

Armin Glatzmeier

Gerichte als politische Akteure

Zur funktionalen Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit
in Demokratien



Nomos

Die Reihe
„Politika. Passauer Studien zur Politikwissenschaft“
wird herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Heinrich Oberreuter, Universität Passau
Prof. Dr. Barbara Zehnpfennig, Universität Passau

Band 12

Armin Glatzmeier

Gerichte als politische Akteure

Zur funktionalen Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit
in Demokratien



Nomos

Die vorliegende Arbeit wurde aus Mitteln des BMBF durch ein Promotionsstipendium der Hanns-Seidel-Stiftung gefördert. Die Drucklegung wurde durch einen Druckkostenzuschuss der Leonhard-und-Katharina-Deininge-Stiftung unterstützt.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2017

u.d.T.: Verfassungsgerichte als politische Akteure. Eine kritische Auseinandersetzung mit der funktionalen Rolle von Verfassungsgerichten bzw. Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen System

ISBN 978-3-8487-4975-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9186-4 (ePDF)

ISSN 1868-1808

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit wurde 2016 von der philosophischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Für die Buchfassung wurde das Manuskript auf Grundlage der hilfreichen Anmerkungen meiner Gutachter überarbeitet und moderat aktualisiert.

Es ist ein Privileg, sich langjährig einer Thematik widmen zu dürfen, daher gilt mein erster Dank alle jenen, die mir dieses Unterfangen ermöglicht haben, die Mut machten und Rückhalt gaben, vor allem in Zeiten, in denen die eigene Zuversicht schwand, die mit fachlichem und privatem Rat zur Seite standen – meinen Eltern und meiner Familie, Freund*innen und Wegbegleiter*innen, insbesondere meiner Frau Birgit sowie meiner Doktormutter Prof. Dr. Barbara Zehnpfennig.

In der Entstehungsphase und für die Entwicklung des Themas wesentlich war die Förderung aus Mitteln des BMBF, die mir durch ein Stipendium der Hanns-Seidel-Stiftung zuteilwurde, für die ich dankbar bin. Insbesondere danke ich Prof. Dr. Gerd Strohmeier für die Unterstützung meines Antrags, die maßgeblich zu dessen Erfolg beigetragen hat. Die Drucklegung der Arbeit wurde durch einen Druckkostenzuschuss der Leonhard-und-Katharina-Deiningener-Stiftung gefördert; ihr gilt mein Dank ebenso wie meiner Doktormutter für die Initiative zu dieser schönen Überraschung.

Für die kritisch-konstruktive Begleitung in persönlichen und fachlichen Gesprächen danke ich neben Prof. Dr. Barbara Zehnpfennig, den Mitgliedern und dem Professorium des *Bayerischen Promotionskollegs Politische Theorie* sowie meinen Gutachtern Prof. Dr. Hendrik Hansen und Prof. Dr. Uwe Kranenpohl. Prof. Dr. Klaus Schubert danke ich für eine anregende Zeit in Münster.

Für die Begleitung des Manuskripts bis zur Veröffentlichung danke ich Dr. Martin Reichinger, Dr. Friederike Wursthorn und Kristina Stoll, meinen zuverlässigen und sachkundigen Ansprechpartnern bei Nomos. Das Lektorat übernahm Swen Wagner, dem ich für seine akribische Arbeit und die konstruktiven Korrekturanmerkungen dankbar bin.

Alle in dieser Arbeit noch enthaltenen Fehler habe ich selbst zu vertreten.

Berlin, August 2019

Armin Glatzmeier

Gliederung

A. Einleitung	27
I. Vorbemerkungen	29
1. Siegeszug einer Institution?	29
2. Gerichte als politische Akteure	33
II. Fragestellung	44
III. Anmerkungen zur Methodik	46
IV. Aufbau und Gang der Untersuchung	47
V. Forschungsstand	50
B. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA und in Deutschland	57
I. Das richterliche Prüfungsrecht im anglo-amerikanischen Raum	57
1. Der <i>Supreme Court</i> und das richterliche Prüfungsrecht in der Verfassungsdiskussion	59
2. Vorläufer des <i>Judicial Review</i>	64
3. Implementation des <i>Judicial Review</i> durch <i>Marbury v. Madison</i>	66
II. Das richterliche Prüfungsrecht im deutsch-österreichischen Raum	70
1. Von Weimar nach Bonn	71
2. Die Weimarer Debatte	74
3. Herrenchiemseer Konvent und Parlamentarischer Rat	86
4. Implementation und Statusstreit	98
III. Zwischenergebnis	104
C. Ansätze und Modelle zum Vergleich und zur Typisierung von Verfassungsgerichten	107
I. Grundlegende verfassungsrechtliche Vergleichsansätze	108
1. Cappellettis Modell diffuser und konzentrierter Normenkontrolle	108
2. Der länderstudienbasierte verfassungsrechtliche Vergleich	121
3. Zwischenergebnis	141

Gliederung

II. Quantitative und qualitative Modelle starker und schwacher Verfassungsgerichtsbarkeit	152
1. Arend Lijpharts quantitatives Konzept verfassungsgerichtlicher Stärke	153
2. Institutionelles Design und Stärke von Verfassungsgerichten	160
3. Verfassungsgerichte als Vetospieler	187
4. Starke Normenkontrolle als demokratietheoretisches Problem	242
III. Zwischenergebnis	276
D. Verfassungsgerichte und Verfassungsgerichtsbarkeit im Kontext des politischen Systems	285
I. Vorbemerkungen	287
II. Verfassungsgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit – eine Begriffsklärung	289
1. Verfassungsgericht – ein selbsterklärender Begriff?	289
2. Der Begriff Verfassungsgericht in enger und weiter Lesart	291
3. Die Abgrenzung von gerichtlichen und politischen Akteuren	300
III. Verfassungsgerichtsbarkeit – eine funktionale Analyse	374
1. Kernfunktionen als konstitutive Komponenten von Verfassungsgerichtsbarkeit?	376
2. Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Rechtssystem und politischem System	386
3. Ein systemtheoretischer Blick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit	397
4. Fallbeispiel: Die Rolle der Gerichte bei der Emanzipation von Transpersonen	420
5. Abschlussbemerkungen	462
IV. Stärke und Schwäche im Kontext verfassungsgerichtlicher Kontrollregime	474
1. Vorbemerkungen	474
2. Kontrollregime – ein relationales Modell der Stärke von Verfassungsgerichtsbarkeit	481
V. Gesamtbetrachtung	504
E. Schluss	509

