

## Ursprünge und Wandlungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den konsolidierten liberalen Demokratien

Im Gegensatz zu Regierungen, legislativen Versammlungen oder auch Parteien und Interessengruppen, denen man in den unterschiedlichsten Ausprägungen liberaler Demokratie begegnet, gehört die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zu jenen politischen Institutionen, die man zur gleichsam selbstverständlichen Grundausrüstung liberal-demokratischer Systeme zählen könnte. Das gilt insbesondere dann, wenn man von einem engeren Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeht, welcher voraussetzt, dass es innerhalb der jeweiligen Institutionenordnung tatsächlich ein spezielles, institutionell selbständiges Verfassungsgericht gibt. Verfassungsgerichtsbarkeit in diesem Sinne wird im Englischen mit dem Begriff »constitutional review« bezeichnet. Allerdings gibt es auch in vielen Ländern, in denen dieses institutionelle Kriterium nicht erfüllt ist, Formen der gerichtlichen Überprüfung von Gesetzen auf deren Verfassungsmäßigkeit, und zwar im Rahmen der »normalen« Gerichtsbarkeit. Rein quantitativ betrachtet ist diese, in institutioneller Hinsicht »diffuse« Ausprägung von Verfassungsgerichtsbarkeit für die Familie der »alten« Demokratien sogar typischer, d.h. verbreiteter, als die erste Variante.<sup>1</sup> Sie wird im angelsächsischen Sprachraum als »judicial review« bezeichnet.<sup>2</sup> Gleichzeitig dient der Begriff »judicial review« jedoch vor allem in der politikwissenschaftlichen Literatur verbreitet als Oberbegriff bzw. als Rahmenkonzept, innerhalb dessen zwischen »centralized systems of judicial review« (»constitutional review«) und »decentralized judicial review« unterschieden wird.<sup>3</sup> Da es im Rahmen dieses Beitrags nicht zuletzt darum geht, die unterschiedlichen Entstehungsbedingungen und Entwicklungspfade der Verfassungsgerichtsbarkeit aus einer interdisziplinären Perspektive zu beleuchten, gehen wir zunächst von ebendiesem breiten Rahmenkonzept der Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>4</sup> aus und kommen auf die soeben erwähnte Unterscheidung erst im Zuge weitergehender Betrachtungen als eine von mehreren Differenzierungen des vergleichenden Studiums der Verfassungsgerichtsbarkeit zu sprechen.

- 1 Dies im Gegensatz zu der weltweiten Entwicklungstendenz, die durch einen starken Einflussgewinn des Modells der »konzentrierten« Verfassungsgerichtsbarkeit gekennzeichnet ist. Vgl. Christian Starck, »Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit« in: ders. (Hg.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil I. Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto*, Baden-Baden 2004, S. 11 ff., 12.
- 2 Vgl. Alec Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford 2000, S. 32-33.
- 3 Vgl. Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven/London 1999, S. 225.

Dass die Verfassungsgerichtsbarkeit selbst in ihrer institutionell unselbständigen, »diffusen« Variante des »judicial review« auch in den konsolidierten liberalen Demokratien nicht zu einem vollständig flächendeckend verbreiteten institutionellen Merkmal der Staatsorganisation geworden ist, hat damit zu tun, dass jedwede Spielart von Verfassungsgerichtsbarkeit an bestimmte Mindestvoraussetzungen bezüglich des Verhältnisses von Verfassung und Gesetz gebunden ist. Eine wie auch immer konkret ausgestaltete Verfassungsgerichtsbarkeit kann es nur geben, wenn die Verfassung als eine höherrangige Ebene des Rechts, oberhalb der Ebene des Gesetzesrechts, akzeptiert ist. Innerhalb einer solchen Konzeption erscheinen Verfassungsgerichte dann nicht nur als »Hüter der Verfassung«, sondern zugleich als verbindliche Interpreten derselben. Damit tragen sie nicht zuletzt dazu bei, den Vorrang der Verfassung in der Realität des Rechtslebens erträglich zu machen, indem sie eine effektive und dynamische Anpassung der »starren« Verfassungsnormen an die sich ständig wandelnden Bedürfnisse des politischen und sozialen Lebens leisten und auf diese Weise die notwendigen Fortschritte der Gesetzgebung mit der Statik, dem »höheren Recht« der Verfassung in Einklang halten.<sup>5</sup>

Eine solche Trennung zwischen Gesetzes- und Verfassungsrecht einschließlich der Anerkennung der Suprematie der Verfassung gehört historisch nicht zum gemeinsamen Grundkonsens der konsolidierten liberalen Demokratien, obwohl sie für die große Mehrzahl der so genannten »trilateralen Demokratien« (Nordamerikas, Westeuropas und Japans), auf die diese Abhandlung beschränkt bleibt, charakteristisch ist.<sup>6</sup> Die stärksten Einschränkungen bezüglich dieser Voraussetzungen

- 4 Dieses umfasst, in anderer Terminologie, die beiden Alternativen einer Verfassungsgerichtsbarkeit »als Funktion oder eigene Institution«; so Rainer Wahl, »Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld« in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 37-38/2001, S. 45 ff., 46. Diesem weiten Verständnis von Verfassungsgerichtsbarkeit korrespondiert ein entsprechend breiter Verfassungsgerichts begriff, unter den Gerichte gefasst werden, denen wesentliche verfassungsgerichtliche Kompetenzen zugewiesen sind; vgl. Albrecht Weber, »Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa« in: Christian Starck / Albrecht Weber (Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband 1*, Baden-Baden 1986, S. 41 ff., 49.
- 5 Vgl. Mauro Cappelletti / Theodor Ritterspach, »Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung« in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 20/NF (1971) S. 65 ff., 109.
- 6 Auf zwei weitere thematische Beschränkungen sei an dieser Stelle hingewiesen. So werden im Weiteren weder die »jungen Demokratien« insbesondere Mittel-Ost-Europas noch die supranationale Ebene der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit berücksichtigt. Vgl. hierzu Georg-Brunner, »Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa« in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 53 (1993), S. 819 ff.; Marc Verdussen (Hg.), *La Justice Constitutionnelle en Europe Centrale*, Brüssel 1997; Herman Schwartz, »Eastern Europe's Constitutional Courts« in: *Journal of Democracy* 9 (1998), S. 100 ff.; Wojciech Sadurski (Hg.), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Den Haag, 2002; Ernst-Gottfried Mahrenholz, »Europäische Verfassungsgerichte« in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 49/NF (2001), S. 15 ff.; Paul P. Craig, »National Courts and Community Law« in: Jack Hayward / Anand Menon (Hg.), *Governing Europe*, Oxford 2003, S. 15 ff.

kennzeichneten von jeher Großbritannien, wo die Doktrin der Parlamentsouveränität und der Verzicht auf eine kohärente geschriebene Verfassung eine richterliche Kontrolle von Gesetzen auf deren Verfassungsmäßigkeit traditionell ausschloss.<sup>7</sup> Großbritannien ist jedoch keineswegs das einzige Land aus der Familie der etablierten liberal-demokratischen Systeme, in denen die Idee der gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen auf Abwehr stieß. Als Hindernis eines Systems gerichtlicher Normenkontrolle in den Ländern mit französischer Tradition wirkte dabei weniger die Parlamentsouveränität, als vielmehr die Doktrin der Volkssouveränität.<sup>8</sup> Das Bekenntnis zur Volkssouveränität kennzeichnet auf den ersten Blick zwar praktisch jede repräsentative Demokratie. Selbst in einem Land wie Deutschland, das auf eine Geschichte zurückblickt, die stets durch ein hohes Maß an Skepsis gegenüber dem Prinzip der Volksherrschaft gekennzeichnet war und statt dessen stärker auf den Rechtsstaat baute, verzichtet die Verfassung nicht auf den ausdrücklichen Hinweis, dass alle Macht vom Volke ausgehe. Aus einer spezielleren Vergleichsperspektive, die zwischen unterschiedlichen Realmodellen der Legitimation staatlichen Handelns (Volkssouveränität, Parlamentsouveränität und Verfassungssouveränität) unterscheidet<sup>9</sup>, ist der tatsächliche Stellenwert des Volkes im Einzelfall aber sehr unterschiedlich stark ausgebildet. Im Kontext der Trias von Volkssouveränität, Parlamentsouveränität und Verfassungssouveränität erscheint die Bundesrepublik dabei eindeutig als Prototyp eines auf die Doktrin der Verfassungssouveränität gegründeten Gemeinwesens.<sup>10</sup>

- 7 Dies hat sich im Zuge der Inkorporation der Europäischen Menschenrechtskonvention in britisches Recht durch den Human Rights Act 1998 wesentlich geändert. Seither besitzen auch britische Gerichte das Recht einer gerichtlichen Überprüfung von Gesetzen. Obwohl die Feststellung einer Inkompatibilität zwischen einem britischen Parlamentsgesetz und der Europäischen Menschenrechtskonvention durch ein britisches Gericht die betreffende Maßnahme nicht automatisch ungültig macht – erforderlich dazu ist nach wie vor die Ersetzung einer geltenden Norm durch ein neues Parlamentsgesetz –, hat der Stellenwert von »judicial review« zweifelsohne eine deutliche Aufwertung erfahren. Vgl. F. G. Jacobs, »Public Law – The Impact of Europe« in: *Public Law*, 1999, S. 232 ff.; Gillian Peele, »The Law and the Constitution« in: Patrick Dunleavy / Andrew Gamble / Ian Holliday / Gillian Peele (Hg.), *Developments in British Politics 6*, London 2000, S. 69 ff.
- 8 Sie hat in Frankreich selbst Ausdruck nicht nur in einem, gemessen am Bundesverfassungsgericht, vergleichsweise bescheidenen Kompetenzprofil des Conseil constitutionnel gefunden, sondern auch in dem Bestreben, die Entscheidungsmacht des Verfassungsrates nicht in die Hände von Richtern zu legen. Vollständig abgelehnt wird eine wie auch immer beschaffene richterliche Verfassungskontrolle nach wie vor in den Niederlanden. Vgl. Albrecht Weber, »Typen der Verfassungsgerichtsbarkeit« in: Christian Starck (Hg.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil I. Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto*, Baden-Baden 2004, S. 35 ff., 40.
- 9 Vgl. Heidrun Abromeit, »Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität. Drei Realmodelle der Legitimation staatlichen Handelns« in: *Politische Vierteljahresschrift* 36 (1995), S. 49 ff.
- 10 Ebd., S. 52-53, 59-61.

