

Hans Vorländer (Hrsg.)

Die Deutungsmacht der Verfassungs- gerichtsbarkeit



VS VERLAG FÜR SOZIALWISSENSCHAFTEN

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.

Gefördert mit Mitteln der Deutschen Forschungsgemeinschaft im Rahmen des Sonderforschungsbereiches 537 „Institutionalität und Geschichtlichkeit“ an der Technischen Universität Dresden.

1. Auflage Februar 2006

Alle Rechte vorbehalten

© VS Verlag für Sozialwissenschaften/GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2006

Der VS Verlag für Sozialwissenschaften ist ein Unternehmen von Springer Science+Business Media.
www.vs-verlag.de



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

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg

Druck und buchbinderische Verarbeitung: MercedesDruck, Berlin

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISBN 3-531-13745-X

INHALT

Vorwort.....	7
--------------	---

HANS VORLÄNDER

Deutungsmacht – Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit.....	9
---	---

I. WAS IST DEUTUNGSMACHT? THEORETISCHE ÜBERLEGUNGEN

RAINER SCHMIDT

Macht, Autorität, Charisma.

Deutungsmacht in Max Webers Herrschaftssoziologie.....	37
--	----

JULIA SCHULZE WESSEL

Über Autorität	57
----------------------	----

DANIEL SCHULZ

Theorien der Deutungsmacht.

Ein Konzeptualisierungsversuch im Kontext des Rechts	67
--	----

ANDRÉ BRODOCZ

Die souveränen Deuter.

Symbolische Voraussetzungen – instrumentelle Rahmenbedingungen - praktische Auswirkungen.....	95
--	----

GARY S. SCHAAL

Verfassungsgerichtliche Deutungsmacht und rationale Selbstbindung.....	121
--	-----

II. DIE DEUTUNGSMACHT DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

DIETRICH HERRMANN

Akte der Selbstautorisierung als Grundstock institutioneller Macht

von Verfassungsgerichten	141
--------------------------------	-----

ANDRÉ BRODOCZ

Balancen der Macht.

Über die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts in den 50er Jahren	175
---	-----

STEVEN SCHÄLLER Präjudizien als selbstreferenzielle Geltungsressource des Bundesverfassungsgerichts	205
ANDRÉ BRODOCZ / STEVEN SCHÄLLER Hinter der Blende der Richterbank. Über den Tag der offenen Tür am Bundesverfassungsgericht	235
HANS VORLÄNDER / ANDRÉ BRODOCZ Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage.....	259
III. KOMPARATIVE PERSPEKTIVEN	
DANIEL SCHULZ Juristische Deutungsmacht in Frankreich. Verfassungsrecht und Politikwissenschaft in der V. Republik.....	299
JUTTA STAMER Zur Deutungsmacht des Supreme Court of Canada in der Kanadischen Föderation	317
CLAUDIA CREUTZBURG Deutungsmacht und ungeschriebene Verfassung: England.....	339
JULIA SCHULZE WESSEL Mächtiger Autor – Ohnmächtiger Interpret. Die Verfassunggebung in der Deutschen Demokratischen Republik.....	363
Personenregister	379
Sachregister	383
Autorenverzeichnis	391

Akte der Selbstautorisierung als Grundstock institutioneller Macht von Verfassungsgerichten

Dietrich Herrmann

Es war notwendigerweise Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, seinen Status selbst im Rahmen des Gesamtgefüges der Verfassung zu definieren.¹

Le Conseil constitutionnel n'est pas la seule juridiction à s'être ainsi « autoproclamée » cour constitutionnelle. Le Conseil est en effet devenu de lui-même une cour constitutionnelle.²

Chief Justice Marshall ...declared in the notable case of Marbury v. Madison ... that "It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is." This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system.³

1 Einleitung

Mit der Gründung eines Staates durch eine Verfassung ist es nicht getan. Zu ihrer fortdauernden Geltung bedarf die Verfassung einer autoritativ interpretierenden Institution. Mit dem Prozess der Gründung ist der Aufbau charismatischer Autorität verbunden, die sich auf den Gründungsakt, Gründungsdokumente und den oder die Gründer fokussiert. Die Frage ist dann, wie die Autorität von Gründungsakt, Gründungsdokumenten und den Gründern auf die Institution autoritativer Verfassungsinterpretation transferiert bzw. von dieser Institution angeeignet werden kann.⁴

Im deutschen Grundgesetz ist für die Interpretation der Verfassung eine eigene Institution explizit vorgesehen – das Bundesverfassungsgericht. Doch hat das Verfassungsgericht zunächst nur eine vom Verfassungsgeber *geliehene* Autorität, es verfügt jedoch nicht über die Machtmittel zur Umsetzung seiner Entscheidungen. Diese sind zunächst

1 Gerhard Leibholz (Richter des Bundesverfassungsgerichts 1951-1971), *Journal des Öffentlichen Rechts* N.F. 6 (1957), S. 112-113.

2 Das ehemalige Mitglied des französischen Conseil constitutionnel, Noëlle Lenoir: *Le métier de juge constitutionnel*. Entretien, in: *Le débat* 114 (2001), S. 178-192; Auszüge in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/temoignages/lenoir.htm> 20.6.2005.

3 *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958), S. 18.

4 Hans Vorländer: *Verfassungsgeschichten. Über die Kontinuierung des konstitutionellen Moments*, in: Gert Melville / Karl-Siegbert Rehberg (Hrsg.): *Gründungsmythen, Genealogien, Memorialzeichen. Beiträge zur institutionellen Kontinuität*. Köln / Wien / Weimar 2004, S. 177-185; Hannah Arendt, *Über die Revolution*. München 1974, S. 256, Hans Vorländer: *Gründung und Geltung. Die Konstitution der Ordnung und die Legitimität der Konstitution*, in: Gert Melville / Hans Vorländer (Hrsg.): *Geltungsgeschichten. Über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen*. Köln / Wien / Weimar 2002, S. 242-264 (hier: S. 248), zur Bedeutung des Charismas für die Autorität siehe Rainer Schmidt: *Macht, Autorität und Charisma. Deutungsmacht in Max Webers Herrschaftssoziologie*, in diesem Band.

nicht mehr als Interpretations- oder Deutungsangebote. Das Gericht ist daher auf die institutionelle Achtung und den Respekt derjenigen angewiesen, die über die entsprechenden Machtmittel verfügen – sei es die Exekutive, die letztlich über die Polizeigewalt die Umsetzung von Entscheidungen erzwingen kann, sei es die Legislative, die über ihr Haushaltsrecht finanzielle Mittel bereitstellen oder sperren kann.⁵

In den Vereinigten Staaten, mit der längsten Tradition der richterlichen Kontrolle von Gesetzen, war das erst 1910 von Edward S. Corwin so bezeichnete Prinzip des *Judicial Review*⁶ nicht eindeutig in der Verfassung erwähnt, auch die zeitgenössische politische und juristische Diskussion gibt keinen eindeutigen Aufschluss; in der französischen Verfassung von 1958 war eine richterliche Normenkontrolle nach dem Muster der Vereinigten Staaten nicht vorgesehen – die Äußerungen der Akteure sind zu dieser Frage eindeutig. Doch gleich, ob von der Verfassung explizit – wie im deutschen Falle – dazu autorisiert oder nicht, bedarf eine Institution, die das richterliche Prüfungsrecht ausüben will, einer Autorität *unabhängig* von der Autorität des Verfassungsgebers, nämlich einer Autorität, die sich auf den Text der Verfassung selbst gründet.

Der Aufbau von institutioneller Autorität für ein Verfassungsgericht und daraus folgend die Bereitschaft, die Interpretationsangebote eines Verfassungsgerichts anzunehmen und ihnen Folge zu leisten, ist also keineswegs ein Automatismus, sondern ein komplexer Prozess. Zum einen fehlt der neuen Institution Verfassungsgerichtsbarkeit eine unmittelbare eigene Legitimation, die Legislative und Exekutive durch Wahlen bekommen haben. Zum anderen nehmen in der Phase unmittelbar nach dem Inkrafttreten einer Verfassung Autoren der Verfassung oftmals – so auch in den hier betrachteten Fällen – herausragende Positionen in Exekutive und Legislative ein. Diese können mit einer gewissen Plausibilität von sich behaupten, „authentische“ Interpreten der Verfassung zu sein. Einer solchen authentischen Interpretation durch Autoren der Verfassung selbst könnte ein Verfassungsgericht, selbst wenn es dazu durch den *Text* der Verfassung legitimiert wäre, nur schwer entgegenzutreten.⁷

Im Folgenden wird nach einem Überblick über die Situation der drei Verfassungsgerichte in Deutschland, den USA und Frankreich⁸ in ihrer Anfangsphase die These vertreten und begründet, dass Verfassungsgerichte sich in Akten der Selbstautorisierung

5 Dieser klassische Zusammenhang wird von Alexander Hamilton im 78. Federalist erkannt und ist daran anschließend oftmals beschrieben worden. Vgl. u.a. den Klassiker Alexander Bickel: *The Least Dangerous Branch*. New Haven / London 1986 [1962].

6 Edward S. Corwin: *The Establishment of Judicial Review*, in: *Michigan Law Review* 9 (1910/11), S. 102-125; 283-316.

7 Stuart S. Nagel: *Court Curbing Periods in American History*, in: *Vanderbilt Law Review* 18 (1965), S. 925-944 (repr. in: Theodore Becker / Malcolm Feeley (eds.): *The Impact of Supreme Court Decisions*. New York 1973, S. 9-21). Nagel begründet die relativ häufigen Attacken auf den Supreme Court Anfang des 19. Jahrhunderts mit einer noch nicht gewachsenen Autorität des Gerichts in Verbindung mit dem Anschein von Parteilichkeit bei etlichen Richtern.

8 Inwieweit der französische *Conseil constitutionnel* als „Verfassungsgericht“ zu bezeichnen ist, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung – hierzu François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction?*, in: *Revue du droit public* (1979 Heft 1), S. 27-43. Unbestritten ist (mittlerweile) seine verfassungsrechtsprechende Kompetenz, auf die es hier ankommt; daher wird er in diesem Kontext unter „Verfassungsgerichte“ subsumiert.

von der *geliehenen*⁹ Autorität des Verfassungsgebers emanzipieren müssen und dass diese Autoritätsbehauptung stets der Anerkennung durch andere Akteure im Gemeinwesen bedarf.

2 Der Übergang vom Autor zum Interpreten

Für die fortwirkende Geltung der Gründung stellt sich die Frage, „wie die Autorität, ‚die der Gründungsakt und das Einigen-neuen-Anfang-Setzen in sich tragen‘, auf Dauer gestellt werden kann“.¹⁰ Als paradigmatisch kann der französische Fall daher insofern gelten, als Charles de Gaulle unbestritten als der Gründer der V. Republik schlechthin galt und dieselbe Person mit dem Amt des Staatspräsidenten eine, ja die zentrale Position der neugeschaffenen Republik innehatte. Für die USA und für die Bundesrepublik kann dies nicht mit dieser Bestimmtheit formuliert werden. Mit dem Abtreten und Tod de Gaulles 1969 und 1970 war in Frankreich ein zuvor undenkbar erscheinender Bruch möglich. Gaston Palewski, von de Gaulle ernannter Präsident des Conseil constitutionnel 1965-74, hatte Mitte der Sechzigerjahre versucht, den Staatspräsidenten zur vorsichtigen Ausweitung der Kompetenzen des Conseil constitutionnel zu bewegen, ein Ansinnen, das de Gaulle brüsk von sich wies und als Angriff auf die Prärogativen des Präsidenten bezeichnete.¹¹ „Solange der Stuhl des Präsidenten von General de Gaulle besetzt ist, fällt der Conseil constitutionnel unter die Kategorie der unterwürfigen Ja-Sager,“ resümierte Palewski in seinen Memoiren.

Mir schien es absurd, dem Autor der Verfassung erklären zu wollen, wie diese anzuwenden sei. Wenn ich meine schüchternen Einwände vorbrachte, erklärte mir der General die genauen Gründe, die ihn dazu bewegten, diesen oder jenen Artikel in die Verfassung aufzunehmen, und ich konnte schlecht die Verfassung gegen ihren Autor ins Feld führen.¹²

Die Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 16. Juli 1971 bestimmte die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 und die Präambel zur Verfassung von 1946 zum Teil des Maßstabs, den der Conseil constitutionnel in seiner Prüfung der Verfassungsmäßigkeit anlegt.¹³ Diese Entscheidung hatte eine erhebliche Ausweitung der Rechtsprechungskompetenz auf die Grundrechte zur Folge und wäre zu Lebzeiten de Gaulles nicht denkbar gewesen. So hat Dominique Chagnollaud die Entscheidung auch als zweiten

9 Der Ausdruck „geliehen“ bezieht sich hier lediglich auf das Bundesverfassungsgericht, ist doch die richterliche Normenkontrolle im amerikanischen und französischen Fall zunächst offengelassen bzw. explizit abgelehnt worden.

10 Vorländer, Gründung und Geltung (Fn. 4), S. 248.

11 Wolfram Vogel: Demokratie und Verfassung in der V. Republik. Frankreichs Weg zur Verfassungsstaatlichkeit. Opladen 2001, S. 148f., Gaston Palewski: Mémoires d'action 1924-1974. Paris 1988, S. 290.

12 Palewski, Mémoires d'action (Fn. 11), S. 292 (Zitat-Übersetzung Vogel, Demokratie und Verfassung (Fn. 11), S. 149); Pierre Avril: Les Conventions de la Constitution. Paris 1997, S. 4. Dominique Chagnollaud: Droit et politique sous la Ve République, in: ders.: La vie politique en France. Paris 1993, S. 20f.

13 Zu dieser Entscheidung s.u. Abschnitte 6 und 7.

Tod des Gründers bezeichnet,¹⁴ während Léo Hamon die Entscheidung die zweite Geburt des Conseil constitutionnel genannt hat.¹⁵ *Tod* des Gründers und *Geburt* des Interpreten – welche Metaphern könnten besser den Bruch markieren? Der Gründer der Republik und Autor der Verfassung de Gaulle trat ab, womit seine Überhöhung und gleichzeitig der Bezug auf ihn als Gründer möglich wurde.¹⁶

Dem neuen Präsidenten Pompidou zu zeigen, dass er nicht de Gaulle ist, war eines der Ziele der beiden „Väter“ der Entscheidung von 1971, Senatspräsident Alain Poher, der den Conseil constitutionnel anrief, und Gaston Palewski, einstmals enger Mitarbeiter de Gaulles und nun Präsident des Conseil constitutionnel. Poher erinnerte sich an ein Telefonat mit Gaston Palewski: „Wenn der General, Vater der Verfassung, noch an der Macht wäre,“ so Palewski, „hätte dieser niemals einen solchen Text akzeptiert.“ Und bezogen auf den neuen Präsidenten sagte er: „Man muss Pompidou klar machen, dass er nicht de Gaulle ist, er braucht eine Lektion, man muss ihn an die Ordnung erinnern.“¹⁷

In den USA und in Deutschland war dies erheblich komplexer – waren doch Autor und Gründer in keiner Hinsicht von einer einzelnen Person verkörpert wie in Frankreich. Eine Verfassungsinterpretation durch einzelne Autoren der amerikanischen Verfassung oder des Grundgesetzes konnte nicht in gleicher Weise den Anspruch auf Authentizität erheben wie de Gaulle dies für die Verfassung der V. Französischen Republik tat – in den USA und der Bundesrepublik standen solchen Ansprüchen oftmals konkurrierende Deutungen der Verfassung gegenüber, die einen ähnlichen Anspruch auf Authentizität reklamieren konnten. Dies eröffnet umso weiter das Feld für eine eigenständige Institution, die autoritativ die Verfassung interpretiert, wenn diese Institution – das Verfassungsgericht – in der Lage ist, institutionelle Autorität zu entwickeln und somit die Voraussetzungen für die Akzeptanz seiner Verfassungsinterpretation schafft.

