

Verfassungsgerichtsbarkeit als *pouvoir neutre*

Matthias Herdegen*

I. Benjamin Constant und der demokratische Rechtsstaat	257
II. Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit	259
1. Aufsichtsfunktion des Bundesverfassungsgerichts	259
2. Politisch wirksame Koordination und Mäßigung	260
3. Anteil des Verfassungsgerichts an der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt?	260
III. Antragsgebundenheit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle	262
IV. Reservefunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit	263
V. Verortung des <i>pouvoir neutre</i> bei verschiedenen Institutionen	264
VI. Verfassungsgerichtsbarkeit als <i>pouvoir neutre</i> im Rechtsvergleich	264

I. Benjamin Constant und der demokratische Rechtsstaat

Auch in Deutschland hat Benjamin Constants Lehre vom "*pouvoir neutre*"¹ große und dauerhafte Anziehungskraft ausgeübt. Sie hat die deutsche Staatsrechtswissenschaft immer wieder animiert, der möglichen Verortung dieser geheimnisvollen vierten Gewalt im Verfassungsgefüge nachzuspüren.² Karl Doehring hat mit seiner veröffentlichten Antrittsvorlesung³ die Diskussion über einen *pouvoir neutre* unter dem Grundgesetz nachhaltig belebt. Er hat dabei die Einsicht bekräftigt, dass unter dem Grundgesetz jedenfalls nicht der Bundespräsident die neutrale vierte Gewalt sein kann.⁴

Von bleibendem Interesse sind zwei Grundfragen, denen Karl Doehring in der Suche nach dem durablen Erkenntniswert von Constants Lehre nachgegangen ist. Gibt es im modernen, demokratischen und gewaltenteilenden Rechtsstaat überhaupt noch einen *pouvoir neutre*, der die anderen drei Gewalten unabhängig von einer eigenen politischen Agenda überwacht, mäßigt und koordiniert? Wo ist

* Prof. Dr. iur., Direktor des Instituts für Völkerrecht und des Instituts für öffentliches Recht an der Universität Bonn.

¹ B. Constant, Cours de Politique Constitutionelle, 2. Aufl. 1836, hrsg. von J.-P. Pagès, Bd. 1, 2 ff., 186, 190 und *passim*.

² Siehe etwa A.-R. Grauhahn, Gibt es in der Bundesrepublik Deutschland einen "*pouvoir neutre*?", Diss. Heidelberg 1959; ders., Der Bundespräsident – Aktiv oder neutral?, JR 1965, 379 ff.; R. Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 54 Rn. 91; O. Kimminich, in: R. Dolzer/C. Waldhoff/K. Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Vorbem. zu Art. 54-61 Rn. 16 ff.; H. Lehne, Der Bundespräsident als neutrale Gewalt nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1960; W. Link, Zur Lehre von der "neutralen Gewalt" des Staatsoberhauptes, aus "Politik und Zeitgeschichte", Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament 1971, B. 17 ff.; I. Pernice, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 54 Rn. 23 f.

³ K. Doehring, Der "*pouvoir neutre*" und das Grundgesetz, Der Staat 3 (1964), 201 ff.

⁴ *Ibid.*, 207 ff. Hierzu eingehend T. Stein, Der Bundespräsident als "*pouvoir neutre*"?, (in diesem Heft).

diese Gewalt zu lokalisieren, wenn das Staatsoberhaupt zwar neutral, aber doch eher machtlos über dem politischen Getriebe steht?

Doehring's Grundthese lautet zunächst, dass auch unter dem Grundgesetz das Wirken der drei klassischen Gewalten des Ausgleichs, der Mäßigung und der Abstimmung bedarf, die einen "Koordinationsfunktionär" notwendig macht.⁵ Dabei weitet Doehring den Blick auf die auszutarierenden Belange und bezieht den Einzelnen ebenso ein wie Interessengruppen.⁶ Diese neue Perspektive mit einem weiteren Kreis von "stakeholders" lässt die Verfassungsgerichtsbarkeit fast zwangsläufig zum Träger dieser neutralen Ausgleichsfunktion werden.

