

# André Brodocz

## Judikativer Minimalismus

### Cass R. Sunstein und die Integration demokratischer Gesellschaften

*Von Verfassungen wird zunehmend mehr erwartet als die Legitimation und Begrenzung politischer Herrschaft. Insbesondere in heutigen Demokratien scheint nur die Verfassung noch fähig, unsere pluralistischen Gesellschaften zu integrieren. Ob die Verfassung diese Erwartungen erfüllen kann, hängt vor allem davon ab, wie sie vom zuständigen Verfassungsgericht interpretiert wird. Nach Cass R. Sunstein ist diese integrative Funktion dauerhaft nur zu erfüllen, wenn das Verfassungsgericht seine Interpretationen der Verfassung nicht von einem vollständig gesättigten Prinzip abhängig macht, sondern seine Urteile möglichst minimalistisch begründet.*

#### I. Einleitung

In konstitutionell verfassten Demokratien sind Verfassungsgerichte – immer unter der Voraussetzung, dass sie auch vorgesehen sind – der Ort, an dem sich die Spannungen zwischen Recht und Politik verstärken.<sup>1</sup> Kommt dabei dem Verfassungsgericht wie etwa dem Bundesverfassungsgericht in der Bundesrepublik Deutschland die Funktion einer konkreten und abstrakten Normenkontrolle zu, dann tritt die politische Bedeutung rechtlicher Entscheidungen offen zu Tage. Denn die Entscheidungen des Verfassungsgerichts gehen den Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers insofern voran, als die verabschiedeten Normen immer nur unter dem Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit der Verfassung gelten. Auf der einen Seite kann damit der Gesetzgeber die Geltung seiner Entscheidungen rechtlich externalisieren, weil sie immer verfassungsgerichtlich kontrollierbar sind.<sup>2</sup> Auf der anderen Seite geraten die Entscheidungen des Verfassungsgerichts gerade deshalb politisch unter Legitimationsdruck, weil sie über die Geltung demokratisch gesetzten Rechts entscheiden.<sup>3</sup> Das Spannungsverhältnis von Recht und Politik ist auf diese Weise jeder Verfassungsrechtsprechung immer schon eingeschrieben, weil in ihr eine Antwort darauf gefunden werden muss, worauf sich die Geltung von Entscheidungen gründet, die über die Geltung von demokratischen Entscheidungen befinden. Der Rekurs auf die Vereinbarkeit mit dem Wortlaut des Verfassungstextes reicht hierfür allein schon deshalb nicht aus, da kein Verfassungstext den konkreten Fall entscheidet.<sup>4</sup> Die Geltung der Verfassungsrechtsprechung kann sich darum immer nur daraus speisen, wie die Verfassung in diesem Fall interpretiert wird.

1 Vorländer (Hrsg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2005.

2 Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176 ff.

3 Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, 4. erweiterte Aufl. Frankfurt a.M. 1994, S. 292 ff.

4 Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, Heidelberg 1988.

Die Notwendigkeit einer überzeugenden Interpretation wird aber vor allem in solchen Fällen prekär, die sich einer logischen Subsumtion unter die Norm entziehen.<sup>5</sup> Hier wird ein Spielraum für unterschiedliche Interpretations- und Begründungsformen eröffnet, von dem die zu treffende Entscheidung abhängt. Für die Integration moderner Gesellschaften ist dabei die Wertung der verschiedenen Begründungsformen insofern von Bedeutung, als sich mit ihr »das Problem der Legitimität der Regulierung sozialer Konflikte durch Richterspruch« verbindet: »Denn wenn Urteilen der Gerichte Wertungen zugrunde liegen und wenn diese Wertungen nicht rational begründbar sind, bilden zumindest in vielen Fällen die faktisch vorhandenen normativen Überzeugungen bzw. die Dezisionen einer Berufsgruppe die nicht weiter legitimierte und legitimierbare Grundlage solcher Konfliktregelungen.«<sup>6</sup> Als notwendige Bedingung einer rationalen Begründung gilt darum ihre Vollständigkeit. Dieses »Erfordernis der Sättigung« verlangt von einer rationalen Begründung, dass sie »sämtliche zu dieser Form gehörenden Prämissen« vorbringt.<sup>7</sup> Dass die Begründung einer Entscheidung unterschiedlich gesättigt werden kann und damit die Entscheidung von der Sättigung durch eine Begründung abhängig bleibt, ist unproblematisch, solange in einer Gesellschaft Konsens über die Art der Sättigung existiert. In modernen Gesellschaften mangelt es aber gerade an diesem Konsens. Unter diesen Bedingungen, so Alexy, kann nur die Begründung einer Entscheidung Rationalität beanspruchen, die ihren Geltungsanspruch auf Richtigkeit auch in den Prozeduren eines auf Intersubjektivität abzielenden Diskurses rechtfertigen könnte. Erst dies ist die hinreichende Bedingung für die rationale Begründung einer Entscheidung in modernen Gesellschaften.

Zwar ist die Sättigung einer Begründung auf die von Alexy vorgeschlagene Art und Weise durchaus umstritten. Doch besteht bei allen Unterschieden innerhalb der zeitgenössischen Demokratie- und Rechtslehre zumindest Einigkeit darüber, dass solche Interpretationen vor allem dann integrativ wirken können, wenn sie auf einem – sei es substantialistisch oder prozedural, sei es kontextuell oder universalistisch – *gesättigten Prinzip* aufbauen.<sup>8</sup> In diesem gesättigten Sinn hat auch das Bundesverfassungsgericht bereits in den 1950er Jahren die Grundrechtsabschnitte des Grundgesetzes im Lüth-Urteil als eine »objektive Wertordnung« interpretiert, die alle anderen Bereiche des Rechts überwölbt:<sup>9</sup> »Die Grundrechte sind ranghöchste Inhaltsnormen der Rechtsordnung geworden, sie prägen auch die Gesellschaft, nicht nur den Staat, und damit die gesamte Rechtsordnung.«<sup>10</sup>

Demgegenüber hat Cass R. Sunstein – dessen Ideen die amerikanischen *law schools* immer mehr dominieren und dem selbst bereits eine Karriere als Verfassungsrichter prophezeit wird<sup>11</sup> – in den vergangenen Jahren eine minimalistische Theorie der Verfassungsrechtsprechung vorgelegt, die nicht auf die Sättigung, sondern auf die Unvollständigkeit von Begründungen abzielt. Getragen wird

<sup>5</sup> Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1991, S. 17 ff.

<sup>6</sup> Alexy (Fn. 5), S. 24.

<sup>7</sup> Alexy (Fn. 5), S. 301.

<sup>8</sup> Schaal, *Vier normative Konzepte von Integration qua Verfassung*, in: Vorländer (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden 2002, S. 71 ff.

<sup>9</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>10</sup> Wahl, Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung, in: Henne/ Riedlinger (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Perspektive. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 2005, S. 371 ff. (393).

<sup>11</sup> Rudenstine, *Sunstein's Law*, in: *Nation* 269 (11/1999), S. 26 ff.

danach eine unvollständig begründete Entscheidung vor allem von der argumentativen Figur der Analogie. Im nächsten Schritt werden deshalb zunächst jene neueren Arbeiten von Sunstein vorgestellt, die in diesem analogen Begründen ein zentrales Element für einen die deliberative Demokratie unterstützenden *judikativen Minimalismus* sehen (II.). Darüber hinaus, so Sunsteins Annahme, trägt ein von analogen Begründungen getragener judikativer Minimalismus dazu bei, dass sich demokratische Gesellschaften unter pluralistischen Bedingungen als Gemeinschaft konstituieren können. Wie sich diese Integration zur Gemeinschaft vollzieht und worin der Beitrag einer minimalistisch verfahrenen Verfassungsrechtsprechung in diesem Prozess liegt, wird bei Sunstein jedoch nicht weiter ausgeführt. Denn er präsentiert den Zusammenhang zwischen einer minimalistischen Verfassungsrechtsprechung und der Integration demokratischer Gesellschaften nur in einem »descriptive mode«. <sup>12</sup> Genau diese Lücke soll hier geschlossen werden. Anschließend wird darum die *These* zur Diskussion gestellt, dass ein auf analogem Begründen beruhender judikativer Minimalismus deshalb zur Integration demokratischer Gesellschaften beitragen kann, weil er genau jener Deutungs Offenheit der Verfassung entgegenkommt, aus der ihre symbolisch integrative Kraft erwächst (III.), bevor ich zum Schluss kurz zusammenfasse, in welchem Zusammenhang judikativer Minimalismus, deliberative Demokratie und symbolische Integration stehen (IV.).

## II. Die Theorie des judikativen Minimalismus

### 1. Prozeduraler und substantieller Minimalismus

Sunstein zufolge kann zwischen einer minimalistischen und einer maximalistischen Verfassungsrechtsprechung unterschieden werden. Die Unterschiede verlaufen entlang von zwei Dimensionen. <sup>13</sup> Die erste Dimension ist die *Begründungstiefe*. Danach können Entscheidungen entweder umfassend und tiefgehend oder aber unvollständig und oberflächlich begründet sein. Die zweite Dimension betrifft die *Reichweite* der Entscheidung. Hier kommt es darauf an, ob eine Entscheidung mit einer Begründung versehen wird, die auch für zukünftige Fälle maßgeblich ist, oder ob die Begründung sich allein auf den durch sie entschiedenen Fall bezieht. Von einer maximalistischen Verfassungsrechtsprechung ist dann die Rede, wenn die Begründung vollständig und tiefgehend sowie ihre Reichweite groß ist. Das einleitend bereits angeführte Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist dafür ein Beispiel par excellence: Es begründet die zu interpretierenden Grundrechte über den zu entscheidenden Fall hinaus tiefgehend als objektive Wertordnung; und es reicht weit über den Fall hinaus, indem es die Ausstrahlung der Grundrechte ebenfalls über diesen Fall hinaus festschreibt. Minimalistisch sind hingegen jene Entscheidungen, die eher unvollständig und oberflächlich sind und deren Reichweite kaum über den zu entscheidenden Fall hinausgeht. <sup>14</sup> Entscheidungen sind aber nicht immer rein minimalistisch oder rein maximalistisch. Sie können zudem auch in nur einer Dimension eher minimalistisch und in einer anderen Dimension maximalistisch sein, und zwar jeweils in

<sup>12</sup> A. Kaufman, *Incompletely Theorized Agreement. A Plausible Ideal for Legal Reasoning?*, Georgetown Law Journal 85 (1996), S. 395 ff. (401).

