

### Zum Spannungsverhältnis von Volkssouveränität und Verfassungsgerichten: Eine Review zur Kritik der judicial review

Dingeldey, Philip

Veröffentlichungsversion / Published Version

Rezension / review

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Verlag Barbara Budrich

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Dingeldey, P. (2020). Zum Spannungsverhältnis von Volkssouveränität und Verfassungsgerichten: Eine Review zur Kritik der judicial review. *ZPTh - Zeitschrift für Politische Theorie*, 11(2), 307-315. <https://doi.org/10.3224/zpth.v11i2.09>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

#### Terms of use:

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

# Zum Spannungsverhältnis von Volkssouveränität und Verfassungsgerichten

Eine Review zur Kritik der *judicial review*

Philip Dingeldey\*

*Maus, Ingeborg, 2018: Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie, Suhrkamp, Berlin.*

*Michelsen, Danny, 2019: Kritischer Republikanismus und die Paradoxa konstitutioneller Demokratie. Politische Freiheit nach Hannah Arendt und Sheldon Wolin, Springer VS, Wiesbaden.*

## 1. Selbstgesetzgebung und richterliche Normenkontrolle

Bürger\*innen im globalen Westen sind es gewohnt, Verfassungsgerichten eine herausragende Position als Interpret und Schutzherr von demokratischen Verfassungen zuzuschreiben. Doch was passiert, wenn die Judikative durch die zugeschriebene Autorität und Interpretationskompetenz in der Lage ist, selbst Verfassungsrecht zu erzeugen und quasi-legislativ zu agieren? Jüngst sorgte diese Entwicklung im deutschsprachigen Raum für eine scharfe Kritik an der *judicial review*. Ingeborg Maus konstatiert ein Legitimationsproblem, da dies eine demokratische Partizipation unterminiere (vgl. Maus 2018: 11 f.). Ihr neues Buch *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie* ist eine Sammlung von überarbeiteten Aufsätzen zum Thema aus den Jahren 1981 bis 2010. Auch in der Dissertation von Danny Michelsen mit dem Titel *Kritischer Republikanismus und die Paradoxa konstitutioneller Demokratie. Politische Freiheit nach Hannah Arendt und Sheldon Wolin* werden die Kritik an der *judicial review* und das Spannungsverhältnis aus politischer Partizipation, Selbstgesetzgebung, Konstitutionalismus und Verfassungsgerichtsbarkeit bei Arendt und Wolin beleuchtet. Daraus ergebe sich die Perspektive eines *kritischen Republikanismus*<sup>1</sup> (vgl. Michelsen 2019: 17–21).

Ziel ist es im Folgenden, eine vergleichende Review beider Werke vorzulegen. Dies geschieht vor allem in Hinblick auf die Kritik einer quasilegislativen Verfassungsge-

---

\* Philip Dingeldey, Universität Greifswald  
Kontakt: philip.dingeldey@uni-greifswald.de

1 Kritischer Republikanismus meint hier den Fokus auf die positive Handlungsfreiheit innerhalb der republikanischen Tradition als Bedingung politischer Freiheit und Abwehr politischer Dominierung, die in das beschriebene Spannungsverhältnis mit dem Rechtsstaat gebracht wird (vgl. Michelsen 2019: 7 f.).

richtsbarkeit, der Plausibilität der jeweiligen Argumente und ihrer Einordnung in die Debatte um den gegenwärtigen Stand einer oft attestierten Krise der modernen Demokratie.