Bei einer "Übersetzung" von Benjamin Constant's *pouvoir neutre* in das moderne Verfassungsrecht erscheint eine Feststellung Doehring's ganz wesentlich: nämlich, dass die neutrale Gewalt sich heute nicht mehr in rein institutioneller Betrachtungsweise oder begriffsjuristisch verengt erschließt, sondern als Funktion verstanden werden muss.⁷ Diese Einsicht löst sich von einem Vier-Gewalten-Schema und ermöglicht es, den *pouvoir neutre* auch innerhalb der drei Gewalten, der Legislative, der Exekutive und Judikative zu lokalisieren. Vor allem aber erlaubt die funktionale Betrachtung, die Funktionen des *pouvoir neutre* bei mehreren Institutionen des Verfassungslebens anzusiedeln.⁸

Doehring's Thesen und ihre argumentative Basis führen unmittelbar ins Zentrum der konstitutionellen Funktionsordnung. Zugleich bedürfen sie im Fluss der Verfassungsentwicklung und der Verfassungswirklichkeit der nachführenden Vergewisserung und Überprüfung.

Bei einer offenen funktionalen Betrachtung sprechen überzeugende Gründe für die notwendige Präsenz eines *pouvoir neutre* auch im modernen demokratischen Verfassungsstaat, wie ihn das Grundgesetz begründet. Zwar fehlt es nicht an gewichtigen Einwänden gegen eine Übertragbarkeit des *pouvoir neutre*-Ansatzes auf die grundgesetzliche Ordnung.⁹ Das parlamentarische Regierungssystem mit der Chance des demokratisch legitimierten Machtwechsels widerspricht jedoch der Annahme eines *pouvoir neutre* nicht.¹⁰ Denn funktionale Störungen sind damit ebenso wenig ausgeschlossen wie ein Kompetenzübergreif, der nach ausgleichender Kontrolle verlangt.

⁵ Doehring (Anm. 3), 205 ff.

⁶ *Ibid.*, 206.

⁷ *Ibid.*, 202.

⁸ *Infra* II.

⁹ Kritisch zur Übertragung der Figur des *pouvoir neutre* auf die Gewalten- und Funktionsordnung des Grundgesetzes etwa W. Kaltefleiter, Die Funktionen des Staatsoberhauptes in der parlamentarischen Demokratie, 1970, 209 ff.; Kimminich (Anm. 2); M. Nettessheim, Amt und Stellung des Bundespräsidenten, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 61 Rn. 24. Der Entwurf von Herrenchiessee wollte noch den "Bundespräsidenten als ein echtes *pouvoir neutre* in die Lage versetzen, eine ausgleichende Wirkung zwischen den verschiedenen Organen des Verfassungsaufbaus auszuüben", HchBer., Darstellender Teil, 41.

¹⁰ Anders Kaltefleiter (Anm. 9), 209 m. Anm.

Zwar steuert das Grundgesetz die Funktionen der Gewalten mit einer außergewöhnlichen, weltweit wohl unerreichten normativen Dichte. Aber es bleibt noch mehr als ausreichend Raum für Koordinationsleistungen, welche weder normative Maßstäbe noch eine (partei-)politische Programmatik auf ein bestimmtes Gleis zwingen. Dazu gehören ganze Politikbereiche, die normativ schwach oder gar nicht vorgeprägt sind.

Der Verweis auf die normativ festgefügte Kompetenzordnung beantwortet vor allem nicht die Frage nach einer funktionalen Reserve im Katastrophenfall des Staatsstreiches. Dass die verfassungsrechtliche Funktionsordnung hier Antworten bieten kann, die über staatsrechtliche Texte hinausgehen, belegt die Bewältigung des Staatsstreichs, den Präsident Serrano von Guatemala im Jahre 1993 versucht hat. Hier hat das guatemaltekische Verfassungsgericht ohne Antrag, d.h. in einer Art Geschäftsführung ohne Auftrag, die Auflösung anderer Verfassungsorgane durch den Staatspräsidenten für unwirksam erklärt.¹¹ Die Funktion des *pouvoir neutre* als "Verfassungsreserve" hat hier eine unmittelbare Konsequenz für die Verfassungskonkretisierung. Insoweit geht die Frage nach dem *pouvoir neutre* über eine bloße beschreibende und typologisierende Dimension hinaus.

II. Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Aufsichtsfunktion des Bundesverfassungsgerichts

Nicht nur das Bundesverfassungsgericht, sondern die moderne Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt kommt von ihrem Typus her der mäßigenden und kontrollierenden Aufgabe sehr nahe, wie sie Benjamin Constant als Leitfunktion des *pouvoir neutre* vorschwebt: "... lorsque les pouvoirs publics se divisent et sont prêts à se nuire, il faut une autorité neutre qui fasse à leur égard ce que le pouvoir judiciaire fait à l'égard des individus".¹² Für Doebling liegt der *pouvoir neutre* der Bundesrepublik Deutschland beim Bundesverfassungsgericht, genauer: in der Anwendung der die Gesetzgebung und die Exekutive steuernden Verfassungsbestimmungen.¹³ Benjamin Constant selbst rückt den *pouvoir neutre* in die Nähe der richterlichen Gewalt.¹⁴

¹¹ Corte de Constitucionalidad, Entscheidung 225-93, Anuario de Derecho Constitucional Latino-Americano 1995, 333; hierzu M. Herdegen, La Corte de Constitucionalidad como Último Guardián del Orden Constitucional. Negotiorum Gestio para restablecer el Equilibrio estatal, a.a.O., 337 ff.

¹² Constant (Anm. 1), 7.

¹³ Doebling (Anm. 3), 214 ff.; ähnlich für das Bundesverfassungsgericht als *pouvoir neutre* Grauhahn (Anm. 2), Gibt es in der Bundesrepublik, 95 ff.; ders. (Anm. 2), JR 1965, 38.

¹⁴ Constant (Anm. 1), 7.

2. Politisch wirksame Koordination und Mäßigung

Zum Leitbild des *pouvoir neutre* gehört die Einwirkung auf das politische Leben durch Mäßigung und Koordinierung der politischen Gewalten, also von vollziehender und gesetzgebender Gewalt. Von einem echten "*pouvoir*" lässt sich nur dann sprechen, wenn diese Einwirkung gegenüber der Direktionskraft des Verfassungstextes hinaus einen "politischen Mehrwert" hat. Anders als beim konstitutionellen Monarchen Frankreichs zu Zeiten Benjamin Constants oder auch beim in der Verfassung der Fünften Französischen Republik ausdrücklich als Schiedsrichter bezeichneten Staatspräsidenten¹⁵ erschöpft sich das verfassungsgerichtliche Richteramt in einer Anwendung und Konkretisierung staatsrechtlicher Regeln. Aber Doehring verweist hier zu Recht auf die rechtschöpferische Dimension der gerichtlichen Normanwendung.¹⁶

Gerade in der Koordination politischer Gewalten hat die Rechtsprechung der vergangenen Jahrzehnte immerhin Maßstäbe gesetzt, die sich aus dem Verfassungstext nicht mit größerer Evidenz ergeben als ganz andere Lösungen. Hierher gehören im Staatsorganisationsrecht etwa die Entscheidungen zur Bundeswehr als "Parlamentsheer" mit der Zustimmungspflichtigkeit von Auslandseinsätzen¹⁷ oder zum Auflösungsrecht des Bundespräsidenten bei negativem Ausgang der Vertrauensfrage, das die Auflösung des Bundestages zum Instrument einer fortbestehenden Regierungsmehrheit macht.¹⁸ Im Haushaltsrecht (bei Art. 109 Abs. 2 und Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG), in denen der Verfassungstext eine klare Grenze für dynamische Verfassungsauslegung und stillschweigende Verfassungsänderung markiert, hat das Bundesverfassungsgericht die Insuffizienz der Verfassungsnorm diagnostiziert und in dezenter Manier an die Weisheit des verfassungsändernden Gesetzgebers appelliert.¹⁹

3. Anteil des Verfassungsgerichts an der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt?

Entscheidend kommt es für Karl Doehring darauf an, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit Anteil an der legislativen und exekutiven Staatsgewalt hat und auf dieser Grundlage mäßigend auf beide Gewalten einwirken kann.²⁰ Diese Deutung widerspricht gewiss dem herrschenden Verständnis in Rechtsprechung und Staatsrechtslehre, welche die wesentliche Wahrnehmung legislativer Funktionen durch

¹⁵ Art. 5 Abs. 1 der Verfassung von 1958.

¹⁶ Doehring (Anm. 3), 216.

¹⁷ BVerfGE 90, 286; 104, 151; 108, 34.

¹⁸ BVerfGE 62, 1; 114, 121.

¹⁹ BVerfGE 119, 96 (Leitsatz 3).

²⁰ Doehring (Anm. 3), 216 f.

die Verfassungsgerichtsbarkeit als Sündenfall ansieht²¹ und erst recht der Vermengung richterlicher Funktionen mit der vollziehenden Gewalt wenig abgewinnen kann.