<sup>13</sup> Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Mass. 1999, S. 10 ff.

<sup>14</sup> Beispiele für minimalistisch begründete Supreme Court Urteile sind für Sunstein vor allem die von Sandra Day O'Connor verfassten Entscheidungen bzw. ihre concurring opinions. Siehe hierzu Sunstein, *Problems with Minimalism*, Stanford Law Review 58 (2006), S. 1899 ff.

unterschiedlichem Ausmaß.<sup>15</sup> Entscheidend ist, dass diese Unterscheidung – vor allem im Hinblick auf ihre empirische Operationalisierbarkeit – nicht als eine relative begriffen wird. Dies wäre – wie Gelman gezeigt hat – »unhelpful«, denn »one can almost always imagine a narrower and shallower decision (...)«<sup>16</sup>

An den beiden Dimensionen der Begründungstiefe und Reichweite eines Urteils lassen sich darum zwei Varianten des Minimalismus unterscheiden: »procedural and substantive minimalism«.<sup>17</sup> Die knappe Reichweite einer Entscheidung kennzeichnet dabei einen *prozeduralen Minimalismus*. Beschränkt bleibt die Reichweite einer Entscheidung vor allem, wenn ihre Rechtfertigung nicht mehr als für diesen Fall notwendige Gründe bemüht. Das Gericht lässt demnach bei seiner Sachentscheidung so viel wie möglich unentschieden. Es kommt darum bei einer Entscheidung nicht nur darauf an, was das Gericht sagt, sondern genauso, was es nicht sagt. Ein minimalistisches Urteil nutzt dabei das Schweigen gleich doppelt konstruktiv: Zum einen nimmt ein solches Urteil potentiellen Konflikten über das Verschwiegene die Möglichkeit, überhaupt aktuell zu werden; zum anderen schafft das Verschwiegen die Möglichkeit, die Gegenwart von der Zukunft belehren zu lassen.<sup>18</sup> Konzentriert sich die Entscheidung und ihre Begründung auf diese Weise allein auf ihren Fall, dann ist dies für die Entscheidungsfindung und für die Kontrolle ihrer Auswirkungen von Vorteil. So wird die Entscheidungsfindung erleichtert, wenn sich ein Gericht nicht erst darüber verständigen muss, welche generelle Entscheidung mit dem konkreten Fall getroffen werden muss. Unbeabsichtigte Nebenfolgen kann ein Gericht außerdem allein dadurch reduzieren, dass es die Reichweite seiner Entscheidung möglichst knapp hält. Prozedural ist dieser Minimalismus insofern, als er nur die Voraussetzungen und die Folgen des Entscheidens im Blick hat, nicht jedoch das Entscheidene.

Von diesem prozeduralen Minimalismus, der an der Reichweite des Entscheidens ansetzt, trennt Sunstein einen *substantiellen Minimalismus*, der die Begründungstiefe des Entscheidens betrifft. Denn der prozedurale Minimalismus kann mit unterschiedlich unvollständig und oberflächlich begründeten Inhalten einhergehen. Zwar sind die Inhalte, die den substantiellen Kern solcher Minimalismen ausmachen, historisch und kulturell kontingent, doch ist diesen substantiell verschiedenen Kernen strukturell gemeinsam, dass es sich bloß um jeweils »incompletely theorized agreements« handelt.<sup>19</sup> Solche *unvollständig fundierten Übereinkommen* können in drei Formen auftreten.<sup>20</sup> Die erste Form ist ein abstraktes Übereinkommen, das in seiner Anwendung auf Einzelfälle durchaus differiert. So könnten wir uns etwa auf die Notwendigkeit von Meinungsfreiheit

<sup>15</sup> Sunstein (Fn. 13), S. 14 ff.

<sup>16</sup> Gelman, *The Hedgehog, the Fox, and the Minimalist*, *Georgetown Law Journal* 89 (2001), S. 2297 ff. (2301 f.); Siegel, *A Theory in Search of a Court. Judicial Minimalism at the Supreme Court Bar*, *Michigan Law Review* 103 (2005), S. 1951ff., hingegen zeigt, wie sich Sunsteins Unterscheidung empirisch operationalisieren lässt. Allerdings kommt er, anders als Sunstein, dabei zu dem Ergebnis, dass sich der gegenwärtige Supreme Court nicht durch einen judikativen Minimalismus auszeichnet. Siehe zur empirischen Operationalisierbarkeit auch die Replik von Sunstein, *Testing Minimalism*, *Michigan Law Review* 104 (2005), S. 123 ff. Vgl. für eine empirische Rekonstruktion und normative Rechtfertigung einer minimalistischen Verfassungsrechtsprechung am Supreme Court zu Zeiten des Kriegs und zwar des Ersten Weltkriegs, des Zweiten Weltkriegs, des Kalten Kriegs und des gegenwärtigen Kriegs gegen den Terrorismus auch Sunstein, *Minimalism at War*, *Supreme Court Review* 2004, S. 47 ff.

<sup>17</sup> Sunstein (Fn. 13), S. 68.

<sup>18</sup> Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York/Oxford 1996, S. 39.

<sup>19</sup> Sunstein (Fn. 13), S. 61.

<sup>20</sup> Sunstein, *Designing Democracy. What Constitutions do*, Oxford 2001, S. 56 f.; Sunstein (Fn. 18), S. 35 ff. Ich spreche hier lieber von unvollständig fundierten und nicht etwa von theoretisch unvollständigen Übereinkommen, um damit den mangelnden Rekurs auf einen letzten Grund zu betonen. Schließlich benutzt auch Sunstein (Fn. 18, S. 57) »theorized« im Sinne von »founded on the recognizable general theory«.

einigen, ohne darüber einig sein zu müssen, ob auch Pornographie darunter fällt. Die zweite Form ist ein konkretes Übereinkommen im Einzelfall, obwohl die abstrakten Rechtfertigungen dafür nicht zu einander passen. Zum Beispiel könnten wir uns darüber einig werden, dass Pornographie aus dem öffentlichen Raum verbannt werden muss, obwohl die einen dies aus Gründen der Gleichberechtigung und die anderen aus Gründen des Schutzes von Minderjährigen rechtfertigen. Die dritte Form liegt schließlich zwischen diesen beiden Formen. Sie zielt auf jene Sorte von Übereinkommen, die trotz Uneinigkeit in der abstrakten Rechtfertigung und in der Anwendung am konkreten Einzelfall getroffen werden. Zu denken ist hier beispielsweise an ein Übereinkommen über das Verbot rassistischer Diskriminierung, ohne dass wir uns weder über dessen Rechtfertigung noch über seine Anwendung im Einzelfall verständigt haben müssen. Während Verfassungen vor allem auf der ersten und der dritten Form solch unvollständig fundierter Übereinkommen aufbauen,<sup>21</sup> finden sich in der Verfassungsrechtsprechung eher Begründungen, die auf die zweite Form zielen. Denn in solchen Fällen geht es nach Sunstein darum, dass dieselbe Entscheidung aus möglichst vielen verschiedenen Gründen geteilt werden kann.<sup>22</sup>

Anders als am US Supreme Court kommen rein minimalistische Urteile am Bundesverfassungsgericht nur sehr selten vor. Eine dieser Ausnahmen ist etwa die Ehescheidung-Entscheidung von 1980.<sup>23</sup> Dort stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass das neue Ehescheidungsgesetz (§ 1565 Abs. 1 Satz 1 und § 1566 Abs. 2 BGB) mit dem Grundgesetz vereinbar ist, da es nicht gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstößt. Denn dass der vom Grundgesetz verbürgte Schutz von Ehe und Familie nicht das Wiedererlangen der Eheschließungsfreiheit verbietet und nicht für abstrakte, sondern allein für faktische, d.h. auch scheiterbare Ehen gilt, hat das Bundesverfassungsgericht bereits in ähnlichen Fällen genauso entschieden. *Substantiell minimalistisch* ist diese Begründung, weil damit dieselbe Entscheidung auch aus anderen Gründen geteilt werden kann, so z.B. weil es den Schutz von Familie und Ehe als wesentlichen Bestandteil unseres kollektiven Selbstverständnisses nicht verneint, weil die private Gestaltung von Familie und Ehe ein universelles, der kollektiven Selbstregierung vorangehendes Grundrecht darstellt, oder weil die von dem Scheidungsgesetz Betroffenen diesem Gesetz vernünftigerweise zustimmen könnten. Aber auch *prozedural* ist diese Entscheidung *minimalistisch*. Denn das Bundesverfassungsgericht betont, dass die festgestellte Vereinbarkeit des neuen Scheidungsrechts mit dem Grundgesetz sich allein auf die zu entscheidenden Fälle beschränkt: »Ob indessen die derzeitige gesetzliche Regelung für bestimmte Fallagen verfassungsrechtlich zu beanstanden sein könnte, ist nicht zu entscheiden. Die den Verfassungsbeschwerden zugrunde liegenden Sachverhalte geben dazu keinen Anlaß.«<sup>24</sup> Damit können auch die Richter, die die Vereinbarkeit in anderen Fällen bezweifeln, diese Entscheidung teilen und unterzeichnen.

Rein maximalistische Entscheidungen wie das Lüth-Urteil sind jedoch ebenso selten. Mit der Unterscheidung zwischen dem prozeduralen und dem substantiellen Minimalismus lässt sich deutlich machen, inwiefern die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dennoch maximalistisch ist. Prozedural minimalistisch, aber substantiell maximalistisch ist zum Beispiel das Steuersplitting-

21 Sunstein (Fn. 18), S. 171 f.

22 Sunstein (Fn. 20), S. 57.

23 BVerfGE 53, 224.

24 BVerfGE 53, 224 (251).

Urteil von 1957.<sup>25</sup> Danach ist § 26 EStG 1951 nichtig, weil er mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist. *Substantiell* ist diese Entscheidung *maximalistisch*. Sie legt zum einen fest, dass Art. 6 Abs. 1 GG eine Wertentscheidung, d.h. der Schutz von Familie und Ehe ein wesentlicher Bestandteil unseres kollektiven Selbstverständnisses ist. Sie schließt somit zugleich Zustimmungen aus anderen Gründen aus, etwa weil Art. 6 Abs. 1 GG als ein universelles, der kollektiven Selbstregierung vorangehendes Grundrecht oder als eine die Möglichkeitsbedingungen für vernünftige politische Entscheidungen regelnde Norm verstanden werden kann. Dennoch ist diese Entscheidung zumindest *prozedural minimalistisch*. Das Bundesverfassungsgericht lässt unentschieden, wie ein Einkommensteuergesetz auszusehen hat, das mit dem Grundgesetz vereinbar wäre. Zudem schweigt das Bundesverfassungsgericht darüber, worin der positive oder negative Schutz der Ehe generell, d.h. über diesen Fall hinausgehend, zum Ausdruck kommt.