Der nächste Abschnitt rekapituliert in groben Zügen die historische Genese der Verfassungsgerichtsbarkeit und problematisiert dabei auch einige der vorherrschenden und üblicherweise nicht mehr hinterfragten Bewertungen. Im Anschluss daran ist die Ausbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit in ihren unterschiedlichen Spielarten zu rekonstruieren und eine diesbezügliche Verortung der Länder unseres Samples vorzunehmen. Dazu gehört auch die Spezifizierung der unterschiedlichen Funktionsbedingungen »diffuser« und »konzentrierter« gerichtlicher Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen. Auf dieser Grundlage sollen schließlich die Charakteristika und Eigentümlichkeiten der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik beleuchtet und durch eine vergleichende Perspektive profiliert werden.

### *Die historischen Ursprünge des »judicial review« im angelsächsischen Konstitutionalismus*

Im Gegensatz zu vielen repräsentativ-demokratischen Strukturen der heutigen liberalen Demokratien stand die Wiege der gerichtlichen Normenkontrolle als potentieller Bestandteil moderner Verfassungsstaatlichkeit trotz wichtiger englischer Impulse nicht im Vereinigten Königreich, sondern in den Vereinigten Staaten. Von dort aus breitete sich das Prinzip, auf unterschiedlichen Wegen und in je spezifischer Ausprägung, nach Europa, in die Commonwealth-Staaten und bis nach Japan aus. Die Pionierrolle, die die USA in diesem Bereich spielen konnten, war freilich der Tatsache geschuldet, dass die Amerikaner zugleich Vorreiter hinsichtlich der Etablierung des modernen Konstitutionalismus – mit der ausdrücklichen Anerkennung der Suprematie der Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetz – waren. Dabei fand das Prinzip des »judicial review« bekanntlich keinen Eingang in die amerikanische Bundesverfassung von 1787. Ein wenig spitz formuliert beruht die seit rund 200 Jahren akzeptierte Kompetenz des Supreme Court zur Überprüfung von Gesetzen am Maßstab der Verfassung folglich nicht auf verfassungsrechtlicher Grundlage, sondern auf »richterlicher Anmaßung«<sup>11</sup>. Als Geburtsstunde der gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen in den Vereinigten Staaten gilt die berühmte Entscheidung des Supreme Courts unter Chief Justice Marshall, »Marbury v. Madison« (1803), in der aus dem in Artikel VI, Abs. 2 der amerikanischen Verfassung begründeten Vorrang der Verfassung ein richterliches Prüfungsrecht abgeleitet wird, das *jedem* Richter im Rahmen der konkreten Normenkontrolle (d.h. im Kontext der Entscheidung eines anhängigen Rechtsstreits) zustehe.

An der international vorherrschenden Bewertung des »Marbury«-Urteils als Zeugnis des Durchbruchs von »judicial review« sind in der jüngeren Literatur Zweifel angemeldet worden, die sich nicht zuletzt aus der genaueren Erforschung der politisch-historischen Dimension von »judicial review« im amerikanischen Regierungssystem speisen. Darauf sei hier im Rahmen eines etwas weiter ausgreifen-

11 So Alfred J. Noll, *Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Großbritannien, der USA, Frankreich, Italien und Japan*, Wien 1992, S. 16.

den Rückblicks auf die historischen Entstehungsbedingungen der gerichtlichen Normenkontrolle eingegangen.

Dass es vor allem in der griechischen Antike, konkret in der athenischen Demokratie, aber auch im Mittelalter einzelne Elemente in der Konzeption von Gemeinwesen gab, die dem modernen Konstitutionalismus hinsichtlich der Vorstellung der Höherrangigkeit bestimmter Normen (von den griechischen »nomoi« bis zum mittelalterlichen Naturrecht) wesensverwandt waren, darf heute als weithin bekannt vorausgesetzt werden. Weniger bekannt ist die Tatsache, dass historisch paradoxerweise gerade die Suprematie des Parlaments in Großbritannien, die dort bis heute als »Bollwerk« gegen das Konzept des »constitutional review« wirkt, eine Katalysatorfunktion entfaltete, die in den amerikanischen Kolonien der Vorstellung von der Suprematie der Verfassung und der Richter letztlich zum Durchbruch verhalf.<sup>12</sup>

Die Doktrin der Parlamentsouveränität entwickelte sich auch in Großbritannien erst im Umfeld der »Glorious Revolution« von 1688. Kennzeichnend für die vorherrschende Rechtsvorstellung während der vorausgehenden rund vier Jahrhunderte war die heute vor allem mit dem Namen Sir Edward Coke (1552-1634) verbundene Überzeugung, dass das »common law« über dem vom Parlament erzeugten »statutory law« stehe und weite Teile dessen dem Eingriff des Gesetzgebers entzogen seien. Die Aufgabe, den Vorrang des »common law« gegenüber der Willkür des monarchischen Souveräns einerseits und des parlamentarischen Gesetzgebers andererseits zu sichern, fiel in der Lehre Cokes den Richtern zu. Diese Lehre aus der vorrevolutionären Epoche der englischen Geschichte galt auch in den englischen Kolonien in Amerika.

Die in England mit der »Glorious Revolution« besiegelte Abkehr von dieser Rechtsvorstellung und die gleichzeitige Hinwendung zur Lehre von der Parlamentssuprematie wurde in Amerika nicht mit vollzogen. Die großen Auseinandersetzungen blieben dort vielmehr am vorrevolutionären Referenzmodell orientiert. Dafür gab es einen wichtigen Grund, der mit der ursprünglichen Vormachtstellung der englischen Gesetzgebung bzw. des englischen Parlaments in den Kolonien zu tun hatte. Viele der englischen Kolonien in Amerika waren zunächst als Handelsgesellschaften gegründet worden, die nach den Statuten der englischen Krone regiert wurden. Funktional betrachtet handelte es sich bei diesen Statuten oder Satzungen um die ersten Verfassungen der Kolonien. In ihnen war nicht selten ausdrücklich geregelt, dass die Kolonien das Recht besäßen, Gesetze zu erlassen – sofern diese mit den Gesetzen der englischen Krone bzw. dem Willen des englischen Parlaments vereinbar waren. Diese Stoßrichtung wurde durch zahlreiche analoge Entscheidungen des englischen Privy Council (einer Nachfolgeinstitution des mittelalterlichen »inner council« der Berater des Monarchen und funktionaler Vorläufer des Kabinetts, welches in verfassungsrechtlicher Hinsicht bis heute den operativen Teil des Privy Council verkörpert) untermauert.

12 Nachdrücklich darauf hingewiesen haben im deutschsprachigen Raum zuerst Cappelletti / Ritterspach, aaO. (FN 5), S. 78-81.

Somit sorgten die spezifischen entwicklungsgeschichtlichen Entstehungsbedingungen der Kolonien und das Festhalten an der älteren englischen Lehre dafür, dass das jüngere englische Rechtsprinzip der unbeschränkten Vormachtstellung des parlamentarischen Gesetzgebers jenseits des Atlantiks entscheidend zur Entstehung eines dem entgegen gesetzten Systems beitrug, in dem Parlamentsgesetze einer gerichtlichen Prüfung unterzogen werden können. An dieser spezifischen Entwicklungslinie knüpften die Kolonien an, als sie im Gefolge des siegreichen Unabhängigkeitskriegs gegen das englische Mutterland die älteren »Satzungen« durch neue Verfassungen ersetzten, welche wiederum als höheres – und gerichtlich einlagbares – Recht konzipiert waren. Zwischen 1776 und 1787 verankerten überdies nicht weniger als acht der damals dreizehn Kolonien die Möglichkeit der gerichtlichen Normenkontrolle ausdrücklich in ihrer Verfassung.<sup>13</sup>

Die Tatsache, dass das Prinzip einer gerichtlichen Normenkontrolle somit letztlich eine »amerikanische Erfindung« darstellt, die mehr als jedes andere Element des Verfassungsstaates der Neuzeit in anderen Ländern auch just als solche wahrgenommen wurde, hat diesem Institut in den Vereinigten Staaten selbst, vor allem in der Frühphase der Republik, grundsätzliche Kritik keineswegs erspart. Als fruchtbarer Nährboden hierfür diente die Montesquieu'sche Gewaltenteilungslehre mit der ihr eigenen Skepsis gegenüber der »dritten Gewalt«, welcher die politische Gründerelite der Vereinigten Staaten mit besonderer Intensität anhing. Allerdings erwiesen sich derartige Barrieren im amerikanischen System der »separation of powers« letzten Endes als deutlich weniger beharrlich als in der Mehrzahl der parlamentarischen Demokratien des 19. und frühen 20. Jahrhunderts.<sup>14</sup>

Wie weiter oben bereits angedeutet wurde, finden sich in der jüngeren amerikanischen Literatur verschiedene Neueinschätzungen bezüglich der historischen Herausbildung des »judicial review«. Die wohl wichtigste Frage bezieht sich darauf, inwieweit »Marbury v. United States« aus einer politisch-historischen Perspektive betrachtet tatsächlich jenen Stellenwert für die Etablierung des Konzepts des »judicial review« besitzt, wie weithin angenommen wird. Viele jüngere Untersuchungen bewerten die unmittelbaren Wirkungen des Urteils als relativ bescheiden. Vorbehalte betreffen zum einen den rechtlichen Präzedenzcharakter der Entscheidung. Diesbezüglich wurde darauf hingewiesen, dass bereits der »Judiciary Act« von 1789 das Recht der Gerichtsbarkeit anerkannt hatte, Gesetze der Einzelstaaten und des Bundes für nicht verfassungsmäßig zu erklären.<sup>15</sup> Ferner gab es während der letzten Dekade des 18. Jahrhunderts mehrere Fälle, in denen die Gerichte ohne größeres Aufsehen entsprechende Präzedenzfälle formulierten. In diese Richtung weist

13 Vgl. Lee Epstein / Thomas G. Walker, *Constitutional Law for a Changing America. Institutional Powers and Constraints*, 4. Aufl., Washington, DC 2001, S. 87.

14 Vgl. Klaus von Beyme, »The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems« in: Christine Landfried (Hg.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden-Baden 1988, S. 21 ff., 21-22.

