

Die neue Machtverteilung. Von der Demo- zur Juristokratie?

Tamara Ehs

Zusammenfassung

Im Grundsatz der Gewaltenteilung hatte die Judikative ursprünglich den schwächsten Part inne. Heute kann jedoch eine erhebliche Machtverschiebung von repräsentativen zu judiziellen Institutionen beobachtet werden, weswegen allenthalben bereits von einer Juristokratie gesprochen wird. Vor diesem Hintergrund diskutiert der vorliegende Beitrag insbesondere die Höchst- und Verfassungsgerichtsbarkeit unter dem Aspekt der Machtfrage. Im Mittelpunkt steht eine Erörterung von Gerichten als oft demokratisch nicht ausreichend legitimierte, aber dennoch sehr mächtige Spieler der Politik. Mit dem auf Konstitutionalisierung und Internationalisierung basierenden Bedeutungszuwachs von Gerichten als gesellschaftlichen Steuerungsinstitutionen stellen sich nicht nur Fragen der Auswirkungen rechtlichen Handelns auf die Politik (Policy-Dimension), sondern ebenso sehr nach den politischen Grundlagen von Rechtsprechung (Politics-Dimension). An Fallbeispielen aus ausgewählten europäischen Staaten und anhand der Europäischen Union erörtert der Beitrag das Konfliktpotenzial der Judikative gegenüber der Legislative. Der Untersuchung liegt die Kritik am New Constitutionalism zugrunde; sie folgt in der Analyse der Political Jurisprudence-Bewegung ebenso wie Ran Hirschs Erklärungsansatz der Hegemonic Preservation.

Schlagwörter: Gewaltenteilung, Höchstgerichtsbarkeit, Judicial Governance, Neuer Konstitutionalismus.

Reshifting Power: From Democracy to Juristocracy?

Abstract

Regarding the principle of separation of powers, the judiciary had originally held the weakest part. Today, however, we can observe a significant shift of power from representative to judicial institutions. Therefore, some scholars already speak of a juristocracy. Against this background the paper discusses – especially constitutional – jurisdiction in terms of the power issue. The centerpiece of this analysis is a discussion of supreme courts as often insufficiently legitimated in terms of democracy, yet very powerful political players. Constitutionalisation and internationalisation have increased the importance of supreme courts as governing bodies. This not only has implications concerning legal action upon the policy, but just as much concerning the political bases of jurisdiction. Case studies of selected European countries and of the ECJ highlight the potential for conflict of judiciary towards the legislature. The study is based on the criticism of New Constitutionalism, follows the Political Jurisprudence movement concerning its analysis and tries to explain the power shift with Ran Hirsch's theory of hegemonic preservation.

Keywords: separation of powers, supreme courts, judicial governance, new constitutionalism

Tamara Ehs, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte, Universität Wien, Schottenbastei 10-16, 1010 Wien, tamara.ehs@univie.ac.at, <http://homepage.univie.ac.at/tamara.ehs/>. Ich bedanke mich bei den Teilnehmer/innen von Track 2 „Eliten, Herrschaft, Demokratie“ (Momentum2012) sowie bei Stefanie Wöhl und einem/r anonymen Gutachter/in für ihre konstruktiven Hinweise. Der nun vorliegende Text ist eine Weiterführung von Ideen, die ihren Anfang mit einem grundsätzlichen Beitrag zu Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit nahmen (siehe Ehs 2012).

1. Einleitung

Die gegenwärtige Kritik an der Machtstellung der Judikative ist in ihrer Qualität nicht neu, jedoch in ihrer supranationalen Zielrichtung. Angesichts von Europäisierung und Globalisierung ist vermehrt zu konstatieren, dass bei abnehmender Macht der Legislative die relative Macht der Judikative (und ebenso der Exekutive) automatisch steigt – was den Grundgedanken der Demokratie sowohl supra- als auch (in der Rückkopplung) nationalstaatlich zur Disposition stellt. So lässt zum Beispiel der EuGH als treibende Kraft einer „integration through law“ (Cappelletti et al. 1985) das demokratische Moment vermissen, wie Fritz Scharpf (2011: 189) festhält: „Praktisch hat der EuGH das letzte Wort gegenüber der Politik. Und da das vom EuGH interpretierte Europarecht in allen normalen Rechtsstreitigkeiten anzuwenden ist, müsste ein Mitgliedstaat den Rechtsgehorsam gegenüber den eigenen Gerichten aufkündigen, wenn er dieser Interpretation nicht folgen wollte.“ Das vom EuGH fortgebildete Gemeinschaftsrecht wirkt am Europäischen Parlament vorbei in die nationalen Rechtsordnungen und damit Politikfelder hinein. In Relation zum klassischen Nationalstaat betrachtet, ist hier ein eklatantes Demokratiedefizit entstanden, das nicht zuletzt den wirtschaftspolitischen Globalentwicklungen der letzten Jahrzehnte geschuldet ist.

Im vorliegenden Artikel diskutiere ich vor diesem Hintergrund die Höchst- und Verfassungsgerichtsbarkeit unter dem Aspekt der Machtfrage. Im Mittelpunkt steht die Erörterung von Gerichten als oft demokratisch nicht ausreichend legitimierte, aber dennoch sehr mächtige Spieler der Politik. Ich zeige mithilfe von Ran Hirschs Erklärungsansatz der *Hegemonic Preservation* auf, wie Elitennetzwerke zur Absicherung ihrer Interessen zunehmend Kompetenzen an juristische Institutionen verlagern. Dafür erläutere ich eingangs grundsätzliche Fragen der Gewaltenteilung und der Stellung von Höchstgerichten in demokratischen Staaten. Anhand der Überlegungen Hans Kelsens, des Urhebers moderner Verfassungsgerichtsbarkeit, stelle ich das Konfliktpotenzial der Judikative gegenüber der Legislative dar und erörtere die Bedeutung seiner These für die transnationale Verrechtlichung. Damit verfolge ich das Ziel, die in den Politikwissenschaften aktuelle kritische Untersuchung des *New Constitutionalism* um Elemente der *Political Jurisprudence* zu erweitern.

2. Methodischer Zugang

Die Auseinandersetzung mit Gerichten als politischen Akteuren ist vor allem in den USA seit Jahrzehnten wesentlicher Bestandteil der politologischen Forschung (vgl. Maveety 2003). In der europäischen Politikwissenschaft ist sie jedoch unterrepräsentiert und wird hauptsächlich von Alec Stone Sweet und seinen Kolleg/innen besetzt (vgl. Stone Sweet 2000; Stone Sweet/Shapiro 2003), was nun aber eine US-amerikanische Ausrichtung der europabezogenen Forschung insbesondere hinsichtlich demokratie- und gewaltentheoretischer Überlegungen bedingt. Die Unsicherheiten genuin europäischer politikwissenschaftlicher Untersuchungen in diesem Bereich scheinen in der im Verhältnis zur US-amerikanischen *Political Science* späten Emanzipation der Politologie aus den und wider die Rechtswissenschaften, im Unterschied von *code law* und *common law* sowie letztlich in der disziplinären Teilung entlang der drei Gewalten zu liegen. Denn Parlamente und Verwaltung werden von der kontinentalen Politologie hinreichend analysiert, während die Gerichte allein der Rechtswissenschaft überlassen sind.

Die Trichotomie der Gewalten insinuiert zudem, dass selbst Höchstgerichtsbarkeit ein rein judizieller Akt sei. Aus dieser Perspektive sind Verfassungsgerichte bloße Rechtsprechungsorgane und nicht etwa ein *third branch of government* wie in den USA. Jene aus der klassischen Gewaltenteilung resultierende Einstellung liegt den oft getätigten Aussagen von Politiker/innen, Journalist/innen oder auch Wissenschaftler/innen zugrunde, ein Gericht habe seine Kompetenzen überschritten und „politisch“ judiziert. Denn in Kontinentaleuropa werden nicht die politischen Grundlagen der Rechtsprechung erforscht (Politics-Dimension), sondern nur die Auswirkungen rechtlichen Handelns auf die Politik (Policy-Dimension) (vgl. Rehder 2012: 33ff.).

Ich folge im vorliegenden Paper jedoch der *Political Jurisprudence*-Forschungstradition, die ihren Anfang im Rechtsrealismus der 1920er-Jahre nahm, und greife ein rechtssoziologisches und gerichtspolitologisches Forschungsdesign nach Eugen Ehrlich, schließlich nach Ernst Fraenkel, Franz Neumann und Otto Kirchheimer auf, das auch kritisch-dialektisch herrschaftssoziologisch und nicht allein empirisch-analytisch ausgerichtet war. Damit behaupte ich, dass auch im *code law*-System Richter/innen rechtschöpfend tätig sind, ja dass Rechtschöpfung und Rechts-

anwendung kein Gegensatzpaar darstellen, sondern einander bedingen. Das trifft auf sämtliche Gerichte zu, im Besonderen und in einem politisch relevanteren Ausmaß aber auf spezialisierte Verfassungsgerichte wie den VfGH oder das BVerfG.

