

Sabine Müller-Mall Verfassende Urteile

Eine Theorie des Rechts
suhrkamp taschenbuch
wissenschaft

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2404

Gerichte nehmen mit ihren Urteilen großen Einfluss auf Verfassungsentwicklungen. Wie aber können diese Urteile Verfassungen erweitern, verdichten oder verändern? Und was heißt es überhaupt, rechtlich zu urteilen? Um verfassende Urteile über ihre Rechtsförmigkeit zu erklären, rekonstruiert Sabine Müller-Mall in ihrem scharfsinnigen Buch Verfahren juridischen Urteilens. Sie entwirft nicht nur eine grundlegende Perspektive auf den Zusammenhang von Recht und Konstitutionalisierung, sondern auch eine Theorie des Rechts, die das Urteilen zum Ausgangspunkt nimmt.

Sabine Müller-Mall ist Professorin für Rechts- und Verfassungstheorie an der Technischen Universität Dresden.

Sabine Müller-Mall

Verfassende Urteile

Eine Theorie des Rechts

Suhrkamp

Erste Auflage 2023
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2404
Originalausgabe
© Suhrkamp Verlag AG, Berlin, 2023
Alle Rechte vorbehalten. Wir behalten uns auch
eine Nutzung des Werks für Text und Data Mining
im Sinne von § 44b UrhG vor.
Druck und Bindung: C. H. Beck, Nördlingen
Umschlag nach Entwürfen
von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt
Printed in Germany
ISBN 978-3-518-30004-6

www.suhrkamp.de

Inhalt

Vorwort	7
I. Konstitutionalisierung durch Urteile	10
II. Verfassung und Verfassen	34
III. Juridizität rechtsförmiger Urteile	71
IV. Theoretische Rekonstruktion juridisohen Urteilens	107
V. Verfassende Urteile als juridishe Urteile	241
Ausblick	273
Dank	276
Sachregister	277
Ausföhrliches Inhaltsverzeichnis	283

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung widmet sich der Frage, wie verfassende Wirkungen rechtlicher Urteile erklärt werden können. Sie geht von der Beobachtung aus, dass viele der aktuell konstatierten Konstitutionalisierungsprozesse in Europa, in der transnationalen Sphäre oder im Völkerrecht von gerichtlichen (rechtlichen) Urteilen vorangetrieben werden. Vorgänge des Verfassens auf dem Boden des Konstituierten, so lassen sich Konstitutionalisierungsprozesse auch beschreiben, stehen also in einem Zusammenhang mit rechtlichen Urteilen. Das Problem, solche verfassenden Urteile zu beschreiben, zeigt sich damit sogleich als ein Problem, rechtliche Urteile überhaupt näher zu beschreiben: denn, so die hier angenommene Voraussetzung, die Form dieser Urteile als rechtliche ist von Relevanz für ihre verfassende Qualität. Damit rückt also die Frage, wie rechtliche Urteile genauer zu rekonstruieren sind, in den Mittelpunkt der Betrachtung. Was heißt es, rechtsförmig zu urteilen, und wie lässt sich annehmen, dass rechtsförmige Urteile eine verfassende Dimension haben können?

Allerdings zwingt nicht nur diese verfassungstheoretische Überlegung dazu, sich näher mit Vorgängen rechtlicher Urteilsbildung zu beschäftigen, sondern auch eine merkwürdige Lücke in der Rechtstheorie: Zwar bestimmt rechtliches Urteilen nahezu jedes Rechtsgebiet und bildet in den meisten Rechtssystemen eine prominente Handlungsform. Und doch blendet die Rechtstheorie das Urteilen als Form des Rechts geradezu systematisch aus oder setzt es, was letztlich dasselbe bedeutet, ohne weiteres voraus – rechtstheoretische Untersuchungen oder Beschreibungen des Urteilens sind außerordentlich selten und werden noch seltener rezipiert,¹ von einigen Höhepunkten im ersten Viertel des 20. Jahrhunderts einmal abgesehen.² Obwohl also Urteile eine der zentralen Handlungsformen des Rechts darstellen, sind sie als Urteile, als Form, für das Recht kaum untersucht.