Im Unterschied dazu ist die Entscheidung zum Familienlastenausgleich von 1998 ein Beispiel für ein substantiell minimalistisches, aber prozedural maximalistisches Urteil.<sup>26</sup> In dieser Entscheidung erklärt das Bundesverfassungsgericht § 33c EStG für unvereinbar mit den Grundrechten des Grundgesetzes, weil die ehelichen gegenüber anderen Erziehungsgemeinschaften sowie gegenüber kinderlosen Steuerpflichtigen benachteiligt werden. Das Bundesverfassungsgericht begründet seine Entscheidung hier allerdings allein mit Verweisen auf eigene Entscheidungen in ähnlichen Fällen. *Substantiell minimalistisch* ist diese Begründung, weil damit dieselbe Entscheidung auch aus anderen Gründen geteilt werden kann, so z.B. weil der Schutz von Familie und Ehe wesentlicher Bestandteil unseres kollektiven Selbstverständnisses ist, weil die private Gestaltung von Familie und Ehe ein universelles, der kollektiven Selbstregierung vorangehendes Grundrecht darstellt oder weil die von dem Einkommensteuergesetz Betroffenen diesem Gesetz vernünftigerweise nicht zustimmen können. *Prozedural* ist diese Entscheidung jedoch *maximalistisch*. Über den Fall hinausgehend legt das Bundesverfassungsgericht fest, welchen Anforderungen ein neues Gesetz zu genügen hat. Allerdings sei das betroffene Einkommensteuergesetz nur mit dem Grundgesetz unvereinbar, nicht jedoch nichtig. Denn ein nicht gesetzlich geregelter Zustand wäre mit dem Grundgesetz noch weniger vereinbar. In Kraft bleibt das beanstandete Gesetz aber auch nur für etwas mehr als ein Jahr. Ist es bis dahin nicht durch ein anderes Gesetz ersetzt, dann gilt für das folgende Jahr ein Kinderbetreuungskostenfreibetrag von 4000 DM für das erste und 2000 DM für jedes weitere Kind. Fehlt es dann immer noch an einem neuen Gesetz, dann gibt es keine gesetzliche Grundlage, Familieneinkommen überhaupt zu besteuern.

Der minimalistische oder maximalistische Charakter eines Urteils ist aber nicht nur allein von seiner Begründung abhängig, sondern auch von seiner Wahrnehmung in der Öffentlichkeit.<sup>27</sup> Minimalistische Entscheidungen können zum Beispiel in der Rezeption durchaus auch maximalisiert werden. Schließlich kann kein Gericht den Rekurs auf seine Entscheidungen in zukünftigen gerichtlichen Entscheidungen kontrollieren. Ebenso fehlen einem Gericht die Möglichkeiten, eine minimalistische Entscheidung auch in der öffentlichen Resonanz als minimalistisch erscheinen zu lassen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht beispielsweise diese Gefahr vor allem dann, wenn nicht nur die Entscheidungen, sondern auch die diese Entscheidung tragenden Gründe von der Öffentlichkeit als bindend

<sup>25</sup> BVerfGE 6, 55.

<sup>26</sup> BVerfGE 99, 216.

<sup>27</sup> Sunstein (Fn. 13), S. 20 ff.

wahrgenommen werden.<sup>28</sup> Umgekehrt kann aber auch eine maximalistische Entscheidung durch seine Rezeption in zukünftigen Gerichtsverfahren oder in der Öffentlichkeit minimalisiert werden. Nach Devins kann dieser Einfluss der Rezipienten gar nicht hoch genug beurteilt werden: »Rather, members who support the result reached by the Court will treat minimalist decisionmaking as something quite maximalist while members who oppose the outcome will characterize such decisions as inconsequential. In the end, when the Court leaves issues undecided, lawmakers will simply chart a course to the outcome they prefer.«<sup>29</sup>

## 2. Analoges Begründen im judikativen Minimalismus

Analoges Begründen nimmt in der Theorie des judikativen Minimalismus eine prominente Stellung ein. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass Analogien in der Verfassungsrechtsprechung ganz unterschiedliche Rollen spielen können. Zum einen werden sie dafür genutzt, um Verfassungslücken richterlich zu schließen.<sup>30</sup> Verfassungslücken treten vor allem durch solche Tatbestände auf, die bei der Verfassungsgebung noch nicht existierten. Lässt sich jedoch diesen Tatbeständen eine Ähnlichkeit mit jenen Tatbeständen nachweisen, die durch die Verfassung bereits geregelt sind, dann kann das dafür zuständige Verfassungsrecht auch auf die neuen Tatbestände analog angewendet werden. Neue Kommunikationstechnologien wie Videotext und Internet fallen etwa aus diesem Grund unter die Presse- und Rundfunkfreiheit, obwohl der Verfassungsgeber noch nichts von ihnen wissen konnte. Die Funktion der Analogie liegt also in diesem Fall darin, aus dem vorhandenen, alten Recht für alte Tatbestände ein neues Recht für neue Tatbestände zu gewinnen. Der Verfassungsrichter wird durch diese Form der *Rechtsanalogie* also insofern erst *entscheidungsfähig*, als er überhaupt nur in Abhängigkeit vom Recht entscheiden kann.

Analogien machen bestimmte Tatbestände aber nicht nur zum Gegenstand von Entscheidungen, sie können auch die Entscheidung selbst begründen.<sup>31</sup> Hier dient dann die Entscheidung eines vergangenen Falls als Begründung für eine analoge Entscheidung im jetzt zu entscheidenden Fall. Die Analogie der Tatbestände rechtfertigt danach eine analoge Entscheidung. Diese Form der Analogie wird deshalb als *innertatbestandliche Analogie* bezeichnet. Diese Form der Analogie erfüllt die Funktion, aus vorhandenen alten Entscheidungen in alten Fällen neue Entscheidungen in neuen Fällen zu gewinnen. Dass zum Beispiel das Anbringen von Kruzifixen in den Klassenzimmern öffentlicher Schulen gegen die von der Verfassung gesicherte Religionsfreiheit verstößt, kann dann u.a. mit dem Verweis auf eine analoge Entscheidung im Fall des Anbringens von Kruzifixen in Gerichtssälen begründet werden. Denn beide Fälle sind sich insofern ähnlich, als sowohl der Gerichtssaal als auch das Klassenzimmer einen öffentlichen Raum darstellen, den die Betroffenen nicht meiden können.<sup>32</sup> Der Unter-

<sup>28</sup> Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 119 f.

<sup>29</sup> Devins, The Courts. The Democracy-Forcing Constitution, in: Michigan Law Review 97 (1999), S. 1971 ff. (1985).

<sup>30</sup> Chanos, Begriff und Geltungsgrundlagen der Rechtsanalogie im heutigen juristischen Methodenstreit, Köln/Weimar/Wien 1994, S. 4 ff.

<sup>31</sup> Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Berlin 1961, S. 85 ff.; Chanos (Fn. 30), S. 82 ff.

<sup>32</sup> So z.B. argumentiert das BVerfG im Kruzifix-Beschluss (BVerfGE 93, 1), wenn es auf seine Kreuz-im-Gerichtssaal-Entscheidung (BVerfGE 35, 366) verweist. Siehe zur wachsenden Bedeutung dieser auf Präjudizien zurückgreifenden Rechtsprechung am BVerfG auch Schäffer, Präjudizien als selbstreferenzielle Geltungsressource des Bundesverfassungsgerichts, in: Vorländer (Hrsg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2005, S. 205 ff.

schied der innertatbestandlichen Analogie zur Rechtsanalogie lässt sich damit wie folgt zusammenfassen: Anders als die Rechtsanalogie, die eine *Entscheidung zwischen Recht und Unrecht* ermöglicht, indem sie neue Tatbestände überhaupt erst unter altes Recht stellt, wird durch die innertatbestandliche Analogie das *Entscheiden für Recht oder Unrecht* möglich. Ist im Folgenden also von analogem Begründen die Rede, dann dient genau eine solche innertatbestandliche Analogie als Begründung für eine rechtliche Entscheidung.

Der im vorangehenden Abschnitt angesprochene Effekt der Minimalisierung von maximalistischen Entscheidungen und der Maximalisierung von minimalistischen Entscheidungen deutet bereits an, wie analoges Begründen auf die Wirkung vergangener Urteile einwirken kann. Dass analog begründete Entscheidungen in der Regel auf maximalistisch begründete Präjudizien verweisen und somit voraussetzen, stellt ihre minimalisierende Kraft nicht in Frage.<sup>33</sup> Denn selbst eine Verfassungsrechtsprechung, die ein Fundament von maximalistischen Präjudizien schafft, kann durch analoges Begründen immer wieder minimalisiert werden. Analoges Begründen ist aber nicht nur aufgrund dieser Korrekturfähigkeit von vergangenen maximalistischen Entscheidungen für den judikativen Minimalismus von Bedeutung. Hinsichtlich des prozeduralen Minimalismus kann eine analoge Begründung dafür genutzt werden, um die Reichweite der Entscheidung gering zu halten. Indem das Gericht seine Entscheidung mit dem Verweis auf eine analoge Entscheidung in einem analogen Fall begründet, kann es sich darauf beschränken, die Ähnlichkeit zwischen den Fällen deutlich zu machen. Zur Entscheidung des Falles ist es dann nicht mehr dazu genötigt, einen abstrakten Grund zu konstruieren, aus dem dann eben nicht nur die Entscheidung in diesem konkreten Fall abzuleiten ist. Denn durch eine solche Abstraktion werden Deduktionen möglich, die unvermeidlich immer auch andere, weit über den zu entscheidenden Fall hinausweisende Fragen mitentscheiden – ansonsten ließe sich der konkrete Fall nicht aus der Abstraktion deduzieren.<sup>34</sup> Nach Gelman bleibt jedoch auch eine analog begründete Entscheidung nicht auf den verhandelten Fall beschränkt, weil sie damit auch immer die Tür für zukünftige Fälle öffnet.<sup>35</sup> Er verkennt jedoch, dass die Eröffnung neuer Fälle durch das Beschließen eines Falles in einer minimalistisch begründeten Entscheidung nicht bereits auch deren Entscheidung impliziert. Vielmehr müssen die neu eröffneten Fallkonstellationen dann jeweils für sich – und damit ggf. auch anders – geschlossen werden. Analoges Begründen hilft also, dass über den Fall hinausgehende Fragen möglichst unentschieden bleiben und somit unbeabsichtigte Nebenfolgen möglichst vermieden werden können.

