

Robert Chr. van Ooyen

## Das Politische der Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich Literaturbericht (Fortschreibung)\*

1. Albrecht GUNDERMANN: *Die Rolle des Obersten Gerichtshofs bei der Entwicklung der israelischen Verfassung, Reihe Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, Bd. 88, Nomos, Baden-Baden 2002, 295 S., br., 49 €
2. Alain FISCHBACHER: *Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland. Aufgaben, Einfluss und Auswahl, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht*, Bd. 168, Schulthess, Zürich – Basel – Genf 2006, 494 S., br., 79 CHF
3. Thomas Michael PFEIFFER: *Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu Fragen der Außenpolitik. Ein Rechtsvergleich Deutschland-Frankreich, Schriften zum Staats- und Völkerrecht*, Bd. 131, Peter Lang Verlag, Frankfurt/M u.a. 2007, 423 S., br. 73,80 €
4. Christian STARCK/ Albrecht WEBER (Hrsg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Reihe Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, Bd. 30, Teilband I: *Berichte*; Teilband II: *Dokumente*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2007, 376 S. bzw. 705 S. geb., 178 €
5. Jeff SHESOL: *Supreme Power. Franklin Roosevelt vs. The Supreme Court*, W.W. Norton, New York – London 2010, 644 S., geb., 27,95 \$

### 1. Siegeszug der Verfassungsgerichte in Europa: Grundlagen-Kompodium

In der inzwischen über hundert Bände umfassenden, federführend vom Göttinger Staatsrechtler Christian Starck bei Nomos herausgegebenen Reihe »Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit« kommt dem internationalen Vergleich eine besondere Bedeutung zu. Der zuerst 1986 veröffentlichte Band »Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa« liegt hiermit in ergänzter und aktualisierter Fassung vor; er korrespondiert mit dem etwa zur selben Zeit erschienenen Doppelband zu den neuen Verfassungsgerichten in Mittel- und Osteuropa.<sup>1</sup> Denn seit der Zeitenwende von 1989/90 hat die Verfassungsgerichtsbarkeit noch einmal einen richtigen Verbreitungsschub erhalten. Beide Bände folgen bei ihren jeweiligen »Länderberichten« im Grundsatz einer einheitlichen

\* Vgl. van Ooyen, »Die Unhintergebarkeit des Politischen in der Verfassungsgerichtsbarkeit. Literaturbericht«; in: ZfP, 1/2009, S. 98-108.

1 Otto Luchterhandt / Christian Starck / Albrecht Weber (Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa* (Bd. 101), 2 Teilbände, Baden-Baden 2007.

Gliederungskonzeption (Organisation, Kompetenzen, Verfahren und Stellung im Institutionengefüge bzw. Bedeutung im politischen Prozess), sodass sich jetzt insgesamt ein in dieser gebündelten Form einmaliger Überblick zum Thema (aus juristischer Sicht) ergibt, der sich auch gut »lexikalisch« nutzen lässt. Berücksichtigt wurde bei der Auswahl nur die »Verfassungsgerichtsbarkeit im konzentrierten Sinn und nicht die rechtsvergleichende Darstellung von Obersten Gerichtshöfen, die im Sinne diffuser Verfassungsgerichtsbarkeit auch über Verfassungsfragen entscheiden«.<sup>2</sup> Das betrifft im Band »Westeuropa« die Länder: Deutschland, Österreich, Schweiz, Italien, Spanien, Portugal, Frankreich, Belgien, Griechenland; neu hinzugekommen ist zudem je ein Beitrag zum Supreme Court in Irland bzw. zum Staatsgerichtshof in Liechtenstein. Wie beim Doppelband »Mittel- und Osteuropa« wurde im Teilband II eine begleitende Textdokumentation kompiliert, die die jeweils einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundlagen im materiellen Sinne in Original- und in deutscher Sprache enthält<sup>3</sup> (letzteres ist gerade für die vergleichende Arbeit hilfreich, da zumeist nur die Verfassungstexte selbst in deutscher Übersetzung leicht zugänglich sind, nicht aber z.B. die »Allgemeine Geschäftsordnung« des italienischen oder die Organisationsgesetze des spanischen und des portugiesischen Verfassungsgerichts).

Hilfreich für die Analyse sind auch die von den beiden Herausgebern jeweils verfassten, den Band verklammernden Beiträge zu »Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit« (Starck) bzw. der allein rund 60 Seiten umfassende, gesamtvergleichende »Generalbericht«. In ihm kommt Albrecht Weber u.a. zu dem Schluss, »dass die Gerichte ihre verfassungsrechtliche Stellung, so unterschiedlich auch ihre Kompetenzen ausfallen, doch in der Regel wahren und eher verstärken konnten und die Juridifizierung des politischen Prozesses durch Verfassungsgerichtsbarkeit fortschreitet«. Das sei »ein gutes Zeichen für den modernen Verfassungsstaat zu Beginn des 21. Jahrhunderts«.<sup>4</sup> Nun, das hat – so Weber selbst – gerade hinsichtlich der Konsolidierung der jungen rechtsstaatlichen Demokratien in Mittel- und Osteuropa sicherlich seine Berechtigung. Es ist andererseits aber auch ein stark juristisch geprägter, verengter Blick auf das »Politische«, in dem in der hierfür typischen Weise das »statische« (»rationale«) Recht der »dynamischen« (»irrationalen«) Politik entgegengesetzt wird, obwohl – so schon Hans Kelsen – Recht und Rechtsprechung selber »dynamischen« Charakters sind. Und: Man muss nicht »Schmittianer« sein, sondern kann die ebenfalls schon von Kelsen herausgehobene besondere Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit als Mittel der »Zivilisierung« von Machtkonflikten einer pluralistischen Demokratie mehr als würdigen,<sup>5</sup> wenn für das eine oder andere Land festzustellen ist: weniger wäre mehr. Das klassische Bauhaus-Motto

2 Vorwort, S. 5.

3 Ausnahme: Griechenland, hier nur in deutscher Sprache.

4 Verfassungsentwicklung in Westeuropa, S. 375.

5 Vgl. van Ooyen, »Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den »Hüter der Verfassung«; in: Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Tübingen 2008.

gilt ja gerade für die bundesdeutsche Verfassungsrechtsprechung<sup>6</sup> und insofern muss Webers Befund ambivalent bleiben.