Speziell beruhen meine Ausführungen auf den Thesen David Robertsons, der davon ausgeht, dass höchstgerichtliche Erkenntnisse sich von gewöhnlichen richterlichen Urteilen unterscheiden, gerade weil es ihre Aufgabe sei „to choose and impose values“ (Robertson 2010: 19). Dieser Ansatz lässt sich zwischen Rechtssoziologie und Neoinstitutionalismus verorten und erkennt in Richter/innen auch-politische Akteur/innen, die der „logic of appropriateness“ (vgl. March/Olsen 2006) folgen. Schließlich geht es gemäß Robertson um die Frage, welche politische Theorie hinter ihrem Handeln steht. „Politische Theorie“ meint hier nicht allein klassische politische Philosophie, sondern „a sociological understanding of politics as well as normative preferences, and links the two via arguments about appropriate institutions – in this context, laws“ (Robertson 2010: 359). Richter/innen artikulieren demnach Wertvorstellungen; wie politische Theoretiker/innen erläutern sie die in der Rechtsordnung im- und explizit eingeschriebenen Werte einer Gesellschaft und entwickeln diese weiter. Allerdings kann die Analyse nicht gleichsam ethisch oder moralisch bei den Richter/innen und ihrem Verhalten ansetzen; vielmehr müssen die strukturellen Bedingungen höchstgerichtlicher Urteilsfindung beachtet werden, muss Rechtsprechung demnach „nicht als Resultat juristischer Methodenlehre, sondern als erklärungsbedürftiges Ergebnis eines politischen und sozialen Prozesses“ (Rehder 2012: 43) begriffen werden. Denn je nachdem, ob Machtverschiebungen zwischen Legislative, Exekutive und Judikative als Folgen struktureller Bedingungen begriffen oder auf das kritikwürdige Verhalten einzelner Politiker/innen und Richter/innen zurückgeführt werden, sind die zu setzenden politischen Maßnahmen gänzlich andere.

Die immer wieder aktuelle Kritik an der „Judicialisierung“ (Stone Sweet/Shapiro 2003), an der Überkonstitutionalisierung und an der sich daraus ergebenden „Juristokratie“ (Hirschl 2007) ist zwar ein Evergreen der staatsrechtlichen Debatte, gleichwohl heute aufgrund der Entwicklung des „Neuen Konstitutionalismus“ eine übernationale und globale geworden. Es geht nicht mehr nur um die grundlegende Spannung im modernen Nationalstaat zwischen Legislative und Judikative gemäß der Theorie

des Mehrheitsprinzips, sondern um die Rolle des demokratisch legitimierten Souveräns unter den Bedingungen entnationalisierter Politik (vgl. Prien 2010). Zumal die Bedeutung der Gerichtsbarkeit in den neuen Governance-Formen stetig steigt, sind die angebliche Politisierung richterlicher Entscheidung und die Verrechtlichung der Politik aus demokratischer Sicht umstrittener denn je. Ran Hirschl versteht nicht nur nationale Höchstgerichte, sondern mittlerweile auch supranationale Gerichtshöfe als nicht mehr nur wichtige, sondern entscheidungsrelevante „policy-making bodies“, und erkennt im globalen Trend der Ausdehnung der judiziellen Sphäre eine der erheblichsten politischen Entwicklungen des frühen 21. Jahrhunderts. Seiner Ansicht nach ist jener Trend „a means by which pre-existing and ongoing socio-political struggles in a particular polity are carried out ... [T]he global trend toward juristocracy is part of a broader process, whereby political and economic elites, while they profess support for democracy, attempt to insulate policymaking from the vicissitudes of democratic politics“ (Hirschl 2004: 72 f.).

Das zentrale Charakteristikum der globalisierten Wirtschaft ist, was die Kritische Theorie der Internationalen Politischen Ökonomie als „Neuen Konstitutionalismus“ bezeichnet. Dieser Terminus umschreibt den Komplex von „politico-constitutional mechanisms associated with neo-liberal restructuring of the global political economy“, die das Ziel verfolgen, „to allow dominant economic forces to be increasingly insulated from democratic rule and popular accountability“ (Gill 1998: 23). Rechtspolitische Mechanismen und verfassungsrechtliche Novellierungen bilden die Rahmenbedingungen für den/die Investor/in als souveränes politisches Subjekt. Im Mittelpunkt steht nicht mehr der/die Citoyen/ne, sondern der/die Bourgeois/e. So haben in den vergangenen 30 Jahren über 80 Staaten Verfassungsreformen durchgeführt – meist in Zusammenhang mit dem Abschluss neoliberaler Wirtschafts- und Finanzabkommen wie NAFTA und WTO. Bereits 1944 hatte Friedrich August Hayek, der Vordenker des modernen Neoliberalismus, in *Road to Serfdom* empfohlen, liberale Reformen vertraglich und am besten verfassungsmäßig festzuschreiben, um jeden Staatseingriff in den Markt zu verhindern (vgl. Altwater 2012).

Entsprechend können wir heute rechtliche und institutionelle Festschreibungen der Makropolitik beobachten, wie jüngst die Unterzeichnung des Fiskalpakts mit gleichzeitiger nationalgesetzlicher Verankerung

einer „Schuldenbremse“¹, oder die realpolitische Stärkung einer vermeintlich unabhängigen Europäischen Zentralbank (EZB). Doch die Autonomie der EZB ist strittig, denn ihr Präsidium wird von den Regierungschef/innen der Euro-Länder bestimmt und EZB-Vertreter/innen nehmen regelmäßig an den Krisentreffen der Regierungen teil. In einer Demokratie soll es ja auch so sein, denn Geldpolitik ist ein zentrales Politikfeld. Warum aber gibt man dann die EZB als unabhängig aus? Vielleicht weil es unter diesem Deckmantel der „Sachzwänge“ bequemer ist, bestimmte politische Inhalte durchzusetzen. Wäre die EZB, die immerhin seit dem Vertrag von Lissabon auch formal den Status eines Organs der Europäischen Union besitzt, einer demokratischen Kontrolle durch das Europäische Parlament und die nationalen Parlamente der Euro-Länder unterworfen, könnte sie ihre Pläne wohl nicht so ungehindert durchführen (vgl. Greven 2012).

Maßnahmen wie die Schuldenbremse oder die Geldpolitik der EZB berühren nicht nur die Wirtschafts-, sondern auch die Sozialpolitik und weitere Policy-Felder, weil aus dem „state embedded market“ längst ein „market embedded state“ (Hauke Brunkhorst) geworden ist. Diese Veränderung der klassischen politischen Handlungsspielräume zeigt sich nicht zuletzt in der Machtzunahme der Höchstgerichte.

3. Judikative oder Legislative? Über die Gewaltenteilung

Am Beginn meiner Ausführungen steht eine Grundsatzdebatte, ob die richterliche Überprüfung einer Rechtsnorm der Judikative oder der Legislative zuzuordnen sei. Solch Fragen sind nicht akademischer Natur, sondern markieren eine Grenzlinie der gesellschaftlichen Machtverhältnisse. Ich behaupte, dass es kein unpolitisches Recht² und daher auch keine unpolitische Rechtsprechung geben könne – schon gar nicht im Bereich der Höchstgerichtsbarkeit. Hierzu möchte ich ein Beispiel aus der österreichischen Rechts- und Verfassungsgeschichte anführen, das sich auf die Höchstgerichtsbarkeit im klassisch nationalstaatlichen

Rahmen bezieht. Erst anhand der Kenntnis bisheriger Verortung und Macht eines Höchstgerichts können die gegenwärtigen Entwicklungen und Veränderungen in der Machtkonstellation angesichts inter- und supranationaler Einwirkungen analysiert und verstanden werden:

Geschaffen am 25. Jänner 1919 (Staatsgesetzblatt 48/1919) war der VfGH eine der ersten Institutionen der neuen Republik (Deutsch-)Österreich und älter als das B-VG. Seine Ausgestaltung erfolgte in hohem Maße nach den Vorstellungen Hans Kelsens, der im Dezember 1918 von Staatskanzler Karl Renner beauftragt worden war, ein Gesetz vorzubereiten, womit die Kompetenzen des ehemaligen k. u. k. Reichsgerichts auf ein neu einzurichtendes und mehr Prüfungskompetenzen innehabendes Verfassungsgericht zu übertragen wären. Kelsen stand bei der Konzeption des VfGH in der Traditionslinie Georg Jellineks, der bereits 1885 einen *Verfassungsgerichtshof für Österreich* gefordert hatte (vgl. Paulson/Schulte 2000). Gemäß Jellinek sei ein solcher vor allem aufgrund der zahlreichen Fälle „parlamentarischen Unrechts“ notwendig. Die Feststellung, dass auch Parlamente verfassungswidrig handeln können und es in der Konsequenz eine richterliche Gewalt über dem eigentlich höchsten Staatsorgan, dem Gesetzgeber, geben müsse, berührte das Verhältnis von Parlament und Justiz und damit die Organisation des modernen gewaltenteilenden Staates im Kern. Denn wenn ein Höchstgericht durch Erkenntnis das vom Parlament gesetzte und damit geltende Staatsrecht ändern kann, tritt es als legislatives Organ auf. Vor Jellinek war es herrschende Meinung gewesen, dass Parlamente Garanten der konstitutionellen Ordnung seien und kein „Unrecht“ setzen könnten. Doch Jellinek sprach die Gefahr parlamentarischen Machtmissbrauchs an und wollte dagegen die vermeintlich unpolitische Justiz in Stellung bringen. Die naiv anmutende Auffassung vom unpolitischen Richteramt war bei Jellineks Zeitgenossen verbreitet (vgl. Ogorek 1986) und entsprang nicht zwingend einer antiparlamentarischen Tendenz. Auch Kelsens Lehrer Edmund Bernatzik (1886/1964: 264) sprach sich für eine Überprüfung der parteiischen Volksvertretung durch unparteiischen Richterspruch aus. Erst Kelsen und sein Schüler Adolf Julius Merkl, der mit dem Bild des „doppelten Rechtsantlitzes“ (Merkl 1918) verdeutlichte, dass Richter nicht nur Recht auslegen, sondern auch neue Normen schaffen würden, reflektierten das legislative und politische Moment der Judikative, das umso mehr auf einen im demokratischen Parteienstaat zu verortenden Verfassungsgerichtshof zutraf.

