

HEINZ LAUFER

Verfassungsgerichts- barkeit und politischer Prozeß

Mohr Siebeck

HEINZ LAUFER
VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT UND POLITISCHER PROZESS

Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß

Studien zum Bundesverfassungsgericht
der Bundesrepublik Deutschland

von
HEINZ LAUFER



1 9 6 8

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Staatswirtschaftlichen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft



Heinz Laufer

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1968

Alle Rechte vorbehalten

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlags ist es auch nicht gestattet,
das Buch oder Teile daraus
auf photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen

Printed in Germany

Satz und Druck: Christian Gulde, Tübingen

Einband: Heinrich Koch, Großbuchbinderei, Tübingen

eISBN 978-3-16-166621-6 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

FÜR SYBILLE

VORWORT

Die Studien wurden im Sommersemester 1967 von der Staatswirtschaftlichen Fakultät der Universität München als Habilitationsschrift zur Erlangung der *venia legendi* für das Fach *Politische Wissenschaft* angenommen. Der Fakultät habe ich für die außergewöhnlich rasche und sachliche Abwicklung des Habilitationsverfahrens zu danken.

Die Vorarbeiten zu den Studien begannen in den Jahren 1961 bis 1963. Die Ausarbeitung erstreckte sich auf die Jahre 1964 bis 1967. Infolge des Umfangs der Studien divergierte ihre jeweilige zeitliche Fertigstellung. Vollständigkeit hinsichtlich der untersuchten Materialien sowie des als relevant herangezogenen Schrifttums konnte daher nur partiell angestrebt werden.

Es ist mir ein Bedürfnis, Professor Dr. *Willi Geiger*, Professor Dr. Dr. *Gerhard Leibholz* und Bundesrichter Dr. *Hans-Justus Rinck* für ihre freundschaftliche Anteilnahme und selbstlose Hilfe während der Entstehung der Studien ein herzliches Dankeswort zu sagen. Ohne ihren humanen Beistand, ihren erfahrenen Rat und ihre sachverständige Kritik wäre es mir kaum möglich gewesen, die Studien vorzulegen.

Mein Dank gilt auch dem Leiter der Bibliothek des Bundesverfassungsgerichts, Herrn Dr. *Josef Mackert*, und seinem Stellvertreter, Herrn Oberamtmann *Franz Schneider*, sowie ihren Mitarbeitern. Sie haben mir nicht nur ermöglicht, viele Wochen in ihrer vorzüglichen Bibliothek zu arbeiten, sondern waren mir auch stets nach Kräften behilflich, Quellen und einschlägige Literatur zu beschaffen. Ferner möchte ich den *Verwaltungen des Bundestags* und des *Bundesrats* für ihre Bereitwilligkeit danken, mir auf zahlreiche Fragen Auskunft zu erteilen, sowie der *Bibliothek* und dem *Archiv des Bayerischen Landtags*, die mir zahlreiche Quellen zugänglich machten.

Herrn Dr. h. c. *Hans Georg Siebeck* bin ich für die spontane Aufnahme der Studien in sein Verlagsprogramm zu Dank verpflichtet. Der *Deutschen Forschungsgemeinschaft* danke ich für den großzügig gewährten Druckkostenzuschuß.

Für die Hilfe bei der Fertigstellung des Buches schulde ich Dank Fräulein cand. phil. *Hedda Herwig*, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Politische Wissenschaft der Universität München, und Herrn Rechtsreferendar *Thomas von Taeuffenbach*.

Die Studien sind meiner Frau *Sybille* gewidmet. Ihrer Beharrlichkeit und ihrem Mut verdanke ich, die wirtschaftlich dürftigen Jahre durchgestanden zu haben. Ihre Unterstützung bei der Beschaffung und Auswertung von Materialien und Literatur, bei der Manuskriptanfertigung und bei der Fertigstellung des Buches war unermüdlich. Ihr sei Dank.