## 2. Verfassungspolitik ohne – und mit Verfassung: der Oberste Gerichtshof Israels

Unter den modernen rechtsstaatlichen Demokratien nimmt Israel eine Sonderstellung ein, da es hier – wie im Falle Großbritanniens – eine Verfassung als »geschlossenes« Dokument im strengen Lehrbuchsinne gar nicht gibt. Insofern wäre schon die Existenz eines Verfassungsgerichts auf den ersten Blick unsinnig, wenn man nicht polemisch unterstellte, dass Verfassungsgerichte für ihre Rechtsfortbildungen gar keine Verfassungs-urkunde benötigten. Der rechtspolitische Entscheidungsspielraum eines solchen höchsten Gerichts scheint doch ungleich höher, soweit es »nur« einzelne Gesetze mit Verfassungs-rang als »Bruchstücke« gibt. Doch das ist zu einfach, wie sich zumindest am Beispiel der Verfassungsentwicklung und -rechtsprechung in Israel zeigt.

Im Grundsatz ist das auch die zentrale Ausgangsfrage in der von Albrecht Gundermann an der Universität Freiburg eingereichten rechtswissenschaftlichen Dissertation:

*»Kann man davon sprechen, daß in Israel das wichtige Verhältnis zwischen Staat und Individuum in der werdenden Verfassung des Landes sowie das Verhältnis der herausragenden Verfassungsprinzipien, des demokratischen und des jüdischen Charakters Israels, maßgeblich durch Richterrecht geprägt worden sind? Sind die Richter des Obersten Gerichtshofs (OGH) Koautoren der Verfassung... gewesen?«.<sup>7</sup>*

Gundermann gibt dabei zunächst einen einführenden Überblick zur Entstehung des Staates und der Verfassungsdebatte sowie zur Organisation / Stellung des OGH im israelischen Rechts- und Regierungssystem. Von hier aus teilt er Verfassungsentwicklung und –Rechtsprechung in historische Perioden: Während der Gründerzeit habe der OGH vor allem »verfassungsrechtliche Grundlagen... geschaffen... wie z.B. den Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes und die Sicherung der Gewaltenteilung«;<sup>8</sup> in den 50er Jahren festigte er seine »Rule-of-Law-Rechtsprechung« im Sinne eines liberal-individualistischen

6 Dass das BVerfG im Laufe der Zeit zu einem detailverliebten »Gerechtigkeitsgerichtshof« mutiert ist, hat nicht nur mit deutscher »Prinzipienreiterei« zu tun, die die »Gerechtigkeit« zudem in eher kleinteiliger Münze sucht (vgl. z. B. das Gezerre um 5 € Erhöhung des Existenzminimums, während andererseits der »ständestaatliche« Befund, dass Bildungschancen stark von der sozialen Herkunft abhängen, fast achselzuckend hingenommen wird); es hat vor allem auch mit der hierin liegenden Gestaltungsmacht zu tun. So lässt sich schon mit Richard Thoma verstehen, dass deren Versuchung das BVerfG nicht hat widerstehen können (vgl. Horst Dreier, »Unbeirrt von allen Ideologien und Legenden«; in: Richard Thoma, *Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*, Tübingen 2008, S. LXXVII). Und so »rechnet« es uns – und dem Gesetzgeber – seit Jahrzehnten die »Gerechtigkeit« ganz genau aus: z. B. 1990 den »Lebenskomfort« kinderreicher Beamtenfamilien, die Anzahl an Sonntagen, an denen hintereinander vor Weihnachten Geschäfte öffnen dürfen, usw.

7 Gundermann, aaO, S. 20.

8 Ebd., S. 202.

Verständnisses sogar durch einen »ungeschriebenen Grundrechtskatalog«, ohne jedoch »die Vormacht der Knesset in Frage zu stellen«.<sup>9</sup>

In einer vergleichenden Perspektive lässt sich dieser Befund als »Autorisierungs- und hierauf folgender Konsolidierungsphase« beschreiben, in der neue, höchste Gerichte zunächst einmal ihren Platz in der Architektur des Regierungssystems gerade als rechtspolitisch agierende »Verfassungshüter« finden und behaupten müssen: man denke z.B. an den Streit des BVerfG einerseits mit dem konkurrierenden BGH und zugleich mit Justizminister Dehler über die »Statusfrage«,<sup>10</sup> in der Geschichte des amerikanischen Supreme Courts an Zuspitzungen solcher Positionskämpfe in berühmten Entscheidungen wie »Marbury v. Madison«<sup>11</sup> oder im Falle des EuGH in »Van Gend & Loos« sowie »Costa / ENEL«.<sup>12</sup>

Mit Blick auf den OGH kulminierte diese Entwicklung jedoch zunächst einmal mit Verzögerung – und noch nicht abschließend – im »Bergman-Urteil« von 1969: denn erst hier erklärte er überhaupt »zum ersten Mal... ein Gesetz der Knesset... für unwirksam«<sup>13</sup>; allerdings tat er das bloß aus formellen Gründen. So folgte zwar ab dieser Zeit, genauer, ab dem Sechs-Tage-Krieg ein regelrechter »judicial activism«,<sup>14</sup> in dem der OGH bis zu Beginn der 90er Jahre »die gerichtliche Kontrolle der Staatsgewalt Schritt für Schritt (erweiterte)« – und dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Machtzuwachses Israels infolge der kriegेरischen Auseinandersetzungen.<sup>15</sup> Daher blieben »nur sehr wenige Bereich des öffentlichen Lebens... außerhalb der Zuständigkeit des OGH«, vor allem aber die »formellen Knessetgesetze«, die überhaupt nur »bei den wenigen qualifizierten Klauseln in den Grundgesetzen« geprüft werden konnten.<sup>16</sup> Der Weg zu einer »echten« Normenkontrolle von Parlamentsgesetzen eröffnete sich dagegen erst mit der Verabschiedung zentraler Verfassungsbestimmungen im Rahmen der neuen »Grundgesetze« von 1992, mit denen Israel einen Quantensprung von einer »ungeschriebenen Verfassung in englischer Tradition, hin zur formellen Verfassungsgarantie von Grundrechten« vollzog.<sup>17</sup> Denn positiv-rechtlich sind in diesem Grundrechtskatalog (Grundgesetz über die Berufsfreiheit; Grundgesetz über die Würde und Freiheit des Men-

9 Ebd., S. 21.

10 Vgl. hierzu Oliver Lembcke, Das Bundesverfassungsgericht und die Regierung Adenauer – vom Streit um den Status zur Anerkennung der Autorität: in: van Ooyen / Martin Möllers (Hg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden 2006, S. 151 ff.

11 Vgl. Michael Grossberg, Marbury v. Madison; in: Kermit L. Hall u.a. (Eds.), The Oxford Guide to the Supreme Court, 2nd Ed., New York 2005, S. 605 ff.