3 Unklarheit über den verfassungsrechtlichen Status der Institution Verfassungsgericht

In der Anfangszeit der verfassungsrechtsprechenden Institutionen herrschte in vielerlei Hinsicht Unklarheit über deren Status.¹⁸ In den USA ist der Supreme Court in den ersten Jahrzehnten in erster Linie „Oberstes Bundesgericht“; der besondere Charakter von *Marbury v. Madison* als erster Entscheidung, in der die Überprüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit explizit vor dem Hintergrund der *geschriebenen* Verfassung

14 Chagnollaud, *Droit et politique sous la Ve République*, (Fn. 12), S. 20; Vogel, *Demokratie und Verfassung* (Fn. 11), S. 155.

15 Léo Hamon: *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir*. Paris 1987, S. 159.

16 Vgl. Vorländer, *Gründung und Geltung* (Fn. 4), S. 252-256.

17 « Si le général, père de la Constitution, était encore au pouvoir, jamais il n'aurait accepté un tel texte. Il faut faire comprendre à Pompidou qu'il n'est pas de Gaulle, lui donner une leçon, le rappeler à l'ordre... » Alain Poher: *Trois fois président*. Paris 1993, Avril, *Les Conventions de la Constitution* (Fn. 12), S. 4

18 Shannon I. Smithey: *Judges As Constitution Makers: Strategic Assertions of Judicial Authority*, unveröff. Manuskript. Presented at Annual Meeting of Midwest Political Science Association 1999; Working Paper Archive of the Law and Courts Section of the American Political Science Association <http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/workingpaperarchive/Smithey.pdf> 20.6.2005.

vorgenommen wird und ein vom Kongress verabschiedetes Gesetz für verfassungswidrig erklärt, war Zeitgenossen nicht in der Weise präsent, wie dies heute erscheinen mag.

Zum einen stand die Idee der Begrenzung der Macht von Legislative und Exekutive in einer jahrzehntelangen anglo-amerikanischen Rechtstradition: In der – ungeschriebenen – britischen *Ancient Constitution* hatte sich zwar keine institutionelle Verortung der Überprüfung von Verstößen etabliert, doch gab es immer wieder Fälle, in denen Gerichte Entscheidungen von Legislative und Exekutive korrigierten.¹⁹ Zum anderen war die Entscheidung *in der Sache* affirmativ gegenüber der Exekutive und der großen Mehrheit im Kongress. Schließlich erhielt *Marbury v. Madison* erst im 20. Jahrhundert die Prominenz als erste bewusste Ausübung des *Judicial Review*: Erstmals als Präzedenzfall für das *Judicial Review* Ende des 19. Jahrhunderts in einer Entscheidung des Supreme Court zitiert, folgten bis 1958 nur zehn weitere Bezugnahmen auf die Entscheidung.

Zwar wurde neben etlichen Gesetzen der Einzelstaaten auch in *Dred Scott v. Sandford* (1857)²⁰ ein vom Kongress verabschiedetes Gesetz kassiert – erstmals seit *Marbury* –, doch bezog sich der Supreme Court in seiner Begründung der Verfassungswidrigkeit ebenso wenig auf *Marbury* wie in den etwa 20 Fällen zwischen 1865 und 1894, bei denen er auf eine Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen erkannte.²¹

Der Status des westdeutschen Bundesverfassungsgerichts war in den Anfangsjahren der Bundesrepublik nicht minder unklar. War im Parlamentarischen Rat umstritten, ob es ein einheitliches Oberstes Bundesgericht geben sollte oder eine Aufgabenteilung mit einem für verfassungsrechtliche Fragen zuständigen Bundesverfassungsgericht, so blieb auch nach der Entscheidung für die zweite Lösung der Status für das Bundesverfassungsgericht gegenüber dem Bundesgerichtshof, aber auch gegenüber den Gewalten der Exekutive und Legislative unscharf. Zwar waren im Grundgesetz Zuständigkeiten geregelt, das Gericht selbst konnte jedoch erst nach einem noch zu erlassenden Bundesgesetz eingerichtet werden.²² Der sogenannte Status-Streit um die verfassungsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts illustriert die anfängliche Unklarheit über die Stellung der neuen Institution gegenüber den gewählten Gewalten und den Gerichten. Die von den Richtern vertretene Auffassung, es handle sich beim Bundesverfassungsgericht sowohl um „eine echte richterliche Körperschaft“, und „als der oberste Hüter der Verfassung [sei es] nach Wortlaut und Sinn des Grundgesetzes zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan“, stieß auf den Widerstand bei den anderen Gewalten.²³

19 Siehe hierzu Dietrich Herrmann: „It is, emphatically, the province and duty of the judicial department to say what the law is.“ Zur Begründung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA, in: André Brodocz / Christoph O. Meyer / Rene Pfeilschifter / Beatrix Weber (Hrsg.): Institutionelle Macht. Genese – Verstetigung – Verlust. Köln / Wien / Weimar 2005, S. 105-120 sowie Gerald Stourzh: Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert, in: ders.: Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates. Köln / Wien 1989, S. 37-74.

20 *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (6.3.1857).

21 Robert Lowry Clinton: *Marbury v. Madison* and Judicial Review. Lawrence, Kan. 1989, S. 119.

22 Hierzu Heinz Laufer: Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1968, insbes. S. 93.

23 Gerhard Leibholz: Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts in der sogenannten „Statusfrage“, in: Journal des Öffentlichen Rechts N.F. 6 (1957), S. 120-137; Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts (27.6.1952; gerichtet an

Während sich die Bundesregierung nach außen hin zurückhielt, kritisierte der von Justizminister Dehler bestellte Gutachter Richard Thoma die Prämissen und Grundlagen der Denkschrift, hinsichtlich der konkreten Forderungen der Richter des Bundesverfassungsgericht gab er sich allerdings erheblich konzilianter.²⁴

Nach der Denkschrift ergaben sich konkrete Schlussfolgerungen aus der Eigenschaft des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan: Danach sollte das Gericht keinem anderen Verfassungsorgan in irgendeiner Weise organisatorisch unterstellt oder von ihm abhängig sein, was sich u.a. gegen die verwaltungsmäßige Aufsichtsbefugnis des Bundesjustizministeriums richtete. Des Weiteren sollte das Bundesverfassungsgericht auch haushaltsmäßig vom Justizministerium oder der Bundesregierung unabhängig sein. Dann sollten die Mitglieder des Verfassungsgerichts als Träger des Verfassungsorgans nicht als Beamte qualifiziert werden. Leibholz und seinen Kollegen war offensichtlich die Bedeutung des Vertrauens der Bevölkerung in die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit bewusst, weshalb in die Denkschrift ausdrücklich eine würdige Behandlung der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts eingefordert wird: „Erst wenn es gelingt, dem Volk die repräsentative Stellung des Bundesverfassungsgerichts auch bildhaft einzuprägen, wird das Bundesverfassungsgericht seine zugleich politisch integrierende Funktion innerhalb des Staats- und Volksganzen voll erfüllen können.“²⁵

Auch könne der Beamtenstatus für die Richter am Bundesverfassungsgericht als Träger eines Verfassungsorgans nicht angewendet werden; ebenso dürften Vorschriften, Begriffe und Kategorien, die für Richter im Allgemeinen galten, nicht ohne weiteres auf Richter am Bundesverfassungsgericht übertragen werden – aufgrund der grundsätzlich anderen Stellung im Verfassungsgefüge.²⁶

Die von Leibholz formulierte Denkschrift wurde von allen Richtern mit Ausnahme von Präsident Höpker-Aschoff und Willi Geiger mitgetragen. Die Ausnahmen sind insofern bemerkenswert, als die beiden mehr als alle anderen Richter sowohl in die Erarbeitung des Grundgesetzes (vor allem Höpker-Aschoff als Mitglied des Parlamentarischen Rates) als auch in die Ausarbeitung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Geiger als federführender Beamter des Bundesjustizministeriums) eingebunden waren. Beide waren zudem mit Justizminister Thomas Dehler gut bekannt: Höpker-Aschoff als persönlicher Freund und Kollege aus dem Parlamentarischen Rat und dem Bundestag; Geiger als ehemaliger persönlicher Referent Dehlers im Ministerium.²⁷ Höpker-Aschoff schickte der Denkschrift ein in seinem Duktus fast unterwürfiges Begleitschreiben an seinen Parteifreund Dehler

Bundespräsident, Präsidenten von Bundestag und Bundesrat sowie Bundesregierung, veröffentlicht am 19.1.1953), in: Juristenzeitung 8, 5 (1953), S. 157-158 (wiederabgedr. in Journal des Öffentlichen Rechts N.F. 6 (1957), S. 144-148); Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß (Fn. 22), S. 279.

24 Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Auf Ersuchen des Herrn Bundesministers der Justiz erstattet von Richard Thoma (1952), veröffentlicht in: Journal des Öffentlichen Rechts N.F. 6 (1957), S. 161-194.

25 Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts (Fn. 23), S. 158.

26 Ebd., S. 158.

27 Richard Ley: Willi Geiger †, in: Neue Juristische Wochenschrift (1994 Heft 16), S. 1050f.; Friedrich-Wilhelm Dopatka: Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt. Zur Analyse des Bundesverfassungsgerichts und der adressatenspezifischen Bezüge seiner Rechtsprechung. Berlin 1982, S. 95; Richard Häußler: Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts. Berlin 1994, S. 25.

hinterher. Er betrachtete die Feststellungen der Denkschrift, wie er es selbst formulierte, als „Anträge“ oder „Wünsche“; die Übermittlung einiger finanziell relevanter Aspekte durch den Justizminister an den Finanzminister begrüßte er „dankbar“. Die grundsätzlichen Überlegungen und Feststellungen der Status-Denkschrift kommentierte Höpker-Aschoff nicht, von der Umsetzung der meisten praktischen Folgerungen riet er explizit ab. Er müsse, so schrieb er, „mit Entschiedenheit bestreiten, daß das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts davon abhängt, ob ihm die Justizverwaltung als Selbstverwaltung übertragen wird. Das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts beruht auf dem Persönlichkeitswert seiner Richter und der Weisheit seiner Entscheidungen“.²⁸

Die ungefestigte Position des Bundesverfassungsgerichts spiegelte sich darüber hinaus wider in den für das institutionelle Ansehen des Gerichts schädlichen Auseinandersetzungen des Gesetzgebers um die innere Organisation des Gerichts. 1954 bis 1956 gab es im Zusammenhang der anstehenden Novellen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und der Richterneuwahlen Konflikte über die personelle Besetzung des Gerichts, die dann in vorläufigen Amtszeitverlängerungen um lediglich ein Jahr mündeten.²⁹

Der französische Conseil constitutionnel wurde 1958 in expliziter Abgrenzung zur amerikanischen Tradition des *Judicial Review* eingerichtet; Ziel der Autoren der Verfassung um de Gaulles Justizminister Michel Debré war ein „rationalisierter Parlamentarismus“.³⁰ Schon in seiner viel zitierten Rede von Bayeux im Juni 1946 hatte de Gaulle im neuen Staatsgefüge dem *Präsidenten* die Rolle des Schiedsrichters, der über den Parteien und den Unwägbarkeiten des Alltags stehe, zugeordnet.³¹ Dies kam in der Verfassung der V. Republik von 1958 zum Ausdruck, wo in Artikel 5 der Präsident als Hüter der Verfassung bezeichnet wird: „Le président de la République veille au respect de la Constitution.“³² Eine Verfassungsgerichtsbarkeit nach amerikanischem Muster, in der nicht unmittelbar demokratisch legitimierte Gerichte vom Parlament verabschiedete Gesetze kassieren können, sollte es in Frankreich explizit nicht geben – zu frisch war einerseits die Erinnerung an vermeintliche Kompetenzüberschreitungen der amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit und zu verwurzelt war die Abneigung gegen ein „gouvernement des juges“. Beide Bezüge – sowohl auf den Supreme Court während des New Deal als auch auf die als zweifelhaft erkannte Rolle der Justiz im Ancien Régime – wurden in den Vorberatungen sowohl auf Arbeitsgruppen-Ebene als auch im Comité consultatif constitutionnel, in dem auch Parlamentarier vertreten waren, unwidersprochen zum Ausdruck gebracht. Der Conseil constitutionnel wurde nach den Erfahrungen der IV.

28 Höpker-Aschoff an Dehler 13.10.1952, in: Journal des Öffentlichen Rechts N.F. 6 (1957), S. 149-156. In einem folgenden Schreiben an Dehler wies Rudolf Katz, der Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, darauf hin, dass die Denkschrift mit Ausnahme von Höpker-Aschoff und Geiger von allen Richtern uneingeschränkt geteilt werde. Katz an Dehler 29.10.1952, in: ebd., S. 156-159.

29 Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung (Fn. 27), S. 39-47.

30 Isabelle Richir: Le chef de l'État et le juge constitutionnel, gardiens de la Constitution, in: Revue du Droit Public 4 (1999), S. 1047-1066.

31 Charles de Gaulle: Rede von Bayeux 16.6.1946, abgedruckt in: Naissance de la Cinquième République: analyse de la Constitution par la "Revue française de science politique" en 1959. Paris 1990, S. 188-192.

32 Zum Verständnis des Präsidenten als „Schiedsrichter“ siehe Didier Maus: L'institution présidentielle dans l'écriture de la constitution de 1958, in: Didier Maus / Pierre Avril / Jean-Luc Parodi (dir.): L'écriture de la Constitution de 1958. Aix-en-Provence 1992, S. 271-277.

Republik hingegen als Instrument zur Beschränkung der Macht des Parlaments gegenüber der Exekutive eingerichtet. Sowohl Raymond Janot, Regierungsbeauftragter, François Luchaire, fachlich zuständiges Mitglied der Arbeitsgruppe, die die Artikel zum Conseil constitutionnel entwarf, als auch Justizminister Michel Debré betonten, dass eine richterliche Normenkontrolle nicht eingerichtet werden sollte.³³ Charles de Gaulle selbst hatte in Ablehnung einer Verfassungsgerichtsbarkeit erklärt, „en France, la cour suprême, c’est le peuple“³⁴.

Eine Emanzipierung der Institution Conseil constitutionnel vom übermächtig erscheinenden Präsidenten Charles de Gaulle schien während dessen Amts- und Lebenszeit undenkbar. Eine gegenüber dem Präsidenten eigenständige Interpretation der Verfassung schien für den Conseil constitutionnel unmöglich, wie dessen – von de Gaulle ernannter – Präsident von 1965 bis 1974, Gaston Palewski, später treffend ausdrückte: „tant que le Général de Gaulle était à la tête de l’Etat il me semblait difficile d’avoir à propos de la Constitution une autre conception que l’auteur même de la Constitution.“³⁵ François Luchaire, nach seiner Mitwirkung an der Ausarbeitung der Verfassung über Jahrzehnte renommierter Verfassungsrechtslehrer und zur selben Zeit Mitglied des Conseil constitutionnel wie Palewski, glaubte nicht an die Eigenständigkeit des Conseil, weshalb er beispielsweise an der ersten Tagung der Vereinigung der europäischen Verfassungsgerichte nur als Repräsentant einer Institution im Beobachter-Status und nicht als Mitglied teilnahm.³⁶ So blieb der Conseil constitutionnel in den ersten 13 Jahren seiner Existenz im Schatten des Präsidenten.

4 Im Schatten der Verfassungsgeber: Verfassungsgerichte in der Frühphase

In der Gründungsphase einer Verfassungsordnung bestehen zwischen führenden Akteuren in Exekutive und Legislative und den Verfassungsrichtern oftmals enge politische, gelegentlich auch persönliche Verbindungen, die teilweise auf gemeinsamer politischer Tätigkeit vor oder im Prozess der Verfassunggebung beruhen.

