

Supreme Court und Schweizerisches Bundesgericht als Modelle integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit

Von Axel Tschentscher, Bern

I. Integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit – Vorbild oder Anachronismus?

1. Traditionalität der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit

Der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika und das Bundesgericht der Schweizerischen Eidgenossenschaft kommen als Modelle der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit vor allem deshalb in Betracht, weil sie die ältesten Beispiele für diese Organisationsform bilden. Zwar gibt es mit dem Obersten Gericht in Dänemark, dem Domstol (gegründet 1661), ein noch älteres Gericht, das heute als integriertes Verfassungsgericht amtiert. Dessen Funktion als Verfassungsgericht wurde aber erst 1999 fest etabliert, als das Gericht zum ersten Mal ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit für nichtig erklärt hat.¹

2. Siegeszug der selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit

Abgesehen von dem Traditionsgesichtspunkt ist hinter die Modellhaftigkeit von Supreme Court und Bundesgericht ein Fragezeichen zu setzen. Man könnte statt vom Vorbildcharakter geradezu von einem Anachronismus spreche, weil die Gattung der integrierten Verfassungsgerichte offenbar zu den aussterbenden Spezies gehört. Der gegenwärtige Trend geht deutlich hin zur Einrichtung spezialisierter Verfassungsgerichte. Als Modell kann insoweit das durch *Hans Kelsen* inspirierte österreichische Verfassungsgericht dienen (1919), dem noch in der Zwischenkriegszeit die Gerichte in der Tschechoslowakei (1920) und in Spanien folgten (1931).² Nach dem Krieg war es nach der Wiedereinsetzung des österreichischen Verfassungsgerichts (1945) dann zunächst das Verfassungsgericht in Italien (1948), bevor wenig

¹ Zur Aufhebung des *Tvind*-Gesetzes, das einzelne Schulen von der staatlichen Förderung ausschloss, siehe *Thomas Fredrik*, Das *Tvind*-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs, *ZaöRV* 60 (2000), S. 859 (881 f.).

² *Domingo García Belaunde*, Verfassungsgerichte in Lateinamerika, in: Alexander Blankenagel u. a. (Hrsg.), *FS Häberle*, Tübingen 2004, S. 595 (595).

später das deutsche Bundesverfassungsgericht dem Modell folgte (1949). Die osteuropäischen Staaten, die ursprünglich nicht über Verfassungsgerichte verfügten,³ haben im Rahmen ihrer Verfassungsreformen durchweg selbständige Verfassungsgerichte eingerichtet (Ungarn 1989, Bulgarien 1991, die Tschechische und die Slowakische Republik 1992⁴). Polen vollzog diesen Schritt unter Abwendung vom ursprünglichen französischen Modell sogar schon vor der allgemeinen politischen Öffnung (1986), nachdem die Entstehung von „Solidarnosc“ (1980) dort zu ersten Reformen geführt hatte.⁵ Entsprechendes gilt für die Entwicklung in den Staaten des ehemaligen Jugoslawiens (Slowenien 1991, Kroatien 1991), soweit sie nicht schon vor ihren Verfassungsreformen über selbständige gliedstaatliche Verfassungsgerichte verfügten, die zu nationalen Gerichten mit gleicher Funktion erhoben werden konnten (Serbien 1963, Bosnien und Herzegowina 1964). Auch das Nachbarland Albanien (1998) sowie zwei der drei baltischen Staaten (Litauen 1992, Lettland 1996) haben das Modell des selbständigen Verfassungsgerichts gewählt. Im Ergebnis führten die Verfassungsreformen in den mittel- und osteuropäischen Ländern durchweg zur Errichtung separater Verfassungsgerichte.⁶

Abgesehen vom Schweizerischen Bundesgericht sind die zaghaften Ansätze integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa ohne Erfolg geblieben. Die Paulskirchenverfassung (1849), die neben einem Grundrechtskatalog und Individualbeschwerdeverfahren in § 126 auch eine Kontrolle der Reichsgesetze durch das Reichsgericht vorgesehen hatte, scheiterte insgesamt. Vereinzelt und kurz blieb auch die integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit die das Danziger Obergericht zunächst für sich reklamierte (1923) und dann ausdrücklich zugesprochen bekam (1925).⁷ In der jüngeren europäischen Geschichte konnte sich schließlich noch in Estland eine integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit erhalten. Dazu wurde der traditionsreiche Supreme Court, der im freien Estland bereits zwischen 1920 und 1940 bestanden hatte, reaktiviert und zusätzlich mit der Verfassungsgerichtsbarkeit betraut (1992). Das war aber gerade keine Systementscheidung gegen den Trend der Zeit, sondern nur eine symbolische und pragmatische Vorgehensweise.

³ *Steffen Rülke*, Venedig-Kommission und Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine Untersuchung über den Beitrag des Europarats zur Verfassungsentwicklung in Mittel- und Osteuropa, Köln u. a. 2003, S. 99.

⁴ Das schon 1968 in der Tschchoslowakei vorgesehene Verfassungsgericht wurde mangels Ausführungsgesetzes nicht realisiert; *Rülke* (Fn. 3), S. 99.

⁵ *Leszek Garlicki*, Vier Jahre der Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen, JöR 39 (1990), S. 285 (285 ff.); *Rülke* (Fn. 3), S. 99.

⁶ *Rülke* (Fn. 3), S. 100 mit Übersicht S. 199.

⁷ Ausführlich dazu *Fabian Wittreck*, Die Anfänge der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle in Deutschland. Das Danziger Obergericht als Normprüfungsinstanz 1923–1939, ZRG GA 121 (2004), S. 415 (430 ff.).

Gleich wohin man schaut, das Modell der *spezialisierten* Verfassungsgerichtsbarkeit scheint überall zu reüssieren, das Modell der *integrierten* Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich dazu hingegen keine Zukunft zu haben. Auch der Blick über Europa hinaus ändert an diesem Befund grundsätzlich nichts.⁸

3. Gründe für die selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit

Fragt man nach den Gründen für die Systemwahl, dann wird die spezialisierte Verfassungsgerichtsbarkeit in Situationen empfohlen, in denen sich eine neue Verfassung erst noch etablieren muss. So schließt *Dieter Grimm* aus dem osteuropäischen Reformprozess, „daß eine eigenständige Verfassungsgerichtsbarkeit dann eine Vorbedingung des Erfolgs ist, wenn es darauf ankommt, der Verfassung überhaupt erst Respekt im politischen und womöglich auch im justiziellen System zu verschaffen. Das ist in jenen Ländern der Fall, die zwar seit langem eine Verfassung gehabt haben mögen, welche jedoch im Konflikt mit der Politik stets den kürzeren zog oder von den ordentlichen Gerichten nicht zur Streitentscheidung herangezogen wurde.“⁹ *Wolfgang Hoffmann-Riem* deutet das ganz ähnlich:

„Ein besonderes Verfassungsgericht bietet sich insbesondere als Vehikel an, den Prozess der Konstitutionalisierung abzusichern, zu beschleunigen und institutionell zu unterfüttern. Weniger freundlich formuliert: Ein besonderes Verfassungsgericht ist die angemessene Lösung für Ordnungen, deren politische Kultur noch nicht so entwickelt ist, dass der Vorrang der Verfassung etablierten Institutionen anvertraut werden kann.“¹⁰

Etwas früher hatte *Brun-Otto Bryde* bereits betont, dass auch die personelle Erneuerung für eine separate Verfassungsgerichtsbarkeit spricht, indem der verfassungsrechtliche Neubeginn von Experten dieses Prozesses getragen und nicht den Richtern des alten Regimes überlassen wird.¹¹ Die Verfassungsrichter fungieren danach gewissermaßen als „Erzieher“ zu Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Kombiniert man die selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit wie im deutschen Modell mit einer konzentrierten Normenkontrolle (dazu sogleich II.2), so tritt als weiterer Vorteil noch hinzu,

⁸ Dazu unten Abschnitt IV.

⁹ *Dieter Grimm*, Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen, München 2001, S. 211.

¹⁰ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in den USA und Europa, JZ 2003, S. 269 (273).

¹¹ *Brun-Otto Bryde*, Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen, in: Joachim J. Hesse u. a. (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, Baden-Baden 1999, S. 197 (203 ff.); ähnlich bereits *Peter Häberle*, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 1 (16 f.): Führungsstellung des Verfassungsgerichts bei der Verfassungsinterpretation); zustimmend *Rülke* (Fn. 3), S. 108.

dass mit der monopolisierten Verwerfungskompetenz des Verfassungsgerichts die „Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung“ durch unterinstanzliche Normenkontrollen vermieden werden kann.¹²

Für die *integrierte* Verfassungsgerichtsbarkeit werden keine vergleichbar griffigen Vorteile genannt. Entstehungsgeschichtlich bleiben nur noch Situationen übrig, in denen eine neue Verfassung auf keinerlei Akzeptanzprobleme stößt, weil sie in der politischen Kultur des Landes bereits fest verankert ist. Das trifft allerdings, wie sich an der Entstehung zeigen wird, auf die USA und die Schweiz gerade nicht zu. Deren Verfassung war zum Zeitpunkt der Bundesstaatsgründung jeweils sehr umstritten. Es zeigt sich auch, dass Supreme Court und Bundesgericht heute nicht mehr einem einheitlichen Modell folgen, sondern grundlegende Unterschiede aufweisen.

II. Eigenheiten der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Integrierte statt spezialisierte Institutionalisierung

Zunächst bedeutet integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit, dass das höchste Gericht des nationalen Instanzenzugs gleichzeitig die Funktion hat, über die Verfassungsmäßigkeit zu entscheiden. Es geht also um die Einheit von Letztinstanzlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit. Sie ist sowohl beim Supreme Court als auch beim Bundesgericht verwirklicht. Dies ist das Schlüsselkriterium – und es ist ein rein institutionelles. Sobald ein spezialisiertes Verfassungsgericht eingerichtet wird, ist das Modell integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit verlassen. Innerhalb dieser äußeren Modelleinheit stellt sich die Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA und der Schweiz allerdings ganz unterschiedlich dar.

a) *Konkrete oder abstrakte Normenkontrollbefugnis*: Unterschiede gibt es in formeller Hinsicht mit Blick auf die Art der Normenkontrolle. Das schweizerische Recht kennt außer der konkreten auch die abstrakte Normenkontrolle und verfügt entsprechend über eine abstrakt-generelle Normverwerfungskompetenz. Demgegenüber ist für das US-Verfassungsgericht keine abstrakte Normenkontrolle vorgesehen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bleibt stets einzelfallbezogen. Das Gericht erklärt eine Norm darum nicht insgesamt für nichtig, sondern lediglich für im Einzelfall unanwendbar. Allerdings ist dies beim Supreme Court deshalb kein Minus an Kontrolle, weil die formelle Präjudizienbindung die unteren Gerichte an die *ratio decidendi* bindet. Eine entscheidungstragende Erwägung zur Verfassungs-

¹² BVerfGE 1, 184 (199 f.) – Normenkontrolle I, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001184.html>; bekräftigend jüngst BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 (2 BvR 2500/09; 2 BvR 1857/10) – Wohnraumüberwachung Mainz, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20111207_2bvr250009.html.

widrigkeit der Norm ist also ebenso bindend, als wäre diese im Urteilspruch selbst enthalten.

b) *Umfassende oder beschränkte Normenkontrollbefugnis*: Materiell unterscheiden sich die Systeme hinsichtlich der Reichweite der Verfassungsgerichtsbarkeit. Während der Supreme Court jedes Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit für unanwendbar erklären kann, steht dem Bundesgericht die Verwerfungsbefugnis nur gegenüber Kantonsgesetzen zu. Hinsichtlich der Bundesgesetze hat das Gericht hingegen keine vollständige Kontrollkompetenz, weil es deren Verfassungswidrigkeit zwar feststellen kann, ihnen aber die Anwendung gleichwohl nicht versagen darf. Es ist dann Sache des Bundesparlaments, das eigene Gesetz aus Rücksicht auf die Verfassung zu revidieren. Auch hinsichtlich der Kantonsverfassungen gibt es keine Kontrollbefugnis, weil diese durch die Gewährleistung des Parlaments abgesichert sind.¹³ Die immer neuen Vorstöße zur Einführung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts wurden zuletzt im Juni 2012 mit der deutlichen Mehrheit des Ständerats gestoppt.

Die schweizerische Lösung ist zwar selten, aber keinesfalls einzigartig. In der jüngeren Vergangenheit hatte auch Polen bei der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit (1986) zunächst den Zwischenweg einer Prüfungskompetenz ohne Verwerfungsmöglichkeit gewählt. Man wollte dort angesichts erheblicher Skepsis innerhalb des Ostblocks einen Kompromiss finden.¹⁴ Im sozialistischen Staatsmodell wurde die spezialisierte Verfassungsgerichtsbarkeit als besonders prominente Form der gegen das Parlament gerichteten Kontrolle als „reaktionäre Institution“ angesehen.¹⁵

In einer anderen Hinsicht entspricht die schweizerische Situation heute funktional derjenigen in den Niederlanden. In beiden Ländern ist die Normenkontrolle gegenüber Akten des nationalen Parlaments auf Verfassungsebene eingeschränkt. In beiden Ländern dürfen nationale Gesetze darum nicht wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben werden. Gleichzeitig dürfen Gesetze hier wie dort sehr wohl aufgehoben werden, wenn sie der Europäischen Menschenrechtskonvention widersprechen.¹⁶

¹³ Ausnahme: Wenn *nach* der Gewährleistung ein neues übergeordnetes Recht (EMRK) in Kraft tritt: BGE 111 Ia 239 – Inzidentprüfung kantonalen Verfassungsrechts.