1 Am 7. Dezember 2011 vom österreichischen Nationalrat mit einfacher Mehrheit im Bundeshaushaltsgesetz beschlossen. Das strukturelle Defizit des Bundes soll demnach ab 2017 grundsätzlich 0,35 Prozent nicht übersteigen. Es darf kurzfristig höchstens um 1,25 Prozent des BIP überzogen werden, wenn ein Rückführungsplan vorliegt.

2 Zum juristischen Diskurs der Selbstbeschreibung als „unpolitisch“ siehe Schmidt 2005.

Hans Kelsen setzte seine Kritik jedoch schon einen Schritt früher an, als er sich aus demokratietheoretischen Gründen zur Gewaltentrennung ablehnend äußerte: „Nur theoretische Kurzsichtigkeit oder politische Absicht konnte das Prinzip der Trennung der Gewalten als ein demokratisches ausgeben“, meinte er 1920. In Wirklichkeit handle es sich um ein „die völlige Demokratisierung des Staates hemmende[s] Prinzip“ (Kelsen 1920: 19f.). Insbesondere sprach er sich dagegen aus, die drei Gewalten als wesensverschiedene Institutionen anzusehen, und befand die Unterscheidung zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung ohnedies für „mehr als fragwürdig“ (Kelsen 1929: 50). Denn für ihn sind sie gemäß der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung lediglich verschiedene Stadien der Rechtskonkretisierung. Deshalb ist Kelsens Auffassung, auch die Gesetzgebung sei eine Art Vollziehung, nämlich Vollziehung der Verfassung, nicht zuletzt die demokratietheoretische Grundlage der von ihm konzipierten Verfassungsgerichtsbarkeit (vgl. Olechowski 2009). Gemäß der Stufenbautheorie ist nämlich jede Rechtsprechung auch Rechtschöpfung und beinhaltet daher ein politisches Moment, weswegen in der Folge Verfassungsrechtsprechung auch Verfassungsschöpfung ist, was den VfGH zum auch-legislativen Organ macht.

Kelsen konnte damit Verfassungsgerichtsbarkeit demokratietheoretisch rechtfertigen und den – seinerzeit vor allem von Carl Schmitt (1931) in die Diskussion eingebrachten – Argumenten der Unvereinbarkeit von Verfassungsrechtsprechung und Demokratie entgegenreten. Die Voraussetzung dafür war allerdings, dass man Demokratie pluralistisch begreift und folglich einerseits die Funktionen der Gesetzgebung, der Vollziehung und der Rechtsprechung nicht als auf drei voneinander vollkommen getrennte Gewalten aufgeteilt betrachtet, damit andererseits auch nicht nur ein einziges Organ zum „Hüter der Verfassung“ kürt, sondern diese Aufgabe ebenso pluralistisch zwischen den Gewalten aufteilt. Denn in der pluralistischen Demokratie sind Verfassungsgerichte ebenso wie Parlamente und die Verwaltung, ja wie der/die einzelne Bürger/in zum Schutz der Verfassung berufen. Aus jener Perspektive stand der VfGH für Kelsen nicht im Widerspruch zur Demokratie, sondern war sogar einer ihrer Garanten (vgl. van Ooyen 2008).

Diese Konzeption von Verfassungsgerichtsbarkeit stand im Zusammenhang mit Kelsens Verfassungs- und letztlich Demokratieverständnis. Wenn nämlich eine Verfassung vorrangig Form und nicht Inhalt ist, also nur nüchterner Spielregelkatalog für die politi-

sche Interessenausprägung, dann bedeutet aus dieser funktionalen Sicht Verfassungsgerichtsbarkeit nichts anderes als die Garantie der Spielregeln im demokratischen System. Der VfGH wird dadurch zu einem Schiedsrichter, der insbesondere die Minderheit als Wesensvoraussetzung der Demokratie zu schützen hat. Denn eine demokratische „Zwangsordnung darf nur so beschaffen sein, daß auch die Minderheit, weil nicht absolut im Unrecht, nicht absolut rechtlos, jederzeit selbst zur Mehrheit werden kann“ (Kelsen 1925: 371). Jene relativistische Weltanschauung bedingte die pluralistische Demokratie und damit die Ausgestaltung des VfGH: „Die Demokratie ist nämlich an sich nur ein formales Prinzip, das der jeweiligen Anschauung der Mehrheit die Herrschaft verschafft, ohne daß damit die Gewähr gegeben ist, daß gerade diese der Mehrheit das absolute Gute, Richtige erreicht. Aber die Herrschaft der Majorität unterscheidet sich von jeder anderen Herrschaft dadurch, daß sie ihrem innersten Wesen nach eine Minorität nicht nur begrifflich voraussetzt, sondern auch politisch anerkennt und – in konsequenter Verfolgung des demokratischen Gedankens – schützt“ (Kelsen 1923/1965: 161). Und die Verfassungsgerichtsbarkeit war für Kelsen (1929: 81) „ein besonders geeignetes Mittel, diese Idee zu verwirklichen“.

Aus diesen Überlegungen zur parlamentarischen Demokratie konzipierte Hans Kelsen den VfGH als vom Parlament zu besetzendes Organ. Der Nationalrat hatte den Präsidenten, Vizepräsidenten und sechs Mitglieder sowie drei Ersatzmitglieder zu wählen; der Bundesrat sechs Mitglieder und drei Ersatzmitglieder. Aufgrund einer am 15. Juli 1921 im Hauptausschuss des Nationalrats getroffenen Parteienvereinbarung erfolgte die nach dem Inkrafttreten des B-VG zu vollziehende Neubesetzung des VfGH nach einem Proporzsystem der im Parlament vertretenen Parteien: Fortan waren vier Mitglieder von den Christlichsozialen zu stellen, drei von den Sozialdemokraten, ein Großdeutscher sowie vier Neutrale; einer dieser Neutralen war Kelsen, obwohl er aufgrund seiner bislang geäußerten politischen Theorie zum liberal-sozialdemokratischen Spektrum zu zählen war. Doch als neutral galt, wer „keiner politischen Partei angehört“ beziehungsweise „sich nicht in prononcierter Weise parteipolitisch betätigt hatte“ (Zavadil 1999: 350).

Als sich die Klassengegensätze und sozialen Unruhen im Lauf der 1920er-Jahre zuspitzten und die Demokratie heftig infrage gestellt wurde, erfolgte schließlich 1929 eine Reform der österreichischen Verfassung, die unter dem Motto der „Entpolitisierung“ auch den

VfGH betraf. Man wollte mit dieser Verfassungsänderung die radikalparlamentarische Prägung Österreichs durch eine Präsidialrepublik ersetzen und somit den parlamentarischen, parteipolitischen Einfluss abbauen. Damit konnte zudem erreicht werden, die Parlamentsmacht der Sozialdemokratie zu brechen, die zwar stetig an Stimmen gewonnen hatte, jedoch seit 1920 in keiner Regierungskoalition mehr vertreten war.

In der von Kelsen erarbeiteten Verfassungsgerichtsbarkeit hatten sich der Legislativaspekt und damit das politische Moment unter anderem daran erkennen lassen, dass die Verfassungsrichter vom Parlament gewählt wurden, dass dem Gremium Abgeordnete zum National- und Bundesrat angehören durften und es außerdem bis anhin für sie nicht nötig war, ein rechtswissenschaftliches Studium abgeschlossen zu haben – prominentestes Beispiel eines Nicht-Juristen am VfGH war der sozialdemokratische Nationalratsabgeordnete und Chefredakteur der *Arbeiter-Zeitung* Friedrich Austerlitz. Die Nähe zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Parlament kam außerdem bald auch räumlich zum Ausdruck. War der VfGH zunächst noch am Sitz des ehemaligen Reichsgerichts am Schillerplatz zusammengetroffen, so bezog er im Mai 1923 Räumlichkeiten im Parlamentsgebäude und zwar im Trakt des ehemaligen Abgeordnetenhauses. Doch die B-VG-Novelle von 1929 errichtete die Illusion, Politik und Recht wären zwei voneinander getrennte oder zumindest trennbare Sphären und der VfGH könne als über allen niederen demokratischen Auseinandersetzungen thronendes unparteiisches Gericht schweben.

Adolf Merkl meinte, dass die Reform des VfGH zwar notwendig gewesen sei, weil „[d]ie Mitgliedschaft von Parlamentariern an einem zur Kontrolle parlamentarischer Tätigkeiten berufenen Gericht [...] dem Kardinalsgrundsatz aller Gerichtsbarkeit, daß niemand Richter in eigener Sache sein dürfe, [widersprach]“, räumte gleichwohl ein: „Aber die darüber hinausgehende Aenderung in der Zusammensetzung des Verfassungsgerichtshofes diente offenbar nicht der Entpolitisierung, sondern wohl nur [...] der Umpolitisierung des Verfassungsgerichtshofes“ (Merkl 1930: 510). Tatsächlich bedeutete insbesondere die Reform der Richterbestellung nur eine Umpolitisierung und eine Verschleierung des politischen Stellenwerts von Verfassungsgerichtsbarkeit. Denn die einst auf Lebenszeit verliehenen Richterstellen wurden von einer konservativen Regierung entfernt und mit genehmeren Personen besetzt, kam doch von nun an der Bundesregierung das Vorschlagsrecht für den Präsidenten,

den Vizepräsidenten, sechs weitere Mitglieder und drei Ersatzmitglieder zu. Die Ernennung der übrigen sechs Mitglieder und drei Ersatzmitglieder hatten aufgrund von Dreivorschlägen, die für drei Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder der Nationalrat und für drei Mitglieder und ein Ersatzmitglied der Länder- und Ständerat erstatteten, zu erfolgen. Zunächst hatten die konservativen Reformer/innen gar vorgesehen gehabt, die Mitwirkung des Parlaments bei der Richterbestellung völlig zu streichen. Mit der bis heute in Geltung stehenden Maßnahme, die Wahl der Verfassungsrichter/innen dem Parlament weitestgehend zu entziehen, bedeutete jene „Entpolitisierung“ demnach eigentlich Entdemokratisierung.