Alexander hat dagegen eingewandt, dass die Verfassungsrechtsprechung vollständiger Begründungen bedarf, um ihre Akzeptanz zu sichern: »If law and legal decisions are to be justified to those who disagree and who lose, it must be through theory. Because real agreement cannot be coerced, law without theory appears to the losers as brute force, not reason.«<sup>36</sup> Alexander übersieht jedoch, dass auch eine theoretisch vollständige Begründung für sich den zwanglosen Zwang des besseren Arguments in Anspruch nimmt. Während jedoch eine dermaßen maximalistisch begründete Entscheidung einen generellen Ausschluss von Begründungen aus dem Kanon möglicher Begründungen impliziert und so-

33 So aber L. Alexander, *Incomplete Theorizing. A Review Essay of Cass R. Sunstein's Legal Reasoning and Political Conflict*, *Notre Dame Law Review* 72 (1997), S. 531 ff.

34 Sunstein (Fn. 13), S. 9.

35 Gelman (Fn. 16), S. 2306.

36 Alexander (Fn. 33), S. 534.



mit Zwang über den zu entscheidenden Fall hinaus – nämlich generell – ausübt, bleibt dieser Zwang im analogen Begründen auf einen Fall beschränkt. »They [die in analog begründeten Urteilen Unterlegenen, A.B.] lose a decision but not the world.«<sup>37</sup> Aber nicht nur die Auswirkungen von Entscheidungen können durch das analoge Begründen minimalisiert werden, auch die Schwelle zur Entscheidungsfindung bleibt auf diese Weise niedrig. Gerade in einem aus mehreren Richtern und Richterinnen bestehenden Gremium wie dem Supreme Court oder dem Bundesverfassungsgericht ermöglicht eine analoge Begründung auch ein Übereinkommen in solchen Fällen, in denen die Richter nicht in der Lage sind, sich über ein den konkreten Fall zu entscheidendes abstraktes Prinzip zu einigen.<sup>38</sup>

Analoges Begründen dient aber nicht nur dem prozeduralen, sondern auch dem substantiellen Minimalismus. Denn um analog zu begründen, muss zwischen dem zu entscheidenden und dem bereits entschiedenen Fall eine Ähnlichkeit festgestellt werden. Hierfür muss also etwas gefunden werden, was beide Fälle ähnlich macht. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass die analoge Begründung nicht durch diese Ähnlichkeit geleitet wird. Denn der bereits entschiedene Fall kann über diese Ähnlichkeit noch nicht verfügen, solange der ihm ähnelnde Fall nicht zur Entscheidung ansteht. Es ist also genau genommen erst die Suche nach der Ähnlichkeit zwischen beiden Fällen, die die gesuchte Ähnlichkeit hervorbringt.<sup>39</sup> Solche Ähnlichkeiten sind wiederum nichts anderes als jene unvollständig fundierten Übereinkommen, die trotz bzw. gerade wegen ihrer unterschiedlichen Begründbarkeit und unterschiedlichen Konkretisierbarkeit im einzelnen Fall auf minimalistischem Wege zu einem substantiellen Kern führen. Denn mit einer analogen Begründung wird eine Ähnlichkeit hergestellt, mit der unterschiedliches – verschiedene Gründe und verschiedene Konkretisierungen – vereinbar ist. Mit dem Fortschreiten der Rechtsprechung wird dieser Kern durch das analoge Begründen nicht nur hergestellt, sondern er bleibt auch für permanenten Wandel offen. Dies macht auch deutlich, warum dieser substantielle Kern stets notwendigerweise historisch und kulturell kontingent bleibt. Sowohl in prozeduraler als auch in substantieller Hinsicht leistet analoges Begründen somit einen wesentlichen Beitrag zu einem judikativen Minimalismus.

### 3. *Judikativer Minimalismus und deliberative Demokratie*

Für die deliberative Demokratie übernimmt ein auf analogen Begründungen aufbauender judikativer Minimalismus eine wichtige Funktion. Indem die Reichweite verfassungsgerichtlicher Entscheidungen so weit wie möglich auf den zu entscheidenden Fall begrenzt wird, wird ein Raum eröffnet, in dem die unentschieden gebliebenen Fragen demokratisch deliberativ geklärt werden können.<sup>40</sup> Auf diese Weise werden durch einen solchen prozeduralen Minimalismus politische Entscheidungen der demokratischen Deliberation überlassen. Für Fleming und McClain ist dieses Überlassen jedoch zu wenig, um dem judikativen Minimalismus sogleich eine Unterstützung der deliberativen Demokratie zu attestieren: »It is not clear that judicial minimalism will promote democratic deliberation, much less conscientious constitutional interpretation outside the courts. It may simply permit the political processes to proceed, such as they are,

<sup>37</sup> Sunstein (Fn. 20), S. 60.

<sup>38</sup> Sunstein (Fn. 18), S. 62; ders. (Fn. 13), S. 43.

<sup>39</sup> Sunstein (Fn. 13), S. 69.

<sup>40</sup> Sunstein (Fn. 13), S. 4.

and to trample on or neglect basic principles of liberty and equality. For one thing, for courts to leave things undecided so as to permit democratic deliberation to proceed is not necessarily the same thing as to promote, or reinforce, or force democratic deliberation.«<sup>41</sup> Sicherlich kann eine minimalistische Verfassungsrechtsprechung die demokratische Deliberation der unentschieden gebliebenen Fragen nicht erzwingen. Ebenso ist eine minimalistische Verfassungsrechtsprechung genauso darauf angewiesen, überhaupt in der Öffentlichkeit Gehör zu finden, wie sie eine funktionierende Öffentlichkeit voraussetzt.<sup>42</sup> Dennoch schafft auch sie für die deliberative Demokratie konstitutive Voraussetzungen: den Verbleib der Verantwortlichkeit für politische Entscheidungen im politischen Prozess und die Reversibilität dieser Entscheidungen.<sup>43</sup> Die Kraft, die der judikative Minimalismus auf bzw. für die deliberative Demokratie ausübt, ist deshalb eher katalytisch als initiiierend.

Aber nicht nur in der Form des prozeduralen Minimalismus, sondern auch im substantiellen Minimalismus wirkt das analoge Begründen für die demokratische Deliberation unterstützend. Wird der Verweis auf analoge Entscheidungen in analogen Fällen zur Begründung herangezogen, dann werden auch keine Gründe mitgeliefert, denen die eröffneten politischen Entscheidungen genügen müssen. Zum einen wird die politische Entscheidung somit notwendig und verantwortlich, und zum anderen verlangt sie nach einer eigenen, einer politischen Begründung.<sup>44</sup> Und weil politische Entscheidungen in einer Demokratie strukturell auf Begründungen angewiesen sind, die von möglichst vielen Bürgern und Bürgerinnen Zustimmung erfahren können, zielen auch sie häufig auf unvollständig fundierte Übereinkommen. Das analoge Begründen wirkt also nicht nur selbst an der Entstehung und Entwicklung jener unvollständig fundierten Übereinkommen mit, die als substantieller Kern im judikativen Minimalismus fungieren. Es schafft zudem Bedingungen, unter denen eine demokratische Deliberation möglich wird, die ihrerseits zu diesem sie selbst tragenden substantiellen Kern beiträgt. Die Wirkung, die von einem auf analogen Begründungen aufbauenden judikativen Minimalismus auf die demokratische Deliberation ausgeht, ist also eher als katalytisch denn als preemptorisch zu verstehen.<sup>45</sup> Es ist keine voraussetzende Gewähr, um die demokratische Deliberation auch für die Zukunft zu garantieren. Stattdessen werden jene Fragen, die in der Rechtsprechung unentschieden bleiben konnten, nicht nur als politisch zu entscheidende Fragen sichtbar gemacht, sondern zugleich als Gegenstand der Deliberation zugeführt. Judikativer Minimalismus und Maximalismus sind jedoch nicht in jedem Fall per se schon Ausdruck einer die Demokratie unterstützenden oder beschränkenden Verfassungsrechtsprechung. Unter vier jeweils bestimmten Bedingungen können beide der demokratischen Deliberation nützen.<sup>46</sup> So ist ein maximalistisch begründetes Urteil für die Demokratie förderlich, wenn die Sachentscheidung der Richter auf einer wohlüberlegten Überzeugung beruht, wenn die Entscheidung die Ungewissheitskosten zukünftiger Richter und Prozessführender mindert, wenn eine fortschrittliche Planung wichtig ist und wenn die Möglichkeitsbedingungen für die Demokratie verbessert werden. Demgegenüber wirkt eine mini-

41 Fleming/McClain, In Search of a Substantive Republic, *Texas Law Review* 76 (1987), S. 509 ff. (547)

42 Devins, The Courts. The Democracy-Forcing Constitution, *Michigan Law Review* 97 (1999), S. 1971 ff. (1984 f. und 1991).