München, im April 1968

Heinz Laufer

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG	1
<i>Verfassungsgerichtsbarkeit als Mitte des Gegenwartsstaates</i>	7
Der Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit	7
Die Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart	10
<i>Die Vorrangstellung des Bundesverfassungsgerichts im Regierungssystem der Bundesrepublik — ihre Ursachen und Probleme</i>	13
Die zentrale Stellung des BVerfG im politischen Regime der Bundesrepublik	14
Die Ursachen für die Vorrangstellung des BVerfG	19
Die aus der Vorrangstellung des BVerfG resultierenden Probleme	22
<i>Zwecke, Verlauf und Methoden der Studien</i>	26
Die Zwecke der Studien	27
Der Verlauf der Studien	28
Die Methoden der Studien	33
1. DIE ENTSTEHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS . . .	35
11. <i>Die Konzeption eines Bundesverfassungsgerichts im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee</i>	35
111. Die Idee eines Bundesverfassungsgerichts	38
1111. Die Artikulation der Vorstellungen von Verfassungsgerichtsbarkeit	39
1112. Die Konzeption eines BVerfG	42
112. Die Regelung der verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten	45
1121. Präsidentenanklage	45
1122. Verfassungsstreitigkeiten zwischen obersten Bundesorganen .	46
1123. Bund-Länder-Streitigkeiten	46
1124. Das verfassungsmäßige Zustandekommen von Gesetzen . .	47
1125. Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei	48
1126. Wahlprüfungsgericht	48
1127. Grundrechtsbeschwerde	49
1128. Verwirkung von Grundrechten	49
1129. Beschwerde gegen die Entscheidungen eines Untersuchungsausschusses	49

12. Die verfassungsrechtliche Normierung des Bundesverfassungsgerichts im Parlamentarischen Rat	50
121. Die Entscheidung des Parlamentarischen Rats für ein Bundesverfassungsgericht	52
1211. Die Anregungen des Zonenbeirats	53
1212. Die Vorschläge von Walter Strauss	54
1213. Keine besondere Hervorhebung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Grundgesetz	57
1214. Ein höchstes Oberstes Bundesgericht oder ein selbständiges Bundesverfassungsgericht?	58
1215. Der Rang des BVerfG	60
1216. Die Bundesverfassungsrichter	61
1217. Status und Organisation des BVerfG	62
122. Die Kompetenzregelung durch den Parlamentarischen Rat	62
1221. Die kontroverslose Übernahme von Vorschlägen des Herrenchiemseer Konvents	63
1222. Die neu eingeführten Zuständigkeiten des BVerfG	64
1223. Die kontroverse Behandlung von Kompetenzregelungen des Herrenchiemseer Konvents	70
1224. Die Ablehnung von Kompetenzregelungen des Herrenchiemseer Entwurfs	81
123. Die verfassungsrechtliche Regelung des Verhältnisses des BVerfG zu anderen Verfassungsorganen	86
1231. Die Wahl der Bundesverfassungsrichter	87
1232. Die Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Urteile	89
13. Die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts	93
131. Die parteipolitischen Konzeptionen eines BVerfGG	95
1311. Die ersten Entwürfe eines BVerfGG	95
1312. Die parlamentarische Initiative der SPD-Bundestagsfraktion	97
1313. Die Beschleunigung des Regierungsentwurfs	100
1314. Die Grundkonzeptionen der eingebrachten Entwürfe	101
132. Das gesetzgeberische Procedere zwischen Regierungsparteien, Ministerialverwaltung und Opposition	111
1321. Die erste Auseinandersetzung über Grundsatzfragen im Rechtsausschuß des Bundestages	111
1322. Die gegensätzlichen Gruppierungen in den Einzelfragen	114
1323. Die Mitwirkung von Sachverständigen und Ministerialbeamten	120
1324. Die vermittelnde Tätigkeit des Unterausschusses	122
133. Die endgültige Regelung und die Errichtung des BVerfG	128
1331. Die Berichte der Berichterstatter im Plenum des Deutschen Bundestages und die Stellungnahmen der Fraktionen	129
1332. Die Plenardiskussionen um den Entwurf des BVerfGG	131
1333. Die Verabschiedung des BVerfGG durch den Deutschen Bundestag	133
1334. Die Zustimmung im Bundesrat	134
1335. Das Gesetz über den Sitz des BVerfG	137