4. Gestaltungsmacht neuer Vetospieler

Die heutige Demokratieforschung gibt Kelsen insofern recht, als nationale Verfassungsgerichte zwar tatsächlich keine *veto player* im strikten Sinne nach George Tsebelis (2002) seien, sondern eher „konditionale Vetospieler“ (Kneip 2009: 21), die ja zur Machtausübung erst angerufen werden (müssen). Dennoch warnt die Politikwissenschaft, dass Höchstgerichte die Handlungsmöglichkeiten der Politik mehr und mehr einengen: einerseits durch „aktive Justizialisierung“, d. h. weil Gerichte Verfassungstexte nicht nur auslegen, sondern nach je eigenen dogmatischen Prinzipien interpretieren und damit Verfassungsinhalte autoritativ definieren; andererseits durch „passive“ oder „vorausseilende Justizialisierung“, indem sich politische Akteur/innen angesichts möglicher abschlägiger Verfassungsgerichtsurteile in der von ihnen präferierten Politik beschränken (vgl. Kneip 2011).

Daher steht noch immer zur Diskussion, inwiefern die nationale Gerichtsbarkeit in die im demokratischen Staat politisch auszutragenden Machtkämpfe eingreift und aufgrund ihrer hohen legislativen *shaping power* selbst auf undemokratische Weise Macht ausübt. Hinzu kommen jedoch verstärkt die supranationale Ebene und damit die Verlagerung von politischer Macht zu Entscheidungsträger/innen, deren demokratische Rückbindung an den/die Bürger/in viel problematischer ist als im klassischen Nationalstaat. Für beide Ebenen gilt: „Je mehr Befugnisse die Richter haben, desto weniger Raum bleibt für den *demos*“ (Paczolay 2011: 297). Entscheiden die nationalen Verfassungsrichter/innen anstelle der Politiker/innen, werden Gerichte zum Vormund der Demokratie. Entscheiden supranationale Gerichtshöfe oder gar wirtschaftspolitische

Einrichtungen wie der WTO Appellate Body, steht die Demokratie an sich zur Disposition. Diese Sorge um die Demokratie ruft einerseits die Grenzen richterlicher Überprüfung in Erinnerung, andererseits aber auch zu einer Empörung gegen die Selbstaufgabe der Politik durch Verrechtlichung auf. Denn die Judikative kann wohl stets nur so viel Macht an sich reißen, wie ihr die Politik überlässt. Werden schwierige politische Entscheidungen an Gerichte abgegeben, so ist die Freiheit demokratischer Kompromissfindung eingeschränkt. Die Juridifizierung des politischen Prozesses ist das Vexierbild der höchstgerichtlichen positiven Gesetzgebung.

In Österreich können wir dies derzeit im Streit um die Studiengebühren beobachten. Da die Regierung das heiße Eisen an den VfGH abgegeben hat, soll nun höchstgerichtlich entschieden werden, was eine universitäts- und bildungs-, letztlich ebenso gesellschaftspolitische Frage ist. Die Judikative wird somit zur zentralen Akteurin in einem parteipolitischen und auch innerparteilichen Machtkampf, sodass die *Kronen Zeitung* schon titelte: „Koalition zittert vor VfGH-Prüfung der Studiengebühren“ (22. Jänner 2011). Im Juni 2012 hat das Gericht ein erstes Urteil gefällt (V 35/12-3 vom 28. Juni 2012) und den Antrag aus formalen Gründen für unzulässig erklärt. Aufgrund einer Bescheidbeschwerde leitete der VfGH aber mittlerweile (am 17. Oktober 2012) ein Verordnungsprüfungsverfahren ein.

Warum überlässt die Regierung die Entscheidungsmacht dem Höchstgericht? Nach Ran Hirschl (2004: 84ff.) profitieren Politiker/innen von einer Erweiterung der judiziellen Macht auf zweierlei Weise: Erstens ist die Delegation von schwierigen Entschlüssen ein probates Mittel, sich vor den unliebsamen Folgen zu schützen. Wer nicht selbst entscheidet, kann auch nicht schuld sein, muss keine Verantwortung übernehmen. Das gilt insbesondere für „no-win political dilemmas“. Die Übertragung an die Judikative leitet sich daher von politischen, nicht von genuin judiziellen Faktoren ab (vgl. Graber 1993). Zweitens kann mit der Anrufung eines Höchstgerichts die „Richtigkeit“ einer politischen Entscheidung bekräftigt werden. Wer bei einem schwierigen Thema die öffentliche Unterstützung sucht, lässt sich seine Entscheidung quasi gerichtlich absegnen. Darüber hinaus erhofft er/sie sich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber dem/r politischen Gegner/in. Diese Strategie funktioniert sowohl national als auch supranational, weist jedoch erhebliche Unterschiede in der Qualität ihrer demokratischen Rückbindung an den/die Normunterworfenen/n auf. Werden juristokratische

Elemente im Nationalstaat durch die institutionalisierte Demokratie noch einigermaßen kompensiert, fehlt dieser Mechanismus auf übernationaler Ebene.

Ich führe im Folgenden einige Beispiele aus dem nationalstaatlichen wie aus dem europäisierten und globalisierten Kontext an, um die Unterschiede in den politischen Machtfaktoren von Gerichtsbarkeit deutlich zu machen:

Neben dem US-Supreme Court und seinen politisch wegweisenden Entscheidungen etwa in Unterstützung des New Deals als „Roosevelt Court“ (vgl. Ehs 2013) oder konkret bei *Brown v Board of Education* (1954, Verfassungswidrigkeit der Rassentrennung) und *Roe v Wade* (1973, Legalisierung der Abtreibung) ist es das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG), das oftmals wie eine dritte legislative Kammer agiert (vgl. Limbach 1999). Das BVerfG gibt sich keineswegs mit der Rolle als negativer Gesetzgeber zufrieden, sondern hat eine erfolgreiche Selbstemanzipation hinter sich, die bereits kurz nach seiner Institutionalisierung im Jahre 1951 begonnen hatte: Entgegen der Absicht des Gesetzgebers, der das neue Gericht unter der Zuständigkeit des Justizministeriums etablieren wollte, erklärt das BVerfG in seiner sogenannten „Status-Denkschrift“ vom 27. Juni 1952: „Die Verfassungsgerichtsbarkeit unterscheidet sich von jeder anderen Gerichtsbarkeit grundsätzlich dadurch, dass sie allein es mit einer besonderen Art von Rechtsstreitigkeiten, nämlich den ‚politischen Rechtsstreitigkeiten‘ zu tun hat“ und zog daraus die Konsequenz: „Das Bundesverfassungsgericht ist in seiner Eigenschaft als berufener Hüter der Verfassung zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan. Als solches steht es verfassungsrechtlich dem Bundestag, dem Bundesrat und der Bundesregierung ebenbürtig zur Seite“ (Leibholz 1953). Das BVerfG orientierte sich bei seiner Selbstaufwertung offenbar am Supreme Court und trat allein in den letzten zehn Jahren mit den höchst politischen Entscheidungen wie im Kopftuchstreit (2003), beim Lissabon-Urteil (2009), Hartz IV-Urteil (2010) und zuletzt dem ESM-Urteil (2012) hervor, weswegen manch eine/r schon von der „Karlsruher Republik“ (Schaal et al. 2000) spricht.³ Dieser Kritik kann jedoch entgegengebracht werden, dass die Karlsruher Richter/innen hierbei wiederum auch eine direkt politisierende Funktion übernehmen. Denn nicht zuletzt das Hartz

³ Zur Frage, inwiefern die Karlsruher Richter/innen bisweilen die Grenzen ihrer institutionellen Zuständigkeit überschreiten, siehe Jestaedt et al. (2011).

IV-Urteil leitete eine Re-Politisierung der Debatte ein, indem es das Thema wieder in die Öffentlichkeit brachte, nachdem es im Bundestag kein Forum mehr gehabt hatte.

Das BVerfG mag zwar medial präsent sein, doch auch international weniger wahrgenommene Gerichte wie das ungarische Alkotmánybíróság lassen vermehrt aufhorchen. Am Urteil über die rechtliche Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften kann man Macht und Machtspiele des ungarischen Verfassungsgerichts veranschaulichen: In seiner Entscheidung hatte das Gericht die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften im Bürgerlichen Gesetzbuch und in allen entsprechenden Gesetzen erzwungen. Auf der Grundlage dieses Urteils verabschiedete das ungarische Parlament 2007 ein Gesetz über eingetragene Partnerschaften, das unverheiratete und gleichgeschlechtliche Partnerschaften anerkannte. Doch 2008 befand das Gericht dieses Gesetz für verfassungswidrig, weil es in Bezug auf die Unverheirateten die Ehe herabsetze; 2009 verabschiedete das Parlament deshalb ein überarbeitetes Gesetz. Während das Gericht also mit seiner ersten Entscheidung über die Volkssouveränität hinausging, nahm es in seiner zweiten Entscheidung mit dem Hinweis auf die verfassungsrechtlich geschützte Ehe die von der parlamentarischen Mehrheit getroffenen Schritte zurück (vgl. Paczolay 2011: 300).