43 Sunstein (Fn. 13), S. 6.

44 Sunstein (Fn. 13), S. 25.

45 Sunstein (Fn. 13), S. xiv.

46 Sunstein (Fn. 13), S. 57.

malistische Verfassungsrechtsprechung unterstützend für die Demokratie, wenn die Richter einen Fall entscheiden müssen, der sie in moralischer Ungewissheit belässt oder der von sich schnell ändernden Umständen abhängig ist, wenn jede Entscheidung des Falls mit der Lösung zukünftiger Fälle nicht in Einklang gebracht werden kann, wenn der Bedarf an fortschrittlicher Planung nicht zwingend erscheint und wenn die Möglichkeitsbedingungen und Ziele der Demokratie durch ein maximalistisches Urteil nicht unterstützt werden. Der judikative Minimalismus ist gegenüber dem Maximalismus schließlich vor allem deshalb stärker zum Nutzen der deliberativen Demokratie, weil seine Bedingungen in der Praxis zwar nicht in allen, aber doch in den meisten Fällen gegeben sind.<sup>47</sup>

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass Deliberation auch für Sunstein nicht die Lösung aller Probleme ist. Denn Deliberation kann auch zur Polarisierung von Gruppen führen. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass sich immer mehr Mitglieder einer Gruppe im Zuge der Deliberation extremistischen Positionen zuwenden.<sup>48</sup> Vor allem Gruppen, die sich in ihren politischen Meinungen schon weitgehend einig sind, sind darum eine Quelle von »deliberative trouble«. <sup>49</sup> Dies beruht unter anderem auf »informational cascades« und »reputational cascades« in Gruppen von Gleichgesinnten.<sup>50</sup> Von Informationskaskaden spricht Sunstein, wenn dieselbe Meinung von vielen bestätigt wird. Je größer dieser Anteil in einer Gruppe ist, desto größer ist die Bereitschaft anderer Gruppenmitglieder, sich dieser Meinung anzuschließen. Reputationskaskaden zeichnen sich dadurch aus, dass Reputation von den gleichen Erwartungen abhängt. Je mehr sich die Erwartungen in einer Gruppe gleichen, desto größer ist die Bereitschaft, diesen Erwartungen zu entsprechen. Weil Internetforen solche Formen der Gruppenpolarisierung begünstigen, sieht Sunstein in der dadurch möglich werdenden weltweiten Kommunikation durchaus auch Gefahren für die deliberative Demokratie.<sup>51</sup> »Above all, it is important to avoid a situation in which people are exposed only to softer and louder echoes of their own voices. In a diverse society, this form of self-insulation can create serious deliberative trouble.«<sup>52</sup>

Sunsteins Hinweise auf die Gefahren der Deliberation sind vor allem auch deshalb hervorzuheben, weil der judikative Minimalismus selbst weder ein bestimmtes Modell noch eine bestimmte Rechtfertigung der deliberativen Demokratie präferiert. Muss aber nicht zuerst über genau eine solche Idee der Deliberation und ihre Begründung verfügt werden, um die deliberative Demokratie durch Verfassungsrechtsprechung zu sichern? Genau dies, so Sunstein, kann jedoch nicht angenommen werden, weil die Ideale der deliberativen Demokratie selbst umstritten sind.<sup>53</sup> Damit diese Ideale auch in den substantiellen Kern der unvollständig fundierten Übereinkommen eingehen können, müssen sie nämlich selbst für eine Vielzahl von Begründungen offen sein.<sup>54</sup> Auch der judikative Minimalismus, seine Favorisierung von unvollständig fundierten Übereinkommen und analogem Begründen, kann dann nur ein Grund neben

47 Sunstein (Fn. 13), S. 5.

48 Sunstein (Fn. 20), S. 15.

49 Sunstein (Fn. 20), S. 9.

50 Sunstein (Fn. 20), S. 16 ff. Vgl. ausführlich zu weiteren Faktoren der Gruppenpolarisierung auch Sunstein, *Why Societies need Dissent*, Cambridge, Mass. 2003, S. 111 ff.

51 Sunstein, *Republic.com*, Princeton 2001, S. 51 ff.

52 Sunstein (Fn. 20), S. 47.

53 Sunstein (Fn. 13), S. 25.

54 Siehe zu den Gefahren für eine deliberative Demokratie, die ihre grundsätzlichen Fragen abschließend klären will, am Beispiel des politischen Umgangs mit öffentlicher Angst zuletzt ausführlich Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Mass. 2005.

anderen sein.<sup>55</sup> Mit Larry Alexander ließe sich zwar beklagen, dass »we at least need a theory to show us why we do not need a theory.«<sup>56</sup> Umgekehrt kann man den judikativen Minimalismus genau deshalb auch als »pragmatic« feiern.<sup>57</sup> Entscheidender ist jedoch, dass der judikative Minimalismus auf diese Weise auch als eine »Praxistheorie« im Sinne von Rainer Schmalz-Bruns bezeichnet werden kann, weil er sich selbst als »etwas der gesellschaftlichen Praxis Zugehöriges« erklärt.<sup>58</sup> Oder anders gesagt: Der judikative Minimalismus ist so in der Lage, seine »autologische Komponente«<sup>59</sup> zu reflektieren. Dennoch erscheint der normative Gehalt des judikativen Minimalismus auch dann bloß minimal, denn er liefert keine besseren, richtigeren oder gerechteren Gründe zur Rechtfertigung der deliberativen Demokratie. Allerdings wirft der judikative Minimalismus zugleich die Frage auf, warum Legitimität auf Begründungen und nicht auf Konsequenzen beruht.<sup>60</sup> Bemäße sich der normative Gehalt einer Theorie nicht an der Begründung, sondern an ihren Konsequenzen für die demokratische Deliberation, dann ließe sich dem judikativen Minimalismus durchaus mehr als nur ein minimaler normativer Gehalt attestieren.

### III. Judikativer Minimalismus und symbolische Integration

#### 1. Die Konstitution politischer Gemeinschaften

Der judikative Minimalismus verspricht sich von einer minimalistischen Verfassungsrechtsprechung nicht nur eine Unterstützung der deliberativen Demokratie, sondern auch eine Integration der politischen Gemeinschaft. Denn erst unvollständig fundierte Übereinkommen, so Sunstein, ermöglichen es Bürgern und Bürgerinnen mit unterschiedlichen Weltanschauungen, sich auch als eine Gemeinschaft zu konstituieren.<sup>61</sup> Über diese Vermutung kommt Sunstein jedoch nicht hinaus: »(...) Sunstein's underlying historical and social theories remain unstated and inchoate.«<sup>62</sup> In diesem Abschnitt ist darum zu klären, wie sich politische Gemeinschaften konstituieren, worin die Chancen von Verfassungen liegen, diese Gemeinschaften zu integrieren, und inwiefern eine mit Analogien operierende minimalistische Verfassungsrechtsprechung zu dieser Integration beitragen kann.

Die Konstitution einer Gemeinschaft setzt voraus, dass diese Gemeinschaft mit etwas identifiziert wird. Um sich als Gemeinschaft konstituieren zu können, muss sich diese Gemeinschaft überhaupt erst einmal als Gemeinschaft erkennen. Das zu Konstituierende muss sich als konstituiert unterstellen, damit es *sich selbst* konstituieren kann. In Verfassunggebungen wird diese Selbstvoraussetzung besonders deutlich, weil die Verfassung eine Gabe an sich selbst ist, mit der sich allerdings der Gebende konstituiert.<sup>63</sup> Die Konstitution einer Gemeinschaft

<sup>55</sup> Sunstein (Fn. 13), S. 70.

<sup>56</sup> Alexander (Fn. 33), S. 544. In die gleiche Richtung zielt auch die Kritik von Kaufman (Fn. 12), S. 404 und Gelman (Fn. 16), S. 2301 ff.

<sup>57</sup> So z.B. R. P. George, Law, Democracy, and Moral Disagreement, Harvard Law Review 110 (1997), S. 1388 ff. (1401).

<sup>58</sup> Schmalz-Bruns, Alltag – Subjektivität – Vernunft. Praxistheorie im Widerstreit, Opladen 1989, S. 239.

<sup>59</sup> Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1997, S. 16.

<sup>60</sup> Sunstein (Fn. 18), S. 82.

<sup>61</sup> Sunstein (Fn. 18), S. 39 f.; Sunstein (Fn. 13), S. 14.

<sup>62</sup> Gelman (Fn. 16), S. 2345.

<sup>63</sup> Derrida, Otobiographien – die Lehre Nietzsches und die Politik des Eigennamens, in: ders./F. Kittler, Nietzsche – Politik des Eigennamens, Berlin 2000, S. 7 ff.

ist also auf diese Weise ganz eng mit ihrer Identität, genauer: mit ihrer Identifizierung verbunden. Inwiefern kann aber von einer Identität der Gemeinschaft überhaupt gesprochen werden? Gemeinschaftliche Identitäten sind in zwei Formen denkbar: konsequentialistisch und emergent. In ihrer *konsequentialistischen Form* sind sie die Folge aus den Identitäten der vergemeinschafteten Akteure. Die Identität der Gemeinschaft ist das, was die Identitäten aller teilen. Die Identifizierung der Gemeinschaft ist dann *der gleiche Bezug aller auf dasselbe*. Wird danach etwa eine Gemeinschaft mit einer nationalen Idee identifiziert, dann bedeutet dies, dass alle dasselbe mit dieser Idee verbinden. Die Identität der Gemeinschaft ist somit immer schon in jeder einzelnen Identifizierung zu finden. In ihrer *emergenten Form* ist die gemeinschaftliche Identität notwendigerweise unabhängig davon, dass sie von allen vergemeinschafteten Akteuren geteilt wird. Denn die gemeinschaftliche Identität ist erst dann von einer eigenen, emergenten Qualität, wenn sie nicht mehr auf die einzelnen Identifizierungen zurückgeführt werden kann. Die Identifizierung der Gemeinschaft ist darum in dieser Form nicht der gleiche, sondern *der unterschiedliche Bezug auf dasselbe*. Die Identifikation einer Gemeinschaft mit der bereits exemplarisch eingeführten nationalen Idee hieße dann, dass dieselbe Idee aus ganz unterschiedlichen Gründen von den Akteuren zur Identifizierung herangezogen wird.

