

Matthias Eberl
Verfassung und Richterspruch

Matthias Eberl

Verfassung und Richterspruch

Rechtsphilosophische Grundlegungen zur Souveränität,
Justiziabilität und Legitimität der
Verfassungsgerichtsbarkeit



De Gruyter Recht · Berlin

Dr. *Matthias Eberl*, während des Verfassens dieser Untersuchung wissenschaftlicher Mitarbeiter
am Lehrstuhl für Politische Theorie und Philosophie am Geschwister-Scholl-Institut
für Politische Wissenschaft der Universität München

Als Dissertationsschrift gedruckt mit Unterstützung der Max Geldner-Stiftung
der Universität Basel und des Dissertationenfonds der Universität Basel

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN-13: 978-3-89949-235-4
ISBN-10: 3-89949-235-8

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikro-
verfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Datenkonvertierung/Satz: jürgen ullrich typosatz, Nördlingen
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Danksagung

Der Weg zu dieser Monographie glich einem Marathonlauf. Auf den Stationen dieses Marathons habe ich von verschiedenen Seiten Unterstützung erfahren, für die ich mich ausdrücklich bedanken möchte.

Eine wesentliche Unterstützung haben mir all diejenigen geboten, die sich mir als „Opfer“ zur Verfügung gestellt haben. „Als Opfer zur Verfügung stehen“ ist dabei meine privatsprachliche Wendung dafür, mir ein offenes Ohr zu leihen: zuzuhören, wie ich in den Stadien des Schreibens und Noch-nicht-Schreibens die für mich relevanten wissenschaftlichen Materien zu erfassen und diesbezüglich eigene Standpunkte und Sichtweisen zu gewinnen suche. So formuliert, klingt die „Opferrolle“ weit harmloser als sie ist. Dies werden die „Opfer“, die allesamt wissen, daß sie welche waren, nur zu gut bestätigen können. Nie hätten sie – auch in ihren gräßlichsten Albträumen nicht – geahnt, sich je mit amerikanischer Verfassungstheorie beschäftigen zu müssen oder (nach Opferangaben ein besonders schlimmer Fall) sich mit Habermas' Diskurstheorie in bezug auf den demokratischen Rechtsstaat konfrontiert zu sehen. Obgleich ich wohl nie ermessen werden kann, welch ein Opfer die „Opfer“ erbracht haben (da es für mich nichts Wichtigeres, Aufregenderes und Spannenderes gibt als rechtsphilosophische Themen und Fragestellungen – um nur die in dieser Untersuchung vorherrschende Wissenschaft herauszugreifen), möchte ich meinen unerschrockenen und ausdauernden Zuhörern meine tiefe Dankbarkeit aussprechen.

Zugute gekommen ist der vorliegenden Arbeit, die im Herbst 2003 bei der Philosophisch-Historischen Fakultät der Universität Basel im Fach Philosophie eingereicht wurde, zudem meine Lehrtätigkeit am Geschwister-Scholl-Institut für Politische Wissenschaft der Universität München. Die Seminare, vornehmlich in der Disziplin der politischen Theorie, haben dazu beigetragen, daß sich mein wissenschaftlicher Blick nicht nur auf die naheliegenden Themen und Texte zur Problematik der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern stets auch auf gegenüber diesen Problemkomplexen entferntere oder nur entfernter scheinende Grundfragen des politischen Denkens gerichtet hat. Überdies hat meine Anstellung an der Ludwig-Maximilians-Universität München mir während dieser Zeit natürlich auch meine ökonomische Existenz gesichert.

Zu Dank verpflichtet bin ich für diese Chancen zuallererst Prof. Dr. Henning Ottmann, meinem Doktorvater. Prof. Ottmann danke ich zudem für die „künstlerische Freiheit“, die er mir beim Verfassen meiner Dissertation gewährt hat. Diese Freiheit habe ich stets als Vertrauen und Zuversicht in das Gelingen meines ambitionierten Vorhabens erfahren dürfen. Dieses Vertrauen habe ich nicht zuletzt dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß ich seine bewundernswerte Meisterschaft darin, selbst

komplizierte und komplexe Sachverhalte in einer klaren und verständlichen Sprache zu formulieren, als Ansporn beim Verfassen meiner eigenen Texte aufgefaßt habe. Von Prof. Ottmann habe ich des weiteren gelernt, daß die Bestände der Geschichte des politischen Denkens auch für die Bearbeitung philosophischer Problemlagen der Gegenwart fruchtbar gemacht werden können.

Prof. Dr. Kurt Seelmann danke ich für die Übernahme des Korreferats. Insbesondere danke ich Prof. Seelmann für sein Verständnis für meine besondere Situation als Promovend an der Universität Basel mit Münchner Arbeits- und Lebensort sowie seine ausgesprochen flexible Betreuung meines Forschungsprojekts.

Prof. Dr. Wolfgang Eßbach danke ich für die Aufnahme in sein Doktoranden-seminar an der Universität Freiburg i.Br. Vor meinem Wechsel nach München erhielt ich so die Möglichkeit, im Rahmen dieses soziologischen Seminars mein Forschungsprojekt vorzustellen.

Alle drei Professores zeigten sich gegenüber dem interdisziplinären Ansatz meines Projekts äußerst aufgeschlossen.

Die Wegstrecke von der Dissertation zu ihrer Veröffentlichung ist dankenswerterweise dadurch erleichtert worden, daß sowohl der Rektoratsfonds der Universität Basel als auch die Max Geldner-Stiftung der Universität Basel einen Zuschuß zu den Druckkosten aufgebracht haben.

Selbst bei großzügigster Auslegung vermag das vorliegende Werk nicht als Broschüre zu firmieren. Die Publikation verlangt somit der geneigten Leserin und dem geneigten Leser einiges an wissenschaftlicher Kondition ab. Dieser Leserschaft, die sich auf den monographischen Marathon oder zumindest Teilen desselben begibt, möchte ich ebenfalls meinen Dank abstellen.

Zuletzt danke ich meinen Eltern, ihnen ist dieses Buch gewidmet.

München, im Juli 2005

Matthias Eberl

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| Danksagung | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Inhaltsverzeichnis | IX |
| § 1 Zielsetzung | 1 |
| § 2 Gegenstand | 3 |
| I. Was ist ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘? | 3 |
| II. Profilbestimmung: Der politische Status der Gerichtsbarkeit | 7 |
| III. ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘, rechtsphilosophisch betrachtet | 50 |
| § 3 Vorgehen | 197 |
| I. Rekurs auf (ideengeschichtliche) Diskussionslagen | 197 |
| II. Aufbau und Aufbereitung der ideengeschichtlichen und gegenwärtigen Kontroversen | 199 |
| III. Auswahl und Auswahlgesichtspunkte der behandelten Texte | 200 |
| § 4 Judicial Review und Demokratie | 207 |
| I. Einführung in die Kontroverse zwischen „Brutus“ und Alexander Hamilton | 207 |
| II. „Brutus“: Die unkontrollierbare Richterherrschaft | 216 |
| III. Alexander Hamilton: „The least dangerous branch“ | 236 |
| IV. Der ideengeschichtliche Weg zur Verfassungsgerichtsbarkeit | 257 |
| V. Die verfassungstheoretische Kontroverse zwischen „Brutus“ und Hamilton im begriffs- und sozialgeschichtlichen Kontext | 277 |
| VI. Die systematische Bilanz des Streits um die Einführung des Judicial Review | 284 |
| VII. Die Eigenart verfassungsgerichtlicher Souveränität | 285 |
| § 5 ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ und Souveränität | 293 |
| I. Vereinbarkeit von ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ und Demokratie | 293 |
| II. Die Legitimität der Institution der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ | 341 |
| III. Dimensionen der Souveränität | 346 |
| § 6 Verfassungsgerichtsbarkeit und Justiziabilität | 371 |
| I. Legitimität und Justiziabilität | 371 |
| II. Joseph William Singers Sicht von Recht, Moral und Politik | 375 |
| III. Recht und Politik | 406 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| § 7 Thesen | 471 |
| Abkürzungen | 479 |
| Siglen | 481 |
| Literatur | 483 |
| Personenregister | 503 |
| Stichwortverzeichnis | 509 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|----|
| § 1 | Zielsetzung | 1 |
| § 2 | Gegenstand | 3 |
| I. | Was ist ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘? | 3 |
| II. | Profilbestimmung: Der politische Status der Gerichtsbarkeit | 7 |
| A. | Die Rolle der Gerichtsbarkeit entsprechend ihrer Befugnisse | 7 |
| 1. | Die Judikative als <i>en quelque façon nulle</i> (Montesquieu) | 7 |
| 2. | Die Rolle der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat | 8 |
| a) | Die politische Funktion der Gerichtsbarkeit | 8 |
| b) | Der Status der Gerichtsbarkeit als politische Instanz | 9 |
| 3. | Die Rolle der Gerichtsbarkeit im modernen demokratischen Verfassungsstaat | 13 |
| B. | Die Problemstellung der Arbeit | 16 |
| C. | Rechtsvergleichender Überblick: Verfassungsrecht und Verfassungs- rechtsprechung in verschiedenen politischen Systemen | 19 |
| 1. | Bundesrepublik Deutschland | 22 |
| a) | Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Rechtssystem und seine Organisationsstruktur | 22 |
| b) | Verfahren und Kompetenzen | 25 |
| (1) | Organstreitverfahren | 25 |
| (2) | Föderative, quasiföderative und sonstige Streitverfahren | 25 |
| (3) | Normenkontrolle | 26 |
| (4) | Individual-Verfassungsbeschwerde | 26 |
| c) | Die rechtlichen Bindungswirkungen der Verfassungsgerichts- entscheidungen | 27 |
| 2. | Die Vereinigten Staaten von Amerika | 29 |
| 3. | Frankreich | 34 |
| 4. | Schweiz | 36 |
| 5. | Iran | 39 |
| 6. | Rechtskulturen und -systeme ohne („[.]Verfassungsgerichtsbarkeit[‘](““) | 42 |
| III. | ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘, rechtsphilosophisch betrachtet | 50 |
| A. | Die Literaturlage | 51 |
| 1. | Die Legitimitätsproblematik in den Vereinigten Staaten von Amerika und im deutschsprachigen Raum | 51 |
| 2. | Die Rechtswissenschaft im deutschsprachigen Raum | 53 |

| | | |
|-------|--|-----|
| a) | Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Ernst-Wolfgang Böckenförde | 55 |
| (1) | Verfassungsgerichtsbarkeit als verwirklichte Gewaltenteilung | 55 |
| (2) | Souveränität im Vagen, Interpretationsmacht rein als Realisierungsproblem | 57 |
| b) | Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Günter Frankenberg | 61 |
| (1) | Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit als ‚Konfliktautorität‘ | 61 |
| (2) | Faktische Autorität statt normative Legitimität | 62 |
| 3. | Verfassungsgeschichtliche Untersuchungen im deutschsprachigen Raum | 63 |
| 4. | Die Philosophie im deutschsprachigen Raum | 64 |
| a) | Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Otfried Höffe | 64 |
| (1) | Verfassungsgerichtsbarkeit als „kontrollierende Zweitinterpretation“ | 64 |
| (2) | Souveränität, Konstitutionalismus und Demokratie ungeklärt | 66 |
| b) | Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Jürgen Habermas | 67 |
| (1) | Die Gesamtanlage von »Faktizität und Geltung« | 67 |
| (2) | Habermas’ Plädoyer für eine prozeduralistisch verfahren- Verfassungsgerichtsbarkeit | 101 |
| (a) | Fragestellungen und Vorgehen | 101 |
| (b) | Thesen | 102 |
| (c) | Begründungen: Frontstellungen und Allianzen | 106 |
| (3) | Kritik | 114 |
| (a) | immanent | 115 |
| (i) | Zur konzeptionellen Bestimmung des Gegenstands der Verfassungsgerichtsbarkeit | 115 |
| (ii) | Zu Habermas’ Referat und Kritik anderer Lehren | 116 |
| (iii) | Habermas’ Widerlegung des Rechtsrealismus | 120 |
| (iv) | Habermas’ Zurückweisung der juristischen Hermeneutik | 120 |
| (b) | transzendent | 122 |
| (i) | Zur philosophischen Fundierung | 122 |
| (ii) | Zur Konzeption des demokratischen Rechtsstaats | 125 |
| (aa) | Habermas’ Souveränitätskonzeption | 125 |
| (bb) | Habermas’ Gleichursprünglichkeitslehre | 127 |
| (iii) | Zur Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit | 130 |
| (aa) | Habermas’ prinzipielle Legitimitätstheorie | 130 |
| (bb) | Habermas’ modale Legitimitätstheorie | 137 |
| 5. | Die Politikwissenschaft | 145 |
| a) | Die Einordnung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den neuzeitlichen Verfassungsstaat bei Carl J. Friedrich | 147 |
| b) | Kommentierungen ohne theoretische Klärungen | 151 |
| 6. | Bilanz des Literaturüberblicks | 155 |
| B. | Zu Relevanz und Aktualität von Thema und Fragestellung | 156 |

| | |
|---|-----|
| 1. Eine Sache der Demokratie, eine Sache aller | 156 |
| 2. Über den Zusammenhang zwischen prinzipieller und modaler Legitimität | 158 |
| 3. Grundlagenforschung für die Verfassungsarchitektur der Europäischen Union | 158 |
| a) Die supranationale Gerichtsbarkeit im Rahmen der derzeitigen unionalen Rechts- und Herrschaftsordnung | 161 |
| (1) Die staatsähnlichen und verfassungshaften Strukturen im politischen System der EU | 162 |
| (2) Die quasi-verfassungsgerichtliche Funktion der unionalen Jurisdiktion | 168 |
| (3) Die Ursachen von Quasi-Verfassungsgerichtsbarkeit und Semi- Konstitutionalismus | 176 |
| b) Die unionale Jurisdiktion nach Maßgabe des Vertrages über eine Verfassung für Europa | 179 |
| (1) Die Modifikationen der Konstanten Quasi-Staat und Quasi- Verfassung | 179 |
| (2) Die Aufwertung des quasi-verfassungsgerichtlichen Mandats der supranationalen Gerichtsbarkeit | 189 |
| c) EU-Europa auf dem Weg des Semi-Konstitutionalismus? | 194 |
| C. Die rechtsphilosophische Betrachtung der Verfassungsgerichtsbarkeit | 196 |
| § 3 Vorgehen | 197 |
| I. Rekurs auf (ideengeschichtliche) Diskussionslagen | 197 |
| II. Aufbau und Aufbereitung der ideengeschichtlichen und gegenwärtigen Kontroversen | 199 |
| III. Auswahl und Auswahlgesichtspunkte der behandelten Texte | 200 |
| § 4 Judicial Review und Demokratie | 207 |
| I. Einführung in die Kontroverse zwischen „Brutus“ und Alexander Hamilton . . | 207 |
| A. Historischer Kontext | 207 |
| B. Gegenstand und Kontrahenten | 212 |
| II. „Brutus“: Die unkontrollierbare Richterherrschaft | 216 |
| A. Aufbau und Anliegen der »Letters of „Brutus“« | 216 |
| 1. Grundansatz und Struktur | 216 |
| 2. Standpunkt und Zielsetzung in bezug auf die Ratifikationsdebatte | 218 |
| 3. Systematische Einordnung der Ausführungen über die Gerichtsbarkeit in die »Letters of „Brutus“« | 221 |
| B. Die Argumentation | 222 |
| 1. Fragestellung und Thesen | 222 |
| 2. Begründung | 223 |
| a) Die These von der Unkontrollierbarkeit der (Bundes-)Gerichtsbarkeit | 223 |
| b) Die These von der Höchstinstanzlichkeit der Gerichtsbarkeit | 225 |
| c) Die These von der besseren Alternative | 227 |

| | |
|--|-----|
| C. Kritik | 228 |
| 1. immanent | 228 |
| 2. transzendent | 231 |
| 3. Zwischenbilanz | 232 |
| III. Alexander Hamilton: „The least dangerous branch“ | 236 |
| A. Aufbau und Anliegen der »Federalist Papers« | 236 |
| 1. Grundansatz und Struktur | 236 |
| 2. Standpunkt und Zielsetzung in bezug auf die Ratifikationsdebatte | 237 |
| 3. Systematische Einordnung der Ausführungen über die Gerichtsbarkeit in die »Federalist Papers« | 238 |
| B. Die Argumentation | 239 |
| 1. Fragestellung und Thesen | 239 |
| 2. Begründung | 243 |
| C. Kritik | 249 |
| 1. immanent | 250 |
| 2. transzendent | 255 |
| IV. Der ideengeschichtliche Weg zur Verfassungsgerichtsbarkeit | 257 |
| A. Von der fürstlichen Souveränität zur Volkssouveränität | 257 |
| B. Die Lehre von der begrenzten Staatsmacht | 263 |
| C. Konstitutionalismus und Verfassungsgerichtsbarkeit | 268 |
| V. Die verfassungstheoretische Kontroverse zwischen „Brutus“ und Hamilton im begriffs- und sozialgeschichtlichen Kontext | 277 |
| A. Die Kernelemente von Hamiltons Judicial Review-Konzeption | 277 |
| B. Die zentralen Dissenspunkte: Souveränität und Demokratiekompatibilität | 279 |
| C. Die federalistische und die antifederalistische Lesart der Volkssouveränität | 280 |
| VI. Die systematische Bilanz des Streits um die Einführung des Judicial Review | 284 |
| A. Das argumentative Patt | 284 |
| B. Das grundsätzliche Manko | 285 |
| VII. Die Eigenart verfassungsgerichtlicher Souveränität | 285 |
| § 5 ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ und Souveränität | 293 |
| I. Vereinbarkeit von ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ und Demokratie | 293 |
| A. Vereinbarkeit qua transzendentaler Figur | 293 |
| B. Samuel Freeman: Judicial Review als ‚geteilte Vorausverpflichtung‘ (‚shared precommitment‘) | 294 |
| 1. Fragestellung | 294 |
| 2. These | 295 |
| 3. Begründung | 295 |
| 4. Kritik | 297 |
| a) immanent | 297 |
| b) transzendent | 299 |
| C. Unvereinbarkeit aufgrund von fehlender Selbstbestimmung | 306 |
| D. Jeremy Waldron: Die Grenzen des Precommitment-Theorems | 307 |
| 1. Fragestellung | 307 |