Verdeutlichen bereits diese Entscheidungen der letzten Jahre die Macht des Alkotmánybíróság, so ist Ungarn gerade heute ein treffliches Fallbeispiel zur Erforschung der politischen Einflussnahme auf Gerichte allein durch die Änderung der Bestellungsmodalitäten: Im Juni 2011 wurde mittels der Stimmen der Zweidrittelmehrheit der Regierungspartei Fidesz die Zahl der Verfassungsrichter/innen von elf auf 15 erhöht – und ausschließlich mit Fidesz-Kandidat/innen besetzt. Zudem wurde ihr Mandat von neun auf zwölf Jahre verlängert und somit das Gericht erfolgreich umpolitisiert.

Am Beispiel der Evolution des EuGH zeigt sich wiederum, dass Mitgliedstaaten Macht an die Judikative abgetreten haben, um das Problem kollektiver Handlung zu umgehen. Wenn der EuGH Recht spricht, müssen es die Regierungschef/innen nicht (gegen das nationalstaatliche Parlament durch-)setzen – was den Gerichtshof allmählich zum eigentlichen Motor der europäischen Integration machte. Des Weiteren kommen juristokratische Mittel im europäischen und internationalen Austausch zwischen den Gerichten zur Anwendung: Höchstrichter/innen emanzipieren

sich nicht nur schrittweise gegenüber der Legislative in der Errichtung und Aufrechterhaltung eines globalisierten judiziellen Diskurses („Courts are talking to one another all over the world“ [Slaughter 1994: 99; vgl. Slaughter 2004]), sondern zur Gewährleistung eines institutionalisierten Dialoges zwischen höchsten Gerichtsinstanzen werden auch Abkommen getroffen, wie aktuell zwischen der Europäischen Union und der Schweiz.

5. Exkurs: Machtbeschränkungen

Sowohl in der normativ als auch in der empirisch ausgerichteten, kritischen Demokratieforschung wird die Forderung laut, die Macht der Höchstgerichte zu beschränken. Die Wissenschaft hat hierfür fünf idealtypische Möglichkeiten analysiert:

Erstens die Ex-ante-Politisierung, die darin besteht, die auch-politische Tätigkeit von Verfassungsgerichten offen einzubeziehen und den politischen Parteien bei der Ernennung der Höchstrichter/innen eine zentrale Rolle zukommen zu lassen. Um eine Kopplung von Verfassungsgerichtsbarkeit an den demokratischen politischen Prozess zu gewährleisten, wären die Richter/innen mittels parlamentarischer Wahl zu bestellen. Zweitens, die Ex-post-Kontrolle, die vorsieht, das Verfassungsgericht durch die Möglichkeit einer Zurückweisung seines Urteils durch parlamentarische Zweidrittelmehrheit zu disziplinieren. Mit einem solchen Parlamentsvorbehalt könnten grundlegende Fragen der politischen Gestaltung öffentlich(er) diskutiert werden. Allerdings würde dies mitunter eher eine Skandalisierung des Urteils und insbesondere unter großen Koalitionen eine erhebliche Schwächung der konstitutionellen Komponente bedeuten. In dieselbe Kerbe, jedoch grundlegender, schlägt drittens die Möglichkeit des politischen Systems, als Reaktion auf ein Höchsturteil die Verfassung abzuändern. In den USA wurde die Verfassung aufgrund unliebsamer Entscheidungen des Supreme Courts bislang vier Mal geändert, zuletzt 1971, als es um eine Kompetenzfrage zur Festlegung des Wahlalters ging (*Oregon v. Mitchell*). Das bekannteste österreichische Beispiel ist die Verfassungsnovellierung des Jahres 1929, als auch in Reaktion auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes im Streit um die sogenannten Sever-Ehen bezüglich der Wiederheirat geschiedener Katholiken (VfSlg 878) unter dem Titel der „Entpolitisierung“ ein neuer Bestellungsmodus für die Richter/innen eingeführt wurde – was tatsächlich aber nur zu einer „Umpoliti-

sierung“ (Merkl 1930) führte. Viertens, die Selbstbindung eines Verfassungsgerichtes, lässt sich auf zweierlei Arten verwirklichen: *judicial self-restraint* und *principled self-restraint*.

Der *judicial self-restraint*, die richterliche Selbstbeschränkung, bezieht sich auf den Verzicht, (zu sehr) gesetzgebend in die Politik einzugreifen. Das deutsche BVerfG bekannte sich 1973 in seiner Entscheidung zum Grundlagenvertrag dazu, keine „Politik zu treiben“, das heißt, nicht „in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen“ (BVerfGE 36, 1, 14f.). Doch für Ingeborg Maus (2004: 849) ist *self-restraint* keine demokratische Kategorie, denn: „Sie entspricht der ‚Mäßigung‘, die der aufgeklärte absolute Monarch sich aus eigener Einsicht auferlegt.“ Tatsächlich tendiert das BVerfG trotz seines Bekenntnisses eher zum *judicial activism* und zu grundsätzlicheren Aussagen, insbesondere im Vergleich mit dem österreichischen VfGH, der sich stärker auf Einzelfallentscheidungen konzentriert. Der Unterschied liegt nach Michael Holoubek (2008: 111) vor allem im Selbstverständnis der beiden Verfassungsgerichte begründet; und Matthias Jestaedt (2008: 22), der noch einen Schritt weiter geht, macht die Differenz gar am Verfassungsverständnis und darauf basierend an der Verfassungs- und Verfassungsgerichtskultur per se fest: Die österreichische Verfassung sei eher eine grobsteuernde, politikermöglichende Rahmenordnung der Rechtserzeugung, wohingegen das deutsche Grundgesetz tendenziell ein flächendeckendes, wert aufgeladenes Feinsteuerungsmedium sei. Somit ist auf den engen Zusammenhang zwischen den unterschiedlichen Praktiken von Verfassungsgerichten und der Starre oder Änderbarkeit der Verfassung hingewiesen. Während die österreichische Verfassung relativ leicht novellierbar ist und damit dem Verfassungsgesetzgeber einen vom VfGH kaum einzuholenden Vorsprung einräumt, sind das Grundgesetz oder auch die US-Verfassung viel schwerer abzuändern, weshalb dem BVerfG und in besonderem Maße dem Supreme Court eine derart überragende Rolle zukommt.

Eine Konkretisierung des *judicial self-restraint* stellt die vom Supreme Court ausgearbeitete Lehre der Nichtbeurteilbarkeit politischer Fragen dar, die sogenannte *political question doctrine*. Der Supreme Court entzieht sich in bestimmten Fragen selbst die rechtliche Überprüfung, ist in der Beurteilung dessen, was politisch ist, aber recht unklar. Beispielsweise lehnte er 1946 ab, die Wahlkreiseinteilung des Staates Illinois zu überprüfen (*Colegrove v. Green*), nimmt

aber seit 1944 Klagen wegen Rassendiskriminierung in politischen Parteien entgegen (*Smith v. Allwright*). 1962 erfolgte mit *Baker v. Carr* schließlich der Versuch einer Definition der *political question doctrine*, die allerdings laut Robert Pushaw (1996: 500) strikt angewandt dazu führen würde, dass Verfassungsgerichtsbarkeit vollständig verunmöglicht würde. Bezeichnenderweise hat sich der Supreme Court seit 1962 nur mehr in zwei Fällen für unzuständig erklärt, was mitunter Rückschlüsse auf seinen relativen Bedeutungszuwachs zulässt.

Dem *judicial self-restraint* ähnlich, sich aber weniger auf den juristischen Ethos, sondern vielmehr auf eine demokratietheoretische Verortung nichtmajoritärer Entscheidungsverfahren beziehend, ist das Konzept des *principled self-restraint*. Dieses steht in der Tradition der Überlegungen von John Hart Ely (1980). Aufgabe von Verfassungsgerichten wäre es demnach, ausschließlich die Prinzipien und Bestandsvoraussetzungen der Demokratie zu sichern. Gesetze müssten folglich nur dann zurückgewiesen werden, wenn sie die Bedingungen der Verwirklichung des demokratischen Prinzips untergraben. Eine solcherart demokratietheoretisch inspirierte Rekonzeptualisierung von Verfassungsgerichtsbarkeit könnte das Problem der Überkonstitutionalisierung lindern und das demokratische Moment stärken. Eine weitere, fünfte Möglichkeit, die Macht der Verfassungsgerichte im Sinne des demokratischen Prinzips neu zu vermessen, ist, ganz radikal nach der Existenzberechtigung von Verfassungsgerichtsbarkeit an sich zu fragen. Denn die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes könnte das Parlament beurteilen, wie man bis vor Kurzem insbesondere in Finnland verfahren ist (vgl. Tuori 2011). Eine Normverwerfungskompetenz von Gerichten wurde dort nämlich als Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz verstanden. In Finnland existierte – ebenso wie in den anderen skandinavischen Staaten – kein ausgewiesenes Verfassungsgericht; dafür erfolgte eine abstrakte Ex-ante-Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzesentwürfen durch den Verfassungsausschuss des Parlaments. Dieser wurde nur dann angerufen, wenn es tatsächlich Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines geplanten Gesetzes gab. Die Einschätzung des Ausschusses war für das Parlament bindend, konnte jedoch immer noch durch die Ausnahmeregelung mittels einer Verfassungsänderung überstimmt werden. Die Legislative hatte das letzte Wort. – *Hatte* das letzte Wort, denn mit der neuen Verfassung des Jahres 2000 wurde den Gerichten die Befugnis eingeräumt, die Frage der Verfassungsmäßig-

keit von Parlamentsgesetzen im konkreten Einzelfall zu überprüfen (Artikel 106).