Wenig überraschend ist, dass wichtige Figuren der Verfassunggebung einerseits in Exekutive und Legislative, andererseits aber auch als Richter am Verfassungsgericht des neuen Gemeinwesens eine bedeutende Rolle spielen. Dies gilt für alle drei Länder. Die ersten Präsidenten bzw. Chefrichter sowie weitere wichtige Richter gehörten der verfas-

33 Loïc Philip: Le Conseil constitutionnel, in: Didier Maus / Pierre Avril / Jean-Luc Parodi (dir.): L’écriture de la Constitution de 1958. Actes du colloque du XXX. anniversaire, Aix-en-Provence, 8, 9, 10 septembre 1988. Aix-en-Provence 1992, S. 467-482 (hier: S. 467f.). Vgl. die deutliche Ablehnung des amerikanischen Modells in Janots Erinnerung bei Didier Maus / Olivier Passelecq (dir.): Témoignages sur l’écriture de la Constitution de 1958 autour de Raymond Janot. Paris 1997, S. 62f.; Dietrich Herrmann: Neu-Gründung und Geltung. Die Gründung der V. Französischen Republik und die Institutionalisierung ihrer Verfassung, in: Dresdner Beiträge zur Politischen Theorie und Ideengeschichte (4/2002).

34 Maus / Passelecq (dir.), Témoignages sur l’écriture de la Constitution (Fn. 33), S. 70f.; Lenoir, Le métier de juge constitutionnel (Fn. 2).

35 Palewski zitiert von François Luchaire: „Souvenirs (1965-1974)“, in: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/temoignages/luchaire.htm> 20.6.2005.

36 Ebd.

sunggebenden Versammlung (Federal Convention, Parlamentarischer Rat, Arbeitsgruppe Debré/Comité constitutionnel consultatif) an bzw. agierten in deren Umfeld. Zwischen Akteuren in Legislative und Exekutive einerseits und Verfassungsgericht andererseits bestanden direkte persönliche Kontakte und Freundschaften.

Die Probleme des Übergangs von der Gründung zur Geltung³⁷ sind hier besonders deutlich sichtbar: Konnten theoretisch diejenigen Gründer, die nun in der als Verfassungsrichter tätig waren, für sich die Rolle des autoritativen Interpreten gegenüber denjenigen Gründern in Anspruch nehmen, die in der Exekutive oder Legislative arbeiteten? In ihrer Eigenschaft als Autoren der Verfassung sind sie abgetreten, aber gleichwohl als Akteure des Gemeinwesens, als Interpreten wie Adressaten der Verfassung sind sie präsent. Diese doppelte Rolle von Personen – letztlich *constituants* und *constitués* in Personalunion – macht die Beantwortung unserer Fragestellung nach der Entwicklung von institutioneller Autorität und Deutungsmacht zunächst so verworren.

Im amerikanischen Supreme Court waren alle zwischen 1789 und 1800 ernannten Richter in der einen oder anderen Weise an der Ausarbeitung und Ratifizierung der Verfassung beteiligt: Der Federal Convention, die 1787 in Philadelphia die Verfassung ausarbeitete, gehörten mit John Rutledge und Oliver Ellsworth zwei der drei ersten Chefrichter³⁸ ebenso an wie einige weitere Richter. Die übrigen spielten eine aktive Rolle im Prozess der Ratifizierung in ihren Heimatstaaten. Erst 1829 verließ mit Bushrod Washington der letzte Richter, der unmittelbar am Verfassungsgebungs- und Ratifizierungsprozess beteiligt war, den Supreme Court.³⁹ John Marshall, seinerseits zwar mit etlichen „Verfassungsvätern“ gut bekannt, war 1801 der erste Richter, der nicht unmittelbar als „Autor“ gelten konnte. Parallel zu seiner Amtszeit schieden mehr und mehr Akteure aus der Zeit der Verfassungsgebung aus der aktiven Politik aus – am prominentesten zweifellos 1817 Präsident Madison, der unbestritten wichtigste Autor der Verfassung und Chronist der Federal Convention, sowie Autor der meisten Artikel der *Federalist Papers*.

Auch in der jungen Bundesrepublik waren Akteure aus dem Parlamentarischen Rat und der Ausarbeitung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes später im Verfassungsgericht tätig – andere Mitglieder des Parlamentarischen Rats übernahmen Positionen in der Bundesregierung, im Bundestag und in den Landesregierungen und Landtagen mit Bundeskanzler Adenauer als ehemaligem Präsidenten des Parlamentarischen Rates an der Spitze. Die ersten Richter des Bundesverfassungsgerichts standen auf die eine oder andere Weise in engem, teilweise persönlichen Kontakt zu Akteuren der anderen Gewalten. Der erste Präsident Hermann Höpker-Aschoff (FDP) war selbst im Parlamentarischen Rat zwar nicht unmittelbar an der Ausarbeitung der Passagen zum Bundesverfassungsgericht beteiligt, galt aber aufgrund seiner Tätigkeit als preußischer und nach dem Krieg nordrhein-westfälischer Finanzminister sowie Abgeordneter von Reichstag und – seit 1949 – Bundestag als profiliert. Auch der Vizepräsident Rudolf Katz (SPD) zählte als Mitglied des

37 Zu diesem Zusammenhang umfassend Vorländer: Gründung und Geltung (Fn. 4).

38 Der erste Chefrichter John Jay befand sich 1787 auf diplomatischer Mission in Europa, spielte aber im Zuge der Ratifizierungsdebatte in New York eine wichtige Rolle – u.a. als Autor von fünf Artikeln der *Federalist Papers*.

39 Angaben nach Clare Cushman (ed.): *The Supreme Court Justices. Illustrated Biographies, 1789-1995*. Washington, D.C. 1995.

Parlamentarischen Rates zu den Gründern und war dem Bundesrat, der ihn zum Verfassungsrichter wählte, als Schleswig-Holsteinischer Justizminister 1947-1950 bekannt. Katz' Nachfolger als Vizepräsident, Friedrich W. Wagner, war Mitglied des Parlamentarischen Rates gewesen und hatte den von Adolf Arndt verfassten SPD-Entwurf für das Bundesverfassungsgerichtsgesetz in den Bundestag eingebracht. Weitere Rechtspolitiker im Parlamentarischen Rat spielten auf unterschiedlichen Ebenen in der Bundesrepublik wichtige Rollen: Thomas Dehler (FDP) als Bundesjustizminister, Walter Strauss (CDU), Wilhelm Laforet (CSU), Otto H. Greve (SPD), Carlo Schmid (SPD) und Walter Menzel (SPD) als Abgeordnete im Bundestag, Georg-August Zinn (SPD), Adolf Süsterhenn (CDU) als herausragende Akteure in den Ländern bzw. im Bundesrat sowie Hermann von Mangoldt (CDU) als herausragender Grundgesetz-Kommentator.⁴⁰ Zu den Autoren des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes zählten wiederum drei Persönlichkeiten, die als Parlamentarier, Regierungschef und als langjähriger Richter die Politik der Bundesrepublik prägten: Adolf Arndt, dem Verfasser des SPD-Entwurfs und langjährigen führenden SPD-Rechtspolitiker, und dem im Rechtsausschuss des Bundestags führenden CDU-Politiker Kurt-Georg Kiesinger, dem späteren Ministerpräsidenten von Baden-Württemberg und Bundeskanzler, sowie Oberlandesgerichtsrat Willi Geiger als Vertreter des Bundesjustizministeriums und mit 26 Jahren Amtszeit von 1951 bis 1977 „Rekordhalter“ auf der Richterbank des Verfassungsgerichts.⁴¹

Auch in Frankreich waren unter den ersten Mitgliedern des Conseil constitutionnel etliche, die auf die eine oder andere Weise am Verfassungsgebungsprozess 1958 beteiligt waren – von den 37 Mitgliedern 1959 bis 1983 waren dies ungefähr ein Drittel.⁴² Etliche Akteure aus dem Verfassungsgebungsprozess waren wiederum in Exekutive und Legislative in führenden Positionen vertreten mit Michel Debré, Justizminister der Übergangsregierung de Gaulle und Leiter der Arbeitsgruppe, die die Verfassungsentwürfe ausarbeitete, als erstem Premierminister an der Spitze.

Diese Konstellationen zeigen einerseits die wichtige Rolle, die einige zentrale Figuren des Verfassungsgebungsprozesses auch in der Frühphase des Gemeinwesens in unterschiedlichen Positionen spielten. Sie zeigen des Weiteren die teilweise enge personelle Verflechtung zwischen diesen Akteuren auf den unterschiedlichen Ebenen, die bis ins Persönliche reichte. So lehnte Chief Justice Jay in einem Schreiben an Secretary of State Thomas Jefferson zwar ab, als Supreme Court offizielle gutachterliche Stellungnahmen für die Exekutive abzugeben, inoffiziell pflegte er jedoch regen Austausch mit Präsident Washington.⁴³ Auch in der frühen Bundesrepublik gab es den direkten Draht zwischen Akteuren in

40 Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß (Fn. 22), S. 221f., Donald P. Kommers: *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills / London 1976, S. 72f.

41 Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß (Fn. 22), S. 97ff., 115, Kommers, *Judicial Politics in West Germany* (Fn. 40), S. 130f., Christine Landfried: *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*. Baden-Baden 1984, S. 22.

42 Isabelle Richir: *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*. Paris 1998 (dort eine Übersicht der bis 1998 ernannten Mitglieder mit Kurzbiographien S. 70-81); Maus / Favoreu / Parodi (dir.): *L'Écriture de la Constitution de 1958* (Fn. 32), S. 31.

43 Schreiben von Jefferson (im Auftrag Washingtons) an Jay, 18.7.1793, Antwort vom 8.8.1793. Robert Lowry Clinton: *The Supreme Court before John Marshall*, in: *Journal of Supreme Court History* 27, 3 (2002),

Bonn und Karlsruhe, man kannte sich ja unter anderem aus der gemeinsamen Arbeit im Parlamentarischen Rat. Inzwischen ist durch die Freigabe der Protokolle des Bundeskabinetts bekannt, dass Willi Geiger die Regierung Adenauer stets über die Entwicklungen in Karlsruhe auf dem Laufenden hielt.⁴⁴

Inwieweit die personellen Verflechtungen und persönlichen Bekanntschaften einerseits die Rechtsprechung inhaltlich, andererseits die Entwicklung der Institution und ihrer Autorität beeinflussten, ist hier nicht im einzelnen auszuführen. Es war jedoch bestimmt kein Zufall, dass mit Gerhard Leibholz als Autor der Statusdenkschrift ausgerechnet einer derjenigen Richter am Bundesverfassungsgericht, die am wenigsten in den Verfassungsgebungsprozess eingebunden waren, den Streit mit der Exekutive um den Status des Bundesverfassungsgerichts am deutlichsten markierte. Im gleichen Zusammenhang ist auffällig, dass mit Hermann Höpker-Aschoff und Willi Geiger ausgerechnet diejenigen Verfassungsrichter nicht dem Leibholzschen Konfrontationskurs zu folgen vermochten, die über die engsten Verbindungen in die Exekutive verfügten. Höpker-Aschoff stammte aus der Politik, war selbst im Parlamentarischen Rat und im ersten Bundestag gewesen; Geiger entstammte der Verwaltung und war maßgeblicher Vertreter des Justizministeriums bei der Erarbeitung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes gewesen.⁴⁵

Zwischen der Autorität einer Institution und dem persönlichen Renommé, das mit einer Tätigkeit in dieser Institution verbunden ist, besteht ein enger Zusammenhang. Dabei kann die Bereitschaft und das Interesse, an der Institution zu wirken, oder umgekehrt, die Institution zugunsten anderer Tätigkeiten zu verlassen, als ein Indikator für das Ansehen und die Autorität der Institution gewertet werden.

In allen drei untersuchten Fällen gab es in der Anfangszeit die Tendenz, das Gericht aufgrund dessen geringer Bedeutung zugunsten anderer Aktivitäten zu verlassen oder eine Berufung an die Institution gar nicht erst anzunehmen. Betrachtet man die Fälle der aus eigenem Wunsch ausgeschiedenen Richter, so stellt man fest, dass die vordergründig äußerlichen Gründe für ihr Ausscheiden oftmals eben mit dem geringen Prestige der Institution zusammen hingen.

Der erste Chefrichter des U.S. Supreme Court John Jay verließ den Gerichtshof, wurde (noch während seiner Amtszeit) Sonderbotschafter nach Europa und anschließend gewählter Gouverneur von New York. Eine Rückkehr an die Spitze des Supreme Court lehnte er – obwohl bereits ernannt und vom Senat bestätigt – mit dem Hinweis ab, dem Gericht fehle es an „energy, weight, and dignity.“⁴⁶ Richter John Rutledge verließ bereits ein Jahr nach seiner Ernennung den Supreme Court, zum großen Teil aus Verärgerung über die mit dem Amt verbundenen beschwerlichen Reisen in die Provinz.⁴⁷ Auch Jays Nachfolger als Chief Justice, Oliver Ellsworth, verließ den Supreme Court zugunsten der Botschafterposition in

S. 222-239; William R. Casto: *The Supreme Court in the Early Republic: The Chief Justiceships of John Jay and Oliver Ellsworth*. Columbia, S. C. 1995, S. 181-182.

44 Dierk Hoffmann: *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Kräftefeld der frühen Bundesrepublik. Der Streit um die Westverträge 1952-1956*, in: *Historisches Jahrbuch* 120 (2000), S. 227-273 (hier: S. 253).

45 Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung* (Fn. 29), S. 25.

46 Clare Cushman: *John Jay*, in: dies. (ed.): *The Supreme Court Justices. Illustrated Biographies, 1789-1995*. Washington, D.C. 1995, S. 4.

47 Die Richter am Supreme Court mussten in der Frühphase teilweise über Monate Reisen in den ihnen zugewiesenen Distrikt vornehmen, um vor Ort als Vorsitzende des Circuit Court Recht zu sprechen.

Frankreich; eine Rückkehr an den Supreme Court lehnte er ebenfalls aufgrund der geringen Bedeutung des Gerichts in Verbindung mit der beschwerlichen Reisetätigkeit und schlechter Bezahlung ab.⁴⁸

In Deutschland verließen ebenso mehrere Richter in der Anfangsphase der Institution das damals 24-köpfige Bundesverfassungsgericht, um solche Aufgaben zu übernehmen wie Präsident eines Oberlandesgerichts – heute ein unvorstellbarer Jobwechsel. So verließ Kurt Zweigert 1952 das Bundesverfassungsgericht offenbar nicht zuletzt aus finanziellen Gründen und wurde Präsident des Obergerichtswahlorgans in seiner Heimatstadt Berlin.⁴⁹ Claus Leusser wechselte ebenfalls bereits 1952 als Bevollmächtigter Bayerns beim Bund nach Bonn.⁵⁰ In Frankreich haben auch ehemalige Staatspräsidenten einen Sitz im Conseil constitutionnel, doch hat nach 1962 kein ehemaliger Staatspräsident jemals seinen Platz eingenommen.⁵¹ Die ehemaligen Präsidenten Vincent Auriol und René Coty – beide noch aus der IV. Republik, die bis 1962 sporadisch an Sitzungen des Conseil constitutionnel teilgenommen hatten – verbanden mit ihrer demonstrativen Weigerung, an weiteren Sitzungen teilzunehmen, ihre Verachtung für die Institution, die sie als abhängig von Charles de Gaulle bezeichneten. Als der Conseil constitutionnel am 6. November 1962 sich selbst für nicht zuständig erklärte, die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Referendums vom 28. Oktober 1962 über die Einführung der Direktwahl des Staatspräsidenten zu entscheiden und damit sich der – problematischen – Verfassungsinterpretation de Gaulles unterwarf, erklärte Coty die Verfassung zum Papiertiger.⁵²

Ein weiteres Phänomen in der Frühphase eines Verfassungsgerichts sind die deutlich erkennbaren Versuche, die innere Organisation der neuen Institution von außen zu prägen. Dies mag einerseits von der Unsicherheit der häufig in die Rolle der Exekutive oder Legislative übergewechselten Autoren der Verfassung bestimmt sein, ob denn die neue Institution überhaupt in genau dem Sinne agiert und die Verfassung interpretiert, wie man selbst dies als Verfassungsgeber gewünscht hatte. Allerdings gingen die Vorstellungen der Akteure in Exekutive und Legislative und damit potenziellen Konkurrenten um die Deutung der Verfassung oftmals signifikant auseinander.⁵³

48 James Buchanan: Oliver Ellsworth, in: Clare Cushman (ed.), *The Supreme Court Justices. Illustrated Biographies, 1789-1995*. Washington, D.C. 1995, S. 46-50.