- 2. These 308
- 3. Begründung 309
 - a) „Selbstbindung“ 309
 - b) Diskussion von Einwänden 311
 - (1) Die Notwendigkeit einer unabhängigen Beurteilungsmacht 311
 - (2) Das „hamiltonsche Rechtfertigungsargument“ Nr. 1 312
 - (3) Das „hamiltonsche Rechtfertigungsargument“ Nr. 2 312
 - c) Der Grund der Unangemessenheit des Precommitment-Theorems 313
 - d) Verfahrensvorentscheidungen kontra Vorausverpflichtungen 316
 - e) Waldron zu konservativen Argumenten *à la* Burke 318
 - f) Die fehlende Notwendigkeit von Selbstbindungen 318
- 4. Kritik 320
 - a) immanent 320
 - b) transzendent 326
- E. Der systematische Ertrag der Kontroverse zwischen Freeman und Waldron für die Idee der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ 328
 - 1. Gegenüberstellung der Souveränitätskonzeptionen 328
 - 2. Die Ambivalenz des freemanschen Ideals der ‚Demokratie als Form der Souveränität‘ 329
 - 3. Das Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie 331
- F. Die Vereinbarkeit von ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ und Demokratie 333
 - 1. Die These von der Gleichrangigkeit von Substanz und Prozeduren 333
 - 2. Die These von der Substanz als ‚regulativer Idee‘ 337
 - 3. Die inhaltliche Fassung der ‚regulativen Idee‘ der demokratischen Substanz und ihr methodischer Status 338
- G. Pragmatisches Abwägen zwischen Verfahren statt Beschränkung auf Prinzipienerörterung 339
- II. Die Legitimität der Institution der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ 341
 - A. Legitimität qua Verfahrensrationalität 341
 - B. Gründe für ein (potentielles) Mehrheitskorrektiv als solches 341
 - C. Gründe für das (potentielle) Mehrheitskorrektiv der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ im besonderen 343
 - D. Möglichkeiten und Grenzen von Mehrheitskorrektiven 345
- III. Dimensionen der Souveränität 346
 - A. Souveränität als Kategorie von Rechtsphilosophie und politischer Philosophie 347
 - B. Souveränität als Kategorie von Rechtsdogmatik und Staatsrecht 352
 - C. Souveränität als Kategorie der Vergleichenden Regierungslehre 357
 - D. Souveränität als Kategorie der Kausalanalytischen Sozialwissenschaft 361
 - E. Die personalistische Verkürzung der Souveränität 365
- § 6 Verfassungsgerichtsbarkeit und Justiziabilität 371
 - I. Legitimität und Justiziabilität 371
 - A. Zum Stand der Untersuchung 371
 - B. Die Fragestellungen der Justiziabilitätsproblematik 374

| | |
|--|-----|
| II. Joseph William Singers Sicht von Recht, Moral und Politik | 375 |
| A. »The Player and the Cards« | 376 |
| 1. Fragestellungen | 378 |
| 2. Thesen | 379 |
| 3. Vorgehen | 379 |
| 4. Begründungen | 380 |
| a) Kritik der ‚traditionellen‘ Rechtstheorie | 380 |
| (1) Die Widerlegung der rationalistischen Bestimmtheitsthese | 380 |
| (2) Die Zurückweisung der rationalistischen Objektivitätsthese | 383 |
| (a) Substantielle Fundierungen | 384 |
| (b) Prozedurale Fundierungen | 385 |
| (c) Parabel | 387 |
| (3) Die Verwerfung der rationalistischen Neutralitätsthese | 388 |
| (4) Die Nihilismusproblematik | 390 |
| (a) Die Nihilismusthese der ‚traditionellen‘ Rechtstheorie | 390 |
| (b) Singers Entgegnung auf vermutete und unterstellte Gefahren und Probleme | 390 |
| b) Singers Gegenkonzeption | 392 |
| (1) Singers Rechtstheorie | 392 |
| (a) Rortys Gegensatz zwischen ‚systematischer‘ und ‚bildender‘ Philosophie | 392 |
| (b) Singers Gegensatz zwischen ‚expressiver‘ und ‚determinierender‘ Rechtstheorie | 393 |
| (2) Singers Illustration seiner Lehre | 393 |
| B. Kritik von »The Player and the Cards« | 394 |
| 1. immanent | 394 |
| 2. transzendent | 399 |
| III. Recht und Politik | 406 |
| A. Die Grundbegriffe Recht, Politik, Moral und Ethik | 408 |
| 1. Die Bestimmung des Moralischen, des Ethischen und des Sittlichen | 408 |
| 2. Die Bestimmung der Politik und des Politischen | 410 |
| 3. Die Bestimmung des Rechtlichen und des Rechts | 412 |
| 4. Der Zusammenhang zwischen Moral und Ethik einerseits und Politik andererseits | 414 |
| B. Die erkenntnistheoretischen Grundlagen von Recht, Politik, Moral und Ethik | 415 |
| 1. Kognitivismus und Nonkognitivismus bei Sollensfragen | 416 |
| 2. Das Axiom der wechselseitigen Anerkennung | 417 |
| C. Urteilsvermögen und Maßstäbe | 418 |
| 1. Die Perspektive auf die Katalogisierung | 422 |
| 2. Die Perspektive auf den hermeneutischen Zugang | 423 |
| 3. Die Perspektive auf die richterlichen Maßstäbe | 425 |
| 4. Die Perspektive auf verfahrensrationaler Lösungen | 426 |
| a) Einsatz von technischen Mitteln | 429 |
| b) Aggregation von Urteilsvermögen | 431 |

| | |
|--|-----|
| c) Verfahrensrationale Strukturierungen (der Aggregation) von Urteilsvermögen | 433 |
| 5. Bilanz I: Juristisches und bürgerliches Urteilsvermögen | 434 |
| 6. Bilanz II: Was ist ‚hinreichende‘ Justiziabilität? | 435 |
| D. Rechtssetzung und Rechtsanwendung | 438 |
| 1. Bewahrende Rechtsfortführung im Mittelalter | 438 |
| 2. Der Dualismus von Rechtssetzung und Rechtsanwendung in der Neuzeit | 440 |
| 3. Die (,)verfassungsgerichtliche(‘) Relativierung des Dualismus von Rechtssetzung und Rechtsanwendung in der Moderne | 442 |
| 4. Die Justiziabilität der verfassungsgerichtlichen Materien | 457 |
| 5. Die Justiziabilität der ‚verfassungsgerichtlichen‘ Materien | 459 |
| E. Zum Grenzverlauf zwischen Recht und Politik | 463 |
| § 7 Thesen | 471 |
| Abkürzungen | 479 |
| Siglen | 481 |
| Literatur | 483 |
| Personenregister | 503 |
| Stichwortverzeichnis | 509 |

§ 1 Zielsetzung

Die Aufgabe der Gerichtsbarkeit besteht darin, Recht zu sprechen. Darüber – und soweit – herrscht Einigkeit. Der Streit setzt ein, sobald danach gefragt wird, was es heißt, „Recht zu sprechen“.

So abstrakt formuliert, scheint dieser Streit allein Rechtsphilosophen umzutreiben, sind die Zirkel der Wissenschaft der einzige Ort der Kontroversen um gerichtliche Kompetenz. Betrachtet man jedoch die Auseinandersetzungen um und über die Verfassungsgerichtsbarkeit, also das Problem der Befugnisse der Gerichtsbarkeit in dieser konkreten Form, dann wird ersichtlich, daß die Klärung der Frage, was es heißt, „Recht zu sprechen“, auch in der Sphäre der Politik als dringlich erachtet wird. Dann wird offenbar, daß diese Frage in der politischen Öffentlichkeit vieler Demokratien präsent ist. Dies trifft auf jeden Fall für Demokratien zu, in denen die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit etabliert ist. Dies gilt aber auch für Demokratien, in denen die Verankerung verfassungsgerichtlicher Kompetenz- und Institutionenprofile erogen wird. Sofern Verfassungsgerichtsbarkeit kompetentiell anerkannt ist, entzünden sich Diskussionen um die Verfassungsrechtsprechung zumindest an bestimmten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen.¹ Sofern Verfassungsgerichte nicht existieren, stoßen Bestrebungen, sie einzuführen, vielfach auf massive Gegnerschaft.

Die vorliegende Untersuchung liefert für diese Kontroversen einen Beitrag aus der Sphäre der Wissenschaft. Die Hoffnung, öffentliche Auseinandersetzungen und Debatten innerhalb der mit der Verfassungsgerichtsbarkeit befaßten Fächer durch die Konzeption einer Theorie zu beenden, ist mit dieser Studie nicht verbunden. Allenfalls ist angestrebt, diese Diskussionen in die eine oder andere Richtung zu lenken. Zuerst jedoch möchte die Arbeit Reflexionswissen bereitstellen – und zwar Reflexionswissen bezüglich der Legitimität der verfassungsgerichtlichen Steuerung von Interaktion² an sich.

Daher dreht sich die vorliegende Arbeit um die Frage, ob Jurisdiktion überhaupt verfassungsgerichtliche Befugnisse einschließen soll. Hierzu sind insbesondere diese

¹ Zur „Unruhe über Karlsruhe“ (Frankenberg) in der Bundesrepublik Deutschland und zu den die (deutsche) Öffentlichkeit bewegenden Urteilen siehe statt vieler den Überblick bei GÜNTER FRANKENBERG: *Die Verfassung der Republik*. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, Baden-Baden 1996, 218–225. Nach den Gründen der seit einigen Jahren zunehmenden Kritik am deutschen Bundesverfassungsgericht forscht HELMUTH SCHULZE-FIELTZ in seiner Abhandlung *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists*. Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation, in: *AöR*, 122. Bd. (1997), H. 1, 1–31.

² Mit der Wendung der ‚Steuerung von Interaktion‘ ist die Koordination von Handlungen gemeint. Das Selbe wird unter ‚sozialer Integration‘ verstanden.

Problemkreise aus den Gebieten der Rechtsphilosophie und der Politischen Theorie zu klären:³

- Eignen sich Verfassungsgerichte und die Mittel der Verfassungsrechtsprechung zur Koordinierung von Handlungen?
- Ist ein derartiger Modus sozialer Integration mit demokratischen Kriterien zu vereinbaren?
- Was ist unter „demokratischen Kriterien“ zu verstehen? Anders formuliert: welches Verständnis von demokratischer Herrschaft und Legitimität ist angemessen und sinnvoll?

³ Die Arbeit bewegt sich damit nicht auf einer juristisch-dogmatischen Ebene. Auf dieser Ebene wäre die Begründung verfassungsgerichtlicher Zuständigkeiten aus dem geltenden Recht eines Staates her- und abzuleiten.

§ 2 Gegenstand

I. Was ist ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘?

Der Terminus „Verfassungsgerichtsbarkeit“ ist ein eingeführter Begriff. Er ist ein Bestandteil der Wissenschaftssprache und ebenso auch im Alltagssprachgebrauch anzutreffen. Dennoch steht sein Begriffsinhalt nicht fest: „Die“ Verfassungsgerichtsbarkeit gibt es nicht – zumindest herrscht hierüber keine allgemeine Übereinstimmung; semantische Klarheit über den Gehalt des Ausdrucks stellt sich jedoch zumeist über den Kontext der Begriffsverwendung ein. Denn im allgemeinen wird in einer konkreten Weise von Verfassungsgerichtsbarkeit geschrieben oder gesprochen. Gemeint ist dann die Verfassungsgerichtsbarkeit in einem bestimmten Rechts- beziehungsweise politischen System, also etwa die Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn oder Spanien. Was Verfassungsgerichtsbarkeit dann jeweils beinhaltet (so sie denn überhaupt eingerichtet und vorhanden ist), ergibt sich aus den jeweiligen Staatsverfassungen. Hierin sind – in der Regel – die Entscheidungsbefugnisse eines bestimmten Gerichtskörpers oder einer bestimmten Kategorie von Gerichtsbarkeit fixiert. Sich auf Verfassungsgerichtsbarkeit in einem abstrakten Sinn zu beziehen, fällt dagegen schwerer – deswegen, weil die Zuständigkeitskataloge der (Verfassungs-)Gerichte in den Verfassungen¹ unterschiedlich ausfallen.

Dies gilt sowohl für die Gegenwart wie für die Vergangenheit: Nicht nur gegenwärtig gibt es verschieden erstellte Zuständigkeitskataloge der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit, sondern auch die in der Vergangenheit etablierten Befugnisse, Verfahrensarten und Organe variieren.

Sobald die Begrifflichkeit aus einem bestimmten rechtsdogmatischen Rahmen gelöst und abstrakter Natur ist, treten semantische Divergenzen auf. So hängt die Bedeutung von „Verfassungsgerichtsbarkeit“ davon ab, welches Kompetenz- und Institutionenprofil zum Maßstab erhoben wird. Dies zeigt sich etwa darin, daß verfassungsgeschichtliche Untersuchungen den Beginn der Verfassungsgerichtsbar-

¹ Der Begriff der Verfassung kann unterschieden werden in einen formellen und in einen materiellen. Der materielle Verfassungsbegriff bezieht sich auf die Struktur einer politischen Ordnung, zuallererst auf die Herrschaftsverhältnisse; der formelle Verfassungsbegriff stellt auf das Vorhandensein einer schriftlich formulierten Verfassungsurkunde ab. Zudem können die Begriffe ‚Verfassung‘ und ‚Verfassungsstaat(lichkeit)‘ (normativ) enger gefaßt werden und sich spezifisch auf eine formelle wie materielle Verfassung mit bestimmten Inhalten beziehen – wie z.B. die Existenz eines die Ausübung von Staatsgewalt regelnden und zugleich beschränkenden Verfassungsdokuments, das Vorhandensein einer gewählten Volksvertretung etc. Die im Text erwähnte Unterschiedlichkeit der Zuständigkeitskataloge von Verfassungen betrifft letztere sowohl als Form der Organisation staatlicher Herrschaft als auch als Verfassungstext.

keit unterschiedlich datieren. Dies manifestiert sich ferner darin, daß kein Konsens in der Frage besteht, ob bei („der“) Verfassungsgerichtsbarkeit in den verschiedenen Rechtskulturen trotz aller systemspezifischen Differenzen eine im Kern einheitliche Institution vorliegt.²

Der in dieser Untersuchung zugrunde gelegte Begriff von Verfassungsgerichtsbarkeit schränkt den Bedeutungsgehalt dieses Ausdrucks auf ein bestimmtes Rollenmodell von Gerichtsbarkeit ein.³ Von ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ ist die Rede, wenn die Gerichtsbarkeit in einem Rechtssystem über derartige Befugnisse verfügt, daß sie in einem spezifischen Sinn als politische Instanz agiert. Unter dem „Agieren als politische Instanz in einem spezifischen Sinn“ wird eine richterliche Gewalt verstanden, die (auch) mit *inhaltlichen* Vorgaben in den politischen Prozeß eingreift und deren Kontrollbefugnis kein Inhaber staatlicher Hoheitsgewalt entzogen ist.

Vorausgesetzt wird dabei das Kriterium, daß diese Gerichtsbarkeit als ‚gerichtsförmig‘ im Sinne des modernen demokratischen Verfassungsstaates verfaßt ist. Dieses Kriterium fächert sich in folgende Gesichtspunkte auf:

– Die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt muß garantiert sein. Damit ist ge-

² Verwiesen sei hier stellvertretend einerseits auf KLAUS SCHLAICH/STEFAN KORIOH: *Das Bundesverfassungsgericht*. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, München 2004 [6., Neubearb. Aufl.; Erstauf. 1985], 8 mwN. im Anschluß an Scheuner: „Er [Scheuner; M.E.] definiert Verfassungsgerichtsbarkeit in einem weiten Sinne als ‚Gerichtsbarkeit über Fragen des Verfassungslebens, die aber nur solche Verfahren erfaßt, die echte Rechtsprechung [...] darstellen, und in denen die Entscheidung über Rechtsfragen der Verfassung einen Hauptpunkt bedeutet‘. Diese Definition ist wenig bestimmt, führt aber in die richtige Richtung: Das Grundgesetz und das BVerfGG halten zwar an der Vielzahl der tradierten Verfahrensarten und am Enumerationsprinzip fest. Das Grundgesetz hat aber die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes bei einem Gericht spezialisiert und diesem in der Sache eine so vollkommene Verfassungsmäßigkeitskontrolle gegenüber allen staatlichen Gewalten übertragen, daß man heute in der Tat von einem einheitlichen Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit i.S. einer ‚verselbständigten Jurisdiktion über Verfassungsfragen‘ (Friesenhahn) sprechen kann.“ andererseits auf INGWER EBSEN: Rezension zu Christian Starck/Albrecht Weber (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*. Baden-Baden 1986, Teilband I: Berichte; Teilband II: Dokumentation in: *AöR*, 113. Bd. (1988), 495–496 [496]: „Der durch die Berichte und Dokumente ermöglichte Querschnittsvergleich zeigt, daß sogar in der Beschränkung auf Westeuropa die Rede von ‚der‘ Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zu dem Irrtum verführen darf, wir hätten es mit einer bei allen länderspezifischen Verschiedenheiten doch im Kern einheitlichen Institution zu tun. Hierfür sind die Unterschiede zu groß, wie etwa allein die präventive und abstrakte Normenkontrollkompetenz des französischen Conseil Constitutionnel [sic], die im wesentlichen inzidente Normenkontrolle durch die griechische Gerichtsbarkeit und die auf eine Schiedsrichterfunktion zwischen den Sprachgruppen bzw. ihren quasiföderalen Institutionen beschränkte belgische Cours d’arbitrage zeigen.“ Das Eintreten von Schlaich und Koriogh für einen einheitlichen Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit erscheint jedoch nur in bezug auf das bundesrepublikanische Rechtssystem überzeugend, auf systemübergreifende abstrakte Definitionen läßt es sich zwar übertragen, aber eine solche Übertragung ist nicht zwingend geboten. Verfassungsgerichtsbarkeit bestünde demnach nur dann, wenn ein auf Verfassungsfragen spezialisiertes Gericht eine ähnliche Kompetenzfülle besitzt wie das deutsche Bundesverfassungsgericht.

³ Die Bedeutungseinschränkung wird im Text durch die eingestrichenen Anführungszeichen bei den Begriffen Verfassungsgerichtsbarkeit, verfassungsgerichtlich etc. kenntlich gemacht.

meint, daß die rechtsprechenden Organe keinen Eingriffen von seiten der Legislative oder Exekutive bei der Ausübung ihrer Tätigkeit unterliegen dürfen. Lediglich die übergeordneten judikativen Instanzen dürfen der Gerichtsbarkeit Anordnungen erteilen, ihre Verfahren wieder aufnehmen oder ihre Urteile revidieren. Abgesehen von Fällen der Amtsverfehlung muß das richterliche Personal unabsetzbar sein. Die Rekrutierung der ‚verfassungsgerichtlichen‘ Richterschaft darf nicht in die Kompetenz eines Zweiges der Staatsgewalt allein fallen – zumindest muß eine Komponente gewaltenteiliger Machtverteilung aufweisbar sein.

- Zur Gerichtsformigkeit zählt zudem, daß fachliche Nominierungskriterien bei dieser Rekrutierung vorausgesetzt werden. Obgleich neben der fachlichen Qualifikation auch andere Aspekte von Bedeutung sein mögen und faktisch auch sind, müssen die für die Besetzung der ‚verfassungsgerichtlichen‘ Gerichtskörper in Frage kommenden Kandidaten und Erkorbenen eine juristische Ausbildung durchlaufen haben.
- Zum Erfordernis der Gerichtsformigkeit ist ferner zu rechnen, daß die Jurisdiktion nur auf Antrag tätig wird. Hingegen ist eine Konzentration der ‚verfassungsgerichtlichen‘ Befugnisse in einem Gericht kein notwendiges Element des hier verwendeten Begriffs der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘.
- Schließlich macht die Gerichtsformigkeit nach Maßgabe des modernen demokratischen Verfassungsstaates aus, daß die Rechtsprechung in bezug auf positives Recht zu erfolgen hat: Die Begründung der ‚verfassungsgerichtlichen‘ Urteile muß auf positives Recht rekurrieren, nicht auf göttliche Offenbarung oder sonstige Formen des Naturrechts. Darin ist jedoch eingeschlossen, daß in das der Rechtsprechung zugrunde liegende positive Recht Verweisungen auf Naturrecht inkorporiert sein können und *de facto* sind.

Daß das positive Recht – vor allem auch in der Form einer Verfassung – als dogmatische Grundlage der richterlichen Entscheidungen zu dienen hat, bedingt – bei diesem Modell – überdies das Prinzip eines Vorrangs der Verfassung. Dieser Grundsatz besagt, daß die Normen der Verfassungsurkunde über den anderen Normen des Rechtssystems rangieren. Zu ergänzen ist, daß dieser Vorrang auch in materieller Hinsicht zu gelten hat. Mit dem materiellen Vorrang der Verfassung ist ein weiterer Definitionsbestandteil verbunden: Die inhaltliche Intervention in den politischen Prozeß setzt voraus, daß der als Bezugspunkt der ‚verfassungsgerichtlichen‘ Urteile dienende Verfassungstext nicht nur staatsorganisationsrechtliche Regelungen enthält, sondern auch prinzipienhafte Normen wie Staatszielbestimmungen oder Grundrechts-erklärungen. Impliziert ist hierbei, daß sowohl das positive Recht im allgemeinen als auch das Verfassungsrecht im besonderen schriftlich fixiert sein muß.