¹⁴ *Garlicki* (Fn. 5), S. 291 f., 307.

¹⁵ *Garlicki* (Fn. 5), S. 287.

¹⁶ Art. 94, 120 Verf-NL; Details dazu bei *Gerhard van der Schyff*, Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far?, *German Law Journal* 11 (2010), S. 275 (280), http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No2/PDF_Vol_11_No_02_275-290_Developments_Gerhard_van_der_Schyff.pdf; *Leonard F.M. Besselink*, Constitutional Adjudication in the Era of Globalization: The Netherlands in Comparative Perspective, *European Public Law* 18 (2012), S. 231 (234 f.).

2. Diffuse statt konzentrierte Normenkontrolle

Neben die Unterscheidung zwischen integrierter und spezialisierter Institutionalisierung tritt die weitere, nicht mehr zwingende Unterscheidung zwischen diffuser und konzentrierter Normenkontrolle. Sowohl in den USA als auch in der Schweiz ist die Normenkontrolle diffus, das heißt unabhängig von der Instanz gewährleistet. Die Normenkontrolle ist nicht bei einem Gericht monopolisiert,¹⁷ sondern alle Gerichte dürfen und müssen die Konformität mit der Bundesverfassung in eigener Hoheit beurteilen. In den USA und der Schweiz erstreckt sich diese Kontrollaufgabe sogar auf die Gerichte der Gliedstaaten und auf die rechtsanwendenden Verwaltungsbehörden. Beispielsweise hatte im Fall *Roe versus Wade*, bevor sich der US Supreme Court mit der Sache befasste, in erster Instanz bereits ein District Court im Staat Texas das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs für nichtig erklärt, weil es gegen die Bundesverfassung verstoße.¹⁸

Die diffuse Normenkontrolle unterscheidet sich von Rechtssystemen mit konzentrierter Normenkontrolle praktisch erheblich. So gibt es in den USA und der Schweiz nicht das in Deutschland bekannte Verwerfungsmonopol mit Vorlagepflicht (Art. 100 Abs. 1 GG) und Bindung *erga omnes* durch die Gesetzeskraft der Entscheidung (§ 31 Abs. 2 BVerfGG). Weil dieser weitergehende Unterschied noch gewichtiger ist als die bloß institutionelle Unterscheidung in integrierte bzw. spezialisierte Verfassungsgerichtsbarkeit, spricht man bei der diffusen Normenkontrolle häufig vom „amerikanischen System“ im Gegensatz zum „europäischen System“ mit konzentrierter Normenkontrolle.

Weder in der Schweiz noch in den USA gibt es für diese diffuse Kontrolle eine spezielle bundesverfassungsrechtliche Anordnung. Sie folgt aus der allgemeinen Gesetzesbindung der Gewalten in Verbindung mit dem Vorrang der Verfassung. Auf kantonaler Ebene gibt es zum Teil ausdrückliche Vorschriften über die diffuse Normenkontrolle. So heißt es in der Verfassung des Kantons Solothurn:

„Soweit Erlasse von Kanton und Gemeinden Bundesrecht oder übergeordnetem kantonalem Recht widersprechen, sind sie für den Richter nicht verbindlich.“¹⁹

¹⁷ Statt von einer konzentrierten wird synonym auch von einer monopolisierten Normenkontrolle gesprochen, etwa bei *Dieter Grimm*, Probleme einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Reform der Bundesgerichtsbarkeit, Zürich 1995, S. 161 (171).

¹⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), http://www.law.cornell.edu/supct/html/histories/USSC_CR_0410_0113_ZS.html, Syllabus: „A three-judge District Court [...] declared the abortion statutes void as vague and overbroadly infringing those plaintiffs' Ninth and Fourteenth Amendment rights.“

¹⁹ Art. 88 Abs. 3 KV-SO; außerdem Art. 66 Abs. 3 KV-BE: „Kantonale Erlasse, die höherrangigem Recht widersprechen, dürfen von den Justizbehörden nicht angewandt werden.“ und Art. 95 Abs. 2 KV-AG: „Sie [die Gerichte] sind gehalten, Erlassen

Die diffuse Normenkontrolle geht in der Regel mit der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit einher. Das ist allerdings nicht zwingend. So haben die lateinamerikanischen Staaten teilweise selbständige Verfassungsgerichte installiert und halten gleichzeitig an der diffusen Normenkontrolle durch untere Gerichtsinstanzen fest. Umgekehrt kann es eine konzentrierte Normenkontrolle geben, die einem integrierten Verfassungsgericht zugewiesen wird. Beispielsweise war im Rahmen der schweizerischen Justizreform vorgeschlagen worden, das Bundesgericht als oberstes Gericht mit Universalzuständigkeit unverändert zu lassen, bei ihm aber die Kontrolle der Verfassungskonformität zu monopolisieren.²⁰ Die diffuse Normenkontrolle sollte darum von der Einrichtung der Gerichte unterschieden werden.

Hans Kelsen behandelt die diffuse Normenkontrolle konsequent als eine eigenständige dritte Strukturvariante der Verfassungsgerichtsbarkeit. In der Reinen Rechtslehre formuliert er zur Normenkontrolle: „Diese Funktion kann einem besonderen Gericht oder dem obersten Gericht oder allen Gerichten übertragen sein.“²¹ Der letzte Fall, die diffuse Normenkontrolle, ist dabei sogar die Regel, solange das Gesetz keine besondere Festlegung über die Verfassungsgerichtsbarkeit trifft. Dann dürfen alle rechtsanwendenden Behörden ein Gesetz im Einzelfall wegen Verfassungswidrigkeit unangewendet lassen. Wird hingegen ein Gericht zu abstrakten Aufhebung ermächtigt, dann schließt Kelsen daraus, dass es bis zu diesem Zeitpunkt gelten soll, so dass andere Gerichte seine Anwendung nicht verweigern dürfen.²² Das ist in der Schweiz anders, weil hier die diffuse Normenkontrolle weiterhin gilt, obgleich das Bundesgericht zur abstrakten Normenkontrolle und damit zur Aufhebung berechtigt ist.

3. Erstreckung auf die gliedstaatliche Ebene

Ein dritter Aspekt betrifft die Gliedstaaten. In den USA wie auch in der Schweiz setzt sich die diffuse Kontrolle auf der gliedstaatlichen Ebene fort. Die Gerichte der Einzelstaaten bzw. Kantone haben neben den Bundesgerichten ebenfalls die Befugnis und Pflicht, eine Gesetzesnorm wegen Verstoßes gegen die Bundesverfassung unangewendet zu lassen. So hat der Supreme Court des Staates Massachusetts in der Entscheidung *Goodridge versus*

die Anwendung zu versagen, die Bundesrecht oder kantonalem Verfassungs- oder Gesetzesrecht widersprechen.“

²⁰ *Martin E. Looser*, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen. Eine Bestandsaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Zürich/St. Gallen 2011, § 2 Rn. 95 (S. 61) m. w. N.

²¹ *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 277.

²² *Kelsen* (Fn. 21), S. 278.

Department of Public Health, mit der er im Jahr 2003 das staatliche Verbot gleichgeschlechtlicher Ehen aufhob, nicht nur die Verfassung von Massachusetts, sondern auch die US-Verfassung als Prüfungsmaßstab herangezogen.²³

In der schweizerischen Rechtsprechung lautet die einschlägige Formel:

„Das Bundesgericht hat verschiedentlich erkannt, dass kantonale Gerichte unmittelbar gestützt auf die Bundesverfassung verpflichtet sind, das von ihnen anzuwendende kantonale Recht auf seine Übereinstimmung mit der Bundesverfassung zu überprüfen [...]. Damit verbunden ist grundsätzlich auch die Pflicht, als verfassungswidrig erkanntes Recht im Einzelfall nicht anzuwenden.“²⁴

Bei dem Fall ging es um eine 25-prozentige sogenannte „Heiratsstrafe“ im Kanton Basel-Landschaft – das ist die steuerliche Schlechterstellung von Verheirateten gegenüber Konkubinatspaaren, die typischerweise durch eine Steuerprogression bei gemeinschaftlicher Veranlagung entsteht. Das „grundsätzlich“ bezieht sich auf den Ausgang: Das Bundesgericht hatte die Steuernorm nicht aufgehoben, sondern dem Kanton eine Frist zur Korrektur gestellt, weil das die Doppelinkommen begünstigt hätte und dadurch noch weiter vom verfassungswidrigen Zustand entfernt gewesen wäre.²⁵ Die Lösung sollte darum dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

Außerdem gibt es in den beiden Ländern noch eine Strukturparallelität bei der Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Die Einzelstaaten und Kantone verfügen ebenso wenig wie der Bund über spezielle Verfassungsgerichte. So übt beispielsweise der Supreme Court of California, das höchste Appellationsgericht des Staates, in seinen Entscheidungen die Verfassungsgerichtsbarkeit hinsichtlich der Staatsverfassung aus, ohne dazu stärker als irgendein anderes Instanzgericht ermächtigt zu sein: Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist hier also wie auf Bundesebene integriert und diffus. In der Verfassung des Kantons Aargau heißt es entsprechend: „[Die Gerichte] sind gehalten, Erlassen die Anwendung zu versagen, die [...] kantonalem Verfassungs- oder Gesetzesrecht widersprechen.“²⁶

²³ *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003), <http://case.law.findlaw.com/ma-supreme-judicial-court/1447056.html>, vierter Absatz der Entscheidungsgründe: „[T]he core concept of common human dignity protected by the Fourteenth Amendment to the United States Constitution precludes government intrusion into the deeply personal realms of consensual adult expressions of intimacy and one’s choice of an intimate partner.“

²⁴ BGE 112 Ia 311 E. 2c S. 313 – Anwendung verfassungswidriger Bestimmungen, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/a1112311.html>; ständige Rechtsprechung, siehe außerdem BGE 82 I 217 E. 1 S. 219 – Lausanner Friedhofsästhetik, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c1082217.html>; BGE 91 I 312 E. 3a S. 314 – Verkaufswagengebühr, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c1091312.html>; BGE 117 Ia 262 E. 3a S. 265 f. – Basler Kindergärtnerinnen I, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/a1117262.html>; BGE 127 I 185 E. 2 S. 187 f. – Unfreiwilligkeitszuschlag Staldenried, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c1127185.html>.

²⁵ BGE 110 Ia 7 (19).

²⁶ Art. 95 Abs. 2 KV-AG.

In der Schweiz haben einzelne Kantone im Rahmen ihrer Verfassungsautonomie das System des Bundes übernommen, indem sie die kantonalen Gesetze von der kantonalgerichtlichen Normenkontrolle ausnehmen.²⁷ Die Anwendung der Kantonsverfassungen wird ohnehin durch das Bundesgericht umfassend beprüft.²⁸ Als Grund dafür wird von *Cavin* die Gewährleistung des Bundes ausgemacht, die den Bund dann auch verpflichte, über die Einhaltung der Kantonsverfassung zu wachen.²⁹ Angesichts dieser Rahmenkontrolle würde es den Kantonen wenig nützen, wenn sie ihre Verfassungsgerichtsbarkeit im Gegensatz zum Bund speziell und konzentriert ausgestalteten, denn neben dem kantonalen Verfassungsgericht bleibt jedenfalls immer das Bundesgericht befugt zur Entscheidung über die Kantonsverfassung.

Auch die gliedstaatlichen Verlängerungen der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit sind zwar keine strukturellen Notwendigkeiten, aber typische Erscheinungen.

4. Fazit

Insgesamt ist zu den Eigenheiten festzuhalten: Integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet mindestens die institutionelle Vereinigung von Letztinstanzlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit bei einem Gericht. Häufig geht damit eine diffuse Normenkontrolle einher. In Bundesstaaten erstreckt sich die diffuse Normenkontrolle dann regelmäßig auf die gliedstaatlichen Gerichte. Hingegen ist die Intensität der Kontrolle innerhalb der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit von Land zu Land sehr unterschiedlich.

III. Entstehung der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Supreme Court

a) *Gründung zusammen mit dem Bundesstaat (1787)*: Im Abstimmungskampf um die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika gehörte die Einrichtung einer Bundesgerichtsbarkeit zu den wenigen unbestrittenen Punkten. Schon in einem der ersten Federalist Papers (Nr. 3) formulierte *John Jay* die Warnung, dass Gerichte in 13 Einzelstaaten unmöglich in der Lage sein würden, die Angelegenheiten des Bundes einheitlich zu beurteilen.

²⁷ Beispielsweise § 86 Abs. 3 Bst. a Verf-BL, § 116 Abs. 2 Bst. b Verf-BS.

²⁸ *Ulrich Zimmerli/Waler Kälin/Regina Kiener*, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrecht, Bern 2004, S. 184.

²⁹ *Pierre Cavin*, Le tribunal fédéral suisse, *Revue internationale de droit comparé* 30 (1978), S. 345 (347).