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	21
Tabellenverzeichnis	23
A. Einleitung	27
I. Vorbemerkungen	29
1. Siegeszug einer Institution?	29
2. Gerichte als politische Akteure	33
II. Fragestellung	44
III. Anmerkungen zur Methodik	46
IV. Aufbau und Gang der Untersuchung	47
V. Forschungsstand	50
B. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA und in Deutschland	57
I. Das richterliche Prüfungsrecht im anglo-amerikanischen Raum	57
1. Der <i>Supreme Court</i> und das richterliche Prüfungsrecht in der Verfassungsdiskussion	59
2. Vorläufer des <i>Judicial Review</i>	64
3. Implementation des <i>Judicial Review</i> durch <i>Marbury v. Madison</i>	66
II. Das richterliche Prüfungsrecht im deutsch-österreichischen Raum	70
1. Von Weimar nach Bonn	71
2. Die Weimarer Debatte	74
3. Herrenchiemseer Konvent und Parlamentarischer Rat	86
4. Implementation und Statusstreit	98
III. Zwischenergebnis	104
C. Ansätze und Modelle zum Vergleich und zur Typisierung von Verfassungsgerichten	107
I. Grundlegende verfassungsrechtliche Vergleichsansätze	108
1. Cappellettis Modell diffuser und konzentrierter Normenkontrolle	108

Inhaltsverzeichnis

1.1. Vergleichskriterien	109
1.1.1. Gewaltenteilung und richterliches Prüfungsrecht	109
1.1.2. Organisation des Gerichtssystems	110
1.1.3. Art der Normenkontrolle	111
1.1.4. Arbiträre gegen obligatorische Verfahrensannahme	112
1.1.5. Wirkung der Urteile	112
1.2. Zwischenergebnis	116
2. Der länderstudienbasierte verfassungsrechtliche Vergleich	121
2.1. Verfassungsgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich	122
2.2. Vergleichskriterien bei Starck und Weber	125
2.2.1. Verfassungsrechtliche Stellung und Organisation	126
2.2.2. Zuständigkeiten	129
2.2.3. Verfahrensgrundsätze und prozessuale Aspekte	134
2.2.4. Arten und Wirkung der Entscheidungen	137
2.2.5. Bedeutung im politischen Prozess	140
3. Zwischenergebnis	141
3.1. Der Beitrag zur Begriffsklärung	141
3.2. Der Begriff Verfassungsgericht	142
3.3. Der Begriff Verfassungsgerichtsbarkeit	143
3.4. Erkenntniswert für den politikwissenschaftlichen Vergleich	145
3.5. Offene Fragen	152
II. Quantitative und qualitative Modelle starker und schwacher Verfassungsgerichtsbarkeit	152
1. Arend Lijpharts quantitatives Konzept verfassungsgerichtlicher Stärke	153
1.1. Das Normenkontrollrecht in Arend Lijpharts <i>Patterns of Democracy</i>	153
1.2. Diskussion	155
1.2.1. Quantifizierungsproblem I	156
1.2.2. Quantifizierungsproblem II	158
1.2.3. Eingriffsintensität und Aktivierbarkeit	159
1.2.4. Überbetonung des negativen Gesetzgebers	160

2. Institutionelles Design und Stärke von Verfassungsgerichten	160
2.1. Institutionelle Unabhängigkeit	164
2.1.1. Anzahl der Richter	164
2.1.2. Bestellungsverfahren	165
2.1.3. Unabhängigkeit der Richter	166
2.2. Institutionelle Stärke	168
2.2.1. Kompetenzausstattung	168
2.2.2. Zugang zu den Gerichten	169
2.3. Stärke und Rolle der Gerichte im politischen Prozess	170
2.4. Diskussion	171
2.4.1. Allgemeines	171
2.4.2. Besserer Schutz durch spezialisierte Gerichte?	172
2.4.3. Die Einhegung starker Gerichte im Kontext einer <i>Embedded Democracy</i>	173
2.4.4. Methodische Aspekte	180
2.4.4.1. Institutionelle Unabhängigkeit	181
2.4.4.2. Institutionelle Stärke	183
2.4.5. Aspekte der Einordnung konkreter Verfassungsgerichtsbarkeiten	185
2.4.6. Abschließendes	187
3. Verfassungsgerichte als Vetospieler	187
3.1. Die Grundzüge der Vetospielertheorie	188
3.1.1. Politische Steuerung als Kernaufgabe politischer Systeme	188
3.1.2. Politische Akteure und Vetospieler	190
3.2. Richter und Gerichte als Vetospieler	191
3.2.1. Verfassungsgerichte und politische Steuerungsfähigkeit	193
3.2.2. Interdependenzen: Vetospielersetting und die Vetospielerrolle der Judikative	197
3.3. Diskussion	203
3.3.1. Verfassungsgerichte als politische Akteure und Vetospieler bei Tsebelis	203
3.3.1.1. Der Akteursstatus von Verfassungsgerichten in der Vetospielertheorie	203