Die Befugnisse, die hier mit ‚verfassungsgerichtlichen‘ Kompetenzen identifiziert werden und die für die Gerichtsbarkeit die Rolle einer politisch agierenden Instanz mit sich bringen, definieren ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ abstrakt – das heißt, der hier zugrundegelegte Begriff der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ ist nicht an ein bestimmtes Rechtssystem gebunden. Unter ‚Verfassungsgerichten‘ sind *qua definitionem* nur solche Gerichte zu verstehen, die (auch) entscheiden über

- die materielle Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und
- über individuelle Beschwerden wegen unmittelbarer und mittelbarer Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte Einzelner. Diese Befugnis liegt in materieller Hinsicht auch vor, wenn funktionale Äquivalente zur Individualverfassungsbeschwerde im formellen Sinn existieren.⁴

Diese Kompetenzbestimmung entspricht den Zuständigkeiten der Gerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, in der Bundesrepublik Deutschland und – *grosso modo* – in Spanien⁵. In eine Kurzformel gefaßt, ist ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ definiert als die institutionelle Verankerung gerichtlicher Überprüfung sämtlicher staatlicher – namentlich auch legislativer – Akte.

Die hier vorgenommene Begriffsbildung ist zugeschnitten auf das Problem, welches zu lösen sich die vorliegende Arbeit zum Ziel gesetzt hat. Ihr liegt die Beobachtung und Feststellung zugrunde, daß eine derart befugte (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit in einem demokratischen Gemeinwesen eine Rolle spielt, die in demokratietheoretischer Perspektive zu grundsätzlichen Fragen Anlaß gibt. Diese Fragen zentrieren sich um das prinzipielle Problem der Legitimität eines – solcherart wie zuvor beschriebenen – Eingreifens der richterlichen Gewalt in den politischen Prozeß.

Die angebene abstrakte Definition von ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ beansprucht keine Allgemeingültigkeit. Unter anderen Blickwinkeln mögen andere Definitionen sinnvoll sein.

Die noch ausstehende Erläuterung der ‚verfassungsgerichtlich‘ genannten Befugnisse soll im Rahmen einer Profilbestimmung über den politischen Status der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit je nach ihren Zuständigkeiten erfolgen.

Im Anschluß daran wird ein Überblick über das Verfassungsrecht und die Verfassungsrechtsprechung in verschiedenen, exemplarisch ausgewählten politischen Systemen der Gegenwart vermittelt. Dies geschieht zu dem Zweck, die zugrundegelegte Begriffsbestimmung von Verfassungsgerichtsbarkeit zu konturieren und die mit ihr

⁴ Der richterliche Rechtsschutzschirm in der Bundesrepublik Deutschland ist erheblich dichter als in den Vereinigten Staaten von Amerika. So gibt es in den USA kein förmliches Individualbeschwerdeverfahren zum Schutz der verfassungsmäßigen Rechte des Einzelnen. Doch als funktional äquivalent könnte man einstufen, daß „der Gesetzgeber dem außerhalb der Gerichte verletzten oder bedrohten Bürger einen Rechtsweg geöffnet hat, der der durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG gesicherten Verfassungsbeschwerde ähnlich ist: Bundesgerichte erster Instanz haben Gerichtsbarkeit über alle Klagen, die sich auf die Verfassung stützen („civil actions arising under the Constitution“)“ [DAVID P. CURRIE/HARRY N. WYATT: Das richterliche Prüfungsrecht in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik, in: *JA*, 20. Bd. {1988}, H. 1, 12–16 mwN.].

⁵ Zum Zuständigkeitsprofil des spanischen Tribunal Constitucional siehe PEDRO CRUZ VILLALÓN: Das spanische Verfassungsgericht, in: *ZParl*, 19. Bd. (1988), H. 3, 339–345. Bei der Subsumtion des spanischen Verfassungsgerichts unter das Kompetenzprofil der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ sind insofern Abstriche zu machen, als das Rechtsmittel der Verfassungsbeschwerde sich nicht auf alle in Titel I der Verfassung anerkannten Grundrechte erstreckt [ebd. 342]. Hinzu kommt, daß die Bürger im Prinzip keine Legitimation besitzen, durch eine Verfassungsbeschwerde ein Gesetz direkt anzufechten. Allerdings ist dies indirekt über den Weg der Anfechtung des betreffenden Anwendungsaktes möglich. Den denkbaren Fall eines unmittelbar anwendbaren Gesetzes hat das Gericht – Cruz Villalón zufolge – bisher noch nicht entschieden [ebd. 343].

verknüpfte Legitimitätsproblematik zu erhellen. So wird die Eigenart der (Problematik der) ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ deutlich und zugleich das Begriffsrepertoire vorgestellt und verständlich gemacht, das für den weiteren Gang der Untersuchung notwendig ist.

II. Profilbestimmung: Der politische Status der Gerichtsbarkeit

A. Die Rolle der Gerichtsbarkeit entsprechend ihrer Befugnisse

1. Die Judikative als *en quelque façon nulle* (Montesquieu)

Die spezifische Rolle einer Gerichtsbarkeit, die mit der Kompetenz zur Konstitutionsjurisdiktion ausgestattet ist, läßt sich Schritt für Schritt herauspräparieren, wenn ihr zunächst eine staatsrechtliche Position gegenübergestellt wird, die weit davon entfernt ist, Verfassungsrechtsprechung vorzusehen. Hierzu eignen sich etwa die Überlegungen des französischen Philosophen Charles de Secondat Montesquieu (1689–1755).

Bekanntlich gliedert Montesquieu die staatliche Macht funktionell in die drei Gewalten Exekutive, Legislative und Judikative. Über die organisatorische Ausgestaltung der richterlichen Gewalt und ihr Verhältnis zu den beiden anderen Staatsgewalten schreibt er:

„Richterliche Befugnis darf nicht einem unabsetzbaren Senat verliehen werden, vielmehr muß sie von Personen ausgeübt werden, die nach einer vom Gesetz vorgeschriebenen Weise [...] aus dem Volkskörper ausgesucht werden. Sie sollen ein Tribunal bilden, das nur solange besteht, wie die Notwendigkeit es verlangt. In dieser Form wird die Gerichtsbarkeit, so gefürchtet sie unter den Menschen ist, sozusagen unsichtbar und nichtig [*en quelque façon nulle*; M.E.], da sie weder mit einem bestimmten Stand noch einem bestimmten Beruf verbunden ist. Die anderen Vollmachten [Exekutive, Legislative; M.E.] können viel eher Beamten oder unabsetzbaren Körperschaften anvertraut werden, denn sie werden nicht gegen Einzelpersonen angewendet. Die eine ist lediglich der Gemeinwille des Staates, die andere lediglich der Vollzug des Gemeinwillens.“⁶

Die richterliche Befugnis soll somit – nach den Vorstellungen des Baron de la Brède et de Montesquieu – „en quelque façon nulle“ sein, so daß nur die exekutive und die legislative Befugnis übrig bleibe.⁷

Dafür gibt es bei Montesquieu mehrere Gründe:

⁶ CHARLES-LOUIS DE SECONDAT MONTESQUIEU: *Vom Geist der Gesetze*, eingeleitet, ausgewählt und übersetzt von Kurt Weigand, Stuttgart 1989, XI. Buch, 6. Kap., 214–215 [Hn. M.E.]. Im folgenden wird auf diese Ausgabe Bezug genommen. (Da diese nicht vollständig ist, sei für spezifischere Untersuchungen zu Montesquieus »Vom Geist der Gesetze« auf diese deutschsprachige Übersetzung verwiesen: CHARLES DE MONTESQUIEU: *Vom Geist der Gesetze*. In neuer Übertragung. Eingel. u. hrsg. v. Ernst Forsthoff, Tübingen 1992 [2. Aufl.; Erstauf. 1951]).

⁷ Ebd., 217.

- Die Gefahr willkürlicher und repressiver Machtausübung sei im Fall des judikativen Mandats am größten, weil diese Vollmacht im Gegensatz zur exekutiven und legislativen gegen Einzelpersonen ausgeübt werde. Dem verschafft Montesquieu – die zitierte Passage belegt dies – dadurch Abhilfe, daß der Richterstab nicht aus permanenten Amtsträgern rekrutiert, sondern jeweils nur für ein bestimmtes Verfahren gebildet wird.

So wird auch vermieden, daß die richterliche Befugnis einseitig zugunsten eines Standes der Gesellschaft vollzogen wird. Dieser Organisationsvorschlag Montesquieus fügt sich damit in seine Konzeption der Gewaltenteilung ein. Diese mit seinem Namen assoziierte Konzeption hat zwar bei Montesquieu auch eine institutionelle Dimension zum Inhalt. Aber die Verteilung der Staatsmacht auf verschiedene *institutionelle* Akteure steht nicht im Vordergrund. Vielmehr zielt die Gewaltenteilung vor allem darauf ab, ein Gleichgewicht zwischen den *gesellschaftlichen* Kräften – also den Ständen – herzustellen. Dazu in erster Linie dient ihr quasi sporadischer Charakter und ihre Neutralität im Gefüge der sich ausbalancierenden sozialen Kräfte.

- Die Formulierung „en quelque façon nulle“ erklärt sich des weiteren aus dem Gesichtspunkt der Stellung der Judikative im Staatsgefüge: Die Judikative ist nicht gegenüber den beiden anderen Zweigen der Staatsgewalt gleichberechtigt und eigenständig, sondern ein Teil der Exekutive, welcher nur für Zivil- und Strafrecht zuständig ist.
- Die Gerichtsbarkeit ist gemäß Montesquieu zudem idealerweise nur Instrument. Denn Montesquieu zufolge sollen die Richter lediglich „Mund des Gesetzes“ („la bouche qui prononce les paroles de la loi“) sein.⁸ Die Gerichte wenden demnach die Gesetzesmaterie nur an – und müssen noch nicht einmal deren Auslegung vornehmen.

Folglich soll die Gerichtsbarkeit nach Montesquieu keine politische Funktion ausüben – und sofern kein Mißbrauch stattfindet, kann sie dies auch nicht.

2. Die Rolle der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat

a) Die politische Funktion der Gerichtsbarkeit

Montesquieus Konzeption der Rolle der Gerichtsbarkeit ist für Rechtskulturen nicht adäquat, in denen sich ein Rechtssystem ausdifferenziert hat. Denn im Gegensatz zu Montesquieus Kennzeichnungen und Vorgaben übt die Judikative in diesen eine eigenständige politische Funktion aus: Während Montesquieu den (idealen) Richter als Subsumtionsautomaten beschreibt, ist inzwischen in der Rechtstheorie Gemeingut, daß die richterliche Tätigkeit zu wesentlichen Teilen in der schöpferischen

⁸ MONTESQUIEU: *Vom Geist der Gesetze* [aaO. FN 6 S. 7 dieser Arbeit], 221: „[...] die Richter der Nation sind [...] lediglich der Mund, der den Wortlaut des Gesetzes spricht, Wesen ohne Seele gleichsam, die weder die Stärke noch die Strenge des Gesetzes mäßigen können.“

Leistung der Interpretation besteht. Die Urteilsfindung ist somit nicht „bloße“ Anwendung von einfachen Gesetzen, Verordnungen etc. Anders gewendet: da weder Legislative noch Exekutive sämtliche (Einzel-)Fälle regeln können, kann die Gerichtsbarkeit von diesen politischen Instanzen nur begrenzt determiniert werden. Aus der unumgänglichen Interpretationsleistung der rechtsprechenden Gewalt resultiert die Eigenständigkeit und die politische Dimension (der politischen Funktion) der Judikative.

In Rechtsstaaten ist die Rolle der Gerichtsbarkeit noch aus einem weiteren Grund anders gefaßt, als sie Montesquieu konzipiert hatte. In Rechtsstaaten erfüllt die Gerichtsbarkeit in einem besonderen Maße eine eigenständige politische Funktion, weil in ihnen der Aufgabenbereich der Rechtsprechung nicht – wie bei Montesquieu – auf Zivil- und Strafrechtsangelegenheiten beschränkt ist: Bei Montesquieu unterliegt die staatliche Gewalt keiner rechtlichen Kontrolle; in einer von Montesquieu inspirierten Demokratie fände allenfalls eine politische Kontrolle statt, wie sie in Form von periodisch wiederkehrenden Wahlen und von seiten der öffentlichen sowie der veröffentlichen Meinung institutionalisiert sein kann. Rechtsstaaten hingegen übertragen (auch) der Justiz die Aufgabe, die staatliche Gewalt zu überwachen.

Die Gerichtsbarkeit besitzt hierfür die ‚richterliche Prüfungs- und Verwerfungsbe-
fugnis‘. Das richterliche Prüfungsrecht gibt es in zwei Varianten:

- Das *formelle* Prüfungsrecht hat die Überprüfung zum Inhalt, ob der betreffende Rechtsakt unter Beachtung der in den höherrangigen Normen vorgeschriebenen Formen zustande gekommen ist.
- Das *materielle* Prüfungsrecht bezieht sich auf die inhaltliche Übereinstimmung des betreffenden Rechtsaktes mit höherrangigen Normen.

Die richterliche Prüfungszuständigkeit regelt damit Öffentliches Recht; justiziabel ist nicht nur Straf- und Zivilrecht, wie dies Montesquieu vorgesehen hatte. Von einer Regelung Öffentliches Rechts kann allerdings nur die Rede sein, wenn die Gerichtsbarkeit den zu kontrollierenden Rechtsakt auch außer Kraft setzen kann – was diese Außerkraftsetzung genau beinhaltet und welche Rechtsfolgen sie nach sich zieht, kann mannigfaltig variieren.

b) Der Status der Gerichtsbarkeit als politische Instanz

Mit der Rechtsprechung im Bereich des Öffentliches Rechts steht zwar fest, daß die Gerichtsbarkeit eine eigenständige politische Funktion wahrnimmt, – nicht aber, *bis zu welchem Grad* sie diese ausüben soll. Die richterliche Prüfung kann sich nämlich erstrecken auf die Frage der Vereinbarkeit:

- von glied- mit bundesstaatlichem Recht,
- von Verordnungen mit (ihrer) gesetzlichen Grundlage(n),
- von einfachen Gesetzen mit der Verfassung und
- von Rechtsakten mit Rechtssätzen höherer Stufen, darunter Rechtssätzen der verfassungsrechtlichen Ebene.

Hieraus ist ersichtlich, daß der Rechtsstaat eine Normenhierarchie voraussetzt. Diese kann allerdings unterschiedlich umfassend ausgebildet sein – eine Überordnung der

verfassungsgesetzlichen über die einfachgesetzliche Normstufe ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit nicht zwingend, zumindest besteht hierüber keine Einigkeit.

Je nach Art und Umfang der gerichtlichen Prüfungsbefugnis wird der Gerichtsbarkeit nicht nur das Wahrnehmen einer *eigenständigen politischen Funktion*, sondern – spezifischer – sogar die *Rolle einer politischen Instanz* zuerkannt werden müssen. Die Rolle einer politischen Instanz umschreibt eine besondere Qualität innerhalb der Kategorie „Ausübung einer eigenständigen politischen Funktion“. Die Trennlinie zwischen diesen beiden Rollenzuschreibungen läßt sich so ziehen: Sofern von seiten der Gerichtsbarkeit kein Eingriff in den politischen Prozeß stattfindet, besitzt die Jurisdiktion lediglich die Qualität einer eigenständigen politischen Funktion. Demgegenüber hat die Judikative die Rolle einer politischen Instanz inne, wenn sie auf die politische Willensbildung steuernd einwirkt oder – anders ausgedrückt, aber bedeutungsgleich – wenn sie in den politischen Prozeß interveniert.

Der unterschiedliche Status der Gerichtsbarkeit in Abhängigkeit von ihrem Zuständigkeitsbereich läßt sich konkret so fassen:

- Aus der unumgänglichen Interpretationsleistung der rechtsprechenden Gewalt resultiert die Eigenständigkeit und die politische Dimension der politischen Funktion der Judikative. Das Maß an Eigenständigkeit und der politische Charakter dieser Funktion steigert sich, falls die Gerichtsbarkeit die staatliche Gewalt kontrolliert. Sofern diese Kontrolle jedoch nur unterhalb der gesetzlichen Ebene erfolgt – das heißt: im Bereich des Öffentlichen Rechts allein durch Formen der Verwaltungsgerichtsbarkeit –, agiert die Gerichtsbarkeit nicht als politische Instanz. Denn dann – so ließe sich in Anlehnung an Rousseau und Montesquieu formulieren – trägt sie lediglich zur Konkretisierung des ‚Gemeinwillens‘ bei.⁹
- Verfügt die Judikative hingegen über die Befugnisse, die Vereinbarkeit von gliedmit bundesstaatlichem Recht oder die Vereinbarkeit von Rechtsakten mit der Verfassung zu überprüfen, dann greift die Gerichtsbarkeit steuernd in den politischen Prozeß ein, dann regelt sie zumindest (die) Kompetenzverteilung(en) der an der politischen Willensbildung beteiligten Organe. Sie zählt dann zu den politischen Instanzen eines politischen Systems.

Folglich: kommt der Gerichtsbarkeit die Kompetenz zur ‚Normenkontrolle‘ (im engeren Sinn)¹⁰ zu, dann ist die richterliche Gewalt zu den politischen Instanzen

⁹ In einem rechtlichen Sinn läßt sich insofern von einem ‚Gemeinwillen‘ schreiben, als aus den Verfahren der politischen „Willensbildung“ Entscheidungen hervorgehen, die sich anthropomorph als „Wille“ bezeichnen lassen. In anderen Hinsichten ist diese metaphorische Terminologie problematisch.

¹⁰ Die Wendung „im engeren Sinn“ bezieht sich darauf, daß die Normenkontrolle auf den Spezialfall der *Verfassungsmäßigkeitskontrolle* eingeschränkt ist. In einem weiten Sinn ließe sich jede Überprüfung von Normen einer untergeordneten Ebene im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit Normen einer höherrangigen Stufe als Normenkontrolle einstufen. Doch dies ist (inzwischen) wohl nicht (mehr) üblich. Zum Begriff und zum Institut der Normenkontrolle siehe BERND JÜRGEN SCHNEIDER: *Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze*. Eine verfassungsgeschicht-

zu rechnen. Die Normenkontrolle ist das gerichtliche Verfahren, das die Prüfung und die allgemeinverbindliche beziehungsweise gesetzeskräftige Entscheidung darüber beinhaltet, ob eine Norm

- entsprechend den dafür maßgebenden Verfassungsvorschriften erzeugt wurde (*formelle* Verfassungsmäßigkeitskontrolle) und
- ob sie in ihrem Inhalt mit Rechtssätzen höherer Stufe vereinbar ist (*materielle* Verfassungsmäßigkeitskontrolle).¹¹

Doch auch innerhalb der Klassifikation ‚Status als politische Instanz‘ sind noch weitere Differenzierungen möglich und angezeigt. Der steuernde Eingriff in den politischen Prozeß besitzt nämlich eine unterschiedliche Qualität in bezug auf die Formulierung der politischen Willensbildung: Die Aufsicht über die an dieser Formulierung beteiligten Agenturen und Institutionen ist anderer Natur als eine Mitwirkung an dieser Formulierung auf eine generalisierende inhaltliche Weise. Die Differenz zwischen diesen beiden verschiedenen Rollen läßt sich durch die Unterscheidung zwischen einer politischen Instanz in prozeduraler und einer solchen in substantieller Hinsicht markieren.

- Demnach läßt sich die richterliche Prüfung, ob
- Landesrecht im Einklang mit Bundesrecht steht,
- Verordnungen mit (ihrer) gesetzlichen Grundlage(n) konform sind,
- Rechtsakte den einfachgesetzlichen Vorschriften entsprechen,
- Gesetze verfassungsgemäß zustande gekommen sind

insofern der bloßen Aufsicht über die Rechtmäßigkeit der *Verfahren* zurechnen, als *inhaltlich* den *obersten* Instanzen der Willensbildung (wie Verfassungs- und Gesetzgeber sowie Zentralregierung) keine Grenzen gezogen sind. Bei diesem Kompetenzprofil agiert die Gerichtsbarkeit als politische Instanz in prozeduralem Sinne. Diesen Status hat die Gerichtsbarkeit insbesondere bei der Entscheidung über Organ-, föderative und quasiföderative Streitigkeiten inne – die Zuständigkeit in diesen Materien fällt in das Feld der ‚klassischen Staatsgerichtsbarkeit‘.