12 Vgl. Marcus Höreth, Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court, Baden-Baden 2008, S. 58 ff.

13 Gundermann, aao, S. 119; Hintergrund war ein Gesetz zur Parteienfinanzierung, das Wahlkampfkosten nur den Parlamentsparteien erstattete, und daher gegen die Chancengleichheit verstieß.

14 Ebd., S. 164.

15 Ebd., S. 21.

16 Ebd., S. 164.

17 Ebd., S. 171.

schen)<sup>18</sup> inhaltliche Änderungsschranken enthalten.<sup>19</sup> Von hier aus nun konnte der OGH Parlamentsgesetze auch materiell am Vorrang der Verfassung prüfen, was er prompt im »Bank HaMizrachi-Urteil« 1995 tat.<sup>20</sup>

Der Befund der »(Selbst-)Autorisierung« als Verfassungsgericht ist demnach zeitlich »versetzt« und »dialektisch«: das lange, fast völlige Fehlen geschriebener Verfassungsdokumente nutzte der OGH zwar für weite Interpretationsspielräume – zumal die Knesset untätig blieb –, sodass er bei der »schrittweise(n) Entwicklung der Verfassung... eine zentrale Rolle ein(nahm)«.<sup>21</sup> Dies jedoch, ohne die rote Linie gegenüber der parlamentarischen Gesetzgebungshoheit wirklich zu überschreiten und nicht zuletzt, weil eine Unterscheidung von einfachem Parlamentsgesetz und Verfassungsgesetz fehlte. Erst die weitere verfassungsrechtliche Positivierung eröffnete ihm den nächsten rechtspolitischen Spielraum, um zu einer vollständigen Verfassungsgerichtsbarkeit durchzudringen, wenn man – wiederum mit Kelsen – die Normenkontrolle von Parlamentsgesetzen als das Kernstück ihrer Kompetenzen begreift (»negativer Gesetzgeber«): insofern brachte hier erst »mehr« Verfassung dann noch einmal »mehr« Gerichtsbarkeit.

Gegenüber dem deutschen Konzept der unabwägbaren Menschenwürdekonzepktion – die freilich in der staatsrechtlichen Debatte inzwischen ins Wanken gekommen ist<sup>22</sup> – gilt es auf einen Unterschied aufmerksam zu machen. Zwar griff der OGH bei seiner Rechtsstaats- und Grundrechtsdogmatik ausdrücklich sogar auf den in der Judikatur des BVerfG »neu« geschöpften Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurück.<sup>23</sup> Angesichts der besonderen Bedeutung der »nationalen Sicherheit« bleibt seine Rechtsprechung aber in diesem Bereich ambivalent: Erst in einer bahnbrechenden Entscheidung von 1999 bezog er mit dem Folterverbot überhaupt ausdrücklich Position zu den umstrittenen Vernehmungsmethoden des Geheimdienstes, ohne jedoch die sog. »Rettungsfolter« in Extremsituationen ausdrücklich auszuschließen;<sup>24</sup> die Beachtung von Verhältnismäßigkeit und »rule of law« scheinen hier auszureichen. Zwar erklärte er im Streit mit der Regierung auch »einen Teil des Mauerverlaufs für (völker-)rechtswidrig und verurteilte Israel, die

18 Vgl. den Dokumentenanhang vom Basler Programm 1897 über die Unabhängigkeitserklärung 1948 bis zu den Grundgesetzen der 90iger Jahre.

19 Dass es sich dabei um keinen vollständigen Katalog handelt, liegt nach wie vor am politischen Streit, der bei der »Verfassungsfrage« aufbricht und sich u.a. daran entzündet, »wie viel« Religion die Verfassung ausmachen soll. In den Anfangsjahren mag neben der besonderen Konfliktsituation um die Staatsgründung auch die britische Rechtstradition und die Idee der »Parlamentssouveränität« bedeutsam gewesen sein; zu den Gründen vgl. Gundermann, aaO, S. 35 ff.

20 Vgl. ebd., S. 167 ff.; die Entscheidung umfasst 519 Seiten mit ausführlicher wissenschaftlicher Kommentierung der neuen Verfassungslage; ebd., S. 189.

21 Ebd., S. 201.

22 Vgl. Möllers, Paradigmenwechsel im Bereich der Menschenwürde?; in: van Ooyen / Möllers (Fn 10), S. 351 ff.

23 Vgl. Gundermann, aaO, S. 192.

24 Vgl. ebd., S. 180; ambivalent auch die Rechtsprechung zur Geiselnahme, um hiermit als »Pfand« entführte Israelis frei zu handeln; ebd., S. 184.

geplante Route zu modifizieren.«<sup>25</sup> Denn, so der OGH: »There is no security without law.«<sup>26</sup>

Bei der Problematik der »gezielten Tötungen«<sup>27</sup> gab er aber im Ergebnis wiederum der Regierung »grünes Licht«, soweit eben rechtliche Grenzen, insb. die Verhältnismäßigkeit gewahrt blieben.

### 3. *Regierungsdomäne: Rechtsprechung zur auswärtigen Gewalt im deutsch-französischen Vergleich*

Bei der Analyse des BVerfG im Bereich der Außenpolitik standen bisher die Entscheidungen zur »deutschen Frage« und zu Europa im Vordergrund.<sup>28</sup> Fast gar nicht existieren Studien, die die »klassischen« Felder von Völkerrecht, Außen- und Sicherheitspolitik thematisieren und hierbei die Linien der Rechtsprechung über die Zeit herausarbeiten.<sup>29</sup> Die von Thomas M. Pfeiffer an der Universität Würzburg eingereichte juristische Dissertation schließt hier in vergleichender Perspektive eine Lücke. Der Blickwinkel Deutschland-Frankreich ist schon deshalb lohnenswert, weil sich beide in jeweils einem zentralen Punkt unterscheiden bzw. ähneln: Im Gegensatz zum BVerfG hat sich der französische Verfassungsrat erst im Laufe der Zeit überhaupt zu einer gerichtlichen Institution gewandelt; beide Staaten haben andererseits ein Verständnis von Staat und Politik gemeinsam, das stark »etatistisch« aufgeladen ist – wenn auch aus wiederum unterschiedlichen historischen Traditionslinien der Volks-, Fürsten- und Staatssouveränität.<sup>30</sup>

Ausgangspunkt der Untersuchung bildet dabei das für die Kontrolle der Außenpolitik typische Dilemma zwischen der Notwendigkeit eines einheitlichen staatlichen Agierens und dem »umfassenden Schutz durch die Judikative«.<sup>31</sup> Verkomplizierend komme hinzu, dass eine scharfe Trennung von »innen« und »außen« nicht mehr möglich sei – und zwar vor allem im Bereich der Sicherheitspolitik.<sup>32</sup> Natürlich, die Zeiten eines John Locke, der noch einfach eine »föderative« als eigene, »vierte« Gewalt im hobbeschen Anarchie-Universum der internationalen Beziehungen unterscheiden konnte, sind endgültig vor-

25 Jeannine Hoffmann / Tobias Pierlings, IGH v. 9.7.2004 – Construction of a Wall in the Occupied Territory; in: Dies. / Jörg Menzel (Hg.), Völkerrechtsprechung, Tübingen 2005, S. 873.