Dennoch erscheint es bei realitätsnaher Betrachtung überzeugend – und auch ehrlich – die verfassungsgerichtliche Kontrolle in der Bundesrepublik Deutschland als integralen Bestandteil der Gesetzgebung zu betrachten.²² Selbstverständlich ändert dieser Befund nichts daran, dass der Auftrag zu autonomer politischer Gestaltung jenseits rechtlich fassbarer Parameter nur bei den politischen Organen der Gesetzgebung und Exekutive liegen kann.

Gefördert wird die starke Einwirkung der Verfassungsgerichtsbarkeit namentlich auf die Gesetzgebung zunächst von einer steten Verfeinerung der grundgesetzlichen Prüfungsmaßstäbe, von den Grundrechten bis hin zu den Staatsziel- und Staatsstrukturbestimmungen.

Die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen für alle Verfassungsorgane (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), die das Bundesverfassungsgericht selbst auf tragende Entscheidungsgründe erstreckt hat,²³ sowie die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen²⁴ oder Appellentscheidungen²⁵ des Bundesverfassungsgerichts wirken in einer Intensität auf den Gesetzgebungsprozess und die Normanwendung ein, die aus rechtsvergleichender Sicht kaum Parallelen kennt. Die Übergangsregelungen der zweiten Abtreibungsentscheidung²⁶ zeigen einen “Koordinationsfunktionär”, der in weltweit wohl beispielloser Weise legislative Funktionen wahrnimmt.

Ein wesentlicher Grund für die weithin als legitim anerkannte Einwirkung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Gesetzgebung liegt wohl darin, dass das verfassungsgerichtliche Verfahren sowohl im Hinblick auf den Einzelfall (bei der Verfassungsbeschwerde) als auch im Allgemeinen einen deutlichen Mehrwert bei der Folgenanalyse bringt. Vielfach sind die hypothetischen Annahmen des Gesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Verfahren bereits einer empirischen Falsifikation oder Bestätigung zugänglich.

Dabei bringt die verfassungsgerichtliche Kontrolle auch bei der Gesetzgebung ein zentrales Gerechtigkeitsmoment zur Entfaltung, von dem schon Benjamin Constant im Zusammenhang mit dem *pouvoir neutre* spricht: nämlich die empirische Würdigung, die sich im Grunde erst im Normvollzug erschließt.²⁷ Vor allem die Verfassungsbeschwerde und die inzidente Normenkontrolle geben der verfas-

²¹ J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 93, Rn. 32 f.

²² So schon M. Herdegen, Global Economy, Lean Budgets, and Public Needs, Southern Methodist Law Review 53 (2000), 543-554.

²³ BVerfGE 1, 14 (37); 40, 88 (93 f.); 99, 119 (122 f.).

²⁴ BVerfGE 88, 145 (166); 95, 64 (81, 93); 110, 226 (267); 112, 164 (182).

²⁵ BVerfGE 54, 11 (37); 62, 256 (286).

²⁶ BVerfGE 88, 203 (334 ff.).

²⁷ Siehe Constant (Anm. 1), 13.

sungsgerichtlichen Überprüfung von Gesetzgebungsakten im Lichte der situationsgebundenen Normenanwendung eine besondere Konturenschärfe.

Die mögliche Projektion der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle auf einen oder mehrere Einzelfälle verwirklicht auch ein weiteres Anliegen, das hinter Benjamin Constants Lehre vom *puvoir neutre* steht: nämlich die Balance zwischen der Allgemeinheit des Gesetzes und der Einzelfallgerechtigkeit, der "*conciliation de la loi générale avec l'équité particulière*".²⁸ In der Hand der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit bewirken vor allem der Gleichheitssatz, aber auch das Rechtsstaatsgebot der inneren Stimmigkeit der Normgebung²⁹ sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Mäßigung der gesetzgebenden Gewalt: nämlich im Dienste von Angemessenheit, Sachgerechtigkeit und vertretbarer Typisierung. In dem Urteil zur *Pendlerpauschale*³⁰ spürt man förmlich, wie das Gesetz mit jedem Entfernungskilometer mehr in Distanz zur materiellen Gerechtigkeit und sachgerechten Differenzierung gerät.