15 Vgl. Maeva Marcus, »Judicial Review in the Early Republic« in: Ronald Hoffman / Peter J. Albert (Hg.), *Launching the 'Extended Republic'*, Charlottesville 1996, S. 25 ff., 26-27.

schließlich auch die Tatsache, dass der Supreme Court selbst viele Jahrzehnte lang darauf verzichtete, »Marbury« als Quelle des Prinzips gerichtlicher Normenkontrolle zu zitieren; hierzu kam es nicht vor 1887.<sup>16</sup>

Die eigentliche Bedeutung des Urteils von 1803 liegt deshalb vermutlich eher darin, dass es eine zentrale Rolle dabei spielte, die prinzipielle und zugleich weitgehend abstrakte Unterstützungsbasis für das Prinzip gerichtlicher Normenkontrolle in einem diesbezüglich skeptischen Umfeld zu sichern. »John Marshall [...] preserved political support for judicial power by constructing opinions that temporarily separated the issue of judicial review from other contested constitutional and political issues. The Marshall Court did so by vigorously asserting judicial power in theory while declining to exercise it in practice«<sup>17</sup>. Das »Marbury«-Urteil des Supreme Court selbst lässt sich als eine Entscheidung deuten, die auch mit Blick auf die politischen Präferenzen des dritten Präsidenten der USA, Thomas Jefferson, getroffen wurde bzw. diesen zumindest entgegen kam.<sup>18</sup> Die These, dass es dem Marshall Court nicht darum ging, sich als Bastion gerichtlicher Gegenmacht gegen die Exekutive und Legislative zu etablieren, wird auch durch den bemerkenswerten Umstand genährt, dass es während der gesamten Amtszeit Marshalls (1801-1835) kein weiteres Urteil gab, durch das ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt wurde. Dazu kam es erneut erst mehr als ein halbes Jahrhundert später in »Scott v. Sandford« (1857).

*Die historische Ausbreitung von »judicial« und »constitutional review« in den konsolidierten liberalen Demokratien*

In einem sehr allgemeinen Sinne kommt dem amerikanischen Modell der gerichtlichen Normenkontrolle eine Vorbildfunktion für sämtliche demokratischen Verfassungsstaaten zu, in deren Verfassungsordnung dieses Prinzip Eingang gefunden hat. Zu differenzierteren Aussagen kann jedoch nur ein systematischer Zugriff gelangen. Die meisten Versuche einer historisch-systematischen Rekonstruktion der Ausbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit in unterschiedlichen demokratischen Systemen basieren auf der oben eingeführten Unterscheidung zwischen einer »diffusen« und einer »konzentrierten« gerichtlichen Normenkontrolle. Dem amerikanischen Modell einer »diffusen« Normenkontrolle, in dem »der oberste Gerichtshof Revisions- und Verfassungsgericht in einem ist«<sup>19</sup>, entspricht das Alternativmodell einer institutionell verselbständigten Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie erstmals in der öster-

16 Vgl. Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence, KS 1989, S. 120.

17 So Mark A. Graber, »The Problematic Establishment of Judicial Review« in: Howard Gillman / Cornell Clayton (Hg.), *The Supreme Court in American Politics. New Institutional Interpretations*, Lawrence, KS 1999, S. 28 ff., 36.

18 Vgl. Epstein / Walker (FN 13), S. 74.

19 So Christian Starck, »Generalbericht« in: ders. (Hg.), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden 1990, S. 16 ff., 24.

reichischen Bundesverfassung von 1920 verwirklicht wurde. In der älteren Literatur wurde deshalb zumeist von der amerikanischen und der österreichischen Variante gesprochen.<sup>20</sup> In der jüngeren Literatur ist in Bezug auf letztere immer häufiger vom »österreichisch-deutschen System«<sup>21</sup> die Rede, womit die große internationale Ausstrahlungswirkung des – ungeachtet gewisser Vorläufer im deutschen Verfassungsrecht und den Wirkungen des amerikanischen Modells – im Wesentlichen nach österreichischem Muster errichteten Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck gebracht wird. Auf die historischen Prägwirkungen bei der Schaffung der Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. des Bundesverfassungsgerichts ist im nächsten Abschnitt einzugehen. Hier geht es im Weiteren zunächst um die Topographie der unterschiedlichen Ausprägungen von Verfassungsgerichtsbarkeit in der Familie der konsolidierten liberalen Demokratien.

Das amerikanische Modell hat weltweit einen starken Vorbildcharakter und beträchtlichen Einfluss entfaltet. Zu den Ländern, die dem System der »diffusen« gerichtlichen Normenkontrolle folgten, gehören zunächst Kanada und Australien.<sup>22</sup> Im asiatischen Raum zählt zu den Nachahmern des amerikanischen Modells unter anderem Japan, wo ein entsprechendes System nach dem Zweiten Weltkrieg unter starker Mitwirkung der amerikanischen Besatzungsmacht errichtet wurde. Ausgeprägt war der Einfluss des amerikanischen Modells innerhalb Westeuropas vor allem in Norwegen, dem diesbezüglich eine europäische Vorreiterrolle zuwuchs.<sup>23</sup> Von den fünf skandinavischen Ländern wurde ein richterliches Prüfungsrecht traditionell nur in Schweden und Finnland abgelehnt; selbst dort kam es im Übrigen im Rahmen größerer Verfassungsreformen in den Jahren 1975 bzw. 1999 zu einer Konstitutionalisierung des (freilich unterschiedlich großzügig ausgestalteten) Prinzips der gerichtlichen Normenkontrolle. Ein genauerer Blick auf die skandinavischen Demokratien lehrt jedoch, dass von der Bereitschaft, sich in Einzelfragen von den USA inspirieren zu lassen, kaum auf weitreichende Übereinstimmungen des politisch-gesellschaftlichen Kontextes geschlossen werden kann, innerhalb dessen sich »judicial review« zu bewähren hat.

Dies zeigt besonders der Fall Dänemark, dessen politisches System als Ganzes stets deutlich stärker im Einflussbereich des britischen als des amerikanischen De-

20 Vgl. Cappelletti / Ritterspach, aaO. (FN 5), S. 82

21 So Starck, aaO. (FN 1), S. 12.

22 Obwohl die Verfassungsgerichtsbarkeit in Kanada erst im Gefolge der Verabschiedung der Grundrechtscharta (»Charter of Fundamental Rights and Freedoms«) im Jahre 1982 vollends aufblühte, gelten die drei angelsächsischen Demokratien gemeinhin als die einzigen Länder, in denen »judicial review« bereits vor dem Zweiten Weltkrieg florierete. Vgl. Martin Shapiro, »The Success of Judicial Review and Democracy« in: Martin Shapiro / Alec Stone Sweet (Hg.), *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford 2002, S. 149 ff., 149. Auf der Grundlage dieser Beobachtung bzw. Bewertung wurde die einflussreiche These über die institutionellen Voraussetzungen von »judicial review« formuliert, nach der die Entstehung entsprechender Strukturen vor allem durch die Existenz föderativer Systeme erklärbar ist; vgl. ebd., S. 149-161.

23 Vgl. Carsten Smith, »Judicial Review of Parliamentary Legislation: Norway as a European Pioneer« in: *Public Law*, 2000, S. 595 ff.



mokratiemodells stand. Die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde dort niemals verfassungsrechtlich kodifiziert, obwohl sie seit Beginn des 20. Jahrhunderts als faktischer Bestandteil des dänischen Verfassungsrechts gilt. Das richterliche Prüfungsrecht bildete sich gleichsam als Gewohnheitsrecht heraus. Die Affinität des dänischen Demokratiemodells mit dem britischen Westminster-Modell manifestiert sich nicht zuletzt in der ausgeprägten Tendenz, im politischen Streitfall den Entscheidungsvorrang jener Institution mit der größten demokratischen Legitimation – dem Parlament – einzuräumen. Diese Verfassungskultur findet ihren Widerhall in einer auffallenden richterlichen Zurückhaltung in Fragen der gerichtlichen Normenkontrolle. Ein wichtiger Unterschied gegenüber dem amerikanischen Mutterland des »judicial review« besteht in der ausgeprägten Homogenität der dänischen Gesellschaft, die sich wiederum in einem hohen Maß an Konsens und Solidarität niederschlägt. Folglich war und ist das funktionale Bedürfnis nach einer unabhängigen Schlichtungsinstitution wie den Gerichten im dänischen Gemeinwesen deutlich geringer als in den Vereinigten Staaten und einigen anderen Ländern aus der Familie der liberalen Demokratien.<sup>24</sup>

Mit je spezifischen Abweichungen hat das amerikanische Modell ursprünglich einen Vorbildcharakter auch in Ländern wie Irland oder der Schweiz entfaltet. Während am irischen System insbesondere Elemente der präventiven Normenkontrolle erwähnenswert sind, besteht die Besonderheit des schweizerischen Systems – das in seiner jüngeren Ausgestaltung im Übrigen eher dem Modell der konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit entspricht<sup>25</sup> – in dem Umstand, dass sich die richterliche Verfassungskontrolle ausschließlich auf die Kantonsverfassungen, nicht aber auf die Bundesverfassung erstreckt.

Dem amerikanischen Referenzmodell setzte der österreichische Verfassungsgelehrte Hans Kelsen einen alternativen Typus der »konzentrierten« Verfassungsgerichtsbarkeit entgegen, der erstmals im Rahmen der österreichischen Bundesverfassung von 1920 verfassungspolitisch realisiert wurde. Dem Modell Kelsens sind im Wesentlichen die folgenden Aspekte eigen<sup>26</sup>: Das Verfassungsgericht genießt einen Monopolstatus hinsichtlich der Kompetenz, letztinstanzlich über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu entscheiden; gleichzeitig ist sein Kompetenzbereich streng auf die Beilegung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten beschränkt; obwohl das Verfassungsgericht zur rechtsprechenden Gewalt gehört, steht es – anders als der Supreme Court der Vereinigten Staaten – außerhalb des normalen Systems richterlicher Gewalt; schließlich kann es im Gegensatz zum amerikanischen Supreme Court Gesetze auf deren Verfassungsmäßigkeit überprüfen, bevor sie angewendet wurden.

24 Vgl. Wolff-Michael Mors, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Dänemark*, Baden-Baden 2002, S. 163-164, 175.