Entsprechend dieser Begrifflichkeit wirkt die Rechtsprechung im Gegensatz dazu als politische Instanz in substantiellem Sinne, falls sie in den politischen Prozeß so interveniert, daß sie inhaltliche Festlegungen trifft, die durch eine andere politische Instanz (Zentralregierung und Legislative) nur dann – allenfalls – außer Kraft gesetzt werden können, wenn zuvor die einfach- und verfassungsgesetzlichen Vorschriften geändert werden.

Diese Differenzierung läßt sich auch auf das Institut der Normenkontrolle beziehen: Handelt es sich um eine formelle Verfassungsmäßigkeitskontrolle, so kommt der Gerichtsbarkeit, die diese vornimmt, der Status einer politischen Instanz im prozeduralen Sinn zu – analog spricht bei einer materiellen Verfassungsmäßigkeitskontrolle eine substantiell wirkende politische Instanz Recht.

liche und -theoretische Untersuchung, Frankfurt a.M.; New York; Paris 1988; WERNER HEUN: Normenkontrolle, in FS 50 Jahre BVerfG 1, 615–639.

¹¹ Vgl. SCHNEIDER: *Funktion der Normenkontrolle* [aaO. FN 10 S. 10 dieser Arbeit], 11–12.

Nicht von Belang für diese Rollenzuschreibung ist, ob das Institut der Normenkontrolle in seiner konkreten oder seiner abstrakten Variante vorliegt. Diese Varianten lassen sich so erläutern:

- Bei der abstrakten Normenkontrolle besteht die Möglichkeit, die Normenkontrolle unabhängig von einem bestimmten Rechtsstreit anhängig machen zu können. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit soll in diesem Sinne allgemein und ohne Bezugnahme auf einen konkreten Fall entschieden werden.
- Von konkreter Normenkontrolle wird dann gesprochen, wenn das Kontrollverfahren anlässlich eines bei einem Gericht anhängigen konkreten Rechtsstreits in Gang gebracht wird.

In demokratietheoretischer Hinsicht stellt sich die Legitimitätsproblematik bei beiden Verfahrensarten im gleichen Maße.¹² Denn die möglichen Rechtsfolgen sind bei beiden Verfahren die gleichen: Die (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit ist jeweils ermächtigt, eine Norm verfassungskonform auszulegen oder sogar sie außer Kraft zu setzen. Lediglich der Weg, auf dem dieses Kontrollverfahren eingeleitet wird, ist bei den beiden Varianten ein anderer. Zudem verwischen sich die Unterschiede zwischen den beiden Verfahrensarten in der Praxis dadurch, daß in Rechtssystemen, in denen nur das Institut der konkreten Normenkontrolle etabliert ist, von interessierter Seite Musterprozesse angestrengt werden, die als funktionales Äquivalent zur abstrakten Normenkontrolle betrachtet werden können.

Dagegen ist hinzuzufügen, daß die Normenkontrolle ‚repressiver‘ Natur sein muß, damit – im vollen Umfang – von dem Status einer politischen Instanz der Gerichtsbarkeit gesprochen werden kann. Mit repressiver Normenkontrolle wird der Umstand bezeichnet, daß die Gerichtsbarkeit nach Abschluß des Gesetzgebungsprozesses eine Verfassungsmäßigkeitsprüfung einleiten kann. Das heißt, sie kann nachdem – und ungeachtet dessen, daß – die einfachgesetzliche (in besonderen Fällen auch die verfassungsgesetzliche) Norm schon Rechtskraft erlangt hat, deren Rechtsgültigkeit wieder zurücknehmen. Der Gegenbegriff zur repressiven Normenkontrolle lautet

¹² A.A. hierzu JÜRGEN HABERMAS: *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1998 [= Taschenbuchausgabe, text- und seitenidentisch mit der 4., durchges. und um ein Nachwort und ein Literaturverzeichnis erw. Aufl. von 1994; Erstauffl. 1992], 294–295: „Die Zuständigkeit für Verfassungsbeschwerden und für die konkrete Normenkontrolle [...] ist unter Gesichtspunkten der Gewaltenteilung am wenigsten problematisch. Hier fungiert das Verfassungsgericht im Sinne der Rechtsvereinheitlichung [...]. Die Konkurrenz des Verfassungsgerichts mit dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber spitzt sich erst im Bereich der abstrakten Normenkontrolle zu.“ Habermas erwägt daher, diese Konkurrenz dadurch zu beseitigen, daß die Nachprüfung von parlamentarischen Entscheidungen „in der Form einer gerichtsförmig organisierten Selbstkontrolle des Gesetzgebers durchgeführt und beispielsweise in einem (auch) mit juristischen Experten besetzten Parlamentsausschuß institutionalisiert werden könnte“ [ebd., 295]. Bei einer derartigen Kompetenzaufteilung wären die Konflikte zwischen beiden Organen vorprogrammiert. Da sich die beiden Befugnisvarianten in bezug auf ihre Einwirkung in das Rechtssystem sachlich nicht voneinander abgrenzen lassen, würde sich die von Habermas zu recht hoch bewertete Rechtsvereinheitlichung kaum her- und einstellen.

„präventive“ Normenkontrolle. Diese Normenkontrolle beschränkt sich auf eine Verfassungsmäßigkeitsprüfung vor dem Inkraftsetzen der Norm.

Eine Beschränkung des Kompetenzprofils der Gerichtsbarkeit auf die präventive Normenkontrolle bedeutet, daß die Judikative zwar mehr als konkretisierend am politischen Prozeß mitwirkt, von einem steuernden Eingreifen in diesen jedoch nur bedingt die Rede sein kann. Denn das steuernde Eingreifen – oder wenn man die anthropomorphe Terminologie von Rousseau und Montesquieu gebrauchen will: die Formulierung des „Gemeinwillens“ – muß die Gerichtsbarkeit dann (weitgehender als bei der repressiven Variante) den anderen politischen Instanzen überlassen. Die Erfassung der Rolle der Gerichtsbarkeit kompliziert sich jedoch dadurch, daß mit dem Instrument der verfassungskonformen Auslegung die richterliche Gewalt auch den Gehalt von für sie eigentlich unwiederrufbaren Normen wesentlich zu bestimmen vermag.

Für die Klassifikation der Gerichtsbarkeit als politische Instanz ist hingegen nicht wesentlich, ob die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit in ihrer formellen oder in ihrer materiellen Ausprägung verankert ist. Die Unterscheidung zwischen formell und materiell bedeutet hierbei:

- Unter Verfassungsgerichtsbarkeit im formellen Sinn wird die Konzentration der „verfassungsgerichtlichen“ Befugnisse in einem Gerichtskörper verstanden,
- während mit materieller Verfassungsgerichtsbarkeit die Verteilung dieser Kompetenzen auf alle Gerichtsinstanzen (einer bestimmten Kategorie von Gerichten) bezeichnet wird.

Allerdings lehrt die Vergangenheit, daß die Etablierung von „verfassungsgerichtlichen“ Zuständigkeiten (im Sinne des Rollenmodells der politischen Instanz) wohl schwerer durchzusetzen ist, wenn ein Gerichtskörper nicht schon existiert, der für die Bündelung der „verfassungsgerichtlichen“ Befugnisse in Frage kommt. Des weiteren ist die Machtposition des Gerichtskörpers, der als einziges Organ „verfassungsgerichtlich“ Recht spricht, sicherlich derjenigen überlegen, bei der kein Ausschluß des richterlichen Prüfungsrechts für andere Instanzen und Kategorien von Gerichten besteht.

3. Die Rolle der Gerichtsbarkeit im modernen demokratischen Verfassungsstaat

Die Gerichtsbarkeit des modernen demokratischen Verfassungsstaats hat den rechtsstaatlichen Gedanken einer rechtlichen Kontrolle der staatlichen Gewalt fortgeführt. Um diese Kontrolle zu gewährleisten, sind im Rechtsstaat rechtsstaatliche Prinzipien im positiven Recht verankert, über deren Einhaltung zumindest eine Verwaltungsgerichtsbarkeit wacht. Der moderne demokratische Verfassungsstaat kann darüber hinaus nicht zuletzt die Etablierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit vorsehen. Verfassungsgerichtsbarkeit meint dann zunächst einmal – in einem formell-institutionellen Sinn – jedes gerichtliche Kontrollverfahren über die Verfassungsmäßigkeit staatlicher Akte.

Die formell-institutionelle Definition verdeckt jedoch, daß über den Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit im materiellen Sinn keine Übereinstimmung besteht. Was unter „Verfassungsmäßigkeit“ zu verstehen ist, kann ebenso verschieden konzipiert sein wie die Festlegung der Kontrollnormen von (verfassungs-)gerichtlichen Verfahren sowie deren prozeßrechtliche Ausgestaltung.

Verfassungsjurisdiktion im materiellen Sinn kann sich nämlich auf folgende Zuständigkeiten erstrecken:

- Kontrolle bundes- und/oder gliedstaatlicher Normen;
- Beschwerdeverfahren zur Sicherung der Grundrechte aus unmittelbarer oder mittelbarer Verfassungsverletzung;
- Kompetenzkonflikte zwischen höchsten Staatsorganen und etwa
- föderative und quasiföderative Streitigkeiten.

Unter der Annahme, daß ein einheitlicher Begriff von Verfassungsgerichtsbarkeit sinnvoll ist, ließen sich diese Befugnisse zum Kernbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit zählen. Eine Gerichtsbarkeit, deren Kompetenzprofil Zuständigkeiten dieses Kernbereichs umfaßt, stellt in einem eminenten Sinn eine politische Instanz dar. Dieser eminente Sinn läßt sich auch so umschreiben: der richterlichen Gewalt kommt der Status einer ‚soveränen‘ Instanz zu. ‚Souveränität‘ heißt hier: Letztentscheidungsrecht, respektive letztgültiges Zustimmungsgewalt.

Bedeutsam ist jedoch, daß diese Souveränität entsprechend dem Kompetenzprofil der Gerichtsbarkeit sich verschieden klassifizieren läßt, weil auch hier unterschiedliche Rollenmodelle möglich sind. So kann die Gerichtsbarkeit entweder eine souveräne Instanz des politischen Prozesses im Hinblick auf dessen *Verfahren* sein oder in bezug auf dessen *Inhalte*.

Souveränität hinsichtlich der Verfahren liegt vor, wenn das Kompetenzprofil der Gerichtsbarkeit folgende Befugnisse umfaßt:

- Organ- und föderative/quasiföderative Streitverfahren,
- Vereinbarkeitsprüfung von Landesrecht mit Bundesrecht,
- von Verordnungen mit gesetzlicher Grundlage sowie
- formelle Normenkontrolle.¹³

Davon zu unterscheiden ist das Kompetenzprofil der Judikative, die deren Souveränität auch in bezug auf Inhalte generiert. Hierzu sind in erster Linie zwei Zuständigkeitsbereiche zu rechnen:

- repressive materielle Normenkontrolle sowie
- individuelle Verfassungsbeschwerde (respektive analoge Rechtsschutzverfahren).

¹³ Dieser Zuständigkeitskatalog ist nicht abschließend. Beispielsweise verleiht die letztverbindliche gerichtliche Entscheidungsbefugnis in Wahlprüfungsangelegenheiten der Gerichtsbarkeit ebenfalls eine prozeduralistische Souveränität. Die Wahlprüfungskompetenz wird in vielen Rechtssystemen einer konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit zugesprochen. Sofern allerdings die Aufsicht über Wahlverfahren anhand einfachgesetzlicher Grundlage erfolgt, ist eine Zuordnung dieser Materie zur Verfassungsrechtsprechung nicht zwingend. Es spricht wohl hauptsächlich die politische Bedeutung und Folgenhaftigkeit dieser Rechtskontrolle dafür, sie der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu entziehen (wenn eine konzentrierte Verfassungsgerichtsbarkeit errichtet ist).

Doch auch andere Befugnisse – wie die Rechtsprechung im Fall eines Parteienverbotes – könnten in dieser Kategorie figurieren. Die Zuständigkeit bei Parteienverboten stellt jedoch einen Sonderfall dar. Sie hängt sehr mit der Eigenart des deutschen Grundgesetzes zusammen: Seine Schöpfer waren bestrebt, eine wehrhafte Demokratie zu konzipieren und zugleich eine Machtkonzentration im politischen System zu vermeiden. Diese Befugnis wird im weiteren Text nicht mehr behandelt.

Enthalten in dem Rollenmodell einer dem demokratischen Verfassungsstaat entsprechenden Gerichtsbarkeit ist hingegen die Unterstellung sämtlicher Träger von staatlicher Hoheitsgewalt unter die letztverbindliche gerichtliche Überprüfung. Diese Überprüfung kann an dem Maßstab der Verfassung, sie kann aber auch anhand einfachgesetzlicher Normen erfolgen. Sind von dieser gerichtlichen Kontrolle auch die höchsten Amtsträger von Legislative und Exekutive in bezug auf ihr gesamtes Tun und Unterlassen erfaßt, so rückt die Gerichtsbarkeit auch aufgrund dieser Kompetenz in den Status einer souveränen politischen Instanz.

Die Unterscheidung zwischen Souveränität in bezug auf Inhalte und Souveränität in bezug auf Verfahren läßt sich dabei nur in Hinsicht auf die spezifische Fallkonstellation treffen. Zu differenzieren ist bei derartigen Fallkonstellationen, ob die gerichtliche Entscheidung den Tatbestand einer Verfassungswidrigkeit oder einer Verletzung des einfachen Rechts prüft.

- Bei einer Verhandlung über Rechtsverletzungen unterhalb der Verfassungsrechtsebene ist der Gerichtsbarkeit zwar die Rolle einer souveränen politischen Instanz zugewiesen, doch diese ist dann nur auf die Verfahren des politischen Prozesses bezogen. Die Gerichtsbarkeit stellt dann lediglich den Grundsatz der Rechtsgebundenheit der staatlichen Gewalt sicher.
- Kontrolliert die Gerichtsbarkeit hingegen legislative, exekutive oder judikative Akte auf ihre Verfassungskonformität, dann ist folgende Abgrenzung vorzunehmen:
 - * Prüft die Gerichtsbarkeit das Tun oder Unterlassen unter dem Gesichtspunkt der bloßen Ermächtigung, dann ist die Gerichtsbarkeit „lediglich“ politische Instanz in prozeduraler Hinsicht. Dies ist der Fall, wenn die Möglichkeit besteht, daß eine andere Institution oder ein anderer Akteur den betreffenden Rechtsakt im Einklang mit der Verfassung hätte ausführen dürfen. Vorauszusetzen ist allerdings, daß hierfür eine Änderung der Verfassung nicht erforderlich ist. Die Gerichtsbarkeit garantiert dann (lediglich) den formellen Vorrang der Verfassung.
 - * Kontrolliert die Gerichtsbarkeit dagegen diese Akte unter dem Aspekt einer inhaltlichen Verfassungsmäßigkeit (dergestalt, daß der zu prüfende Rechtsakt an sich als verfassungsgemäß oder -widrig zu qualifizieren ist, so daß die Verfassungskonformität respektive -verletzung nicht von dem spezifischen Träger staatlicher Hoheitsgewalt abhängt, der diesen Rechtsakt vollzogen hat), dann kommt der Gerichtsbarkeit der Status einer souveränen politischen Instanz in bezug auf die inhaltliche Dimension des politischen Prozesses zu. Die Gerichtsbarkeit gewährleistet in diesem Fall den materiellen Primat der Konstitution.

Nicht von Belang ist, ob bei der Verfassungsmäßigkeitskontrolle eine derivative oder eine originäre Verfassungswidrigkeit untersucht wird, das heißt: es ist unerheblich, ob der mögliche Sachverhalt einer Verfassungsverletzung durch einen Vollzugsakt selbst (Verwaltungsakt, Gerichtsentscheid) oder durch die normative Grundlage (Gesetz, Verordnung, Satzung) (eines Vollzugsaktes) erfolgt.

B. Die Problemstellung der Arbeit

Das mit dem Kompetenzprofil einer politischen Instanz *in Verfahrensfragen* verbundene Rollenmodell ist nicht nur eine institutionelle Ausprägung des modernen demokratischen Verfassungsstaats, sondern auch dessen staatsorganisationsrechtliche Grundlegung.

Dieses Rollenmodell der Gerichtsbarkeit mag gegenwärtig viele Fürsprecher finden. In der weiteren Vergangenheit jedoch stieß es auf Ablehnung. So formulierte etwa Georg Friedrich Wilhelm Hegel diesen grundsätzlichen Einwand:

„[...] die Rechtspflege tritt ganz aus ihrer Natur, wenn Staatsgewalt ihr Gegenstand werden soll, weil hiermit sie, die wesentlich nur ein Teil des Staats ist, über das Ganze gesetzt würde [...]“¹⁴

Doch dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Denn die Kontrolle auch der Staatsgewalt ist eine Errungenschaft, durch welche der moderne demokratische Verfassungsstaat rechtsstaatliche Grundsätze zu verwirklichen sucht. Hinter diesen Grundsätzen steht der Gedanke, daß nur dann das staatliche Gewalt- und Finanzmonopol notwendig und legitim ist, wenn die Macht des Staates (insbesondere über die Freiheit und das Eigentum seiner Bürger) mit dem Mittel des Rechts beschränkt ist. Die Gerichtsbarkeit in der Rolle einer politischen Instanz vervollständigt die institutionelle Palette einer Aufsicht über die Einhaltung dieser Beschränkung. Diese Aufsicht kann nur von „Teilen des Staats“ wahrgenommen werden – eine Instanz, die das „Ganze“ *ist* – und es nicht nur *repräsentiert* (diese Bedingung scheint Hegel an die Ausübung von Staatsgewalt zu knüpfen) – gibt es nicht. Daher ist Hegels Verweis auf die Partikularität der Gerichtsbarkeit nicht hilfreich.

Die vorliegende Arbeit setzt voraus, daß *grundsätzlich* dieses Rollenmodell legitim ist. Die vorliegende Arbeit diskutiert folglich nicht generell das Rollenmodell der Gerichtsbarkeit als politische Instanz. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle, ob Verordnungen und Verwaltungsakte sich im Einklang mit (einer) gesetzliche(n) Grundlage(n) befinden, Verwaltungsakte sich im Rahmen von Verordnungen bewegen, wird dementsprechend ebenso als legitim vorausgesetzt wie die Rechtsaufsicht der Judikative im Bereich der ‚klassischen Staatsgerichtsbarkeit‘ im weiten Sinne.¹⁵

¹⁴ GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL: *Werke in zwanzig Bänden 1: Frühe Schriften*. Theorie Werkausgabe, Frankfurt a.M. 1979, 595 [16./17. Aufl.; Nachdruck der Aufl. v. 1971].

¹⁵ Mit dem Ausdruck der ‚klassischen Staatsgerichtsbarkeit im weiten Sinne‘ ist die Entscheidungsbefugnis bei Organstreitverfahren und föderativen sowie quasiföderativen Streitigkeiten bezeich-

Keiner Erörterung bedarf folglich, daß die Normenhierarchie auch den Grundsatz des formellen Vorrangs der Verfassung einschließt.

Wie weit die Komplettierung des Rechtsstaats durch Befugnisse der Gerichtsbarkeit reichen soll, ist damit jedoch nur zum Teil entschieden. Anders gewendet, es bleibt zu klären, welch ein Kompetenzprofil der Gerichtsbarkeit für den modernen demokratischen Verfassungsstaat zu befürworten ist. Zur Debatte steht in dieser Arbeit damit das Rollenmodell einer Gerichtsbarkeit als souveräne Instanz auch in bezug auf die Inhalte des politischen Prozesses.¹⁶

Demokratietheoretisch ist dieses Rollenmodell problematisch, weil die Gerichtsbarkeit damit ein Feld betritt, auf dem sich nach Ansicht vieler allein die Legislative zu bewegen habe. Denn die Ausübung der Befugnisse zur Entscheidung über individuelle Verfassungsbeschwerden (und funktionsäquivalente Klagearten) und über materielle Normenkontrollverfahren sowie über Verfassungsmäßigkeitsprüfungen von Rechtsakten von Inhabern staatlicher Hoheitsgewalt stellen einen Eingriff in den politischen Prozeß der Willensbildung auf eine generalisierende – nicht lediglich konkretisierende – inhaltliche Weise dar, und eine ebensolche – nämlich generelle – Vorgabe von Normen fällt nach demokratischer Lehre in den Aufgabenbereich des Organs beziehungsweise der Organe der Gesetzgebung.