26 Ebd., S. 868.

27 Vgl. Christian Tomuschat, Gezielte Tötungen (Targeted Killings); in: VN, 4/2004, S. 136 ff.

28 Vgl. z.B.: Klaus J. Grigoleit, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, Tübingen 2004; Martin Büdenbender, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht, Köln u.a. 2005; van Ooyen, Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 4. Aufl., Baden-Baden 2011.

29 Vgl. aber: René Fiedler, Bundesverfassungsgericht und Völkerrecht, Baden-Baden 2010; Heiko Sauer, Das Verfassungsrecht der kollektiven Sicherheit; in: Hartmut Rensen / Stefan Brink (Hg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2009, S. 585 ff.; van Ooyen, Das Bundesverfassungsgericht als außenpolitischer Akteur; in: RuP, 2/2008, S. 75 ff.

30 Vgl. Constance Grewe / Christoph Gusy (Hg.), Französisches Staatsdenken, Baden-Baden 2002; van Ooyen, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005.

31 Vgl. Pfeiffer, aaO, S. 26.

32 Vgl. ebd., S. 26 f.

bei.<sup>33</sup> Eines der Mittel zur Lösung solcher Grundkonflikte zwischen Politik und Recht ist die Definition ihrer Abgrenzungslinie, wie sie sich z.B. in der »Political-question-Doktrin« oder dem »judicial self-restraint« der amerikanischen Verfassungstheorie und beim Supreme Court niederschlugen. Pfeiffer arbeitet genau das vor dem Hintergrund der jeweils außenpolitischen Konzeptionen, verfassungsrechtlichen Kompetenzlagen und Kontrollmaßstäbe anhand ausgewählter Materien heraus (insb.: Auslegung völkerrechtlicher Verträge; parlamentarische Beteiligung am außenpolitischen Prozess). Er kommt u.a. zu dem Ergebnis, dass bei allen Unterschieden sich beide Gerichte doch annäherten: Der französische Verfassungsrat, ursprünglich stark an »nationaler Souveränität« und der »Theorie der Regierungsakte« orientiert, habe im Laufe der Zeit die »Außenpolitik verstärkt richterlicher Kontrolle unterworfen« und – obwohl es bis 2008 keine Verfassungsbeschwerde gegeben hat – »auch die Grundrechte in seine Erwägungen« miteinbezogen«. Demgegenüber ziehe das stark am Grundrechtsschutz ausgerichtete BVerfG »Argumente, die in Frankreich die Nichtjustiziabilität des Rechtsstreits stützen, zur Begründung einer reduzierten Kontrolldichte (heran)«, u.a. die »besondere(n) Sachkunde der Träger der auswärtigen Gewalt« und das »Abstellen auf Einzelfallgesichtspunkte«. Auch lasse sich im Rahmen der Europarechtsprechung eine verstärkte Ausrichtung auf die souveräne »deutsche Staatlichkeit« feststellen, »hauptsächlich in Anlehnung an die Schriften von Kirchhof«.<sup>34</sup> Hier ist zu ergänzen, dass sich das unter dem Berichterstatter Richter Di Fabio bei »Lissabon« fortgesetzt hat.<sup>35</sup> Gleichwohl sei wegen des Primats der Exekutive die »parlamentarische Einbindung in außenpolitische Entscheidungsprozesse in Frankreich wesentlich geringer ausgeprägt... während in Deutschland« mit Blick auf Art. 59 II GG »intensiv diskutiert wird, ob die auswärtige Gewalt... nicht vielmehr eine kombinierte, gemischte oder gesamthänderische Gewalt darstellt«.<sup>36</sup> Doch auch das BVerfG hat in den Klagen gegen die »Out-of-Area-Einsätze« der Stärkung parlamentarischer Kontrolle einen Riegel vorgeschoben und der Regierung im exekutiven »Kernbereich« der Außen- und Sicherheitspolitik – vom grundsätzlichen Parlamentsvorbehalt einmal abgesehen – carte blanche erteilt.

Pfeiffer beklagt die extensive Ausdehnung von Zuständigkeiten des BVerfG gerade mit Blick auf die »Maastricht-« und die »Out-of-Area-Entscheidung«, weil »politische Kontrolle und Verantwortung... nach Karlsruhe abgeschoben« werden.<sup>37</sup> Um Konflikte zwischen außenpolitischem Handlungsfreiraum und nationalem Verfassungsrecht zu entschärfen, empfiehlt er daher eine verstärkte Berücksichtigung des Völkerrechts.<sup>38</sup> Bleibt anzufügen, dass gerade dem deutschen Verfassungsgericht hier eine gewisse »Pro-

33 Auch wenn man beim BVerfG nicht immer diesen Eindruck hat; vgl. van Ooyen, Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz; in: IPG, 3/2008, S. 86 ff.

34 Pfeiffer, aaO, alle Zitate: S. 401 f.

35 Vgl. allgemein Uwe Kranenpohl, Herr des Verfahrens oder nur Einer unter Acht?; in: ZfRS, 2/2009, S. 135 ff.

36 Pfeiffer, aaO., S. 395 f.

37 Ebd.; bei beiden Verfahren ist auch kritisiert worden, dass die Klagen überhaupt vom BVerfG als zulässig erachtet wurden.