49 Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß* (Fn. 22), S. 222; Kommers, *Judicial Politics in West Germany* (Fn. 40), S. 131.

50 Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß* (Fn. 22), S. 223; Kommers, *Judicial Politics in West Germany* (Fn. 40), S. 134.

51 De Gaulle und Mitterrand starben kurze Zeit nach ihrem Ausscheiden aus dem Amt; Pompidou starb während seiner Amtszeit; Giscard d'Éstaing wollte nach seiner Wahlniederlage 1981 weiterhin aktiv in der Politik bleiben, was nach den Regularien mit der Tätigkeit am Conseil constitutionnel nicht vereinbar ist.

52 Décision n° 62-20 DC Loi référendaire (6.11.1962); Richir, *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel* (Fn. 42), S. 96-108; Dominique Rosenberg: *Les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel: l'impossible retraite*, in: *Revue de droit public* 101(1985), S. 1263-1317.

53 Und dies durchaus über die Parteigrenzen hinweg, wie etwa die Auseinandersetzungen um die Ausgestaltung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und die Novellen im Laufe der 1950er Jahre zeigen. Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß* (Fn. 22), S. 169-206. Zu den Versuchen, das Bundesverfassungsgericht von außen zu bestimmen, Dopatka, *Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt* (Fn. 27), S. 28-59.

Die vielfachen Versuche seitens einer Regierung oder eines Parlaments in der Frühphase der Institution, einerseits die innere Organisation, andererseits das Verfahren zur Richterwahl zu verändern, dürfen auch nicht allein als Bemühen gedeutet werden, die Arbeit des Gerichts, einer neuen Institution, über deren Arbeitsweise noch keine Erfahrungen vorliegen, zu optimieren,⁵⁴ sondern müssen auch vor dem Hintergrund konkreter politischer Ereignisse verstanden werden. So standen die Auseinandersetzungen um die Zahl der Richter, das Verfahren der Richterwahl und die Personen der Richter am Bundesverfassungsgericht in den fünfziger Jahren stets vor dem Hintergrund konkreter politischer Entscheidungen. Auch die Bestätigung amtierender Richter um ein bloßes Jahr im Jahre 1955 ist nicht allein als prozedurale Notwendigkeit während der Ausarbeitung einer Novelle des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes zu sehen – dieser Schritt kann und muss auch als Disziplinierungsinstrument gegenüber den Richtern betrachtet werden: im Hintergrund standen politisch bedeutsame Verfahren wie die Wiederbewaffnung und der Antrag auf ein KPD-Verbot.⁵⁵ In der Bundesrepublik war die Zahl der Richter oder die Aufgabenverteilung der Senate aber seit den siebziger Jahren kein Stoff politischer Auseinandersetzung mehr.

Auch in den Vereinigten Staaten war die Zahl der Richter am Supreme Court in den ersten 147 Jahren seines Bestehens kein Sakrosanktum. Sie wurde – aus tagespolitischen Erwägungen – mehrfach vom Kongress geändert.⁵⁶ Erst seit dem letztlich erfolglosen, zu offensichtlich aus politischen Gründen motivierten Versuch Präsident Franklin Roosevelts, die Richterzahl deutlich zu erhöhen, gilt die Zahl 9 als sakrosankt. Der Supreme Court hatte zuvor mehrfach zentrale Reformgesetze des New Deal, die vom Kongress mit breiter Mehrheit verabschiedet worden waren, gekippt. Unter der von Roosevelt aufgebauten Drohkulisse machte der Supreme Court daraufhin *inhaltliche* Zugeständnisse – er ließ weitere Reformgesetze passieren – und konnte damit den Angriff auf die *Institution* abwehren. Verewigt wurde dieser Schachzug, der für Präsident Roosevelt in einer Blamage endete, auch wenn seine Reformgesetzgebung in der Folgezeit nicht mehr vom Supreme Court gestoppt wurde, mit dem Satz „A Switch in Time That Saved Nine“.⁵⁷ Die Episode bestätigt die Argumentation dieser Untersuchung für die Frühphase der Verfassungsgerichte: Unter massivem Druck von außen ist das Verfassungsgericht zur Rettung seiner eigenen Autorität bereit, affirmativ gegenüber den politischen Gewalten zu entscheiden.

54 Die Überlegungen hinsichtlich der „Optimierung“ spielten zweifellos bei der Zahl der Richter und der Arbeitsaufteilung zwischen den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts eine Rolle.

55 Zum historischen Hintergrund siehe Kommers, *Judicial Politics in West Germany* (Fn. 40), 131ff., Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß* (Fn. 22), S. 206-253, Häußler, *Bundesverfassungsgericht und politische Führung* (Fn. 29), S. 234-246.

56 Peter G. Fish: *Art. Justices, Number of*, in: Kermit Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court* Oxford 1992, S. 477f.

57 Zu dieser Episode u.a. Willi Paul Adams: *Krise des amerikanischen Konstitutionalismus. Der New Deal vor Gericht*, in: Heinrich August Winkler (Hrsg.): *Die große Krise in Amerika. Vergleichende Studien zur politischen Sozialgeschichte 1929-1939*. Göttingen 1973, S. 189-215 und William E. Leuchtenburg: *The Origins of Franklin D. Roosevelt's „Court-Packing“ Plan*, in: *Supreme Court Review* (1966), S. 347-400.

5 Rechtsprechung des Verfassungsgerichts in der Frühphase: affirmativ gegenüber den Akteuren des Verfassungsgebungsprozesses

Verfassungsgerichte neigen in einer Anfangsphase zu einer zurückhaltenden oder eher affirmativen Rechtsprechung gegenüber demokratisch legitimierten Institutionen, präziser gesagt gegenüber den Institutionen, die als Hauptakteure des Verfassungsgebungsprozesses betrachtet werden. Dies gilt solange, bis ein klarer Wechsel der personellen Besetzung dieser Institutionen vonstatten gegangen ist. Wie sollte eine Institution – das Verfassungsgericht – der Institution die Interpretationshoheit über die Verfassung streitig machen, die die Verfassung (und damit das Verfassungsgericht) geschaffen hat, nämlich dem Verfassungsgeber? Die Autorität, die Deutungsmacht des Verfassungsgerichts ist zunächst nur eine *geliehene* Autorität, *geliehen* von der Autorität des Verfassungsgebers. Das Charisma der Gründung liegt zunächst bei den Akteuren des Gründungsprozesses und (noch) nicht bei den Interpreten des Gründungsdokuments. Darüber hinaus besteht das prinzipielle Problem, das Alexander Bickel als die „counter-majoritarian difficulty“ bezeichnet hat: Wie kann eine demokratisch nicht unmittelbar legitimierte Institution die Entscheidungen von demokratisch legitimierten Institutionen wie Parlament oder Regierung für ungültig erklären? Dieses Problem ist umso deutlicher dort, wo die Akzeptanz von Richtersprüchen gegenüber durch Wahlen legitimierte Institutionen nicht Teil vorgängiger Traditionen ist – so insbesondere in Frankreich.

Das Verfassungsgericht kann die Autorität über die Deutung der Verfassung reklamieren – aber zunächst nur schwer gegenüber den Personen, die den Verfassungsgebungsprozess dominiert hatten. Dies ändert sich erst mit dem Abtreten der Gründergeneration. So ist es in der Tat nicht überraschend, wenn wir auch empirisch feststellen, dass – jedenfalls in den von uns untersuchten Fällen – Verfassungsgerichte in ihrer Frühphase eher affirmativ oder zurückhaltend entscheiden und noch keine klare Eigenständigkeit gegenüber den anderen Gewalten durch eine eigene, abgrenzende Verfassungsinterpretation zeigen.⁵⁸

In den Vereinigten Staaten konnten sich Gerichte auf die lange angelsächsische Rechtstradition berufen, doch hatte es die Gerichtsbarkeit schwer, sich gerade gegenüber mit deutlichem Votum aus Wahlen hervorgegangenen politischen Gewalten zu behaupten. So ist auch die Frühphase des Supreme Court gekennzeichnet von einem hohen Ausmaß an affirmativer Rechtsprechung gegenüber den politischen Gewalten. Die Entscheidung *Chisholm v. Georgia* (1793)⁵⁹, in der einzelnen Bürgern das Recht eingeräumt wurde, einen anderen Bundesstaat als den eigenen vor einem Bundesgericht zu verklagen, stieß auf Empörung im politischen Establishment, wurde unmittelbar durch eine Verfassungsänderung korrigiert und beschädigte damit das Ansehen des Gerichts.⁶⁰

58 Auch wenn man präziserweise darauf hinweist, dass die verfassungsrechtssprechende Kompetenz des Supreme Court in der Frühphase umstritten war, so gilt diese Aussage zumindest aber für die sogenannte statutory interpretation, in der der Supreme Court als Oberstes Gericht in der Auslegung einfacher Gesetze tätig ist.

59 *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

60 Clare Cushman, John Jay (Fn. 46).

Mag die ansonsten weitgehende Zurückhaltung des Supreme Court während der Dominanz der Federalists bis 1801 – so verzichtete der Supreme Court etwa darauf, die verfassungsrechtlich problematischen *Alien and Sedition Acts* zu kippen – noch als plausibel erscheinen, da auch die Richter am Supreme Court vorwiegend Vertraute der Präsidenten Washington und Adams waren, so ist die affirmative Rechtsprechung gegenüber den Jeffersonian Republicans, die ab 1801 Weißes Haus und Kongress kontrollierten, erklärungsbedürftig. Die innenpolitische Situation war unter anderem durch die Kontroverse um die *Sedition Acts* so zugespitzt, dass der republikanisch dominierte Kongress kurzerhand dem überwiegend mit Richtern aus den Reihen der Federalists besetzten Supreme Court die Sitzungsperioden für Sommer und Herbst 1802 strich. Drohungen der Republikaner zur Abberufung von Richtern – angesichts von Zweidrittel-Mehrheiten in beiden Kammern des Kongresses durchaus denkbar – waren die Begleitmusik zu Entscheidungen wie *Marbury v. Madison*.⁶¹ Gegenüber den Republikanern, die Exekutive und Legislative kontrollierten, war Chief Justice John Marshall zu Zugeständnissen bereit, um die Institution selbst zu schützen, deren Ansehen durch das (knapp gescheiterte) Impeachment-Verfahren gegen Richter Chase ohnehin geschädigt war. Marshall hätte, wie er im Privatgespräch einräumte, auch das richterliche Prüfungsrecht des Supreme Court geopfert, wenn damit Absetzungen von Richtern zu umgehen wären.⁶²

In Deutschland war das Bundesverfassungsgericht bald nach seiner Einsetzung mit Fällen befasst, in denen es fast zwangsläufig in die Mühlen des parteipolitischen Streits zu geraten drohte. Im Streit um die Wiederbewaffnung erhob die SPD-Fraktion noch vor den abschließenden parlamentarischen Beratungen Normenkontrollklage mit dem Verweis darauf, dass für derart weitreichende rechtliche Neuerungen wie der Einführung der Wehrpflicht die verfassungsmäßige Grundlage fehle, also eine Grundgesetzänderung erforderlich sei, für die Adenauers Regierung aber nicht über die dafür nötige Zweidrittel-Mehrheit im Parlament verfügte. In Sorge um ein potenziell negatives Votum des als „rotem Senat“ verschrienen Ersten Senats veranlasste Adenauer Bundespräsident Heuss, ein Rechtsgutachten beim Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Wiederbewaffnungspläne einzuholen – und für ein solches Gutachten war allein das Plenum des Gerichts zuständig, wodurch auch die Mitglieder des als „schwarz“ geltenden Zweiten Senats einbezogen worden wären.⁶³ Nachdem der Antrag der SPD aus formalen Gründen im Juli 1952 für unzulässig erklärt wurde – das parlamentarische Verfahren war noch nicht abgeschlossen –,⁶⁴ entstanden im Herbst des Jahres in Bonner Regierungskreisen Gerüchte, das Plenum der Karlsruher Richter werde möglicherweise die EVG-Verträge – Kern der Wiederbewaffnungspläne – kippen. Um die angeblich drohende Niederlage zu verhindern, strengten die Regierungsfractionen eine Organklage gegen die SPD-Fraktion

61 Winfield H. Rose: *Marbury v. Madison: How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution*, in: *PS: Political Science* 36 (2003), S. 209-214 (hier: S. 210).

62 Mark Graber: *The Problematic Establishment of Judicial Review*, in: Howard Gillman / Cornell Clayton (eds.): *The Supreme Court in American Politics. New Institutional Interpretations*. Lawrence, Kan. 1999, S. 28-42 (hier: S. 32).

63 Das Gutachten-Verfahren wurde später abgeschafft; bereits in der Entscheidung über das von Heuss ersuchte Gutachten wird ein Gutachten durch ein Verfassungsgericht als „wesensfremd“ bezeichnet. *BVerfGE* 2, 79, S. 86.

64 *BVerfGE* 1, 396 – Deutschlandvertrag (30.7.1952).

an, jene verstoße gegen das Grundgesetz, indem sie die Bundesregierung und die Mehrheit des Bundestages an der Verabschiedung der EVG-Verträge hindere. Diese Klage löste in Bonn wie Karlsruhe Verwunderung aus. Der Versuch, mit dieser Klage die Entscheidung in der Sache weg vom Plenum in die Zuständigkeit des „schwarzen“ Zweiten Senats zu verschieben, wurde in Presse und Öffentlichkeit als taktisches Manöver erkannt und vom Bundesverfassungsgericht abgelehnt – das vom Plenum zu erstellende Gutachten solle in der Sache für beide Senate bindend sein.⁶⁵ Der Antrag auf ein Gutachten wurde dann von Heuss auf Anraten von Adenauer und Justizminister Dehler im letzten Moment zurück gezogen, ein formal korrekter, aber politisch problematischer Schritt, wurde dadurch doch der Charakter des politischen Manövers noch deutlicher.⁶⁶

Im Zuge der politischen Auseinandersetzung musste die Bundesregierung ihre institutionelle Kritik am Bundesverfassungsgericht explizit zurücknehmen; dem Bundesverfassungsgericht wurde eine Entscheidung in der Sache durch die politischen Ereignisse der Jahre 1953 und 1954 erspart.⁶⁷ Es bleibt jedoch zum einen fraglich, ob das Bundesverfassungsgericht tatsächlich, wie die Bundesregierung befürchtet hatte, die EVG-Verträge für verfassungswidrig erklärt hätte, und zum anderen, ob eine solche Erklärung der Verfassungswidrigkeit in der Sache von Bundesregierung und Bundestag akzeptiert worden wäre.

In den Parteiverbotsverfahren gegen SRP und KPD hatte es gewichtige Bedenken gegen die Zustimmung zu den Verbotsanträgen gegeben – so soll Gerichtspräsident Wintrich gegenüber Bundeskanzler Adenauer persönlich den Wunsch geäußert haben, die Bundesregierung möge den Antrag zum Verbot der KPD zurückziehen –, doch setzten sich die Staatsraison und der Respekt gegenüber den politischen Gewalten durch.⁶⁸

Der französische Conseil constitutionnel konnte in den ersten Jahren seiner Existenz kaum als Verfassungsgericht bezeichnet werden. So verfügte Frankreich einerseits über keine Tradition der Begrenzung der Macht von demokratisch legitimer Exekutive und Legislative durch Gerichte, so wie es sie im angelsächsischen und zumindest in Ansätzen auch im deutschen Verfassungsrecht gab, zum anderen war die Institution Conseil constitutionnel vordergründig als Mittel zur Bezähmung eines übersteigerten Parlamentarismus eingerichtet worden. Durch die begrenzten Möglichkeiten zur Anrufung – bis 1974 stand nur dem Staatspräsidenten, dem Premierminister sowie den Präsidenten der beiden Parlamentskammern das Recht zur Anrufung des Conseil zu einer abstrakten Normenkontrolle

65 BVerfGE 2, 79 – Plenargutachten Heuss (8.12.1952). Die politisch durchsichtige Klage der Regierungsfractionen wurde im März 1953 für unzulässig erklärt. BVerfGE 2, 143 – EVG-Vertrag (7.3.1953).