Inhaltsverzeichnis

3.3.1.2. Der Vetospielerstatus des US- <i>Supreme Court</i>	205
3.3.1.3. Richterwahl im Vetospielersetting	205
3.3.1.4. Wird die Vetospielerposition von Verfassungsgerichten absorbiert?	211
3.3.1.5. Vetospielertheorie und Adressaten der gerichtlichen Kontrolle	217
3.3.2. Das Bundesverfassungsgericht als Vetospieler mit Legitimationsdefizit	227
3.3.2.1. Zur Generalisierbarkeit der Charakteristika von Verfassungsgerichten	228
3.3.2.2. Zur Legitimation von Verfassungsgerichten	229
3.3.3. Determinanten der gerichtlichen Vetospielerposition bei Alivizatos	237
3.3.3.1. Die <i>Erga-omnes</i> -Hypothese	237
3.3.3.2. Entwicklungsdeterminanten der Verfassungsgerichtsbarkeit	238
3.3.3.3. Methodenprobleme: Fallzahl und Zuordnung der Fälle	239
4. Starke Normenkontrolle als demokratietheoretisches Problem	242
4.1. Schwaches und starkes richterliches Prüfungsrecht	243
4.2. <i>Judicial Review</i> und repräsentative Demokratie	247
4.2.1. Rahmenbedingungen – Prämissen – Geltungsbereich	248
4.2.1.1. Hinreichend funktionierende demokratische Institutionen	248
4.2.1.2. Hinreichend funktionierendes Gerichtssystem	249
4.2.1.3. Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz	249
4.2.1.4. Diskursive Gesellschaft	250
4.2.2. Befriedung sozialer Konflikte und Normenakzeptanz	250

4.2.2.1. Die Legitimation von Verfassungsgerichten als prozedurales Problem	252
4.2.2.2. Die Ergebnisqualität als Legitimationsquelle richterlichen Entscheidens	253
4.3. Diskussion	256
4.3.1. Konsequenzen für den Begriff Verfassungsgerichtsbarkeit	256
4.3.2. Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess	257
4.3.2.1. Recht und Politik: Dezionismus v. Entscheidungsrationalität	257
4.3.2.2. Recht und Gesellschaft: Dezion v. Diskurs	259
4.3.2.3. Schwaches Kontrollrecht und politische Steuerungsfähigkeit	260
4.3.2.4. Verfassungsgerichte und Demokratieabsicherung	274
III. Zwischenergebnis	276
D. Verfassungsgerichte und Verfassungsgerichtsbarkeit im Kontext des politischen Systems	285
I. Vorbemerkungen	287
II. Verfassungsgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit – eine Begriffsklärung	289
1. Verfassungsgericht – ein selbsterklärender Begriff?	289
2. Der Begriff Verfassungsgericht in enger und weiter Lesart	291
2.1. Die enge Lesart	292
2.2. Probleme der engen Lesart	293
2.3. Die weite Lesart	296
2.4. Probleme der weiten Lesart	297
2.5. Schlussfolgerung	299
2.6. Zwischenergebnis	300
3. Die Abgrenzung von gerichtlichen und politischen Akteuren	300
3.1. Problemaufriss	300

Inhaltsverzeichnis

3.2. Organisatorisch-strukturelle und prozedurale Merkmale von Verfassungsgerichten	303
3.2.1. Status der Gerichte	304
3.2.2. Geltungsanspruch der Urteile	307
3.2.3. Aktivierbarkeit I – Kompetenzumfang	318
3.2.3.1. Exklusive Zuständigkeiten	319
3.2.3.2. Normen im Zugriffsbereich des Verfassungsgerichts	321
3.2.3.3. Gesamtbetrachtung	334
3.2.4. Aktivierbarkeit II	
– Kreis der Antragsberechtigten	335
3.2.4.1. Personen	339
3.2.4.2. Gerichte	340
3.2.4.3. Parlamente	341
3.2.4.4. Regierungen und Staatspräsidenten	351
3.2.4.5. Gesamtbetrachtung	356
3.2.5. Das Richterkollegium	359
3.2.5.1. Anzahl der Richter	359
3.2.5.2. Amtszeit und Wiederwahl	362
3.2.5.3. Verfahren der Richterbestellung	363
3.2.6. Befunde	367
3.3. Zwischenergebnis	371
III. Verfassungsgerichtsbarkeit – eine funktionale Analyse	374
1. Kernfunktionen als konstitutive Komponenten von Verfassungsgerichtsbarkeit?	376
1.1. Die Kontrolle von Normen des Bundes und/oder der Gliedstaaten	377
1.2. Die Beilegung (quasi-)föderativer Streitigkeiten	380
1.3. Die Entscheidung in Organstreitverfahren	381
1.4. Individuelle Beschwerdeverfahren zur Sicherung von Grundrechten	382
1.5. Sonstige und atypische Verfahren	384
2. Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Rechtssystem und politischem System	386
2.1. Verfassungskonformität als Kategorie des politischen Systems	386

2.2. Richter als politische Akteure im Sinne der politischen Systemtheorie	391
3. Ein systemtheoretischer Blick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit	397
3.1. Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Systemerhaltung und -adaption	401
3.1.1. Sozialisation	402
3.1.2. Personalrekrutierung	405
3.1.3. Kommunikation	407
3.2. Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zum Politikprozess	411
3.2.1. Problemdefinition und Agenda Setting	412
3.2.2. Politikformulierung und Entscheidung	413
3.2.3. Implementation und Evaluation	414
3.2.4. Termination	415
3.3. Der Einfluss der Verfassungsgerichtsbarkeit auf <i>Output</i> und <i>Outcome</i> des Politikprozesses	416
3.4. Verfassungsgerichtliche Kontrollregime	417
4. Fallbeispiel: Die Rolle der Gerichte bei der Emanzipation von Transpersonen	420
4.1. Fallbeispiel Bundesrepublik Deutschland	421
4.1.1. Problemdefinition und Agenda Setting	421
4.1.2. Politikformulierung und Entscheidung	424
4.1.3. Evaluation	426
4.1.4. Befunde für Deutschland	427
4.2. Fallbeispiel Großbritannien	431
4.2.1. Problemdefinition und Agenda Setting	431
4.2.2. Politikformulierung und Entscheidung	437
4.2.3. Evaluation	440
4.2.4. Befunde für Großbritannien	441
4.3. Fallbeispiel USA	444
4.3.1. Problemdefinition und Agenda Setting	444
4.3.2. Politikformulierung und Entscheidung	449
4.3.3. Evaluation	456
4.3.4. Befunde für die USA	457
4.4. Vergleichende Evaluation der Befunde	458