Die konsequentialistische Form der Identitätsstiftung ist sicherlich die zunächst intuitiv eingängigere Variante: Einigkeit vereint. Auf den zweiten Blick wirft dies allerdings bereits die Frage auf, warum wir uns vereinigen, wenn wir uns schon einig sind.<sup>64</sup> Beraubt sich die konsequentialistische Form der Vergemeinschaftung damit nicht ihrer eigenen Möglichkeitsbedingungen, wenn sie ihre eigene Notwendigkeit nicht erklären kann? Neben dieses theoretische Problem gesellt sich noch ein faktisches: Können pluralistische oder gar multikulturelle Gemeinschaften überhaupt über eine solche Einigkeit verfügen? Muss ihnen nicht die Gemeinschaftsfähigkeit abgesprochen werden? Trotzdem lässt sich feststellen, dass sich solche Gemeinschaften selbst auch als Gemeinschaften verstehen. Handelt es sich vielleicht nur um kontrafaktische Gemeinschaften? Um diesen Fällen nicht die Gemeinschaftlichkeit abzusprechen, muss der substantielle Gehalt dessen, worüber Einigkeit notwendig ist, möglichst niedrig gehalten werden, um an der konsequentialistischen Form der Vergemeinschaftung festhalten zu können. Habermas zufolge sind es darum bekanntlich allein die Bedingungen, unter denen Einverständnisse möglich sind, über die in solchen Gemeinschaften Einigkeit herrschen muss. Aber ist darüber eine Einigung möglich?

Es geht mir hier nicht darum, im Einzelnen die Vor- und Nachteile konsequentialistischer Modelle der gemeinschaftlichen Identitätsstiftung zu diskutieren. Es sollte nur deutlich werden, dass der intuitiven Eingängigkeit dieser Modelle Bedenken entgegengebracht werden können, die es zumindest lohnenswert erscheinen lassen, einmal die Tragweite einer emergenten Form zu überprüfen. Emergenz kann einer gemeinschaftlichen Identität attestiert werden, wenn sie nicht mehr auf die einzelnen Identifizierungen der Individuen zurückgeführt werden kann. Das heißt aber nicht, dass diese Identifizierungen nicht notwendig sind und die gemeinschaftliche Identität unabhängig davon existieren kann. Im Gegenteil: Die Emergenz setzt die bereits angesprochenen unterschiedlichen Identifizierungen desselben voraus. Die Konstitution einer gemeinschaftlichen Identität ist

<sup>64</sup> Bonacker, *Moderne und postmoderne Gemeinschaften*. Zygmunt Baumanns Beitrag zu einer Theorie symbolischer Integration, in: Junge/ Kron (Hrsg.), *Zygmunt Bauman: Soziologie zwischen Postmoderne und Ethik*, Opladen 2002, S. 183 ff.

dann zwar nicht mehr darauf angewiesen, dass die Gemeinschaft mit dem Gleichen auch gleich identifiziert wird. Doch bleibt die Notwendigkeit, dass die Gemeinschaft überhaupt mit dem Gleichen identifiziert wird. Allerdings wird das Gleiche hier nicht mehr von allen Akteuren gleich identifiziert. Einigkeit besteht dann nur noch darüber, womit sich die Gemeinschaft identifiziert. Wie jedoch das Identifizierende von den einzelnen Akteuren identifiziert wird, bleibt uneinig. Dass – zum Beispiel – sich eine Gemeinschaft mit ihrer Verfassung identifiziert, beruht dann darauf, dass dieselbe Verfassung von den einen etwa als Ausdruck politischer Errungenschaften und von den anderen als Bewältigung historischer Fehler verstanden wird, während dritte dieselbe Verfassung als Ausdruck ihrer religiösen Weltanschauung deuten. Gleichzeitig kann dieselbe Verfassung auch zur Identifikation der Gemeinschaft dienen, weil sie die Ziele formuliert, zu deren Erreichen in der Zukunft wir uns verpflichtet haben, oder aber weil die Verfassung einen noch nie dagewesenen Wohlstand ermöglicht. Solch unterschiedliche Deutungen derselben Verfassung sind jedoch noch nicht mehr als die notwendigen Bedingungen für eine emergente Form der vergemeinschaftenden Identifizierung. Wie aber zeigt sich die Emergenz dieser Identität?

Wird eine Idee, eine Norm oder, allgemeiner gesprochen, ein anderer Signifikant auf diese Weise zu jenem Gegenstand, mit dem sich eine Gemeinschaft identifiziert, dann hat dies für die Bedeutung dieses identitätsstiftenden Signifikanten weitreichende Konsequenzen. Wird etwa – wie im bereits skizzierten Beispiel – eine Gemeinschaft mit ihrer Verfassung identifiziert, weil diese für die politischen Errungenschaften, die historische Bewältigung von Schuld, die Normierung der religiösen Weltanschauung, die Verpflichtung auf gemeinsame Ziele *oder* die Ermöglichung von Wohlstand steht, dann tritt die Verfassung zu jeder dieser Deutungen in ein äquivalentes Verhältnis. Aus der *Teilnehmer-Perspektive* der jeweils deutenden Akteure wird die Verfassung damit zwar unterschiedslos gegenüber einem bedeutungsgenerierenden Unterschied, doch wirkt dies insofern noch bedeutungsgenerierend, als die Verfassung stets mit etwas Differentem äquivalent wird. Indem die Verfassung nämlich als politische Errungenschaft gedeutet wird, gewinnt sie für den so deutenden Akteur an Bedeutung, weil sie von nicht politischen Errungenschaften – wie die historische Bewältigung von Schuld, die Normierung der religiösen Weltanschauung, die Verpflichtung auf gemeinsame Ziele *und* die Ermöglichung von Wohlstand – unterscheidbar wird. Aus der *Beobachter-Perspektive* geht jedoch genau diese Unterscheidbarkeit der gedeuteten Verfassung verloren. Denn die Verfassung tritt gleichzeitig mit unterschiedlichen Deutungen in ein äquivalentes Verhältnis und wird so *unterschiedslos gegenüber Unterschiedlichem*. Oder anders gesagt: Die Verfassung wird *deutungsoffen*.<sup>65</sup>

Diese Form der Deutungsoffenheit darf jedoch nicht mit Deutbarkeit verwechselt werden. Deutbarkeit markiert bloß, dass etwas unterschiedlich gedeutet werden *kann*, während Deutungsoffenheit anzeigt, dass etwas unterschiedlich gedeutet *wird*. Dies gilt es zu betonen, weil etwa Christoph Engel genau diesen Unterschied nicht hinreichend berücksichtigt, wenn er »Offenheit« bereits

65 Die These von der Verfassung als einem deutungsoffenen Signifikanten schließt vor allem an Arbeiten von Ernesto Laclau über die Konstruktion politischer Identitäten durch leere Signifikanten an; siehe Laclau, *New Reflections on the Revolution of Our Time*. London/New York 1990; Laclau, *Emancipation(s)*, London 1996; Laclau/Mouffe, *Hegemonie und radikale Demokratie*. Zur Dekonstruktion des Marxismus, Wien 1992. Vgl. deren Rezeption, theoretische Weiterführung und Anwendung auf die Verfassung ausführlich bei Brodocz, *Die symbolische Dimension der Verfassung*. Ein Beitrag zur Institutionentheorie, Wiesbaden 2003, Kap. 5.

Begriffen attestiert, deren Inhalte »nicht (...) ein für alle Mal feststehen.«<sup>66</sup> Die Deutungsoffenheit einer Verfassung impliziert dagegen gerade nicht, dass diese Verfassung alles bedeuten kann. Sie zeigt nur an, dass diese Verfassung faktisch Gegenstand unterschiedlicher Deutungen geworden ist. Die Deutbarkeit ist also genau genommen nur die Voraussetzung für Deutungsoffenheit. Denn die Möglichkeit unterschiedlichen Deutens macht zwar unterschiedliches Deuten möglich, doch folgt aus der Deutbarkeit keinesfalls zwingend auch Deutungsoffenheit. Genau dieser Kurzschluss ist auch das Problem der These von »essentially contested contents«.<sup>67</sup> Denn mit dieser Annahme kann nicht erklärt werden, warum bestimmte Begriffe nur in bestimmten historischen Phasen umstritten sind, während zu anderen Zeiten ihre Bedeutung feststeht.<sup>68</sup> Die Deutungsöffnung eines Signifikanten und somit auch die daraus resultierende Identitätsstiftung sind demgegenüber immer eine empirische Frage. Weil jeder Signifikant seine Bedeutung aus Unterscheidungen gewinnt, die immer auch anders sein könnten, kann zwar theoretisch auch jeder Signifikant in seiner Bedeutung geöffnet werden und somit für die Gemeinschaft identitätsstiftend wirken. Doch in der Praxis können nicht alle Signifikanten gleichzeitig diese Funktion übernehmen. Im Vergleich zu den anderen Signifikanten sind darum jene, die in ihrer Bedeutung geöffnet werden und so Identität stiften, immer hegemonial.<sup>69</sup>

## 2. *Integration durch Deutungsöffnung*

Die emergente Form einer Konstitution von Identität kann danach als Prozess der Deutungsöffnung jenes Signifikanten rekonstruiert werden, mit dem die Identität dieser Gemeinschaft verbunden wird. Dieser Prozess wirkt insofern integrativ, als unterschiedliche Verständnisse dessen, was dieser identitätsstiftende Signifikant bedeutet, durch ihren gemeinsamen Bezug auf genau diesen Signifikanten zusammengehalten werden. Die Integration durch diesen deutungs-offenen Signifikanten kann noch einmal als eine *symbolische Integration* präzisiert werden.<sup>70</sup> Denn dem integrativ wirkenden Signifikanten mangelt es aufgrund seiner Deutungsoffenheit an eigenen, bedeutungsgenerierenden Unterschieden. Dieser Mangel verhindert zwar eine Darstellung der Gemeinschaft durch diesen Signifikanten. Doch seine Deutungsöffnung symbolisiert zumindest, dass eine Gemeinschaft ist.

Die identitätsstiftende Kraft einer Verfassung bzw. ihre symbolisch integrative Wirkung hängt also davon ab, ob diese Verfassung auf die vorgestellte Art und Weise zum Gegenstand eines Prozesses der Deutungsöffnung wird. Diese Deutungsöffnung ist keinesfalls zwingend: Dass Verfassungen gemeinhin als vage und offen, als unbestimmt und abstrakt, als stellenweise paradox und schematisch beurteilt werden, deutet bereits darauf hin, dass es sich hierbei um Institutionen handelt, die über spezifische *Chancen zur Deutungsöffnung* verfügen. Diese Chancen lassen sich danach differenzieren, ob sie den sachlichen, den

66 Engel, Offene Gemeinwohldefinitionen, in: Rechtstheorie 32 (2001), S. 23 ff. (23).

67 Gallie, Essentially Contested Concepts, Proceedings of the Aristotelian Society 56 (1956), S. 167 ff.; MacIntyre, The Essential Contestability of Some Social Concepts, Ethics 84 (1973), S. 1 ff.