2. DIE EXISTENTIELLE ABHÄNGIGKEIT DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS VON BUNDESTAG UND BUNDESRAT	140
21. <i>Die Möglichkeit der Beschränkung oder Beseitigung des Bundesverfassungsgerichts durch den verfassungsändernden Gesetzgeber</i>	141
211. Grundgesetz und ersatzlose Beseitigung des BVerfG	145
2111. Die verfassungsrechtlichen und politischen Voraussetzungen für eine Beseitigung des BVerfG	145
2112. Die unantastbaren Bestimmungen des Grundgesetzes	149
2113. Das BVerfG als Essential der verfassungsmäßigen Ordnung?	151
2114. Demokratischer Widerstand gegen eine Beseitigung oder Beschränkung des BVerfG?	155
212. Die geplante Notstandsregelung und das BVerfG	157
2121. Der Österreichische Verfassungsgerichtshof als Modell einer Beseitigungsaktion gegen das Verfassungsgericht im Falle des Notstandes	158
2122. Das BVerfG in den geplanten Notstandsgesetzen	160
2123. Möglichkeiten der Ausschaltung des BVerfG durch die geplanten Notstandsgesetze	161
2124. Möglichkeiten vollen institutionellen Schutzes f. d. BVerfG	164
2125. Exkurs: Verbesserung der institutionellen Garantien für das BVerfG in den neuen Notstandsentwürfen	164
213. Das „Austrocknen“ des BVerfG	167
22. <i>Die Einflußnahme des Bundesgesetzgebers auf das Bundesverfassungsgericht</i>	169
221. Die Gründe für die Änderung des BVerfGG und die Anregungen aus dem BVerfG	170
2211. Das öffentliche Interesse an der Krisensituation des BVerfG	171
2212. Die Änderungsvorschläge des BVerfG an den Bundesgesetzgeber	174
222. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des BVerfGG	176
2221. Der Änderungsentwurf der Bundesregierung	176
2222. Die erste Beratung in Bundesrat und Bundestag	178
2223. Die Reaktion des BVerfG und der öffentlichen Meinung	181
223. Die Zwischenlösung vom 5. August 1955	183
224. Die politische Auseinandersetzung um den Reformentwurf der Bundesregierung in Bundestag und Bundesrat	185
2241. Die erste Beratung des Regierungsentwurfs im Plenum des Bundestages	186
2242. Die Beratungen im Rechtsausschuß des Bundestages	189
2243. Die 2. und 3. Lesung im Bundestag und der Durchgang im Bundesrat	195
225. Das Änderungsgesetz von 1959	199
2251. Der Änderungsentwurf der Bundesregierung	200
2252. Die Beratung und Verabschiedung des Änderungsgesetzes	201
226. Das Änderungsgesetz von 1963	202
2261. Der Änderungsentwurf der Bundesregierung	203
2262. Die Beratung und Verabschiedung des Änderungsgesetzes	204

23. Die Richterwahl durch Bundestag und Bundesrat	206
231. Allgemeine Probleme des geltenden Wahlmodus	208
2311. Die Kritik am geltenden Wahlmodus	208
2312. Das Erfordernis der demokratischen Legitimation der Richter am BVerfG	210
2313. Institutionelle Sicherungen gegen einseitige Richterwahlen .	212
2314. Die Verzögerung der Wahl von Bundesverfassungsrichtern .	213
2315. Richter auf „Zeit“ und Richter auf „Lebenszeit“	215
232. Exkurs: Die Richterwahlen von 1951 bis 1967	219
2321. Deutscher Bundestag 1949—1953:	
1. Legislaturperiode	220
2322. Deutscher Bundestag 1953—1957:	
2. Legislaturperiode	223
2323. Deutscher Bundestag 1957—1961:	
3. Legislaturperiode	226
2324. Deutscher Bundestag 1961—1965:	
4. Legislaturperiode	229
2325. Deutscher Bundestag 1965—1969:	
5. Legislaturperiode	231
233. Die Wahlen der Präsidenten und Vizepräsidenten von 1951 bis 1967	234
2331. Die Wahl von Hermann Höpker-Aschoff	234
2332. Die Wahl von Rudolf Katz	235
2333. Die Wahl von Josef Wintrich	236
2334. Die Wahl von Gebhard Müller	238
2335. Die Wahl von Friedrich Wilhelm Wagner	239
2336. Die Wahl von Walter Seuffert	240
234. Krisenhafte Situationen bei Richterwahlen	243
2341. Die Verzögerung der Nachwahl 1952—1954	245
2342. Die Krise bei den Richterwahlen 1963	249
3. DIE DURCHSETZUNG DES STATUS DES BUNDESVERFAS- SUNGSGERICHTS	254
31. Die institutionellen und verfassungsdogmatischen Vorbelastungen der Verfassungsgerichtsbarkeit	256
311. Der innere Befund des BVerfG vor der Statusklärung	256
3111. Der „Beamtenstatus“ der Richter am BVerfG	257
3112. Die „Ressortierung“ des BVerfG beim Bundesministerium der Justiz	257
3113. Die Unselbständigkeit im Haushaltsrecht	259
3114. Der „Dienstweg“ des BVerfG zu den Verfassungsorganen des Bundes	260
312. Die Tradition der deutschen Gerichtsorganisation	261
3121. Das Reichsgericht in den Verfassungsplänen von 1849 . . .	261
3122. Die Pläne des Frankfurter Fürstentages	263
3123. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes	263
3124. Das Reichsgericht des Deutschen Reiches	264
3125. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich	267