Die neue Bundesgerichtsbarkeit sei darum eine der weisesten Entscheidungen des Konvents, die nicht genug gerühmt werden könne:

„Because, under the national government, treaties and articles of treaties, as well as the laws of nations, will always be expounded in one sense and executed in the same manner, – whereas, adjudications on the same points and questions, in thirteen States, or in three or four confederacies, will not always accord or be consistent; and that, as well from the variety of independent courts and judges appointed by different and independent governments, as from the different local laws and interests which may affect and influence them. The wisdom of the convention, in committing such questions to the jurisdiction and judgment of courts appointed by and responsible only to one national government, cannot be too much commended.“³⁰

Diese Ausgangsüberzeugung findet sich auch in den *Federalist Papers* von *Alexander Hamilton* und *James Madison* an etlichen Stellen wieder. Sogar die Anti-Federalists stellten die Bundesgerichtsbarkeit in ihren Publikationen nicht insgesamt in Frage, sondern konzentrierten sich darauf, die fehlende Garantie von Jury-Trials zu rügen, auf die nach der neuen Verfassung nur noch bei Strafverfahren ein Anspruch bestand.³¹ Sogar bei *Brutus* findet sich eine offene Anerkennung des Primats von Supreme Court Entscheidungen gegenüber den Bundesgesetzen.³²

Als Annex zur Bundesgerichtsbarkeit war die Verfassungsgerichtsbarkeit ebenfalls unumstritten. Für die Verfassung wie für jedes andere Bundesgesetz galt nach Hamilton, dass es ohne eine einheitliche Gerichtshierarchie mit einem letztinstanzlichen Supreme Court nur toter Buchstabe zu bleiben drohte (Nr. 22).

„Laws are a dead letter without courts to expound and define their true meaning and operation. The treaties of the United States, to have any force at all, must be considered as part of the law of the land. Their true import, as far as respects individuals, must, like all other laws, be ascertained by judicial determinations. To produce uniformity in these determinations, they ought to be submitted, in the last resort, to one SUPREME TRIBUNAL.“

³⁰ Zitiert nach der Ausgabe: *Alexander Hamilton/James Madison/John Jay*, *The Federalist Papers*, Buccaneer Books, New York 1992, S. 10 (11 f.). Entsprechendes gilt für die folgenden Wortlautzitate.

³¹ Etwa in: *Federal Farmer* vom 8. November 1787, auszugsweise abgedruckt in: John P. Kaminski/Richard Leffler (Hrsg.), *Federalists and Antifederalists. The Debate Over the Ratification of the Constitution*, Madison 1998, S. 126 (126); *Samuel Bryan* (alias *Centinel II*), in: *Philadelphia Freeman's Journal* vom 24. Oktober 1787, ebd. S. 128 (129); *An Old Whig III*, in: *Philadelphia Independent Gazetteer* vom 20. Oktober 1787, ebd., S. 132 (132).

³² *Brutus XI*, in: *New York Journal* vom 31. Januar 1788, abgedruckt in: Kaminski/Leffler (Fn. 31), S. 121 (123 f.): „The opinions of the supreme court, whatever they may be, will have the force of law; because there is no power provided in the constitution, that can correct their errors, or controul their adjudications. From this court there is no appeal. And I conceive the legislature themselves, cannot set aside a judgment of this court, because they are authorised by the constitution to decide in the last resort. The legislature must be controuled by the constitution, and not the constitution by them.“

Trotz der Einigkeit in dieser Teilfrage kann aber von einer gefestigten Verfassungskultur ohne Akzeptanzprobleme in der Umbruchsituation des Abstimmungskampfes keine Rede sein. Die Errichtung eines Bundesstaates war ein Experiment ohne praktische Vorbilder, das zudem in einem besonders schwierigen Umfeld stattfand. Die 13 disparaten Einzelstaaten hatten sich je eigene Staatsverfassungen gegeben und genossen nach dem Unabhängigkeitskrieg ein zuvor ungekanntes Maß an Autonomie, das sie nur ungern zugunsten einer nationalen Gewalt mindern wollten. Amerika war zu dieser Zeit zwar nach außen geeint, aber innerlich zutiefst uneinig. Entsprechend argumentierte Hamilton (Federalist Paper Nr. 19), die Schweiz könne für den neuen Bundesstaat kein Vorbild bieten, weil unter den Kantonen mit ihren einheitlichen Sitten viel weniger Anlass zu Streitigkeiten bestünde als in Amerika. Darum könne man sich anders als in der Schweiz auch nicht mit einer Streitschlichtung durch Schiedsgerichte zufrieden geben:

„The connection among the Swiss cantons scarcely amounts to a confederacy; though it is sometimes cited as an instance of the stability of such institutions. They have no common treasury; no common troops even in war; no common coin; no common judicatory; nor any other common mark of sovereignty. They are kept together [...] by the few sources of contention among a people of such simple and homogeneous manners; by their joint interest in their dependent possessions; by the mutual aid they stand in need of, for suppressing insurrections and rebellions, an aid expressly stipulated and often required and afforded; and by the necessity of some regular and permanent provision for accomodating disputes among the cantons. The provision is, that the parties at variance shall each choose four judges out of the neutral cantons, who, in case of disagreement, choose an umpire. This tribunal, under an oath of impartiality, pronounces definitive sentence, which all the cantons are bound to enforce.“

Uneinigkeit gab es auch im Detail. So war zwar in der damaligen Diskussion zunächst angenommen worden, dass sich die verfassungsrechtliche Normenkontrolle auch gegen Bundesgesetze richten konnte. Hamilton begründete das damit (Federalist Paper Nr. 78), dass die höhere Verpflichtung und Geltung vorgezogen werden müsse – mit anderen Worten, die Verfassung über dem Gesetz und der Wille des Volkes vor demjenigen seiner Vertreter stehe.

„A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It, therefore, belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents. [...] Whenever a particular statute contravenes the Constitution, it will be the duty of the Judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former.“

Einzelstaatliche Gerichte waren bereits im ausgehenden 18. Jahrhundert dazu übergegangen, den Verfassungsvorrang durch Nichtigerklärung einzel-

staatlicher Gesetz abzusichern.³³ Jedenfalls im praktischen Ergebnis war dies für die staatlichen Legislativorgane nichts Neues, hatte doch der britische Privy Council schon zur Kolonialzeit die Kontrollbefugnis gegenüber Legislativakten der Kolonien ausgeübt. Bereits in der frühesten Rechtsprechung des Supreme Court und der anderen Bundesgerichte gibt es Hinweise, dass auch die Bundesrichter stets davon ausgingen, ihnen stünde eine umfassende Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen zu.³⁴ Diese Konsequenz war dem Verfassungstext aber nicht zu entnehmen. Als der Supreme Court im Fall *Marbury versus Madison*³⁵ die Normenkontrollbefugnis im Wege der Selbstermächtigung einforderte, stieß er darum auf Opposition.

b) *Selbstermächtigung zur Kontrolle von Bundesgesetzen (1803)*: Diese Entscheidung aus dem Jahr 1803 kann trotz ihrer berühmten Begründung nicht als Ruhmesblatt der Rechtsstaatlichkeit gelten. Sie ist ebenso wenig Ausdruck einer gefestigten Verfassungskultur wie die Bundesstaatsgründung zuvor.

Politisch betrachtet handelt es sich um einen Nebeneffekt des Machtwechsels von der föderalistischen Präsidentschaft *John Adams* zur demokratisch-republikanischen Präsidentschaft von *Thomas Jefferson*. Am Tag vor der Amtsübergabe hatte sich der ausgehende Präsident im Bewusstsein des bevorstehenden Machtverlusts eine vom Kongress gerade beschlossene Justizreform zunutze gemacht, um handstreichartig insgesamt 16 neue Bundesrichter und 42 neue Friedensrichter zu ernennen.³⁶ Zu diesen berückichtigten „Mitternachtsnominations“ gehörte auch diejenige des Klägers *Marbury*. Mit der Zustellung der Ernennungsurkunden hatte Adams seinen Parteifreund *John Marshall* betraut, den er einen Monat zuvor zum Gerichtspräsidenten des Supreme Court erhoben hatte. Diesem gelang es aber nicht, vor dem Machtwechsel alle Urkunden zuzustellen. Bei der Klage ging es jetzt darum, ob der Innenminister der neuen Regierung (Secretary of State James Madison) entgegen der ausdrücklichen Weisung des neuen Präsidenten Jefferson gerichtlich gezwungen werden konnte, diese Zustellung vorzunehmen.

Im Supreme Court wurde Marshall zum maßgeblichen Richter in diese Angelegenheit, obwohl er dabei sowohl befangen als auch parteiisch war – befangen deshalb, weil es um eine Zustellung ging, die zuvor zu seinen Pflichten gehört hatte; parteiisch deshalb, weil der Streit entlang der politi-

³³ Dazu *Werner Heun*, Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit – 200 Jahre *Marbury v. Madison*, *Der Staat* 42 (2003), S. 267 (277) m. w. N. in Fußnote 64.

³⁴ Vgl. *Keith E. Whittington*, *Judicial Review of Congress Before the Civil War*, *The Georgetown Law Journal* 97 (2009), S. 1257 (1266 ff.).

³⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html. Ausführliche Analyse mit weiteren Nachweisen etwa bei *Heun* (Fn. 33), S. 267 ff.

³⁶ Für Details siehe *Heun* (Fn. 33), S. 268 f. m. w. N.

schen Fronten verlief und er selbst zu jenen Föderalisten gehörte, die kurz vor dem Machtwechsel noch in Richterämter befördert worden waren. Statt sich für befangen zu erklären, fand Marshall die für alle gesichtswahrende Lösung, dass er seinen politischen Gegner gewinnen ließ und dadurch selbst jeder persönlichen Kritik entging. Bei der Gelegenheit etablierte er die Normverwerfungsbefugnis des Gerichts, die von Präsident Jefferson damals bestritten wurde.

Es handelt sich hier um eine Selbstermächtigung durch die Hintertür. Zwar beruht das Ergebnis letztlich darauf, dass sich das Gericht für unzuständig erklärte. Doch bildet der Fall gleichwohl ein echtes Beispiel der Normenkontrolle. Das Gericht musste nämlich eine jedenfalls dem Wortlaut nach sehr umfassende Zuständigkeitsregel im Gerichtsorganisationsgesetz umstoßen, die den Supreme Court ermächtigte, rechtliche Weisungen an alle Gerichte und Amtspersonen der nationalen Hoheitsgewalt auszusprechen.³⁷ Nach der Verfassung ist eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Gerichts ausdrücklich nur für einen kleineren Kreis von Ernennungen zulässig.³⁸ Sieht man einmal von der Option einer verfassungskonformen Auslegung ab,³⁹ wäre das Gericht ohne die Nichtigerklärung dieser Klausel nach seiner sonstigen Argumentation verpflichtet gewesen, die neue Regierung zur Zustellung der alten Ernennungsurkunde zu zwingen. Obgleich viele der emphatisch vorgetragenen materiellen Überlegungen in der Entscheidung wegen der Unzuständigkeit bloß als *obiter dictum* gelten können,⁴⁰ ist die Normverwerfung selbst im Ergebnis nicht *obiter dictum*, sondern *ratio decidendi*. Gleichwohl ist es eine untypische, ja sogar etwas künstlich wirkende Konstellation, denn hinsichtlich einer weitgehend verstandenen Gesetzesermächtigung waren sich alle Parteien einig, dass sie den Verfassungsrahmen überschritt. Besonders auffällig ist auch, dass das Gericht von der materiellen Frage des Verfassungsvorrangs (Supremacy Clause) ohne weiteres auf die Notwendigkeit der eigenen Kompetenz zur Durchsetzung dieses Vorrangs schließt. Gerade im Vergleich mit dem Schweizerischen Bundesgericht, das trotz unumstrittenen Verfassungsvorrangs selbst nicht die Kompetenz hat, Bundesgesetze für nichtig zu erklären, zeigt sich die Kurzsichtigkeit dieser Argumentation.

³⁷ The United States Judiciary Act of 1789 vom 24. Sep. 1789, 1 Stat. 73; http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm, Chapter XX, Section 13: „[...] writs of *mandamus*, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.“ www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm.

³⁸ Artikel III Abschnitt 2 Absatz 2 der US-Verfassung: „In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be a Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.“

³⁹ Zu dieser Option *Heun* (Fn. 33), S. 271.

⁴⁰ Vgl. *Heun* (Fn. 33), S. 269 ff.

c) *Öffentlichkeitswirksame Aktivierung der Normenkontrolle (1857)*: Es sollte weitere 54 Jahre dauern, bis der Supreme Court seiner Selbstermächtigung auch eine Praxis der Normenkontrolle folgen ließ – jedenfalls eine solche, die oberhalb der öffentlichen Wahrnehmungsschwelle lag.⁴¹ Mit dem Dred Scott Case⁴² aus dem Jahr 1857 kam ausgerechnet einem die Sklaverei fördernden Entscheid diese Schlüsselrolle zu. Es ist die wohl meistkritisierte Entscheidung des Supreme Courts überhaupt. In der Sache ging es um mehrere Kongressgesetze, mit denen die Sklaverei im Staat Wisconsin für illegal erklärt worden war. Der Supreme Court entschied nun, dass dem Bundesparlament keine Kompetenz zukomme, die innerstaatliche Rechtsfrage der Sklaverei zu regeln. Die Normverwerfung betraf nunmehr einen sehr kontroversen Punkt und war insofern typisch für das Instrument. Sie war aber bloß *obiter dictum*, weil das Gericht schon vorher festgestellt hatte, dass *Dred Scott* kein US-Bürgerrecht besitze und darum gar nicht klagebefugt sei.

Dem Entscheid kommt ungeachtet von solchen Details die Rolle zu, den Anspruch des Bundesgerichts auf Kontrolle der Bundesgesetze öffentlichkeitswirksam bekundet zu haben. Es folgten weitere, weniger prominente Entscheidungen, mit denen die Normverwerfung gegenüber dem Kongress gefestigt wurde. Beispielsweise traf das Gericht im folgenden Jahr in *People's Ferry v. Beers*⁴³ die Feststellung, dass die Seerechtskompetenz im Gerichtsorganisationsgesetz des Bundes verfassungswidrig sei. Drei Jahre später nahm es in *Kentucky v. Dennison*⁴⁴ eine verfassungskonforme Korrektur des Bundesgesetzes über flüchtige Sklaven vor.