25 Vgl. Andreas Auer, *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Basel 1984.

26 Vgl. Alec Stone Sweet, »Constitutional Courts and Parliamentary Democracy« in: Mark Thatcher / Alec Stone (Hg.), *The Politics of Delegation: Non-Majoritarian Institutions in Europe*, London 2002, S. 77 f., 79-80.

Es gibt kaum Anzeichen dafür, dass Kelsen bei der Konstruktion seines Modells einer institutionell verselbständigten Verfassungsgerichtsbarkeit nachhaltig vom amerikanischen Modell inspiriert wurde. Rechtsdogmatisch der Reinen Rechtslehre verpflichtet, knüpfte das Konzept historisch-empirisch eher an der Einrichtung des Reichsgerichtshofes an, welcher bei Kelsen zu einem genuinen Verfassungsgerichtshof weiterentwickelt wurde. Für die verfassungspolitische Durchsetzung des Kelsenianischen Modells maßgeblich verantwortlich waren die politisch-gesellschaftlichen Rahmenbedingungen im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts. Die Situation eines latenten Bürgerkrieges in den Gesellschaften mehrerer europäischer Länder nährte die Sehnsucht nach einer möglichst »unpolitischen« Schlichtungsinstanz.<sup>27</sup> Dem amerikanischen Modell schlug dabei seitens der westeuropäischen politischen Eliten unterschiedlicher »Lager« wenig Sympathie entgegen. Vor allem auf der Linken wurde es verbreitet als ein System wahrgenommen, das eine weit reichende Aufteilung der politischen Entscheidungsgewalt zwischen der Legislative und Exekutive einerseits und der Judikative andererseits institutionalisierte und damit einer »Regierung der Richter« Vorschub leistete. »Kelsenian constitutional review provided a means of defending constitutional law as a higher law, while retaining the general prohibition on judicial review«, wie ein angelsächsischer Autor formulierte.<sup>28</sup> Vertreter der Rechtswissenschaft haben auf einen weiteren, eher unscheinbaren, aber nichtsdestotrotz wichtigen Grund für die Errichtung des österreichischen Modells und seinen Einfluss im Ausland hingewiesen. Danach lässt sich das Bestreben einiger Länder, die Verfassungsrechtsprechung nicht schlicht den bestehenden obersten Gerichtshöfen »aufzusatteln« und statt dessen ein eigenständiges Verfassungsgericht zu schaffen, auch mit dem spezifischen Profil und den Anforderungen des Richteramts dies- und jenseits des Atlantiks begründen. Während den Richtern amerikanischer Gerichte sowohl mit Blick auf die frühe historische Herausbildung der gerichtlichen Normenkontrolle in den USA als auch den Modalitäten der Rekrutierung von Richtern des Supreme Court (welche keine Berufsrichter sind) prinzipiell eine hinreichende Eignung und Qualifikation zuzutrauen sei, berge eine Konfrontation einfacher Berufsrichter kontinentaleuropäischer Prägung mit der Aufgabe einer »politiksensiblen« Auslegung von Verfassungsnormen die Gefahr einer strukturellen Überforderung in sich.<sup>29</sup>

Zu den Ländern, die dem österreichischen Modell nach 1945 folgten, gehören ohne größere Einschränkungen die Bundesrepublik, Italien, Spanien und Portugal.<sup>30</sup> Während in diesen Ländern »vollwertige« Verfassungsgerichte geschaffen wurden, gibt es in Belgien und Griechenland lediglich Schiedsgerichtshöfe mit einem inhalt-

27 Vgl. von Beyme, aaO. (FN 14), S. 29-30.

28 Vgl. Stone Sweet, aaO. (FN 26), S. 85.

29 Vgl. Cappelletti / Ritterspach, aaO. (FN 5), S. 89-90.

30 Für Italien und Portugal, ganz besonders aber für Spanien, wurde weniger der österreichische Verfassungsgerichtshof als das deutsche Bundesverfassungsgericht zum direkten Vorbild institutionalisierter Verfassungsgerichtsbarkeit. Vgl. Thomas Peter Knaak, *Der Einfluß der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit auf das System der Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien*, Hamburg 1995.

lich eingeschränkten Kompetenzprofil.<sup>31</sup> Nicht zufällig ist die Gruppe der Länder mit einem institutionell verselbständigten Verfassungsgericht (mit Ausnahme Belgiens) im Wesentlichen identisch mit jenen Demokratien, die historisch aus autoritären Regimen hervorgingen und ihren verfassungsrechtlichen und demokratischen Neubeginn durch die Aufnahme besonders ausgiebiger Grundrechtskataloge in ihren Verfassungen unterstrichen.<sup>32</sup> Es überrascht nicht, dass die Wirkung »historischer Erfahrungen«, neben der Existenz föderativer Staatsstrukturen, auch in Studien, die sich des Verfahrens der sozialwissenschaftlichen Regressionsanalyse bedienen, als erklärungskräftigste Variable für die Entscheidung des Verfassungsgebers zugunsten einer selbständig institutionalisierten Verfassungsgerichtsbarkeit indentifiziert wurde.<sup>33</sup>

Als Sonderfall in der Gruppe der größeren westeuropäischen Länder galt lange Zeit die V. Republik Frankreich, die heute jedoch weitgehend übereinstimmend zu jenen Ländern mit »konzentrierter« gerichtlicher Normenkontrolle gezählt wird. Eine erste Besonderheit bezieht sich darauf, dass es sich bei den Mitgliedern des Conseil constitutionnel nicht um Richter handelt. Formal wird keinerlei spezielle fachliche Qualifikation gefordert, insbesondere keine juristische Vorbildung.<sup>34</sup> Nicht minder bemerkenswert ist der Umstand, dass die Verfassungsmäßigkeitsüberprüfung durch den Conseil grundsätzlich präventiven Charakter besitzt. Eine Stellungnahme des Gerichts auf Antrag einer der initiativberechtigten Akteure ist nur vor der Verkündung eines Gesetzes, im Rahmen einer knappen Frist, möglich. Eine weitere institutionelle Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich wurde 1974 durch die neu geschaffene Möglichkeit einer parlamentarischen Minderheit, ein Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüfen zu lassen, überwunden. Bereits drei Jahre zuvor wurde die Position der Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen System Frankreichs durch die Aufsehen erregende Entscheidung des Verfassungsrates, die französische Menschenrechtserklärung aus dem Jahre 1789 zu einem Bestandteil der Verfassung der V. Republik zu erklären, strukturell aufgewertet. In der jüngeren Literatur über den Conseil constitutionnel wird dieser gleichsam selbstverständlich zu den einflussreichen politischen Akteuren im französischen Regierungssystem gerechnet.<sup>35</sup>

31 Vgl. Weber, aaO. (FN 8), S. 43.

32 Vgl. Ludger Helms, »Verfassung« in: Eckhard Jesse / Roland Sturm (Hg.), *Demokratien des 21. Jahrhunderts im Vergleich. Historische Zugänge, Gegenwartsprobleme, Reformperspektiven*, Opladen 2003, S. 37 ff., 47.

33 Vgl. Nicos C. Alivizatos, »Judges as Veto Players« in: Herbert Döring (Hg.), *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, Frankfurt a.M./New York 1995, S. 566 ff., S. 585-586.

34 Historischer Hintergrund dieser Bestimmung ist – zusätzlich zu den tief verwurzelten ideologischen Vorbehalten gegenüber jeder eigenständigen Machtposition der »dritten Gewalt« – die bis heute nachwirkende Erfahrung der Franzosen mit den häufig willkürlich anmutenden Eingriffen von Richtern während der vorrevolutionären Epoche, in der der Richterstand mehrheitlich als erbitterter Gegner liberaler Reformen auftrat. Vgl. Cappelletti / Ritterspach, aaO. (FN 5), S. 93-94.

35 Vgl. Philippe Blachère, »Le Conseil constitutionnel en fait-il trop?« in: *Pouvoirs*, No. 105, 2003, S. 17 ff.; Jacques Meunier, »Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique« in: *Pouvoirs*, No. 105, 2003, S. 29 ff.

*Entstehungskontext und institutionelle Struktur des Bundesverfassungsgerichts*

Mit Blick auf die deutsche Verfassungsgeschichte vor dem Zweiten Weltkrieg lässt sich das Bundesverfassungsgericht als das innovativste der insgesamt fünf Verfassungsorgane der Bundesrepublik bezeichnen. Es war in der Tat »die einzige völlige Neuschöpfung des Grundgesetzes«<sup>36</sup>. Seine Errichtung markierte gleichsam »die späte Erfüllung eines lang gehegten liberalen Traums des 19. Jahrhunderts«<sup>37</sup>. Das bedeutet nicht, dass es konkrete Ansätze zur Errichtung eines entsprechenden Systems nicht bereits lange vor der Schaffung der deutschen Nachkriegsordnung gegeben hätte.

Eine wichtige Vorläuferfunktion im Hinblick auf die Normenkontrolle kam dem bayerischen Verfassungsgerichtshof zu. Bezüglich der gerichtlichen Erledigung bundesstaatlicher Streitigkeiten spielte der Weimarer Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich eine zentrale Rolle. Dabei handelte es sich nicht lediglich um einen institutionellen Vorgänger von historischem Wert; vielmehr nahm das Bundesverfassungsgericht in der Frühphase seiner Existenz explizit auf die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs Bezug.<sup>38</sup>

Dass sich die Vorgeschichte der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland schwerlich als kontinuierliche Erfolgsgeschichte lesen lässt, hat vor allem etwas mit dem folgenschweren Scheitern der Paulskirchen-Verfassung und ihren weit reichenden Ambitionen auf Errichtung eines Systems der Verfassungskontrolle zu tun. Während des Bismarck-Reichs herrschte die Auffassung vor, dass Fragen der politischen Ordnung nicht von Richtern in Auseinandersetzung mit der Verfassung, sondern im Rahmen des politischen Prozesses im engeren Sinne mit politischen Mitteln zu entscheiden seien. Die Entscheidungskompetenz in Bezug auf Streitigkeiten zwischen Bundesgliedern wurde in die Hände des Bundesrates gelegt. Auch die Kompetenzen des Weimarer Staatsgerichtshofes reichten nicht über den Bereich staatsrechtlicher Streitigkeiten hinaus. Die Normenkontrolle wurde dem Reichsgericht anvertraut, und als »pouvoir neutre« im Weimarer System fungierte nicht der Staatsgerichtshof, sondern der Reichspräsident.<sup>39</sup>

Die Debatten über die Schaffung einer Verfassungsgerichtsbarkeit im Paulskirchen-Parlament standen noch stark unter dem Einfluss des amerikanischen Modells. Die Diskussionen im Parlamentarischen Rat, die sich in theoretischer Hinsicht primär am österreichischen Modell orientierten, wurden demgegenüber maßgeblich geprägt von den unmittelbaren Eindrücken des nationalsozialistischen

36 So Michel Fromont, »Das Bundesverfassungsgericht aus französischer Sicht« in: *Die Öffentliche Verwaltung*, 1999, S. 493 ff., 493.