III. Antragsgebundenheit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle

Anders als ein *puvoir neutre* mit einem genuinen politischen Mandat, hängt die verfassungsgerichtliche Intervention und Koordination durchweg an einem Antrag von außen. Wie Doehring zu Recht betont, besteht aber unter dem Grundgesetz kein Mangel an möglichen Initiativen zur Aktivierung des verfassungsgerichtlichen *puvoir neutre*.³¹

Im Übrigen hat die Rechtsprechung selbst ihren Beitrag hierzu geleistet, dass Kompetenzübergriffe in einem weiten Umfang auf den Radarschirm der verfassungsgerichtlichen Kontrolle geraten. Dabei sei nur auf die Ausweitung der Antragsberechtigung im Organstreit etwa durch die Aufwertung von Parteien zu Verfassungsorganen³² oder den Ausbau des Minderheitenschutzes über antragsberechtigte Untergliederungen des Bundestages bis hin zu Fraktionen in Ausschüssen³³ hingewiesen. Die "*Maastricht-Rechtsprechung*" unterwirft jeden Schritt zur weiteren Integration in Europa zulässigen Verfassungsbeschwerden.³⁴ Heute entziehen sich nur wenige Akte der politischen Gewalten, wie etwa außen- und verteidigungspolitische Akte ohne Eingriff in organschaftliche Positionen oder Grundrechte, einer direkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle.³⁵

²⁸ Constant (Anm. 1), 26.

²⁹ BVerfGE 99, 88 (95); 105, 73 (125); 107, 27 (47).

³⁰ BVerfG, NJW 2009, 48.

³¹ Doehring (Anm. 3), 216.

³² BVerfGE 84, 290 (299 ff.).

³³ BVerfGE 70, 324 (351); 105, 197 (220).

³⁴ BVerfGE 89, 155 (171 ff.).

³⁵ Siehe BVerfGE 104, 151; BVerfG, NJW 2008, 2018.

Die Ausweitung der Antragsbefugnis aufgrund einer Stärkung der jeweils zu verteidigenden materiellen Rechtsposition steht in ganz engem Verhältnis zur ausgleichenden Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit. Der erleichterte Zugang von Organteilen und Untergliederungen von Organteilen zum verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz fördert im politischen Prozess, namentlich in der parlamentarischen Auseinandersetzung, die Stellung von Minderheiten. Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen die Übertragung von Hoheitsrechten etwa aufgrund der Verträge von Maastricht und Lissabon sichert dem Staatsbürger ein öffentlichkeitswirksames Forum gerade dann, wenn sich der parlamentarische Diskurs für manche als etwas anämisch darstellt. Umgekehrt hat etwa das *Maastricht*-Urteil einen erheblichen Beitrag zur Akzeptanz der europäischen Währungsintegration in Deutschland geleistet.

Wenn ein Verfassungsgericht aus dem Korsett des Prozessrechts ausbricht, um in den politischen Prozess zu intervenieren, lässt sich dies nur mit seiner Reservefunktion in einer Staatskrise³⁶ rechtfertigen. Eigeninitiativen der Verfassungsgerichtsbarkeit wecken den Verdacht politischer Parteinahme, wenn es nicht um die Sicherung der Verfassungsordnung vor einer elementaren Bedrohung geht. Höchst umstritten ist das Vorgehen des russischen Verfassungsgerichtes im Jahre 1993. Das russische Verfassungsgericht prüfte auf eigene Initiative in einer Nachtsitzung im Anschluss an die öffentliche Ankündigung eines Dekrets durch den damaligen russischen Präsidenten Jelzin den lediglich angekündigten Inhalt und erklärte das Vorhaben in einem Gutachten teilweise für verfassungswidrig, teilweise für verfassungskonform.³⁷

IV. Reservefunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Entscheidung des Verfassungsgerichts von Guatemala in der Staatskrise von 1993³⁸ macht deutlich, dass die Reservefunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit bei einer existentiellen Bedrohung der Verfassungsordnung einen sehr großzügigen Umgang mit dem Prozessrecht rechtfertigen kann. Nach der vom Präsidenten verfügte Auflösung anderer Verfassungsorgane musste das Verfassungsgericht ohne Antrag entscheiden, um die Integrität der Verfassung und den eigenen Bestand zu retten. Dieser Fall dokumentiert auch, wie in der Staatskrise ein richterlicher *pouvoir neutre* seine Reservefunktionen nur mit Unterstützung der politischen Staatsgewalten erfolgreich ausführen kann. Das Verfassungsgericht konnte mit seiner Entscheidung den Staatstreich des guatemalteckischen Präsidenten nur deshalb vereiteln, weil der Verteidigungsminister bereit war, die Entscheidung über die Medien zu verbreiten.