## 2. Ingeborg Maus' Kritik der Verfassungsgerichtsbarkeit

Im ersten, titelgebenden Beitrag bemerkt Maus, dass in der von Herbert Marcuse konstatierten „vaterlosen Gesellschaft“ (1965: 85–97), in der das Bewusstsein für Abhängigkeitsverhältnisse schwinde, die Jurisdiktion seit Ende des Zweiten Weltkriegs zu einem klassischen Vater-Imago werde. Dies gelte besonders in den USA, in denen die Richter\*innen des Supreme Court als Gesetzesprophet\*innen gehandelt würden, und für das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG), das Maus in weiteren Aufsätzen fokussiert. Die richterliche Gewalt fange den Wegfall von traditionellen Herrschaftsformen und Einheitssymbolen in der pluralistischen, modernen Gesellschaft auf. Das markiere den Aufstieg des „königlichen Richters“ (Maus 2018: 19). Anders als naturrechtliche Annahmen und moderne Parlamente, die nicht als Ersatz für Monarchen fungierten, seien Richter\*innen die sittlich erziehende Gestalt, die gerechte Entscheidungen treffe. Dies sei ein klassisches Muster der Über-Ich-Delegation der Gesellschaft an die Richter\*innen. Moral und Recht würden dabei verbunden werden. Damit kritisiert Maus fundamental Ronald Dworkins (1978: 128) These, Moral und Recht ließen sich in der Rechtsprechung nicht unterscheiden. Denn dies führe dazu, einen judikativen Dezisionismus durch die Unbestimmtheit moralischer Normen, die in einem formalen Gegensatz zur juristischen Norm stünden, moralisch zu verschleiern. Denn es ist, so Maus, unklar, wie sich persönliche Moralvorstellungen von Richter\*innen zum Recht oder zur faktischen Moral der Bürgerschaft verhalten. Wenn die richterliche Moral ein interpretatorisches Produkt ist, würde die Einbeziehung dieser in das Recht die Rechtsprechung als vermeintlich moralisch immunisieren (vgl. Maus 2018: 17–21). Die Konsequenz sei, dass aufklärerische Emanzipationsansätze, hin zur Volkssouveränität und sozialer Autonomie, durch eine öffentlich-pädagogische Moralverwaltung der Justiz unterminiert würden, da richterliche Entscheidungen als moralisch valider oder gar unhinterfragbar betrachtet würden. Dem Gericht würde also, gleich einem absoluten Monarchen, die Fähigkeiten unterstellt, moralische, vor- oder gar metakonstitutionelle Prinzipien zu erkennen und exklusiv das Recht moralisch richtig zu deuten. „Der Bürger erfährt erst anlässlich eines Gerichtsverfahrens im nachhinein, was ihm ‚verboten‘ war, und lernt für die Zukunft, aus Gerichtsentscheidungen das ‚Erlaubte‘ (höchst unsicher) abzulesen“ (ebd.: 26). Es geht also nicht um die Kontrolle anderer Institutionen durch Gerichte. Es geht um die Legitimation einer Ausweitung richterlicher Kompetenzen hin zu einer Aushebelung von (demokratisch verabschiedeten) Gesetzen und der Ausdehnung von Verboten auf außerrechtlich-private Freiheitssphären, etwa indem Richter\*innen aufgrund unzähliger (moralischer) Konflikte von einer justizhörigen Bevölkerung angerufen werden (vgl. ebd.: 22–30, 43–45). Die steigende Prozessfreudigkeit führe zur Expansion und einem „Kreislauf kollektiver Über-Ich-Delegation“ (ebd.: 27). Dieses Argument versucht Maus in den weiteren Beiträgen des Bandes, mit rechts- und ideenhistorischen sowie systematischen Betrachtungen auszubauen.

Im zweiten Text *Zur Ideengeschichte der Gewaltenteilung und der Justizfunktion* kritisiert sie – anhand der aufklärerischen Gewaltenteilungs- und Souveränitätslehre – die Expansion richterlicher Gewalt im geschichtlichen Kontext. Der gegenwärtige Trend der Nationalstaaten, die Rechtsprechung auf Kosten demokratischer Gesetzgebung zu stärken,

verschiebe die Souveränität. Die von Charles de Montesquieu begründete Gewaltenteilung bezieht sich, so Maus' Interpretation, in Bezug auf Legislative und Exekutive nicht auf die Funktionen der einzelnen Staatsgewalten, sondern auf die antiabsolutistische personelle Trennung der Institutionen. Daraus ergebe sich ein Kooperationszwang von Legislative und Exekutive, etwa verdeutlicht durch ein exekutives Veto gegen Gesetzesentwürfe. Erst hiervon werde die Jurisdiktion im zweiten Schritt funktional separiert, da sie nur rechtsanwendend – nicht rechtsetzend – tätig sein dürfe. Rechtspositivistisch gesehen sei der Richter das willenlose Sprachrohr des Gesetzes, gelöst von seiner persönlichen Moral. Freiheit gäbe es hier nur, wenn Legislative und Judikative strikt getrennt seien. Sonst käme es zu einem richterlichen Despotismus, und die Freiheiten der Bürger unterlägen der willkürlichen Interpretation der Gerichte (vgl. ebd.: 56–64). Montesquieu beschreibe daher die Gefahr einer richterlichen Souveränität. Souveränität versteht Maus als die legislative Kompetenz. Wenn nun Gerichte durch ihre Interpretation nicht nur Recht anwenden, sondern selbst Recht setzen, werden sie zur Rechtsquelle und damit zum Souverän. Dadurch sei eine Gewaltenteilung nicht mehr gewährleistet, der Staat werde despotisch. Die Volkssouveränität nehme ab, wenn die richterliche Gewalt an Kompetenz und unkontrollierter Souveränität zunehme (vgl. ebd.: 64–78).