Inhaltsverzeichnis

5. Abschlussbemerkungen	462
5.1. Zwischenergebnis	462
5.2. Anmerkungen zum Verfassungsbegriff	464
5.2.1. Formale und materiale Verfassung	464
5.2.2. Parlamentssouveränität und <i>Rule of Law</i> – Zur Normenhierarchie in Großbritannien	465
5.3. Heterotope Verfassungsgerichtsbarkeit	470
IV. Stärke und Schwäche im Kontext verfassungsgerichtlicher Kontrollregime	474
1. Vorbemerkungen	474
1.1. Die Kumulationshypothese	474
1.2. Die Isolationshypothese	476
1.3. Die <i>Erga-omnes</i> -Hypothese	477
1.4. Zur Aussagekraft gerichtsstatistischer Daten	478
2. Kontrollregime – ein relationales Modell der Stärke von Verfassungsgerichtsbarkeit	481
2.1. Die Grundstruktur verfassungsgerichtlicher Kontrollregime	482
2.2. Das Normenkontrollregime	483
2.2.1. Kontrollgegenstände	483
2.2.2. Kontrolladressaten	485
2.2.3. Kontrollrelationen	491
2.3. Das Kompetenzkontrollregime	492
2.3.1. Kontrollgegenstände	492
2.3.2. Kontrolladressaten	493
2.3.3. Kontrollrelationen	494
2.4. Wahl- und Abstimmungskontrollregime	495
2.4.1. Kontrollgegenstände	495
2.4.2. Kontrolladressaten	496
2.4.3. Kontrollrelationen	496
2.5. Staatsgerichtliches Kontrollregime	497
2.5.1. Kontrollgegenstand	497
2.5.2. Kontrolladressaten	498
2.5.3. Kontrollrelationen	498
2.6. Individuelles Rechtsschutzregime	498
2.6.1. Kontrollgegenstände	498

Inhaltsverzeichnis

2.6.2. Kontrolladressaten	499
2.6.3. Kontrollrelationen	499
2.7. Die Stärke verfassungsgerichtlicher Kontrollregime	500
2.8. Zwischenergebnis	502
V. Gesamtbetrachtung	504
E. Schluss	509
Quellenverzeichnis	517
Gerichtsurteile	537
Stichwortverzeichnis	545

„Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien ; où sera la magistrature de ce code? Il faut pouvoir répondre. Un oubli en ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil ; pourquoi le souffririez-vous dans l'ordre politique? Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer.“

Sieyès (1795: 3)

„Noch ein Letztes, das die Haltung des Richters zu bestimmen hat [...]: die temperantia, das Maßhalten. Damit ist ein Doppeltes, ein Sachliches und Persönliches gemeint. Jede Rechtsprechung findet ihre Voraussetzung und Begrenzung darin, daß sie sich am Maßstab auslegungsfähiger Normen ausrichten kann. Für den Verfassungsrichter im besonderen gilt: [...] Die Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit ist [...] dort erreicht, wo die politische Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers und der Regierung beginnt.“

Josef Wintrich¹

A. Einleitung

Gerichte und besonders Verfassungsgerichte greifen mit ihren Urteilen oft fundamental in politische Steuerungsprozesse ein. Trotz ihrer zentralen funktionalen Rolle im politischen System bleiben sie in der deutschsprachigen Literatur der vergleichenden Politikforschung ebenso wie in der Policy-Analyse als Akteure politischer Entscheidungsprozesse oft wenig beachtet. Diskutiert werden zumeist drei Teilaspekte: (1) eine Garantenstellung der Judikative gegenüber der Verfassungsordnung bzw. bei der Durchsetzung von Minderheitenrechten, (2) eine (mögliche) Kompetenztransgression der Judikative zulasten des Gesetzgebers sowie (3) eine Politisierung der Gerichte durch (a) parteipolitisch motivierte Klagen und/oder (b) parteipolitisch motivierte bzw. dominierte Berufungsverfahren bei der Besetzung von Richterstellen.

Die Forschung in diesem Gebiet weist eine große Bandbreite qualitativer und quantitativer Methoden auf, die häufig unverbunden nebeneinander stehen.² Dieses Buch möchte einen Beitrag zur Vereinheitlichung leisten, der darauf abzielt, den funktionalen Systembeitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit (auch komparativ) angemessen zu erfassen, und kombiniert hierzu drei Ansätze mit unterschiedlichen Forschungsinteressen:

1. Historisch: Welche Erkenntnisse lassen sich aus der historischen Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. der Implementati-

1 Wintrich (1963: 10).

2 Vgl. dazu auch Hirschl (2014: 151–191), Hirschl (2013) sowie Gardbaum (2017).

Einleitung

- on von Verfassungsgerichten ableiten? Welche funktionalen Bedürfnisse des politischen Systems wurden (Verfassungs-)Gerichten in der Entstehungsphase zugeordnet? Wie verlief dieser Prozess während der Verfassungsgebung und in der frühen Verfassungsentwicklung? Welche (demokratiethoretischen) Fragen wurden im Zusammenhang mit der Etablierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit diskutiert?
2. Methodenkritisch: Welche grundlegenden Probleme bestehen hinsichtlich eines systematischen Vergleichs von Verfassungsgerichten bzw. Verfassungsgerichtsbarkeiten? Wo liegen Stärken und Schwächen bestehender Ansätze zur Beschreibung sowie für den Vergleich von Verfassungsgerichten und Verfassungsgerichtsbarkeiten?
 3. Systematisch: In welchem methodischen Bezugsrahmen lässt sich der funktionale Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur politischen Steuerung innerhalb eines politischen Systems am besten evaluieren und wie kann dieser systemübergreifend verglichen werden?