³⁶ Hierzu unter IV.

³⁷ Hierzu T. Schweisfurth, Die Verfassung Russlands vom 12. Dezember 1993, EuGRZ 1994, 473 (476 ff.).

³⁸ Anm. 11.

Die Frage nach der Reservfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit des *pouvoir neutre* berührt die alte Kontroverse zwischen Carl Schmitt³⁹ und Hans Kelsen⁴⁰ in der Weimarer Staatsrechtlehre, wer denn nun "Hüter der Verfassung" sei. Die Zuordnung des *pouvoir neutre* vor allem zur Verfassungsgerichtsbarkeit steht der von Hans Kelsen vertretenen Position⁴¹ jedenfalls nahe.

V. Verortung des *pouvoir neutre* bei verschiedenen Institutionen

Das funktionale Verständnis des *pouvoir neutre* gestattet es, diese "Gewalt" bei verschiedenen Institutionen anzusiedeln, auch wenn die zentrale Koordinations- und Ausgleichsfunktion bei *einem* Verfassungsorgan verbleibt. Unter dem Grundgesetz üben neben dem Bundesverfassungsgericht vor allem der Bundespräsident mit seinem Ermessen bei der Ernennung eines Minderheitskanzlers (nach Art. 63 Abs. 4 Satz 3 GG) und bei der Auflösung des Bundestages (nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG), aber auch der Bundesminister der Finanzen bei der Zustimmung zu über- und außerplanmäßigen Ausgaben (Art. 112 GG) Funktionen eines *pouvoir neutre* aus.

Eine eigene Form des *pouvoir neutre*, die sich von der Funktionstypik der Lehre Benjamin Constants weit entfernt, hat das moderne Staats- und Europarecht mit dem Modell einer unabhängigen, losgelöst von einer parteipolitischen Agenda agierenden Zentralbank entwickelt.

Wenn ein für die Währungspolitik zuständiges System wie das Europäische System der Zentralbanken jenseits der Verpflichtung auf Preisstabilität (siehe Art. 105 Abs. 1 Satz 1 EG)⁴² außerhalb justiziabler Parameter agiert, bleibt für eine gerichtliche Koordination kein Raum. Dies lässt sich aber wiederum mit der Entlastungsvorstellung des *pouvoir neutre* erklären, der in seinem Funktionsbereich stets als letzte Autorität agiert. Insoweit kann es neben oder über dem einzelnen *pouvoir neutre* keine andere neutrale Gewalt mehr geben.

VI. Verfassungsgerichtsbarkeit als *pouvoir neutre* im Rechtsvergleich

Die Abgrenzung und Mäßigung legislativer und exekutiver Gewalt, aber auch die Sicherung der Gewaltenbalance im föderalen System machen die Verfassungsgerichtsbarkeit auch in anderen Staaten zu einem *pouvoir neutre*. Dies gilt unab-

³⁹ C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, 4. Aufl. 1996.

⁴⁰ H. Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, 1931.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Hierzu M. Herdegen, *Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom*, CMLRev. 35 (1998), 9 ff.

hängig davon, ob die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Händen eines obersten Gerichts liegt oder aber einem besonderen Organ anvertraut ist.

Geistesgeschichtlich mag man die Inanspruchnahme des „*judicial review*“ im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzgebungsakten im Lichte von Alexander Hamiltons Federalist Paper Nr. 78⁴³ als Ausdruck einer US-amerikanischen Version der *pouvoir neutre*-Lehre deuten. Danach ist die Mäßigung und Koordination der anderen Staatsgewalten am besten bei der Gewalt aufgehoben, die schwächer und weniger gefährlich ist als Exekutive und Legislative. Bei Benjamin Constant ist dies die Krone, der *pouvoir royal*, bei Alexander Hamilton ist es unter den Zweigen der Staatsgewalt die rechtsprechende Gewalt als „*the least dangerous to the political rights of the constitution*“.⁴⁴