37 So Erhard Blankenburg, »Changes in Political Regimes and Continuity of the Rule of Law in Germany« in: Herbert Jacob et al. (Hg.), *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, New Haven/London 1996, S. 249 ff., 308.

38 Vgl. Starck, aaO. (FN 19), S. 17.

39 Vgl. Wolfgang Wehler, *Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich. Die politische Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Zeit der Weimarer Republik*, Diss., Bonn 1979.

Unrechtsregimes und dem Bestreben, an konstitutionelle Traditionen aus dem historischen Vorfeld der Bismarck-Ära anzuknüpfen.<sup>40</sup> Nichtsdestotrotz wurde die Frage bezüglich der konkreten Ausgestaltung einer zu schaffenden Verfassungsgerichtsbarkeit kontrovers diskutiert. Nachdem sich das Konzept einer »wehrhaften Demokratie« als verfassungspolitische Präferenz der Mehrheit herauskristallisiert hatte, verlagerte sich die Auseinandersetzung bald auf die Frage nach der konkreten Zuweisung institutioneller Kompetenzen. Der Bundespräsident als potentieller »Hüter der Verfassung« schied aufgrund der problematischen Weimarer Erfahrungen rasch aus der Diskussion aus, ohne dass damit der Kreis konkurrierender Lösungsvorschläge bereits maßgeblich verkleinert worden wäre. Von Adenauer und Teilen der CDU wurde zeitweilig eine Lösung favorisiert, nach der der Bundesrat mit der Befugnis ausgestattet werden sollte, sämtliche Gesetzesbeschlüsse des Bundestages auf ihre Verfassungskonformität hin überprüfen und gegebenenfalls aufheben zu können. Der Vorschlag entsprang freilich parteipolitischen Erwägungen (konkret der damaligen Dominanz der CDU auf Länderebene) und forderte folglich den Widerspruch der übrigen Parteien im Parlamentarischen Rat heraus. Schließlich fand die Zuweisung der obersten Aufsicht über das Grundgesetz an eine spezielle, eigenständige Institution die Unterstützung einer überfraktionellen Mehrheit, wobei die besondere politische Brisanz des Auswahlverfahrens für die Mitglieder des Gerichts von allen Beteiligten klar erkannt wurde.<sup>41</sup>

Die konkrete Ausgestaltung der Institution eines neu zu schaffenden Bundesverfassungsgerichts legte der Parlamentarische Rat in die Hände des parlamentarischen Gesetzgebers, der seinem Auftrag 1951 mit der Verabschiedung des (in der Folge mehrfach geänderten) Bundesverfassungsgerichtsgesetzes nachkam. Zu den institutionellen Auffälligkeiten des Bundesverfassungsgerichts gehört aus international vergleichender Perspektive betrachtet dessen Konstruktion als »Zwillingsgericht«, das aus zwei Senaten mit je eigenem Richterpersonal besteht. Die ursprünglich realisierte Arbeitsteilung zwischen beiden Senaten wies dem Ersten Senat eine sehr breit bemessene Entscheidungskompetenz zu, während der Zweite Senat sich ausschließlich den »politischen« Angelegenheiten, wie der abstrakten Normenkontrolle oder Organstreitigkeiten, zu widmen hatte. Wie einer der besten ausländischen Kenner der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit hervorgehoben hat, war diese organisatorische »Zweiteilung« gleichsam institutioneller Ausdruck der alten Auseinandersetzung zwischen denen, die das Gericht aus einer konventionell juristischen Perspektive sahen, und jenen, die dessen politischen Charakter betonten.<sup>42</sup>

Die ursprüngliche Kompetenzstruktur erwies sich angesichts der chronischen Überlastung des Ersten Senats indes bereits nach wenigen Jahren als reformbedürftig. Der Zuständigkeitsbereich des Zweiten Senats wurde signifikant erweitert. Ferner wurde ein »Kammersystem« mit dem Ziel einer Vorprüfung von Verfassungsbe-

40 Vgl. von Beyme, aaO. (FN 14), S. 26, 33.

41 Vgl. Karlheinz Nlclauß, *Der Weg zum Grundgesetz. Demokratiegründung in Westdeutschland 1945-1949*, Paderborn u.a. 1998, S. 237-238.

42 Vgl. Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2. Aufl., Durham/London 1997, S. 17.

schwerden durch eine jeweils drei Richter umfassende »Kammer« eingerichtet; sowohl der Zuständigkeitsbereich als auch die Entscheidungskompetenz der Kammern wurden im Rahmen nachfolgender Rationalisierungsmaßnahmen ausgedehnt.

Andere Veränderungen des institutionellen Gepräges des Gerichts betrafen die Anzahl und die zulässige Amtszeit von Richtern. Die ursprüngliche Anzahl von zwölf Richtern pro Senat wurde in zwei Schritten bis Anfang der sechziger Jahre auf acht reduziert. Auch von der zunächst geltenden Praxis von Lebenszeiternennungen nahm man bereits zehn Jahre nach Errichtung des Gerichts zugunsten einer auf maximal zwölf Jahre beschränkten Amtszeit (ohne Möglichkeit der Wiederwahl) Abschied. Die auf insgesamt 16 reduzierte Zahl von Richtern des Bundesverfassungsgerichts stellt im internationalen Vergleich noch immer einen Spitzenwert dar, der als Reflex des weit überdurchschnittlich breiten Kompetenzprofils des Gerichts gewertet werden kann.<sup>43</sup> Am nächsten kommt der personellen Ausstattung des Bundesverfassungsgerichts die fünfzehnköpfige Gruppe von Richtern am Obersten Gerichtshof Japans. Am vergleichsweise bescheidensten ist die Anzahl der Mitglieder des amerikanischen Supreme Court und des französischen Conseil constitutionnel mit jeweils neun. Einen Sonderfall bildet das Schweizer Bundesgericht mit seinen 30 Mitgliedern, von denen jedoch nur ein kleiner Teil mit staats- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten beschäftigt ist. Auch die zulässige zwölfjährige Amtszeit von Richtern des Bundesverfassungsgerichts erscheint im internationalen Vergleich als großzügig; sie wird formal (aber – mit Ausnahme der USA – nur vereinzelt in der Praxis) in jenen Ländern übertroffen, in denen es Berufungen auf Lebenszeit gibt (außer in den USA auch in Belgien und Österreich). Mit einer Dauer von lediglich zwei Jahren außergewöhnlich kurz ist die Amtszeit der griechischen Richter, für die jedoch, analog zu den Regeln in einigen anderen Ländern mit eher kurzen Amtszeiten von Richtern, die Möglichkeit der Wiederwahl besteht.

Zu den nach weithin einhelliger Auffassung politischsten Aspekten des institutionellen Profils des Gerichts gehören die Regeln – und mehr noch – die Praxis der Richterbestellung. Dem formal vorgesehenen Verfahren, nach dem die eine Hälfte der Richter vom Wahlmännerausschuss des Bundestages und die andere Hälfte vom Bundesrat jeweils mit Zweidrittelmehrheit gewählt wird<sup>44</sup>, entspricht in der Praxis ein hochgradig informalisiertes Verfahren, das vor allem im Zeichen einer proporzmäßigen Aufteilung der Richterstellen zwischen den beiden großen Parteien, CDU und SPD, steht.<sup>45</sup> Ein großer Einfluss parteipolitischer Eliten auf die Richteraus-

43 Vgl. Werner Heun, »Wahl der Richter des Verfassungsgerichts« in: Christian Starck (Hg.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil I. Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto*, Baden-Baden 2004, S. 209 ff., 215.

44 Bis 1956 war die Wahl von Richtern durch den Wahlmännerausschuss des Bundestages an das Quorum von neun Mitgliedern desselben gebunden, was dem Erfordernis einer Dreiviertel-Mehrheit entsprach.

45 Ludger Helms, »Entwicklungslinien der Verfassungsgerichtsbarkeit in der parlamentarischen Demokratie der Bundesrepublik Deutschland« in: Eckhard Jesse / Konrad Löw (Hg.), *50 Jahre Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1999, S. 141 ff., 147-148.

wahl, mit oftmals proporzorientiertem Ergebnis, kennzeichnet auch das Rekrutierungsverfahren in der Mehrzahl der anderen konsolidierten liberalen Demokratien. Das wichtigste Beispiel für ein politisiertes, aber nicht im engeren Sinne parteipolitisches Verfahren ohne Proporz verkörpern nach wie vor die USA. Die Auswirkungen der fast überall prominenten Rolle der Parteien im Rekrutierungsprozess sind umstritten: Gilt sie Kritikern als Strukturelement, durch das die Integrität und das Ansehen der Richter potentiell beschädigt wird, so erscheint sie anderen Betrachtern als eine Komponente, welche die demokratische Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit verstärkt.<sup>46</sup>

Durch eine beträchtliche Spannweite gekennzeichnet sind die Regeln bezüglich der Beteiligung unterschiedlicher staatlicher Akteure am Rekrutierungsverfahren. Eine Wahl der Richter durch das Parlament, nach dem Muster der Bundesrepublik, gibt es nur in der Schweiz und in Belgien. In den meisten anderen westeuropäischen Ländern wirken Legislative und Exekutive zusammen. Dieser Modus kennzeichnet auch das Rekrutierungssystem in den USA, in dem Präsident und Senat zur Kooperation gezwungen sind. Weniger üblich ist eine Konzentration der Rekrutierungskompetenzen bei der Bundesregierung, wie in Kanada, Australien, aber auch in Japan<sup>47</sup>, oder die Einbeziehung der Judikative in das Rekrutierungsverfahren, wie in Portugal und Spanien. Die – nicht nur aus deutscher Sicht – eigentümlichste Variante der Richterrekutierung findet sich in Griechenland, wo die Mehrheit der Richter des Sondergerichtshofes per Losverfahren aus der Gruppe der Richter an den obersten Gerichtshöfen des Landes bestimmt wird.<sup>48</sup>

