursachen von Quasi-Verfassungsgerichtsbarkeit und Semi- Konstitutionalismus . . . . .	176
b) Die unionale Jurisdiktion nach Maßgabe des Vertrages über eine Verfassung für Europa . . . . .	179
(1) Die Modifikationen der Konstanten Quasi-Staat und Quasi- Verfassung . . . . .	179
(2) Die Aufwertung des quasi-verfassungsgerichtlichen Mandats der supranationalen Gerichtsbarkeit . . . . .	189
c) EU-Europa auf dem Weg des Semi-Konstitutionalismus? . . . . .	194
C. Die rechtsphilosophische Betrachtung der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . .	196
 § 3 Vorgehen . . . . .	197
I. Rekurs auf (ideengeschichtliche) Diskussionslagen . . . . .	197
II. Aufbau und Aufbereitung der ideengeschichtlichen und gegenwärtigen Kontroversen . . . . .	199
III. Auswahl und Auswahlgesichtspunkte der behandelten Texte . . . . .	200
 § 4 Judicial Review und Demokratie . . . . .	207
I. Einführung in die Kontroverse zwischen „Brutus“ und Alexander Hamilton . .	207
A. Historischer Kontext . . . . .	207
B. Gegenstand und Kontrahenten . . . . .	212
II. „Brutus“: Die unkontrollierbare Richterherrschaft . . . . .	216
A. Aufbau und Anliegen der »Letters of „Brutus“« . . . . .	216
1. Grundansatz und Struktur . . . . .	216
2. Standpunkt und Zielsetzung in bezug auf die Ratifikationsdebatte . . . .	218
3. Systematische Einordnung der Ausführungen über die Gerichtsbarkeit in die »Letters of „Brutus“« . . . . .	221
B. Die Argumentation . . . . .	222
1. Fragestellung und Thesen . . . . .	222
2. Begründung . . . . .	223
a) Die These von der Unkontrollierbarkeit der (Bundes-)Gerichtsbarkeit	223
b) Die These von der Höchstinstanzlichkeit der Gerichtsbarkeit . . . . .	225
c) Die These von der besseren Alternative . . . . .	227



C. Kritik . . . . .	228
1. immanent . . . . .	228
2. transzendent . . . . .	231
3. Zwischenbilanz . . . . .	232
III. Alexander Hamilton: „The least dangerous branch“ . . . . .	236
A. Aufbau und Anliegen der »Federalist Papers« . . . . .	236
1. Grundansatz und Struktur . . . . .	236
2. Standpunkt und Zielsetzung in bezug auf die Ratifikationsdebatte . . . . .	237
3. Systematische Einordnung der Ausführungen über die Gerichtsbarkeit in die »Federalist Papers« . . . . .	238
B. Die Argumentation . . . . .	239
1. Fragestellung und Thesen . . . . .	239
2. Begründung . . . . .	243
C. Kritik . . . . .	249
1. immanent . . . . .	250
2. transzendent . . . . .	255
IV. Der ideengeschichtliche Weg zur Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	257
A. Von der fürstlichen Souveränität zur Volkssouveränität . . . . .	257
B. Die Lehre von der begrenzten Staatsmacht . . . . .	263
C. Konstitutionalismus und Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	268
V. Die verfassungstheoretische Kontroverse zwischen „Brutus“ und Hamilton im begriffs- und sozialgeschichtlichen Kontext . . . . .	277
A. Die Kernelemente von Hamiltons Judicial Review-Konzeption . . . . .	277
B. Die zentralen Dissenspunkte: Souveränität und Demokratiekompatibilität . . . . .	279
C. Die federalistische und die antifederalistische Lesart der Volkssouveränität . . . . .	280
VI. Die systematische Bilanz des Streits um die Einführung des Judicial Review . . . . .	284
A. Das argumentative Patt . . . . .	284
B. Das grundsätzliche Manko . . . . .	285
VII. Die Eigenart verfassungsgerichtlicher Souveränität . . . . .	285