6. Neuer Konstitutionalismus/Judicial Governance

Die Einführung einer konkreten Ex-post-Gesetzesprüfung zusätzlich zur abstrakten Ex-ante-Prüfung, die Finnland zu einer Hybridform gemacht hat, steht unter dem Eindruck des Neuen Konstitutionalismus. Jene Entwicklung lässt der Judikative eine immer stärkere Rolle zukommen, separiert dadurch politische Prozesse von einer breiten politischen Verantwortlichkeit und verändert im Interesse der globalen Rechtsangleichung innerstaatliche Autorität. Den „Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“ beanstandete Ernst-Wolfgang Böckenförde schon 1991 (Böckenförde 1991: 190), und in der Tat gewann die Judikative gegenüber der Legislative in den vergangenen Jahren stetig an Macht, sodass von einer Epoche der Konstitutionalisierung gesprochen werden kann: Das österreichisch-deutsche Modell konzentrierter Verfassungsgerichtsbarkeit diente zahlreichen mittel- und osteuropäischen Transformationsländern als Vorbild (vgl. Brunner 1993), und selbst der französische Conseil constitutionnel prüft seit der Verfassungsreform 2008 nicht mehr nur abstrakt ex ante, sondern kann nun ähnlich dem EuGH-Vorabentscheidungsverfahren im Rahmen einer Rechtsbeschwerde ex post über die Verfassungsmäßigkeit urteilen. Letzthin hat auf Basis des Constitutional Reform Act von 2005 sogar das Mutterland der Parlamentssouveränität, das Vereinigte Königreich, zum 1. Oktober 2009 ein Oberstes Gericht eingerichtet, das zwar keine Normenkontrollkompetenz besitzt, aber Exekutivakte prüfen und sanktionieren kann. Doch auch ohne ausgeprägte Verfassungsgerichtsbarkeit ist das Vereinigte Königreich in das europäische Mehrebenen(gerichts)system eingebunden und somit der Rechtsprechung des EuGH unterworfen.

Es sind aber nicht nur EuGH oder EGMR, die heute jenseits des klassischen Nationalstaats auch über den/die Einzelne/n Recht sprechen. Für Gunther Teubner (2012: 21) ist die „konstitutionelle Leere des Transnationalen eine Fehlvorstellung“. Denn längst haben sich internationale Organisationen, transnationale Regime und deren Vernetzungen nicht nur stark juridifiziert, sondern befinden sich in einem Prozess der Konstitutionalisierung. Das heißt, sie sind „Teile einer weltweiten – wenn auch durchgehend fragmentierten – Verfassungsordnung geworden“ (Teubner 2012: 22).

Teubner listet etwa die Einrichtungen des *Washington Consensus*: IMF, Weltbank und WTO. Diese haben wirtschaftspolitische Liberalisierung, Deregulierung und Privatisierung zum Ziel und entsprechen damit den Werten des Neoliberalismus. In den Sozialwissenschaften wird diese Entwicklung von emergierenden Institutionen einer Weltwirtschaftsverfassung vorrangig unter dem Schlagwort des Neuen Konstitutionalismus untersucht.

Die Theorie des Neuen Konstitutionalismus versucht, das Verhältnis von Recht und Machtverhältnissen im europäischen und globalen Rahmen zu erfassen. Der gegenwärtig am weitesten fortgeschrittene Theoriestrang ist jener, der die Hegemonietheorie Antonio Gramscis aufgreift. Hier ist vor allem Stephen Gill (2000a) zu nennen,⁴ der von einem „disziplinierenden Neoliberalismus“ als Modus transnationaler Vergesellschaftung ausgeht und für die politisch-rechtliche Dimension meint: „New Constitutionalism is the politico-judicial counterpart to ‚disciplinary neo-liberalism‘. The latter is a discourse of political economy that promotes the power of capital through extension and deepening of market values and disciplines in social life, under a regime of free enterprise“ (Gill 2002: 47). Gill beschreibt die Konstitutionalisierung einer markt- und wettbewerbszentrierten Form inter- respektive transnationaler Rechtsstaatlichkeit, die von Organisationen wie WTO, IWF, NAFTA und EU bestimmt wird und nicht mehr den klassischen Vorstellungen demokratischer Partizipation genügt. Auf der Ebene der Rechtsprechung bedeutet diese Entwicklung zum Beispiel die Einführung eigener Gerichtsbarkeiten (etwa des Appellate Body der WTO), die wiederum auf die Entscheidungsspielräume von nationalstaatlichen Parlamenten oder das EU-Parlament disziplinierend einwirken.

Gemäß dem neoliberalen Diskurs ist nicht der/die Citoyen/ne, sondern der/die Bourgeois/e das souveräne politische Subjekt. Der disziplinierende Neoliberalismus beruht auf der Trennung von Wirtschaft und Politik, was bedeutet: auf der Trennung von Wirtschaft und Demokratie. Um dies gegen politische Mobilisierung „von unten“ hinreichend abzusichern, ist jedoch eine Strategie der Oppositionseinbindung geboten, weswegen selbst die Weltbank den „Dialog“ mit der Zivilgesellschaft sucht – allerdings in sicher kanalisiertem Wege. Diese Vorgehensweise erinnert

4 In der österreichischen Politikwissenschaft v. a. Brand (2005).

mich an das, was Peter Christian Ludz in Bezug auf seine DDR-Forschungen „konsultativen Autoritarismus“ nannte.

Anhand des EuGH skizziere ich nun die Konstitutionalisierung des Rechtsstaats und die Internationalisierung von Recht und Gerichtsbarkeit sowie deren Folgen für die Demokratie: Unter dem von der Policy-Forschung entwickelten Begriff der *Judicial Governance* (vgl. Frerichs 2008) verstehe ich den EuGH sowohl als Motor des Integrationsprozesses (Internationalisierung) als auch als supranationales Verfassungsgericht (Konstitutionalisierung). Er ist somit ein gewichtiger institutioneller Akteur im europäischen Mehrebenensystem des Regierens, das mit einer dreigliedrigen Transformation klassischer Staatlichkeit einhergeht (vgl. Jessop 1995): der Entnationalisierung des Staates durch Verlagerung staatlicher Funktionen insbesondere auf höhere (intergouvernementale, supranationale) Ebenen; der Entstaatlichung politischer Regime durch Einbindung nicht-gouvernementaler Akteur/innen; der Internationalisierung des Nationalstaates durch Entdifferenzierung innenpolitischer und außenpolitischer Entscheidungskontexte mitsamt Umorientierung von der volkswirtschaftlichen Binnenregulierung zum internationalen Standortwettbewerb. Durch jene dreifache Transformation – womöglich hin zu einem „Staatsprojekt Europa“ (Buckel 2011) – verändern sich auch die Beziehungen und Machtgewichtungen zwischen Legislative, Exekutive und Judikative.

Das Konzept der *Judicial Governance* beruht auf einem soziologisch orientierten Institutionenbegriff, der an den Wandel des Staates angesichts von Europäisierung und Globalisierung anknüpft. Doch sollte die politikwissenschaftliche Forschung nicht allein die Policy-Dimension und damit die politische Steuerungsfunktion betrachten, sondern sich wieder vermehrt der Politics-Dimension widmen und ebenso eine herrschaftssoziologische Analyse betreiben. Für den EuGH kann man so feststellen, dass er mit seiner Rechtsprechung nicht nur die Konstitutionalisierung der Verträge forciert, sondern auch zu spezifischen Politikinhalt Stellung nimmt und dadurch eigenständig ein Regulierungssystem entwickelt und eigene politische Impulse setzt, somit klar ein auch-politischer Akteur ist (vgl. Armstrong/Bulmer 1998: 263ff.) – also nach Robertson Werte wählt und letztlich damit eine politische Theorie, d. h. jenes Gesellschaftsbild implementiert und/oder verfestigt, das man mit Gill (1995) als „market civilisation“ bezeichnen kann. Stone Sweet (2000: 193) analysiert zudem treffend: „In today’s

multi-tiered European polity, the sovereignty of the legislature, and the primacy of national executives, are dead. In concert or in rivalry, European legislators govern with judges.“ Denn der EuGH agiert nicht nur als politischer Akteur, wenn er Rechtskonflikte zu entscheiden hat, sondern bereits, wenn er in Vorabentscheidungsverfahren angerufen wird. Daraus hat sich eine eigene herrschaftliche *Judicial Governance* im Rahmen der Multilevel Governance entwickelt.

Dieses Regime wird weiter verfestigt durch den Beitritt neuer Mitglieder, die nicht nur zum Zeitpunkt des Beitritts den gesamten *Acquis communautaire* übernehmen, sondern bereits im Vorfeld enorme Rechtsangleichungen durchführen und ihre nationalen Gerichte am EuGH orientieren. Ähnliches findet im Übrigen auch in Nicht-EU-Mitgliedern wie der Schweiz statt, die aufgrund bilateraler Abkommen eng mit dem Wirtschafts- und daher Rechtsraum der EU verbunden sind und somit die *Judicial Governance* von außen stützen (vgl. Ehs 2008).