Ich gehe davon aus (und darin liegt ein Motiv, den vorliegenden

1 Ein Beispiel: Jürgen Rüdig, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlin 1973.

2 Wiederum ein Beispiel: Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, München 1912.

Versuch zu unternehmen), dass diese Form des Rechts, das rechtliche Urteilen, einiges über das Recht und auch über die Verfassung lehren kann, es also produktiv sein dürfte, sich dieser Form deutlicher und entschiedener zu nähern, als es Rechts- und Verfassungstheorie bislang versucht haben: Wenn wir Urteile nicht nur als Ergebnisse von Auslegungsprozessen oder als Entscheidungen zwischen zwei Alternativen, sondern Urteilen als Verfahren betrachten, welches das Allgemeine des Rechts mit dem Besonderen einer normativ wie faktisch konstruierten Situation zusammenzubringen vermag, dann dürfte ein Blick aufs Recht zu gewinnen sein, der weder bloß funktionalistisch noch bloß interpretationsgeleitet und weder bloß dezisionistisch noch bloß institutionell orientiert ist. Möglicherweise erlaubt es dieser Blick, die spezifische Professionalität von Richtenden, das »Mindset der Jurist:innen«, ³ gerade dann, wenn das Recht auf dem Spiel steht, zu erkunden. Im Urteil erweist sich das Recht, oder anders gesagt: Im Urteil wird das Allgemeine der Rechtsregel vom Besonderen der Situation gleichzeitig unterschieden und dieser Unterschied überbrückt. In dieser Gleichzeitigkeit liegt nicht nur die spezifische Kompetenz des Juristischen verborgen, sondern auch der grundlegende Anspruch des Rechts. Das Urteilen in den Blick zu nehmen, bedeutet also, am Grund des Rechts zu forschen.

Nicht zuletzt dürfte das Urteilen schließlich erlauben, eine Perspektive auf den Zusammenhang von Recht und Konstitutionalisierung zu gewinnen, die aus den verfassungstheoretisch etablierten Pfaden ebenso wie aus der in gewissen Hinsichten etwas festgefahrenen Rechtstheorie auszubrechen vermag. Der vorliegende Versuch schreibt sich damit einerseits über den Gegenstand konstitutionalisierender Urteile in die aktuelle Debatte um die Verfassung in einer nicht mehr ausschließlich nationalstaatlich verfassten Welt ein und andererseits in die rechtstheoretische Grundlagendiskussion um die Frage »Wie kommt Recht in die Welt hinein?«. Darüber hinaus liefert er mit der spezifischen Perspektive juristischen Urteilens einen Beitrag zur gegenwärtig Fahrt aufnehmenden interdisziplinären Diskussion um das Urteilen *als solches*.

Der Blick aufs Urteilen verspricht zumindest eine neu akzentu-

3 Martti Koskeniemi, »Constitutionalism as Mindset. Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization«, in: *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2007), S. 9-36, hier S. 12 (Übers. S.MM.).

ierte Perspektive auf Recht und Verfassung – hinzu kommt, dass mit philosophischen Untersuchungen zum Urteilen in Ästhetik und Politik eine ganze Tradition von Überlegungen und Erkenntnissen darüber besteht, was es heißt, Allgemeines und Besonderes zusammenzudenken. Solche Untersuchungen können hier durchaus produktiv herangezogen werden. Man muss weder ein »Zeitalter des Urteilens« (Klinger) postulieren noch bereits eine »Revolution des Urteilens« (Menke) ausrufen, um anzunehmen, dass es rechtsphilosophisch fruchtbar sein dürfte, die Frage nach dem Urteilen zu stellen.

Auch wenn der Blick aufs Urteilen vieles verspricht, kann die vorliegend eingenommene Perspektive doch nicht alles einlösen. So viel sei einschränkend vorbemerkt: Sie ist wesentlich entlang des deutsch(sprachig)en Rechtsdenkens entwickelt – in der literarischen Rezeption zwar keineswegs auf die deutschsprachige Literatur beschränkt, aber in der Frage nach dem Vorbild an jenen Urteilsprozessen orientiert, wie sie in der deutschsprachigen Rechtstradition zu finden sind. Dies sollte gleich zu Beginn offengelegt werden, obwohl die zum Vorbild genommenen Urteilsprozesse nicht als derart spezifisch gedacht werden können, dass die Überlegungen nicht auch in allgemeiner Weise für ähnliche Rechtsbegriffe und -systeme gelten können. Daneben rekonstruiert die vorliegende Studie rechtliches Urteilen nicht als verfahrensspezifisch – sie geht also davon aus, dass bei allen Möglichkeiten der Differenzierung diverse rechtliche Verfahren, sofern sie auf Urteile hinauslaufen, etwas teilen, das unter dem Begriff des Urteilens zu fassen und zu finden ist.