Insgesamt etablierte der Supreme Court beginnend mit dem Dred Scott Case eine kontinuierliche und sichtbare Praxis der Normenkontrolle gegenüber dem Kongress. Man könnte als Zwischenergebnis festhalten, dass die voll ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit erst jetzt begann – zu einem Zeitpunkt also, in dem tatsächlich die Bundesstaatlichkeit, die Bundesverfassung und der Supreme Court bereits auf eine lange Tradition zurückblickten und eine hohe Akzeptanz genossen.

d) *Faktische Spezialisierung auf Verfassungsgerichtsbarkeit?* Heute sieht die Situation wiederum anders aus. Das Gericht ist fest etabliert und wird in erster Linie als Verfassungsgericht angesehen. Dies liegt vor allem an dem freien Annahmeverfahren, mit dem das Richterpanel aus den jährlich etwa

⁴¹ Zu zahlreichen anderen Normenkontrollfällen in der Zwischenzeit siehe die Übersicht bei *Whittington* (Fn. 34), S. 1331.

⁴² *Dredd Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0060_0393_ZS.html.

⁴³ *People's Ferry Company of Boston v. Beers*, 61 U.S. 393 (1858), http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0060_0393_ZS.html.

⁴⁴ *Kentucky v. Dennison*, 65 U.S. 66 (1860), http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0065_0066_ZS.html.

7000 eingereichten Fällen die weniger als 100 auswählt, mit denen es sich befassen will. Der erhebliche Aufwand des ausnahmslos mündlichen Verfahrens führt dazu, die Annahme nur bei „zwingenden Gründen“ (*compelling reasons*) zu bewilligen. Nach den internen Regeln des Gerichts steht dabei an erster Stelle die Auflösung eines Konflikts bei der Auslegung eines Bundesgesetzes oder der Bundesverfassung. Auch wie bei allen anderen Annahmekonstellationen beschränkt sich das Gericht auf die richtungsweisenden Entscheidungen mit bisher ungeklärten Rechtsfragen.

Die heute zur Entscheidung angenommenen Fälle sind zwar formal Fälle der Instanzgerichtsbarkeit (*petitions for writs of certiorari, i. e., „cert-cases“*), doch inhaltlich geht es vor dem Supreme Court fast immer um Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Angesichts der geringen Zahl von nur neun Richterinnen und Richtern ist dabei stets sichergestellt, dass die Entscheidungen auf verfassungsrechtliche Kenntnisse gestützt werden. Im praktischen Ergebnis ist der US-Supreme Court darum heute wohl ein ebenso stark spezialisiertes Verfassungsgericht wie das deutsche Bundesverfassungsgericht. Der Unterschied zwischen europäischem und amerikanischem Modell wirkt sich eher bei den 94 erstinstanzlichen Distriktsgerichten (*district courts*) und den 11 Berufungsgerichten (*courts of appeal = circuit courts*) aus. Vor dem Hintergrund dieser Besonderheiten bietet sich ein Vergleich mit dem Bundesgericht an:

2. Bundesgericht

a) *Gründung zusammen mit dem Bundesstaat (1848)*: Ähnlich wie in den Vereinigten Staaten begann auch in der Schweiz die Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Bundesstaat. In der alten Ordnung (vor 1798) hatten die Eidgenossen mit Schiedsrichtern und Obmännern operiert.⁴⁵ In der von Napoleon erzwungenen Helvetik (1798) war zwar ein oberster Gerichtshof für den neuen Einheitsstaat vorgesehen, doch hatte dieser bis zum Ende der Verfassungsepisode keine Zeit, sich zu etablieren. Er hatte abgesehen von der Verantwortlichkeitsgerichtsbarkeit auch keine verfassungsgerichtliche Funktion.⁴⁶ Die anschließende Mediation (1803) verzichtete auf ein über die Gliedstaaten wachendes Gericht. In Artikel 36 der Bundesverfassung hieß es: „Sie [die Tagsatzung] entscheidet über Streitigkeiten, die zwischen den Cantonen entstehen“. Die wenigen Fälle, die auf diesem Wege erledigt wurden, betrafen vor allem Fragen des Gerichtsstands und der Heimatlosigkeit.⁴⁷ In der restaurativen Zeit des Bundesvertrags (1815) änderte sich

⁴⁵ Dazu etwa *Elisabeth Nägeli*, Die Entwicklung der Bundesrechtspflege seit 1815, Winterthur 1920, S. 10 ff.; *Looser*, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle (Fn. 20), § 7 Rn. 7 ff. (S. 226 ff.).

⁴⁶ *Looser* (Fn. 20), § 7 Rn. 10 (S. 229).

daran wenig. Nur wurde jetzt ein Schiedsgericht mit den wenigen anfallenden Fällen betraut. Solche Schiedsverfahren hatten von vornherein den systemischen Fehler, dass sich ein Kanton weigern konnte, einen Schiedsrichter zu ernennen, und dadurch dem Schiedsverfahren insgesamt entging.⁴⁸ Nach dem Entwurf von 1833 hätte erstmalig ein Bundesgericht eingeführt werden sollen. Dieser Reformvorschlag blieb aber ohne Erfolg.

Die Bundesstaatsgründung (1848) und mit ihr die Einrichtung des Bundesgerichts wurden erst als Ergebnis des Sonderbundkrieges möglich. In der neuen Verfassung drückte sich die Niederlage der Sonderbundkantone aus. Hier hatten die liberalen Kräfte ihre Vorstellungen zwar nicht ganz rücksichtslos, aber doch unter Überwindung von konservativem Widerstand durchgesetzt. Von einer gefestigten Verfassungskultur ohne Akzeptanzprobleme kann darum keine Rede sein.

Eine ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit analog zum US-amerikanischen Vorbild entstand auch mit der Bundesstaatsgründung (1848) nicht so gleich. Das Bundesgericht war zunächst nur als kasuelles Gericht, nicht als ständige Einrichtung installiert worden. Darin drückte sich, nach dem Urteil von *Eduard His*, die „Unsicherheit der damaligen Staatsgründer“ aus.⁴⁹ Organisatorisch tagte es nur an einem ordentlichen Termin in Bern und sonst bei Bedarf nach Wahl des Präsidenten an unterschiedlichen Orten. Personell bestand das Gericht nur aus nebenamtlichen Richtern, die das Parlament zudem zu mehr als zwei Dritteln aus den eigenen Reihen wählte.⁵⁰ Inhaltlich fehlte ihm die wichtige Kompetenz zur Überprüfung von Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte. Diese Kompetenz war während der Verfassungsberatungen in zwei Anträgen ohne Erfolg eingefordert worden.⁵¹ Stattdessen wurde in Art. 105 der Bundesverfassung 1848 eine Überweisung im Einzelfall vorgesehen, die das Parlament in der Praxis ignorierte.⁵² Im Ergebnis war der verfassungsgerichtliche Wirkungskreis des Organs

⁴⁷ *Niccolò Raselli*, Das Bundesgericht, Internet-Publikation, <http://www.bger.ch/das_bundesgericht_raselli_07_05.pdf>, S. 2.

⁴⁸ *Eduard His*, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, 3. Bd., Der Bundesstaat von 1848 bis 1914, Basel 1938, S. 459 f.; *Goran Seferovic*, Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, Zürich u. a. 2010, S. 11.

⁴⁹ *His* (Fn. 48), S. 466.

⁵⁰ *Arthur Haefliger*, Hundert Jahre Schweizerisches Bundesgericht, SJZ 71 (1975), S. 1 (1). Von den Zeitgenossen wurde die Ämterkumulation in Bundesgericht und Bundesversammlung nicht nur als Problem, sondern auch als praktischer Vorteil beurteilt. Statt eines Gehalts erhielten die Richter Taggelder. Nach der ersten Wahl waren acht der 11 Bundesrichter gleichzeitig Mitglieder der Bundesversammlung. *Seferovic* (Fn. 48), S. 16 f., 33.

⁵¹ Siehe zu diesen Anträgen des Schwyzers *Diethelm* und der Genfer Deputation *Haefliger* (Fn. 50), S. 2.

⁵² Das Parlament überwies dem Gericht eine einzige staatsrechtliche Beschwerde auf dieser Grundlage und traf im Übrigen solche Entscheidungen selbst. Es handelte sich um den Fall *Dupré*, abgedruckt in ZSR II (1853), S. 41–47.

gegenüber der vorausgegangenen Schiedsgerichtsbarkeit unter dem Bundesvertrag sogar noch reduziert.⁵³ In den knapp 1000 handgeschriebenen Verfahrensakten im Archiv des Bundesgerichts finden sich überwiegend Heimatlosigkeitsangelegenheiten sowie straßen- und eisenbahnrechtliche Enteignungsfragen, die dem Gericht durch Gesetz übertragen worden waren.⁵⁴

b) *Verstetigung in der ersten Totalrevision (1874)*: Erst mit der gelungenen Totalrevision der Bundesverfassung im Jahr 1874 verstetigte man das Bundesgericht zu einem ständigen Gericht mit vollamtlichen Richtern und festem Sitz in Lausanne. Erst jetzt begann die amtliche Publikation der Entscheidungen. Mit der anstehenden Vereinheitlichung des Schuldrechts (OR, 1883) zeichnete sich ein erheblicher Bedeutungszuwachs bei der zivilrechtlichen Kernkompetenz als interpretationsleitende Letztinstanz ab. Und als Verfassungsgericht erlangte es nun die Befugnis, Individualverfassungsbeschwerden zu behandeln, die neben den erweiterten Grundrechten der Bundesverfassung auch grundrechtsgleiche Rechte wie das Doppelbesteuerungsverbot erfasste.

Als eine Konsequenz der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit wuchs das Gericht unabhängig vom Bestand an Verfassungsgarantien schon allein wegen seiner Funktion als Letztinstanz. Die Rechtsvereinheitlichungen führten direkt zu einer Erhöhung der Richterzahl und Vermehrung der Abteilungen. So 1883 mit der Vereinheitlichung des Obligationenrechts, 1892 mit der Reform der Schuldbetreibung, 1912 mit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches, 1942 mit der Vereinheitlichung des Strafrechts und 1969 mit dem Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes.

Das Gericht war von Anfang an ein politiknahes Gericht. So fanden sich unter den ersten neun vollamtlichen Mitgliedern insgesamt vier ehemalige Ständeräte und drei ehemalige Nationalräte. Bis heute werden die Gerichtssitze unter den fünf größten Parteien ungefähr proportional zu deren Stärke im Parlament aufgeteilt. Im Unterschied zur Struktur von 1848 wurde aber 1874 die personelle Gewaltenteilung verwirklicht. Die Bundesrichter durften kein anderes öffentliches Amt mehr innehaben.

Obwohl das erste Organisationsgesetz von 1874 noch einzelne Zugangshürden zur Verfassungsgerichtsbarkeit enthielt, die erst mit der Zeit abgebaut wurden,⁵⁵ fällt das neu konstituierte Bundesgericht von Anfang an

⁵³ Jakob Blumer, Das schweizerische Bundesgericht. Eröffnungsrede, Zeitschrift für Schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege 1 (1875), S. 24 (25).

⁵⁴ Darunter befanden sich überwiegend Expropriationsstreitigkeiten sowie insgesamt 102 Scheidungsprozesse konfessionell gemischter Ehen, die dem Gericht eine lästige Pflicht waren. Nur etwa 500 Streitigkeiten musste das Gericht entscheiden; der Rest endete mit einem Vergleich. Seferovic (Fn. 48), S. 24 ff., 35 f., 213, 358.

⁵⁵ Zaccaria Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesstaates (Die staatsrechtliche Beschwerde), Zürich 1933, S. 39 f.; Haefliger (Fn. 50),

originär verfassungsrechtliche Entscheidungen. Dabei waren sich die Richter bewusst, dass diese neue Kompetenz ein „interessanter und weitaussehender Wirkungskreis“ zu werden versprach.⁵⁶ Der erste Bundesgerichtspräsident erklärte als Leitbild dafür:

„in der grossen Schwesterrepublik jenseits des Ozeans [den] obersten Gerichtshof, welcher gleichsam das Prinzip ruhiger Stätigkeit in Mitten allgemeiner Bewegung und heftiger Parteikämpfe repräsentirt, durch konsequente Handhabung der Unionsverfassung und der Unionsgesetze.“⁵⁷

Schon im ersten Jahresband der Entscheidungssammlung (1875) findet sich beispielsweise die erfolgreiche Beschwerde des 27-jährigen Solothurners *Kamber*, der sich auf seine verfassungsrechtliche Ehefreiheit berief (Art. 54 Nr. 1 aBV). Die Regierung hatte ihm die Ehebewilligung verweigert, weil die Frau mit 40 Jahren zu alt und zudem mit sechs unehelichen Kindern belastet sei, was „keineswegs zur Förderung des Hausfriedens beitragen dürfte“ (BGE 1, 92 – Kantonale Ehehindernisse). In einem anderen Fall schützt das Bundesgericht wenig später das Recht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49 aBV) zugunsten einer thurgauischen Frau, von der sich der Mann nur deshalb hatte scheiden lassen, weil sie nicht in den von ihm bestimmten Gottesdienst gehen wollte. Die Begründung dieses frühen Urteils klingt bereits nach der erst hundert Jahre später anerkannten mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Es heisst:

„So wenig der Staat nach Art. 49 der Bundesverfassung [...] seinen Angehörigen ein bestimmtes religiöses Bekenntniß vorschreiben oder verbieten [...] darf, so wenig steht dem Ehemanne das Recht zu, die religiöse Ueberzeugung seiner Ehefrau zu beherrschen und deren Glaubens- und Gewissensfreiheit Zwang anzuthun.“⁵⁸

Wenn man das Jahr 1875 als den eigentlichen Beginn der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit wählt, dann kann tatsächlich von einer weitgehenden Akzeptanz des Bundesstaates und seiner Institutionen gesprochen werden. Allerdings ist zu diesem Zeitpunkt die Idee einer *selbständigen* Verfassungsgerichtsbarkeit noch nicht verbreitet. Die Einsetzung des österreichischen Reichsgerichts für den Grundrechtskatalog aus dem Staatsgrundgesetz von 1867 mag zwar mehr sein als eine nur deklaratorische Schutzfunktion dieses Gerichts.⁵⁹ Aber den eigentlichen Durchbruch dürfte

S. 6; *Hans Huber*, Hundert Jahre Bundesverfassung, SJZ 70 (1974), S. 149 (153); *Rainer J. Schweizer*, Die Errichtung des ständigen Bundesgerichts 1874 und die Verdienste von *Johann Jakob Blumer* um diese Reform, in: FS Soliva, Zürich 1994, S. 295 (308 f.): Die Entscheidungskompetenz zu einer Reihe wichtiger Grundrechte war bis zur Revision des Organisationsgesetzes (1893) noch den politischen Behörden vorbehalten (Niederlassungsfreiheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit und Kultusfreiheit), die zur Handels- und Gewerbefreiheit noch bis 1911. Außerdem *Werner Brüscheweiler*, Artikel ‚Bundesgericht‘ in: Historisches Lexikon der Schweiz, www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9631.