66 Für den historischen Kontext Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung* (Fn. 29), S. 28-39, Arnulf Baring: *Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie*. München / Wien 1969, S. 221-261, sowie Hoffmann, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Kräftefeld der frühen Bundesrepublik* (Fn. 44).

67 Nach Stalins Tod waren zunächst neue internationale Verhandlungen erwartet worden; des weiteren schien ein Machtwechsel in Bonn möglich. Nach dem Volksaufstand in der DDR im Juni 1953 verhärtete sich die internationale Lage; der deutliche Sieg der bisherigen Regierungskoalition erbrachte ihr eine Zwei-Drittel-Mehrheit der Mandate, die sie für eine Grundgesetzergänzung nutzte und damit nach einer möglichen Erklärung der Verfassungswidrigkeit durch das Bundesverfassungsgericht zuvorkam. In der Sache erledigte sich der Konflikt mit der Ablehnung der EVG durch die französische Nationalversammlung.

68 Kommers, *Judicial Politics in West Germany* (Fn. 40), S. 190. Die – aus Sicht der Bundesregierung – Verzögerung des Verbotsantrags durch den Ersten Senat soll mit zur Verlagerung der Zuständigkeit von Parteiverbotsverfahren zum Zweiten Senat geführt haben. Ebd., S. 190f.

zu – und die begrenzten Zuständigkeiten wurde der Conseil überdies nur sehr selten angerufen, bis 1974 ganze neun Mal.⁶⁹ Die Verfassung der V. Republik war in höchstem Maße von einer Person – Charles de Gaulle – geprägt, und die große Mehrheit der Mitglieder des Conseil in den ersten Jahren stand Charles de Gaulle politisch und/oder persönlich nahe. Daher überrascht die Neigung zu einer affirmativen Rechtsprechung vis-à-vis de Gaulle zu dessen Lebzeiten überhaupt nicht.

Kein Fall kann dies besser illustrieren als die Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 6. November 1962 über die Frage der Rechtmäßigkeit des Referendums zur Einführung der Direktwahl des französischen Staatspräsidenten am 28. Oktober. Präsident de Gaulle hatte, nach einem misslungenen Attentatsversuch auf dem Höhepunkt seiner Popularität, handstreichartig ein Referendum angesetzt, um damit nachträglich seinen Wunsch nach einer Direktwahl des Präsidenten durchzusetzen. Bei den Verfassungsberatungen im Sommer 1958 hatte er sich mit dieser Forderung nicht durchsetzen können. Der Conseil constitutionnel wagte nicht, sich dem Präsidenten entgegen zu stellen und erklärte sich in der Sache für nicht zuständig.⁷⁰ Mit dem Urteilsspruch blieb Frankreich zunächst bei der Demokratiedominanz; ein verfassungsstaatliches Gegengewicht – als Leitidee der Institution Conseil constitutionnel – war gegen die Autorität Charles de Gaulles nicht durchsetzbar.⁷¹

6 Akte der Selbstautorisierung

Dem Verfassungsgericht fehlt zunächst eine eigene, von den Akteuren des Gründungsprozesses unabhängige Autorität. Die *sekundäre*, von den Akteuren des Gründungsprozesses *abgeleitete* Autorität ist insbesondere in einer Frühphase prekär, da die tatsächlichen Autoren der Verfassung, die Verfassungsgeber, zu einem erheblichen Teil auch Akteure im durch die Verfassung konstituierten Gemeinwesen sind. Ein Verfassungsgericht muss daher den Übergang finden von der geliehenen Autorität zu einer Autorität, die sich nicht mehr nur aus der Autorität anderer, im Zweifelsfall gar konkurrierender Akteure speist. Ein Verfassungsgericht muss sich von den Personen des Verfassungsgebungsprozesses lösen, sich von ihnen als Akteuren im politischen Gemeinwesen *emanzipieren*⁷², um sich gleichwohl wieder auf sie in ihrer Eigenschaft als Autoren der Verfassung, als Verfassungsväter und -mütter, gewissermaßen als Ikonen des Verfassungsgebungsprozesses, berufen zu können und an deren Charisma zu partizipieren.

Es bedarf für die Entwicklung einer eigenen Autorität eines Verfassungsgerichts also eines *Aktes der Selbstautorisierung*, gefolgt von der Akzeptanz durch andere Akteure im politischen Gemeinwesen. Diese Autorisierung löst sich von der verliehenen Autorität

69 Vogel, Demokratie und Verfassung (Fn. 11), S. 169.

70 Hierzu umfassend Vogel, Demokratie und Verfassung (Fn. 11), S. 198-200.

71 Alec Stone: The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective. New York / Oxford 1992, S. 65f.

72 Vorländer, Gründung und Geltung (Fn. 4), S. 253.

durch die Akteure des Verfassungsgebungsprozesses und gründet sich auf den Verfassungstext sowie auf etwaige vorgängige Traditionen.⁷³

In den USA ist die Autorität des Supreme Court einerseits aus der Verfassung, Art. 3 herzuleiten, andererseits aus der Tradition der richterlichen Normenkontrolle im anglo-amerikanischen Recht.⁷⁴ Umstritten blieb jedoch zunächst, ob der Supreme Court zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen des Bundes und der Einzelstaaten durch die Verfassung legitimiert ist.⁷⁵ Gemeinhin wird in der amerikanischen Diskussion die Entscheidung *Marbury v. Madison* als Akt der Selbstautorisierung, als „self-developed power“ zum richterlichen Prüfungsrecht, verstanden.⁷⁶ Im zweiten Teil der Begründung von *Marbury* proklamierte Chief Justice John Marshall rigoros: „it is emphatically the province and the duty of the judicial department to say what the law is.“⁷⁷ Deshalb erhält die Entscheidung in fast allen Lehrbüchern eine zentrale Stellung, weil – so die gängige Argumentation – mit ihr die richterliche Normenkontrolle etabliert worden sei.⁷⁸ In seinem als Standardwerk über den Supreme Court geltenden Buch *The Least Dangerous Branch* (1962) charakterisiert Alexander Bickel die Entscheidung als großen gesellschaftlichen Fortschritt: „if any social process can be said to have been ‚done‘ at a given time and by a given act, it is Marshall’s achievement. The time was 1803; the act was the decision in the case of *Marbury v. Madison*“⁷⁹

Die Bedeutung von *Marbury v. Madison* für die Etablierung des *Judicial Review* und für die Entwicklung der Autorität des Supreme Courts wird allerdings von der Schule um Sanford Levinson bestritten. So argumentiert etwa Mark A. Graber, dass für die Entwicklung des *Judicial Review* und die Autorität des Supreme Court Entscheidungen von Kongress und Präsident wichtiger waren als Entscheidungen des Gerichts selbst. Graber und andere belegen, dass es bereits vor *Marbury v. Madison* andere Fälle gab, in denen der Supreme Court Gesetze für verfassungswidrig erklärt und das Recht der richterlichen

73 Im deutschen Fall ist zum Grundgesetz auch das Bundesverfassungsgerichtsgesetz – obwohl einfaches Recht und somit per einfacher Parlamentsmehrheit änderbar – als „materielles Verfassungsrecht“ (Bryde) hinzu zu rechnen, da es Voraussetzung für die Einsetzung des Bundesverfassungsgerichts war. Brun-Otto Bryde: Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden 1982, S. 75-77.

74 Herrmann, „It is emphatically the province and duty ...“ (Fn. 19); Corwin, The Establishment of Judicial Review (Fn. 6); Keith E. Whittington: To Say What the Law is: Judicial Authority in a Political Context, Buch in Vorbereitung Kap. 1 u. 2 www.princeton.edu/~kewhitt/book_proposal.pdf 20.6.2005, Mark A. Graber: Establishing Judicial Review? *Schooner Peggy* and the Early Marshall Court, in: Political Research Quarterly 51, 1 (1998), S. 221-239.

75 Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Fn. 5).

76 Clinton, *Marbury v. Madison* and Judicial Review (Fn. 21), S. 13 mit Bezug u.a. auf Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Fn. 5).

77 5 U.S. 137 (1 Cranch), S. 177f.

78 Hinreichend belegt hat dies Mark A. Graber: Establishing Judicial Review: *Marbury* and the Judicial Act of 1789, in: Tulsa Law Review 38 (2003), S. 609-650 (hier: S. 609). Vgl. J. M. Balkin / Sanford Levinson: The Canons of Constitutional Law, in: Harvard Law Review 111 (1998), S. 963-1024.

79 Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Fn. 5), S. 1.

Normenkontrolle formuliert hatte.⁸⁰ Deshalb sei es, so Robert L. Clinton, schwer erklärbar, dass ausgerechnet *Marbury* als präzedenzlos gelte.⁸¹

Da der Urteilsspruch von *Marbury* in der Sache affirmativ gegenüber den in der amerikanischen Politik ab 1801 dominierenden Jeffersonians ausfiel, wurde der zitierten Passage zunächst keinerlei und dem Urteil insgesamt nur geringe Bedeutung beigemessen.⁸² Erst im großen Abstand von nahezu hundert Jahren wurde die Passage erneut in einer Urteilsbegründung zitiert, und erst mit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts häufen sich die Verweise auf *Marbury*. Ebenso wird erst spät die Behauptung formuliert, *Marbury* habe das richterliche Prüfungsrecht etabliert.

Ohne an dieser Stelle weiter auf diese Auseinandersetzung einzugehen, ob mit *Marbury v. Madison* das richterliche Prüfungsrecht in den USA etabliert wurde, so zeigt der Einwand von Levinson und anderen doch die grundlegende Bedeutung, die neben dem erhobenen Anspruch auf institutionelle Autorität der Akzeptanz dieser Autorität durch dritte, potenziell um diese Autorität konkurrierende Akteure beizumessen ist. Solange diese Akzeptanz des Deutungsanspruchs noch nicht (oder nicht mehr⁸³) gegeben ist, kann man allerdings schwerlich von Etablierung einer Praxis sprechen. Die prekäre Bedeutung der Akzeptanz wird kaum irgendwo deutlicher demonstriert als im zweiten Fall, in dem der Supreme Court ein vom Kongress verabschiedetes Gesetz für verfassungswidrig erklärte. In *Dred Scott v. Sandford* erklärte der Supreme Court 1857 den 1820 mühsam errungenen Missouri-Kompromiss für unvereinbar mit der Bundesverfassung, eine Entscheidung, die neben der Zustimmung im Süden auf glatte Ablehnung im Norden stieß und somit letztlich als ein Auslöser für den amerikanischen Bürgerkrieg gelten muss.

Eine tatsächliche Auseinandersetzung über die Berechtigung des *Judicial Review* setzte an der Wende zum 20. Jahrhundert ein. Der Supreme Court selbst bekräftigte dann – mit Verweis auf *Marbury v. Madison* – seinen Anspruch auf das richterliche Prüfungsrecht. Mit großem zeitlichem Abstand folgte also eine erneute Autoritätsbehauptung mit Verweis auf die sehr viel früher erfolgte, zwischenzeitlich in Vergessenheit geratene Autoritätsbehauptung in *Marbury*, die Akzeptanz dieser Entscheidung und der Urteilsgründe von *Marbury* wurde vorausgesetzt. In *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* (1895) erklärte der Supreme Court das Bundesgesetz zur Einführung der Einkommensteuer für verfassungswidrig und zitierte erstmals *Marbury* als Präzedenzfall für *Judicial Review*.⁸⁴ Im Nachgang der Entscheidung *Lochner v. New York* (1905), mit der der Supreme Court die gesetzliche

80 Graber, Establishing Judicial Review? *Schooner Peggy* (Fn. 74); ders., The Problematic Establishment of Judicial Review (Fn. 62); Robert P. Frankel, Jr.: Before *Marbury*: *Hylton v. United States* and the Origins of Judicial Review, in: *Journal of Supreme Court History* 28 (2003), S. 1-13.

81 Clinton, *Marbury v. Madison* and Judicial Review (Fn. 21), S. 103.

82 Ebd., S. 102f.

83 Das Beispiel eines US-Bundesstaats (Kentucky), der im 19. Jahrhundert aus Misstrauen gegenüber der Justiz zeitweise das richterliche Prüfungsrecht suspendierte, ist ausführlich diskutiert bei Theodore W. Ruger: „A Question Which Convulses a Nation“. The Early Republic's Greatest Debate About the Judicial Review Power, in: *Harvard Law Review* 117 (2004), S. 826-897.

84 Frühere Verweise auf *Marbury* bezogen sich nicht auf *Judicial Review*. Während zwischen 1865 und 1894 rund 20 Gesetze für verfassungswidrig erklärt wurden, wurde in keiner Begründung auf *Marbury* verwiesen. Clinton, *Marbury v. Madison* and Judicial Review (Fn. 21), S. 116-121. Die Konjunktur, zur Legitimation des *Judicial Review* auf *Marbury* als Präzedenzfall zu verweisen, setzte ein mit *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958); vgl. u. Abschnitt 7.

Arbeitszeitbegrenzung für Bäcker im Staat New York zu Fall brachte, tobte die Debatte über die Legitimation des richterlichen Prüfungsrechts. Die Kontroversen flammten mit der Inkorporierung der Bill of Rights über das 14. Amendment und den damit erheblich ausgeweiteten Prüfungsmaßstab auf.⁸⁵ Für die institutionelle Eigengeschichte des Supreme Court gilt *Marbury* gleichwohl als der Präzedenzfall schlechthin für das *Judicial Review*. Der Fall wurde im Nachhinein zum Akt der Selbstautorisierung erklärt.

In der Bundesrepublik wurde dem Bundesverfassungsgericht zwar explizit vom Verfassungsgeber das richterliche Prüfungsrecht von Gesetzen eingeräumt. Doch war dies eine Autorisierung durch Dritte, und mit dieser Fremd-Autorisierung war noch keine unmittelbar eigene Autorität der Institution Bundesverfassungsgericht verbunden. Die neue Institution musste sich gegenüber den Institutionen von Legislative und Exekutive sowie den höchsten Bundesgerichten institutionell behaupten. Überdies war eine Anknüpfung an eine eigene Rechtstradition nicht in der gleichen Weise wie im amerikanischen Falle möglich, da es in der deutschen Rechtsgeschichte allenfalls zaghafte Ansätze für eine richterliche Normenkontrolle legislativen und exekutiven Handelns auf der Basis der Verfassung gab. Gewissermaßen als Ersatz für die Legitimation aus der deutschen Rechtstradition finden sich andererseits sowohl in den Beratungen der Kommission von Herrenchiemsee, des Parlamentarischen Rates und seiner Ausschüsse, im Bundestag und seinen Ausschüssen als auch in den ersten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und sowie in der Statusdenkschrift aus der Feder Gerhard Leibholz' immer wieder Bezüge auf die Tradition der Verfassungsgerichtsbarkeit in anderen Ländern, vor allem der Vereinigten Staaten und Österreichs.⁸⁶ Eine Bezugnahme auf Referenzpunkte außerhalb der deutschen politischen und Rechtstradition musste als Legitimation doppelt problematisch sein, und so finden sich in den frühen Entscheidungstexten selbst nur wenige Bezüge. Die Bezüge finden sich eher in Fachdiskursen beteiligter Verfassungsrechtsexperten als in der Öffentlichkeit.