Bevor wir zur vergleichenden Betrachtung des Kompetenzprofils des Bundesverfassungsgerichts kommen, sei auf eine weitere, viel beachtete institutionelle Reform der internen Verfahrensorganisation des Gerichts hingewiesen: die Schaffung der Möglichkeit zur Veröffentlichung »abweichender Voten« im Jahre 1970. Bei den Beratungen des Parlamentarischen Rates spielte diese Frage noch keinerlei Rolle. Die Idee wurde erstmals im Rahmen der Debatte über das Bundesverfassungsgerichtsgesetz von der SPD verfochten. Dabei scheiterten die Sozialdemokraten jedoch am Widerstand der Union, die den Vorschlag mit dem Hinweis auf befürchtete Autoritätseinbußen des Gerichts zurückwies.<sup>49</sup> Erst als die Christdemokraten 1969 selbst in die Opposition gerieten, gaben sie ihren Widerstand gegen das Institut der »abweichenden Voten« auf. Es ist im Übrigen kein Zufall, dass die Einführung des Son-

46 Vgl. Alexander von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Vergleich*, Baden-Baden 1992, S. 50.

47 Angesichts der jahrzehntelangen Vormachtstellung einer einzigen Regierungspartei, der LDP, waren die Auswirkungen dieser Praxis in Japan besonders markant. Vgl. Tatsuro Kudo, »Richter in der Verfassungsgerichtsbarkeit« in: Christian Starck (Hg.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil I. Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto*, Baden-Baden 2004, S. 225 ff., 229-230.

48 Vgl. Heun, aaO. (FN 43), S. 218.

49 Vgl. Hans Lietzmann, *Das Bundesverfassungsgericht. Eine sozialwissenschaftliche Studie*, Opladen 1985, S. 53-54.

dervotums und die neue Amtszeitregelung für Mitglieder des Gerichts (Festsetzung der Amtszeit auf maximal zwölf Jahre und Verbot der Wiederwahl) gleichzeitig vorgenommen wurden. Die Einführung des Sondervotums – zu der sich später auch eine Reihe anderer europäischer Länder entschloss<sup>50</sup> – entsprang dem Wunsch nach mehr Transparenz und Offenheit des gerichtlichen Entscheidungsverfahrens; da hierdurch einzelne Mitglieder des Gerichts ungleich stärker individuell exponiert werden, zielte die neue Amtszeitregelung auf eine zusätzliche Absicherung der richterlichen Unabhängigkeit.<sup>51</sup>

Von Ausnahmejahren abgesehen, blieb die Quote veröffentlichter Minderheitenvoten seit 1971 im einstelligen Prozentbereich – ein gemessen an den deutlich höheren Zahlen im Ursprungsland des Sondervotums, den USA, bescheidener Wert. Dort findet regelmäßig weniger als die Hälfte aller Supreme Court-Entscheidungen die uneingeschränkte Unterstützung sämtlicher Richter. Die ungleich höhere Quote von »separate opinions« an den Entscheidungen des Supreme Court spiegelt nicht zuletzt die stark unterschiedlichen Rechts- und Rechtsprechungstraditionen beider Länder wider. Im Gegensatz zu den USA gilt für die Bundesrepublik, dass der gerichtliche Entscheidungsprozess seitens der Richterschaft traditionell als Kollegialaufgabe betrachtet wird und der hierzulande weitaus üblichere Verzicht auf die Formulierung abweichender Voten gleichsam Ausdruck des Prinzips »institutioneller Loyalität« ist.<sup>52</sup>

Das Kompetenzprofil des Bundesverfassungsgerichts erscheint im internationalen Vergleich als geradezu einzigartig großzügig. In seinen Zuständigkeitsbereich fallen sowohl die Bund-Länder-Streitigkeiten und der Organstreit (als klassische Elemente der Staatsgerichtsbarkeit) als auch die abstrakte und konkrete Normenkontrolle. Hinzu kommt die Verfassungsbeschwerde, die es einer Einzelperson gestattet, sich nach Erschöpfung des Rechtsweges an das Bundesverfassungsgericht zu wenden, sofern sie oder er sich durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt sieht. Aus dem denkbaren Maximalensemble verfassungsgerichtlicher Zuständigkeiten fehlt lediglich die Popularklage, auf deren Möglichkeit bewusst verzichtet wurde, um das Gericht nicht in ungebührlicher Weise zur Anlaufstelle diffuser Bürgerproteste zu machen. Das Kompetenzprofil des Gerichts ist seit dessen Errichtung im Jahre 1951 praktisch unverändert geblieben. Die vom Gesetzgeber 1956 vorgenommene Aufhebung der Möglichkeit, den Bundespräsidenten bzw. die Bundesregierung mit juristischen Fachgutachten zu versorgen, stellt die einzige nennenswerte Korrektur am Zuständigkeitsbereich des Gerichts dar, welche im Übrigen auf Anregung der Karlsruher Richter vorgenommen wurde.

Den meisten anderen Verfassungsgerichten bzw. obersten Gerichten der konsolidierten liberalen Demokratien fehlen gleich mehrere Zuständigkeiten, über die das

50 Vgl. von Brünneck, aaO. (FN 46), S. 48-52.

51 Vgl. Christian Rau, *Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1996, S. 155-156.

52 Vgl. Kommers, aaO. (FN 42), S. 26.



Bundesverfassungsgericht verfügt.<sup>53</sup> Als »eigentliche Besonderheit der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit« wurde die »Verbindung von institutioneller Selbständigkeit mit der Urteilsverfassungsbeschwerde und dem Organstreit« identifiziert.<sup>54</sup> Besondere Hervorhebung verdient die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht mit dem Organstreit und der Normenkontrolle – im Gegensatz zu den Verfassungs- bzw. obersten Gerichten anderer Länder – mit allen relevanten Rechtsprechungsaufgaben im genuin politischen Bereich betraut ist.<sup>55</sup> Nicht minder als für andere politische Akteure gilt freilich auch für das Bundesverfassungsgericht, dass die institutionelle Gestalt und das Kompetenzprofil nur einen wichtigen Teil der Basis für dessen Rolle in der Verfassungspraxis bildet, deren Erörterung im Zentrum des nächsten Abschnitts steht.

### *Der Stellenwert der Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Prozess*

Die Bundesrepublik wird in der vergleichenden Literatur übereinstimmend zu jenen Ländern gerechnet, in denen der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur auf dem Papier, sondern auch in der politischen Praxis ein besonders zentraler Stellenwert zukommt. Bei Arend Lijphart<sup>56</sup> erscheint die Bundesrepublik neben den USA und Kanada (nach der Verabschiedung der kanadischen Grundrechtscharta im Jahre 1982) als eines von drei Ländern unseres Samples<sup>57</sup>, denen »strong judicial review« attestiert wird. Diese vermutlich zutreffende Verortung passt nur bedingt zu der im selben Zusammenhang formulierten These des Autors, dass eine ausgeprägte Bedeutung gerichtlicher Normenkontrolle vor allem mit der Existenz einer institutionell verselbständigten Verfassungsgerichtsbarkeit zu erklären sei.<sup>58</sup> Richtig ist jedoch zweifelsohne, dass es kaum Länder gibt, in denen die Existenz eines selbständigen Verfassungsgerichts mit einem auffallend geringen Grad an »judicial

53 Unterschiede im Detail enthüllt selbst ein Vergleich auf der Ebene einer »most similar cases«-Bestandsaufnahme. Zu der Gruppe der dabei zu berücksichtigenden Länder zählen insbesondere die Verfassungsgerichte Österreichs, Italiens und Spaniens. Keines der Verfassungsgerichte dieser Länder verfügt über die Möglichkeit eines Parteiverbots, die dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 21, Abs. 2 GG offensteht. Der österreichische Verfassungsgerichtshof ist überdies auch nicht mit Organstreitigkeiten befasst. Vor dem italienischen Corte costituzionale sind demgegenüber keine Verfassungsbeschwerden möglich. Als eigentlicher »Zwillingsbruder« des Bundesverfassungsgerichts erscheint das weitgehend nach seinem Vorbild geschaffene spanische Tribunal constitucional.

54 So Wahl, aaO. (FN 4), S. 51.

55 Ein Vergleich unterschiedlicher Verfahrensarten in der Praxis hat zu der These geführt, dass die abstrakte Normenkontrolle jene Verfahrensart darstelle, bei der das Gericht prinzipiell am stärksten gezwungen ist, sich politisch zu exponieren. Vgl. Kommers, aaO. (FN 42), S. 28.

56 Vgl. Lijphart, aaO. (FN 3), S. 226.

57 Bei Lijphart wird außerdem noch Indien dazu gerechnet.

58 Ebd., S. 228.

review« bzw. gering entwickelter Justizialisierung des politischen Prozesses gepaart ist.