⁵⁶ *Blumer* (Fn. 53), S. 26.

⁵⁷ *Blumer* (Fn. 53), S. 28.

⁵⁸ BGE 4, 434 E. 2 S. 435 – Setz-Germann.

die Idee der selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit erst in der Zwischenkriegszeit mit Hans Kelsen erlangt haben, um dann in Österreich vorbildträchtig verwirklicht zu werden.

c) *Unvollständige Normenkontrollbefugnis*: Eine vollständige Verfassungsgerichtsbarkeit bestand allerdings damals wie heute nicht. In Artikel 133 Nr. 3 der Bundesverfassung hieß es zur Kontrollkompetenz bei Verfassungsbeschwerden und anderen Streitigkeiten:

„In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht maßgebend.“

Damit stellt sich die Verfassungsgerichtsbarkeit grundsätzlich anders und rechtspolitisch sehr viel weniger kontrovers dar als in der amerikanischen Schwesterrepublik: Indem Bundesgesetze maßgebend sind, ist das Bundesgericht nicht berechtigt, eine solche Norm auch nur im Einzelfall unanwendbar zu lassen geschweige denn sie abstrakt für nichtig zu erklären. Dasselbe gilt für alle anderen Gerichte. Sie sind zwar im Rahmen der diffusen Normenkontrolle grundsätzlich ermächtigt und verpflichtet, den Verfassungsvorrang zu beachten. Dies aber nicht gegenüber den Bundesgesetzen. Mittelbar wirkt sich das auch auf den Umfang der verfassungskonformen Auslegung aus. Äußerstenfalls kann das Bundesgericht die Verfassungswidrigkeit feststellen, um auf diesem Wege einen Appell an die Bundesversammlung zu richten. Nach der Einschätzung von Bryde ist es „kein Zufall“, dass sich Formen der reduzierten Verfassungsgerichtsbarkeit gerade in den „alten Demokratien“ finden.⁶⁰ Der Zusammenhang zwischen hoher politischer Stabilität und verringerter verfassungsgerichtlicher Kontrolle mag ein Grund sein, warum sich die Frage eines verselbständigten Verfassungsgerichts in der Schweiz auf absehbare Zeit gar nicht stellen wird. Die Diskussionen kreisen derzeit noch um die Vorfrage, inwieweit man überhaupt eine vollständige Verfassungsgerichtsbarkeit installieren sollte.⁶¹

d) *Verselbständigung durch Abteilungen*? Damit bleibt noch die Frage, inwieweit sich eine Verselbständigung der Verfassungsgerichtsbarkeit auch subkutan durch organisatorisch-funktionale Aufgabenteilung *innerhalb* des Gerichts ergeben kann. Immerhin ist die Rechtsprechung zum Zivilrecht

⁵⁹ *Stephan G. Hinghofer-Szalkay*, Die Grundrechtserkenntnisse des Reichsgerichts. Wurzel des österreichischen Grundrechtsstaates oder Deklaration ohne Rechtsfolgen?, ZNR 33 (2011), S. 192 (193 ff., 200 ff.).

⁶⁰ *Brun-Otto Bryde*, Integration durch Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Grenzen, in: Hans Vorländer (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden 2002, S. 329 (331).

⁶¹ Vgl. den (erfolglosen) Vorschlag des Bundesrats, im Rahmen der Justizreform eine vorfrageweise gerichtliche Überprüfung von Bundesgesetzen konzentriert beim Bundesgericht vorzusehen: Botschaft über eine neue Bundesverfassung, 20. November 1996, in: BBl 1997 I 1 ff. (505 ff., 532 ff.). Ein entsprechendes, 2011 aufgegriffenes Projekt ist 2012 im Parlament gescheitert.

und zum öffentlichen Recht bereit seit 1893 durch die Reform des Organisationsgesetzes jeweils unterschiedlichen Abteilungen zugewiesen. Durch die spätere Aufteilung der öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auf eine überwiegend staatsrechtlich und eine eher verwaltungsrechtlich tätige Abteilung (1969) ist diese interne Spezialisierung noch einmal verstärkt worden.

Die Abteilungsstruktur führt indes nicht dazu, dass alle spezifisch verfassungsrechtlichen Fragen von der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung behandelt würden. Der notorische Fall der VgT-Nachrichten aus dem Jahr 2002 (BGE 129 III 35) kann dieses Problem illustrieren. Es ging darum, inwieweit die schweizerische Post als öffentliches Unternehmen gegenüber den Kunden an die Grundrechte gebunden sei. Die Post hatte einer Tierschutzvereinigung wegen der abstoßenden Bebilderung ihrer Massendrucksache, also wegen eines Inhalts der Meinungsäußerung, die Beförderung zu einem günstigen Tarif versagt. Weil es sich um Vertragsrecht handelte, gelangte dieser Entscheid vor die zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts. Dort wurde unter weitgehender Ignorierung des grundrechtlichen Schrifttums und mit deutlicher Würdigung des politischen Interesses an einer Privatisierung der Postaufgaben die Grundrechtsbindung in dieser Angelegenheit verneint. Im Ergebnis nützte es der Rechtssicherheit nur wenig, dass das Gericht ausnahmsweise doch einen Kontrahierungszwang nach Zivilrecht konstruierte. Der grundrechtsdogmatische Schaden war bereits angerichtet. Diese Entscheidung charakterisierte *Yvo Hangartner* zu Recht als „grundrechtlichen Irrläufer der I. Zivilabteilung“. ⁶² Die Frage wurde dann 2010 in einem nicht publizierten, aber gleichwohl viel beachteten Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung zur Theatervermietung in Genf gerade umgekehrt entschieden. ⁶³

Der Fall zeigt einen der Hauptnachteile der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit. Mit der zivilrechtlichen Letztentscheidung im Instanzenzug sind gleichzeitig alle verfassungsrechtlichen Rügen verbraucht. Es gibt in solchen Konstellationen keinen letzten Rettungsanker mehr für die spezifisch verfassungsrechtlichen Fragen. In der besten aller Welten wäre dies kein Problem, weil die Zivilrichter des Bundesgerichts mit der Aufgabe zur integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit auch gleich über die Befähigung zu deren Bewältigung verfügten. In der Realität sieht es leider anders aus.

Im Ergebnis zeigt sich, dass der Supreme Court und das Bundesgericht nicht in stabilen Situationen mit großer Akzeptanz gegründet wurden, son-

⁶² *Yvo Hangartner*, Entscheidbesprechung, AJP 2011, S. 705 (706), mit weiteren Literaturnachweisen.

⁶³ BGer, Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 – Alhambra-Vermietung Genf, mit Anmerkungen von *Michel Hottelier*, AJP 2011, S. 698; *Yvo Hangartner*, AJP 2011, S. 705; *Axel Tschentscher*, in: Walter Kälin u. a., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010 und 2011, ZBJV 147 (2011), S. 747 (782 f.).

dem eher unter Rahmenbedingungen, in denen man heute wohl zu einem spezialisierten Verfassungsgericht raten würde. Die Normenkontrolle konnten diese Gerichte aber im Laufe von Jahrzehnten graduell entwickeln und dadurch auf größere Akzeptanz für dieses einschneidende Instrument bauen. Die Unterschiede zwischen den beiden Gerichten sind trotz der ähnlichen Ausgangslage inzwischen sehr groß geworden.

IV. Integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich

Im folgenden Verfassungsvergleich wird sich zeigen, dass die praktische Vorbildfunktion von USA und Schweiz in der Verfassungsgerichtsbarkeit heute gering ist. Ob die Modelle integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt noch Vorzüge aufweisen, muss angesichts dieser Tendenz hinterfragt werden. Das Beharrungsvermögen dieser beiden Staaten könnte auch einfach auf resignativ-pragmatischen Motiven beruhen. Die faktisch versteuerte US-Verfassung lässt kaum Gestaltungsspielraum für institutionelle Reformen. In der Schweiz beweisen die zwei gelungenen Totalrevisionen zwar die Lebendigkeit der Grundordnung, aber inhaltlich geht es stets in so kleinen Schritten vorwärts, dass ein grundlegender Systemwechsel in der Gerichtsbarkeit unwahrscheinlich wird.

1. Commonwealth-Staaten

Als prominente Beispiele integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit kommen zunächst die Gerichte der Commonwealth-Staaten in Betracht: der High Court von Australien (1903), der Supreme Court von Kanada (1949) und der Supreme Court von Indien (1950) sowie der relativ neue Supreme Court von Neuseeland (2004). Für diese Gerichte haben weder die USA noch die Schweiz Modell gestanden. Sie sind vielmehr Emanzipationsgewächse aus der ursprünglichen Zuständigkeit des britischen Privy Council. Für die ehemaligen britischen Kolonien in Afrika, die nach ihrer Unabhängigkeit zunächst dem Westminster Modell folgten, lässt sich inzwischen sogar ein Trend zur selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit feststellen.⁶⁴

Als Besonderheit, die ebenfalls keine amerikanischen Wurzeln hat, nimmt der Supreme Court in Großbritannien (2009) heute *materiell* die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in einem Land ohne geschriebene Verfassung wahr. Im Fall von Großbritannien ist dabei eine neue, immer wichtiger werdende Motivation für die Gründung von Verfassungsgerichten zu erkennen. Sie sind Befreiungsschläge gegenüber einer als fremd empfundenen Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

⁶⁴ Am Beispiel Südafrikas *Brun-Otto Bryde*, Constitutional Law in „old“ and „new“ Law and Development, in: VRÜ 41 (2008), S. 10 (11, 13).

2. Holland und Skandinavien

Aus denselben Gründen wie in Großbritannien wird auch in Holland diskutiert, ob man die Normenkontrolle einführen sollte.⁶⁵ Der fehlende nationale Filter gegenüber Menschenrechtsbeschwerden in Straßburg ist ein starkes Motiv für den Systemwechsel.⁶⁶ Sollten sich die Holländer entgegen ihrer Tradition für eine Normenkontrolle entscheiden, dann voraussichtlich mit einem selbständigen Verfassungsgericht. In den Nachfolgestaaten der niederländischen Antillen ist dies seit deren Verselbständigung auch das gewählte Mittel (Sint Maarten 2010).

Auch die skandinavischen Länder sind solchen Trends ausgesetzt. Der schon erwähnte Domstol in Dänemark⁶⁷ war formal betrachtet bisher nicht als Verfassungsgericht, sondern als Oberster Gerichtshof konzipiert. Er gewann aber 1999 kraft ungeschriebener Selbstermächtigung eine Kompetenz zur Normenkontrolle und damit Verfassungsgerichtsqualität. Damit ist ein Filter gegenüber der Normenkontrolle in Straßburg entstanden, dessen bewusste gesetzliche Reflexion noch aussteht. Ähnlich war die Entwicklung in Schweden, wo die beiden obersten Gerichte (Oberstes Gericht und Oberstes Verwaltungsgericht) einen Rat zur nichtverbindlichen Normenkontrolle bilden.⁶⁸ Am ehesten folgt der Oberste Gerichtshof Norwegens dem Vorbild der US-Gerichtsbarkeit. Nach seiner frühen Gründung (1815) auf der Basis der Verfassung von 1814 wurde die Zuständigkeit des Obersten Gerichts für Verfassungsgerichtsbarkeit bereits seit Mitte des 19. Jahrhunderts im Anschluss an das amerikanische Vorbild aus der Universalzuständigkeit abgeleitet.⁶⁹ Auch Finnland hatte sich zunächst für das US-Vorbild entschieden, verfolgt aber seit der Verfassungsreform im Jahr 2000 eine Hybridform der Verfassungsgerichtsbarkeit. Dabei werden die *ex post*-Normenkontrollen im Einzelfall weiterhin durch das Oberste Gericht Finnlands vorgenommen. Zusätzlich ist aber ein Parlamentsausschuss für Verfassungsrecht mit der *ex ante*-Normenkontrolle befasst. Diesem Ausschuss kommt wegen seiner engen Bindung an verfassungsrechtliche Expertisen die Rolle eines Quasi-Verfassungsgerichts zu.⁷⁰

⁶⁵ *van der Schyff* (Fn. 16), S. 281 ff.

⁶⁶ Zur Relevanz dieses Arguments bei der Selbstermächtigung des Domstol (Supreme Court) in Dänemark siehe *Fredrik* (Fn. 1), S. 882.