Auf Grundlage dieser ideengeschichtlichen Betrachtung von Souveränität und Jurisdiktion folgen Abhandlungen zur deutschen Verfassungsgeschichte. Diese fungieren als empirische Belege einer kontinuierlichen Zunahme richterlicher Kompetenzen durch die Entformalisierung des modernen Rechts. Die Aufeinanderfolge der Texte sorgt für eine Kontrastierung des normativ-ideengeschichtlichen Anspruchs der Gewaltenteilung und Volkssouveränität mit dessen Suspendierung in der Verfassungsrealität, indem die Rede ist von einem „Richterkönigtum“ (ebd.: 79) (um 1900), von einer Rechtsfindung per Prüfungsrecht sämtlicher Gesetze (ab 1918/19) oder der daran anschließenden Tradition der „königlichen Richter“ (ebd.: 82) als Erfüllungsgehilfen des NS-Regimes mit vermeintlich überpositiven Normen nach der Suspension der Weimarer Verfassung. Daran schließe auch das BVerfG an, da dort das richterliche Vorverständnis der Verfassung als Ganzes hermeneutisch verstanden und als zentral gesehen werde (vgl. ebd.: 78–154).

Nach den historischen Beiträgen geht Maus dazu über, sich kritisch mit der juristischen Methodik auseinanderzusetzen. Dabei vertritt sie die These, dass

„eine allgemeine juristische Methodologie nur auf einer äußerst abstrakten, nicht mehr unmittelbar handlungsleitenden Ebene zu formulieren ist, während dagegen die herrschenden Methodenlehren generalisierende Aussagen auf einer konkreten Stufe vornehmen und dadurch der irreversiblen Ausdifferenzierung und Spezialisierung der Rechtsgebiete nicht Rechnung tragen“ (ebd.: 155).

Zwei Auffassungen der Methodendiskussion kontrastiert sie epistemologisch: Erstens die Position, dass eine gesetzliche Programmierung der Rechtsprechung unmöglich ist; und zweitens die Position, dass es – durch rechtsstaatlich-demokratische Methoden – eine Gesetzesbindung der Rechtsprechung gibt. In der hegemonialen antipositivistischen Betrachtung muss dann eine richterliche Entscheidung nicht mehr rechtmäßig sein. Denn sie gelte als richtig, wenn sie konkret und sachgemäß sei. Das kritisiert Maus systematisch, da dies zur Kompetenzakkumulation der Judikative führe. Denn die Verfassung gewinne in dieser Lesart ihre Substanz nicht aus ihrem Wortlaut, sondern den wesentlichen Grundzügen und Prinzipien, die ihr auf einer Metaebene eingeschrieben seien. Richter\*innen würden dies am Anwendungsfall ermitteln. Gegen eine solche Position wehrt sich Maus. Sie verteidigt den Rechtspositivismus und konstatiert, dass aus der Rechtsprechung keine Handlungs-

anweisung folgen kann (vgl. ebd.: 156–174). Der herrschende Trend der Rechtspraxis Sorge dafür, dass gesetzliche Lücken und Grauzonen von der Rechtsprechung gefüllt würden. Dies rühre von einer legislativen Dysfunktionalität. Das hieraus entstehende Vakuum würde durch die Entscheidung und Anwendung durch Gerichte gefüllt werden. Dass die Jurisdiktion nicht mehr der Legislative und Exekutive untergeordnet (wie bei Montesquieu), sondern mindestens gleichrangig sei, Sorge dafür, dass die soziale Wirklichkeit nicht mehr zur legislativen Disposition stünde. Stattdessen generiere die Judikative Rechtsnormen. Diese würden der Gesellschaft oktroyiert. Dementgegen soll, Maus zufolge, ein Gericht kein Verfassungshüter sein und nicht die Offenheit des Gesetzestextes unterminieren, indem es Lücken schließt und damit selbst Gesetzestexte schafft, sondern es soll gesetzliche Lücken und Vagheiten ausloten (vgl. ebd.: 175–203).