Für die historische Betrachtung liegt der Schwerpunkt auf der Entstehung und Frühphase der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA und der BRD. Diese Auswahl orientiert sich daran, dass (1) beide Länder häufig als prototypische Vertreter eines dezentralisierten Typs (USA) bzw. eines zentralisierten Typs (BRD) der Verfassungsgerichtsbarkeit einander gegenübergestellt werden, (2) beide Verfassungsgerichtsbarkeiten in der Literatur als stark beschrieben werden und daher eine hohe Anfangsplausibilität für ihre Vergleichbarkeit besteht und (3) beide Länder unterschiedlichen Rechtskreisen mit unterschiedlichen Rechtstraditionen angehören.

Der methodenkritische Teil greift verbreitete Ansätze zur Beschreibung bzw. für den Vergleich von Verfassungsgerichten bzw. Verfassungsgerichtsbarkeiten auf. Dabei umfasst die Auswahl klassische Konzepte wie die Differenzierung zwischen diffuser und konzentrierter Verfassungsgerichtsbarkeit, die v. a. von Mauro Cappelletti vertreten wurde und zum Grundinventar des verfassungsrechtlichen und politikwissenschaftlichen Vergleichs gehört, ebenso wie quantitative Ansätze wie Arend Lijpharts Typisierung von starkem und schwachem *Judicial Review*, theoretische Modelle wie George Tsebelis' Vetospielertheorie und jüngere Beiträge zur amerikanischen Debatte über den Stellenwert schwacher und starker Formen richterlicher Kontrolle von Jeremy Waldron und Mark Tushnet. Diese Auswahl wurde getroffen, weil es sich um (1) zentrale, gut etablierte Konzepte der verfassungsrechtlichen und politik-

wissenschaftlichen Forschung handelt, (2) Autoren aus dem *Common-Law*- sowie aus dem *Civil-Law*-Rechtskreis berücksichtigt werden und (3) sowohl quantitative als auch qualitative Modelle auf ihre Prämissen und Aussagekraft hin untersucht werden sollen.

Im systematischen Teil wird ein Analyserahmen entwickelt, der den funktionalen Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit innerhalb des politischen Systems erfassen und als Grundlage vergleichender Arbeiten dienen kann. Er basiert auf der politischen Systemtheorie nach Almond und Powell und bietet den entscheidenden Vorteil, dass die Funktion Verfassungsgerichtsbarkeit unabhängig von ihrer jeweiligen organisatorisch-strukturellen Gestaltung im Kontext politischer Systeme analysiert und verglichen werden kann.

Die folgende inhaltliche Einleitung orientiert sich an dieser Dreigliederung der Arbeit und bietet jeweils eine erste explorative Annäherung.

I. Vorbemerkungen

1. Siegeszug einer Institution?

Ob sich John Marshall der weitreichenden Folgen bewusst war, als er am 24. Februar 1803 seine Entscheidung im Verfahren *Marbury v. Madison*³ damit schloss, die Vorrangstellung der Verfassung als Grundprinzip jeder geschriebenen Verfassung anzuerkennen und die Gerichte mit der Prüfung der Verfassungskonformität von Parlamentsgesetzen (*Judicial Review*⁴) zu betrauen, darf bezweifelt werden. Auch die unmittelbaren Auswirkungen des Urteils hielten sich in Grenzen, da die Normenkontrolle erst bei der unrühmlichen Entscheidung *Dred Scott v. Sandford* 1857 erneut Anwendung fand.⁵

3 [1803] 5 U.S. 137 (*Marbury v. Madison*).

4 Vgl. ebd., S. 180. Der Begriff *Judicial Review* wird in der englischen Literatur unterschiedlich verwendet. Im engeren Sinne meint *Judicial Review* das richterliche Normenkontrollrecht und wurde so bereits 1910 von Corwin (1910) gebraucht. Im weiteren Sinne bezeichnet der Begriff das Kontrollrecht gegenüber Legislativ- und Exekutiventscheidungen (insb. Verwaltungshandeln), vgl. Jaconelli (1985: Fn. 1). Zur genaueren Differenzierung werden verschiedentlich die Begriffe *Constitutional Review* für das Normenkontrollrecht und *Judicial Review* für die Kontrolle von Verwaltungshandeln (*Administrative Action*) gebraucht.

5 Vgl. Hoffmann-Riem (2003: 25).

Einleitung

Und auch außerhalb der USA stieß das richterliche Normenkontrollrecht bis zum 1. Weltkrieg nur zögerlich auf Resonanz. So verweist Arne Mavčič darauf, dass Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit zunächst nur in einigen südamerikanischen und skandinavischen Staaten adaptiert wurden.⁶ Die Schweiz entwickelte ab 1874 ein dezentrales Modell, in dem jedoch bis heute keine Kassationsmöglichkeit gegenüber Bundesgesetzen besteht.⁷

Eine weitere Verbreitung erfolgte erst in der Zwischenkriegsphase, nachdem die österreichische Verfassung von 1920 per Art. 140 ausschließlich dem Verfassungsgerichtshof das Normenkontrollrecht⁸ eingeräumt und damit eine Alternative zum amerikanischen Typ geschaffen hatte, die, v. a. aufgrund der unterschiedlichen Rechtstradition, besser zu den europäischen Gegebenheiten passte.⁹ So konnte sich die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen den beiden Weltkriegen etwa in der Tschechoslowakei (1920), in Liechtenstein (1925), Griechenland (1927), Spanien (1931) und Irland (1937) etablieren.¹⁰

Allerdings wirkte einer weiteren Ausbreitung im europäischen Raum entgegen, dass mit der kommunistischen Herrschaft in Russland und den faschistischen bzw. nationalsozialistischen Regimen in Italien und Deutschland totalitäre Systeme entstanden, die dogmatisch mit einem richterlichen Prüfungsrecht unvereinbar waren. Infolge des Expansionsdrangs dieser Regime kam es zu einer Unterbrechung der demokratischen Staatsentwicklung, die naturgemäß auch die Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit betraf.