⁶⁷ Dazu oben Abschnitt I. 1.

⁶⁸ *Franz C. Mayer*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, S. 559 (561).

⁶⁹ Vgl. *Constance Grewe*, Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, ZaöRV 61 (2001), S. 459 (468).

⁷⁰ Details bei *Kaarlo Tuori*, Kombination aus theoretischer *ex ante*- und konkreter *ex post*-Prüfung: Das finnische Modell, in: Gret Haller u. a. (Hrsg.), Menschenrechte

Insgesamt lässt sich für Holland und Skandinavien zwar nach wie vor eine traditionsbedingte Abstinenz gegenüber dem allgemeinen Trend zur spezialisierten Verfassungsgerichtsbarkeit feststellen. Diese Zurückhaltung weist aber in den letzten 20 Jahren zunehmend Brüche auf.

3. Lateinamerika

Die Staaten Lateinamerikas werden gelegentlich als Beispiel für integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit genannt.⁷¹ Daran ist richtig, dass diese Staaten, allen voran Mexiko, mit dem Amparo-Verfahren (*recurso de amparo*) ein traditionsreiches Instrument für integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelt haben. Es ähnelt dem *habeas corpus*, indem es als allgemeine Aktion grundsätzlich vor jedem Gericht geltend gemacht werden kann, geht inhaltlich aber weit darüber hinaus. Außer auf die Wiederherstellung persönlicher Freiheit kann ein Amparo auch wegen der Verfassungswidrigkeit von Normen, Urteilen oder Verwaltungsakten sowie allgemein in Agrarsachen geltend gemacht werden. Im Ergebnis handelt es sich um ein außerordentliches Beschwerderecht, das die Verteidigung der eigenen Grundrechte gegen staatliche Eingriffe mit einschließt.

Entgegen dieser integrativen Amparo-Tradition zeigt sich aber heute in den lateinamerikanischen Ländern ein starker Trend zu spezialisierten Verfassungsgerichten. Dabei folgt die Entwicklung weder eindeutig dem amerikanischen noch dem europäischen Modell. So gibt es beispielsweise in Brasilien, Peru, Guatemala und Ecuador ein Kombinationsmodell, bei dem ein spezialisiertes Verfassungsgericht für die abstrakte Normenkontrolle zuständig ist, aber gleichzeitig die traditionell gewachsene diffuse Verfassungsgerichtsbarkeit durch konkrete Normenkontrollen aller anderen Gerichte erhalten bleibt.

4. Japan

Am ehesten dürfte noch Japan durch die Vereinigten Staaten inspiriert worden sein. Dort gab es bereits seit 1875 ein Vorgängergericht zum heutigen Supreme Court. Es war autonom nach westlichem Vorbild eingesetzt worden. Unter der nach preußischem Vorbild erstellten Meiji-Verfassung (1889–1946) erhielt es 1890 die oberste Revisionsgewalt, verfügte aber damals noch nicht über die Normenkontrolle. Erst die von den Vereinigten Staaten gesteuerte Verfassungsrevision hat 1947 zur heutigen Struktur ge-

und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?, Frankfurt a. M./New York 2011, S. 279 (284 ff.).

⁷¹ Petra Stykow, Vergleich politischer Systeme, Paderborn 2007, S. 185.

führt. Man könnte insoweit von einem *unfreiwilligen Modellcharakter* sprechen.

Die japanische Verfassung hält allgemein fest, dass die rechtsprechende Gewalt den Gerichten obliegt (Art. 76 JV) und weist dem Obersten Gerichtshof die doppelte Aufgabe als Letztinstanz und Verfassungsgericht zu (Art. 81 JV).⁷² Nach herrschender Verfassungsinterpretation und Praxis steht die Befugnis zur Kontrolle von Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Regelungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit aber auch allen anderen Gerichten zu. Es handelt sich also um ein Beispiel integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit mit diffuser Normenkontrolle nach amerikanischem Vorbild. Lediglich die gliedstaatliche Komponente entfällt, weil Japan nicht als Bundesstaat organisiert ist.

Obwohl die japanische Verfassung von 1947, genau wie vorher schon die die Meiji-Verfassung, noch nie geändert wurde, gibt es Diskussionen um eine mögliche Revision. Einer der prominentesten Vorschläge für eine neue Verfassung, der YOMIURI-Entwurf, sieht dabei die Einführung eines Japanischen Verfassungsgerichtshofs vor, der sowohl die abstrakte wie auch die konkrete Normenkontrolle in alleiniger Kompetenz wahrnehmen soll.⁷³ Das wäre dann, wie schon in Europa und Lateinamerika, wiederum ein Beispiel für den Trend hin zu spezialisierten und konzentrierten Systemen.

V. Ergebnisse

1. Kein einheitliches Modell

Dieter Grimm hat vertreten, man könne die verfassungsgerichtliche Systemfrage ohne Rücksicht auf die Gerichtstradition eines Landes und seine historischen Erfahrungen gar nicht beantworten.⁷⁴ Für die integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit dürfte dieser Befund zutreffen. Schon im Vergleich von USA und Schweiz haben sich deutliche Unterschiede gezeigt, beispielsweise die verfassungsrechtliche Spezialisierung beim Supreme Court und die starke Einschränkungen der Normenkontrolle im Falle des Bundesgerichts.⁷⁵ In den Traditionslinien gibt es insoweit eine Parallele, als beiden Gerichten die Verfassungsgerichtsbarkeit inhaltlich erst mit der Zeit zuge wachsen ist. Das dürfte aber ein Artefakt der Entwicklungsgeschichte sein und kein Indiz für Modellverwandtschaft. Immerhin sind beide Bundesver-

⁷² Hierzu und zum Folgenden *Masanori Shiyake*, *Verfassung und Religion in Japan*, Baden-Baden 2011, S. 14, 17 ff.

⁷³ *Shiyake* (Fn. 72), S. 18. Vgl. aber S. 21 zu ablehnenden Stimmen.

⁷⁴ *Grimm* (Fn. 17), S. 175; *ders.* (Fn. 9), S. 211.

⁷⁵ Weitere Gründe für die Einzigartigkeit des Bundesgerichts bei *Cavin* (Fn. 29), S. 347.

fassungen so alt, dass sie ihre Gerichtsbarkeit installierten, bevor die Systementscheidung für oder gegen eine spezialisierte Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt zum Thema wurde. Das mag auch der Grund dafür sein, dass die beiden Staaten im Verfassungsvergleich weder europäisch noch außereuropäisch eine nennenswerte Vorbildfunktion erlangt haben.

2. Institutionelle Stellung und institutioneller Wandel

Bleibt zum Schluss noch die Frage nach den Vor- und Nachteilen. Argumentiert man mit dem institutionellen Eigeninteresse, so gibt es bei spezialisierten Verfassungsgerichten ohne Weiteres eine starke Motivation, die Bedeutung der Verfassung in den Vordergrund zu stellen, denn mit dieser Bedeutung steht und fällt die institutionelle Stellung des Gerichts und des Gerichtspersonals. Im Umkehrschluss bedeutet dies für die integrierten Verfassungsgerichte der USA und der Schweiz: Solange die Verfassungshoheit nicht in Frage steht, weil auch integrierte Gerichte gewillt und fähig sind, den Verfassungsvorrang praktisch durchzusetzen, besteht normalerweise nicht das Bedürfnis nach einer separaten Verfassungsgerichtsbarkeit. „Normalerweise“ deshalb, weil auch einfache Administrativgründe wie die Belastung des Gerichts für eine Trennung der Funktionen sprechen können.⁷⁶ Dem ist der Supreme Court, dessen Struktur in einer faktisch versteinerten Verfassung kaum je änderbar sein wird, dadurch entgangen, dass er sich in der eigenen Praxis ein Ermessen bei der Auswahl der Fälle eingeräumt und seine Tätigkeit dann auf eigentliche Verfassungsfragen konzentriert hat. Der Supreme Court ist darum heute funktional fast ein spezialisiertes Verfassungsgericht. Seine Stellung an der Spitze des regulären Instanzenzugs ist durch das Annahmeerlassen abgeschnitten. Er ist Höchstgericht und Gipfelpunkt der Gerichtshierarchie nur noch in einem symbolischen Sinn.

3. Pragmatische Anpassung

Die Entwicklung des US Supreme Courts zeigt exemplarisch, wie sehr die resultierende Charakteristik eines Gerichts von praktischen Zwängen abhängt. Ähnlich wie das US-amerikanische Pendant sucht sich auch der Supreme Court von Kanada jedes Jahr nur einige Dutzend Fälle für eine Prüfung aus. Auch dieses Gericht ist dadurch faktisch zu einem spezialisierten Verfassungsgericht geworden. Verfassungsgerichtliche Spezialisierung durch Meidung der Masse bloß letztinstanzlicher Kontrollen ist also eine mögliche Antwort auf Entscheidungsdruck. In einigen Fällen integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit wäre aber auch dies kein Ausweg aus der Über-

⁷⁶ Grimm (Fn. 17), S. 175.

lastung, weil die Verfassungsbeschwerden den größten Umfang ausmachen. So gingen bei dem wohl weltweit am stärksten belasteten integrierten Verfassungsgericht, dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, allein im Jahr 2010 mehr als 100.000 neue Beschwerden ein, die überwiegend auf Verfassungsrechte abzielten.⁷⁷

4. Integrierte Prüfung

Demgegenüber besteht in der Schweiz bisher noch kein Handlungsdruck. Das Gericht wurde personell immer weiter aufgestockt, so dass es nach wie vor seiner Doppelrolle gerecht wird, ohne unerträgliche Verfahrenszeiten zu erzeugen. Nicht nur die steigende Zahl der Richterinnen und Richter hat zu dieser Entlastung beigetragen, sondern auch die gewachsene Bedeutung der Gerichtsschreiber in der Arbeitsteilung, die Einrichtung von Bundesverwaltungsgericht und Bundesstrafgericht, die Pflicht zur Einrichtung von verwaltungsgerichtlichen Vorinstanzen in den Kantonen und die Streitwertgrenzen für die zivilrechtlichen Beschwerden. Ein Vorteil der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit offenbart sich in der neuesten Verfahrensrevision. Sie hat das zuvor geltende Nebeneinander von verfassungsgerichtlicher und einfachrechtlicher Beschwerdeform zu einer Einheitsbeschwerde zusammengefasst. Zwar musste als salvatorischer Rettungsanker für Ausnahmekonstellationen in letzter Sekunde noch eine „subsidiäre Verfassungsbeschwerde“ hinzugefügt werden, doch im Prinzip führt die Einheitsbeschwerde heute alle Rügen, einfachrechtliche wie verfassungsrechtliche, durch denselben Prüfungskanal, was für Beschwerdeführer überschaubarer und effizienter ist als das frühere Aktionensystem. Der Hauptnachteil der Integration dürfte jenseits von Organisationsdetails liegen. Er entsteht, wenn das Bundesgericht unter Vernachlässigung verfassungsrechtlicher Fragen eine Entscheidung als Letztinstanz trifft. Mit dieser Entscheidung sind dann gleichzeitig alle Grundrechtsrügen verbraucht, während im spezialisierten System noch ein Verfassungsgericht bereit steht, um sich diesen gesondert zu widmen.

⁷⁷ Brazil's Supreme Court. When less is more. Reforms improve the judicial system, in: *The Economist* vom 21. Mai 2009.

Aussprache

Gesprächsleitung: Brauneder

Brauneder: Vielen Dank für das schöne Referat. Die Diskussion ist eröffnet. Herr Simon.

Simon: Bei aller Betonung der jeweils eigenständigen gerichtsverfassungsgeschichtlichen Tradition in den hier zur Rede stehenden Ländern bleibt doch ein grundlegender Befund: Es gibt eine nicht übersehbare Tendenz zu einer spezialisierten Verfassungsgerichtsbarkeit. Man fragt sich natürlich: „Wie kann man das erklären?“ Hätte man bei möglichen Deutungsmustern nicht auch etwas auf die Wissenschaftsgeschichte des Öffentlichen Rechts zu blicken? Eine Deutungs- und Erklärungsmöglichkeit könnte ja sein, dass es erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu einer dogmatischen Verselbständigung des Öffentlichen Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts, als eines besonderen, immer stärker vom Allgemeinen Recht abgehobenen Bereiches kommt. Diese Entwicklung verleiht der Meinung und dem justizpolitischen Standpunkt zusätzliche Plausibilität, dass es für Entscheidungen, die aus einer besonders strukturierten Dogmatik mit anderen Ausgangspunkten bei der Grundsatzbildung usw. hervorgehen, eben auch eines besonderen Gerichtshofes bedarf. Muss man hier also nicht auch auf die Wissenschaftsgeschichte des Öffentlichen Rechts schauen, aus der man möglicherweise Motive entnehmen kann für den steigenden Bedarf an einer institutionell verselbständigten Verfassungsgerichtsbarkeit?