Abschließend ist noch anzumerken, dass einige wenige Abschnitte der Untersuchung in wesentlichen Gedanken oder im Wortlaut bereits anderweitig publiziert sind – dies ist allerdings jeweils exakt gekennzeichnet.

I. Konstitutionalisierung durch Urteile

Erweiterungen, Vertiefungen und Verdichtungen der verfassten Welt geschehen selten revolutionär,¹ manchmal im Wege der Änderung oder Reform von Verfassungsgesetzen und ziemlich häufig durch rechtsförmige Urteile.² Während allerdings Momente der Verfassungsgebung und Verfahren der Verfassungsänderung in der rechts- und politikphilosophischen Literatur sowie rechtswissenschaftlich gut beschrieben sind, bleibt die verfassende Qualität von rechtsförmigen Urteilen in den entsprechenden Diskursen weitgehend ohne Berücksichtigung. Stattdessen wird die Rolle von Gerichten als Akteuren in Konstitutionalisierungsprozessen einhellig angenommen, eingehend untersucht und diskutiert.³ In diesem (institutionellen) Zusammenhang werden auch regelmäßig Beobachtungen von Konstitutionalisierungsprozessen an rechtlichen

- 1 Zum Zusammenhang von Verfassungsgebung und Revolution in historischer Hinsicht vgl. nur Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin 2012, S. 11-64. Dass der Zusammenhang von Revolution und Verfassungsgebung durchaus nicht nur ideologisch, sondern auch temporal vielschichtig und verstrickt sein kann, zeigt nach wie vor Willi Paul Adams, *The First American Constitutions. Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, Lanham 2001. Dass umgekehrt insbesondere im postsouveränen Zeitalter die Dichotomie von Revolution und Reform kaum aufrechtzuerhalten ist, zeigt vor allem Arato, vgl. etwa Andrew Arato, »Beyond the Alternative Reform or Revolution. Postsovereign Constitution-Making and Latin America«, in: *Wake Forest Law Review* 50 (2015), S. 891-920.
- 2 Bryde etwa konstatiert insbesondere für Deutschland eine hohe Zahl entsprechender Urteile, die zu einer Konstitutionalisierung führen, vgl. Brun-Otto Bryde, »Soziologie der Konstitutionalisierung«, in: Matthias Mahlmann (Hg.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit*, Baden-Baden 2011, S. 267-273, insb. S. 267 f.
- 3 Vgl. zu einer Analyse der These von »Gerichten als Generatoren der Konstitutionalisierung« nur Thomas Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Berlin, Heidelberg 2012, S. 33 f. m. w. N.; insbesondere der Europäische Gerichtshof wird als Modell für diese These beschrieben, vgl. ebd., S. 34. Vgl. für entsprechende Analysen zur europäischen Konstitutionalisierung durch den Europäischen Gerichtshof nur Eric Stein, »Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution«, in: *American Journal of International Law* 75 (1981), S. 1-27; J. H. H. Weiler, »The Transformation of Europe«, in: *The Yale Law Journal* 100 (1991), S. 2403-2483.

Urteilen gemacht und beschrieben. Gerichte, so wird es vielfach gefasst, treiben solche Prozesse des Verfassens nicht allein, aber wesentlich an, sie haben unter anderem als »aktivistische Institutionen«, als *activist courts*, bereits eine gefestigte Kontur im Rahmen mancher konstitutionalistischer Modelle gewonnen.⁴

Die vorliegende Untersuchung schlägt hier einen anderen Weg ein, um Ausdifferenzierungen und die Expansion von Verfassung durch rechtsförmige Urteile zu erläutern: Sie knüpft nicht an den urteilenden Institutionen, sondern am *Verfahren des Urteilens* an. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die Verbindung von Konstitutionalisierungsprozessen und rechtsförmigen Urteilen weder einen zufälligen noch einen belanglosen Zusammenhang beschreibt. Vielmehr, dies wird weiter zu erläutern sein, bildet sich darin ein in beiden Richtungen eng verstricktes Verhältnis von Verfassung und Recht ab. Es wird gerade dann nicht nur beobachtbar, sondern auch theoretisch wirksam, wenn wir Recht vom Urteilen ausgehend denken. Insofern führt die Ausgangsfrage danach, wie die verfassende Eigenschaft (mancher) rechtsförmiger Urteile zu erklären ist, schließlich zu einem Entwurf einer Theorie des Rechts, die Verfahren des Urteilens (und nicht etwa Rechtsnormen oder Rechtsregeln) in den Mittelpunkt rückt. Während die Studie also einen recht weiten Bogen spannen wird, konzentriert sich das vorliegende erste Kapitel zunächst auf ihren vergleichsweise schmalen Ausgangspunkt: die Beobachtung, dass Erweiterungen, Vertiefungen und Verdichtungen von Verfassung nicht nur manchmal, sondern regelmäßig im Wege rechtsförmiger Urteile entstehen. Solche Urteile nenne ich im Folgenden *verfassende* Urteile.