Die juristischen Erörterungen ergänzt Maus um zwei systematische, rechtsphilosophische Texte. In *Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat* stellt Maus fest, dass die Erhöhung von Grundrechten durch totalisierende und wertorientierte Interpretationen von Verfassungsgerichten dafür Sorge, dass bürgerliche Freiheitsrechte – per Interpretations- und Zuteilsrecht des Gerichts – zu staatlich zugeteilten Gütern werden (vgl. ebd.: 204–226). Damit schließt sie an Helmut Ridder (2010: 91–98) an. Daraufhin vertritt sie die rechtspositivistische These, dass „gerade die unmittelbare Einbeziehung moralischer Prinzipien in den Rechtsbegriff die Grenzen des Rechts und damit die Grenzen staatlicher Regulierung aufhebt“ (Maus 2018: 227). Diese Position liest sich wie ein Resümee der allgemeinen Position von Maus. Sie führt abschließend drei Argumente hierfür an, die sie vor allem Dworkins Diktum der Untrennbarkeit von Moral und Recht entgegenhält: *Erstens* würden rechtliche Normen, anders als moralische, nicht nur intersubjektive Beziehungen, sondern auch die Staatsapparate betreffen; *zweitens* lasse das positive Recht durch seine Lücken Zonen der privaten Freiheit, die eine moralische Lehre oder Interpretation für gewöhnlich nicht lasse – ansonsten entstände eine Expansion der vom Recht betroffenen Räume; und *drittens* führe ein Moralisieren des Rechts zur Aufweichung der Trennung zwischen demokratischer Legitimation des Rechts und einer moralischen Begründung oder Geltung. Die Behauptung, dass ein Beschluss des Gerichts moralischer und rationaler und im Ergebnis daher gültiger sei als die Beschlüsse der Legislative, würde dazu führen, dass die demokratische Selbstgesetzgebung ausgehebelt werde. Dabei könnten moralische Prinzipien keine neue Bindung der Justiz (an neue Prinzipien) erreichen. Denn das Ganze arte zu einer „Gerechtigkeitsexpertokratie“ (ebd.: 241) aus, sodass Freiheitsrechte zu staatlichen Ermächtigungsnormen würden (vgl. ebd.: 227–249).<sup>2</sup> Ergo solle Moral keine juristische Kategorie sein, da Moral eher verabsolutiere, was politisch und rechtlich besser getrennt bliebe.

### 3. Hannah Arendt und Sheldon Wolin zur Verfassungsgerichtsbarkeit

Michelsen fundiert seine Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit mit Wolins und Arendts klassisch-politischem Freiheitsverständnis. Beide sehen Freiheit vor allem als positive Handlungsfreiheit in einer Gemeinschaft. Diese trennen laut Michelsen beide, anders als Maus, strikt von der Souveränität, da letztere auf eine Konstituierung von Herr-

2 Es geht Maus nicht darum, dass Rechtssetzung nicht moralisch sein kann, aber dass Moral als vages Anwendungsprinzip empirisch gesehen zu einer *slippery slope* hin zu einer despotischen Herrschaftsform führe.

schaft hinauslaufe, was die Heterogenität des Volkes terminologisch verschleierte und die Beteiligung desselben auf Akklamationsrituale reduziere (vgl. Michelsen 2019: 29–31; vgl. dazu Arendt 1981: 229; Wolin 1994). Freiheit sei für beide eine Nichtbeherrschung *und* eine egalitäre Ausübung kollektiver Macht. Dennoch unterschieden sich ihre Verständnisse der republikanischen Selbstgesetzgebung, trotz häufiger Bezüge zur attischen Demokratie. Denn Arendt zweifelt häufig an der Demokratie, da sie hier einen Mangel an Stabilität der Rechtsherrschaft konstatiert und sich vor einer Despotie der Mehrheit fürchtet, wenn eine verarmte Masse, die noch unter ökonomischen Zwängen leidet, nach politischer Freiheit strebt, wodurch schlussendlich die ökonomischen Zwänge die freiheitliche Politik überschatten würden (vgl. auch Michelsen 2019: 39 f.). Diesen aristokratischen Bias wirft ihr auch Wolin vor, da sie die soziale Frage aristotelisch aus der Politik ausschließe. Denn Wolin sehe in der Demokratie die Möglichkeit der freien, spontanen Entfaltung – jedoch nicht zwangsweise als Staatsform, sondern in seiner *fugitive democracy* als vereinzelte, transgressive Momente, die die politische und soziale Ungleichheit anfechten (vgl. ebd.: 41 f., 44–49; vgl. dazu Wolin 2008: 225 ff.; Arendt 1965: 212–220). In diesen geteilten griechischen Freiheits- und Gleichheitsidealen, die zur kollektiven Autonomie führen sollen, stecke jedoch die von beiden geteilte Furcht vor einer Verschränkung von Öffentlichem und Privatem. Kritisiert wird damit auch ein starker Etatismus, der souveräne Herrschaft statt freiheitlicher Macht konstituiere. Dieses Freiheitsideal sei in der Moderne grundsätzlich bedroht (vgl. Michelsen 2019: 96–104). Aus diesem starken Anspruch auf Autonomie und Partizipation folgt, so Michelsen, auch eine Kritik der liberalen Rechtsstaatlichkeit, die primär Schutzrechte beinhalte, den Grad an politischer Freiheit aber eher beschränke. Eine solche Rechtsstaatlichkeit könne die vopolitischen Bedingungen von Freiheit beinhalten, aber keine substantielle politische Freiheit selbst, da Verfassungsnormen grundsätzlich negativer Natur wären (vgl. ebd.: 128–146; vgl. dazu Arendt 1965: 186, 281–302). Als Lösung dieses Problems, bei gleichzeitiger Notwendigkeit der Repräsentation, die die Partizipation einer Bürgerschaft weitgehend auf den Wahlakt reduziert, gelte Arendt und Wolin (für direkte Deliberation und Partizipation) die Idee der kommunalen Demokratie oder des pyramidenartigen Rätessystems, in denen lokale Einheiten die darüber liegenden Einheiten bestimmen, was bereits eine Form der Machtteilung darstellt (vgl. Michelsen 2019: 233–238).