Da diese Verfahrensarten – genauer: Zuständigkeitsfelder – mit einem inhaltlich steuernden Eingreifen der Gerichtsbarkeit in die Rechtsordnung und in den politischen Prozeß verbunden sind, wurden diese Verfahrensarten und Zuständigkeitsfelder zu dem und in dem Begriff der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ verdichtet.

In Entsprechung zu dieser Problemstellung wird aus Gründen der terminologischen Praktikabilität und begrifflichen Präzision mit ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ die Befugnis über individuelle Verfassungsbeschwerden und Normenkontrollverfahren im Sinne von materieller Verfassungsmäßigkeitsprüfung sowie die Rechtsaufsicht über Hoheitsakte am Maßstab materieller Verfassungsvorschriften assoziiert. Diese Zuständigkeiten werden auf ihre Legitimität hin geprüft. Dies bedingt die grundsätzliche Untersuchung,

- ob in demokratischen Verfassungsstaaten Verfassungen auf die Funktion eines Organisationsstatuts beschränkt werden sollen oder vielmehr ob sie über staatsorganisationsrechtliche Bestimmungen hinaus materielle Prinzipien als Grundlage der Rechtsordnung, allgemeiner noch: des politischen Gemeinwesens vorgeben sollen sowie
- ob der Gerichtsbarkeit darüber die Rechtsaufsicht zukommen soll.

Ganz gleich, wie diese Untersuchung ausfällt, läßt sich bereits hier konstatieren, daß es nicht sinnvoll wäre, die Verfahrensarten der individuellen Verfassungsbeschwerde

net. Unter die ‚klassische Staatsgerichtsbarkeit im engen Sinn‘ fällt dagegen die staats- und/oder strafrechtliche Anklage gegen Staatsorgane (vornehmlich das Institut der Ministeranklage).

¹⁶ Die allein die Einhaltung von Verfahrensvorschriften kontrollierende Verfassungsgerichtsbarkeit wird allerdings ebenfalls behandelt. Dies geschieht vor allem, um die Eigenart der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ zu konturieren.

und der materiellen Normenkontrolle zwar in der Rechtsordnung vorzusehen, sie aber nicht zusammen der Gerichtsbarkeit zu überantworten: Nur die Verfahrensart der Verfassungsbeschwerde der rechtsprechenden Gewalt zu übertragen und die materielle Normenkontrolle etwa an einen (mit juristischen Experten besetzten) Ausschuß des Parlaments zu delegieren,¹⁷ würde der Einheitlichkeit der Rechtsordnung Abbruch leisten. Denn beide Gremien kämen nicht umhin, ihre Materien der Staatszielnormen beziehungsweise des Grundrechtskatalogs in wechselseitiger Durchdringung auszulegen.

Zu berücksichtigen ist hierbei nämlich, daß es nicht sinnvoll sein kann, sich an einem bestimmten Verfahrenstyp von Normenkontrolle zu orientieren. Es ist vielmehr angezeigt, sie von ihrer Funktion her zu betrachten – im Sinne einer direkten oder indirekten Prüfung von Gesetzen durch die (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit auf ihre Verfassungsmäßigkeit oder -widrigkeit hin. Die Betrachtung der Normenkontrolle in einem materiellen Sinn – wie diese Gegenstandsbestimmung über die Funktion auch genannt werden könnte – ist erforderlich, weil die Prüfung der Verfassungskonformität nicht nur in den Verfahren der konkreten oder der abstrakten Normenkontrolle erfolgen kann.¹⁸

Schließlich wird im Rahmen dieser Untersuchung noch zu erläutern sein, in welchem Sinn der Gerichtsbarkeit die Qualität der Souveränität zugesprochen werden kann und was dies demokratiethoretisch bedeutet.

¹⁷ In Betracht gezogen bei HABERMAS: *Faktizität und Geltung* [aaO. FN 12 S. 12 dieser Arbeit], 294–295.

¹⁸ In bezug auf das bundesrepublikanische Rechtssystem dargelegt bei KOSTAS CHRYSOGONOS: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle*, Berlin 1987, 13: „Eine solche Prüfung findet nicht nur im Verfahren der konkreten (Art. 100 I 1 GG, §§ 80 ff. BVerfGG) und abstrakten (Art. 93 I Ziff. 2 GG, §§ 76 ff. BVerfGG) Normenkontrolle statt, sondern auch, wenn sich die Verfassungsbeschwerde eines Bürgers (Art. 93 I Ziff. 4 a GG, § 90 BVerfGG) oder einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbands (Art. 93 I Ziff. 4 b GG, § 91 BVerfGG) gegen ein Gesetz richtet (individuelle Normenkontrolle). Ferner kann es im Wahlprüfungsverfahren (Art. 41 II GG) vorfrageweise auf die Verfassungsmäßigkeit des Wahlgesetzes ankommen, kann im Bundesorganstreit über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen (Art. 93 I Ziff. 1 GG) und im Föderativstreit (Art. 93 I Ziff. 3 GG) um die Gesetzgebungskompetenz gestritten werden.“ Ebenso WILTRAUT RUPP-VON BRÜNNECK: *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt. Wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament*, in: *AöR*, 102. Bd. (1977), 1–26 [4]: „Aus dem reichen Bukett der [...] vorgesehenen Verfahrensarten kommen für eine mögliche Einwirkung des Bundesverfassungsgerichts auf die Kreation der gesetzgebenden Körperschaften und auf den Prozeß ihrer Willensbildung einerseits, auf das Ergebnis dieser Willensbildung [...] andererseits jeweils verschiedene spezifische Verfahren vorrangig in Betracht. Jedoch besteht insoweit keine strenge Trennung: Entscheidungen in Normenkontroll- oder Verfassungsbeschwerdeverfahren können sich etwa maßgebend auf die Kreation des Parlaments auswirken oder Kompetenzfragen klären, ebenso wie umgekehrt Wahlprüfungsverfahren und Organstreitigkeiten jedenfalls incidenter die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes einschließen können. In gewissem Maße ist es daher eine Frage des Zufalls, in welchem Verfahren eine die gesetzgebende Gewalt betreffende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergeht.“

C. Rechtsvergleichender Überblick: Verfassungsrecht und Verfassungsrechtsprechung in verschiedenen politischen Systemen

Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne des formell-institutionellen Begriffs von Verfassungsgerichtsbarkeit ist in vielen Staaten etabliert.¹⁹ Zwischen deren politischen Systemen bestehen jedoch erhebliche Unterschiede²⁰ im Sinne des materiellen Begriffs von Verfassungsgerichtsbarkeit, der Verfassungsjurisdiktion an bestimmten Zuständigkeiten der Rechtsprechung festmacht. Des weiteren divergiert die Rechts- und Verfassungslage dahingehend, ob diese „verfassungsgerichtlichen“ Befugnisse – in einem einzigen Gerichtskörper konzentriert sind (formelle Verfassungsgerichtsbarkeit) oder

– ob diese verschiedenen Gerichtsinstanzen (einer Kategorie von Gerichtsbarkeit – zum Beispiel einer Bundesgerichtsbarkeit) oder verschiedenen Gerichtstypen (wie etwa einer ordentlichen Gerichtsbarkeit und einem gesondert davon eingerichteten Staatsgerichtshof) zuerkannt sind (materielle Verfassungsgerichtsbarkeit).²¹

Ferner setzt sich die Richterschaft nach unterschiedlichen Kriterien zusammen. Beispielsweise sieht Art. 56 II der französischen Verfassung vor, daß im französischen Conseil Constitutionnel auch frühere Staatspräsidenten amtieren, an die weiteren Ratsmitglieder werden keine besonderen Anforderungen hinsichtlich ihrer Eignung geknüpft.²² In einem weiten Sinn von (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit ließen sich auch

¹⁹ Die Zahl der Gerichte mit „besonderen Zuständigkeiten im verfassungsrechtlichen Bereich“ wird derzeit mit (ca.) 191 Staaten beziffert [gemäß PHILIP KUNIG: Rezension zu Alexander von Brünneck: Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Verfassungsvergleich, Baden-Baden 1992, in: *ZRP*, 28. Bd. {1995}, H. 6, 231–232 {231}].

²⁰ Zu den unterschiedlichen Ausprägungen der „Verfassungsgerichtsbarkeit“ instruktiv ALEXANDER VON BRÜNNECK: *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*. Ein systematischer Verfassungsvergleich, Baden-Baden 1992 [Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit; Bd. 52] sowie ALBRECHT WEBER: Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, in: Christian Starck/ders. (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. Teilband I: Berichte*, Baden-Baden 1986, 41–120.

²¹ Die Unterscheidungen formell *versus* materiell einerseits und formell-institutionell *versus* materiell andererseits fallen nicht zusammen.

²² Die ehemaligen Staatspräsidenten sind (laut Verfassung) sogar Mitglieder des Gremiums auf Lebenszeit. Allerdings spielt dies für die Verfassungswirklichkeit bislang keine Rolle, da die ehemaligen Präsidenten der V. Republik stets auf ihren Sitz verzichtet haben. Als Voraussetzung für die Mitgliedschaft im Conseil Constitutionnel ist nur ihre Nationalität, ihr Alter und das Nichtvorliegen von Strafverurteilungen normiert. Angaben zum französischen Verfassungsrat nach MICHEL FROMONT: Der französische Verfassungsrat, in: Christian Starck/Albrecht Weber (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. Teilband I: Berichte*, Baden-Baden 1986, 309–341; PHILIPP MELS: *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel*. Ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaates und der Furcht vor einem „gouvernement des jeunes“, München 2003, 101–203.

bestimmte theo- beziehungsweise hierokratische Staats- und Verfassungsmodelle als „Verfassungsgerichtsbarkeit“ einstufen.²³

Sinnvoll erscheint eine Unterteilung der Institution der „Verfassungsgerichtsbarkeit“ unterhalb des formell-institutionellen Begriffs von Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie Helge Wendenburg vorschlägt. Wendenburg unterscheidet eine Fassung des Begriffs ‚richterliches Prüfungsrecht‘ und einen Begriff der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit in einem engeren Sinn‘:²⁴

- Unter ‚richterlichem Prüfungsrecht‘ versteht er die inzidente Gesetzeskontrolle durch jede Gerichtsinstanz oder auch nur ein oberstes Gericht,
- unter ‚Verfassungsgerichtsbarkeit in einem engeren Sinn‘ dagegen die Normenkontrolle durch ein institutionalisiertes Verfassungsgericht bei gleichzeitigem Ausschluß des allgemeinen ‚richterlichen Prüfungsrechtes‘.

Als Beispiele führt Wendenburg an:

- einerseits den Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika und das Schweizerische Bundesgericht und
- andererseits den österreichischen Verfassungsgerichtshof und das deutsche Bundesverfassungsgericht.²⁵

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß der Zugang zu den (Verfassungs-)Gerichten unterschiedlich geregelt ist. Zum einen betrifft dies die Zulässigkeitskriterien für die Annahme von Klagen, zum anderen tangiert dies die grundsätzliche Regelung der

²³ Angesprochen ist hiermit die Doktrin von der Führungsbefugnis bzw. Statthalterschaft des islamischen Rechtsgelehrten (*velayat-e faqih*), wie sie etwa Khomaynis Staatslehre entwickelt hat. Diese Doktrin wurde bei der Gründung der Islamischen Republik Iran in die politische Wirklichkeit umgesetzt und verfassungsrechtlich verankert. Der Begriff der *velayat* bedeutet jede rechtmäßige Gewalt über etwas in einem ganz allgemeinen Sinn (so auch die *velayat* des Vaters im Sinn der elterlichen Gewalt, die auf Staatsdiener übertragene Amtsgewalt etc.). Staatsrechtlich bezeichnet *velayat* die Herrschergewalt. In Verbindung mit dem Begriff *faqih* meint der Ausdruck den Inbegriff der Regierungsgewalt, die dem hervorragenden Gelehrten des islamischen Rechts an der Staatsspitze zukommt.

²⁴ Vgl. HELGE WENDEBURG: *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Göttingen 1984, 2–4. Die eingestrichenen Anführungszeichen beziehen sich *hier* auf die von Wendenburg eingeführte Begrifflichkeit. Ähnlich WEBER: Generalbericht [aaO. FN 20 S. 19 dieser Arbeit], 73: „Eine ‚konkrete‘ oder ‚Inzidentnormenkontrolle‘ liegt vor, wenn eine Norm jeglichen Ranges anlässlich eines konkreten Falles, d.h. ihrer Anwendung durch Behörden oder Gerichte auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft wird. Die Kontrollbefugnis unterteilt sich in ein Prüfungs- und ein Verwerfungsrecht. Üben die Gerichte aller Gerichtszweige oder Instanzen beide Formen aus, handelt es sich um eine ‚dezentrierte‘ oder ‚dezentralisierte‘ oder ‚diffuse‘ Verfassungsgerichtsbarkeit (judicial review)“. Ist das Verwerfungsrecht hingegen bei einem einzigen (Verfassungs-)Gericht monopolisiert, handelt es sich um eine ‚konzentrierte‘ Verfassungsgerichtsbarkeit [. . .].“ [Hn. i.O.]

²⁵ Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß die Rechtsprechung über Fragen des Verfassungslebens nicht ein Privileg der verselbständigten Verfassungsgerichte ist. Für die Bundesrepublik Deutschland führen SCHLAICH/KORIOTH [*Bundesverfassungsgericht* {aaO. FN 2 S. 4 dieser Arbeit}, 16] aus: „Alle Gerichte sind bei der Entscheidung ihrer Fälle zum Durchgriff auf die Verfassung berechtigt und verpflichtet. Die Auslegung und Anwendung der einfachen Gesetze durch jedes Gericht wird immer mehr vom Verfassungsrecht geprägt („Ausstrahlungswirkung der Grundrechte“).“

Klagebehandlung durch die (Verfassungs-)Gerichte. Diese kann einerseits so ausfallen, daß die (Verfassungs-)Gerichte in der Annahme ihrer Fälle frei sind. Andererseits kann es auch so sein, daß sie sämtliche zulässigen Klagen bearbeiten müssen, so daß der (verfassungs-)richterliche Rechtsschutzschirm lückenlos ist. So entscheidet etwa der US-Supreme Court die Fallannahme nach seinem Ermessen, während diese dem Bundesverfassungsgericht nicht freigestellt ist.²⁶

Zu berücksichtigen ist überdies, daß die Reichweite der Bindungswirkungen der (verfassungs-)gerichtlichen Entscheidungen verschieden konzipiert sein kann.

Schließlich variiert die Eingriffsintensität der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit in den politischen Prozeß je nach den Verfassungsdoktrinen und insbesondere den Grundrechtstheorien, die die (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit bei ihrer Rechtsprechung zugrunde legt.²⁷ Verfassungsverständnis und Auffassungen über Auslegungsmethoden der Verfassung bestimmen nachhaltig den Grad und die Zielrichtung der Intervention der Gerichtsbarkeit in die politische Willensbildung.²⁸

Zuletzt sei darauf aufmerksam gemacht, daß die Entscheidungen der Judikative nicht zuletzt von ihrem rechtskulturellen Hintergrund geprägt sind²⁹ und daß auch die personelle Besetzung der Gerichtskörper auf die Rechtsprechung einen Einfluß ausübt. Folgende Faktoren dürften speziell in bezug auf das rechtsanwendende und rechtsprechende Subjekt von Relevanz sein: (parti-)politische Bindungen, weltanschauliche Grundhaltungen und charakterliche Eigenschaften. Eine Rolle spielt sicherlich auch die Einflußgröße der Sozialisation, insbesondere die berufliche Prägung ist hier zu erwähnen. Eine vorherige anwaltliche Tätigkeit könnte anders disponieren als ein Wirken auf seiten der staatlichen Hoheitsgewalt, die Berufsausübung als Richter anders als berufliche Erfahrungen als politischer Akteur.

²⁶ Für die Übernahme des vom US-Supreme Court praktizierten freien Annahmeverfahrens durch das deutsche Bundesverfassungsgericht plädieren JOACHIM WIELAND: Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum US-Supreme Court, in: *Der Staat*, 29. Bd. (1990), 333–353 und ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, in: *ZRP*, 29. Bd. (1996), H. 8, 281–284.

²⁷ *Pars pro toto* vgl. etwa die Kontroverse um den objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte; siehe einerseits DIETER GRIMM: Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: ders. *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M. 2002 [3. Aufl.; Erstauf. 1991], 221–240 und andererseits ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: ders.: *Staat, Verfassung, Demokratie*. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1992 [2. Aufl.; hier zit.: Erstauf. 1991], 159–199. Instrukтив HANS D. JARASS: Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insb. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung, in FS 50 Jahre BVerfG 2, 35–53.

²⁸ Die prägenden Verfassungstheorien lassen sich nur beispielhaft anführen – statt vieler siehe etwa die Abhandlung von WINFRIED BRUGGER über die Strömung des Kommunitarismus und das Grundgesetz: Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes, in: *AöR*, 123. Bd. (1998), 337–374.

²⁹ Erhellend hierzu aber auch zum Rollenverständnis der Gerichtsbarkeit in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland WILLIAM JOSEPH WAGNER: The Role of Basic Values in the Contemporary Constitutional Hermeneutics of Germany and the United States, in: *ZaöRV*, 56. Bd. (1996), H. 1–2, 178–204.

Bisher wurde in abstrakter Hinsicht – beschränkt auf den Rechtsstaat und den modernen Verfassungsstaat – dargelegt, wem ein Status der Gerichtsbarkeit in bezug auf den politischen Prozeß zugewiesen wird, wenn sie bestimmte Befugnisse zugesprochen erhält oder erfolgreich für sich in Anspruch nimmt. Nun wird anhand von ausgewählten Fallbeispielen erläutert, wem ein Kompetenz- und Institutionenprofil *konkret* die Gerichtsbarkeit in verschiedenen Staaten der Gegenwart aufweisen kann.

Diese Fallbeispiele sollen dazu dienen, die abstrakten Kategorisierungen judikativer Rollenmodelle anschaulich zu machen. Die Fallbeispiele der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika werden demonstrieren, wie unterschiedlich die Gerichtsbarkeit kompetenzmäßig und organisatorisch ausgestaltet zu sein vermag – sie dennoch aber unter das Rollenmodell der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ subsumiert werden kann. Die Fallbeispiele der französischen Republik, der Schweizer Eidgenossenschaft und der Islamischen Republik Iran hingegen sind als eine Gegenfolie konzipiert, um die Eigenart der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ hervortreten zu lassen.

Im folgenden werden dementsprechend zunächst wesentliche Befugnisse des bundesrepublikanischen Bundesverfassungsgerichts,³⁰ seine Stellung im deutschen Rechtssystem³¹ und seine Organisationsstruktur sowie die Bindungswirkungen seiner Entscheidungen geschildert. Die anschließenden Erklärungen zu anderen Rechtskulturen heben in erster Linie lediglich die Besonderheiten der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ in diesen Rechtssystemen hervor. Allerdings werden die Unterschiede im (verfassungs-)gerichtlichen Kompetenz- und Institutionenprofil zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland etwas ausführlicher dargelegt – nicht zuletzt deswegen, weil zwei der in den weiteren Paragraphen aufbereiteten Kontroversen vor dem Hintergrund des amerikanischen Rechtssystems ausgetragen werden.

1. Bundesrepublik Deutschland

a) *Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Rechtssystem und seine Organisationsstruktur*

In der Rechtskultur der Bundesrepublik Deutschland kommt der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit in Gestalt des Bundesverfassungsgerichts eine Bedeutung zu, zu der es im internationalen Vergleich kaum Entsprechungen gibt.