38 Vgl. ebd., S. 401.

vinzialität« anhaftet, da – so der aktuell herausgearbeitete Befund – mit dem Ausscheiden von Richter Steinberger seit 1987 »kein ausgewiesener Völkerrechtler mehr« dem im Schwerpunkt zuständigen Zweiten Senat angehört hat.<sup>39</sup> Das ist angesichts des drastischen Bedeutungszuwachses des Völkerrechts eigentlich ein kleiner rechtspolitischer Skandal, den sich natürlich vor allem die Wahlorgane vorhalten lassen müssen.<sup>40</sup>

#### 4. Deutsches Demokratiedefizit: Richterwahl im Vergleich zur Schweiz

Mit Blick auf die EU hat das BVerfG ein »Demokratiedefizit« moniert: zunächst bei »Maastricht« vor allem wegen der »Entstaatlichung« und der nicht mindestens gleichberechtigten Legislativgewalt des Europaparlaments gegenüber dem Ministerrat, zuletzt bei »Lissabon« wegen dessen nicht »sauber« am Grundsatz der Gleichheit der Wahl ausgerichteten Zusammensetzung.<sup>41</sup> In beiden Fällen hat es das nur deshalb für hinnehmbar gehalten, weil der Prozess der Integration nicht die Qualität eines Bundesstaats erreiche, sodass dies noch nicht ganz so streng *staatsrechtlich* am nicht aufgebaren Demokratieprinzip des Grundgesetzes zu messen sei. Bei seiner Sicht von Volkssouveränität, nationalstaatlich-demokratischer Legitimation und Parlamentsvorbehalt im Sinne der sog. »Wesentlichkeitstheorie« schnellte das Problem des »Legitimationsdefizits« aber wie ein Bumerang zurück: Denn das BVerfG kann Parlamentsgesetze einschl. Verfassungsänderungen kassieren, sodass es nach der von ihm selbst bis heute vertretenen Lehre eine vergleichbar hohe demokratische Legitimation wie der Bundestag haben müsste. Verschärfend tritt hinzu, wenn das Gericht nicht nur als »negativer Gesetzgeber« (Kelsen) Gesetze kassiert, sondern »positive« Auflagen gegenüber dem Parlament macht. Dabei haben sich seine Entscheidungsaussprüche – so übrigens auch im Falle des italienischen Verfassungsgerichtshofs – längst zu »barocke(m) Formenreichtum«<sup>42</sup> ausdifferenziert.<sup>43</sup>

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ergibt sich die Brisanz der immer wieder diskutierten Frage nach Voraussetzungen, (Aus-)Wahl und Amtsdauer von Verfassungsrichtern. In seiner an der Universität Zürich eingereichten, rechtswissenschaftlichen Dissertation will Alain Fischbacher hierbei »auch die versteckten, informellen Mechanis-

39 Fiedler (Fn 29), S. 310; beim Ersten Senat gibt es unter den aktuellen Neuberufungen mit Richter Paulus und Richterin Britz ausgewiesene Völker- bzw. Europarechtler.

40 Und scheint auch mit dem Befund deutscher Europapolitik zu korrelieren, da z.B. bei der Besetzung deutscher Kommissarstellen vieles eine Rolle spielt – nur nicht ausgewiesene europapolitische / internationale Erfahrungen oder gar Fremdsprachenkenntnisse.

41 Kleine Staaten sind gemessen an der Bevölkerung »überrepräsentiert«; bei der 5%-Sperrklausel ist das BVerfG jedoch nicht so »kleinlich«, obwohl hier Wählerstimmen millionenfach sogar ganz ohne Erfolg bleiben.

42 Georg Blasberg, Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber. Entscheidungsaussprüche bei Normenkontrollen von Bundesverfassungsgericht und Corte Costituzionale, Frankfurt/M u.a. 2003, S. 238.

43 Zu einer stärker prozedural-demokratiethoretisch begründeten Abgrenzung von Verfassungsgericht und Parlament vgl. Daniel O. Burchardt, Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis, Berlin 2004.

men« aufzeigen,<sup>44</sup> punktuell zudem den amerikanischen Supreme Court einbeziehen. Beim Vergleich beschränkt er sich – unter ausführlicher Berücksichtigung der historischen und rechtlichen Grundlagen – auf die beiden »obersten« Gerichte: BVerfG und Schweizerisches Bundesgericht (SBG). Das SBG mit Sitz in Lausanne<sup>45</sup> hat auch nach der Aufwertung durch die Totalrevision der Verfassung von 1999 und folgender Justizreform »aufgrund des starken Widerstandes... im Nationalrat« keine vollen verfassungsgerichtlichen Kompetenzen erhalten. Es kann kantonale, nicht aber Bundesgesetze kassieren, da ein »Demokratieverlust und eine Abwertung des Parlaments befürchtet (wurden), wenn die Justiz eigenmächtig über (deren)... Geltung entscheiden könne«;<sup>46</sup> denn nach Art. 190 der Verfassung sind Bundesgesetze und *Völkerrecht* für das Gericht »massgebend«. Bei der Normenkontrolle seien zudem zwei Unterschiede zu beachten: In der Schweiz ist diese nicht auf ein höchstes Gericht konzentriert, sondern wird von allen Instanzen vorgenommen. Zudem komme der abstrakten Normenkontrolle in einer »Konkordanzdemokratie« nicht die Funktion eines Kampfmittels der Opposition wie im parlamentarischen Regierungssystem zu. Gleichwohl habe es auch das SBG verstanden, »mittels seiner kreativen und innovativen Rechtsprechung« den Schutzbereich der verfassungsmäßigen Rechte »auszudehnen«<sup>47</sup> – dies nicht zuletzt über das Völkerrecht als Einfallstor, indem es einfach die EMRK für die Überprüfung von Bundesgesetzen heranzog.<sup>48</sup> Nebenbei ist das sehr interessant, weil es wiederum zeigt, wie Verfassungsgerichte immer das geeignete »Türchen« suchen, um ihre Kompetenzen zu postulieren. So hat umgekehrt das BVerfG gerade das Grundgesetz als Instrument zur »Abwehr« europarechtlicher Norm- und Kompetenzansprüche herangezogen.

Bei der Wahl hält Fischbacher eine Kombination von demokratischer Legitimation, fachlicher Qualifikation, föderalistischer Repräsentation und Beteiligung politischer Minderheiten für ausschlaggebend: für die Wahl der Richter/innen am SBG sei daher keine Volkswahl,<sup>49</sup> sondern das parlamentarische Wahlverfahren nach wie vor sinnvoll – und dies im Unterschied zu den 2/3-Mehrheiten beim BVerfG wegen des »Konkordanzsystems« auch mit einfacher Mehrheit. Zu Recht hält er das Problem demokratischer Legitimation in der Schweiz für besser gelöst, weil die Richter/innen von der Bundesversammlung (in Form der Vereinigung von Nationalrat und Ständerat) und daher alle gleich, direkt und auch nur von Abgeordneten gewählt werden. Obwohl er ein dem amerikanischen System vergleichbares »hearing« ablehnt, kritisiert er die völlig fehlende Transparenz und Öffentlichkeit des Wahlausschuss-Verfahrens im Bundestag. Mit Ausnahme des Namen des Gewählten erfahre man hier nichts, nicht einmal das Stimmen-

44 Fischbacher, aaO, S. 3.

45 Die Entscheidung für Lausanne hatte 1874/75 föderale und regionale Gründe. Das unterliegende Luzern erhielt später das Eidgenössische Versicherungsgericht, das seit 2006 organisatorisch in das SBG eingegliedert ist, aber als »Außenstelle« weiterhin dort verhandelt, vgl. ebd., S. 237 ff.