Bis dahin bietet Michelsens Forschung eher wenig Neues. Spannender ist der zweite Teil des Buches, in dem es um die Beziehung von Demokratie und *judicial review* geht. Dies haben die von ihm untersuchten Denker\*innen nicht systematisch erarbeitet. Diese Lücken versucht Michelsen zu schließen, indem er ihre Aussagen gliedert und vergleicht (ebd.: 265). Allgemein bedeute für Wolin der Terminus *konstitutionelle Demokratie* die Kombination widersprüchlicher Prinzipien, da der moderne Konstitutionalismus die staatliche Macht eher begrenze, statt Bürger zur kollektiven Autonomie zu ermächtigen (vgl. Wolin 1994: 14, 32). Bei Arendt dagegen bedeute eine Verfassung keine Verneinung der Macht, sondern die Beschränkung und Teilung von Gewalten. Das ermögliche aber auch immer wieder Macht im Raum zwischen den Gewalten (vgl. Arendt 1965: 191–200). Hier folgt Michelsen Arendts Bemerkungen zur Legitimität von Konstitutionalismus und Gewaltenteilung, da Wolins einseitige Kritik nebulös bleibe (Michelsen 2019: 266–270). Daher verteidigt Michelsen auch die Idee, dass das Recht nicht nur die Anwendung und Auslegung der Gesetze, sondern auch die Legislative möglichst vollständig binden soll gegen Wolins und Maus' Kritik. Denn in Michelsens Modell ist eine spontane nichtinstitutionelle Volkssouveränität stark reduziert. Auch wenn Michelsen den von Antonio Neg-

ri behaupteten „Todeskampf zwischen Demokratie und Konstitutionalismus“ (Negri 1999: 11; vgl. dazu Michelsen 2019: 288), zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Volkssouveränität negiert, setzt er Maus' These, dass sich das Recht und seine Anwendungsorgane gegenüber dem Gesetzgeber verselbstständigen, bewusst nichts entgegen. Denn der Konstitutionalismus solle gerade die Gewalten balancieren lassen, indem die rechtsanwendenden Organe an der volkssouveränen Gesetzgebung beteiligt, aber erstere auch durch letztere rechtlich beschränkt werden (vgl. ebd.: 286–296). So steht Maus zwar auch für eine Kombination aus Ermächtigung und Gewaltenbeschränkung im Konstitutionalismus. Während Arendt aber, wie Michelsen konstatiert, die amerikanische Variante der Verfassung als Heiligtum im Sinne einer neorömischen Gesetzesherrschaft und einer Selbstbeschränkung der Judikative präferiert, ergreifen Maus und Wolin Partei für eine Parlamentssuprematie, damit sich Exekutive oder Judikative nicht verselbstständigen und der Legislative entziehen. Das ist weniger eine negative Haltung gegenüber dem Konstitutionalismus, wie sie Wolin vertritt, sondern eher eine Kritik am liberalen Konstitutionalismus, ohne ihn als Ganzes zu verwerfen – bei Maus mit dem Ziel einer legislativen Volkssouveränität (vgl. ebd.: 306–325). Hier ist also Maus konsistenter als Wolin, da sie nicht den Konstitutionalismus per se kritisiert.