1. Untersuchungsgegenstand: verfassende Urteile

Die Möglichkeit, dass rechtliche Urteile Verfassungsprozesse auslösen und verändern, wird implizit von zahllosen Studien vorausgesetzt – von sämtlichen Ansätzen nämlich, die annehmen, dass Gerichtsurteile konstitutionalisieren können. Jede Beschreibung etwa des Europäischen Gerichtshofs als Akteur, der die Konstitutionali-

⁴ Vgl. etwa Vicki Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, New York 2013.

sierung der Europäischen Union vorantreibt,⁵ jede Untersuchung, die eine Konstitutionalisierung der Welthandelsorganisation durch deren Spruchkörper beobachtet,⁶ jede These einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts, die sich (auch) auf gerichtliche Entscheidungen bezieht,⁷ setzt – zunächst einmal auf ganz allgemeine Weise verstanden – voraus, dass es möglich ist, durch, in oder mithilfe von Urteilen zu *verfassen*. Gleiches gilt auch, und dies ist weniger trivial, als es auf den ersten Blick erscheinen mag, für die These, dass Urteile von Verfassungsgerichten konstitutionalisieren, indem sie beispielsweise eine Ausstrahlung von Verfassungsnormen auf einfaches Recht normativ bestimmen.

Exemplarisch kann hier nach wie vor auf das Lüth-Urteil⁸ des Bundesverfassungsgerichts verwiesen werden: Darin stellt das Gericht unter anderem fest, dass das Grundgesetz eine »objektive Wertordnung« errichte, die wiederum »selbstverständlich auch das Bürgerliche Recht« beeinflusse⁹ – denn diese »objektive Wertordnung« entfalte ein ganzes Wertsystem, »Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse«. ¹⁰ Eine Verdichtung und Vertiefung der Verfassung geschieht hier also letztlich dadurch, dass der Modus des einfachen Rechts verändert wird: Es soll nicht nur als ein Allgemeines in Bezug auf ein Konkretes in einem jeweiligen Rechtsfall, für ein jeweiliges Rechtsurteil dienen, sondern es soll dabei eine ihm übergeordnete Allgemeinheit, eine objektive Wertordnung, *vermitteln*. »Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften«, ¹¹ so fasst die Urteilsbegründung eine grundsätzliche verfassungstheoretische Entscheidung zusammen. Im Lüth-Urteil konstitutionalisiert das Gericht also nicht nur, indem es den Grundrechten eine objektivrechtliche Dimension zu-

5 Z. B. Stein, »Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution«; Weiler, »The Transformation of Europe«.

6 Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford 2005.

7 Vgl. m. w. N. Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, S. 33 f.

8 BVerfGE 7, 198-230.

9 BVerfGE 7, 198-230 (Rn. 25).

10 BVerfGE 7, 198-230 (Rn. 25).

11 BVerfGE 7, 198-230 (Rn. 26).

spricht und damit den Rahmen des »bisher« Verfassten erweitert, sondern auch, indem es das Grundrechtssystem in ein normatives Hierarchieverhältnis, in ein Vorrangverhältnis zum einfachen Recht setzt. Dieses zeigt sich in der neuen Funktion der Normen des Privatrechts als »Medium« des objektiven Gehalts der Grundrechte.