313. Das traditionelle Verständnis von Verfassungsgerichtsbarkeit in der Deutschen Staatsrechtslehre	270
3131. Die Lehre von den Staatsorganen	271
3132. Die staatsrechtliche Klassifizierung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik	274
3133. Die Diskriminierung der Verfassungsgerichtsbarkeit als Juridifizierung der Politik	275
32. <i>Der Kampf des Bundesverfassungsgerichts um seinen neuen Status</i>	278
321. Motive, Form und Verlauf der Auseinandersetzung um den Status des BVerfG	279
3211. Das umstrittene Motiv	280
3212. Die vorbereitende Organisation	281
3213. Der Verlauf der Auseinandersetzungen	282
322. Der Gerichtscharakter des BVerfG	283
3221. Das Kriterium der ratio legis und der richterlichen Unabhängigkeit	283
3222. Das Kriterium der rechtsnormativen Bindung	284
3223. Kommt dem BVerfG auch Behördencharakter zu?	290
323. Die Verfassungsorganqualität des BVerfG	293
3231. Die wenig artikulierten Beweise für die Verfassungsorganqualität	294
3232. Kriterien für die Verfassungsorganqualität des BVerfG	296
3233. Materielle Kriterien für die Verfassungsorganqualität des BVerfG	300
3234. Unabhängigkeit und Zuordnung der Verfassungsorgane	303
324. Die Forderungen des BVerfG	306
3241. Die Forderungen nach organisatorischer Eigenständigkeit	306
3242. Die Forderung nach spezifischem Richterstatus	307
3243. Die Forderung nach dem eigenen Etat	308
3244. Einwände gegen die Forderungen des BVerfG	309
33. <i>Der neue Status des Bundesverfassungsgerichts</i>	312
331. Die Rechtsstellung der Richter	315
3311. Die Nichtanwendbarkeit von Beamten- und Richtergesetz auf die Richter am BVerfG	316
3312. Das Amtsgehalt der Richter am BVerfG	318
3313. Die Kontrolle der Amtspflichten der Richter am BVerfG	319
332. Das Plenum des BVerfG	320
3321. Die „Allzuständigkeit“ des Plenums	321
3322. Kompetenzübertragung durch das Plenum auf den Präsidenten	322
333. Der Präsident des BVerfG	323
3331. Die Präsidenten als Vorsitzende der beiden Senate	323
3332. Der Präsident als Chef der Verwaltung des BVerfG	326
334. Das Problem der Geschäftsordnung	329
3341. Rechtscharakter und möglicher Inhalt einer Geschäftsordnung des BVerfG	329
3342. Die Regelung des Sondervotums	331