Die „Bonner“ und die „Berliner Republik“ weichen damit zugleich in einem beträchtlichen Maße von der deutschen Verfassungstradition ab, sofern diese mit

³⁰ Es fehlt in der Darstellung z.B. die Zuständigkeit des BVerfG bei Parteiverboten. Ausführlicher SCHLAICH/KORIOH: *Bundesverfassungsgericht* [aaO. FN 2 S. 4 dieser Arbeit], insb. 231–233.

³¹ Zum Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland siehe JÜRGEN PLÖHN: 6 Die Gerichtsbarkeit, in: Oscar W. Gabriel/Everhard Holtmann (Hg.): *Handbuch Politisches System der Bundesrepublik Deutschland*, München; Wien 2005 [3., völlig überarb. u. erw. Aufl.; Erstaufl. 1997] 309–331.

der Verfassungspraxis gleichgesetzt wird. Denn der Reichsstaatsgerichtsbarkeit der Weimarer Republik fehlten – im Vergleich mit ihrem bundesrepublikanischen Gegenstück – die Zuständigkeiten für

- individuelle Verfassungsbeschwerden gegen Hoheitsakte bei der tatsächlichen beziehungsweise behaupteten Verletzung verfassungsmäßiger Rechte,
- Organstreitigkeiten zwischen Staatsorganen und
- die Überprüfung völkerrechtlicher Verträge.

Die Idee, staatliches Handeln auf dem Gerichtsweg einer Kontrolle unterziehen zu können, die ihre Maßstäbe aus der Verfassung bezieht, wurde dagegen in Deutschland schon sehr viel früher diskutiert und zur Forderung erhoben. So enthielt die nie in Kraft getretene Paulskirchenverfassung von 1849 das Institut der Verfassungsbeschwerde.

Zu erwähnen ist andererseits aber auch, daß die Etablierung des Bundesverfassungsgerichts auch rechtsstaatliche Traditionen fortführt: Bereits im Mittelalter sind im Heiligen Römischen Reich deutscher Nation historische Vorläufer dafür zu erkennen, Fragen der Verfassung gerichtlich entscheiden zu lassen.

Nominell – dies mag angesichts seines Gewichts im politischen Prozeß überraschen – ist das Bundesverfassungsgericht nicht das höchste deutsche Gericht, da der Instanzenzug der deutschen Gerichtsbarkeit bei den jeweiligen Fachgerichten³² endet.³³ Diese Fachgerichte entscheiden abschließend alle Rechtsfälle – soweit sie nicht Verfassungsrecht tangieren. Für Verfassungsrecht und eben nur für dieses (also nicht für das ‚einfache Recht‘) ist das Bundesverfassungsgericht zuständig – genauer: nur für ‚spezifisches Verfassungsrecht‘. Das heißt, sein Kompetenzbereich ist nicht durch eine Generalklausel definiert (wie § 13 GVG und § 40 I VwGO), sondern erstreckt sich nur auf die Materien, die das Grundgesetz enumerativ in Art. 93 und 94 bestimmt.³⁴ Die Beschränkung auf die Prüfung spezifischen Verfassungsrechts³⁵ schließt damit nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts aus, daß es als die „Superrevisionsinstanz“ im bundesrepublikanischen Gerichtswesen fungiere.³⁶

³² Die obersten Fachgerichte stehen an der Spitze von fünf unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten: der allgemeinen Gerichtsbarkeit, die für Zivil- und Strafsachen zuständig ist, der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der Finanzgerichtsbarkeit, der Sozialgerichtsbarkeit und der Arbeitsgerichtsbarkeit. Zum Verhältnis zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den ‚Fachgerichten‘ siehe STEFAN KORIOTH: Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung („Fachgerichte“), in FS 50 Jahre BVerfG 1, 55–81.

³³ SCHLAICH/KORIOTH wenden sich gegen den Terminus ‚Fachgericht‘, da dem Begriff eine gewisse „Deklassierung der eigentlichen Gerichte“ anhafte: „Sie sind ja die ‚ordentlichen‘ Gerichte, die auch die Verfassung zu beachten haben; das BVerfG ist das auf die Verfassung spezialisierte Fachgericht.“ [Bundesverfassungsgericht {aaO. FN 2 S. 4 dieser Arbeit}, 18–19 mwN.].

³⁴ Eine abschließende Auflistung der Zuständigkeiten, wie sie sich aus dem Grundgesetz ergeben, enthält § 13 BVerfGG.

³⁵ BVerfGE 18, 85 [92 f.] st. Rspr.

³⁶ Die Zurückweisung der Funktion als Superrevisionsinstanz fehlt in keinem einschlägigen juristischen Lehrbuch. Sie ist dennoch nicht unproblematisch. Zwar mag für sie sprechen, daß die Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts enumerativ aufgezählt sind. Doch die Lehre von der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, das Verständnis der Grundrechte als objektive Grund-

Letztverbindlicher Interpret der Zuständigkeitsvorschriften ist allerdings das Bundesverfassungsgericht selbst – insofern kann mit einer gewissen Berechtigung von seiner ‚Kompetenz-Kompetenz‘ gesprochen werden.³⁷

Für die Organisation des Bundesverfassungsgerichts statuiert das Grundgesetz nur wenig. Artikel 94 schreibt vor, daß die Richter am Bundesverfassungsgericht je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt werden und dabei zum Teil vorher Bundesrichter sein sollen. Des weiteren verweist das Grundgesetz auf ein Bundesgesetz. Dieses kam 1951 als „Bundesverfassungsgerichtsgesetz“ zustande und gilt derzeit nach mehreren Änderungen in der Fassung vom 11. 8. 1993 (geändert durch Gesetz vom 15. 12. 2004).³⁸

Die wesentlichen Punkte der gesetzlichen Regelungen in organisatorischer Hinsicht lauten:

- Das Gericht besteht aus zwei Senaten mit je acht Richtern. Je drei Mitglieder jedes Senats müssen mindestens drei Jahre an einem anderen obersten Gerichtshof des Bundes tätig gewesen sein.
- § 13 beschreibt die Zuständigkeiten der Senate, § 14 regelt die Aufgabenverteilung zwischen ihnen. Die Aufteilung auf zwei Senate – die Konstruktion als ‚Zwillingsgericht‘ – wurde eingeführt, um die Vielzahl der Verfahren bewältigen zu können. Im Blick auf die Einheitlichkeit der Rechtsprechung wäre ein einziger Spruchkörper sicher vorzuziehen. Für die Aufteilung spricht hingegen, daß damit die Machtkonzentration beim Bundesverfassungsgericht abgeschwächt wird.
- Die Richter werden für zwölf Jahre gewählt;³⁹ ihre Wiederwahl ist unzulässig; Nebentätigkeiten sind mit der Ausnahme einer Rechtslehrtätigkeit an Hochschulen verboten.
- Die erforderlichen Wahlverfahren in Bundestag und Bundesrat sind wie folgt gestaltet: Im Bundesrat haben erfolgreiche Kandidaten eine Zweidrittelmehrheit des Plenums auf sich zu vereinigen; im Bundestag sind acht Stimmen eines zwölfköpfigen Elektorenausschusses notwendig. In beiden Gremien müssen sich somit die beiden großen politischen Gruppierungen, die die deutsche Parteienlandschaft

satznormen, ihre Deutung als Verfahrensrechte bewirkt, daß das Bundesverfassungsgericht *no-lets-volens* in diese Funktion rückt.

³⁷ So ERNST BENDA: Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland, in: Christian Starck/Albrecht Weber (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. Teilband I: Berichte*, Baden-Baden 1986, 121–148 [129 unter Verweis auf Helmut Simon mwN.]. Problematisierung bei OTFRIED HÖFFE: *Vernunft und Recht*. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, Frankfurt a.M. 1996, 265: „Tatsächlich verfügt ein Verfassungsgericht nicht über Kompetenz-Kompetenz mit bestimmtem, sondern lediglich mit unbestimmtem Artikel; es hat *eine*, aber nicht *die* Kompetenz-Kompetenz. Die entscheidende Kompetenz liegt bei der Verfassung, da sie allen Verfassungsorganen klare Vorgaben macht; eine zweite Kompetenz-Kompetenz liegt beim Parlament, da es zur erneuernden Verfassungsinterpretation berechtigt ist; das Verfassungsgericht verfügt lediglich über eine Kontrollbefugnis.“

³⁸ Die vorliegende Arbeit wurde am 10. 6. 2005 abgeschlossen.

³⁹ Hierzu: SYBILLE KOCH: Die Wahl der Richter des BVerfG, in: *ZRP*, 29. Bd. (1996), 41–44.

seit 1945 kennt, arrangieren. Scheitert dies, besitzt das Bundesverfassungsgericht gemäß § 7 a ein Vorschlagsrecht.

Abschließend ist noch zu ergänzen, daß die Senate des Bundesverfassungsgerichts nicht die einzigen Verfassungsgerichte der Bundesrepublik Deutschland sind. Der föderalen Struktur entsprechend existieren auf der Länderebene noch Landesverfassungsgerichte.

b) Verfahren und Kompetenzen

(1) Organstreitverfahren⁴⁰

Gegenstand des Organstreitverfahrens ist die Auslegung des Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch das Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind (Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG). Solche Organe – daher die Bezeichnung Organstreit – sind etwa der Bundespräsident, die Bundesregierung, der Bundesrat und der Bundestag sowie Fraktionen und unter besonderen Umständen auch einzelne Abgeordnete. Antragsgegner wie Antragssteller müssen in einem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zueinander stehen. Anders ausgedrückt: Antragsgegner kann sein, wer auch Antragssteller sein könnte. Der Antragssteller muß geltend machen, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz oder auf gleichrangige Weise übertragenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein. In seiner Entscheidung stellt das Bundesverfassungsgericht fest, ob dies zutrifft.

(2) Föderative, quasiföderative und sonstige Streitverfahren⁴¹

Als besondere Fälle der Organstreitigkeiten können folgende Verfahren betrachtet werden:

- Bund-Länder-Streitverfahren,⁴²
- andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern, zwischen Ländern untereinander oder innerhalb eines Landes,
- Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes,
- kommunale Verfassungsbeschwerde.

⁴⁰ Eine rechtsvergleichende Einordnung des Bundesverfassungsgerichts und Informationen zu dessen Zuständigkeit für Organstreitverfahren bietet JOST PIETZKER: Organstreit, in FS 50 Jahre BVerfG 1, 587–613.

⁴¹ Grundsätzlich zum Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit dem Bundesstaatsprinzip JOSEF ISENSEE: Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, in FS 50 Jahre BVerfG 2, 719–770.

⁴² Bund-Länder-Streitverfahren haben verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder zum Inhalt. Diese betreffen insbesondere die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und die Ausübung von Bundesaufsichten. Ausführlich zu diesen Streitverfahren PETER SELMER: Bund-Länder-Streit, in FS 50 Jahre BVerfG 1, 565–585.

(3) Normenkontrolle

Die Normenkontrolle *im weiteren Sinn* ist das gerichtliche Verfahren, das der Prüfung dient, ob eine Norm mit einer höherrangigen Norm vereinbar ist. Als Normenkontrolle *im engeren Sinn* kann das Verfahren bezeichnet werden, welches auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit zielt.⁴³

Das Bundesverfassungsgericht besitzt die Befugnis zur Normenkontrolle sowohl im engeren als auch im weiteren Sinn. Des weiteren hat es die Zuständigkeit inne sowohl über die formelle als auch über die materielle Normenkontrolle. Zudem erstreckt sich seine Rechtsprechung sowohl auf Fälle der konkreten als auch der abstrakten Normenkontrolle

- Die Befugnis zur abstrakten Normenkontrolle ist in Art. 93 I Nr. 2 GG geregelt. Das Verfahren wird eröffnet auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages. Geklärt wird die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Bundes- oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit Bundesrecht. Eine Rechtsnorm kann nur dann in einer abstrakten Normenkontrolle geprüft werden, wenn sie bereits formellen Bestand hat. Eine präventive Normenkontrolle ist damit ausgeschlossen. Eine Ausnahme erkennt das Bundesverfassungsgericht allerdings nach ständiger Rechtsprechung an: Völkerrechtliche Verträge können auch schon vor ihrem Inkrafttreten untersucht werden.
- Durch das richterliche Prüfungsrecht, das allen Gerichten zusteht, kann aus jedem beliebigen Rechtsstreit eine verfassungsgerichtliche Prüfung der entscheidungserheblichen Gesetze werden. Alle Gerichte dürfen eine Norm nur anwenden, wenn sie sie für verfassungsgemäß halten; sie haben das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht. Kommt die Prüfung bei einem nach 1949 vom Bundestag verabschiedeten Gesetz zum negativen Ergebnis, dann muß das Fachgericht die Prüfung aussetzen und die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dem Bundesverfassungsgericht vorlegen; die Verwerfungskompetenz – das heißt: die verbindliche Feststellung eines Verfassungsverstößes – ist also beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert (Art. 100 I GG).⁴⁴

(4) Individual-Verfassungsbeschwerde⁴⁵

Nach Art. 93 I Nr. 4 a GG, § 90 BVerfGG entscheidet das Bundesverfassungsgericht

⁴³ Siehe hierzu auch die Erläuterungen in FN 10 S. 10 dieser Arbeit.

⁴⁴ Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts bezieht sich nur auf Bundesgesetze im förmlichen Sinn – somit sind sowohl nicht-formelle als auch vorkonstitutionelle Gesetze ausgeklammert. Für letztere besteht keine Vorlagepflicht im Sinn des Art. 100 I GG. Jeder Richter kann solche Gesetze außer Anwendung lassen, falls er sie für verfassungswidrig hält. Bei der abstrakten Normenkontrolle können hingegen Normen aller Art Gegenstand der Prüfung sein.

⁴⁵ Zur Bedeutung und Problematik des Instituts der Verfassungsbeschwerde im deutschen Rechtssystem instruktiv CHRISTOPH GUSY: Die Verfassungsbeschwerde, in FS 50 Jahre BVerfG 1, 641–671.

„über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 IV, 33, 38, 101 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein“.

Die Verfassungsbeschwerde ist demnach ein Rechtsbehelf des Bürgers⁴⁶ – und zwar ein außerordentlicher und letzter Rechtsbehelf. Damit ist zweierlei gemeint,

- zum einen, daß der Bürger damit nur Eingriffe der öffentlichen Gewalt in seine *Grundrechte* beziehungsweise *grundrechtsgleichen Rechte* abwehren kann
 - * (wobei die Verfassungsbeschwerde auch nur gegenüber einem Eingriff in die Grundrechte *dieses* Bürgers geltend gemacht werden kann – eine Popularklage ist somit ausgeschlossen);
- zum anderen, daß eine Verfassungsbeschwerde erst erhoben werden kann, wenn alle anderen zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergriffen worden sind, um eine Korrektur der Verfassungsverletzung zu erwirken. Grundsätzlich ist zunächst der Rechtsweg auszuschöpfen.

Die Zugangsschranke zur Verfassungsbeschwerde⁴⁷ und der Umfang, auf den sich die gerichtliche Prüfung erstreckt, sind allerdings nicht deckungsgleich: Ist die Verfassungsbeschwerde erst einmal zulässig, untersucht das Bundesverfassungsgericht die angegriffene Maßnahme unter jedem in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt – nicht nur die vorgebrachten Grundrechtsverletzungen.

c) Die rechtlichen Bindungswirkungen der Verfassungsgerichtsentscheidungen⁴⁸

Die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts reicht über die Rechtskraft hinaus, die mit anderen Gerichtsentscheidungen herkömmlicherweise verbunden sind:⁴⁹ Herkömmlicherweise verbieten Gerichtsentscheidungen einen erneuten Prozeß zwischen denselben Parteien um den gleichen Verfahrensgegenstand. In aller Regel werden durch ein gerichtliches Urteil nur Rechtswirkungen für die am Rechtsstreit unmittelbar Beteiligten ausgelöst. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben hingegen allgemeine Wirkung. Sie entfalten gemäß § 31 I BVerfGG eine über den Einzelfall und die an ihm Beteiligten hinausgehende Bindungswirkung, denn die aus dem Entscheidungssatz und den tragenden Gründen folgenden Grundsätze für die Auslegung der Verfassung müssen in allen künftigen Fällen von allen Gerichten und Behörden beachtet werden. Das Gleiche gilt, wenn das

⁴⁶ Zur Beschwerdebefugnis juristischer Personen siehe BENDA: Verfassungsgerichtsbarkeit [aaO. FN 37 S. 24 dieser Arbeit], 134–135.

⁴⁷ Ausführlich RÜDIGER ZUCK: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG, in: *JuS* (1988), H. 5, 370–375.

⁴⁸ Den Beitrag der Verfassungsrechtsprechung für die Verfassungskultur beleuchtet HELMUTH SCHULZE-FIELITZ: Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in FS 50 Jahre BVerfG I, 385–420. Schulze-Fielitz erläutert auch die rechtlichen Bindungswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (mwN. zu den Positionen im Schrifttum zum dogmatischen Status dieser Entscheidungen [ebd. 387–395]). Grundlegend zur Kluft zwischen geschriebenem und angewandtem Verfassungsrecht im deutschen Rechtssystem HEINRICH AMADEUS WOLFF: *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen 2000.

⁴⁹ Vgl. im folgenden HORST SÄCKER: *Das Bundesverfassungsgericht*, Bonn 2003 [6. Aufl.], 89–90.

Bundesverfassungsgericht einfaches Recht nur in einer bestimmten Auslegung für verfassungskonform erklärt. Diese Bindungswirkung ist weitausgreifend, weil nicht nur die unteren Verwaltungsbehörden und Gerichte, sondern (nach § 31 BVerfGG) darüber hinaus auch „die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder“ an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gebunden sind.

Gemäß § 31 II S. 1 BVerfGG hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in den Fällen des § 13 Nr. 6, 11, 12 und 14 (normenkontrollierende Verfahren) Gesetzeskraft. § 31 II S. 2 stellt klar, daß dies auch in den Fällen des § 13 Nr. 8 a gilt, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. S. 3 erweitert dies auf das sonstige Bundesrecht und verlangt die Veröffentlichung der Entscheidungsformel im Bundesgesetzblatt.

Von dieser Bindungswirkung ist somit sogar der Bundestag erfaßt: Er darf nicht durch einen neuen Gesetzesbeschluß die vormalige gegenteilige Gerichtsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts übergehen. Dabei spielt keine Rolle, ob bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz das Bundesverfassungsgericht diese Norm für nichtig erklärt oder ob es lediglich deren Verfassungswidrigkeit festgestellt hat.

Gesetzlich vorgesehen waren ursprünglich nur die Möglichkeiten, eine Norm für mit dem Grundgesetz „vereinbar“ oder für „nichtig“ zu erklären. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zusätzlich die seit 1970 gesetzlich sanktionierte Variante geschaffen, ein Gesetz lediglich als „unvereinbar“ mit dem Grundgesetz zu deklarieren, wenn ihm die Konsequenzen des völligen Fortfalls der Norm aufgrund ihrer Nichtigkeitserklärung unangemessen schienen.⁵⁰ Darüber hinaus praktiziert das Gericht die sogenannte Appellentscheidung, mit der dem Gesetzgeber für „noch verfassungsgemäße“ Normen künftige Änderungen aufgetragen werden, sowie das Instrument der ‚verfassungskonformen Auslegung‘. In der Figur der ‚verfassungskonformen Auslegung‘ soll eine Form der Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber zum Ausdruck kommen, da dessen Norm in einer speziellen Interpretation aufrechterhalten wird. Andererseits liegt in der positiven Fixierung einer Regelung auf eine einzige Variante eine besonders starke Einengung des gesetzgeberischen Verfassungsinterpretations- und -konkretisierungsprozesses.⁵¹

Äußerst weitreichend ist die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch deswegen, weil das Gericht diese nicht nur für die Entscheidungsformel (Tenor) reklamiert, sondern auch für deren „tragende Gründe“.⁵²

⁵⁰ Hier und im folgenden PLÖHN: Gerichtsbarkeit [aaO. FN 31 S. 22 dieser Arbeit], 329 mwN.