Diese (gängige) Lesart des Urteils setzt nun, darum geht es mir hier, voraus, dass ein solches Urteil genau das überhaupt leisten kann: tiefgreifende verfassende Wirkungen erzeugen. Schließlich ist zwar unmittelbar einsichtig, dass ein gerichtliches, ein rechtsförmiges Urteil Aussagen über Gehalte und auch etwa den normativen Rang treffen kann, wenn es beispielsweise das Allgemeine bestimmt, um dieses dann mit einem spezifischen Problem, einem Sachverhalt, einem Besonderen im Urteil zu verknüpfen. Solche Aussagen allein können allerdings noch nicht das Verfassungsgefüge verändern oder erweitern, wenn Verfassung mehr oder ein anderes bedeutet als: Recht. Denn sie sind zunächst einmal – auch wenn sie von Verfassungsgerichten getroffen werden – auf einen Fall bezogen, sie können »nur den verfassungsrechtlichen Rahmen [bestimmen]«, ¹² nicht aber diesen Rahmen erweitern, ausbauen oder verkleinern. Diese Kompetenz fällt auf der Ebene der Verfassung eigentlich allein dem *pouvoir constituant* zu. Damit deutet sich an, dass die Frage nach der Möglichkeit verfassender Wirkungen von rechtsförmigen Urteilen, die Frage nach Funktionsweise und Wirkmechanismen von verfassenden Urteilen verzwickter sein dürfte, als angesichts der vielfältigen Zuschreibungen konstitutionalisierender Wirkungen aus einer institutionellen Perspektive heraus anzunehmen ist. Unter welchen Umständen und Bedingungen lässt sich eine konstitutionalisierende Wirkung von Urteilen beobachten? Oder anders formuliert: Was heißt Konstitutionalisierung durch Urteile? Offenbar lassen sich verfassende Wirkungen nicht notwendig von normativen, institutionellen oder tatsächlichen Qualitäten ableiten – denn ein verfassendes Urteil muss nicht unbedingt auf Verfassungsnormen zurückgreifen, ein Gericht, das verfassende Urteile fällt, muss nicht notwendig ein Verfassungsgericht sein, und ein zu beurteilender Fall muss nicht einer bestimmten Materie zuzuordnen sein, um eine konstitutionalisierende Wirkung anzuneh-

12 Selbstbeschreibung seiner Aufgaben durch das Bundesverfassungsgericht auf seiner Website, (http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Aufgaben/aufgaben_node.html), letzter Zugriff 15. 12. 2022.

men oder auszuschließen. Aber auch der Begriff der Konstitutionalisierung beziehungsweise der konstitutionalisierenden Wirkung ist in diesem Zusammenhang nicht ganz unproblematisch, eben weil er ebenso häufig wie divers verwendet wird.¹³ Konstitutionalisierung beschreibt sowohl die »Herausbildung von Verfassungsrecht in einer Rechtsordnung« als auch die »Ausbreitung des Konstitutionalismus als intellektuelle Strömung«,¹⁴ die Ausbildung von Verfassungselementen im internationalen Recht¹⁵ oder die »allmähliche [...] institutionelle [...] Verdichtung«¹⁶ von Strukturen wie etwa im Rahmen der Europäisierung. Konstitutionalisierung wird entsprechend innerhalb nationalstaatlicher Rechtsordnungen genauso beobachtet wie im Völkerrecht und in der Europäischen Union,¹⁷ in Teilordnungen des internationalen Rechts (zum Beispiel der Welthandelsorganisation)¹⁸ und in Bezug auf Zivilverfassungen.¹⁹ Ich verwende dagegen einen vom Begriff der Verfassunggebung beziehungsweise der Konstituierung zu unterscheidenden Begriff der Konstitutionalisierung. Wenn Konstituierung allein auf das gründende Moment einer umfänglichen Verfassunggebung bezogen ist, also auf die Einrichtung einer wie auch immer gearteten

- 13 Vgl. nur und immer noch Rainer Wahl, »Konstitutionalisierung. Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?«, in: Carl-Eugen Eberle u. a. (Hg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, München 2002, S. 191-207. Siehe aus jüngerer Zeit auch m. w. N. Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, S. 1 f.
- 14 Anne Peters, »Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung. Zur Neubestimmung der Verhältnisse«, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), S. 3-63, hier S. 10.
- 15 Vgl. etwa Isabelle Ley, »Kant versus Locke. Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 69 (2009), S. 317-345, insb. S. 332-340. Vgl. auch Erika De Wet, »The International Constitutional Order«, in: *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006), S. 51-76.
- 16 Stefan Oeter, »Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozess«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), S. 901-917, hier S. 901.
- 17 Zum Vergleich der beiden Konstitutionalisierungsdiagnosen bzw. -thesen vgl. insbesondere Ley, »Kant versus Locke«.
- 18 Vgl. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*.
- 19 Gunther Teubner, »Globale Zivilverfassungen. Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003), S. 1-28; Andreas Fischer-Lescano, Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt/M. 2006, S. 53-56.