68 Ball, Transforming Political Discourse. Political Theory and Critical Conceptual History, Oxford 1988, S. 14.

69 Nonhoff, Politischer Diskurs und Hegemonie. Das Projekt »Soziale Marktwirtschaft«, Bielefeld 2006, S. 138 ff.

70 Bonacker/Brodocz, Im Namen der Menschenrechte. Zur symbolischen Integration der internationalen Gemeinschaft durch Normen, Zeitschrift für Internationale Beziehungen 8 (2001), S. 179 ff.

sozialen oder den zeitlichen Sinn<sup>71</sup> einer Verfassung betreffen.<sup>72</sup> Werden jene Unterschiede, die das Anderssein einer Verfassung ausmachen, als sachlicher Sinn einer Verfassung begriffen, dann impliziert eine Verfassung aufgrund der Vielfältigkeit ihrer Verfassungsartikel und der Paradoxieträchtigkeit ihres Gebungsprozesses eine *sachliche Chance* zu ihrer Deutungsöffnung. Dass eine Verfassung von verschiedenen Personen ganz unterschiedlich erlebt werden kann, macht nicht nur den spezifisch sozialen Sinn dieser Verfassung aus. Konstituiert eine Verfassung schließlich selbst eine Vielzahl unterschiedlicher Adressaten, dann vervielfältigt sie zugleich ihre eigene Erlebbarkeit und schafft sich so auch eine spezifisch *soziale Chance* zur Deutungsöffnung. Der zeitliche Sinn einer Verfassung speist sich wiederum daraus, dass jede Verfassung in ihrer momentanen konkreten Gegenwart immer wieder neu von Vergangenheit und Zukunft unterschieden werden kann. Eine damit verbundene spezifisch *zeitliche Chance* zur Deutungsöffnung wird vor allem möglich, wenn die Verfassung ihre Änderung selbst reguliert, wenn sie Verfassungswandel zulässt und nicht zuletzt, wenn sie aufgrund ihrer Vertextung unabhängig vom Erleben der Bürger und Bürgerinnen in der Zeit gehalten wird.

Wenn es allerdings die Deutungsoffenheit einer Verfassung ist, aus der sich ihre symbolisch integrative Wirkung ergibt, stehen dann nicht Verfassungsgerichte genau dieser Funktion entgegen? Bleibt die Deutungsoffenheit nicht sogar unwirksam, solange Verfassungsgerichte autoritativ über die Bedeutung der Verfassung entscheiden und so die Deutungsoffenheit wieder schließen? Machen Verfassungsgerichte vielleicht sogar auf diese Weise die konsequentialistische Form gemeinschaftlicher Identität in pluralistischen Gesellschaften erst möglich, gerade weil sie jene Einigkeit herstellen, die vereinigt?<sup>73</sup> Die Annahme einer *grundsätzlichen* Deutungsschließung von deutungs-offenen Verfassungen durch Verfassungsgerichte verkürzt jedoch den Sinn einer Verfassung allein auf die Sachdimension. Sachlich gesehen verfügt ein Verfassungsgericht durchaus darüber, was die Verfassung ist. Denn seine Entscheidungen sind autoritativ und verbindlich. Bindend wirkt eine verfassungsgerichtliche Entscheidung jedoch nur insofern, als sie festlegt, welches *Handeln* verfassungskonform ist und welches nicht. Nicht binden kann ein Verfassungsgericht dagegen, wie die Verfassung *erlebt* wird.<sup>74</sup> Seine Entscheidungen können handelnd befolgt werden, obwohl die Grundlage dieser Entscheidungen – die Verfassung – anders erlebt wird. Nur aufgrund dieser Differenzierung zwischen Handeln und Erleben konnte der bayerische Ministerpräsident den Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts damit kommentieren, dass Bayern diesen Beschluss »zwar

71 Zur Unterscheidung dieser drei Sinndimensionen siehe Luhmann, Sinn als Grundbegriff der Soziologie, in: Habermas/Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?, Frankfurt a.M. 1971, S. 25 ff. (46 ff.).

72 Brodocz, Chancen konstitutioneller Identitätsstiftung. Zur symbolischen Integration durch eine deutungs-offene Verfassung, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, Wiesbaden, S. 101 ff.; Brodocz (Fn. 65), S. 241 ff. Vgl. zu den Chancen der EU-Grundrechtecharta zur symbolischen Integration Europas auch Brodocz, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union und ihre Chancen zur symbolischen Integration Europas, in: Ulbert/ Weller (Hrsg.), Konstruktivistische Analysen der internationalen Politik, Wiesbaden 2005, S. 191 ff.

73 So z.B. Rousseau, The Constitutional Judge. Master or Slave of the Constitution?, Cardozo Law Review 14 (1993), S. 775 ff. und Schaal, Zwischen fiktionaler Deutungsschließung und faktischer Deutungsöffnung. Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Legitimation und Integration, in: Brodocz/Noetzel/Bonacker (Hrsg.), Die Ironie der Politik. Zur Konstruktion politischer Wirklichkeiten, Frankfurt a.M./New York 2003, S. 213 ff.

74 Vgl. generell zur hier verwendeten Unterscheidung von Erleben und Handeln Luhmann, Erleben und Handeln, in: Lenk (Hrsg.), Handlungstheorien interdisziplinär II. Handlungserklärungen und philosophische Handlungsinterpretationen, Erster Halbband, München 1973, S. 235 ff.



respektieren, aber nicht inhaltlich akzeptieren [werde].<sup>75</sup> Und auch nur aufgrund dieser Differenzierung ist es wichtig zu betonen, dass nur die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, nicht aber seine dafür angeführten Gründe bindend ist.<sup>76</sup> Dass allein das Handeln durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gebunden wird, nicht aber das Erleben, kommt auch in der Veröffentlichung der abweichenden Meinungen zum Ausdruck.<sup>77</sup> Zum einen wird die Bindungswirkung der Entscheidung nicht in Frage gestellt, obwohl eine Senatsminderheit das Grundgesetz anders erlebt als die Senatsmehrheit. Zum anderen wäre die Minderheitsmeinung ganz einfach verfassungswidrig, wenn die Bindungswirkung der Entscheidung auch das Erleben des Grundgesetzes umfassen würde. Aufgrund der Ungebundenheit des Erlebens muss somit auch die mit einer Verfassung verbundene soziale Chance zur Deutungsöffnung auch unter den Bedingungen von Verfassungsgerichtsbarkeit nicht notwendigerweise angetastet werden.

Genauso wenig wie die soziale wird auch die zeitliche Chance zur Deutungsöffnung einer Verfassung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit zwingend beschränkt. Im Gegenteil: Mit jeder Entscheidung des Verfassungsgerichts erlangen Vergangenheit und Zukunft der Verfassung einen neuen Sinn. Indem jede Entscheidung der Verfassung einen Sinn in einem konkreten Fall gibt, bekommt auch die Vergangenheit und die Zukunft *derselben* Verfassung einen neuen Sinn. So bedeutete etwa das Grundgesetz bis zu einer Entscheidung noch eine Vergangenheit, die über eine solche Konkretisierung nicht verfügt, während dasselbe Grundgesetz nach der Entscheidung für eine Vergangenheit steht, in der diese Konkretisierung vollzogen worden ist. Und ebenso ist dasselbe Grundgesetz bis zu dieser Entscheidung als eine Zukunft deutbar, in der diese Konkretisierung noch vollzogen werden kann, während dasselbe Grundgesetz nach der Entscheidung eine Zukunft bedeutet, in der diese Konkretisierung nur noch bestätigt oder revidiert werden kann.

### 3. *Integration durch minimalistische Verfassungsrechtsprechung*

Grundsätzlich betrifft Verfassungsrechtsprechung als Einschränkung des symbolisch integrativen Prozesses der Deutungsöffnung demnach allein den sachlichen Sinn einer Verfassung. Abschließend kann jetzt geklärt werden, ob sich beim Ausmaß dieser Beschränkung zwischen einer maximalistischen und einer auf Analogien beruhenden minimalistischen Rechtsprechung ein Unterschied feststellen lässt. Eine maximalistische Verfassungsrechtsprechung begründet ihre Entscheidung darüber, was die Verfassung ist, mit einem vollständig begründeten und über den Fall hinausgehenden Prinzip. Begründet das Verfassungsgericht zum Beispiel seine Interpretation mit dem ursprünglichen Willen des Verfassungsgebers, weil nur dieser Deutung eine berechtigte Geltung zukommt,<sup>78</sup>

<sup>75</sup> F.A.Z. vom 9.9.1995, S. 2.

<sup>76</sup> Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, München 1977.

<sup>77</sup> Auch die Unterscheidung von Judikatur und Dogmatik setzt genau genommen die Unterscheidung von Handeln und Erleben immer schon voraus. Der Richter handelt im Namen des Rechts, wenn er mit seiner Entscheidung das Handeln des Anderen bindet, während der Dogmatiker sein Erleben des Rechts dem Anderen als Erleben vorschlägt.