§ 5 ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ und Souveränität . . . . .	293
I. Vereinbarkeit von ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ und Demokratie . . . . .	293
A. Vereinbarkeit qua transzendentaler Figur . . . . .	293
B. Samuel Freeman: Judicial Review als ‚geteilte Vorausverpflichtung‘ ( <i>shared precommitment</i> ) . . . . .	294
1. Fragestellung . . . . .	294
2. These . . . . .	295
3. Begründung . . . . .	295
4. Kritik . . . . .	297
a) immanent . . . . .	297
b) transzendent . . . . .	299
C. Unvereinbarkeit aufgrund von fehlender Selbstbestimmung . . . . .	306
D. Jeremy Waldron: Die Grenzen des Precommitment-Theorems . . . . .	307
1. Fragestellung . . . . .	307



2. These . . . . .	308
3. Begründung . . . . .	309
a) „Selbstbindung“ . . . . .	309
b) Diskussion von Einwänden . . . . .	311
(1) Die Notwendigkeit einer unabhängigen Beurteilungsmacht . . . . .	311
(2) Das „hamiltonsche Rechtfertigungsargument“ Nr. 1 . . . . .	312
(3) Das „hamiltonsche Rechtfertigungsargument“ Nr. 2 . . . . .	312
c) Der Grund der Unangemessenheit des Precommitment-Theorems . . . . .	313
d) Verfahrensvorentscheidungen kontra Vorausverpflichtungen . . . . .	316
e) Waldron zu konservativen Argumenten <i>à la</i> Burke . . . . .	318
f) Die fehlende Notwendigkeit von Selbstbindungen . . . . .	318
4. Kritik . . . . .	320
a) immanent . . . . .	320
b) transzendent . . . . .	326
E. Der systematische Ertrag der Kontroverse zwischen Freeman und Waldron für die Idee der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ . . . . .	328
1. Gegenüberstellung der Souveränitätskonzeptionen . . . . .	328
2. Die Ambivalenz des freemanschen Ideals der ‚Demokratie als Form der Souveränität‘ . . . . .	329
3. Das Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie . . . . .	331
F. Die Vereinbarkeit von ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ und Demokratie . . . . .	333
1. Die These von der Gleichrangigkeit von Substanz und Prozeduren . . . . .	333
2. Die These von der Substanz als ‚regulativer Idee‘ . . . . .	337
3. Die inhaltliche Fassung der ‚regulativen Idee‘ der demokratischen Substanz und ihr methodischer Status . . . . .	338
G. Pragmatisches Abwägen zwischen Verfahren statt Beschränkung auf Prinzipienerörterung . . . . .	339
II. Die Legitimität der Institution der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ . . . . .	341
A. Legitimität qua Verfahrensrationalität . . . . .	341
B. Gründe für ein (potentielles) Mehrheitskorrektiv als solches . . . . .	341
C. Gründe für das (potentielle) Mehrheitskorrektiv der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ im besonderen . . . . .	343
D. Möglichkeiten und Grenzen von Mehrheitskorrektiven . . . . .	345
III. Dimensionen der Souveränität . . . . .	346
A. Souveränität als Kategorie von Rechtsphilosophie und politischer Philosophie . . . . .	347
B. Souveränität als Kategorie von Rechtsdogmatik und Staatsrecht . . . . .	352
C. Souveränität als Kategorie der Vergleichenden Regierungslehre . . . . .	357
D. Souveränität als Kategorie der Kausalanalytischen Sozialwissenschaft . . . . .	361
E. Die personalistische Verkürzung der Souveränität . . . . .	365
§ 6 Verfassungsgerichtsbarkeit und Justiziabilität . . . . .	371
I. Legitimität und Justiziabilität . . . . .	371