neuen Verfassungsordnung ohne wesentliche legitimatorische oder materielle Anknüpfungen und Bezugnahmen auf eine vorgängige Konstitution, dann beschreibt Konstitutionalisierung Prozesse, die gründende Momente in diesem Sinne beinhalten können, aber zumindest mittelbar an einer bestehenden Konstitution anknüpfen oder von ihr ausgehen. Dieses Verständnis von Konstitutionalisierung identifiziere ich im Folgenden mit dem Begriff des Verfassens. *Zu verfassen* in diesem Sinne bedeutet zunächst einmal nur, dass zu einer bereits verfassten Struktur etwas gefügt wird, das seinerseits dann als verfasst, als Erweiterung oder Verdichtung oder Vertiefung dieser verfassten Struktur gedacht werden kann. Insofern gilt auch hier, dass das »Konzept der Konstitutionalisierung [...] vom Begriff der Verfassung nicht vollständig zu trennen [ist], [...] von diesem aber deutlich unterschieden werden sollte«.²⁰ Im Unterschied zu Möllers wird der Begriff der Konstitutionalisierung hier allerdings nicht als »Komplementärbegriff zur Figur der verfassungsgebenden Gewalt«²¹ verstanden, wobei Letztere der verfassungsbegrifflichen Tradition der Herrschaftsbegründung zuzuordnen wäre und Ersterer jener der Herrschaftsbegrenzung.²² Stattdessen werden Konstituierung und Konstitutionalisierung als zwei Ebenen des Verfassens gedeutet, die jeweils herrschaftsbegründende und herrschaftsbegrenzende Aspekte in unterschiedlicher Anordnung aufweisen können. Konstitutionalisierung setzt zwar regelmäßig (nicht immer)²³ – anders als Konstituierung – einen bereits konstituierten Rahmen voraus, kann aber gleichwohl expandierend in einem herrschaftsbegründenden Sinne und nicht allein als eine bestehende Herrschaft begrenzend wirken. Schließlich lassen sich Vorgänge der Konstitutionalisierung durch Urteile nicht vollumfänglich als herr-

20 Christoph Möllers, »Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung«, in: Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin, Heidelberg 2009, S. 227-277, hier S. 265.

21 Ebd., S. 266.

22 Vgl. ebd., S. 250-255 und S. 265 f.

23 Auch inkrementelle Herausbildungen von Verfassungsebenen lassen sich möglicherweise als Konstitutionalisierung fassen, ohne jedenfalls unmittelbar an einen Verfassungsrahmen anzuknüpfen. Regelmäßig nehmen solche Prozesse dann aber mittelbar auf bestehende (andere) Verfassungsordnungen Bezug. Siehe dazu unten Kapitel *Verfassung und Verfassen*, Sektion *Verfassung*, Untersektion *Entgrenzungsmomente*.

schaftsbegrenzende Momente beschreiben, wie es beispielsweise für die Entdeckung oder Entwicklung eines neuen Grundrechts im System des Grundgesetzes²⁴ naheliegt oder in Bezug auf inkrementelle Prozesse der Verrechtlichung.²⁵ Denn auch die Verdichtung oder Erweiterung eines bereits verfassten Gemeinwesens fügt dem Radius der Ausübung politischer Herrschaft Momente hinzu, die zuvor nicht (legitim) von ihr erfasst waren. Gerade einige Urteile, die zur Beschreibung des prominenten Beispiels europäischer Konstitutionalisierung herangezogen werden, lassen sich entsprechend durchaus auch als herrschaftsbegründend deuten: Wenn der EuGH beispielsweise in den Entscheidungen Van-Gend-en-Loos²⁶ und Costa/E.N.E.L.²⁷ zunächst die unmittelbare Anwendbarkeit europäischen Rechts und anschließend einen Anwendungsvorrang dieses Rechts vor mitgliedstaatlichem Recht etabliert, dann kann darin zwar einerseits eine Begrenzung mitgliedstaatlicher »Herrschaft« gesehen werden, vorwiegend aber entsteht dadurch eine neue Grundlage politischer Herrschaft für die europäischen Rechtssetzungsinstitutionen. Verfassende Urteile sind zusammenfassend also solche Urteile, die Erweiterungen, Vertiefungen oder Verdichtungen bereits (jedenfalls ansatzweise) verfasster Strukturen hervorruufen, ohne dass diese Veränderungen als solche schon qualifiziert (etwa als herrschaftsbegründend oder als herrschaftsbegrenzend) wären. Wie diese Urteile das tun, welche Arten von konkreten Normsetzungen sie vornehmen, welche Typen von Fallkonstellationen sie betreffen, welchen Spruchkörpern sie entstammen, alle diese Fragen wären dann unter dem Oberbegriff verfassender Urteile zu stellen – obwohl die vorliegende Untersuchung sich darauf beschränkt, diese Urteile als Form näher zu betrachten. So ist, diese Einschränkung erläuternd, noch ein zweiter Aspekt verfassender Urteile einer Vorbemerkung zu unterziehen. Auch wenn solche Urteile ganz unterschiedlichen Kontexten, Anlässen und Institutionen entstammen, eines ist ihnen allen gemein – und dabei mag es sich um eine möglicherweise zunächst trivial erscheinende, schließ-