Nach Überwindung des Faschismus in Italien und des Nationalsozialismus in Deutschland folgte die Absicherung der neuen Demokratien. Dazu gehörte zunehmend auch die Errichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die bereits 1945/46 in Österreich,¹¹ das an die Oktober-Verfassung anknüpfen konnte, 1948 in Italien¹² und 1949/51 in der Bundesrepublik Deutschland¹³ erfolgte. Eine etwas andere Entwicklung nahm Frankreich, das im Zuge der

6 Vgl. Mavčič (o. J.: o. S.).

7 Dies resultiert aus Art. 190 der Schweizer Verfassung, der Bundesrecht und Völkerrecht immunisiert; zur Situation in der Schweiz vgl. Cappelletti (1971: 48), Wahl (2003: 254), Biaggini (2006) sowie Wyttenbach (2013).

8 Vgl. Gschließer (1968: 25).

9 Vgl. Cappelletti (1971: 53ff.).

10 Dazu Mavčič (o. J.: o. S.).

11 Verfassungsgerichtshof [AT] (o. J.).

12 Ihre Arbeit konnte die *Corte Costituzionale* erst 1955 aufnehmen, da die Rahmengesetzgebung und Richterwahl durch Neuwahlen verzögert wurden.

Verfassungsreform von 1958 mit dem *Conseil Constitutionnel* ein Gremium einrichtete, über dessen Status als Verfassungsgericht zunächst in der Literatur gestritten wurde.¹⁴

Auch außerhalb Europas entstanden in dieser Zeit Verfassungsgerichte, so in Brasilien (1946), Japan (1947),¹⁵ Burma (1947), Thailand (1949), Indien (1949), Syrien (1950), Uruguay (1952)¹⁶ und Zypern (1960).¹⁷ Die Türkei folgte mit der neuen, demokratischen Verfassung vom 9. Juli 1961.

Eine zweite, kleinere Verbreitungsphase betraf die nach dem 2. Weltkrieg verbliebenen europäischen Diktaturen in Griechenland (1975), Portugal (1976) und Spanien (1978), die ab der zweiten Hälfte der 1970er-Jahre demokratisiert wurden.¹⁸ Besonders erwähnenswert ist aber die Adaption der Verfassungsgerichtsbarkeit in der damaligen Sozialistisch Föderativen Republik Jugoslawien (1963)¹⁹ und in einigen Ostblockstaaten, denn diese Entwicklung verdeutlicht, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur im Zuge demokratischer Systemtransformationen systemrelevante Funktionen zu erfüllen versprach.²⁰ Insgesamt stieg die Zahl der Verfassungsgerichte in den westlichen Demokratien während des Kalten Krieges aber doch deutlich stärker an als in nicht-demokratischen Regimen. Und mit dem Zusammenbruch des Ostblocks und der zurückgewonnenen Autonomie der ehemaligen russi-

13 Bereits zuvor waren in einigen der späteren Bundesländer regionale Verfassungsgerichte eingerichtet worden, vgl. dazu Reutter (2017: 1–26).

14 Vgl. Cappelletti (1971: 2ff.) sowie Stone Sweet (2000: 31).

15 Vgl. Supreme Court of Japan (2006).

16 Vgl. Mavčič (o. J.: o. S.).

17 Vgl. Mosler (1962b: IX). Das Gericht nahm seine Tätigkeit 1964 auf. Zypern wird hier rein geografisch Asien zugeordnet.

18 Vgl. Wahl (2003: 254).

19 Vgl. dazu Marko (2002: 387f.) sowie Kristan (1994: 66). In der SFR Jugoslawien waren insbesondere föderative Streitigkeiten Gegenstand der Verfassungsjudikatur.

20 In Polen wurde mit der Verfassungsnovelle von 1985 ein Verfassungsgericht eingeführt und im Folgejahr implementiert. Allerdings konnte das Parlament dieses mit Zweidrittelmehrheit überstimmen (vgl. Art. 7 Abs.4 VerfGG-PL vom 29.4.1985). In der ČSSR wurde die Einrichtung eines Verfassungsgerichts kurz nach der Niederschlagung des Prager Frühlings mit der Verfassungsnovelle vom 27. Oktober 1968 beschlossen. Es sollte u. a. über Kompetenzkonflikte (Art. 88), Mandatserhalt und -verlust (Art. 91) oder die Einhaltung der in den Art. 19–33 Verf-ČSSR i. d. F. vom 11. Juli 1960 enthaltenen Grund- und Bürgerrechte (Art. 92) entscheiden. Das Gericht wurde in der Folge allerdings nicht implementiert.

Einleitung

schen Trabantenstaaten begann in Europa die bislang umfangreichste Ausdehnungsphase der Verfassungsgerichtsbarkeit.²¹

Dieser kurze Blick auf die Ausbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit verdeutlicht, dass diese meist mit der Entstehung säkularer, kapitalistischer, demokratischer Verfassungen einherging, wenngleich Ausnahmen bestehen.²² Aus heutiger Sicht kann mit einigem Recht festgehalten werden, dass John Marshall mit *Marbury v. Madison* zum Vorreiter einer Entwicklung wurde, in deren Verlauf die (verfassungs-)gerichtliche Normenkontrolle zum garantierten Kernbestand der Organisation des demokratischen Rechtsstaats wurde. Fraglich bleibt indes, ob sich diese Entwicklung abrupt oder graduell vollzog. Zudem zeichnet sich ab, dass die „Erfindung der Verfassungsgerichtsbarkeit“²³ an die Aneignung der Normenkontrollkompetenz durch den *Supreme Court* geknüpft wird – es geht also um die Verankerung einer Funktion und nicht einer bestimmten Institution. So stellt etwa Oberreuter fest: „Verfassungsgerichtsbarkeit bindet sich an den Gedanken der Normenkontrolle.“²⁴