Tschentscher: Herr Simon, was Sie schildern, wird besonders schön deutlich in Kelsens Argumentation für die Verselbständigung. Kelsen sagt ja, Verfassungsrecht als besonderes Recht verlange auch nach einem besonderen Gericht. Dahinter steht die Überzeugung, Verfassungsrecht ist politisches Recht und dann braucht man auch fähige, politisch abgesicherte Richter. Wenn man sich allerdings die integrierten Gerichte anschaut, dann sind die gar nicht weniger politisch. Ich kann Ihnen als Beispiel die allererste Phase des Bundesgerichtes bieten: Wie wurde das Gericht besetzt? Es wurden Parlamentarier hineingewählt, die zudem während ihrer Richterwahlperiode weiterhin im Parlament blieben. Das ist ein sehr enger politischer Konnex. Und man achtete sogar noch darauf, dass, wenn ein Kanton im Bundesrat mit einem Regierungsmitglied vertreten war, dieser Kanton nicht

mehr bei der Richterwahl berücksichtigt wurde, so dass möglichst alle Kantone durch politische Repräsentanten in Bundesregierung und Bundesgericht vertreten waren. Viel politischer geht nicht, was die Kompetenz der Bewältigung von Verfassungsfragen angeht und die Bewältigung des politischen Inputs. Das Gleiche kann man eigentlich in den USA auch sehen: Der Supreme Court war, und nicht erst in den letzten Jahrzehnten, sondern im letzten Jahrhundert, immer ein sehr politisches Gericht. Jeder Präsident hat versucht darauf Einfluss zu nehmen, Richter haben sich an ihrem Stuhl festgehalten bis zu ihrem Tode, weil sie vermeiden wollten, dass ein ihnen nicht gleichgesinnter Präsident sie ersetzt. Die Antwort ist also: ja und nein. Sicher, der Siegeszug der spezialisierten Gerichtsbarkeit hat auch mit der Identifizierbarkeit des Öffentlichen Rechts als einer eigenständigen Materie zu tun. Bei den Konsequenzen daraus sehe ich allerdings keine Besonderheit der speziellen Verfassungsgerichte.

Brauneder: Herr Schönberger.

Schönberger: Ich habe als allgemeine Überlegung erst einmal folgende Frage: Ihr Referat lebt ja ganz stark von einer Idealisierung der speziellen Verfassungsgerichtsbarkeit. Aus dieser Perspektive erscheint das andere Modell, die integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit der USA oder der Schweiz, als etwas latent Defizitäres. Denn aus Ihrer Sicht ist es natürlich der große Vorteil der spezialisierten Verfassungsgerichtsbarkeit, dass diese es erlaubt, das Verfassungsrecht überhaupt erst einmal zu dramatisieren. Die spezielle Verfassungsgerichtsbarkeit zwingt institutionell zur Dramatisierung des Verfassungsrechts, insbesondere der Grundrechtsfragen, während das integrierte Modell gewissermaßen zu einer Banalisierung des Verfassungsrechts führt, weil dieses nur eine Materie unter anderen Materien bleibt. Man könnte nun die spezielle Verfassungsgerichtsbarkeit unter vielen Aspekten problematisieren, das möchte ich hier im Detail aber nicht tun. Ich will aber auf einen Vergleichsaspekt hinweisen, der vielleicht noch einiges erklären kann. Sie gehen im Grunde davon aus, dass das Ideal die umfassende Normenkontrolle ist. Diese bräuchte man eigentlich, und dann fragt man sich besorgt, warum sie nicht so richtig oder nur so halb entwickelt ist. Die beiden Staaten, die Sie beschreiben, sind aber Bundesstaaten. Diese Bundesstaaten hatten am Beginn das Problem, dass sie ihr neues Bundesrecht überhaupt erst etablieren mussten. Deswegen scheint es mir eigentlich ganz fernliegend zu sein, dass ein junger Bundesstaat als erstes die Verfassungskontrolle der Bundesgesetze etabliert. Die Aufgabe des Bundesstaates ist doch zunächst, das neue Bundesrecht überhaupt erst einmal durchzusetzen, insbesondere gegenüber widerstrebenden Gliedstaaten. Das ist doch in der Schweizer Geschichte das große Thema des 19. Jahrhunderts. Widerstrebende Kantone müssen die Bundesgesetze überhaupt erst einmal einhalten und vollziehen. Ich würde sagen, für die USA gilt das in anderer Weise auch.

Und insofern ist es ganz naheliegend, dass die Normenkontrolle von Bundesgesetzen am Anfang gerade nicht etabliert wird. In der Schweiz ist diese Entscheidung ja ganz bewusst getroffen worden. In den USA gilt im 19. Jahrhundert faktisch Ähnliches. Der Supreme Court muss zwar die Normenkontrolle der Bundesgesetze theoretisch beanspruchen, wahrscheinlich auch schon deswegen, um zu verhindern, dass die Gliedstaaten diese beanspruchen. Aber er übt sie eben kaum aus, um die Wirksamkeit des Bundesrechts nicht zu gefährden. Das ändert sich erst, als der amerikanische Bundesstaat sich im 20. Jahrhundert konsolidiert hat und man dann eben auch zu einer stärkeren Grundrechtskontrolle der Bundesgesetze übergeht. Das ist ein ganz zentraler Aspekt, dann erzählen wir die Entwicklungsgeschichte doch etwas anders.

Ich bin im Übrigen auch gar nicht so sicher, dass man wirklich sagen kann, die integrierten Modelle seien historische Sonderfälle, die heute von der Spezialisierung gewissermaßen entwicklungsstechnisch überholt sind. Ich glaube, es gibt noch einen Aspekt, der da mitschwingt, nämlich das Vertrauen in die Justiz insgesamt, die in den USA und der Schweiz nicht als eine völlig spezialisierte bürokratische Justiz erscheint, sondern als eine Justiz, der man die Verfassungskontrolle guten Gewissens auch noch mit anvertrauen kann. Und das scheint mir schon der große Unterschied zu sein, dieses Vertrauen haben wir in den meisten Staaten natürlich nicht. Und deswegen führen die meisten Staaten, wenn sie eine Verfassungsgerichtsbarkeit neu einführen, diese gerade aus dem Misstrauen gegen die bürokratische Karrierejustiz ein, die in der Regel in Abhängigkeit vom vorherigen Regime steht. Diesen Richtern kann man die Normenkontrolle nicht in die Hand geben, also macht man etwas Spezialisiertes. Ist das so ein großer Vorteil, oder ist das nicht einfach der Ausdruck großer Not? Diese Not ist relativ allgemein, aber sie genügt als solche kaum, um die Überlegenheit der speziellen Verfassungsgerichtsbarkeit zu begründen.

Tschentscher: Vielen Dank, Herr Schönberger. Wenn ich im Kopf richtig mitgezählt habe, haben Sie jetzt etwa neun Punkte angesprochen, auf die es sich einzugehen lohnt. Ich gehe in umgekehrter Reihenfolge auf drei ein. Zunächst einmal: Sind diese Gerichte Sonderfälle? Sie sind insofern keine Sonderfälle, als eigentlich der Normalfall die integrierte Gerichtsbarkeit ist, denn wenn man eine Normenhierarchie hat, dann müssen sich die Gerichte ja wohl daran halten. Die Kombination von Gewaltenteilung, Verfassungsvorrang und Gerichtsbarkeit führt eigentlich zur Integrierung. Darum würde ich nicht sagen, dass die integrierten Verfassungsgerichte ganz außergewöhnlich sind. Man sieht ja auch an den südamerikanischen Staaten besonders deutlich, dass dort ganz naturwüchsig diese integrierte Gerichtsbarkeit erst einmal entsteht. Der Amparo ist zwar ein Kristallisationspunkt, mit dem das geschieht, aber man könnte sich so eine Entwicklung auch ohne ein Amparo-Verfahren vorstellen. Ich will unsere beiden

Gerichte also gar nicht so sehr zu Sonderfällen stilisieren, das ist der eine Punkt.

Das Zweite – Normenkontrolle: Dass die Normenkontrolle gar nicht im Vordergrund stand bei der Begründung dieser Gerichtsbarkeit, das ist ohne Zweifel richtig. Was ich hier nicht abgedruckt habe, ist die Supremacy Clause aus der US-Verfassung. Warum nicht? Weil die zu dieser Frage nichts beiträgt. Supremacy klingt ja erst einmal nach Vorrang. Welcher Vorrang ist aber vor allem gemeint? Der des Bundesrechts gegenüber dem der Staaten – genau das also, was Sie gesagt haben. Die Klausel trägt für die Frage des Vorranges innerhalb des Bundesrechts, Verfassung gegenüber Bundesgesetzen, historisch gar nichts bei. Trotzdem denke ich, es wäre zu stark zu sagen, dass bis zum Zeitpunkt von *Marbury versus Madison* bewusst eine Zurückstellung der Normenkontrollfrage stattgefunden hat. Ich meine, das war eine unbewusste Entscheidung aus der Situation heraus – und dass in der Entscheidung so schöne Dinge drinstehen, die wir heute noch verwenden können, das ist eher ein Zufall, der wohl auch in der Person von Marshall begründet liegt. Quintessenz: Ja, es stimmt, in dem zeitlichen Kontext ist die Normenkontrolle noch nicht das Hauptthema. Trotzdem meine ich, dass die Normenkontrollfrage bereits auftaucht, weil der Verfassungsvorrang bereits diskutiert wird. Bei Hamilton findet man es ganz ausdrücklich, wenn er sagt, die Verfassung geht den Bundesgesetzen vor. Viel deutlicher kann man es nicht betonen.

Drittens schließlich Ihr erster Punkt – die Banalisierung: Vielleicht klang es bei mir so, als würde ich der speziellen Verfassungsgerichtsbarkeit einen deutlichen Vorzug geben. Was nicht im Referat enthalten ist, ist die Kritik an der speziellen Verfassungsgerichtsbarkeit. Da ließe sich ja viel sagen – und nicht nur zur neueren bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern auch ganz allgemein. Ich werde es einmal andersherum machen und, als Entkräftung der Banalisierung, die Vorteile der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit noch einmal in den Raum stellen. Sehen Sie, wenn Sie aus der Sicht eines Klägers in der letzten Instanz alle Fragen vorbringen können, dann bieten Sie dem Gericht ein Portfolio an Argumenten, ohne festlegen zu müssen, worauf es sich stützen soll. Das erhöht die Erfolgsaussichten und bietet dem Gericht auch bessere Möglichkeiten, seine Entscheidung abzuschließen. Es muss nicht spezifisch-verfassungsrechtliche Argumente nehmen, sondern es kann auch interpretatorische aus dem Bundesrecht nehmen. Insofern, unter pragmatischen Gesichtspunkten, und das sieht man in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts sehr schön, ist das sogar ein großer Vorteil. Ich meine nur, dass dem eben auch Nachteile gegenüberstehen und die habe ich, wenn ich Ihre Frage bedenke, vielleicht überdeutlich betont.

Brauneder: Gut, bevor ich Herrn Kley das Wort gebe, ein Blick auf die Uhr. Wir sind sehr, sehr unter Zeitdruck, aber wir können ja die Diskussion

zu diesem Referat vielleicht unter Umständen noch am Nachmittag fortsetzen. Oder? Sehen das die Veranstalter anders? Jetzt werden wir vermutlich nicht mehr hinkommen und wir sollten eigentlich diese interessante Diskussion auch nicht abwürgen. Um 13.15 Uhr müssen wir beim Essen sein. Bis dahin sind es 20 Minuten und wir müssen noch hinübergehen und wir wollen die Küche nicht verärgern, weil wir noch mehrere Mahlzeiten vor uns haben, vielleicht geht es sich aus.

Tschentscher: Wir können gerne bündeln und ich kann versprechen, es kurz zu halten.

Brauneder: Probieren wir das einmal. Gut, dann Herr Kley.

Kley: Eine Anmerkung und eine Frage. Die Anmerkung betrifft den von Ihnen erwähnten Fall VGT (Verein gegen Tierfabriken) gegen die Schweizer Post. Diese hatte die Übermittlung und Verteilung von Nachrichten des VGT deshalb verweigert, weil das darin enthaltene Bildmaterial extrem anstößig war. Ich teile Ihre Auffassung zu diesem Fall; ich kann aber noch den Hintergrund dieses Streits beleuchten. Dahinter steht ein Gelehrtenstreit, der sich Ende der 1980er Jahr an der Berner Fakultät abgespielt hat. Die Privatrechtler haben sich gegen die Öffentlichrechtler gewandt, als Letztere die Drittwirkung der Grundrechte zu postulieren begannen. Die Privatrechtler behaupteten, das sei eine „modernistische“ Lehre. Diese sei überflüssig, würde das Privatrecht bevormunden und eigentlich würde man hier das Territorium in unzulässiger Weise ausweiten. Diese Auseinandersetzung hatten die Beteiligten sehr heftig geführt und letztlich ließ sie sich nicht beilegen. Vielmehr reichte sie bis in die Gegenwart und bis in das Bundesgericht hinein. Einzelne Abteilungen des Bundesgerichts verweigern nach wie vor die Anwendung der Drittwirkungsklausel (Art. 35 Abs. 3) in der schweizerischen Bundesverfassung. Es handelt sich um einen Beleg, dass die rechtswissenschaftlichen Theorien nicht bloße Theorie sind, sondern sehr praktische, vielleicht sogar zu praktische Auswirkungen haben, wenn Sie mir diese Formulierung gestatten.

Zu meiner Frage: Sie haben schön geschildert, welche Zuständigkeiten das alte Bundesgericht (also von 1848 bis 1874) besaß. Diese kamen aufgrund gesetzlicher Ermächtigungen zustande und betrafen etwa die Fälle der Heimatlosigkeit, die Fälle der Ehescheidung und der Enteignungssachen etwa für den Eisenbahnbau. Jetzt könnte man doch die These aufstellen, das sei eben doch auch Grundrechtsprechung gewesen. Das sind ja alles Themen, eben die Staatsangehörigkeit, Ehescheidung, Eigentumsrecht, die grundlegende Positionen des Einzelnen betreffen. Hat an dieser Stelle nicht eine eigentliche Vorbereitung für die spätere Grundrechtsprechung des Bundesgerichtes stattgefunden?

Brauneder: Gut, dann nehmen wir Herrn Heun noch dazu.