24 Vgl. nur das »Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme«, BVerfGE 120, 274-350 [Online-Durchsuchung].

25 Vgl. Möllers, »Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung«, S. 266.

26 EuGH Slg. 1963, I – Van Gend en Loos.

27 EuGH Slg. 1964, 1251 – Costa/E.N.E.L.

lich allerdings, das wird sich noch zeigen, anspruchsvolle gemeinsame Eigenschaft jener Urteile handeln, denen konstitutionalisierende Wirkungen zugeschrieben werden können: Es geht stets um rechtliche, genauer gesagt, rechtsförmige Urteile. In diesem Zusammenhang liegt keine Beiläufigkeit. Vielmehr gehe ich davon aus, und die vorliegende Untersuchung wird diese Annahme weiter erläutern, dass die Form dieser Gerichtsentscheidungen, die Begebenheit, dass es sich um rechtsförmige Urteile handelt, konstitutiv für deren konstitutionalisierende Leistungen, Wirkungen und Möglichkeiten ist. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass, um etwas über verfassende Urteile zu erfahren, ihre Rechtsförmigkeit erschlossen werden muss. Anders gesagt: Genauer zu bestimmen, was es heißt, verfassend zu urteilen, setzt voraus, zu beschreiben, was es heißt, rechtsförmig zu urteilen. Damit rückt aus Anlass einer vergleichsweise schmalen Beobachtung (der Beobachtung verfassender Urteile) ein wiederum grundlegendes Problem des Rechts ins Zentrum der Untersuchung: Was heißt es, rechtsförmig zu urteilen? Recht ist immer aufs Urteilen angewiesen, seine Theorie bleibt von dieser Angewiesenheit allerdings seltsam unberührt und konzentriert sich regelmäßig auf Rechtsnormen oder Regeln, um sich einen Begriff vom Recht zu machen.²⁸ Eine Antwort auf die Frage, was es heißt, rechtsförmig zu urteilen, wirkt deswegen notwendig auf den Begriff des Rechts zurück und bringt entsprechend Elemente einer Theorie des Rechts mit sich. Das vorliegende Unternehmen besteht insofern wesentlich darin, über eine Rekonstruktion rechtsförmigen Urteilens zu versuchen, Hinweise auf eine genauere Konturierung verfassender Urteile zu erhalten, jedenfalls aber mit einer Rekonstruktion rechtsförmigen Urteilens einen allgemeinen begrifflichen Rahmen zu erhalten, innerhalb dessen dann auch verfassende Urteile beschreibbar sein müssen. Inwiefern rechtsförmige Urteile gerade geeignet oder nicht geeignet sind, zu verfassen, oder wie erkennbar wird, warum manche Urteile verfassende Wirkungen haben und andere nicht, diese Fragen sind rechts- und verfassungstheoretisch bislang nicht geklärt und bilden, zusammenfassend, den Anlass und Ausgangspunkt für das hier zu unternehmende Unterfangen – nämlich der Frage nachzugehen, wie rechtsförmige Urteile als verfassend verstanden und entfaltet werden können.

28 Siehe dazu unten Kapitel *Juridizität rechtsförmiger Urteile*.

2. Ausgangspunkte und Ausrichtungen

Verfassende Urteile bilden also nicht nur eine zentrale Form, in der Recht sich überhaupt zeigt, sondern tragen für viele prominente Entwicklungen der rechtlich verfassten Welt Mitverantwortung: Geradezu typische Beispiele wären die Europäisierung²⁹ und die Globalisierung des Konstitutionalismus³⁰ auf der einen Seite, aber auf der anderen Seite auch diverse Formen von Konstitutionalisierung, die als »gesellschaftlicher« oder als »transformativer« Konstitutionalismus jeweils bestimmte Weisen bezeichnen, in denen sich Verfassung in bislang nicht verfasste Welten einschreibt³¹ oder – im Falle des »transformativen« Konstitutionalismus – sozialen Wandel vorantreibt.³² Rechts- und politikwissenschaftliche Untersuchungen widmen sich diesen Beispielen typischerweise entweder entlang rechtlicher Gehalte, Bestimmungen und Differenzierungen der Urteile, also entlang inhaltlicher Befunde. Oder sie untersuchen entsprechende Konstellationen institutionenorientiert, das heißt, Gerichte oder Spruchkörper werden als Agenten betrachtet, die die entsprechenden Entwicklungen vorantreiben.³³ Etwas weniger prominent finden sich gelegentlich auch Untersuchungen dieser Gegenstände, die an richterlichen Haltungen an-

29 Vgl. dazu z. B. Karen J. Alter, »The European Court's Political Power across Time and Space«, in: *Revista Romana de Drept European* (2010), S. 98–120.