Eine wichtige Rolle für die institutionelle Selbstbehauptung des Bundesverfassungsgerichts in der Frühphase spielt daher der sogenannte Statusstreit, aus dem das Bundesverfassungsgericht am Ende im Wesentlichen seine zu Anfang eingenommene Position bestätigt erfuhr.⁸⁷

Der weitreichenden Konsequenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit für das gesamte Zusammenspiel der Verfassungsorgane und für den funktionellen Gesamtaufbau der Verfassung war sich der Parlamentarische Rat nicht bewußt. Dies ergibt sich schon daraus, daß das Grundgesetz – statt in einem selbständigen Abschnitt – das Bundesverfassungsgericht zusammen mit dem Obersten Bundesgericht und den anderen Bundesgerichten in dem „Die Rechtsprechung“

85 Lochner v. New York 198 U.S. 45; Howard Gillman: *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham / London 1993; Keith E. Whittington: *Congress Before the Lochner Court*, in: *Boston University Law Review* 85, 3 (2005), S. 821-858.

86 Vgl. hierzu die Darstellung der Beratungen im Herrenchiemsee-Konvent, im Parlamentarischen Rat und seinen Ausschüssen sowie im Bundestag und seinen Ausschüssen bei Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß* (Fn. 22), S. 35-139 sowie u.a. Gerhard Leibholz: *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*. Einleitung zur Materialsammlung, in: *Journal des Öffentlichen Rechts* (1957), S. 110-119.

87 Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung* (Fn. 29), S. 28-39; Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß* (Fn. 22), S. 254ff. – *Der Statusstreit harrt noch einer systematischen Untersuchung neueren Datums*.

überschriebenen 9. Abschnitt des Grundgesetzes behandelt hat. Ebenso hat die Staatsrechtslehre in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht die verfassungsrechtlichen Konsequenzen, die sich aus dem besonderen Charakter der heutigen Verfassungsgerichtsbarkeit ergeben, näher geprüft. *Es war daher notwendigerweise Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, seinen Status selbst im Rahmen des Gesamtgefüges der Verfassung zu definieren.*⁸⁸

Diese Passage belegt eindrucksvoll Leibholz' bewusstes Agieren. Statusbericht und Denkschrift sind eindeutig als Akt der Selbstautorisierung zu betrachten, sie berufen sich zur Legitimierung des Status des Verfassungsgerichts auf die Verfassung bzw. die Logik, die sich aus der Verfassung ergibt. Die Denkschrift sowie die Schreiben von Leibholz, Katz und Wintrich sind stets vom Duktus getragen, dass *aus der Verfassung selbst* sich der proklamierte Status ergebe. Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Höpker-Aschoff, Richter Geiger sowie der von Justizminister Dehler bestellte Gutachter Richard Thoma sprachen hingegen stets von „Forderungen“ und „Wünschen“. „Forderungen“ und „Wünsche“ kann man gegenüber höher stehenden Autoritäten formulieren; Forderungen können bewilligt, Wünsche erfüllt werden, wobei jeweils die bewilligende oder erfüllende Institution ein anderer Akteur mit letztlich höherer Autorität ist. Leibholz und seinen Kollegen ging es eben gerade nicht um die Bewilligung von Forderungen oder um die Erfüllung von Wünschen durch Dritte, sondern um die Anerkennung, die Akzeptanz einer bestimmten Deutung der Verfassung durch das Bundesverfassungsgericht in einem sehr zentralen Punkt, nämlich seinen eigenen Status im Gefüge der Verfassungsorgane.⁸⁹ Wie sehr Leibholz' Agieren von strategischem Denken geprägt war, belegt seine Aussage gegenüber Vertrauten, die Denkschrift sei als eine „Magna Charta“ der Verfassungsgerichtsbarkeit zu betrachten.⁹⁰

Waren die Auseinandersetzung in der Folge der Statusdenkschrift der Öffentlichkeit im Wesentlichen verborgen geblieben, so spielte sich der Konflikt um die Grundgesetzinterpretation in einer fundamentalen politischen Frage in aller Öffentlichkeit ab: die bereits erwähnte Auseinandersetzung um die Wiederbewaffnung und die verfassungsrechtliche Frage, ob die Verabschiedung der EVG-Verträge eine Grundgesetzänderung erforderlich machten. Die Kritik der Bundesregierung während der Auseinandersetzung beschränkte sich nicht auf die Inhalte bereits verkündeter Urteile, sondern griff die Institution Bundesverfassungsgericht an. Hatte Justizminister Dehler sich auf dem FDP-Parteitag im Oktober 1952 im Anschluss an eine Beschwörung der Gefahren des Kommunismus noch dazu hinreißen lassen, „er könne nur hoffen, dass sich der sozialistische Geist in Karlsruhe nicht durchsetzen werde,“⁹¹ so ließ er im Bulletin der Bundesregierung erklären:

Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung erklärt, nicht in die politische Entscheidungsfreiheit der Organe der Gesetzgebung eingreifen zu wollen, . . . Verließe es diese

88 Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts. Einleitung (Fn. 86), S. 112f. (meine Hervorhebung – DH).

89 In seiner insgesamt peniblen Darstellung verkennt Laufer jedoch genau diesen elementaren Punkt, in dem auch er von den „Forderungen“ des Bundesverfassungsgerichts spricht. Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß (Fn. 22), S. 254ff., insbes. S. 306-309.

90 Leibholz gegenüber Klein, in: Bernhard Großfeld: Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift (1998, Heft 48), S. 3544-3547.

91 Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung (Fn. 29), S. 32.

Richtschnur nur ein einziges Mal, so würde es das *Ende der deutschen Verfassungsjustiz* bedeuten.⁹²

Mit seinem Plenumsbeschluss vom 8. Dezember 1952 erklärte das Bundesverfassungsgericht das von Heuss angestrebte Gutachtenverfahren als bindend für die Senate und nahm somit eine – von der Bundesregierung befürchtete – Hierarchisierung der Fälle vor. Der „schwarze“ Zweite Senat musste sich bei der Frage, ob die SPD-Fraktion mit der Wahrnehmung ihrer Oppositionsrechte gegen die Rechte der Regierungsabgeordneten verstoße, an der Plenumsentscheidung orientieren. „Wollte das Gericht nicht im Spiele der Zuständigkeiten seine Autorität verlieren,“ so das Plenum in seiner Entscheidung vom 8.12.1952, „so mußte es über das Verhältnis des Gutachtenverfahrens zu den Urteilsverfahren und eines Plenargutachtens zum Urteil eines der Senate grundsätzliche Verfahrensregeln aufstellen, die sich aus den Grundgedanken des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht ergeben.“ Das Gericht war sich der Gefährdung seiner Autorität also durchaus bewusst, entzog sich dann mit dieser Grundsatzentscheidung den parteipolitischen Spielen von Opposition und Regierung, indem es die Macht zur Regelung der eigenen Verfahren konsequent nutzte. „Das Bundesverfassungsgericht hat [...] in dem ersten Jahr seiner Tätigkeit bereits mehrfach aus den durch das Grundgesetz und das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vorgezeichneten Grundlinien heraus weitere Rechtsgrundsätze für sein Verfahren entwickeln müssen.“⁹³ Das Bundesverfassungsgericht berief sich bei seinem Vorgehen auf die Autorität der Texte (Grundgesetz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz) und nicht auf vorgebliche Intentionen der Autoren.

Die Bundesregierung bestritt die Behauptung des Gerichts:

Damit ist das BVerfG sowohl über die Bestimmungen des Grundgesetzes wie auch über die Bestimmungen des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht hinausgegangen, indem es *aus eigener Machtvollkommenheit* Recht setzte.⁹⁴

Zweifellos handelte das Bundesverfassungsgericht „aus eigener Machtvollkommenheit“, wenn man – auf der Akteursebene – damit die Unabhängigkeit von der Legislative und der Exekutive meint. Die Plenumsentscheidung vom 8. Dezember 1952 ist somit ein erneuter Akt der Selbstautorisierung bzw. -behauptung in Abgrenzung von Bundesregierung und Bundestagsmehrheit.

Sehr viel eindeutiger als im amerikanischen oder deutschen Falle stellt sich die Situation des französischen Conseil constitutionnel dar. War er zunächst als Instrument der Exekutive zur Beschränkung der Macht der Legislative („rationalisierter Parlamentarismus“) eingerichtet worden, so blieb er doch in den ersten 13 Jahren seiner Existenz im Schatten des Republikgründers Charles de Gaulle. Nach dem Abtreten de Gaulles und nach dessen Tod entschied der Conseil constitutionnel auf Anrufung des Senatspräsidenten Alain Poher am 16. Juli 1971, dass die Novelle des Vereinsgesetzes von 1901 nicht der Verfas-

92 Zit. n. Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung (Fn. 29), S. 28 (meine Hervorhebung – DH).

93 BVerfGE 2, 79 (Plenargutachten Heuss), S. 84 u. 86.

94 Bulletin der Bundesregierung, Dez. 1952, zit. n. Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß (Fn. 22), S. 469 (meine Hervorhebung – DH)

sung entspreche und bezog sich dabei explizit sowohl auf die Menschen- und Bürgerrechtserklärung von 1789 als auch auf die Präambel der Verfassung von 1946, die zwar der Verfassung der V. Republik 1958 vorangestellt, jedoch bis dahin nicht als justiziabler Teil derselben betrachtet worden waren. Damit weitete der Conseil constitutionnel seine eigenen Möglichkeiten zur Rechtsprechung erheblich aus; er wurde, wie das ehemalige Mitglied, Noëlle Lenoir, im Rückblick erklärte, effektiv aus sich heraus zum Verfassungsgericht. Mit der Menschen- und Bürgerrechtserklärung und der Präambel zur Verfassung von 1946 wurde ein Prüfungsmaßstab entwickelt – der „*bloc de la constitutionnalité*“.⁹⁵ In Verbindung mit dem Konzept der *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* (PFRLR) bildet der *bloc de la constitutionnalité* ein Konglomerat von sich teilweise widersprechenden Verfassungsprinzipien, die dem Conseil constitutionnel somit einen weiten Interpretationsspielraum einräumten. Die angesichts der Unklarheit und inneren Widersprüchlichkeit berechnete Frage, woraus denn nun die PFRLR und der *bloc de la constitutionnalité* bestehen, konnte fortan nur der Conseil constitutionnel autoritativ beantworten.⁹⁶

Dass es sich bei der Entscheidung auch in institutioneller Hinsicht um einen bewussten Schritt gehandelt habe, bekräftigte Conseil-Präsident Palewski: Dieser Fall sei eine Gelegenheit, um zu zeigen, dass sich der Conseil in völliger Unabhängigkeit gegen eine Entscheidung stellen kann, die von Regierung und den Parlamentskammern gebilligt worden war.⁹⁷

Jean Rivero hat schon 1971 gezeigt, dass die Entscheidung vom Juli 1971 im Grunde eine Wende von der Dominanz der Idee des Gesetzes als Ausdruck der *volonté générale* einleitet, die die französische Tradition seit 1789 bestimmt.⁹⁸ Über das Gesetz, das per Mehrheitsbeschluss des Parlaments zu Stande kommt, treten die Menschen- und Bürgerrechte. Und der Conseil constitutionnel erhebt mit seiner Entscheidung den Anspruch, genau über die Anwendung dieses Suprematie-Postulats zu bestimmen. Verbunden mit der Aufwertung der Menschen- und Bürgerrechte und der in der Präambel der Verfassung von 1946 formulierten sozialen Rechte zu einem justiziablen Teil der Verfassung ist eben gerade auch die Aufwertung der Institution Conseil constitutionnel. Er zieht seine Autorität nicht mehr aus der Autoritätszuschreibung durch die Autoren der Verfassung, sondern aus der Verfassung, dem Verfassungstext selbst. Da er selbst aber für sich die Interpretationshoheit beansprucht, ist dies – auf der Akteursebene – letztlich als eine Selbstautorisierung zu charakterisieren. Der Conseil constitutionnel war damit, wie Noëlle Lenoir feststellte,

95 Von Claude Eméri so bezeichnet, von Louis Favoreu konzeptionell fortentwickelt. Vogel, *Demokratie und Verfassung* (Fn. 11), S. 151f.

96 Vogel, *Demokratie und Verfassung* (Fn. 11), S. 152; Charlotte Denizeau: *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?* Paris 1997; Lenoir, *Le métier de juge constitutionnel* (Fn. 2), S. 178-192.

97 Palewski, in: *La Revue des deux mondes* 1981, zitiert nach François Luchaire: *Souvenirs du 16 juillet 1971*, Beitrag zur Tagung „*La liberté d'association et le droit*“ 29./30. Juni 2001 Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/loi1901/2vendredi.pdf>, 20.6.2005, S. 17 (meine Übersetzung – DH)

98 Jean Rivero: *Décision du 16 juillet 1971*. Note, in: *L'actualité juridique* (Octobre 1971), S. 537-542.

nicht die einzige Gerichtsbarkeit, die sich selbst zum Verfassungsgericht proklamiert hatte.⁹⁹

7 „Ratifizierung“ der Selbstautorisierung: institutionelle Akzeptanz durch konkurrierende Akteure

Die alleinige Behauptung der Autorität der Institution Verfassungsgericht reicht nicht aus – für die Geltung der Verfassungsinterpretation bedarf es der Akzeptanz durch potenzielle Konkurrenten bei der Deutung der Verfassung, also anderer Akteure im politischen Gemeinwesen wie Legislative, Exekutive, höhere Gerichte, Fachöffentlichkeit und weitere Öffentlichkeit.¹⁰⁰ Erst wenn und nur solange, wie diese Akzeptanz grundsätzlich vorliegt, verfügt das Gericht über die Macht, den Geltungsanspruch der Verfassung im Konfliktfall – via Spruch des Verfassungsgerichts – einzulösen.¹⁰¹ In der Trias Autor der Verfassung – Interpret der Verfassung – Adressat der Verfassung ist die Akzeptanz der Autorität des Interpreten durch den Adressaten auch dann nicht selbstverständlich, wenn die Autorität des Autors akzeptiert wird. Die folgenden Überlegungen gehen davon aus, dass die Akzeptanz der Autorität des Verfassungsgerichts nicht eine einmalig und prinzipiell getroffene Entscheidung eines kollektiven oder individuellen Akteurs ist, sondern dass Entscheidungen über die Akzeptanz situations- und kontextbezogen getroffen werden bzw. auch unintendierte Konsequenz anderer Entscheidungen sein können.

Für den amerikanischen Supreme Court kann in den ersten 120 Jahren seiner Existenz nicht von einer Akzeptanz seiner verfassungsrechtsprechenden Kompetenz gesprochen werden. Zum einen waren es nur relativ wenige Fälle, in denen der Supreme Court dieses Recht für sich behauptete, zum anderen stießen einige dieser Entscheidungen auf vehementen Widerstand. Erst nach der *Lochner*-Entscheidung (1905) wurde eine Diskussion über die Grundlagen des amerikanischen Verfassungssystems geführt,¹⁰² die Debatten über *Judicial Review* mit einschloss.

Die Kontroversen fokussierten sich sehr schnell auf das Symbol *Marbury*. So konzentrierten sich die Gegner des *Judicial Review* auf ihre Opposition gegen *Marbury*, was die Befürworter des *Judicial Review* in die Situation versetzte, *Marbury* als den Präzedenzfall schlechthin für *Judicial Review* aufzubauen. So erklärte Albert Beveridge in seiner vierbändigen *Marshall-Biographie* 1916:

Thus, by a coup as bold in design and as daring in execution as that by which the Constitution had been framed, John Marshall set up a landmark in American history so high that all the future could take bearings from it, so enduring that all the shocks the Nation was to endure could not overturn it. Such a decision was a great event in American history. State courts, as well as

99 „Le Conseil constitutionnel n’est pas la seule juridiction à s’être ainsi ‘auto-proclamée’ cour constitutionnelle.“ Lenoir, *Le métier de juge constitutionnel* (Fn. 2), S. 178-192.