Der Einfluss anderer Faktoren auf die Rolle von Verfassungsgerichten im politischen Prozess wird weder von der Politikwissenschaft noch seitens der Rechtswissenschaft bestritten.<sup>59</sup> Gemessen an der Anzahl vergleichender Studien über viele andere Institutionen der liberalen Demokratien steckt die komparative Erforschung der Rolle von Gerichten im politischen Entscheidungsprozess aber noch weitgehend in den Anfängen. Traditionell wurde bei der Suche nach grundlegenden, d.h. nicht lediglich situativ relevanten Erklärungsfaktoren für den unterschiedlichen Stellenwert von Verfassungsgerichten im politischen Entscheidungsprozess – auch innerhalb eines Typs der Verfassungsgerichtsbarkeit – vor allem auf die Wirkungen unterschiedlicher Rechtskulturen rekurriert. In kritischer Reaktion auf diese enge bzw. verengte Sicht hat der griechische Verfassungsrechtsgelehrte Nicos C. Alivizatos für die achtzehn parlamentarischen Demokratien Westeuropas eine statistisch-empirische Bestandsaufnahme der potentiellen Prägefaktoren vorgelegt, in der auch eine Reihe anderer möglicher Einflüsse gemessen werden.<sup>60</sup> Zu den bei Alivizatos (zusätzlich) berücksichtigten Variablen gehören (a) der institutionelle Dezentalisierungsgrad der staatlichen Ordnung eines Landes, (b) der Polarisierungsgrad des Parteiensystems (insbesondere hinsichtlich der Rechts-Links-Dimension), (c) die Anzahl von »Vetospielern« innerhalb eines Systems<sup>61</sup>, (d) das Ausmaß »parlamentarischer Anomalien« seit dem Ersten Weltkrieg (Erfahrungen eines Landes mit Diktaturen oder undemokratischen Regimewechseln), schließlich (e) der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention. Dabei gelangt Alivizatos zu dem Ergebnis, dass »gerichtlicher Aktivismus« – unter sonst gleichen Bedingungen – vor allem das Ergebnis dreier Einflussvariablen ist: eines hohen Grades an Dezentralisierung der staatlichen Ordnung, eines im Hinblick auf die Rechts-Links-Dimension hochgradig polarisierten Parteienwettbewerbs sowie einer großen Anzahl von Vetospielern.<sup>62</sup>

Mit Ausnahme vielleicht des Kriteriums »Polarisierungsgrad des Parteienwettbewerbs« (welcher bei Alivizatos indes als ausgeprägt bewertet wird) erscheint die

59 Einige Autoren gehen soweit, die These zu formulieren, dass zwischen den unterschiedlichen Organisationsformen der Verfassungsgerichtsbarkeit (österreichisch-deutsches vs. amerikanisches Modell) heute »im Ergebnis kein Unterschied mehr« erkennbar sei. Vgl. von Brünneck, aaO. (FN 46), S. 30; Edward McWhinney, *Supreme Courts and Judicial Law Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Dordrecht 1986. Diese Bewertung ist eingebettet in die weiter reichende These, nach der es in den vergangenen Jahrzehnten zu einer starken Ausdehnung und Angleichung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den liberalen Demokratien gekommen sei; vgl. von Brünneck, aaO. (FN 46), S. 133-152.

60 Vgl. Alivizatos, aaO. (FN 33).

61 Darunter werden in Anlehnung an die Unterscheidung bei George Tsebelis, *Veto Players*, Princeton 2002, sowohl »partisan vetoplayers« – die Anzahl der Regierungsparteien – als auch »institutional veto players« – wie Staatsoberhäupter oder vetomächtige »zweite Kammern« – verstanden; vgl. Alivizatos, aaO. (FN 33), S. 583.

62 Ebd., S. 586.

Bundesrepublik als einer jener seltenen Fälle, bei denen eine starke Justizialisierung der Politik durch alle der als besonders wichtig erachteten institutionellen Einflussfaktoren begünstigt wird. Wer den auch in spezielleren Studien über den politischen Prozess in der Bundesrepublik immer wieder betonten zentralen Stellenwert des Bundesverfassungsgerichts erklären will, wird jedoch über rein institutionelle Erklärungsfaktoren hinausgreifen müssen.

Gerade ausländische Beobachter haben den rasanten Aufstieg der Verfassungsgerichtsbarkeit im westlichen Teil Deutschlands nach 1945 in einen engen Zusammenhang mit den ansehnlichen ökonomischen Erfolgen der deutschen Nachkriegsdemokratie gerückt. Bei Martin Shapiro erscheint dieser Faktor gar als die wichtigste Erklärung für die rasche Verwurzelung der Verfassungsgerichtsbarkeit – »people who are getting rich find it easy to love rights«<sup>63</sup>, wie der Autor spitz formuliert. Als mindestens so wichtig wie die ökonomischen Rahmenbedingungen wird man jedoch die Wirkung kultureller Faktoren – konkret die vor allem in der frühen Nachkriegszeit noch auffallend »unpolitische« und wenig demokratiefreundliche politische Kultur der Deutschen – bewerten müssen. Demnach ist das große Ansehen des Gerichts in hohem Maße auf den ausgeprägten Legalismus und die überwiegend negative Einstellung zu politischen Konflikten zurückzuführen.<sup>64</sup> Die These passt zu den Befunden der jüngeren empirischen Forschung, welche zeigen konnte, dass das Vertrauen in die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit hoch ist »und dies auf lange Sicht auch unabhängig von konkreten Entscheidungen, ihrer Akzeptanz oder ihrer Ablehnung«<sup>65</sup>. Entscheidend für den politisch-gesellschaftlichen Erfolg des Bundesverfassungsgerichts und mit ihm des Prinzips der Verfassungsgerichtsbarkeit als eine der zentralen Komponenten der deutschen Nachkriegsdemokratie war jedoch nicht zuletzt die Integrität seines Personals und dessen konkretes Verhalten. Das Bundesverfassungsgericht »konnte eine Autorität, die es im Grunde eher undemokratischen Traditionen verdankt, nutzen, die Deutschen zur Demokratie zu erziehen«<sup>66</sup>. Einen wichtigen Impuls entwickelten dabei nicht zuletzt die zahlreichen kontrovers diskutierten Urteile des Gerichts. Sie waren dafür verantwortlich, dass das Gericht nicht nur wesentlichen Anteil an der politischen Integration, sondern zugleich an der im engeren Sinne demokratischen Integration des Gemeinwesens hatte.<sup>67</sup>

63 Shapiro, aaO. (FN 22), S. 159.

64 Vgl. Brun-Otto Bryde, »Integration durch Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Grenzen« in: Hans Vorländer (Hg.), *Integration durch Verfassung*, Baden-Baden 2002, S. 329ff., 340.

65 So Hans Vorländer / Gary S. Schaal, »Integration durch Institutionenvertrauen? Das Bundesverfassungsgericht und die Akzeptanz seiner Rechtsprechung« in: Hans Vorländer (Hg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden 2002, S. 343 ff., 368.

66 So Brun-Otto Bryde, »Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen« in: Joachim Jens Hesse / Gunnar Folke Schuppert / Katharina Harms (Hg.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen. Zur Rolle des Rechts in staatlichen Transformationsprozessen in Europa*, Baden-Baden 1999, S. 197 ff., 201.

67 Vgl. Vorländer / Schaal, aaO. (FN 65), S. 370.

In politikwissenschaftlichen Bestandsaufnahmen der Funktionen des Bundesverfassungsgerichts im politischen System erscheint die Integrationsfunktion freilich nur als eine neben zahlreichen anderen. Uwe Kranenpohl nennt derer nicht weniger als acht (mit allerdings vermeidbaren Überschneidungen zwischen den einzelnen unterschiedenen Funktionen).<sup>68</sup> Keineswegs völlig verschieden von der Situation in anderen Ländern, konzentrierte sich die öffentliche und fachwissenschaftliche Aufmerksamkeit auf die Rolle des Gerichts im legislativen Prozess.<sup>69</sup> Hinsichtlich des – gemessen an der Häufigkeit und Prominenz der Beteiligung des Gerichts an politischen Entscheidungsprozessen<sup>70</sup> – hohen Grades der Justizialisierung des politischen Prozesses besteht heute weitgehende Einigkeit. Gestritten wird zum einen über die Gründe, zum anderen über die Auswirkungen des nach verbreiteter Einschätzung übermäßig weit reichenden Einflusses des Gerichts. In Bezug auf die Gründe für die zentrale Rolle des Gerichts im politischen Entscheidungsprozess wurde dem populären Vorwurf eines ungebührlichen Aktivismus der Richter die These vom Missbrauch des Gerichts durch die Politik entgegengesetzt.<sup>71</sup> Nicht minder konträr sind die Standpunkte im Hinblick auf die Wirkungen der Justizialisierung. In den Augen vieler Beobachter führt die ausgreifende Aktivität des Bundesverfassungsgerichts mit zunehmender Zeitdauer zu einer bedenklichen Begrenzung der dem parlamentarischen Gesetzgeber offen stehenden gestalterischen Alternativen.<sup>72</sup> Andere Autoren bewerten das Verhalten des Gerichts deutlich positiver, im Sinne einer »Verteidigung der Politik gegenüber dem Attentismus der Parteidemokratie«<sup>73</sup>. Dabei erscheinen Einmischungen des Gerichts als eine – prinzipiell

68 Vgl. Uwe Kranenpohl, »Funktionen des Bundesverfassungsgerichts. Eine politikwissenschaftliche Analyse« in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 50-51/2004, S. 39 ff., 44.

69 Vgl. Klaus von Beyme, »Das Bundesverfassungsgericht aus der Sicht der Politik- und Gesellschaftswissenschaften« in: Peter Badura / Horst Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsprozess*, Tübingen 2001, S. 493 ff., 501-504; Christine Landfried, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, 1994; dies., »The Judicialization of Politics in Germany« in: *International Political Science Review* 15 (1994), S. 113 ff. Als extremes Gegenbeispiel zu der prominenten Stellung des Bundesverfassungsgerichts im politischen System insgesamt und gegenüber dem Parlament im Besonderen erscheint aus international vergleichender Perspektive nach wie vor die mehr als bescheidene Rolle des Obersten Gerichtshofs Japans. Vgl. Hideki Nagata, »Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik. Vergleichende Betrachtung zwischen Japan und Deutschland« in: Christian Starck (Hg.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil I. Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto*, Baden-Baden 2004, S. 133 ff.

70 Vgl. Klaus von Beyme, *Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum*, Opladen 1997, S. 300-312.

71 Vgl. Jutta Limbach, »Mißbrauch des Bundesverfassungsgerichts durch die Politik?« in: *Gegenwartskunde* 48 (1999), S. 11 ff.