30 Z. B. durch die Rezeption jeweils »fremden« Verfassungsrechts in gerichtlichen Urteilen, vgl. dazu Jeremy Waldron, »Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*«, in: *The Harvard Law Review* 119 (2005), S. 129–147; ders., »Partly Laws Common to All Mankind«. *Foreign Law in American Courts*, New Haven 2012; Mark Tushnet, »The Inevitable Globalization of Constitutional Law«, in: *Virginia Journal of International Law* 49 (2009), S. 985–1006.

31 Siehe die Nachweise oben Fn. 19.

32 Vgl. dazu nur Karl E. Klare, »Legal Culture and Transformative Constitutionalism«, in: *South African Journal on Human Rights* 14 (1998), S. 146–188; Michaela Hailbronner, »Transformative Constitutionalism. Not Only in the Global South«, in: *American Journal of Comparative Law* 65 (2017), S. 527–566.

33 Ein anschauliches Beispiel bietet die vielzitierte Formulierung: »Versteckt im märchenhaften Herzogtum Luxemburg und bis vor kurzem mit wohlwollender Vernachlässigung durch die Machthaber und die Massenmedien gesegnet, hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften einen konstitutionellen Rahmen für eine föderale Struktur in Europa geschaffen.« Stein, »Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution«, S. 1 (Übers. S.MM.).

knüpfen.³⁴ Ein weiterer Strang vorwiegend politikwissenschaftlicher Analysen bezieht zur Untersuchung jener Transformationen durch gerichtliches Handeln insbesondere die jeweiligen politisch-historischen Kontexte von Entscheidungen ein.³⁵ Eines allerdings bleibt zumeist außerhalb des Blickfeldes: jene Rolle, die rechtliche Urteile für diese Entwicklungen als Form des gerichtlichen Handelns spielen. Dies ist aus rechtstheoretischer Perspektive einigermmaßen überraschend, handelt es sich bei rechtsförmigen Urteilen doch nicht um eine beliebig auswechselbare, sondern um eine ausgesprochen ausdifferenzierte, professionell durchformte und durch umfassende rechtskulturelle Traditionen herausgebildete Handlungsform, die nicht nur über Legitimationsaspekte zu beschreiben ist, sondern gleichzeitig, als Form, ganz eigene Mechanismen entwickelt, um etwa normative und faktische Ebenen zusammenzudenken.³⁶ Es ist also zunächst einmal davon auszugehen, dass diese anspruchsvolle Form Einfluss auf die ihr zugeschriebenen verfassenden Wirkungen ausübt, und umgekehrt, dass mögliche Einsichten und Erkenntnisse über verfassende Urteile ganz wesentlich an dieser Urteilsform anknüpfen müssen.

Die vorliegende Untersuchung schlägt hier entsprechend einen anderen Weg ein als die vorhandene Literatur und nimmt sich vor, diese Lücke zu füllen: Ausgehend von der Annahme, dass die Form der justiziellen Welterzeugung, das Urteil, nicht ohne Einfluss auf ihre Inhalte, Funktionen und Leistungen ist, rückt sie das Urteil beziehungsweise (der Zusammenhang wird noch zu sehen sein)³⁷ das Urteilen in den Mittelpunkt der Betrachtung. Wie können Urteile überhaupt als Form geeignet sein, Prozesse der Konstitutionalisierung oder der europäischen Integration oder des sozialen Wandels voranzutreiben? Und welche Leistung erbringen Verfahren der Urteilsbildung, die sie in besonderer Weise geeignet erscheinen lassen, um die rechtlich verfasste Welt zu erweitern? Was heißt es also, so lautet dann die zugrundeliegende Frage, von rechtsförmigen Urtei-

34 Vgl. nur Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, New York 1998.

35 Vgl. Alter, »The European Court's Political Power across Time and Space«.

36 Siehe dazu unten ausführlich Kapitel *Theoretische Rekonstruktion juristischen Urteilens*.

37 Siehe dazu unten Kapitel *Theoretische Rekonstruktion juristischen Urteilens*, Sektion *Vorbemerkungen*.