Dieses Problem zeigt sich in *Kritischer Republikanismus* umso deutlicher, wenn der Autor im neunten Kapitel konkreter wird und das Spannungsverhältnis von Demokratie und *judicial review* behandelt. Sein Angriffspunkt ist hierfür die *judicial supremacy* des *New Constitutionalism*, demzufolge die Verfassungsgerichtsbarkeit als Interpret der Verfassung höchstrangig ist, wodurch auch die Mehrheitsherrschaft zugunsten von juristischen Expertenentscheidungen diskreditiert werde. Auch hier wird Dworkin stark kritisiert, da er Demokratie und Konstitutionalismus als harmonische Partnerschaft versteht. Dabei seien Gerichte ein *forum of principle*, in dem nicht aufgrund politischer Macht, sondern grundlegender Belange der politischen Moral entschieden werde (vgl. Dworkin 1978: 70). So werde ein Verfassungsgericht zur überlegenen Form der Deliberation, da seine Richter\*innen nicht nur edukatorisch, sondern im Rechtsspruch auch moralisch handeln würden. Arendt würde, so Michelsen, die erzieherische Funktion eines senatorischen Verfassungsgerichts nicht einmal angreifen. Aber eine Politik der Expert\*innen sei mit ihr nicht zu machen, obgleich sie die Verselbstständigung des Rechtscodes zu unterschätzen scheint. Wolin dagegen argumentiere demokratisch für die politische Urteilskraft von Durchschnittsbürger\*innen, entgegen der Expertokratie. Einen Verfall durch die Macht der quasilegislativen *judicial review* sehe er darin, dass eine parteiische Jurisdiktion die Priorität der politischen Parteien sei. Das Narrativ eines unpolitischen und interessenlosen Gerichts hält er für ein naiv-technokratisches Weltbild (vgl. Michelsen 2019: 375 f.; vgl. dazu Wolin 2008: 146 f., 245). So stellt eine richterliche Normenkontrolle, „in dem wenige, demokratisch nicht kontrollierbare Richter mit bestimmten politischen Interessen die Bedeutung der Grundrechte für alle auf dem jeweiligen Rechtsgebiet lebenden Menschen festlegen, überhaupt ein Legitimationsproblem“ (Michelsen 2019: 376) dar. Dieses Legitimationsproblem deckt auf, dass Gerichte keinesfalls aus den von Dworkin angenommenen philosophischen Richter\*innen mit übermenschlichen Kenntnissen und Attributen bestehen, um schwierige Rechtsfragen mit einer demokratischen Theorie und dem Verfassungstext zu lösen.<sup>3</sup> Gleichzeitig arbeitet Mi-

3 Gerade aber die Tendenz, dass sich etwa Bundestagsfraktionen vor der Verabschiedung bestimmter Gesetze scheuen, weil das BVerfG die Gesetze später kassieren könnte, klassifiziert Michelsen als vorauseilenden Gehorsam des Gesetzgebers gegenüber der Judikative.

chelsen gegen Wolin heraus, dass die *judicial review* nicht rein aristokratisch zu sehen ist, da etwa der US-Supreme Court das gleiche Recht auf Partizipation oder Frauenrechte per Gerichtsurteil gestärkt hat (vgl. ebd.: 369–392). Als Alternative zur richterlichen Normenkontrolle interpretiert Michelsen Arendts Idee eines quasirömischen Zensorenrat, der per Zwei-Drittel-Mehrheit einen Konvent einberufen könnte. Der Konvent könne beurteilen, ob die Auslegung der Verfassung durch die politischen Institutionen dem Gründungsprinzip zuwiderlaufe. Falls ja, solle diesem Zustand mit einem Verfassungszusatz begegnet werden (vgl. ebd.: 392–396; vgl. dazu Arendt 1965: 257 f.). Wolin dagegen sieht keine neuen Institutionen als Verfassungswächter vor, sondern betont die parlamentarische Suprematie und die Möglichkeit einer erweiterten demokratischen Selbstgesetzgebung, was man für zu unkonkret halten kann. Ein sakralisierter, perpetuierter Verfassungstext, der Pfadabhängigkeiten schafft, sei dabei auch weniger eine Sicherung demokratischer Mechanismen. Die Verfassung und ihre Legitimation müssen dafür einer republikanischen Öffentlichkeit zur Disposition gestellt werden, aber keinen richterlichen Eliten, was ein *judicial self-restraint* voraussetzt. Gleichzeitig beantwortet dies nicht, was Arendt als relevant ansieht: dass Grundrechte politischen Kämpfen und Kompromissen entzogen sein müssen. Dies, so Michelsen, ändert aber nicht die Sichtweise, die etwa Maus und Wolin kritisieren, dass die Deutung der Verfassung als höhere Weltordnung zu einer Entformalisierung des Rechts führe, wenn Rechtsschöpfung und -anwendung verwischen (vgl. Michelsen 2019: 404–418).

Michelsen bilanziert in Bezug auf die *judicial review*, dass das republikanische Ideal der Nichtbeherrschung von einem substanziellen, statt rein prozeduralistischen Demokratieverständnis ausgehen muss. Dadurch kann aber das Spannungsverhältnis von Demokratie und Konstitutionalismus nicht zugunsten einer Seite komplett aufgelöst werden. So bleibt die richterliche Normenkontrolle zwar ein Ausdruck von Partizipation und Dissens, da sie ermöglicht, Verfassungsbeschwerden einzureichen, wodurch sich Handlungsräume eröffnen können; jedoch wird auch diese Handlungsfreiheit durch die Normenkontrolle beschränkt, da der Deutungsspielraum des Gesetzgebers per Verfassungsinterpretation durch Gerichte eingeengt wird. Letzteres spreche für ein Recht ohne Demokratie, ersteres für ein Recht mit Demokratie (vgl. ebd.: 423–428).