72 Vgl. Landfried, aaO. (FN 69), S. 119.

73 So Bernd Guggenberger, »Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die institutionelle Balance des demokratischen Verfassungsstaates« in: Bernd Guggenberger / Thomas Würtenberger (Hg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden 1998, S. 210.

willkommene – »nachholende Politisierung«, der zumeist kompensatorische Züge eigneten.<sup>74</sup>

Kaum weniger umstritten ist die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht lediglich ein »Parallel-« bzw. »Ersatzgesetzgeber« oder gar eine »Gegenregierung« bzw. ein »Gegengesetzgeber« sei. Nicht von der Hand zu weisen ist die Tatsache, dass es immer wieder Aufsehen erregende Einzelentscheidungen des Gerichts gegeben hat, mit denen Mehrheitsbeschlüsse des parlamentarischen Gesetzgebers angefochten wurden. Gerade in den neunziger Jahren gab es wiederholt Anzeichen einer »antizyklischen Urteils politik«<sup>75</sup>. Weiter ausgreifende historische Bestandsaufnahmen zeichnen jedoch insgesamt ein anderes Bild. Nach einer Untersuchung von Göttrik Wewer hat das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik eher dazu tendiert, die grundlegenden Weichenstellungen politischer Mehrheiten durch seine Spruchpraxis zu unterstützen, anstatt die Position einer »Gegenregierung« einzunehmen.<sup>76</sup> Dies wurde mit dem Bestreben des Gerichts erklärt, sein hohes öffentliches Ansehen durch eine möglichst geschmeidige Einfügung in das politisch-soziale Kräftefeld zu bewahren bzw. zu befördern. Die auffallend kritische Haltung des Gerichts gegenüber zahlreichen Reformmaßnahmen der sozial-liberalen Koalition<sup>77</sup> ließe sich demnach aus der Stärke der Christdemokraten nicht nur im Bundestag, sondern auch und vor allem in den Ländern und im Bundesrat erklären. Auch in jüngeren Arbeiten wurde auf die Grenzen der These von der »Karlsruher Gegenregierung« hingewiesen. Nach Einschätzung von Reimut Zohlnhöfer verkörperte das Gericht auch während der Regierungszeit der rot-grünen Koalition keinen expliziten »Vetospierer«.<sup>78</sup> Allerdings gab es eine Reihe von Entscheidungen, so nicht zuletzt auf dem Feld der Hochschulgesetzgebung (Juniorprofessur, Studiengebühren), in denen das Gericht gegen die Linie der Bundesregierung entschied. Die größte öffentliche Aufmerksamkeit wurde zweifelsohne der Entscheidung des Gerichts über das auf höchst eigentümliche Weise zustande gekommene »Zuwanderungsgesetz«<sup>79</sup> zuteil, mit der die Maßnahme gekippt wurde.

Als praktisch unvermeidliche Folgewirkung einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit gilt heute die inhaltliche und formale Verrechtlichung des politischen Pro-

74 Ebd., S. 212; vgl. auch von Brünneck, aaO. (FN 44), S. 153-184.

75 So Guggenberger, aaO. (FN 73), S. 208.

76 Vgl. Göttrik Wewer, »Das Bundesverfassungsgericht – eine Gegenregierung? Argumente zur Revision einer überkommenen Denkfigur« in: Bernhard Blanke / Hellmut Wollmann (Hg.), *Die alte Bundesrepublik. Kontinuität und Wandel* (Leviathan Sonderheft 12), Opladen 1991, S. 310 ff.

77 Vgl. Gerhard Biehler, *Sozialliberale Reformgesetzgebung und Bundesverfassungsgericht. Der Einfluß des Bundesverfassungsgerichts auf die Reformpolitik – zugleich eine reformgesetzliche und -programmatische Bestandsaufnahme*, Baden-Baden 1990.

78 Vgl. Reimut Zohlnhöfer, »Rot-grüne Regierungspolitik in Deutschland 1998-2002. Versuch einer Zwischenbilanz« in: Christoph Egle / Tobias Ostheim / Reimut Zohlnhöfer (Hg.), *Das rot-grüne Projekt. Eine Bilanz der Regierung Schröder 1998-2002*, Wiesbaden 2003, S. 398 ff., 413.

79 Vgl. Christian Starck, »Legitimation politischer Entscheidungen durch Verfahren. Das Zuwanderungsgesetz im Bundesrat und vor dem Bundesverfassungsgericht« in: *Zeitschrift für Gesetzgebung* 18 (2003), S. 81ff.

zesses. Wie Alec Stone Sweet in seiner viel beachteten Studie hierzu lakonisch feststellt: »In the end, governing with judges means also governing like judges«<sup>80</sup>. Angesichts der kennzeichnenden Verbindung besonders weit reichender verfassungsgerichtlicher Kompetenzen und günstiger politisch-gesellschaftlicher Rahmenbedingungen der Verfassungsgerichtsbarkeit kann es kaum überraschen, dass Deutschland sowohl im Hinblick auf die inhaltliche als auch die formale Verrechtlichung des politischen Prozesses (im Sinne einer großen Bedeutung verfassungsrechtlicher Argumente im Rahmen politischer Auseinandersetzungen) als Musterbeispiel dieser internationalen Entwicklungstendenz gilt.<sup>81</sup>

### *Das Bundesverfassungsgericht als internationales Vorbild*

Das Bundesverfassungsgericht als institutioneller Träger der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik verkörpert nicht nur die weltweit vermutlich bekannteste Einrichtung der gesamten deutschen Nachkriegsordnung.<sup>82</sup> Stärker noch als viele andere politische Institutionen wurde das Bundesverfassungsgericht zum Vorbild für die Schaffung ähnlicher Einrichtungen in anderen demokratischen Systemen, ganz besonders in den in diesem Beitrag nicht behandelten jungen Demokratien Mittel- und Osteuropas. Die Chance, vor allem auf dem europäischen Kontinent zu einem einflussreichen Vorbild zu werden, war dabei nicht unwesentlich der Tatsache geschuldet, dass es zum Zeitpunkt der ersten Urteilsverkündung durch das Bundesverfassungsgericht Anfang September 1951 in Gestalt des österreichischen Verfassungsgerichtshofs lediglich ein weiteres Verfassungsgericht in Europa gab. Im vergleichenden Kontext wurde Deutschland insbesondere hinsichtlich des wichtigen Instituts der Verfassungsbeschwerde eine eindeutige Vorreiterrolle zuerkannt.<sup>83</sup>

Der heute unbestritten zentrale Stellenwert des Bundesverfassungsgerichts als Teil des politischen Systems der Bundesrepublik und als politischer Akteur im staatlichen Entscheidungsprozess passt zu den wenigen Thesen, die die vergleichende Politikwissenschaft über die institutionellen Bedingungen einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit hervorgebracht hat. Danach begünstigt die Existenz einer föderativen Ordnung nicht nur die Schaffung eines institutionell selbständigen Verfassungsgerichts, sondern kommt zugleich dessen Position im politischen Prozess zugute: »A constitutional court that is both a rights and a division of powers court is in the best position because, even if its decisions along one of these two dimensions engenders majority opposition, its institutional integrity may be defended by those who want it to act along the other«<sup>84</sup>.

80 Stone Sweet, aaO. (FN 2), S. 204.

81 Vgl. von Brünneck, aaO. (FN 46), S. 130-131.

82 So Fromont, aaO. (FN 36), S. 493 ff., 439.

83 Vgl. Christian Thomschat, »Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte« in: Peter Badura / Horst Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsprozess*, Tübingen 2001, S. 245ff., 245, 266.

Die eigentliche Anziehungskraft des deutschen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit basierte freilich keineswegs ausschließlich auf dem institutionellen Regelwerk, sondern auch und ganz besonders auf der positiven Leistungsbilanz des Gerichts in der Verfassungspraxis, zu der auch eine bemerkenswerte Dichte und Komplexität der Verfassungsrechtsprechung gehört.<sup>85</sup> Zur wichtigsten jüngeren Bewährungsprobe des etablierten Systems der Verfassungsgerichtsbarkeit im nationalstaatlichen Rahmen wurde der Prozess der deutschen Vereinigung.<sup>86</sup> Die insgesamt erfolgreiche Bewerktelligung der neuartigen Herausforderungen durch das abschließlich mit »Westjuristen« besetzte Gericht wurde als Beleg für die These gewertet, dass der institutionellen Loyalität von Verfassungsgerichten zur Verfassung – ganz besonders in politischen und gesellschaftlichen Umbruchsituationen – im Zweifelsfall eine deutlich größere Bedeutung zukommt als dem biographischen Hintergrund der Richter.<sup>87</sup>

Der Vorbildcharakter, den das Bundesverfassungsgericht auf eine Reihe anderer Demokratien der Nachkriegszeit entfaltete, ist mit dafür verantwortlich, dass auf dem Feld der Verfassungsgerichtsbarkeit – mit Ausnahme von deren Entstehungsbedingungen – noch seltener als im Falle der meisten anderen Kerninstitutionen der parlamentarischen Demokratie der Bundesrepublik nach Einflüssen anderer Systeme gefragt wurde. Am ehesten zu entdecken sind entsprechende Anpassungsleistungen an ausländische Standards und Entwicklungen auf der Ebene einzelner organisatorischer Aspekte des Gerichts, wie der Anzahl und Amtszeit von Richtern. Ein unvergleichlich größeres Gewicht kam und kommt den tief greifenden Auswirkungen der europäischen Integration und dem Aufstieg einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit für das Selbstverständnis und die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zu, welche nicht mehr Gegenstand dieses Überblicks sind.

### Zusammenfassung

Ausgehend von einer Rekonstruktion der historischen Ursprünge des »judicial review« im angelsächsischen Konstitutionalismus analysiert der Beitrag die grundlegenden Voraussetzungen und unterschiedlichen Spielarten der Verfassungsgerichtsbarkeit in den konsolidierten liberalen Demokratien. In einem weiteren Abschnitt werden die Besonderheiten der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, auf institutioneller Ebene und in der Verfassungspraxis der Bundesrepublik, beleuchtet. In diesem Kontext wird besonders auf die nicht eben zahlreichen theoretischen Aussagen

84 So Shapiro, aaO. (FN 22), S. 183.

85 Vgl. Starck, aaO. (FN 19), S. 23.

86 Vgl. Nevil Johnson, »The Federal Constitutional Court: Facing up to the Strains of Law and Politics in the New Germany« in: *German Politics* 3 (1994), S. 131 ff.; Hans Meyer, »Die Wiedervereinigung und ihre Folgen vor dem Forum des Bundesverfassungsgerichts« in: Peter Badura / Horst Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsprozess*, Tübingen 2001, S. 83 ff..

87 Vgl. Bryde, aaO. (FN 66), S. 205, 208-210.

der jüngeren Forschung über grundlegende Aspekte der Verfassungsgerichtsbarkeit rekurriert.

### *Summary*

Starting with a brief reconstruction of the historical origins of judicial review in the Anglo-Saxon countries, this article analyses the basic preconditions and various forms of judicial review in the consolidated liberal democracies. More specifically, it develops a comparative perspective on the key features of the German model of constitutional review, that takes into account both institutional aspects and the role of the German Constitutional Court in the Federal Republic's constitutional practice. It does so on the basis of the scarce and scattered theoretical propositions on different aspects of judicial review that have been put forward in the more recent literature.