Andreas Bieler und Adam Morton (2001), Vertreter der neo-gramscianischen Theorie, gehen davon aus, dass jene Institutionen mehr Gewicht erhalten (haben), die mit wirtschaftlichen Fragen, vor allem mit dem Umbau von nationaler zu europäischer und globaler Orientierung befasst sind. Es war der EuGH, der mit seinen Entscheidungen in Marktfragen die europäische Integration befördert hat. Er hat schon Politik gestaltet, bevor das Europäische Parlament überhaupt irgendeine Mitsprache hatte. Beginnend 1963 mit dem Urteil im Fall Van Gend & Loos, über 1964 mit Costa/ENEL, die Eigenständigkeit und Vorrang des Gemeinschaftsrechts begründeten, bis zu 1978 mit Cassis de Dijon, einem Eckpfeiler des EU-Binnenmarktes, hat der EuGH auf Basis der wirtschaftlichen Integration politisch wegweisend entschieden. Indem judiziert wurde, dass das Gemeinschaftsrecht auch vor späterem nationalen Recht und selbst gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht Vorrang erhält, verfolgte man erfolgreich das Ziel „to create an ‚enabling state‘, that is one that will deliver an improved long-term investment climate, better protection of property rights, and inter alia, higher levels of profit flows in the future“ (Gill 2000b: 9). In makroökonomischen Fragen kann der einzelne europäische Nationalstaat kaum noch agieren; ihm bleibt bloß noch, als „enabling state“ im neoliberalen Wettbewerbsfähigkeitsdiskurs zu punkten. Wo (auf nationalstaatlicher Ebene) politisch dereguliert wird, greifen demnach Gerichte (auf supranationaler Ebene) regulierend ein.

Zeitlich trifft der Neue Konstitutionalismus mit dem Kollaps der kommunistischen Staaten und damit dem Ende der bipolaren Welt zusammen. Die kapitalistische Wirtschaftsform hatte den Sieg davongetragen und mit ihr die zu jener Zeit vorherrschende Form, der Neoliberalismus. Dieser gründet in seiner globalen Ausprägung auf der Vorherrschaft des internationalen Privatrechts und entfernte die Regulation der Wirtschaft nicht nur aus dem nationalen Rahmen, sondern damit auch aus der klassischen demokratischen Kontrolle des Nationalstaats. Internationaler Bezugspunkt war fortan eine neue *lex mercatoria*; innerstaatliche Reformen von Recht und Verfassung wurden unter der Ägide des Standortwettbewerbs unternommen. Politischer Bezugspunkt war nicht mehr der/die Bürger/in, sondern der/die Investor/in, nicht mehr die nationale Demokratie, sondern der transnationale Wirtschaftsraum.

Die politischen Ursachen des Neuen Konstitutionalismus liegen laut Hirschl jedoch nicht allein bei machtvollen Industriellen und Unternehmen, die in der Tat Verfassungsänderungen betreiben (Stichwort Lobbyismus), um die unternehmerische Privatsphäre vor staatlichem Eingriff zu schützen und wirtschaftliche Freiheiten zu garantieren. Damit wird zwar das Individuum vor dem Kollektiv „geschützt“ und jede/r wird zum „Unternehmer seiner selbst“ (Michel Foucault). Denn ein Merkmal neoliberaler Regierungsmentalität besteht in jener Ablöse der ideologischen Leitfigur des/der Arbeitnehmenden zugunsten der Unternehmer/innen, was schließlich das Kollektiv und damit auch mögliche kollektive Arbeitskämpfe zerstört und den öffentlichen Raum im Neuen Konstitutionalismus in eine privatisierte und kommodifizierte Sphäre umwandelt. Doch die wichtigsten Akteur/innen in dieser Übertragung von politischer Macht zu den Höchstgerichten sind die bisherigen Entscheidungsträger/innen selbst, die Politiker/innen. Für Hirschl (2004: 98) resultiert der Grund der neuen Konstitutionalisierung und damit der Juridifizierung aus einem „strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites seeking to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests. The changes that emerge reflect a combination of the policy preferences and professional interests of these groups.“

Gemäß diesem Erklärungsansatz der *Hegemonic Preservation* wird aus Angst vor unwillkürlichem Machtverlust Macht willkürlich abgegeben, nach dem Motto: Wenn ich schon keine Macht (mehr) habe, soll

sie der/die Gegner/in auch nicht haben, sondern gleich jemand anders, mit dem/der man vielleicht kooperieren oder den/die man gar kontrollieren kann. Diese Strategie wird von unter Druck geratenen politischen Eliten angewandt, um ihre hegemoniale Stellung zu verteidigen.

7. Conclusio

Versteht man mit Hans Kelsen sowohl Verfassung als auch Verfassungsgerichtsbarkeit funktional, dann erweisen sich die gegenwärtigen Lamenti über die Juridifizierung des politischen Prozesses sowie über ihr Vexierbild der politisierten Justiz als nicht haltbar. Denn wenn man die Gewalten als nicht voneinander wesensverschieden und nicht getrennt, sondern verbunden und aufgabenteilend wahrnimmt, wird man der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie gerecht und kann auch Exekutive und Judikative politisch durchdringen sowie der Legislative Rechtsschranken auferlegen. Da das Parlament nicht alleiniger Souverän ist, kann und muss durch einen anderen Teilsouverän wie den VfGH über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen entschieden werden. Somit besteht außerdem keine Unvereinbarkeit von Justiz und Politik, weil beide doch wieder nur Ausdruck der Machtkonstellationen im demokratisch organisierten Staat sind: „Jeder Rechtskonflikt ist doch ein Interessen- bzw. Machtkonflikt, jeder Rechtsstreit daher ein politischer Streit, und jeder Konflikt, der als Interessen-, Macht- oder politischer Konflikt bezeichnet wird, kann als Rechtsstreit entschieden werden...“ (Kelsen 1930: 578). Folglich subsumiert Alec Stone Sweet (2002: 98) hinsichtlich der Veränderungen parlamentarischen Regierens in Europa im 20. Jahrhundert: „Kelsen was right. The delegation of rights jurisdiction to a constitutional organ, effectively insulated from political controls, has engendered the gradual but inevitable collapse of separation of powers doctrines. Today, ministers and parliamentarians govern with constitutional judges. And the judiciary, partly in interactions with constitutional judges, has radically expanded its capacity to control policy outcomes.“

Diese Aussagen Kelsens und Stone Sweets beziehen sich auf Gesetzgebungs- und Regierungstätigkeit als Machtausübung im klassischen Nationalstaat, der von den Grundsätzen parlamentarischer Demokratie geprägt ist. Doch kommt heute vermehrt eine inter- und vor allem supranationale Ebene hinzu, die die klassische Staatlichkeit und damit auch die klassische Mehrheitsdemokratie transformiert und die nicht grundsätzlich auf demokratischen Mechanismen beruht. Die Taktiker/

innen der *Hegemonic Preservation* haben mittlerweile auch diese Ebene für sich entdeckt: Macht, d. h. hier hauptsächlich die Ausübung von Public Policy, wurde nicht nur innerstaatlich an nicht-majoritäre Institutionen wie Verfassungsgerichte übertragen, sondern auch auf eine andere Ebene delegiert, die allerdings außerhalb des nationalen demokratischen Systems steht, wie etwa EU-Agenturen, EuGH, nicht zuletzt schein-autonome Institutionen wie die EZB oder der IWF (vgl. Thatcher/Stone Sweet 2002). Damit schirmt eine ex- und intern unter Druck geratene politische Elite ihre Entscheidungsmacht von der demokratischen Mehrheitskontrolle ab. Der Druck geht hierbei oftmals von finanzstarken Unternehmen aus, die für ihre Geschäfte ein vorhersehbareres, weniger „politisiertes“ Umfeld wünschen, als es eine Demokratie, in der Entscheidungen stets nur vorläufig sind, je bieten könnte.

Diese Entwicklung ist auch als zeithistorische Antwort auf die Forderungen und Errungenschaften politischer Repräsentation zurückzuführen. Nicht nur die Demokratisierung ehemals autoritär regierter Staaten setzt deren bisherige politische, ökonomische und kulturelle Eliten unter Druck, sondern auch die fortschreitende bürgerliche Selbstermächtigung in Staaten mit einer längeren Geschichte gefestigter Demokratie wie in den USA oder in Westeuropa, wo sich die Bürgerbeteiligung nicht nur in Citizen Juries oder lokaler Demokratie manifestiert, sondern in neuem zivilgesellschaftlichem Protestverhalten (z. B. Occupy-Bewegung). Gerade in jenen westlichen Demokratien bestehen die demokratischen Einrichtungen ja fort; doch während die Demokratie formal aufrechterhalten wird, verschiebt sich die eigentliche Macht von der majoritären Politikarena zu semi- oder gar schein-autonomen, demokratisch nicht hinreichend legitimierten Institutionen. Auf diese Weise wird die Demokratie ausgehebelt und die Bedrohung hegemonialer Vorherrschaft für die bisherigen Eliten minimiert. Die Eliten schützen sich so vor den Launen und Wechsellern demokratischer Politik.