100 Vorländer, *Gründung und Geltung* (Fn. 4), S. 256f.

101 Vgl. Vorländer, *Gründung und Geltung* (Fn. 4), S. 256.

102 Vgl. u.a. Charles A. Beard: *An Economic Interpretation of the Constitution*. New York 1913.

National tribunals fearlessly applied the principle that Marshall announced, and the supremacy of written constitutions over legislative acts was firmly established.¹⁰³

Die Anstrengungen zur späten Bekräftigung von *Marbury* blieben nicht ohne Erfolg. Das Prinzip der richterlichen Normenkontrolle konnte sich gegen viele Widerstände behaupten, auch und gerade in der Auseinandersetzung mit dem populären Präsidenten Franklin Roosevelt. Der Supreme Court begründete seinen Autoritätsanspruch nach der Progressiven Ära verstärkt mit Bezügen auf *Marbury* als Präzedenzfall, alleine bis 1957 finden sich zehn solcher Verweise. Nahm der Supreme Court in *Cooper v. Aaron* (1958) *Marbury* darüber hinaus als Beleg für die Suprematie der Verfassungsgerichtsbarkeit und die Finalität der Rechtsprechung des Supreme Court insgesamt, so finden sich entsprechende Verweise danach ebenfalls gehäuft in Entscheidungen des Supreme Court.¹⁰⁴ Auch wenn hinsichtlich der Suprematie der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten kein umfassender Konsens besteht, so wird das richterliche Prüfungsrecht für den Supreme Court kaum mehr prinzipiell bestritten.

Für die Frühphase der Bundesrepublik stellten sich die Auseinandersetzungen um den Status des Bundesverfassungsgerichts jeweils als Machtprobe zwischen mehr als zwei Akteuren dar, wobei in beiden Konflikten sowohl eine sachlich-inhaltliche wie eine institutionelle Ebene zu identifizieren sind. In der Statusfrage sind es zum einen die vielen von Leibholz und seinen Kollegen benannten praktischen Monita, zum anderen die prinzipielle Statusfrage: wer hat die Kompetenz zur Festlegung des Status? Während die Bundesregierung, in erster Linie Justizminister Dehler, auf einem harten Standpunkt beharrte, waren Bundestag und Bundesrat schneller bereit, die Feststellungen des Statusberichts zu akzeptieren.¹⁰⁵ Mit sichtlicher Befriedigung konnte Gerhard Leibholz 1957 darauf verweisen, dass die Verfassungsorganqualität des Bundesverfassungsgerichts kaum noch ernsthaft bestritten werde. Bundestag und Bundesrat hätten dem durch Maßnahmen auf dem Gebiet der Gesetzgebung Rechnung getragen.¹⁰⁶ Dabei hatte das Bundesverfassungsgericht doppelt gewonnen: Praktisch alle Detailpunkte konnten im Sinne des Bundesverfassungsgerichts geklärt werden, auch hatte das Bundesverfassungsgericht *selbst* – natürlich unter Bezug auf den Text und die Gesamtlogik des Grundgesetzes – seinen Status als Verfassungsorgan bestimmt. Die anderen Verfassungsorgane waren dieser Auffassung gefolgt, wenn auch, wie im Fall der Bundesregierung, widerstrebend. Im Statusstreit kam dem Bundesverfassungsgericht die nahezu einmütige Position der Richter auf der einen Seite und die Uneinigkeit der anderen Akteure auf der anderen Seite entgegen. So war die Resonanz auf den Statusbericht in der Fachöffentlichkeit weitgehend positiv, so hatte die Opposition aufgrund bevorstehender Sachauseinandersetzungen (Wiederbewaffnung) ein großes Interesse an einer gestärkten Verfassungsgerichtsbarkeit,

103 Albert Jeremiah Beveridge: *The Life of John Marshall*. Boston 1916-1919, Bd. 3, S. 142.

104 Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review* (Fn. 21), S. 176-191.

105 Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung* (Fn. 29), S. 26-28. Das Kabinett erklärte sich – in Abwesenheit Dehlers – erst angesichts einer sich im Bundestag abzeichnenden Mehrheit für die Position des Bundesverfassungsgerichts bereit einzulenken; 295. und 296. Kabinettsitzung der Bundesregierung 29.5.1953, TOP A, und 2.6.1953, TOP D (Kabinettsprotokolle der Bundesregierung online).

106 Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß* (Fn. 22), S. 113

die im Zweifelsfall beitragen konnte, die Macht der Adenauer-Regierung zu beschränken. Dies lag auch im Interesse der zu dieser Zeit noch stark föderalistisch orientierten Ministerpräsidenten – gleich welcher parteipolitischen Couleur. Ein starkes Verfassungsgericht konnte eine Gewähr gegen eine zu starke Zentralregierung sein.¹⁰⁷

Diese kurze historische Skizze illustriert, dass es nicht notwendigerweise die Begeisterung für das Prinzip Verfassungsgerichtsbarkeit war, das bestimmte Akteure in der konkreten Auseinandersetzung Partei für das Bundesverfassungsgericht ergreifen ließ, sondern wohlverstandenes Eigeninteresse.¹⁰⁸

Auch in der Machtprobe um die Entscheidungen zur Wiederbewaffnung zog die Adenauer-Regierung letztlich den kürzeren, da sie für ihren scharfen Konfrontationskurs nicht genügend Rückhalt fand. Weder in den eigenen Bundestagsfraktionen noch bei den Ministerpräsidenten der CDU/CSU erhielt die Regierung Unterstützung; in der Presse und in der Fachöffentlichkeit ernteten Adenauer und Dehler heftige Kritik für ihren respektlosen Umgang mit dem Bundesverfassungsgericht. So nahm Karl Loewenstein die Konfrontation zwischen Bundesregierung und Bundesverfassungsgericht zum Anlass für einen Überblicksartikel über Konflikte zwischen Regierung und Justiz in anderen Ländern. Mit Blick auf die Auseinandersetzungen um Roosevelts Court Packing-Plan und in direkter Anspielung auf die Ereignisse des Dezembers 1952 resümierte er:

Eine Regierung, die es unternimmt, die Unabhängigkeit und Selbständigkeit der dritten Gewalt anzutasten, untergräbt damit den Verfassungsstaat, auf dessen Grundlage sie selbst die politische Macht innehat und ausübt. Wer Wind sät, wird Sturm ernten.¹⁰⁹

Kritische Äußerungen wie diese zwangen das Kabinett Adenauer dazu, sich konziliant gegenüber dem Bundesverfassungsgericht zu geben. Adenauer gab eine Art Ehrenerklärung für das Bundesverfassungsgericht:

Das Bundeskabinett stellt einmütig fest, daß es niemals daran gedacht hat, die Rechte und die Würde des Bundesverfassungsgerichts anzutasten oder auch nur in Zweifel zu ziehen. Das Bundeskabinett achtet das Bundesverfassungsgericht als integrierenden Bestandteil des demokratischen Rechtsstaats. Die rechtliche Beurteilung, die das Bundeskabinett gegenüber dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Dezember 1952 ... ausgesprochen hat, schließt keine Beeinträchtigung der Stellung des Bundesverfassungsgerichts in sich.¹¹⁰

Unbeschadet der inhaltlichen Bewertung der Wiederbewaffnungsfrage wurde damit die Autorität des Verfassungsgerichts seitens der Regierung formell bekräftigt. Thomas Dehler hielt dagegen an seiner Position fest und erklärte im Bundestag, er müsse als Justizminister

107 Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß (Fn. 22), S. 312ff., Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung (Fn. 29), S. 28.

108 Dies ist auch das Ergebnis der mit dem Rational Choice-Ansatz operierenden Studie von Georg Vanberg: Establishing Judicial Independence in West Germany. The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers, in: Comparative Politics 32, 3 (2000), S. 333-353.

109 Karl Loewenstein: Konflikte zwischen Regierung und Justiz, in: Archiv des öffentlichen Rechts 78 (1953), S. 260-284.

110 Baring, Kanzlerdemokratie (Fn. 66), S. 256; Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung (Fn. 29), S. 35.

über die Rechtsprechung der Gerichte wachen, was eine Protesterklärung des Plenums des Bundesverfassungsgerichts nach sich zog. Dehler war jedoch in seiner Haltung gegenüber dem Bundesverfassungsgericht mittlerweile so weit isoliert, dass er nach der Bundestagswahl im Herbst 1953 – angeblich auf Betreiben seines früheren Freundes Höpker-Aschoff und von Bundespräsident Heuss – sein Amt verlor.¹¹¹

Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts war auch das Verhältnis zu den Obersten Bundesgerichten getrübt, war doch die Hierarchiefrage nicht eindeutig geklärt, da nicht zuletzt die Einrichtung eines Obersten Bundesgerichts *neben* dem Bundesverfassungsgericht noch ausstand. Zu Streitfällen, bei denen Fachgerichte an der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen zweifelten, wurden vor der Vorlage beim Bundesverfassungsgericht vom jeweils zuständigen Bundesgericht Gutachten erstellt und diese Gutachten oftmals veröffentlicht. Diese Praxis engte den Entscheidungsspielraum des Bundesverfassungsgerichts erheblich ein. Zudem befand sich das Bundesverfassungsgericht mit mehreren Bundesgerichten in inhaltlichem Dissens, so mit dem Bundesgerichtshof über die Frage von Kontinuität oder Diskontinuität des Beamtenverhältnisses seit der NS-Zeit.¹¹² Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts beschloss am 30.11.1955 das Ende der für die Gerichte „wesensfremden“ Gutachten, was seitens der Präsidenten der oberen Bundesgerichte eine scharfe Protestnote nach sich zog. In der Auseinandersetzung gewann das Bundesverfassungsgericht schließlich den Gesetzgeber für sein Anliegen, worauf in der Novelle des Bundesverfassungsgesetzes die Gutachten abgeschafft wurden. Damit erhielten die Fachgerichte ohne Umweg über das zuständige obere Bundesgericht das Recht zur direkten Vorlage beim Bundesverfassungsgericht.¹¹³ So konnte das Bundesverfassungsgericht seine Autorität gegenüber den oberen Bundesgerichten zwar aufgrund eigener Behauptung, aber nur mit Hilfe der Akzeptanz und „Ratifizierung“ seines Standpunkts durch dritte Akteure, im konkreten Fall des Gesetzgebers, durchsetzen.

Der Akt der Selbstautorisierung des französischen Conseil constitutionnel, die Entscheidung zur Novelle des Vereinsgesetzes am 16. Juli 1971, fand die nahezu ungeteilte Zustimmung der Fachöffentlichkeit und der Presse.¹¹⁴ Für die Entscheidung vom 16. Juli 1971 hat der damals als Mitglied des Conseil constitutionnel beteiligte François Luchaire

111 Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß (Fn. 22), S. 468ff., Häußler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung (Fn. 29), S. 36-39.

112 BVerfGE 3, 58 – Beamtenverhältnisse (17.12.1953); Uwe Wesel: Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik. München 2004, S. 140-147.

113 Stellungnahme der Präsidenten der Oberen Bundesgerichte (BGH, BFH, BVerwG, BAG, BSG) zu dem Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30.11.1955 (1BvO 2/52 bzw. BVerfGE 4, 358) sowie Vermerk des Berichtstatters im BVerfG, Franz Wessel in Juristenzeitung 11, 3 (1956), S. 90-94; Otto Bachof: Bundesverfassungsgericht und obere Bundesgerichte. Zum Streit über die Auslegung des § 80 des Bundesverfassungsgesetzes, in: Juristenzeitung 11, 9 (1956), S. 272-274; Dopatka, Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt (Fn. 27), S. 96-101; Kommers, Judicial Politics in West Germany (Fn. 40), S. 277f.; Manfred Baldus: Frühe Machtkämpfe. Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts, in: Thomas Henne / Arne Riedlinger (Hrsg.): Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Berlin 2005, S. 237-248 (hier: S. 244f.).

114 Avril, Les conventions de Constitution (Fn. 12), S. 8, Dominique Rousseau: Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie. Paris 1997, S. 72-74.

hervorgehoben, wie viele Begründungen für den mutigen Schritt gegeben wurden: Die Mehrheit des Verfassungsrates bezog sich nicht allein auf den Text der Verfassung selbst, sondern auch die Präambel zu dieser Verfassung.¹¹⁵ Diese Präambel bezog sich ihrerseits auf die Präambel der Verfassung von 1946 sowie auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789.

Doch bedeutete der Schritt des Conseil constitutionnel anders als im amerikanischen und im deutschen Fall nicht nur eine Abgrenzung von den anderen Gewalten, sondern in erster Linie eine Emanzipation vom abgetretenen Autor und Gründer Charles de Gaulle. Dass die Verfassungsinterpretation des Conseil constitutionnel hinsichtlich der Justiziabilität von Menschen- und Bürgerrechtserklärung und Präambel von 1946 eindeutig den Intentionen der Autoren von 1958 widersprach, war insofern nicht mehr problematisch, als diese Interpretation von den Zeitgenossen in großer Einmütigkeit geteilt wurde. Als amtliche Bekräftigung und Ratifizierung kann die Verfassungsänderung vom 29. Oktober 1974 angesehen werden, mit der das Recht zur Anrufung des Conseil constitutionnel erheblich ausgeweitet wurde. Nun konnten nicht mehr nur Staatspräsident, Premierminister und die Präsidenten der beiden Parlamentskammern, sondern auch 60 Abgeordnete von Nationalversammlung oder Senat den Conseil constitutionnel anrufen; mithin konnte der Conseil zu einem probaten Mittel der parlamentarischen Opposition werden, die Macht der Regierung und der parlamentarischen Mehrheit zu begrenzen. Der Vorschlag, der Conseil constitutionnel könne sich bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes selbst anrufen, unterstreicht die hohe Akzeptanz, die die Institution unter den Akteuren im politischen Gemeinwesen genoss, auch wenn dieser Vorschlag letztlich nicht umgesetzt wurde.

Die Verfassungsänderung von 1974, die die Bedeutung des Conseil constitutionnel faktisch weiter stärkte, war nicht in erster Linie als Stärkung intendiert, ging es den Initiatoren der Vorlage doch vornehmlich darum, die Macht der gegenwärtigen bzw. einer künftigen Regierung und parlamentarischen Mehrheit zu beschränken.¹¹⁶ Mit der Entscheidung von 1971 ist der Conseil constitutionnel schließlich auch aus dem Schatten der Verwaltungsgerichtsbarkeit des altehrwürdigen Conseil d'État und des obersten Berufungsgerichts Cour de cassation getreten.

8 Ausblick

Mit Akten der Selbstautorisierung und ihrer Akzeptanz durch andere Akteure im politischen Gemeinwesen ist die Entwicklung der Autorität eines Verfassungsgerichts weder abgeschlossen, noch verläuft die Entwicklung stets in die Richtung einer Stärkung der institutionellen Position des Verfassungsgerichts. Vielmehr bedarf die Autorität der Institution Verfassungsgericht der kontinuierlichen eigenen Bekräftigung. Anders als in der Frühphase der eigenen Institution hat ein Verfassungsgericht darüber hinaus die

115 Wie Luchaire mehr als beiläufig hervorhebt, war der Bezug auf die Präambel keineswegs völlig neu, sondern war bereits 1970 erstmals angewandt worden. Luchaire, „Souvenirs du 16 juillet 1971,“ Beitrag zur Tagung „La liberté d'association et le droit“ 29./30. Juni 2001 Conseil constitutionnel, S. 18.

116 Vogel, Demokratie und Verfassung in der V. Republik (Fn. 11), S. 156-162.

Möglichkeit, in legitimatorischer Absicht neben Bezügen auf den Text der Verfassung auf in der Vergangenheit anerkannte eigene Entscheidungen zu verweisen.¹¹⁷ Mit dem Abtreten der Autoren der Verfassung sind wichtige potenzielle Konkurrenten um die authentische Deutung der Verfassung weggefallen.