46 Ebd., S. 41.

47 Ebd., S. 162 f. bzw. 167.

48 Vgl. hierzu und zum Folgenden ebd., S. 444 ff.

49 Z.T. auf kantonaler Ebene mit Wiederwahl nach vier oder sechs Jahren.

verhältnis.<sup>50</sup> Im Gegenteil, so lässt sich ergänzen: das einschlägige Gesetz verpflichtet dessen Mitglieder sogar noch ausdrücklich zur »Verschwiegenheit«<sup>51</sup> – ein für die Wahl eines Verfassungsorgans eigentümliches Verständnis von Demokratie.

Vor dem Hintergrund des »Spannungsverhältnis(es) zwischen demokratischer Legitimation und parteipolitischer Neutralität« betont Fischbacher aber andererseits die »Entpolitisierung« und »Professionalität«,<sup>52</sup> insb. durch: Stärkung des »Expertenelements« in der die Richterwahl vorbereitenden, parlamentarischen Gerichtskommission, bloß einmalige Amtszeit und Erhöhung auf 15 Jahre,<sup>53</sup> Verankerung der juristischen Ausbildung als Wählbarkeitsvoraussetzung,<sup>54</sup> bessere Berücksichtigung parteipolitisch nicht gebundener Kandidaten.<sup>55</sup> Ein wenig »schmittianisch« mutet diese Entgegensetzung von Parteipolitik vs. »Volkswohl« durch sachgerecht entscheidende Experten dann doch an (wobei Schmitt ja selbst ganz auf den politischen, wenn auch scheinbar nicht parteipolitischen »Hüter« setzte).<sup>56</sup> Es mag auch damit zusammenhängen, dass das SBG ja nicht nur Verfassungs-, sondern auch ordentliches Gericht ist. Fischbacher plädiert ausdrücklich für eine Beibehaltung dieser aus seiner Sicht bewährten Konzeption des SBG und ist sich natürlich darüber bewusst, dass der politische Charakter solcher Besetzungen nie ganz hintergebar ist. Gleichwohl: Mindestens soweit es die verfassungsgerichtliche Seite betrifft, zeigt sich hier ein typisch juristischer Versuch, das »Politische« aus Recht, Richter und Justiz auszutreiben und das Problem von Politik und Recht im Sinne eines »unpolitischen« Politikbegriffs zu lösen.<sup>57</sup> Auch anlässlich des schon im Vorfeld zu beobachtenden Streits um den saarländischen Ministerpräsidenten Müller als »Politiker-Nachfolger« des im Herbst scheidenden Richters Di Fabio ist dem entgegen zu halten: »Verfassungsrichter sollten Politiker sein, ‚politische Menschen‘; denn der andere Weg ist der »Weg in die Gelehrtenrepublik«<sup>58</sup> – zumindest beim BVerfG, das fällt ja schon an der Zunahme von Professorentiteln auf. Rechtssoziologisch gibt es zudem noch eine andere, »traditionelle« und erhebliche Schlagseite zugunsten der »Staatsnähe«: denn Juristen/innen etwa, die im »früheren« Leben einmal über Jahre hinweg »richtig«

50 Vgl. ebd., S. 392 bzw. 382 f.

51 Vgl. § 6 BVerfGG.

52 Ebd., S. 445.

53 Z. Zt.: Wahl auf sechs Jahre, Wiederwahl möglich; Altersgrenze 68 Jahre.

54 Bisher keine gesetzliche Voraussetzung, aber Praxis.

55 Hierzu subsidiär hält er dann aber auch das Berücksichtigen von Geschlecht, Sprache und Konfession für legitim; schon nach geltender Gesetzeslage sollen bei der Zusammensetzung des Gerichts die drei Amtsprachen repräsentiert sein.

56 Zum Einfluss Schmitts in der Schweiz, etwa auf den selbst wiederum einflussreichen Dietrich Schindler vgl. Arturo Casanova, *Legale und / oder legitime Diktatur?*, Basel u.a. 2006.

57 Vgl. Rudolf Wassermann, *Der politische Richter*, München 1972; van Ooyen, *Begriff des Politischen* (Fn 30); grundlegend schon Kelsens Kritik an Schmitt (Fn 5).

58 Thomas Darnstädt, *Politische Richter*; in: *Der Spiegel*, 5/2011, S. 31.

als Rechtsanwälte tätig waren – immerhin der Kern des Juristenberufs – kommen in der Geschichte des BVerfG so gut wie überhaupt nicht vor.<sup>59</sup>

### 5. Historischer Machtkampf: der Supreme Court und Roosevelts New Deal

Verfassungsgerichten wohnt ein »retardierendes« Element inne. Dies nicht nur, weil Juristen/innen als »Bewahrer« der Rechts schon insofern zumeist eine gewisse »konservative« Grundhaltung pflegen; gerade auch unter den Verfassungsrichtern/innen sind gewagte »Neuerer« – selbst im wissenschaftlichen Sinne – mehr als selten, würde dieser »Typus« doch im Vorfeld der Nominierung als »zu ausgefallen«, »unberechenbar« und »Unruhe stiftend« scheitern. Das gilt im besonderen Maße für das BVerfG, weil wegen der 2/3-Mehrheiten konsensorientierte, ausgewogene Personalpakete geschnürt werden (müssen).<sup>60</sup> Im deutschen politischen System von einem Verfassungsgericht eine »echte Gegenregierung« zu erwarten, ist daher in der Literatur zu Recht immer wieder erheblich relativiert worden, selbst – oder vielleicht gerade – angesichts der Konflikte in der Adenauer- und Entspannungsära<sup>61</sup> oder des aktuellen Schlagabtauschs um Bürgerrechte und Innere Sicherheit.<sup>62</sup> Weitaus stärker scheint dem deutschen Verfassungsgericht die Funktion einer »Legitimationsreserve« und »Ersatzkaiser-Ersatzes« zuzukommen.<sup>63</sup>