Es ist sicher richtig, dass die Normenkontrolle ein zentraler (und auch problematischer) Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit ist. Verfassungsgerichte interpretieren die Verfassung, zeigen damit den zulässigen Handlungsrahmen politischen Handelns und Gestaltens auf und nehmen so Einfluss auf Gesetzgebung und Rechtsanwendung durch Exekutive und Judikative. Die eingangszitierte Selbstverortung Wintrichs weist auf dieses Problem hin, das aus der Rolle eines Verfassungsgerichts resultiert, das nicht nur gehalten ist, die in der Verfassung normierten Grundlagen des gesellschaftlichen und politischen Lebens zu explizieren, sondern das Handeln von Legislative und Exekutive (aber auch der Judikative) autoritativ an diesen Maßstäben zu messen.

Es wäre jedoch verkürzt, die Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Normenkontrolle und damit auf das Beziehungsgefüge zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber zu beschränken. In modernen Demokratien können Verfassungsgerichte vielfältige Aufgaben wahrnehmen: Neben der Kontrolle des Gesetzgebers sind dies v. a. die Sicherung und Durchsetzung von Grundrechten, die Beilegung von Kompetenzkonflikten, Amtsanklage- und Amts-

21 Dazu ausführlich Schwartz (2002) sowie Brunner (1993).

22 Neben den Genannten etwa auch die Errichtung des ägyptischen Verfassungsgerichts im Jahr 1979 unter der Präsidentschaft Anwar as-Sadats; dazu Reza (2007: 548).

23 So der Untertitel der von Kremp (2003) herausgegebenen Aufsatzsammlung.

24 Oberreuter (1992: 460), ebenso Öhlinger (2008: 443).

enthebungsverfahren, die Gewährleistung formal korrekter Abläufe (Wahlprüfung etc.) sowie der etwaige Ausschluss politischer Akteure und die Verwirkung politischer Rechte. Ähnlich verkürzt wäre es, die Funktion Verfassungsgerichtsbarkeit angesichts ihrer Genese im diffusen amerikanischen Gerichtssystem allein an ein einziges Gericht innerhalb eines politischen Systems binden zu wollen. Vielmehr – und das kann bereits hier festgehalten werden – handelt es sich um den Siegeszug einer vielgestaltigen Funktion mit unterschiedlichen organisatorisch-strukturellen Ausgestaltungen.

2. Gerichte als politische Akteure

„Richter machen Politik“²⁵ – unter diesem Titel erschien 1979 eine Kompilation von Artikeln, die zuvor im *Spiegel* veröffentlicht worden waren. Tenor der Serie: Die Urteile aus Karlsruhe griffen allzu oft in den Aufgabenbereich der Politik ein, indem Parlamentsrecht aufgehoben oder neues Recht gesetzt werde. Der provokante Titel widersprach dem Selbstverständnis des Gerichts, das sich eine richterliche Selbstbeschränkung²⁶ auferlegt hatte, und thematisierte damit ein Kernproblem der Verfassungsgerichtsbarkeit – die funktionale Trennung zwischen den Zuständigkeitsbereichen von Legislative und Judikative, das bereits in der Weimarer Republik kontrovers diskutiert worden war und im Verfassungshüterstreit zwischen Carl Schmitt²⁷ und Hans Kelsen kulminierte, in dessen Verlauf Kelsen dargelegt hatte:

„Die Meinung, daß nur die Gesetzgebung, nicht aber die ‚echte‘ Justiz politisch sei, ist ebenso falsch wie die, daß nur die Gesetzgebung produktive Rechtserzeugung, die Gerichtsbarkeit aber nur reproduktive Rechtsanwendung sei.“²⁸

Damit wies er die von Schmitt vertretene begriffliche Unterscheidung von Recht und Politik zurück²⁹ und verwies darauf, dass eine rigide funktionale Trennung zwischen Gesetzgeber und Gerichtsbarkeit an der Realität vorbeigehe, da der Richter beschränkt zur Rechtsschöpfung befugt sein müsse.³⁰

25 Lamprecht/Malanowski (1979).

26 Vgl. stellvertretend für viele Wintrich (1963: 10).

27 Schmitt (1931).

28 Kelsen (1931: 586).

29 Ebd., S. 584f., S. 595.

30 Ebd., S. 586.

„[M]an muss die Gesetze nach den Verfassungen einrichten [...], aber nicht die Verfassungen nach den Gesetzen. Staatsverfassung meint nämlich die Ordnung für die Staaten mit Rücksicht auf die Ämter, auf welche Weise sie zugeteilt sind, was die Entscheidungsinstanz über die Verfassung ausmacht und was das Ziel einer jeden Gemeinschaft ist.“

Aristoteles¹⁰¹

B. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA und in Deutschland

Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen stehen die Gründe, die zu einer Implementation verfassungsgerichtlicher Funktionen in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland führten, sowie die Argumente, die von Gegnern und Befürwortern angeführt wurden. Anschließend werden die Implementation der Verfassungsgerichtsbarkeit sowie die Frühphase ihrer Tätigkeit untersucht. Dadurch soll geklärt werden, ob und inwiefern die Adaption einer Verfassungsgerichtsbarkeit zu einer Modifikation des politischen Systems führte. Zudem soll die historische Analyse Aufschluss darüber geben, ob die Verfassungsgerichtsbarkeit – und insbesondere das Normenkontrollrecht – spontan entstand oder in einer historischen Tradition steht.