⁵¹ Vgl. § 4 JUDICIAL REVIEW UND DEMOKRATIE. VII. Die Eigenart verfassungsgerichtlicher Souveränität, S. 290 mwN. dieser Arbeit; ebenso PLÖHN: Gerichtsbarkeit [aaO. FN 31 S. 22 dieser Arbeit]. Einen rechtsvergleichenden Überblick zur Figur der ‚verfassungskonformen Auslegung‘ bietet ROB BAKKER: Verfassungskonforme Auslegung, in: ders./Aalt Willem Heringa/Frits Stroink (Hg.): *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen; Apeldoorn 1995, 9–26.

⁵² Problematisierung bei PLÖHN: Gerichtsbarkeit [aaO. FN 31 S. 22 dieser Arbeit], 329–330 mwN.

Hinzu kommt, daß das Bundesverfassungsgericht das Interpretationsmonopol hinsichtlich der sogenannten „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 III GG⁵³ besitzt. Bestimmte Grundentscheidungen der Verfassung sind aufgrund dieser „Ewigkeitsgarantie“ jeglichem ändernden Zugriff entzogen. Natürlich gilt dieses Änderungsverbot für das Bundesverfassungsgericht ebenso wie für den verfassungsändernden Gesetzgeber – aber allein das Bundesverfassungsgericht ist befugt – letztverbindlich – zu konkretisieren, welche Regelungen und Grundsätze des Grundgesetzes änderungsresistent sind. Dieses letztverbindliche Interpretationsmonopol wiegt gerade deswegen um so schwerer, weil es auf der Normebene der „Ewigkeitsgarantie“ keine legislativen Akte gibt.

Da diese Änderungsresistenz in Verbindung mit den weitreichenden Befugnissen der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ im hier zugrunde gelegten Verständnis problematisch ist und innerhalb des (verfassungs-)gerichtlichen Spektrums einen Einzelfall darstellt, wird bei der weiteren Legitimitätsprüfung von ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ eine solche „Ewigkeitsgarantie“ nicht in den Begriff von Verfassung im Sinne des modernen Verfassungsstaats aufgenommen.

Sie gilt es gesondert zu diskutieren. Denn mit dieser Stufung im Verfassungsrecht reicht die Steuerungskapazität der Gerichtsbarkeit sogar noch weiter, als sie durch das Kompetenzprofil einer politischen Instanz auch in inhaltlicher Hinsicht ohnehin bereits gegeben ist.

2. Die Vereinigten Staaten von Amerika

Die Unterschiede zwischen der umfassend ausgebildeten Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland und der mit der Befugnis zur gerichtlichen Überprüfung („Judicial Review“ respektive „Constitutional Review“)⁵⁴ ausgestatteten Gerichtsbarkeit in den USA lassen sich so zusammenfassen:⁵⁵

⁵³ Zur „Ewigkeitsgarantie“ sowie allgemein zur Normenhierarchie des Grundgesetzes siehe WILFRIED BERG: Das Grundgesetz in der Normenhierarchie, in: *JuS/JuS-Lernbogen* 4/1986, L25–L28.

⁵⁴ Der Fachaussdruck des ‚Judicial Review‘ umfaßt nicht nur die Beaufsichtigung des (demokratisch gewählten) Gesetzgebers. Vielmehr wird darunter in den USA üblicherweise die richterliche Kontrolle staatlicher Akte – und das heißt: *aller* staatlichen Akte – anhand der Verfassung verstanden [vgl. WINFRIED BRUGGER: *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen 1987, 1 FN 2]. Doch das System der richterlichen Kontrolle über die Rule of Law war nicht immer so lückenlos: Während sich das Überprüfen von Gesetzen auf ihre Verfassungskonformität hin im Verlauf des 19. Jahrhunderts in den USA etablierte, blieb bis ins 20. Jahrhundert hinein offen, ob Judicial Review sogar die gerichtliche Überprüfung von Handlungen des US-amerikanischen Präsidenten beinhaltet [PETER HAY: *Einführung in das amerikanische Recht*, Darmstadt 1995 {4., überarb. Aufl.}, 30: „Richterliche Kontrolle über den Präsidenten, im Gegensatz zu untergeordneten Zweigen der Exekutive (...) wurde (...) bis in die jüngste Zeit nicht ausdrücklich vorgenommen. Erst im Jahre 1952 erklärte der *Supreme Court* Notstandsmaßnahmen des Präsidenten Truman als eine verfassungswidrige Ausübung legislativer Kompetenzen; eine Entscheidung, die die direkte Zuständigkeit des *Su-*

- An der Spitze der Rechtsprechung steht in den USA der Supreme Court. Der Supreme Court ist kein Verfassungsgericht, sondern ein (Verfassungs-)Gericht. Damit soll ausgedrückt sein, daß der Supreme Court kein auf Verfassungsfragen spezialisiertes Gericht ist, sondern das oberste Bundesgericht der Vereinigten Staaten. Mit anderen Worten: der Supreme Court ist von seiner Anlage her ein ordentliches Revisionsgericht; er markiert das Ende des gerichtlichen Instanzenzuges. In der Bundesrepublik Deutschland obliegt die letztverbindliche Auslegung einfachen Gesetzesrechts dagegen den obersten Fachgerichten. Des weiteren ist die Gerichtshierarchie in Deutschland stärker zentralisiert als in den Vereinigten Staaten. Alle obersten deutschen Gerichte sind Bundesgerichte, während in den USA zwei selbständige Gerichtshierarchien auf Gliedstaaten- und Bundesebene nebeneinander stehen. Allerdings ist es auch in den USA möglich, bei ‚bundesrechtlichen‘ Problemen auf die Ebene der Bundesgerichte überzuwechseln.⁵⁶
- Diese Bundesgerichte entscheiden grundsätzlich über alle Arten von Zuständigkeiten – eine Ausnahme bilden lediglich Gerichte mit besonderen, beschränkten Zuständigkeiten. Das richterliche Prüfungs- und Verwerfungsrecht auch in bezug auf die Verfassungsmäßigkeitskontrolle ist in den USA somit grundsätzlich ein ‚diffuses‘ – es ist nicht auf einen Gerichtskörper oder eine Kategorie von Gerichten beschränkt. Zwar sind in der Bundesrepublik Deutschland alle Gerichte zum Durchgriff auf die Verfassung berechtigt und verpflichtet; aber die definitive, allseits verbindliche Verwerfung eines Gesetzes ist den Gerichten entzogen und dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung mit „Gesetzeskraft“ vorbehalten.⁵⁷

preme Court über den Präsidenten in der Ausübung seiner *exekutiven* Funktionen verfassungsrechtlich verankerte, erging erst im Jahre 1974 im Zusammenhang mit den Tonbandaufnahmen des Präsidenten Nixon. Diese Entscheidung, *United States v. Nixon*, steht in ihrer Bedeutung der Entscheidung in *Marbury v. Madison* gleich und schließt das System der richterlichen Kontrolle über die Befolgung der *Rule of Law* und damit der Gewaltenteilung im Staatsaufbau.“].

⁵⁵ Die Gegenüberstellungen und vergleichenden Analysen sind zahlreich. Hingewiesen sei an dieser Stelle auf die weiter ausgreifenden Studien von WINFRIED BRUGGER: Verfassungsstabilität durch Verfassungsgerichtsbarkeit? Beobachtungen aus deutsch-amerikanischer Sicht, in: *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 4. Bd. (1993), 319–347 und (ders.): Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des deutschen Grundgesetzes, in: *AöR*, 126. Bd. (2001), 337–402 sowie die stärker auf rechtstechnische Aspekte beschränkten Ausführungen von CURRIE/WYATT: Das richterliche Prüfungsrecht [aaO. FN 4 S. 6 dieser Arbeit]. Instruktiv zum US-amerikanischen Rechtssystem JOHN KINCAID: § 11 Rechtssystem und Gerichtsbarkeit, in: Wolfgang Jäger/Wolfgang Welz (Hg.): *Regierungssystem der USA*. Lehr- und Handbuch, München; Wien 1998 [2., unwes. veränd. Aufl.; Erstaufl. 1995], 214–230; RICHARD HODDER-WILLIAMS: The federal judiciary, in: Robert Singh (Hg.): *Governing America*. The Politics of a Divided Democracy, Oxford u.a. 2003, 147–168. Grundlegend zum politischen System der USA allgemein sowie insbesondere zur US-Verfassung und zum US-Supreme Court ROBERT SINGH: *American Government & Politics*. A Concise Introduction, London; Thousand Oaks; New Delhi 2003, v.a. 25–45 und 177–201.

⁵⁶ BRUGGER: Verfassungsstabilität durch Verfassungsgerichtsbarkeit? [aaO. FN 55 S. 30 dieser Arbeit], 321.

⁵⁷ Vgl. SCHLAICH/KORIOTH: *Bundesfassungsgericht* [aaO. FN 2 S. 4 dieser Arbeit], 16.

- Nach Art. III, Sect. 1 der US-Verfassung sind alle Bundesrichter – folglich auch die Richter des Supreme Court – unabsetzbar („solange ihre Amtsführung einwandfrei ist“). Die Bundesverfassungsrichter dürfen demgegenüber nicht länger als 12 Jahre ihr Amt ausüben.
- Auch der Bestellungsmodus ist bei den Supreme Court Justices ein anderer: Das Vorschlagsrecht liegt beim US-Präsidenten, die Ernennung der Supreme Court Justices kann aber nur mit der Zustimmung des Senats (gemäß der ‚*advice and consent-clause*‘⁵⁸) erfolgen.
- Hinzu kommt, daß sich die Rekrutierung der Supreme Court Richter in den USA im (Scheinwerfer-)Licht der Öffentlichkeit vollzieht. Die Supreme Court Richter müssen sich Hearings unterziehen, die sich des Interesses der öffentlichen und veröffentlichten Meinung sicher sein können. In der Bundesrepublik ist dies eher nur dann der Fall, wenn sich die Parteien bei informellen Absprachen und Abklärungen (und trotz derselben) nicht auf Kandidaten zu einigen vermochten.
- Der Zugang zum Supreme Court ist an die ‚*case or controversy*‘-Erfordernis gekoppelt.⁵⁹ (Nach Art. III, Sect. 2 der US-Const. erstreckt sich die richterliche Kompetenz der Bundesgerichte nur auf die enumerativ aufgeführten „Fälle“ [*cases*] und „Streitigkeiten“ [*controversies*]. Die beiden Ausdrücke sind Synonyme und daher austauschbar.) Das heißt, der Supreme Court hat nur die Befugnis zur konkreten,⁶⁰ nicht aber (wie jedoch das Bundesverfassungsgericht) zur abstrakten Normenkontrolle inne.
- Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das amerikanische eine besondere individuelle Verfassungsbeschwerde nicht. Grundrechtsverstöße müssen im Rahmen der allgemeinen Beschwerdebefugnis der Bürger geltend gemacht werden. In

⁵⁸ Art. II Sect. 2 Abs. 2 US-Constitution: „He [the President; M.E.] [...] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint [...] Judges of the supreme Court [...]“

Die Interpretation, daß dem Senat bei der Ernennung von Botschaftern, Supreme Court Richtern u.a. ein Veto-Recht zukommt, gehört zum festen Bestand des amerikanischen Verfassungsrechts.

⁵⁹ Zu den unterschiedlichen Regelungen der Fallannahme siehe S. 21 sowie ebd., FN 26 dieser Arbeit.

⁶⁰ Die Befugnis der Gerichtsbarkeit, Gesetze auf ihre Verfassungskonformität zu überprüfen, geriet in den USA im 19. Jahrhundert zum festen Bestand des amerikanischen Rechts, nachdem sie der Supreme Court bereits 1803 in seiner berühmten Entscheidung *Marbury vs. Madison* in Anspruch genommen hatte. Vgl. KERMIT L. HALL: *The Supreme Court and Judicial Review in American History*. With a Foreword by Herman Belz, Series Editor. Bicentennial Essays On The Constitution, American Historical Association, Washington D.C. 1985, 11: „The Supreme Court from 1789 to 1865 established judicial review. Federalist Chief Justice John Marshall (1803–35) and, to a lesser extent, his Jacksonian Democratic successor, Roger B. Taney (1836–64), cautiously energized the Constitution’s latent judicial powers. Their courts held only forty-four laws unconstitutional – less than one-half of one percent of all cases brought before them. They voided only three acts of Congress, and the judicial ax fell most often on state laws and local ordinances.“ Auffällig ist, daß bei dieser Zusammenstellung die Befugnis zum Judicial Review nur gegenüber Akten der Legislative betrachtet wurde. Die Ausübung des Judicial Review gegenüber Akten untergeordneter Organe der Exekutive scheint keine besondere Rolle gespielt zu haben – falls sie (in diesem Zeitraum) überhaupt stattgefunden hat.

- Entsprechung zur ‚Betroffenheit‘ des Klägers – einem bundesrepublikanischen Zulässigkeitskriterium für Verfassungsbeschwerden – muß der Kläger nach US-amerikanischem Recht in *eigenen* Rechtsinteressen betroffen sein („*standing*“).
- Im Vergleich zur bundesrepublikanischen „Verfassungsgerichtsbarkeit“ ist die Bindungswirkung der Entscheidungen des Supreme Court geringer. So gilt etwa die ‚*res judicata-doctrine*‘,⁶¹ die in vielen Fällen zur Aufrechterhaltung von staatlichen Entscheidungen führt, auch wenn diese Entscheidungen auf einer verfassungswidrigen Norm gegründet sind. Davon unberührt sind aber strafrechtliche Akte, die auf verfassungswidrigen Vorschriften und Praktiken beruhen – falls durch das betreffende Staatshandeln die Integrität der Wahrheitsuche im Strafprozeß bedroht wird. Sie sind rückgängig zu machen (da dann die Gefahr der Verurteilung eines Unschuldigen besteht).⁶² Eine Kompetenz zur Nichtigkeitserklärung steht dem Supreme Court nicht zu; er kann lediglich eine verfassungswidrige Norm nicht anwenden oder die Korrektur eines sonstigen staatlichen Handelns, das er als verfassungswidrig rügt, in die Wege leiten. In der Praxis ist dies aber zumeist gleichbedeutend mit einer Nichtigkeitserklärung. Denn sein Urteil gilt als Präjudiz für weitere Gerichtsentscheidungen. Die große Bedeutung von Präzedenzfällen ergibt sich aus dem im angelsächsischen Common Law als hochrangig eingestuften Prinzip des ‚*stare decisis*‘.⁶³ Nach diesem Prinzip sind die Gerichte an die Entscheidungen („*precedents*“) der ihnen übergeordneten Gerichte gebunden. Zudem haben sie auch ihre eigenen früheren Entscheidungen zu achten, falls ein vergleichbarer Fall vorliegt. Nicht zu übersehen ist aber, daß die Doktrin des ‚*stare decisis*‘ in der Praxis des Supreme Court oft explizit außer Kraft gesetzt oder implizit umgangen wird. Werden grundlegende Unterschiede zwischen den Sachverhalten („*distinguishing*“) vormaliger Fälle und der aktuell anstehenden Streitigkeit ausgemacht, ist diese Doktrin sowieso nicht anzuwenden. Die „Aushebelung“ dieser Doktrin dürfte angesichts der ‚*case or controversy*‘-Erfordernis leichter fallen als im Falle des Vorhandenseins von Verfahren der abstrakten Normenkontrolle. Die Ausrichtung an Präzedenzfällen und der Grundsatz, aus Gründen der Rechtssicherheit an ergangenen Urteilslinien festzuhalten, wird vom Supreme Court traditionell stark gewichtet. Doch da jeder Einzelfall anders gelagert ist, kann die nachfolgende Rechtsprechung die früheren Entscheidungen auch stets relativieren.
 - Schließlich kennt das Bundesverfassungsgericht keine Lehre, die der US-ameri-

⁶¹ Zu dieser Rechtsdoktrin siehe deren Definition in *Bluefield S.S. Co. vs. United Fruit Co.*, 243 F. 1, 9 (3 d Cir. 1917) [zit. n. HAY: *Einführung* {aaO. FN 54 S. 29 dieser Arbeit}, 9 FN 20: „Die Lehre von *res judicata* ... besagt, daß ein von einem zuständigen Gericht in der Sache in letzter Instanz zwischen den Parteien endgültig entschiedener Rechtsstreit von denselben Parteien weder bei demselben noch bei einem anderen Gericht wieder streitanhängig gemacht werden kann.“].

⁶² Zu den Rechtsfolgen bei einem gerichtlich festgestellten Verfassungsverstoß im besonderen sowie allgemein zur Zulässigkeit verfassungsgerichtlicher Kontrolle detailliert mwN. BRUGGER: *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit* [aaO. FN 54 S. 29 dieser Arbeit], 20–21 bzw. 9–21.

⁶³ Hier und im folgenden vgl. BRUGGER: *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit* [aaO. FN 54 S. 29 dieser Arbeit], 20–21 sowie FN 57 [ebd. 21].

kanischen *political question*-Doktrin vergleichbar wäre, welche der Supreme Court entwickelt hat.⁶⁴ Nach bundesrepublikanischem Rechtsverständnis kann das Bundesverfassungsgericht (wie generell die Gerichtsbarkeit überhaupt) keine derartige Trennung zwischen rechtlich behandelbaren und politischen – das heißt: der gerichtlichen Kontrolle entzogenen – Fragen vornehmen.

Gemeint ist mit dieser Nichtbehandlung „politischer“ Fragen nicht, daß die Gerichtsbarkeit politisch relevante Fälle nicht annimmt und für das politische System oder – weiter ausgreifend – für das Gemeinwesen folgenreiche Fragen nicht entscheiden würde. (Mehr oder weniger ist diese Relevanz bei verfassungsrechtlichen Streitigkeiten immer gegeben.) Die Unterscheidung zwischen rechtlicher Kontrolle unterworfenen Fragen und einer solchen nicht zugänglichen bemißt sich nach der Justiziabilität dieser Fragen.

Das Kriterium der Justiziabilität kann von verschiedenen Aspekten her definiert werden – angeführt seien diese Erwägungen:

* Nach Klugheits- und Praktikabilitätsüberlegungen könnte Justiziabilität verneint werden, wenn eine gerichtliche Entscheidung keine Gewähr für eine situationsadäquate Einschätzung und Abwägung zu bieten scheint – respektive wenn andere Staatsorgane für eine solche Entscheidung geeigneter erscheinen. Insbesondere bei außenpolitischem staatlichen Handeln ist eine Brückierung der in diesem Bereich tätigen Legislative und Exekutive befürchtet worden.⁶⁵ Ebenso wird von einer Gefährdung von (staatlichen) Interessen oder das Gegenwärtigen schwerwiegender Nachteile für die Handlungsfähigkeit des Staates oder für

⁶⁴ Vgl. SCHLAICH/KORIOTH: *Bundesverfassungsgericht* [aaO. FN 2 S. 4 dieser Arbeit], 354 mWN.: „Es besteht weithin Einverständnis darüber, daß die amerikanische *political question*-Doktrin [...] auf das BVerfG nicht übertragbar ist.“ BRUGGER: *Verfassungsstabilität durch Verfassungsgerichtsbarkeit?* [aaO. FN 55 S. 30 dieser Arbeit], 330: „Das deutsche Bundesverfassungsgericht [...] hat keine ‚political question doctrine‘ entwickelt. Soweit individuelle Rechte möglicherweise durch die öffentliche Gewalt verletzt werden, muß nach Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz der Weg zu den Gerichten eröffnet sein. Was Streitigkeiten zwischen Staatsorganen angeht, so hat das Bundesverfassungsgericht in der Sache zu entscheiden, soweit die einschlägigen Zulässigkeitsvorschriften eingehalten sind.“ Ablehnend auch KLAUS STERN: *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Opladen 1980, 31–32. Am ausführlichsten zur Frage der Übertragbarkeit dieser Rechtsfigur auf die bundesdeutsche Verfassungsrechtsprechung MICHAEL PIAZOLLO: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politische Fragen. Die Political Question Doktrin im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court der USA*, München 1994. Piazzolo gelangt ebenfalls zum Ergebnis, daß im deutschen Recht kein Raum für die Rezeption der amerikanischen Lehre bestehe [vgl. v.a. ebd., 76].