Beim Supreme Court verhält es sich etwas anders und das »retardierende« Moment tritt hier mit erheblicher zeitlicher Verschiebung auf, sodass es tatsächlich stärker das Phänomen »Gegenregierung« geben kann. Aktuell kam es etwa zum offenen Konflikt mit Präsident Obama, nachdem der Gerichtshof einschlägige Urteile zum »Grundrecht auf Waffe«, zur Wahlwerbung von Unternehmen und Einschränkung von Rechten im Polizeigewahrsam gefällt hat.<sup>64</sup> Das hängt mit den präsidentialen Kompetenzen bei der Nominierung zusammen, selbst wenn Senatsmehrheiten, interne Parteiflügelkämpfe und

59 Die Rechtslage sieht für jeden Senat mindestens 3 Bundesrichter/innen vor; aktuell sind im Ersten Senat: 3 frühere Bundesrichter und 5 »echte«, d.h. ordentliche Professoren/innen; im Zweiten Senat: 4 Bundesrichter/innen und 4 Professoren/innen. Ebenso zwingend ist die juristische Ausbildung als allgemeine Zugangsvoraussetzung; zu den Landesverfassungsgerichten, bei denen es dagegen z.T. »Laien« wie neuerdings auch Regelungen zur gleichmäßigen Vertretung der Geschlechter gibt, vgl. m.w.N. Fabian Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen 2006, S. 499 ff.

60 So auch im Falle der jenseits des politischen »mainstreams« liegenden, gescheiterten Nominierungen von Herta Däubler-Gmelin und Horst Dreier.

61 Vgl. noch einmal die Nachweise im Kap. 3 des ersten Literaturberichts; in: ZfP, 1/2009, S. 101 ff.

62 Vgl. m.w.N.: Martina Schlögel, Das Bundesverfassungsgericht im Politikfeld Innere Sicherheit, Frankfurt/M u.a. 2010; Möllers / van Ooyen, Bundesverfassungsgericht und Öffentliche Sicherheit, Frankfurt/M 2011.

63 Vgl. Grigoleit (Fn 28); Werner J. Patzelt, Warum verachten die Deutschen ihr Parlament und lieben ihr Verfassungsgericht?; in: ZParl, 3/2005, S. 517 ff.; van Ooyen, Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht; in: Ders. / Möllers (Fn 10), S. 99 ff.; Kranenpohl, Die gesellschaftlichen Legitimationsgrundlagen der Verfassungsrechtsprechung; in: ZfP, 4/2009, S. 436 ff.

64 Vgl. Reymer Klüver, Bushs Gericht; in: SZ vom 3./4.7.2010, S. 8; im Sinne Obamas jedoch aktuell bei der Ausdehnung des Tatbestands »Unterstützung von Terrorgruppen«, vgl. Katja Gelinsky, Richterliche Rückendeckung; in: FAZ vom 22.7.2010, S. 8.

Proporzregelungen zu berücksichtigen sind – natürlich auch die Eigendynamik der »hearings«,<sup>65</sup> in denen schon mal die befürchtete »schmutzige Wäsche« gewaschen wird<sup>66</sup> und der Kampf um die politische Ausrichtung des Kandidaten bis in Presse und Wissenschaft hinein eine Rolle spielt. Gerade in den USA ist man sich der Macht von Verfassungsrichtern/innen viel bewusster – und dies nicht nur in den »heißen« Fragen von Abreibung, Minderheiten und Todesstrafe. Es hat aber auch mit der lebenslangen Amtszeit der Richter/innen zu tun. Dem ganzen wohnt eine zusätzliche Unwägbarkeit inne, je nachdem wie viel Vakanzen sich während einer Präsidentschaft ergeben und wie sie gesundheitlich »durchhalten«, auch aber, sich dann am Gericht tatsächlich entwickeln: der konservative (Chief-)Justice Rehnquist etwa war über 30 Jahre aktiv und Präsident Obama hat unlängst auch wegen des Alters die 50 Jahre »junge« Elena Kagan zur Richterin nominiert; Justice Souter entpuppte sich seinerzeit sehr zum Ärger der Konservativen als »liberal« und Justice O'Connor, erste Frau überhaupt am Gericht, wanderte als Reaktion auf konservative Dominanzversuche von »rechts« nach »links«, bis ihr als sog. »swing vote« beim Patt zwischen den Lagern sogar die Schlüsselposition zufiel. Amtierende Präsidenten sehen sich daher nicht selten mit (knappen) Richter-Gegenmehrheiten konfrontiert, die durch ihre(n) Vorgänger bestimmt worden sind: Die republikanischen Präsidenten Reagan, Bush I und Bush II hatten z.B. die Chance, die gesamte Richtung der noch infolge der Warren- und Burger-Ära »spät-liberalen« Rechtsprechung des Supreme Courts endlich zu kippen, die vor allem dem religiös-rechten Flügel der Republikaner seit Jahrzehnten ein Dorn im Auge war.

Vor diesem Hintergrund, mit der dramatischen Zuspitzung zu einer Verfassungskrise, ist der Machtkampf zwischen Präsident F.D. Roosevelt und dem Supreme Court während der New-Deal-Gesetzgebung der 30er Jahre zu begreifen – einer der spektakulärsten Konflikte in der Geschichte des Gerichts überhaupt –, den Jeff Shesol unter ausführlicher Auswertung von Archivalien bearbeitet hat: Der Gerichtshof hatte unter dem dominanten Einfluss konservativer Richter, der sog. »Four Horsemen«,<sup>67</sup> die erste Welle der für amerikanische Maßstäbe interventionistischen, zugleich populären Sozialreformen zur Bekämpfung der Großen Depression – mit knappen Abstimmungsmehrheiten – rigide gekippt:

*»No Supreme Court in history had ever struck down so many laws so quickly... By 1937, the Court's majority had made amply clear that the very notion of the New Deal... was an affront to the Constitution...«.*<sup>68</sup>

Gestärkt durch seinen überragenden Wahlerfolg sah Roosevelt mit Beginn seiner zweiten Amtszeit 1937 dann die Gelegenheit gekommen, mit einem »court-packing-plan« end-

65 Zum komplexen Geflecht politischer Entscheidungsfaktoren vgl. Jan C. Greenburg, *Supreme Conflict*, 2nd Ed., New York 2008.

66 So scheiterte z.B. der von Präsident Reagan 1987 vorgesehene Douglas Ginsburg wegen gelegentlichen Haschischkonsums in seiner Studien- und frühen Universitätszeit der 60/70er Jahre.

67 Justices Butler, McReynolds, Sutherland und Van Devanter, so in der Öffentlichkeit und angelehnt an die apokalyptischen Reiter bezeichnet.