Literatur

- Altwater, E. (2012): Das falsche Modell. *Le Monde diplomatique*, September, 3-4.
- Armstrong, K.A./Bulmer, S.J. (1998): *The Governance of the Single European Market*. Manchester: UP.
- Bernatzik, E. (1886/1964): *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*. *Verwaltungsrechtliche Studien*. Neudruck Aalen: Scientia, 262f.
- Bieler, A./Morton, A.D. (2001): Introduction: Neo-Gramscian Perspectives in International Political Economy and the Relevance to European Integration. In: Dies. (Hg.): *Social Forces in the Making of the New Europe. The Restructuring of European Social Relations in the Global Political Economy*. Houndmills/New York: Palgrave, 3-24.
- Böckenförde, E.-W. (1991): Grundrechte als Grundsatzenormen. In: Ders.: *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 159-199.
- Brand, U. (2005): Order and Regulation: Global Governance as a Hegemonic Discourse of inter-national Politics? *Review of International Political Economy*, 12 (1), 155-176.
- Brunner, G. (1993): Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 53, 819-869.
- Buckel, S. (2011): Staatsprojekt Europa. *Politische Vierteljahresschrift*, 52 (4), 636-662.
- Cappelletti, M./Secombe, M./Weiler, J.H. (1985): *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Band 1: Methods, Tools and Institutions, Berlin/New York: de Gruyter.
- Ehs, T. (2008): History in Europeanisation Studies: Lessons from Switzerland. *Contemporary European Studies*, 3 (1), 23-39.
- Ehs, T. (2012): Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine Vermessung der Grenzlinie zwischen Politik und Recht. In: Ehs, T./Gschiegl, St./Ucakar, K./Welan, M. (Hg.): *Politik und Recht. Spannungsfelder der Gesellschaft*. Wien: facultas, 135-152.
- Ehs, T. (2013): Felix Frankfurter and Hans Kelsen. A Revolution by Lawyers. *American Journal of Legal History* (im Erscheinen).
- Ely, J.H. (1980): *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: UP.
- Frerichs, S. (2008): *Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft. Integration durch Recht jenseits des Staates*. Baden-Baden: Nomos.
- Gill, S. (1995): Globalisation, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism. *Millennium – Journal of International Studies*, 24, 399-423.
- Gill, S. (1998): New Constitutionalism, Democratisation & Global Political Economy. *Pacifica Review*, 10 (1), 23-38.
- Gill, S. (2000a): Theoretische Grundlagen einer neo-gramscianischen Analyse der europäischen Integration. In: Bieling, H.-J./Steinhilber, J. (Hg.): *Die Konfiguration Europas – Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie*. Münster: Westfälisches Dampfboot, 23-50.
- Gill, S. (2000b): *The constitution of global capitalism*. Paper präsentiert im Panel „The Capitalist World, Past and Present“ bei der International Studies Association Annual Convention, Los Angeles. Online: www.theglobal-site.ac.uk/press/o1ogill.htm [24.09.2012]

- Gill, S. (2002): Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations. *International Studies Review*, 4, 47-65.
- Graber, M.A. (1993): The Nonmajoritarian Difficulty. Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, 7, 35-72.
- Greven, L. (2012): Draghis Autonomie ist undemokratisch. *Zeit-online*, 6. September. www.zeit.de/wirtschaft/2012-09/ezb-unabhaengigkeit [04.12.2012]
- Hirschl, R. (2004): The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11 (1), 71-108.
- Hirschl, R. (2007): *Juristocracy*. Cambridge: UP.
- Holoubek, M. (2008): Wechselwirkungen zwischen österreichischer und deutscher Verfassungsrechtsprechung. In: Merten, D. (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Österreich*. Berlin: Duncker & Humblot, 85-111.
- Jellinek, G. (1885): *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Wien: Hölder.
- Jessop, B. (1995): Die Zukunft des Nationalstaats: Erosion oder Reorganisation? – Grundsätzliche Überlegungen zu Westeuropa. *Europäische Integration und politische Regulierung – Aspekte, Dimensionen, Perspektiven*, 5, 9-47.
- Jestaedt, M./Lepsius, O./Möllers, C./Schönberger, C. (2011): *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp.
- Jestaedt, M. (2008): Gleichordnung der Grenzgerichte oder Überordnung des Verfassungsgerichts. *Journal für Rechtspolitik*, 16, 17-22.
- Kelsen, H. (1920): *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 1. Auflage. Tübingen: Mohr.
- Kelsen, H. (1923/1965): *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*. 3. Auflage, eingeleitet und herausgegeben von Norbert Leser, Wien: Verlag der Wiener Volksbuchhandlung.
- Kelsen, H. (1925): *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer.
- Kelsen, H. (1929): Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5, 30-88.
- Kelsen, H. (1930): Wer soll Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, VI, 576-628.
- Kneip, S. (2009): *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure. Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Qualität der bundesdeutschen Demokratie*. Baden-Baden: Nomos.
- Kneip, S. (2011): Gegenspieler, Vetospieler oder was? Demokratiefunktionales Agieren des Bundesverfassungsgerichts 1951-2005. *Politische Vierteljahresschrift*, 52 (2), 220-247.
- Leibholz, G. (1953): Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts (27.06.1952). Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Gerichtet an Bundespräsident, Präsidenten von Bundestag und Bundesrat sowie Bundesregierung, veröffentlicht am 19.01.1953. *Juristenzeitung*, 8 (5), 157-158.
- Limbach, J. (1999): Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor. In: Dies: *Im Namen des Volkes. Macht und Verantwortung der Richter*. Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 127-147.
- March, J.G./Olsen, J.P. (2006): The Logic of Appropriateness. In: Moran, M./Rein, M./Goodin, R.E. (Hg.): *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford: UP 2006, 689-708.
- Maus, I. (2004): Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat: Zur Kritik juridischer Demokratieverhinderung. *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 49 (7), 835-850.
- Maveety, N. (2003): The Study of Judicial Behavior and the Discipline of Political Science. In: Maveety, N. (Hg.): *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1-51.
- Merkel, A.J. (1918): Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts. *Juristische Blätter*, 47, 425-427, 444-447 und 463-465.
- Merkel, A.J. (1930): Der „entpolitisierte“ Verfassungsgerichtshof. *Der österreichische Volkswirt*, 23 (19), 509-511.
- Ogorek, R. (1986): *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Olechowski, T. (2009): Von der Ideologie zur Realität der Demokratie. In: Ehs, T. (Hg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Baden-Baden/Wien: Nomos/facultas, 113-132.
- Paczolay, P. (2011): Definitions- und Entwicklungsprozesse der Menschenrechte außerhalb der Volkssouveränität: Gerichtliche Prüfung als Ersatz für politische Willensbildung. In: Haller, G./Günther, K./Neumann, U. (Hg.): *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?* Frankfurt/New York: Springer, 293-301.
- Paulson, S./Schulte, M. (Hg.): *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Prien, T.: *Fragmentierte Volkssouveränität. Recht, Gerechtigkeit und der demokratische Einspruch in der Weltgesellschaft*. Baden-Baden: Nomos 2010.
- Pushaw, R.J. (1996): Justiciability and Separation of Powers: A Neo-Federalist Approach. *Cornell Law Review*, 81 (2), 393-512.
- Rehder, B. (2012): *Rechtsprechung als Politik*. Frankfurt/M.: Campus.
- Robertson, D. (2010): *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*. Princeton/Oxford: Princeton UP.
- Schaal, G.S./Friedel, S./Endler, A. (2000): *Die Karlsruher Republik*. Bonn: Verlag Stiftung Mitarbeit.
- Scharpf, F.W. (2011): Das Bundesverfassungsgericht als Hüter demokratischer Selbstgestaltungsfähigkeit? In: Stolleis, M. (Hg.): *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*. München: C.H. Beck, 186-199.
- Schmidt, R. (2005): Sichtbares Recht und unsichtbare Politik. Zur Auseinandersetzung zwischen staatsrechtlichem Positivismus und Verfassungspolitologie. In: Brodacz, A. (Hg.): *Institutionelle Macht. Genese – Verstetigung – Verlust*. Wien: Böhlau, 213-229.

- Schmitt, C. (1931): Der Hüter der Verfassung. *Der Ring*, 4 (18), 328-330.
- Slaughter, A.-M. (1994): A Typology of Transjudicial Communities. *University of Richmond Law Review*, 29, 99-134.
- Slaughter, A.-M. (2004): A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, 44, 191-219.
- Stone Sweet, A. (2000): *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: UP.
- Stone Sweet, A. (2002): Constitutional Courts and Parliamentary Democracy. *West European Politics*, 25 (1), 77-100.
- Stone Sweet, A./Shapiro, M. (2003): *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: UP.
- Teubner, G. (2012): *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin: Suhrkamp.
- Thatcher, M./Stone Sweet, A. (2002): Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions. *West European Politics*, 25 (1), 1-22.
- Tsebelis, G. (2002): *Veto Players. How Political Institutions Work*. Princeton: UP.
- Tuori, K. (2011): Kombination aus theoretischer ex ante- und konkreter ex post-Prüfung: Das finnische Modell. In: Haller, G./Günther, K./Neumann, U. (Hg.): *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?* Frankfurt/New York: Campus, 279-289.
- Van Ooyen, R.C. (2008): Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den „Hüter der Verfassung“. In: Van Ooyen, R.C. (Hg.) *Hans Kelsen. Wer soll Hüter der Verfassung sein?* Tübingen: Mohr Siebeck, VII-XXIII.
- Zavadil, T. (1999): Die Parteienvereinbarungen über den Verfassungsgerichtshof und die Bundes-Verfassungsnovelle 1929. In: Angerer, T./Bader-Zaar, B./Grandner, M. (Hg.): *Geschichte und Recht*. Wien-Köln-Weimar: Böhlau, 339-364.