<sup>78</sup> Siehe zur Bedeutung dieses Interpretationsprinzips in der US-amerikanischen und bundesdeutschen Verfassungsrechtsprechung z.B. Heun, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers. Zur Problematik einer Maxime im amerikanischen und deutschen Verfassungsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts 116 (1991), S. 185 ff., und Herrmann, Der amerikanischen Supreme Court und die Prinzipien von Original Intent und Stare Decisis, in: Müller/ Schaal/ Tiersch (Hrsg.), Dauer durch Wandel, Köln/Weimar/Wien 2002, S. 105 ff.

dann wäre dies ein Rekurs auf ein vollständig begründetes und weitreichendes Prinzip. Vollständig wäre die Begründung, da sie andere Begründungen kategorisch ausschließt; und weitreichend wären die Folgen dieser Begründung, da sie über den Fall hinausgehend die Bedeutung jener Artikel festlegen, aus denen dann nicht nur die Entscheidung in diesem konkreten Fall, sondern auch die Entscheidungen in noch hypothetischen Fällen abgeleitet werden können. Zur Deutungsöffnung der Verfassung leistet ein solcher Maximalismus keinen Beitrag. Die Vollständigkeit und Tiefe dieser Begründung schließt andere Begründungen aus und negiert zugleich die Unterschiede zwischen den ausgeschlossenen Begründungen, indem sie sie allesamt als ungültig darstellt – und zwar nicht nur die Begründungen, die in der Sache zu einem anderen Urteil kommen, sondern auch jene, die zur selben Entscheidung führen würden. Dies ist bemerkenswert, weil damit die vielfältige Erlebbarkeit der Verfassung darauf reduziert wird, ob sie der einzig gültigen entsprechen oder nicht. Die sachliche Fixierung des Sinns greift also einschränkend auf den sozialen Sinn der Verfassung über, indem die damit verbundenen sozialen Chancen der Verfassung zur Deutungsöffnung *ungenutzt bleiben*. Darüber hinaus sorgt die hohe Reichweite einer solchen maximalistischen Verfassungsrechtsprechung schließlich dafür, dass diese Negation unterschiedlichen Erlebens beansprucht, auch die Entscheidungen anderer, zukünftiger Fälle auf diese Weise vorwegzunehmen und somit ebenfalls ungenutzt zu lassen. Maximalistische Verfassungsrechtsprechung schränkt die symbolische Integration durch eine deutungsoffene Verfassung also insofern ein, als durch ihre Schließung des sachlichen Sinns der Verfassung auch die sozialen und zeitlichen Chancen zur Deutungsöffnung beschnitten werden.

Ein durch analoge Entscheidungen in ähnlichen Fällen begründetes minimalistisches Urteil leistet hingegen durchaus einen Beitrag zur symbolischen Integration. Anders als in maximalistischen Entscheidungen wird hier der einschränkende Übergriff auf den sozialen und zeitlichen Sinn der Verfassung durch ihre sachliche Fixierung weitgehend blockiert. Begründet ein Gericht seine Entscheidung allein mit analogen Entscheidungen in ähnlichen Fällen, dann lässt es zum einen auch andere Begründungen derselben Entscheidung weiterhin zu. Weil sich im analogen Begründen die Begründungspflicht dadurch umkehrt, dass nur die *gegen* die analoge Entscheidung sprechenden Gründe begründet ausgeschlossen werden müssen,<sup>79</sup> ist eine Begründung *für* die analoge Entscheidung selbst nicht mehr notwendig. Die Vielfalt unterschiedlicher, aber berechtigterweise Geltung beanspruchender Gründe und ihnen vorausgehender Erlebbarkeiten bleibt so erhalten. Zum anderen werden auch die Unterschiede zwischen jenen Begründungen, die zu einer anderen Entscheidung geführt hätten, nicht negiert, weil der Geltungsanspruch des Gerichts nur auf die Entscheidung, aber nicht auf die Gründe erhoben wird. Nicht die Begründungen an sich, sondern nur die Begründungen für diese Entscheidung werden so als ungültig markiert. Der in der Dimension der Begründungstiefe angesiedelte *substantielle Minimalismus* leistet darum seinen Beitrag zur symbolischen Integration durch eine deutungsoffene Verfassung, indem er das Übergreifen des zu fixierenden sachlichen Sinns auf die *sozialen* Chancen zur Deutungsöffnung dadurch minimalisiert, dass die Vielfalt potentiellen Erlebens sowohl auf Seiten der für gültig als auch auf Seiten der für ungültig befundenen Begründungen erhalten bleibt. Aber auch der in der Dimension der Reichweite angesiedelte prozedurale Minimalismus dient der symbolischen Integration. Zwar trifft auch ein minimali-

79 Kriele (Fn. 28), S. 328.

stisch verfahrenes Gericht mit dem Verweis auf ähnliche Entscheidungen in ähnlichen Fällen eine Entscheidung zwischen Gründen, die mit der Verfassung vereinbar sind, und Gründen, denen die Vereinbarkeit abgesprochen wird. Doch bezieht sich die Vereinbarkeit hier allein auf die Entscheidung in der Sache und nicht auf die Begründung an sich. Begründungen, die in einem Fall nicht mit der Verfassung vereinbar sind, weil sie zu einer anderen Entscheidung geführt hätten, können in zukünftigen Fällen als mit der Verfassung vereinbar erscheinen, wenn sie zu denselben Entscheidungen führen wie die des Verfassungsgerichts.<sup>80</sup> Die unvermeidliche Feststellung einer Unvereinbarkeit von einzelnen Begründungen mit der Verfassung bleibt so auf den einzelnen Fall beschränkt. Der Beitrag des *prozeduralen Minimalismus* zur symbolischen Integration durch eine deutungsoffene Verfassung besteht deshalb darin, auch die *zeitlichen* Chancen der Verfassung zu ihrer Deutungsöffnung möglichst nicht zu begrenzen. Denn die Reichweite der Entscheidung über die Vereinbarkeit und Unvereinbarkeit von Begründungen mit der Verfassung wird gerade dadurch minimalisiert, dass die Begründung auf die Vereinbarkeit in der zu entscheidenden Sache reduziert und so für zukünftige Fälle offen gehalten wird.

#### *IV. Zusammenfassung: Die katalytische Funktion des judikativen Minimalismus*

Verfassungsrechtsprechung, die auf einem vor allem von analogen Begründungen getragenen judikativen Minimalismus beruht, ist für demokratische Gesellschaften in zwei Hinsichten von Relevanz: Erstens wirkt eine so verfahrenende Verfassungsrechtsprechung für eine demokratische Deliberation unterstützend; zweitens trägt sie zur symbolischen Integration dieser Gesellschaften durch ihre Verfassung bei. Genau wie im Fall der Deliberation ist die Wirkungsweise des judikativen Minimalismus aber auch im Fall der symbolischen Integration nur katalytisch. Führt die Gesellschaft die ihr überlassenen und zugetragenen Entscheidungen nicht einem Prozess der demokratischen Deliberation zu, dann bleibt die nur verstärkende, jedoch nicht initiiierende Funktion des judikativen Minimalismus ohne Wirkung. Und macht die Gesellschaft ihre Verfassung nicht zum Gegenstand vielfältiger Deutungen, dann bleiben auch hier die Chancen zur identitätsstiftenden Deutungsöffnung ungenutzt. Man kann also, wie Dieter Grimm, genau deshalb daran »zweifeln«, dass »in der Existenz einer Verfassung auch schon ihre Integrationswirkung begründet [liegt]«,<sup>81</sup> weil die Deutungsöffnung einer Verfassung von einer Voraussetzung lebt, die die Verfassung selbst nicht schaffen kann: ihre Deutung. Insofern liefert Sunsteins Demokratietheorie nicht nur in normativer Hinsicht einen gewichtigen Beitrag zu einem »minimalist republicanism that avoids substantive moral argument«,<sup>82</sup> sondern auch im Hinblick auf die damit verbundene symbolische Integration demokratischer Gesellschaften.

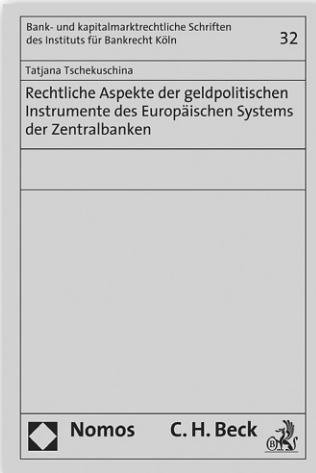
<sup>80</sup> Zum Beispiel hat das BVerfG entschieden, dass die Anordnung zum Anbringen von Kreuzifixen in Klassenzimmern nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist (BVerfGE 93, 1). Ebenso ist das BVerfG zu der Entscheidung gekommen, dass das religiös motivierte Schächten von Tieren durch das Grundgesetz geschützt ist (BVerfGE 104, 337). Wer also das Grundgesetz als Ermöglichung versteht, seine religiöse Weltanschauung ausüben zu können, der kann den Kreuzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts nicht teilen, obwohl dieselbe Begründung eine Zustimmung zum Schächterlaubnis-Urteil ermöglicht.

<sup>81</sup> Grimm, Integration durch Verfassung, Absichten und Aussichten im europäischen Konstitutionalisierungsprozess, *Leviathan* 32 (2004), S. 448 ff. (450).

<sup>82</sup> Fleming/McClain (Fn. 41), S. 538.

Nach Cass R. Sunstein wird das Verhältnis der deliberativen Demokratie zum Konstitutionalismus davon bestimmt, wie Verfassungsrecht gesprochen wird. Dabei wird die deliberative Demokratie zwar nicht immer, aber meistens von einem judikativen Minimalismus unterstützt. Dieser Artikel rekonstruiert und diskutiert, wie Sunstein zwischen einem prozeduralen und substantiellen Minimalismus unterscheidet, wie diese Minimalismen unvollständig fundierte Übereinkommen durch analoges Begründen herstellen und so die deliberative Demokratie stärken. Zudem weist Sunstein allerdings nur deskriptiv auf die integrative Kraft des judikativen Minimalismus hin. Abschließend präsentiert dieser Artikel deshalb eine Erklärung, warum der judikative Minimalismus auch die symbolische Integration demokratischer Gesellschaften unterstützt.

## Aktuelle Neuerscheinung



### Rechtliche Aspekte der geldpolitischen Instrumente des Europäischen Systems der Zentralbanken

Von Dr. Tatjana Tschekuschina

2008, 207 S., geb., 44,- €,

ISBN 978-3-8329-3175-9

(Bank- und kapitalmarktrechtliche Schriften des Instituts für Bankrecht Köln, Bd. 32)

Das Werk untersucht die Handlungsformen der Zentralbanken im Rahmen des EZSB und ordnet diese im Hinblick auf öffentlich- oder privatrechtliches Handeln ein. Weiterhin werden die geldpolitischen Ausführungsgeschäfte näher betrachtet und die Rechtsschutzmöglichkeiten der EZB, der nationalen Zentralbanken sowie deren Geschäftspartner analysiert.

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder bei Nomos | Telefon 07221/2104-37 | Fax -43 | [www.nomos.de](http://www.nomos.de) | [sabine.horn@nomos.de](mailto:sabine.horn@nomos.de)



# Nomos