⁶⁵ Im Anschluß an eine rechtsvergleichende Analyse der *political question*-Doktrin gelangt CEES FLINTERMAN zu dem Urteil, daß die (niederländische) Gerichtsbarkeit in Fällen auswärtiger Angelegenheiten sich einer prinzipiengeleiteten Rechtsprechung bedienen sollte, die den beiden anderen Zweigen der Staatsgewalt einen weiten Ermessensspielraum einräumt. Er wendet sich aber zugleich gegen eine der US-Rechtsprechung analoge Übernahme der *political question*-Doktrin, da diese zu oft mißbraucht worden sei und werde [Judicial control of foreign affairs: the political question doctrine, in: Rob Bakker/Aalt Willem Heringa/Frits Stroink (Hg.): *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen; Apeldoorn 1995, 45–54 {54}].

(Teile) der Bürgerschaft ausgegangen, falls Gerichte (nach Maßgabe des Rechts) entscheiden.

- * Aus funktionell-rechtlicher Perspektive ließe sich argumentieren, daß ein gerichtliches Entscheiden nur zum Schutz der individuellen Rechte der Bürger, nicht aber zum Schutz der Rechtsordnung angebracht oder erforderlich ist. Des weiteren kann Justiziabilität bestritten werden, wenn die Gerichtsbarkeit nicht nach vorgegebenen Normen zu urteilen vermag, sondern wenn sie in Ermangelung respektive aufgrund unzureichender Klarheit derselben eigene Wertsetzungen vornehmen muß.

In Abkehr von Teilen traditioneller Auffassungen stuft die überwiegende Meinung der deutschen Juristen und Rechtsphilosophen die Figur der „politischen Fragen“ als Justizverweigerung ein. In der deutschen Rechtskultur sind alle Fragen nach Maßgabe des Rechts zu entscheiden, eine Ausklammerung bestimmter Materien von vorneherein wird verneint. Allerdings ist mit der generellen (verfassungs-)gerichtlichen Zuständigkeit in der bundesrepublikanischen Rechtsprechung überhaupt die Prüfungsdichte und -tiefe der gerichtlichen Kontrolle nicht determiniert. Hierfür spielen Kriterien der Justiziabilität eine zentrale Rolle.

Trotz der aufgeführten Unterschiede ergibt eine Analyse der Verfassungssysteme Deutschlands und der USA den Befund, daß souveräne Verfassungsgerichtsbarkeit und insbesondere ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ gemäß dem zu diskutierenden Rollenmodell in diesen Staaten ihres Amtes waltet. Für die weiteren *hier* (im folgenden) *vorgestellten* Rechtssysteme trifft dies nicht zu.

3. Frankreich

Bei der Entwicklung des Rechtsstaat hat Frankreich eine Vorreiterrolle inne.⁶⁶ Die Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen von 1789 enthielt zwar noch nicht den Begriff des Rechtsstaats. Doch der Sache nach finden sich in ihr bereits wesentliche Elemente des Rechtsstaatsgedankens.

Prominent ist zuallererst der Grundsatz der Gewaltenteilung. Kategorisch spricht Art. 16 der Menschen- und Bürgerrechtserklärung es jedem Staat ab, überhaupt eine Verfassung zu haben, wenn dessen Verfassung nicht ein gewaltenteiliges Staatsmodell und die Sicherung der individuellen Rechte vorschreibt.

Hiermit klingt bereits ein weiteres Element der Rechtsstaatlichkeit an – die Bindung der staatlichen Gewalt an das Recht; mehr noch: die staatliche Gewalt ist dem

⁶⁶ Instruktiv zur Rechts- und Verfassungsstaatlichkeit in Frankreich und Deutschland CONSTANCE GREWE: Das Verständnis des Rechtsstaates in Frankreich und in Deutschland, in: Joseph Jurt/Gerd Krumeich/Thomas Würtenberger (Hg.): *Wandel von Recht und Rechtsbewußtsein in Frankreich und Deutschland*, Berlin 1999, 157–167 [Studien des Frankreich-Zentrums der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Bd. 1]. Einführend zum politischen System Frankreichs UDO KEMPE: Das politische System Frankreichs, in: Wolfgang Ismayr (Hg.): *Die politischen Systeme Westeuropas*. 3., aktual. u. überarb. Aufl., Opladen 2003, 301–347.

Verfassungsrecht unterworfen. So muß der Staat gewaltenteilig verfaßt sein, und so ist dem Staat die Beachtung natürlicher, unveräußerlicher und geheiligter Rechte aufgegeben.

Impliziert ist dabei im Grunde bereits das rechtliche Strukturprinzip einer Normenhierarchie: Von den Menschen- und Bürgerrechten leitet sich zugleich sowohl die Legitimation der staatlichen Gewalt ab als auch deren Limitation her. Insofern kommt dem Verfassungsrecht der Vorrang vor dem einfachen Recht zu.

Dieses Vorrangverhältnis galt und gilt in Frankreich jedoch nur bedingt.

Die volle Anerkennung der Verfassung als Normengefüge und die Sanktionierung dieses Normengefüges durch die Gerichtsbarkeit waren dem staatsrechtlichen Denken im Frankreich des 18. Jahrhunderts nämlich weitgehend fremd. So ist Sieyès' Fürsprache für eine solche Verfassungsstaatlichkeit gescheitert, und auch in der weiteren Entwicklung – vom 19. und bis ins 20. Jahrhundert – konnte sich das Rollenmodell einer Gerichtsbarkeit als politische Instanz in Frankreich nicht durchsetzen.

Einer Verankerung dieses konstitutionalistischen Rollenverständnisses der Gerichtsbarkeit stand die Auffassung entgegen, daß dies eine nicht hinnehmbare Relativierung der Lehre von der Souveränität des Volkes bedeutet hätte. Denn in der französischen Rechtskultur herrscht die Vorstellung vor, das Gesetz sei Ausfluß und Ausdruck der Volkssouveränität. Das Verabschieden von Gesetzen durch die Legislative wird in ihr bis in die heutige Zeit als *in Stellvertretung des Volkes* – des Trägers der Souveränität – erfolgend begriffen.

Die „Unantastbarkeit“ des Gesetzes von seiten der Judikative rührt noch von dem Dominieren einer weiteren Auffassung her. Geprägt auch von den rechts- und staatsphilosophischen Lehren von Rousseau und Montesquieu verkörpert in der französischen Rechtskultur das Gesetz ‚Allgemeinheit‘. Steuernde Zugriffe der Gerichtsbarkeit auf die Staatsgewalt konterkarieren dementsprechend die Sichtweise einer notwendigerweise allzuständigen und qua Selbstgesetzgebung gerechten und rechtmäßigen Legalität.⁶⁷

Wegweisend war dann eine Entscheidung des Conseil Constitutionnel von 1971, die eine gewisse Abkehr von derartigen – sogenannten ‚legizentristischen‘ – Auffassungen markiert.⁶⁸ Diese bestimmte die Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

⁶⁷ Allerdings dehnte die Gerichtsbarkeit im weiteren Verlauf ihre Kontrolle der Exekutive insofern aus, als sie Verwaltungsakte auf ihre Übereinstimmung mit (ihrer) gesetzlichen Grundlage(n) prüft(e).

⁶⁸ Zum verfassungsgeschichtlichen Hintergrund und zur Machtposition des Verfassungsrates sowie zur französischen Variante eines „Marbury vs. Madison“ siehe ADOLF KIMMEL: Der Verfassungsrat in der V. Republik. Zum ungewollten Erstarken der Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich, in: *ZParl*, 17. Bd. (1986), H. 4, 530–547; JÜRGEN HARTMANN: Verfassungsgericht, Grundrechte und Regierungssystem am Beispiel des Wandels der Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich und Kanada, in: ders./Uwe Thaysen (Hg.): *Pluralismus und Parlamentarismus in Theorie und Praxis*. Winfried Steffani zum 65. Geburtstag, Opladen 1992, 261–283; ALEC STONE: *The Birth of Judicial Politics in France*. The Conseil Constitutionnel in Comparative Perspective, New York u.a. 1992; zu den rechtstechnischen Aspekten PIERRE AVRIL/JEAN GICQUEL: *Le Conseil*

von 1789 sowie die Präambel der Verfassung als integralen Bestandteil der Verfassung der V. Republik. Somit waren die darin niedergelegten Grundrechte in den Rang einklagbarer Maßstäbe erhoben worden; die Verfassung der V. Republik hat dadurch den Charakter eines bloßen Organisationsstatus verloren.

Dessen ungeachtet kann in bezug auf das französische Rechtssystem nicht von einer umfassend ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit gesprochen werden:

- Das französische Recht kennt keine Individualbeschwerde;
- dem Conseil Constitutionnel steht nur das Recht zur abstrakten, nicht aber zur konkreten Normenkontrolle zu – und auch diese nur in einem eingeschränkten Sinn; (nämlich in folgender Hinsicht:)
- der Verfassungsrat vermag zwar Gesetze daraufhin zu prüfen, ob sie im Einklang mit der Verfassung stehen, doch ist diese Verfassungsmäßigkeitskontrolle auf deren Prüfung *vor* ihrer Verkündung beschränkt. Mit anderen Worten: die französische Verfassungsgerichtsbarkeit besitzt nur die Zuständigkeit zur präventiven Normenkontrolle.⁶⁹

Hierin zeigt sich die Wirkmächtigkeit des ‚Legizentrismus‘ der französischen Rechtskultur.

4. Schweiz

Auf der Schwelle zum 21. Jahrhundert hat die Schweizerische Eidgenossenschaft eine Verfassungsreform durchgeführt.⁷⁰ Vorausgegangen war dieser Reform eine Zeitspanne von ca. 35 Jahren, während der über die Inhalte dieses Projektes debattiert wurde und Verfassungsentwürfe ausgearbeitet wurden. Im Zuge dieses Prozesses

Constitutionnel, Paris 2005 [5. Aufl.]; FROMONT: Der französische Verfassungsrat [aaO. FN 22 S. 19 dieser Arbeit]. Umfassend (auch mit geschichtlicher Vertiefung) MELS: *Bundesverfassungsgericht und Conseil Constitutionnel* [aaO. FN 22 S. 19 dieser Arbeit].

⁶⁹ Hinzukommt, daß die Befugnis des Verfassungsrats selbst zur präventiven Normenkontrolle eingeschränkt ist: Nur die *lois organiques* und die Geschäftsordnungen der beiden Kammern müssen vor ihrer Verkündung vom Conseil Constitutionnel geprüft werden. Die einfachen Gesetze (*lois ordinaires*) sowie internationale Verträge, die der Ratifizierung unterliegen, können dem Verfassungsrat vorgelegt werden. Ausgenommen von dessen Prüfungszuständigkeit sind überdies durch Referendum gebilligte Gesetze. Demnach kann der Verfassungsrat nur bei Gesetzen angerufen werden, die vom Parlament beschlossen wurden. Auch der eingeschränkte Zugang zum Conseil Constitutionnel spricht gegen ein Vorliegen einer umfassend ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit, geschweige denn für ein ‚verfassungsgerichtliches‘ Kompetenzprofil: Einzelne Parlamentsmitglieder oder einzelne Staatsbürger können den Verfassungsrat nicht anrufen. Dieses *droit de saisine* ist auf den Staatspräsidenten, den Premierminister, die Präsidenten der beiden Kammern und – seit der Reform von 1974 – auch auf eine Gruppe von jeweils 60 Abgeordneten oder Senatoren beschränkt. Vgl. MELS: *Bundesverfassungsgericht und Conseil Constitutionnel* [aaO. FN 22 S. 19 dieser Arbeit], 220–221; 272–273; 275; 301–305; 316–318 [jeweils mwN.].

⁷⁰ Einführend zum politischen System der Schweiz WOLF LINDER: Das politische System der Schweiz, in: Wolfgang Ismayr (Hg.): *Die politischen Systeme Westeuropas*. 3., aktual. u. überarb. Aufl., Opladen 2003, 487–520.

diskutierten Politiker, Verfassungsexperten sowie die bürgerliche Öffentlichkeit auch das Für und Wider eines Ausbaus der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene, figurierte das Vorhaben der Errichtung einer umfassenden Konstitutionsjurisdiktion immerhin auf der Traktandenliste der politischen Willensbildung oder gelangte sogar in das Umfeld der verfassungsändernden respektive -gebenden Verfahren⁷¹.

Namentlich ein Reformvorschlag der zentralstaatlichen Kollegialregierung – des Bundesrates – verdient eine besondere Beachtung. Der Bundesrat sprach sich 1996 in einem Entwurf für eine konzentrierte Verfassungsgerichtsbarkeit in Gestalt des Bundesgerichts in Lausanne aus. So sollten Bundesgesetze durch das Lausanner Gericht auf ihre Übereinstimmung mit verfassungsmäßigen Rechten und dem Völkerrecht überprüft werden (können). Stellte das Bundesgericht den Fall einer Verletzung fest, sollte es die von ihm gerügten gesetzlichen Bestimmungen nicht anwenden. Dieses Modell einer akzessorischen Verfassungsgerichtsbarkeit enthielt auch das Klagerecht der Kantone zum Schutz ihrer verfassungsmäßigen Rechte. Aber dieser Vorstoß scheiterte ebenso wie andere Bestrebungen im Rahmen der Revision der Bundesverfassung.⁷²

Auf mittlere Sicht dürfte damit der formelle verfassungsrechtliche Reformprozeß *in puncto* Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene abgeschlossen sein. Auf längere Sicht scheint eine Dynamik hinsichtlich der bundesgerichtlichen Zuständigkeiten hingegen nicht ausgeschlossen, zumal von der völkerrechtlichen Eingebundenheit der Schweiz Anstöße ausgehen könnten hin zu einem umfassenden verfassungsgerichtlichen Mandat. Zuallererst sind hier die rechtlichen Verflechtungen mit dem Europarat und den damit verknüpften juristischen Verpflichtungen aufgrund der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu nennen. Zudem ist längerfristig ein Beitritt der Eidgenossenschaft zur EU möglich. Die Schweiz würde dadurch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unterliegen, und diese faktische Form von Verfassungsgerichtsbarkeit könnte dann Impulse für einen Ausbau der helvetischen Verfassungsgerichtsbarkeit geben. Ohnedies ist zu erwähnen, daß im

⁷¹ Nach schweizerischem Verfassungsrecht besteht zwischen Verfassungsänderung und Verfassungsgebung kein Unterschied: „Der Weg der Totalrevision der Bundesverfassung eröffnet die constitutione lata, auf dem Boden einer normativen Kontinuität, Verfassungsänderungen unterschiedlicher formeller und materieller Tragweite. Bundesversammlung, Volk und Stände sind die verfassungsgebende Gewalt, sie üben diese im Rahmen von Total- oder Teilrevisionen aus.“ [RENÉ RHINOW/Unter Mitarb. v. Ursula Abderhalden u.a.: *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts*, Basel; Genf; München 2003, 73–74].

⁷² Hierzu RHINOW: *Grundzüge* [aaO. FN 71 S. 37 dieser Arbeit], 462 mwN. und CHRISTOF WAMISTER: «Kalte Füße» im Bundeshaus: Normenkontrolle gestrichen, in: *Basler Zeitung*, Nr. 235 (8. 10. 1999), 10. Zu den Zuständigkeiten des Bundesgerichts vor Inkrafttreten der gegenwärtigen Bundesverfassung WALTER HALLER: Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: Christian Starck/Albrecht Weber (Hg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. Teilband I: Berichte*, Baden-Baden 1986, 179–217; zu den bis heute wirkenden geschichtlichen Hintergründen dieses Zuständigkeitsprofils STEFAN OETER: Die Beschränkung der Normenkontrolle in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Ein Beitrag zu Entstehung und gegenwärtiger Bedeutung des Art. 113 Abs. 3 der Schweizer Bundesverfassung, in: *ZaöRV*, 50. Bd. (1990), H. 3, 545–598.

Kreis der wissenschaftlichen Fachöffentlichkeit die Debatte über den Ausbau der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit weiterhin schwelt. Bemerkenswert ist ferner, daß die am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Bundesverfassung in ihrem 2. Titel: „Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialziele“ systematisierte Grundrechtsteile enthält (1. Kapitel: Art. 7 bis Art. 36 sowie 2. Kapitel: Art. 37 bis 40), während in der Vorgängerverfassung die grundrechtlichen Bestimmungen noch im Text verstreut waren.⁷³ Freilich erlaubt dieser Umstand nicht mehr als die Feststellung, daß den Instituten einer verfassungsrechtlich breit abgestützten Individualverfassungsbeschwerde und einer ebensolchen repressiven Normenkontrolle der Boden bereitet wäre. Ein gerichtliches Mandat *hierfür* ist dogmatisch nicht ableitbar.

Auf dem Wege eines Verfassungswandels, also nicht in Gestalt der formellen Reform einer Total- oder Teilrevision der Bundesverfassung sind überdies kleinere Schritte hin zu einer verstärkten Wahrnehmung verfassungsgerichtlicher Aufsicht möglich. Dies deswegen, weil eine Schlüsselnorm für das verfassungsgerichtliche Kompetenzprofil auf Bundesebene, Artikel 191 BV, die verfassungsgerichtliche Kontrolle sowohl massiv beschränkt als auch – gleichsam durch die Hintertüre – eröffnet. Artikel 191 BV statuiert, Bundesgesetze und Völkerrecht seien für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden maßgebend. Dadurch ist dem Bundesgericht verwehrt, Verfassungsverstöße gegenüber *Bestimmungen in Bundesgesetzen* in einem Rechtsschutzverfahren geltend zu machen. Aus der Schlüsselnorm kann jedoch zugleich ein Aufgabefeld für die Jurisdiktion gefolgert werden – nämlich das Wachen über die Einhaltung des (zwingenden) des Völkerrechts (Art. 191 in Verbindung mit Art. 5 Satz 4: „Bund und Kantone beachten das Völkerrecht“). Das Bundesgericht hat diese Folgerung bei seiner Rechtsprechung wohl überwiegend vertreten, indem es (auch) Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit den (direkt anwendbaren) Garantien der EMRK überprüft hat. Da die Garantien der EMRK nur zum Teil die grundrechtlichen Vorschriften der Bundesverfassung abdecken, führt diese Version einer „indirekten Verfassungsgerichtsbarkeit“ allerdings zu einem gespaltenen Grundrechtsschutz.⁷⁴

Die Betonung des Aspekts eines verhinderten beziehungsweise „nur“ in geringem Maße eingetretenen Ausbaus der Verfassungsgerichtsbarkeit soll allerdings über

⁷³ Die Bundesverfassung gilt gegenwärtig in der Fassung vom 29. 3. 2005 [Der Text ist zu finden unter www.admin.ch/ch/d/sr/c101.html – 12. 7. 2005]. Die Reform der Bundesverfassung setzte sich nach dem „Baukastenprinzip“ (bislang) aus drei Teilen zusammen: einer in erster Linie lediglich „nachgeführten“ Bundesverfassung, einer Justizreform und einer Reform der Volksrechte. Die „Nachführung“ der Bundesverfassung bedeutete weniger eine tiefgreifende Umgestaltung, sondern eher eine ordnende und punktuelle Erneuerung. Verfassungstext und Verfassungswirklichkeit sind nun stärker aneinander angenähert und die Übersichtlichkeit und Systematik der Vorschriften gestiegen. Sowohl die Reform der Volksrechte als auch die der Justiz zielten hingegen in einem stärkeren Ausmaß auf konstitutionelle Innovationen. Im Rahmen der Justizreform war insbesondere auch die Etablierung des Instituts der konkreten Normenkontrolle zunächst anvisiert, dann aber zurückgezogen worden.

⁷⁴ Zu dieser Urteilspraxis und zur Problematik eines gespaltenen Grundrechtsschutzes RHINOW: *Grundzüge* [aaO. FN 71 S. 37 dieser Arbeit], 461–462 mwN.