#### 4. Zwischen Republikanismus und Liberalismus

Die betrachteten Werke schaffen es, ein beliebtes Narrativ, nämlich des Verfassungsgerichts als technokratischen und moralischen Verfassungswächters, zu bestreiten. Die Autor\*innen gehen nicht einfach davon aus, dass den Gerichten die politische Legitimation fehlt, sondern dass das Problem in der richterlichen Normenkontrolle liegt, da sich dadurch die Judikative quasilegislative Kompetenzen zuschreiben kann.

Maus gelingt es, sowohl eine überzeugende ideen- und rechtsgeschichtliche Rekonstruktion der Ausweitung judikativer Kompetenzen als auch systematische Argumente für eine rechtspositivistische Position zu entwickeln. Dahinter steckt eine generelle Skepsis gegen die zunehmend ungebundene Verfassungsgerichtsbarkeit. Dabei ist der Band *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich* interdisziplinär nutzbar und relevant, etwa für Politikwissenschaftler\*innen, Philosoph\*innen, Jurist\*innen und Historiker\*innen. Stilistisch lässt sich an dem Buch nur bemängeln, dass oft Redundanzen und Überschneidungen der einzelnen Texte, die getrennt voneinander als Aufsätze entstanden sind, bestehen – wobei der erste und der letzte Artikel, die inhaltlich umfanglichsten Klammern ihrer Thesen darstellen.



Michelsen geht es weniger um Ideengeschichte, sondern eher um Textinterpretation und Plausibilität. Während die Anzahl an Dissertationen zu Arendt inzwischen Legion ist – und hierzu Michelsen nur etwas Neues beiträgt, wenn er versucht, dem eine Theorie des Konstitutionalismus hinzuzufügen –, sind im deutschsprachigen Raum Abhandlungen zu Wolins Theorie eher selten. Speziell für die Frage zur *judicial review* belegt Michelsen detailliert anhand beider Denker\*innen das Spannungsverhältnis von Konstitutionalismus und Partizipation, aber auch einen Dualismus der richterlichen Normenkontrolle als potenziell emanzipatorisch und aristokratisch zugleich. Dabei ist Michelsen d'accord mit Maus' Kritik an einer Suprematie der Gerichte.

Was die Kritik von Maus überzeugend und anschlussfähiger als Michelsens Interpretationen erscheinen lässt, ist ihre theoretische Zwischenposition, die nicht das Problem der prinzipiellen Spannung von Partizipation und Konstitutionalismus lösen muss. Zudem ist Maus' Theorie nicht nur konsistent, sondern auch unideologisch. Sie tritt nicht nur dem einseitigen Primat der negativen Freiheit von Liberalen à la Isaiah Berlin und dessen Konsequenz, Politik eher Expert\*innen zu überlassen, sondern auch dem republikanischen Vorrang positiver, partizipatorischer Freiheiten entgegen. Die Autorin geht wie Habermas (1999: 293–303; Maus 2011: 62–92) von einer konzeptuellen Gleichursprünglichkeit von Rechtsstaatlichkeit und Volkssouveränität sowie von einer Gleichberechtigung negativer und positiver Freiheiten aus. So dient ihr die Volkssouveränität als Schutz negativer Freiheiten (etwa gegen das „Richterkönigtum“) und als Verwirklichung partizipatorischer Rechte. Ihre Position ist dadurch weniger anspruchsvoll oder rigoros als Arendts oder Wolins Republikanismus. Denn republikanische Tugenden und Moral werden von Maus als konstitutionelle oder vorkonstitutionelle Kriterien negiert, ob sie nun vermeintlich desinteressierte Richter\*innen, Parlamentarier\*innen oder die Bürgerschaft betreffen. Aber Maus' Ansatz ist auch partizipatorischer als der negativ-freiheitliche Liberalismus; denn der Fokus liegt auf einer Stärkung der Volkssouveränität gegen eine Expansion judikativer Befugnisse, die verschiedenste Freiheitsarten bedrohen. Auch wenn eine solche Zwischenposition nicht per se konzeptuell den anderen beiden normativen Demokratiemodellen überlegen ist, gewinnt sie doch eine überzeugende Kraft, da sie unterhalb der Freiheits- und Autonomiedebatte argumentiert.<sup>4</sup> Insofern ist Maus' Aufsatzsammlung zumindest theoretisch offener verfasst als Michelsens Monographie, der in der republikanischen Tradition verhaftet ist und eher willkürlich liberale Erwägungen aufnimmt, was nicht immer konsistent wirkt.

Dabei lassen sich beide Werke im Postdemokratiediskurs kontextualisieren. Michelsen macht dies im Fazit deutlich. Parlamente, interpretiert als volkssouveräne Institutionen, werden dysfunktional und demokratische Debatten eher simuliert, da nichtgewählte Träger\*innen, wie Zentralbanken oder Lobbyist\*innen in Zeiten des Sozialstaatsabbaus und der vermeintlichen Politikverdrossenheit an politischer Macht gewinnen (vgl. Crouch 2008; Blühdorn 2013). Diesen Strang kann Maus, ohne dies explizit zu machen, um den Aspekt bereichern, dass auch Gerichte von dieser Dysfunktionalität profitieren, auf Kosten der Volkssouveränität.