68 Shesol, aaO, S. 2 f.

lich zum Gegenschlag auszuholen. Die Erhöhung der Richterzahl mit gleichzeitigem »Peerschub« ist eine der zentralen Stellschrauben, um politisch auf unabhängige Verfassungsgerichte einzuwirken,<sup>69</sup> wenn die Zahl der Richter/innen nicht in der Verfassung festgelegt ist. Nach außen wollte er die schlagartige Ergänzung um sechs neue liberale Richter natürlich als »rejuvenation« und Entlastung für die überarbeiteten, auch hoch betagten amtierenden verkaufen. Roosevelt scheiterte schließlich am harten Widerstand des Senats, der Öffentlichkeit und auch aus den eigenen Reihen: die richterliche Unabhängigkeit, zumal des Supreme Courts, zählt im amerikanischen Verfassungsverständnis zu den »heiligen Kühen« von »checks an balances«. Trotzdem sah er sich im Nachgang nicht als Verlierer, denn:

*»... the New Deal, again and again, marched to victory in the Court... After 1937, the two swing justices were more inclined than before to sustain economic regulations... By 1942, Roosevelt – who completed his entire first term as president without naming a single justice – had appointed all the justices of the Supreme Court but two...«.<sup>70</sup>*

So zeigte die Drohkulisse wohl ihre Wirkung und Roosevelt gewann schließlich mit den normalen verfassungsrechtlichen Mitteln der Richternominierung die Oberhand. Seine Kraftprobe mit dem Supreme Court habe den Demokraten jedoch kurz- und vor allem langfristig politisch einen Bärendienst erwiesen:

*»Roosevelt had hoped to drive the ,reactionaries' out of the Democratic party. Instead he strengthened them. Not only did he fail to oust a single senator who had opposed the Court plan, but nearly all the Democrats who lost their seats in the midterm elections that fall were liberals. The real victor... was the Republican Party, which made great gains in both houses of Congress...*

*Over the next four or five decades, the slow exodus of conservatives would weaken the Democratic party... The conservative coalition, born largely of expediency during the Court fight, became a permanent fixture of American political life and even, in time, a majority«.<sup>71</sup>*

Das alles geschieht in einer für die amerikanische Beschäftigung mit dem Thema nicht untypischen Weise: Shesol ist zwar als ausgebildeter Historiker natürlich vom Fach, zählt aber gerade nicht zum akademischen »Establishment«, sondern hat sich als in Washington lebender Publizist einen Namen gemacht.<sup>72</sup> Daraus ergibt sich eine Mischung von im positiven Sinne, manchmal vielleicht etwas zu »leichtfüßiger« Essayistik, die auch die

69 Oder man nimmt auf die Zuständigkeiten Einfluss: Adenauer z.B. veranlasste beim KPD-Verbotsverfahren eine Änderung des BVerfGG, um Parteiverbote zukünftig dem Zweiten Senat zuzuweisen; vgl. van Ooyen, Die Parteiverbotsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht; in: Ders. / Möllers (Fn 10), S. 340 f.

70 Shesol, aaO, S. 519.

71 Ebd., S. 526.

72 U.a. für Washington Post, New Yorker Times, auch als Redenschreiber für Präsident Clinton und als »Fellow in American Studies« in Princeton tätig, jetzt Mitinhaber von West Wing Writers, einer Firma für politische Kommunikation.

politischen Akteure wieder lebendig werden lässt, und »harter Arbeit« an den (Archiv-)Quellen.

Diese Literaturgattung, die in den USA immer wieder zu herausragenden Büchern über den Supreme Court geführt und z.T. sogar mit Bestsellerauflage die breite politische Öffentlichkeit erreicht hat – u.a. die genannte Arbeit von Greenburg, der Aufsehen erregende »Insiderreport« des Blackmun-Clerks Lazarus oder der Klassiker von Woodward / Scott<sup>73</sup> – wird in Deutschland jedoch weder von der akademischen noch von der journalistischen Zunft gepflegt. Hier ist man polemisch-vereinfacht formuliert entweder zu »theoretisch-verkopft«, verbeißt sich in pseudoobjektiv-juristische »Subsumtions-Scholastik« bzw. politologisch-übermodelliertes »Hypothesentesten« mit Banalerkenntnissen: so vollzieht sich z.B. das »Recht« als »Subsystem« mit eigenem »Code« autonom am Subjekt – in, Hegel lässt grüßen, einer System-statt-Staat-Manier; übt das BVerfG als »Veto-Spieler« Macht aus – ja was denn sonst?; oder bleibt die journalistische Recherche gleich nahe bei den Mächtigen und damit im Genre der »Hofberichterstattung« stecken.<sup>74</sup> Da war die durch Weimarer Diskussionen geprägte Analyse von Politik und Recht eines Ernst Fraenkel oder Otto Kirchheimer doch schon »weiter«.<sup>75</sup> So ist seit ein paar Jahren zwar ein kleiner Boom politikwissenschaftlicher Forschung zu beobachten, bei der Auseinandersetzung mit den Inhalten des Verfassungsrechts dominiert aber nach wie vor die Rechtswissenschaft<sup>76</sup> – für die amerikanische Forschungslandschaft undenkbar.<sup>77</sup> Das ist nicht nur ein sehr »deutscher« Befund, in dem sich die obrigkeitsstaatliche Attitüde einer ideologiefreien Isolierung des Rechts selbst in der vermeintlich »realistisch-kritischen« Politikwissenschaft widerspiegelt. Es ist auch bedauerlich, weil Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit zu wichtig sind, um sie (allein) den Juristen/innen mit der ihnen eigenen Sicht zu überlassen – und zwar gerade angesichts der hoch »judzialisierten« deutschen politischen Kultur.

73 Vgl. Greenburg (Fn 65); Edward Lazarus, *Closed Chambers* (1998), New York 2005; Bob Woodward / Scott Armstrong, *The Brethren* (1979), New York 2005.

74 Vgl. z.B. die Biografie von Karin Deckenbach, Jutta Limbach, Düsseldorf 2003.

75 Daher immer noch lesenwert: Fraenkels »Soziologie der Klassenjustiz« und Kirchheimers »Politische Justiz«.

76 Vgl. z.B. den in dieser Hinsicht eher enttäuschenden PVS-Sonderband 36: Michael Becker / Ruth Zimmerling (Hg.), *Politik und Recht*, Wiesbaden 2006.

77 Vgl. m.w.N. van Ooyen, »Amerikanische Literatur zum Supreme Court – Lücken bei der Forschung zum Bundesverfassungsgericht« in: ZPol, 4/2008, S. 515 ff.