I. Das richterliche Prüfungsrecht im anglo-amerikanischen Raum

Die Krise des amerikanischen Staatenbundes hatte im Sommer 1786 bereits gravierende Ausmaße angenommen.¹⁰² Vor diesem Hintergrund befasste sich der Konföderationskongress mit den Ursachen der Selbstlähmung und diskutierte über Möglichkeiten, die Handlungsfähigkeit der Konföderation zu verbessern.¹⁰³ In der Folge entwickelte das Projekt Amerika eine enorme Dyna-

101 Aristoteles, Politik, 1288b.

102 Zum historischen Kontext vgl. Zehnpfennig in Hamilton/Madison/Jay (2007: 1–5).

103 Adams/Adams (1994: XXXI).

Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA und in Deutschland

mik: Zwar war die Konferenz von Annapolis im September 1786 nur wenig beachtet geblieben – gerade einmal fünf Staaten hatten daran teilgenommen und insgesamt zwölf Delegierte in die Hafenstadt entsandt. Dennoch zeitigte das Treffen weitreichende Folgen, da von ihm der Vorschlag ausging, im darauffolgenden Mai einen Kongress einzuberufen, der mit denkbar weiten Kompetenzen ausgestattet sein sollte:

„Under this impression, Your Commissioners [...] beg leave to suggest their unanimous conviction, that it may essentially tend to advance the interests of the union, if the States, by whom they have been respectively delegated, would themselves concur, and use their endeavours to procure the concurrence of the other States, in the appointment of Commissioners, to meet at Philadelphia on the second Monday in May next, to take into consideration the situation of the United States, to devise such further provisions as shall appear to them necessary to render the constitution of the Federal Government adequate to the exigencies of the Union [...].“¹⁰⁴

Zwar blieb dieser weit gefasste Arbeitsauftrag einer umfassenden Novelle der *Articles of Confederation* für die *Philadelphia Convention* nicht unumstritten und so einigte man sich zunächst auf eine Revision. Doch wurde diese Begrenzung schon in der Sitzung vom 30. Mai 1787 erneut infrage gestellt und eine Erweiterung des Aufgabenbereiches diskutiert.¹⁰⁵ Am 19. Juni 1787 erzielten die Delegierten schließlich eine Einigung im Sinne der ursprünglichen Aufgabenstellung¹⁰⁶ und ebneten den Weg für die Entstehung der amerikanischen Verfassung mit eigenständigen Institutionen des Bundes.

Eine der Forderungen, die bereits auf dem Konföderationskongress des Jahres 1786 laut geworden war, galt der Einführung einer Bundesgerichtsbarkeit.¹⁰⁷ Denn die Konföderationsartikel hatten zwar Regelungen zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Föderationssubjekten getroffen (Art. IX),¹⁰⁸ diese waren aber nur als Ad-hoc-Verfahren ausgestaltet, dessen Abwicklung durch den Kongress der Vereinigten Staaten erfolgen sollte. Dieser übertrug die Streitbeilegung einem Schiedsgericht, das nur für den konkreten Einzelfall und unter Beteiligung der Streitparteien bestellt wurde. Eine natio-

104 Zitiert nach Elliot (1845: 116).

105 Vgl. ebd., S. 132.

106 Vgl. die Dokumentation zur Abstimmung ebd., S. 211f. Beschlossen wurde damit die am 13. Juni ausgearbeitete Resolution, ebd., S. 187–190 [189f.].

107 Adams/Adams (1994: XXXI).

108 Nachdruck in Hamilton/Madison/Jay (2003: 536–540).

Das richterliche Prüfungsrecht im anglo-amerikanischen Raum

nale Gerichtsbarkeit, die sich um die Einheit des (Bundes-)Rechts kümmerte, fehlte also, wie auch James Madison in Artikel 22 der *Federalist Papers* feststellte. Gerade diesen Mangel galt es zu beheben: Denn die letztinstanzliche Rechtsprechung in Fragen des Bundesrechts bei den Gerichten der Einzelstaaten zu belassen, kam für Madison schon allein deshalb nicht infrage, weil es dann „zu demselben Fall ebensoviele verschiedene letztinstanzliche Entscheidungen geben [würde] wie Gerichtshöfe.“¹⁰⁹

1. Der *Supreme Court* und das richterliche Prüfungsrecht in der Verfassungsdiskussion

Als prominenter Fürsprecher einer starken Bundesgerichtsbarkeit mit einem *Supreme Court* als letzter Instanz trat Alexander Hamilton auf. In den *Federalist Papers* übernahm er u. a. die Kommentierung der Bundesjudikative.

Neu war zunächst die Struktur des Gerichtssystems nach der geplanten Überführung der Konföderation in einen Bundesstaat. Für die Durchsetzung des Bundesrechts sahen es die *Federalists* als unerlässlich an, neben den sehr unterschiedlichen Gerichtssystemen der Einzelstaaten eine Bundesgerichtsbarkeit zu implementieren. Seitens der *Anti-Federalists* wurde in diesem Zusammenhang die Frage nach der Abgrenzung der judikativen Zuständigkeiten zwischen Einzelstaat und Bund gestellt.¹¹⁰ Denn da die Verfassung vorsah, dass neben dem obersten Bundesgericht auch nachgeordnete Gerichte, „deren Errichtung der Kongress von Fall zu Fall anordnet“, mit der Bundesrechtsprechung betraut werden konnten, trat die Frage auf, ob mit der Bundesverfassung ein Parallelsystem einzel- und bundesstaatlicher Justiz entstehen sollte.¹¹¹

Die Antwort lautete insofern „Ja“, als den bestehenden Gerichtswesen der Einzelstaaten – v. a. wegen ihrer regionalen Verankerung – nicht zugetraut wurde, Bundes- vor Einzelstaatsinteressen zu stellen. Die Antwort lautete insofern „Nein“, als der *Supreme Court* als letzte Berufungsinstanz in allen Fällen eingesetzt wurde, um die Rechtseinheit zu wahren,¹¹² und die Richter der Einzelstaaten per *Supremacy Clause* letztverbindlich an das Bundesrecht ge-

109 Hamilton/Madison/Jay (2007: 161).

110 Ebd., Artikel 78, S. 455.

111 Ebd., Artikel 81, S. 475ff.

112 Ebd., S. 471.