4 Seltsam erscheint dabei aber, dass Maus die rechtspositivistisch prominente Position von H. L. A. Hart (1971: insb. 14–57), der primär in die rechtsphilosophische Kontroverse mit Dworkin verwickelt ist und Maus Argumente für ihre eigene Kritik liefert, nur wenig rezipiert. Insgesamt bleibt sie, von den ideengeschichtlichen Parts des Buches abgesehen, weitgehend in der deutschen Verfassungsgeschichte und juristischen Debatte. Einen weiteren oder tiefergehenden Blick, etwa auf die US-amerikanische Rechtstradition und Philosophie, hätte das Buch zusätzlich bereichern können.

Ogleich Maus' Konzept der Gewaltenteilung zum Schutz bürgerlicher Freiheitsrechte kohärent und valide ist, lässt sich zumindest ihr Volkssouveränitätsbegriff aus einer stärker partizipatorischen Perspektive (republikanischer Natur) partiell bemängeln, auch mit Blick auf die von Michelsen rekonstruierten Argumente. Volkssouveränität kann bei Maus entweder direkt durch den *demos* oder durch gewählte Repräsentant\*innen ausgeübt werden (vgl. Maus 2011: 8 f.). Zwischen beiden Formen bestehen aber gravierende Unterschiede. So lässt sich argumentieren, dass der Parlamentarismus auch durch ein Misstrauen gegenüber der direkten Volksmacht charakterisiert ist, da die Gesetzgebung nicht selbst von der Bürgerschaft übernommen wird. Dies, so arbeitet Michelsen heraus, ist ein Angriffspunkt für Arendt und Wolin, da laut ihrer Repräsentationskritik nur die Repräsentanten eine starke politische Handlungsfreiheit besäßen. So ist das Problem fundamentaler, als Maus es beleuchtet: Denn die zunehmende Macht der Richter\*innen – als nicht an das Volk, sondern an ihre eigene, nichtfixierte Moral rückgebundenen Eliten – stellt sich (radikaldemokratisch formuliert) als undemokratische Steigerung der ansonsten an das Volk begrenzt rückgebundenen politischen Eliten (Repräsentant\*innen) dar. Aber auch Michelsen bestreitet nicht die Notwendigkeit politischer Repräsentation. Er macht zudem klar, dass Wolin, wie Maus, die Parlamentssuprematie betont, ohne dass die *fugitive democracy* eine Repräsentationstheorie par excellence wäre. Das Kernproblem bleibt die politische Elitenherrschaft, deren bisherige Legitimation (Wahlen und Gewaltenteilung) von der Souveränität der Judikative minimiert wird. Da aber letztere nicht kontrolliert wird, ist es fraglich, ob das Problem einer richterlichen Hoheit allein durch das Ideal einer richterlichen Selbstbeschränkung beseitigt werden könnte.

## Literatur

- Arendt, Hannah, 1965: Über die Revolution, München.
- Arendt, Hannah, 1981: Vita activa oder Vom tätigen Leben, 2. Auflage, München.
- Blühdorn, Ingolfur, 2013: Simulative Demokratie. Neue Politik nach der postdemokratischen Wende, Berlin.
- Crouch, Colin, 2008: Postdemokratie, übers. von Nicolaus Gramm, Berlin.
- Dworkin, Ronald, 1978: Taking Rights Seriously, Cambridge.
- Habermas, Jürgen, 1999: Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt (Main).
- Hart, Herbert L. A., 1971: Recht und Moral. Drei Aufsätze, übers. von Norbert Hoerster, Göttingen.
- Marcuse, Herbert, 1965: Kultur und Gesellschaft, Bd. 2, Frankfurt (Main).
- Maus, Ingeborg, 2011: Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie, Berlin.
- Maus, Ingeborg, 2018: Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie, Berlin.
- Michelsen, Danny, 2019: Kritischer Republikanismus und die Paradoxa konstitutioneller Demokratie. Politische Freiheit nach Hannah Arendt und Sheldon Wolin, Wiesbaden.
- Negri, Antonio, 1999: Insurgencies. Constituent Power and the Modern State, Minneapolis.
- Ridder, Helmut, 2010: Gesammelte Schriften, hrsg. von Dieter Deiseroth et al., Baden-Baden.
- Wolin, Sheldon S., 1994: Fugitive Democracy. In: Constellations 1, 11–25.
- Wolin, Sheldon S., 2008: Democracy Incorporated. Managed Democracy and the Spectre of Inverted Totalitarianism, Princeton.