Gleichwohl bedarf auch die Bekräftigung der eigenen Autorität der steten Akzeptanz durch dritte Akteure. Als Illustration mag an dieser Stelle der Hinweis auf einen prominenten Fall aus den USA genügen. In *Cooper v. Aaron* (1958) bekräftigte der amerikanische Supreme Court seine in *Brown v. Board of Education* (1954) getroffene Grundsatz-Entscheidung zur Aufhebung der Rassentrennung. Die Behauptung der eigenen Autorität konnte äußerlich nicht deutlicher inszeniert sein: Die Entscheidung erging am Tag nach der mündlichen Anhörung, alle neun Richter unterschrieben die Urteilsbegründung, auch die Wortwahl der Begründung unterstreicht die Entschlossenheit der Richter, den Widerstand einzelstaatlicher Behörden gegen die Aufhebung der Rassentrennung zu brechen. Die Supreme Court-Richter verwiesen auf *Marbury v. Madison* als erstem Präzedenzfall für die Ausübung von *Judicial Review*:

In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as „the fundamental and paramount law of the nation,“ declared in the notable case of *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177, that „It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.“ This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system.¹¹⁸

Die Suprematie der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde hier bekräftigt und schloss neben dem Verweis auf den Präzedenzfall die Behauptung mit ein, die ursprüngliche Autoritätsbehauptung sei stets als dauerhaftes und unverzichtbares Element des Verfassungssystems respektiert worden. Betrachtet man einerseits die Strittigkeit des *Judicial Review* bis weit ins 20. Jahrhundert sowie die vielen Fälle, in denen der Supreme Court seiner Verfassungsinterpretation gar nicht oder nur mit Mühe Geltung verschaffen konnte, so könnte man diese Behauptung als „Verschleierung von Ohnmacht“ bezeichnen.¹¹⁹ Erst mit den Bürgerrechtsgesetzen der 1960er Jahre unternahm Kongress und Präsident Versuche, der Verfassungsinterpretation des Supreme Court in *Cooper v. Aaron* Geltung zu verschaffen.

117 Vgl. hierzu u.a. Frederick Schauer: Precedent, in: *Stanford Law Review* 39 (1987), S. 571-605; Ethan Bueno de Mesquita / Matthew Stephenson: Informative Precedent and Intrajudicial Communication, in: *American Political Science Review* 96, 4 (2002), S. 755-766; Michael J. Gerhardt: The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory, in: *George Washington Law Review* 60 (1991), S. 68-159; ders., The Pressure of Precedent. A Critique of the Conservative Approaches to *Stare Decisis* in Abortion Cases, in: *Constitutional Commentary* 10 (1993), S. 67-86; Steven Schaller: Präjudizien als selbstreferenzielle Geltungsressource des Bundesverfassungsgerichts, in diesem Band.

118 *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958), S. 18.

119 Das Verfassungsgericht kann im Grunde in seinem institutionellen Selbstbild keine Beispiele von erfolgloser Geltungsbehauptung akzeptieren. – Dieses Problem, das an dieser Stelle noch nicht näher ausgeführt werden kann, ist gewissermaßen das Spiegelbild zur „Verschleierung von Macht“: Das Verfassungsgericht lebt von der Fiktion einer juristischen Institution ohne politische Macht.

Literatur

- Adams, Willi Paul: Krise des amerikanischen Konstitutionalismus. Der New Deal vor Gericht, in: Heinrich August Winkler (Hrsg.): Die große Krise in Amerika. Vergleichende Studien zur politischen Sozialgeschichte 1929-1939. Göttingen 1973, S. 189-215.
- Arendt, Hannah: Über die Revolution. München 1974.
- Avril, Pierre: Les Conventions de la Constitution. Paris 1997.
- Bachof, Otto: Bundesverfassungsgericht und obere Bundesgerichte. Zum Streit über die Auslegung des § 80 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, in: Juristenzeitung 11, 9 (1956), S. 272-274.
- Baldus, Manfred: Frühe Machtkämpfe. Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts, in: Thomas Henne / Arne Riedlinger (Hrsg.): Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Berlin 2005, S. 237-248.
- Balkin, J. M. / Sanford Levinson: The Canons of Constitutional Law, in: Harvard Law Review 111 (1998), S. 963-1024.
- Baring, Arnulf: Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie. München / Wien 1969.
- Beard, Charles A.: An Economic Interpretation of the Constitution. New York 1913.
- Beveridge, Albert Jeremiah: The Life of John Marshall. 4 Bände. Boston 1916-1919.
- Bickel, Alexander: The Least Dangerous Branch. New Haven / London 1986 [1962].
- Bryde, Brun-Otto: Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden 1982.
- Buchanan, James: Oliver Ellsworth, in: Clare Cushman (ed.), The Supreme Court Justices. Illustrated Biographies, 1789-1995. Washington, D.C. 21995, S. 46-50.
- Bueno de Mesquita, Ethan / Matthew Stephenson: Informative Precedent and Intrajudicial Communication, in: American Political Science Review 96, 4 (2002), S. 755-766.
- Casto, William R.: The Supreme Court in the Early Republic: The Chief Justiceships of John Jay and Oliver Ellsworth. Columbia, S. C. 1995.
- Chagnollaud, Dominique: Droit et politique sous la Ve République, in: ders: La vie politique en France. Paris 1993.
- Clinton, Robert Lowry: *Marbury v. Madison* and Judicial Review. Lawrence, Kan. 1989.
- Clinton, Robert Lowry: The Supreme Court before John Marshall, in: Journal of Supreme Court History 27, 3 (2002), S. 222-239.
- Corwin, Edward S.: The Establishment of Judicial Review, in: Michigan Law Review 9 (1910/11), S. 102-125; 283-316.
- Cushman, Clare: John Jay, in: dies. (ed.): The Supreme Court Justices. Illustrated Biographies, 1789-1995. Washington, D.C. 21995.
- Cushman, Clare (ed.): The Supreme Court Justices. Illustrated Biographies, 1789-1995. Washington, D.C. 21995.
- Denizeau, Charlotte: Existe-t-il un bloc de constitutionnalité? Paris 1997.
- Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952 [gerichtet an Bundespräsident, Präsidenten von Bundestag und Bundesrat sowie Bundesregierung, veröffentlicht am 19.1.1953], in: Juristenzeitung 8, 5 (1953), S. 157-158 (wiederabgedr. in: Journal des Öffentlichen Rechts N.F. 6 (1957), S. 144-148).
- Dopatka, Friedrich-Wilhelm: Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt. Zur Analyse des Bundesverfassungsgerichts und der adressatenspezifischen Bezüge seiner Rechtsprechung. Berlin 1982.
- Fish, Peter G.: Art. Justices, Number of, in: Kermit Hall (ed.), The Oxford Companion to the Supreme Court. Oxford 1992, S. 477f.

- Frankel, Robert P., Jr.: Before *Marbury*: *Hylton v. United States* and the Origins of Judicial Review, in: *Journal of Supreme Court History* 28 (2003), S. 1-13.
- Gaulle, Charles de: Rede von Bayeux 16.6.1946, abgedruckt in: *Naissance de la Cinquième République: analyse de la Constitution par la „Revue française de science politique“ en 1959*. Paris 1990, S. 188-192.
- Gerhardt, Michael J.: The Pressure of Precedent. A Critique of the Conservative Approaches to *Stare Decisis* in Abortion Cases, in: *Constitutional Commentary* 10 (1993), S. 67-86.
- Gerhardt, Michael J.: The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory, in: *George Washington Law Review* 60 (1991), S. 68-159.
- Gillman, Howard: *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham / London 1993.
- Gillman, Howard / Cornell Clayton (eds.): *The Supreme Court in American Politics. New Institutional Interpretations*. Lawrence, Kan. 1999.
- Graber, Mark A.: Establishing Judicial Review: *Marbury* and the Judicial Act of 1789, in: *Tulsa Law Review* 38 (2003), S. 609-650.
- Graber, Mark A.: Establishing Judicial Review? *Schooner Peggy* and the Early Marshall Court, in: *Political Research Quarterly* 51, 1 (1998), S. 221-239.
- Graber, Mark: The Problematic Establishment of Judicial Review, in: Howard Gillman / Cornell Clayton (eds.): *The Supreme Court in American Politics. New Institutional Interpretations*. Lawrence, Kan. 1999, S. 28-42.
- Großfeld, Bernhard: Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (1998 Heft 48), S. 3544-3547.
- Hamon, Léo: *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir*. Paris 1987
- Häußler, Richard: *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin 1994.
- Herrmann, Dietrich: „It is, emphatically, the province and duty of the judicial department to say what the law is.“ Zur Begründung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA, in: André Brodocz / Christoph O. Meyer / Rene Pfeilschifter / Beatrix Weber (Hrsg.): *Institutionelle Macht. Genese – Verstetigung – Verlust*. Köln / Wien / Weimar 2005, S. 105-120.
- Herrmann, Dietrich: Neu-Gründung und Geltung. Die Gründung der V. Französischen Republik und die Institutionalisierung ihrer Verfassung, in: *Dresdner Beiträge zur Politischen Theorie und Ideengeschichte* (4/2002).
- Herrmann, Dietrich: Der amerikanische Supreme Court und die Prinzipien von Original Intent und *Stare Decisis*, in: Stephan Müller et al. (Hrsg.): *Dauer durch Wandel*. Köln / Wien / Weimar 2002, S. 105-118.
- Hoffmann, Dierk: Das Bundesverfassungsgericht im politischen Kräftefeld der frühen Bundesrepublik. Der Streit um die Westverträge 1952-1956, in: *Historisches Jahrbuch* 120 (2000), S. 227-273
- Isensee, Josef: Inhaltskontrolle des Bundesverfassungsgerichts über Verfügungen von Todes wegen – zum „Hohenzollern-Beschluss“ des BVerfG, in: *Deutsche Notar-Zeitschrift* (2004 Heft 10), S. 754-766.
- Kabinettsprotokolle der Bundesregierung online (<http://www.bundesarchiv.de/kabinettsprotokolle> – 20.6.2005).
- Kommers, Donald P.: *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills / London 1976.
- Landfried, Christine: *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*. Baden-Baden 1984.

- Laufer, Heinz: Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland. Tübingen 1968.
- Leibholz, Gerhard: Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts in der sogenannten „Statusfrage“, in: *Journal des Öffentlichen Rechts* N.F. 6 (1957), S. 120-137.
- Lenoir, Noëlle: Le métier de juge constitutionnel. Entretien, in: *Le débat* 114 (2001), S. 178-192. Auszüge in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/temoignages/lenoir.htm> – 20.6.2005.
- Leuchtenburg, William E.: The Origins of Franklin D. Roosevelt's „Court-Packing“ Plan, in: *Supreme Court Review* (1966), S. 347-400.
- Ley, Richard: Willi Geiger †, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (1994 Heft 16), S. 1050f.
- Loewenstein, Karl: Konflikte zwischen Regierung und Justiz, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 78 (1953), S. 260-284.
- Luchaire, François: „Souvenirs (1965-1974)“, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/temoignages/luchaire.htm>. – 20.6.2005.
- Luchaire, François: Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction? in: *Revue du droit public*, (1979 Heft 1), S. 27-43.
- Luchaire, François: Souvenirs du 16 juillet 1971, Beitrag zur Tagung „La liberté d'association et le droit“ 29./30. Juni 2001 Conseil constitutionnel <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/loi1901/2vendredi.pdf> – 20.6.2005, S. 17-22.
- Maus, Didier / Louis Favoreu / Jean-Luc Parodi (dir.): *L'Écriture de la Constitution de 1958*. Aix-en-Provence 1992.
- Maus, Didier / Olivier Passelecq (dir.): *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958 autour de Raymond Janot*. Paris 1997.
- Maus, Didier: L'institution présidentielle dans l'écriture de la constitution de 1958, in: Didier Maus / Pierre Avril / Jean-Luc Parodi (dir.): *L'Écriture de la Constitution de 1958*. Aix-en-Provence 1992, S. 261-277.
- Nagel, Stuart S.: Court Curbing Periods in American History, in: *Vanderbilt Law Review* 18 (1965), S. 925-944 (repr. in: Theodore Becker / Malcolm Feeley (eds.): *The Impact of Supreme Court Decisions*. New York 1973, S. 9-21).
- Palewski, Gaston: *Mémoires d'action 1924-1974*. Paris 1988.
- Poher, Alain: *Trois fois président*. Paris 1993.
- Rakove, Jack (ed.): *Interpreting the Constitution. The Debate over Original Intent*. Boston 1990.
- Richir, Isabelle: Le chef de l'État et le juge constitutionnel, gardiens de la Constitution, in: *Revue du Droit Public* 4 (1999), S. 1047-1066.
- Richir, Isabelle: *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*. Paris 1998.
- Rivero, Jean: Décision du 16 juillet 1971. Note, in: *L'actualité juridique* (1971), S. 537-542.
- Rose, Winfield H.: Marbury v. Madison: How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution, in: *PS: Political Science* 36 (2003), S. 209-214.
- Rosenberg, Dominique: Les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel: l'impossible retraite, in: *Revue de droit publique* 101 (1985), S. 1263-1317.
- Rousseau, Dominique: *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*. Paris 1997.
- Ruger, Theodore W.: „A Question Which Convulses a Nation“. The Early Republic's Greatest Debate About the Judicial Review Power, in: *Harvard Law Review* 117 (2004), S. 826-897.
- Schäller, Steven: *Der Verweis als Argument. Präjudizien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Magisterarbeit TU Dresden 2003.
- Schauer, Frederick: Precedent, in: *Stanford Law Review* 39 (1987), S. 571-605.
- Smithey, Shannon I.: *Judges As Constitution Makers: Strategic Assertions of Judicial Authority*, unveröff. Manuskript. Presented at Annual Meeting of Midwest Political Science Association

1999; Working Paper Archive of the Law and Courts Section of the American Political Science Association <http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/workingpaperarchive/Smithey.pdf> – 20.6.2005.

- Stone, Alec: *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective.* New York / Oxford 1992.
- Stourzh, Gerald: *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, in: ders.: *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates.* Köln, Wien 1989, S. 37-74.
- Vanberg, Georg: *Establishing Judicial Independence in West Germany. The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers*, in: *Comparative Politics* 32, 3 (2000), S. 333-353.
- Vogel, Wolfram: *Demokratie und Verfassung in der V. Republik. Frankreichs Weg zur Verfassungsstaatlichkeit.* Opladen 2001.
- Vorländer, Hans: *Gründung und Geltung. Die Konstitution der Ordnung und die Legitimität der Konstitution*, in: Gert Melville / Hans Vorländer (Hrsg.): *Geltungsgeschichten. Über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen.* Köln / Wien / Weimar 2002, S. 242-264.
- Vorländer, Hans: *Verfassungsgeschichten. Über die Kontinuierung des konstitutionellen Moments*, Gert Melville / Karl-Siegbert Rehberg (Hrsg.): *Gründungsmythen, Genealogien, Memorialzeichen. Beiträge zur institutionellen Kontinuität.* Köln / Wien / Weimar 2004, S. 177-185.
- Wesel, Uwe: *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik.* München 2004.
- Whittington, Keith E.: *Congress Before the Lochner Court*, in: *Boston University Law Review* 85, 3 (2005), S. 821-858.
- Whittington, Keith E.: *To Say What the Law is: Judicial Authority in a Political Context*, Buch in Vorbereitung Kap. 1 u. 2 www.princeton.edu/~kewhitt/book_proposal.pdf – 20.6.2005.

Fälle:

U.S. Supreme Court:

- Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (18.2.1793).
- Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (24.2.1803).
- Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (6.3.1857).
- Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (20.5.1895).
- Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (17.4.1905).
- Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (17.5.1954).
- Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (12.9.1958).

Bundesverfassungsgericht:

- BVerfGE 1, 396 – Deutschlandvertrag (30.7.1952).
- BVerfGE 2, 79 – Plenargutachten Heuss (8.12.1952).
- BVerfGE 2, 143 – EVG-Vertrag (7.3.1953).
- BVerfGE 3, 58 – Beamtenverhältnisse (17.12.1953).
- BVerfGE 4, 358 – Reichsgesetz über den Finanzausgleich (30.11.1955).

Conseil constitutionnel:

- Décision n° 62-20 DC Loi référendaire (6.11.1962).
- Décision n° 71-44 DC Liberté d'associations (16.7.1971).

Kontaktadresse

Dr. Dietrich Herrmann
Sonderforschungsbereich 537 „Institutionalität und
Geschichtlichkeit“
Technische Universität Dresden
01062 Dresden
Tel. 0351/463-35723
Fax 0351/463-37774
Dietrich.Herrmann@tu-dresden.de
<http://www.tu-dresden.de/phfipo/poltheo/herrmann.php>