Der moderne gewaltenteilende Verfassungsstaat ist ein Haus mit vielen Wohnungen, das dem verfassungsrichterlichen *pouvoir neutre* ganz unterschiedlichen Raum zur Entfaltung bietet. Aber selbst in einem System mit einem präsidialen Schiedsrichter wie der Französischen Republik ist das Überprüfungspotential des Conseil constitutionnel mit der Erweiterung der Antragsbefugnis angewachsen.⁴⁵ Das Beispiel etwa des Verfassungsgerichts von Kolumbien zeigt mit weitreichenden Entscheidungen zum Notstandsrecht,⁴⁶ zu endemischen Grundrechtsdefiziten wie im Falle der sogenannten „*desplazados*“⁴⁷ und zu wirtschaftspolitischen Maßnahmen der Regierung,⁴⁸ wie stark sich ein selbstbewusstes Verfassungsgericht auch neben der Machtfülle eines Staatspräsidenten als ausgleichender und mäßiger Faktor entfalten kann.

Die Vielgestaltigkeit der verfassungsgerichtlichen Schiedsrichterrolle zeigt sich auch in der Besetzung der Richterbank. Wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgleichend auf Legislative und Exekutive einwirken soll, legt eine angemessene Gewaltenbalance auch eine Mitwirkung der politischen Gewalten nahe. Die Bundesrepublik Deutschland hat mit der Richterwahl durch Bundestag und Bundesrat (Art. 94 Abs. 1 GG, §§ 5 ff. BVerfGG) insgesamt positive Erfahrungen gemacht. Es ist nicht erkennbar, dass das Verfahren einer öffentlichen Anhörung, wie sie für die Wahl der obersten Bundesrichter der USA durch den Senat gilt, einen deutlichen Mehrwert für die Qualifikation bietet. Unter dem Gesichtspunkt einer gewissen Entpolitisierung mögen Wahlvorschläge anderer oberster Gerichte, der Anwaltschaft oder der Wissenschaft (wie sie etwa in manchen ausländischen Verfassungen vorgesehen sind) erwägenswert sein. Aber auch hier ist eine Instrumentalisierung der vorschlagsberechtigten Institutionen oder Gruppen keineswegs ausgeschlossen.

⁴³ A. Hamilton, in: The Federalist Papers, hrsg. von G. Wills, 1982, 392 ff. (394).

⁴⁴ *Ibid.*, 393.

⁴⁵ Siehe Art. 61 Abs. 2 der französischen Verfassung.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Urteil C-301/93 vom 2. August 1993; Urteil C-466/95 vom 18. Oktober 1995; Urteil C-070/09 vom 12. Februar 2009.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Urteil T-025/04 vom 22. Januar 2004.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Urteil C-700/99 vom 16. September 1999.

Die Erfahrungen mit dem verfassungsgerichtlichen *pouvoir neutre* bei tektonischen Gewichtverschiebungen oder gar existentiellen Krisen der Verfassungsordnung sind gemischt. Im Falle des sog. "Preußenschlages" hat der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich mit einer scheinbar salomonischen Entscheidung die Chance verspielt, durch Wahrung der föderalen Gewaltenbalance den Weg der nationalsozialistischen Revolution zumindest empfindlich zu hemmen.⁴⁹ In einzelnen Staaten Lateinamerikas hat eine strukturell schwache Justiz dem Umbau der Verfassungsordnung im Dienst einer bestimmten politischen Bewegung wenig entgegen zu setzen⁵⁰. Auf der anderen Seite zeigt das Beispiel der mutigen Vereitelung des präsidentiellen Staatsstreiches durch das Verfassungsgericht von Guatemala wiederum, was ein selbstbewusster *pouvoir neutre* in einer Staatskrise zu leisten vermag.

Letztlich hängt die Wirksamkeit eines verfassungsgerichtlichen *pouvoir neutre* sowohl von seinem Selbstverständnis wie von der Perzeption der politischen Gewalten ab. Im Übrigen ist es nicht überraschend, dass sich selbst eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit in einem demokratischen Gemeinwesen nicht leicht gegen den Strom der Zeit stellen wird. Benjamin Cardozo trifft hier eine ganz nüchterne Feststellung: "*The greatest tides and currents which engulf the rest of men do not set aside in their course and pass the judges by.*"⁵¹ Insoweit gilt für die Richterkönige als Hüter des demokratischen Verfassungsstaates nichts anderes als für den königlichen *pouvoir neutre* des Benjamin Constant.

⁴⁹ StGH, Entscheidung vom 25. Oktober 1932, RGZ 138, Anhang, 1-43.

⁵⁰ Siehe etwa Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Urteil Nr. 18 vom 19. Januar 1999.

⁵¹ B. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, 1921, 168.