Heun: Ich würde doch noch einmal ganz gerne etwas die historische Entwicklung bis zu *Marbury versus Madison* ergänzen, weil mir das doch etwas zu sehr verkürzt erscheint, dass man sich zu sehr auf *Marbury versus Madison* konzentriert. Also erstens gab es schon, bevor es überhaupt die Bundesverfassung gab, in Amerika eine Tradition der Normenkontrolle, weil die Gesetze der lokalen repräsentativen Versammlungen zum Teil vom Privy Council für nichtig erklärt worden sind. Das heißt, es gab schon eine gewisse Tradition, bevor es überhaupt zu der Einrichtung einer Verfassung kam. Das ist das Erste. Das Zweite ist, dass die Frage der Normenkontrolle in dem Philadelphia Konvent bereits debattiert worden ist und es gab mehr Stimmen für eine Normenkontrolle als Gegenstimmen. Man findet beide Positionen in der Fülle der Philadelphia Konvention, aber auch da ist schon eine überwiegende Mehrheit von Stimmen für eine Normenkontrolle zu finden. Das Nächste ist, dass es dann im Gefolge in den Einzelstaaten eine ganze Reihe von Gerichtsentscheidungen gibt, die eine entsprechende Normenkontrolle durchführen und den Vorrang der Verfassung gegenüber den Gliedstaatengesetzen durchsetzen. Und dann wird meistens übersehen, dass in der Rechtsprechung des Supreme Court schon im Jahr 1795 in der Entscheidung von *Van Horne's Lessee* der Supreme Court angenommen hat, dass ein Gesetz, ein Landesgesetz, gegen die gliedstaatliche Verfassung verstoßen hat und deswegen nichtig ist. Damit wird die Normenkontrolle prinzipiell schon in Anspruch genommen und der Vorrang der Verfassung durchgesetzt und es gibt auch schon eine Entscheidung vorher, in der eine gründliche Prüfung des Bundesgesetzes vorgenommen wird und dann nur abgelehnt wird, dass es verfassungswidrig sei, aber diese Prüfung setzt schon voraus, dass die Normenkontrolle in Anspruch genommen wird. Es ist übrigens so, dass die Entscheidung *Marbury versus Madison* zwar heftig umstritten war, aber gerade in diesem Punkt zuerst einmal nicht. Der Punkt ist fast unbemerkt in der seinerzeitlichen Diskussion geblieben, die Inanspruchnahme der Normenkontrolle ist nicht kritisiert worden. Und Thomas Jefferson hat sich erst später ganz generell gegen die Macht des Supreme Courts ausgesprochen, auch deswegen, weil es natürlich federalistisch besetzt war, während die Republikaner im Grunde genommen durchgehend ab 1800 die Präsidentschaft gestellt haben. Also, auch da haben wir eigentlich eine spätere Entwicklung.

Brauneder: Bitte kein Koreferat halten.

Heun: Ich denke übrigens, dass in der Tat die Durchsetzung des Bundesrechtes ein wichtiger Gesichtspunkt war. Es ist aber nicht so ganz richtig, wenn Sie sagen, die Supremacy Clause habe keine Rolle gespielt, sondern *Marbury versus Madison* beruft sich, würden wir heute sagen – dogmatisch falsch, aber Marshall beruft sich auch auf diese Supremacy Clause, um genau den Vorrang der Bundesverfassung vor den Bundesgesetzen zu beanspruchen. Im Übrigen ist die heutige Hauptfunktion des Supreme Court des-

wegen hauptsächlich auf das Verfassungsrecht gestützt, weil das praktisch die Vereinheitlichung von gliedstaatlicher Rechtsprechung und bundesstaatlicher Rechtsprechung bewirkt. Deswegen hat der Supreme Court die frühere Inanspruchnahme eines gemeinsamen Common Law inzwischen abgelehnt. Er braucht sie nämlich nicht mehr, weil er die Verfassung hat und auf diese Art und Weise die Vereinheitlichung der Rechtsprechung bundesweit durchsetzt.

Tschentscher: Vielen Dank Herr Heun. Ich habe sieben Punkte aufgeschrieben.

Brauneder: Sie müssen nicht auf alle antworten.

Tschentscher: Ich nehme vier und versuche es jeweils in einem Satz. Vereinheitlichung: Ja, das sieht man wunderbar, sowohl bei den normalen Bundesgerichten als auch beim Supreme Court, denn der sucht sich diejenigen Sachen heraus, die richtig kontrovers geworden sind und erst dann betreibt er mit seiner Entscheidung die nötige Vereinheitlichung.

Supremacy Clause: Ja, das war dogmatisch falsch. Neben Van Horne's Lessee 1795 gibt es etliche Entscheidungen, die Whittington analysiert hat, pro Jahr ein bis zwei. Das Problem ist nur, die sind in der öffentlichen Diskussion nicht relevant geworden, sind also keine „big things“ in dieser Diskussion, darum halte ich nach wie vor Marbury versus Madison und dann später Dred Scott für die entscheidenden, auch wenn das vielleicht eine etwas konventionelle Sichtweise ist.

Philadelphia Konvent: Dem werde ich mit Interesse nachgehen. Nach meiner Erinnerung ist es allerdings so, dass bei diesen Abstimmungen dann gar nicht mehr eine proportionale Beteiligung der Staatenvertreter gegeben war. Aber das werde ich noch einmal genauer studieren.

Und schließlich Nichtigerklärung durch den Privy Council: Das ist zwar eine Tradition, aber mit der wollten die Verfassungsväter jetzt ja gerade brechen. Also gerade das gehörte zu den unsäglichen Dingen, die in der Unabhängigkeitserklärung gerügt wurden, diese Herrschaft durch den Privy Council. Da denke ich nicht, dass man eine Traditionslinie bis zur Verfassungsgründung ziehen kann.

Herr Kley: Ja, vielen Dank. Das ist die schwierige Frage: Gibt es eine Tradition, schon aus dieser frühen Rechtsprechung? Ich bin da sehr unentschieden, z. B. bei den Eheverfahren. Das Bundesgericht hatte unter anderem über Scheidungen zu befinden und zwar von gemischt-konfessionellen Ehen. Die wurden ihm zugewiesen – eine ganz ungeliebte Aufgabe –, und darin kann man den Grundrechtsaspekt sehen, aber es waren letztlich doch eher schlichte Dinge, die heute bei normalen Amtsgerichten behandelt werden und nicht bei einem Bundesgericht. Insofern waren es Zufälle, und die

ganze Entschädigungsrechtssprechung ist aus meiner Sicht wirklich eher eine Frage der Bewertung in Geld und weniger eine Rechtsfrage. Das Einzige, bei dem es wirklich um etwas Verfassungsrechtliches ging, war noch die Heimatrechtssituation. Selbst das hat allerdings einen eher wirtschaftlich-administrativen Hintergrund, denn das Problem bestand einzig darin, welcher Kanton für die meistens mittellosen Witwen und Waisen aufkommen sollte. Insofern, bei aller Liebe zur Bedeutungszuweisung, habe ich doch ein bisschen Schwierigkeiten, beim alten Bundesgericht in den Jahren 1848 bis 1874 schon einen Schwerpunkt in der Grundrechtsjudikatur zu sehen.

Brauneder: Gut, Herr Steiger.

Steiger: Danke. Mir scheint, dass mit Ihrem Referat in unserer Diskussion, eine neue Stufe erreicht ist, weil Sie, zum ersten Mal nämlich, zwei konkrete Verfassungen jeweils mit einem Verfassungsgericht, ich sage es einmal so, mit einem verfassungs-kontrollierenden justiziellen Verfahren in einem Gericht, zusammenbringt. Bisher hatten wir es ja immer mit allen möglichen Verfahren zu tun, die wir immer so gedeutet haben, mag es dahin kommen oder nicht. Also, das scheint mir ganz entscheidend zu sein und damit stellt sich für mich nun die allgemeine Frage, wie ist das eigentlich mit dem Zusammenhang zwischen Verfassung und Verfassungsgericht? Gehört das irgendwie zusammen und wie? Sicherlich kann man nicht sagen, ein Staat hat keine Verfassung, wenn er keine justizielle Verfassungskontrolle hat. Wo kämen wir denn da hin? Aber kann man nicht umgekehrt sagen, dass man dort, wo man auch mit etwas eigenartigen justiziellen Mitteln, die wir gestern und heute am Morgen schon besprochen haben, Kontrolle der politisch-rechtlichen Ordnung hat, dass man dann von einer Verfassung durchaus sprechen kann, weil eben auch die justizielle Kontrolle da ist? Sollten wir also jetzt einmal umgekehrt denken, als wir bisher gedacht haben? Das hat natürlich seine Konsequenzen. Für mich als Europarechtler hat das einfach die Konsequenz, dass man eben dann doch bei Europa von einer Verfassung sprechen kann. Ich sage jetzt mit Absicht, bei Europa und nicht EU, weil wir ja noch nicht den europäischen Menschenrechtsgerichtshof als Instanz innerhalb der EU haben. Wenn wir auf Europas Organisation insgesamt gucken, auf Europarat und EU, ich weiß, das ist vielleicht gefährlich, kann man eben dann doch von der Verfassung Europas sprechen. Auf wie viel Punkte Sie jetzt kommen, das weiß ich nicht.

Brauneder: Damit es mehrere Punkte werden, nehmen wir den Herrn Härter noch dazu.

Härter: Ich wollte noch einmal darauf aufmerksam machen, dass gerade diese integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit doch sehr stark vormodern geprägt ist, durch vormoderne Vorbilder, die auch bereits diskutiert worden sind. Sie entspricht strukturell einem Modell der Höchstgerichtsbarkeit, wie

wir es in Europa in der Frühen Neuzeit und im 18. Jahrhundert vorfinden, wo es noch keine spezialisierte Verfassungsgerichtsbarkeit gab, aber über die unterschiedlichen justiziellen Möglichkeiten so etwas wie eine Kontrolle entsteht; als Stichworte könnte man nennen: Reichskammergericht und Reichshofrat. Ein zweiter Punkt kommt immer noch etwas zu kurz, das ist der justizielle Verfassungsschutz; dieser umfasst sowohl die Konflikte zwischen den Gliedstaaten als auch die Konflikte zwischen Gliedstaaten und dem Bund. Wie ist das in dieser integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit verankert?

Brauneder: Gut, Herr Tschentscher. Dann auch gleich das Schlusswort.

Tschentscher: Ich fange mit dem Letzten an. In den USA nicht, jedenfalls gibt es keine spezifische Klage vor dem Supreme Court zur Auseinandersetzung zwischen Einzelstaaten. In der Schweiz hingegen von Anfang an. Von Anfang an einige Schlüsselkompetenzen und damit, ich hatte Ihnen diesen graduellen Zuwachs geschildert, unumstrittener als die Normenkontrolle und unumstrittener als überhaupt die Verfassungsgerichtsbarkeit im klar rechtlichen Sinn. Vormoderne: das lasse ich einfach so stehen, ich fühlte mich ein bisschen erinnert an den Hinweis von Herrn Schönberger, dass Normenkontrolle eigentlich kein Thema ist und meine Antwort dort war ja, eigentlich ist integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit, integrierte Gerichtsbarkeit insgesamt, der Normalfall. Davon kann man einmal ausgehen und darum wundert mich das auch nicht, dass das zuerst entsteht und wir dann erst mit Kelsen und mit Österreich diesen Siegeszug der speziellen Gerichte erlebten.

Herr Steiger: Das finde ich nun sehr schwierig und sehr originell, die Idee sozusagen, das Ganze vom Kopf auf die Füße zu stellen: Also Verfassung haben wir dann, wenn wir eine Verfassungsgerichtsbarkeit haben. Wenn wir das weiter verallgemeinern, hätte man Rechtsstaatlichkeit genau dann, wenn es eine Gerichtsbarkeit gibt, die über das Recht entscheidet. Man kann diesen methodischen Wechsel ja wohl nicht an der Bezeichnung von Verfassungsgericht festmachen? „Wo ist dann die Grenze?“, habe ich mich gefragt bei Ihrer Idee. Ich finde das sehr originell, ich kann im Moment aber noch nicht sehen, wie das jetzt die Analyseschärfe im Ergebnis erhöhen wird. Aber ich werde weiter darüber nachdenken und das ist vielleicht eine gute Gelegenheit, zum Schluss zu kommen. Ich verzichte auf ein Schlusswort und danke Ihnen sehr für das Zuhören und die Diskussion.

Brauneder: Vielen Dank. Weiter nachdenken ist ja wirklich ein schönes Schlusswort. Dankeschön. Mahlzeit.

DER STAAT

ZEITSCHRIFT FÜR STAATSLEHRE UND VERFASSUNGSGESCHICHTE,
DEUTSCHES UND EUROPÄISCHES ÖFFENTLICHES RECHT

Beiheft 22

**Schutz der Verfassung:
Normen, Institutionen,
Höchst- und Verfassungsgerichte**



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**Schutz der Verfassung:
Normen, Institutionen,
Höchst- und Verfassungsgerichte**

BEIHEFTE ZU „DER STAAT“

Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte,
deutsches und europäisches öffentliches Recht

Herausgegeben von

Ernst-Wolfgang Böckenförde,
Armin von Bogdandy, Winfried Brugger (†),
Rolf Grawert, Johannes Kunisch, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers, Fritz Ossenbühl, Walter Pauly,
Helmut Quaritsch (†), Barbara Stollberg-Rilinger,
Uwe Volkmann, Andreas Voßkuhle, Rainer Wahl

Heft 22

Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte

Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte
in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012

Für die Vereinigung
herausgegeben von

Thomas Simon
Johannes Kalwoda



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-6828
ISBN 978-3-428-14197-5 (Print)
ISBN 978-3-428-54197-3 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84197-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>