A. Zum Stand der Untersuchung . . . . .	371
B. Die Fragestellungen der Justiziabilitätsproblematik . . . . .	374



II. Joseph William Singers Sicht von Recht, Moral und Politik . . . . .	375
A. »The Player and the Cards« . . . . .	376
1. Fragestellungen . . . . .	378
2. Thesen . . . . .	379
3. Vorgehen . . . . .	379
4. Begründungen . . . . .	380
a) Kritik der ‚traditionellen‘ Rechtstheorie . . . . .	380
(1) Die Widerlegung der rationalistischen Bestimmtheitsthese . . . . .	380
(2) Die Zurückweisung der rationalistischen Objektivitätsthese . . . . .	383
(a) Substantielle Fundierungen . . . . .	384
(b) Prozedurale Fundierungen . . . . .	385
(c) Parabel . . . . .	387
(3) Die Verwerfung der rationalistischen Neutralitätsthese . . . . .	388
(4) Die Nihilismusproblematik . . . . .	390
(a) Die Nihilismusthese der ‚traditionellen‘ Rechtstheorie . . . . .	390
(b) Singers Entgegnung auf vermutete und unterstellte Gefahren und Probleme . . . . .	390
b) Singers Gegenkonzeption . . . . .	392
(1) Singers Rechtstheorie . . . . .	392
(a) Rortys Gegensatz zwischen ‚systematischer‘ und ‚bildender‘ Philosophie . . . . .	392
(b) Singers Gegensatz zwischen ‚expressiver‘ und ‚determinierender‘ Rechtstheorie . . . . .	393
(2) Singers Illustration seiner Lehre . . . . .	393
B. Kritik von »The Player and the Cards« . . . . .	394
1. immanent . . . . .	394
2. transzendent . . . . .	399
III. Recht und Politik . . . . .	406
A. Die Grundbegriffe Recht, Politik, Moral und Ethik . . . . .	408
1. Die Bestimmung des Moralischen, des Ethischen und des Sittlichen . . . . .	408
2. Die Bestimmung der Politik und des Politischen . . . . .	410
3. Die Bestimmung des Rechtlichen und des Rechts . . . . .	412
4. Der Zusammenhang zwischen Moral und Ethik einerseits und Politik andererseits . . . . .	414
B. Die erkenntnistheoretischen Grundlagen von Recht, Politik, Moral und Ethik . . . . .	415
1. Kognitivismus und Nonkognitivismus bei Sollensfragen . . . . .	416
2. Das Axiom der wechselseitigen Anerkennung . . . . .	417
C. Urteilsvermögen und Maßstäbe . . . . .	418
1. Die Perspektive auf die Katalogisierung . . . . .	422
2. Die Perspektive auf den hermeneutischen Zugang . . . . .	423
3. Die Perspektive auf die richterlichen Maßstäbe . . . . .	425
4. Die Perspektive auf verfahrensrationaler Lösungen . . . . .	426
a) Einsatz von technischen Mitteln . . . . .	429
b) Aggregation von Urteilsvermögen . . . . .	431



c) Verfahrensrationaler Strukturierungen (der Aggregation) von Urteilsvermögen . . . . .	433
5. Bilanz I: Juristisches und bürgerliches Urteilsvermögen . . . . .	434
6. Bilanz II: Was ist ‚hinreichende‘ Justiziabilität? . . . . .	435
D. Rechtssetzung und Rechtsanwendung . . . . .	438
1. Bewahrende Rechtsfortführung im Mittelalter . . . . .	438
2. Der Dualismus von Rechtssetzung und Rechtsanwendung in der Neuzeit	440
3. Die (,)verfassungsgerichtliche(‘) Relativierung des Dualismus von Rechtssetzung und Rechtsanwendung in der Moderne . . . . .	442
4. Die Justiziabilität der verfassungsgerichtlichen Materien . . . . .	457
5. Die Justiziabilität der ‚verfassungsgerichtlichen‘ Materien . . . . .	459
E. Zum Grenzverlauf zwischen Recht und Politik . . . . .	463
§ 7 Thesen . . . . .	471
Abkürzungen . . . . .	479
Siglen . . . . .	481
Literatur . . . . .	483
Personenregister . . . . .	503
Stichwortverzeichnis . . . . .	509