4. DIE EINWIRKUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS AUF ANDERE VERFASSUNGSORGANE DES BUNDES	335
41. <i>Das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgesetzgeber</i>	336
411. Das allgemeine Problem in der Sicht des BVerfG	338
4111. Die Trennung von gesetzgebender und richterlicher Gewalt	339
4112. Welche Gesetzesnormen unterliegen der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung?	341
4113. Umfang und Arten der überprüften Gesetzesnormen	344
412. Die Nicht-Zuständigkeit des BVerfG in „politischen Fragen“	351
4121. Das vom BVerfG dem Gesetzgeber eingeräumte „Ermessen“	352
4122. Repräsentative Einzelfälle für die zulässige Ermessensfreiheit des Bundesgesetzgebers	354
4123. Gesetzgeberisches Ermessen im Bereich der „gewährenden Staatstätigkeit“	357
4124. Die Grenzen gesetzgeberischen Ermessens	359
413. Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung durch das BVerfG	365
4131. Die Grundlegung der „verfassungskonformen Gesetzesauslegung“	365
4132. Weitere Einzelfälle der „verfassungskonformen Gesetzesauslegung“ von Bundesgesetzen	367
414. Verhalten des BVerfG gegenüber dem Bundesgesetzgeber in konkreten Fällen	369
4141. Das BVerfG kann grundsätzlich nicht für den Gesetzgeber handeln	369
4142. Verfassungsgerichtliche Maßnahmen gegenüber „Unterlassungen“ des Gesetzgebers	371
415. Das Handeln des BVerfG für den Bundesgesetzgeber	374
4151. Die Entscheidung des BVerfG zum Gesetz zu Art. 131 GG	374
4152. Die Entscheidung des BVerfG zu Art. 117 Abs. 1 GG	377
42. <i>Das Bundesverfassungsgericht und die Fraktionen des Deutschen Bundestages</i>	
(Die Auseinandersetzung um die Bewaffnung der Bundesrepublik Deutschland vor dem BVerfG)	379
421. Der historisch-politische Kontext	381
4211. Die ersten Pläne zur Bewaffnung der Bundesrepublik	381
4212. Die Bewaffnungskonzeption der Bundesregierung und der Widerstand der Opposition	384
4213. Die Vertragswerke über die Bewaffnung der Bundesrepublik	386
422. Die erste Klage der SPD-Bundestagsfraktion	387
4221. Der Antrag der SPD-Bundestagsfraktion beim BVerfG	387
4222. Die Problematik einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung	389
4223. Neue Anträge der SPD-Bundestagsfraktion	392
4224. Die Entscheidung des BVerfG über den SPD-Antrag	395

423. Das Gutachtenverfahren auf Antrag des Bundespräsidenten . . .	397
4231. Der Antrag des Bundespräsidenten	398
4232. Die Bindungswirkung des Gutachtens	400
4233. Die Rücknahme des Gutachten-Antrages	401
424. Die Klage der Regierungsparteien	404
4241. Die Anträge der Regierungsfractionen	405
4242. Die Ablehnung der Anträge der Regierungsfractionen durch das BVerfG	408
425. Die zweite Klage der SPD-Bundestagsfraction	411
426. Die politische Endentscheidung	414
4261. Die Verfassungsänderung durch die Regierungsmehrheit . .	415
4262. Der letzte Versuch der SPD-Bundestagsfraction vor dem BVerfG	416
4263. Die außenpolitische Wende und die endgültige politische Entscheidung	417
43. Das Bundesverfassungsgericht und die Bundesregierung	419
431. Das BVerfG bestätigt Regierungshandeln	421
4311. Die historische Entwicklung der „Saarfrage“	422
4312. Der Antrag der SPD auf Feststellung der Unvereinbarkeit des Saarstatuts mit dem GG	426
4313. Das „Saar-Urteil“ des BVerfG	428
4314. Die Atombewaffnungspolitik der Bundesregierung und das BVerfG	433
4315. Die politischen Maßnahmen der SPD gegen die Atombe- waffnungspolitik der Bundesregierung	434
4316. Die Gegenmaßnahmen der Bundesregierung durch Einschäl- tung des BVerfG	438
4317. Die Entscheidungen des BVerfG zugunsten der Bundesre- gierung	441
432. Das BVerfG hemmt Regierungshandeln	447
4321. Die Vorgeschichte des Fernsehstreites	448
4322. Die Pläne der Bundesregierung	451
4323. Die Gegenaktion der sozialdemokratisch regierten Bundes- länder	453
4324. Das „Fernseh-Urteil“ des BVerfG	458
433. Exkurs: Probleme des „politischen Stils“	466
4331. Die Urteilsschelten	467
4332. Die parteipolitischen Verdächtigungen gegenüber dem BVerfG	473
4333. Weitere „Stilwidrigkeiten“ im Verhalten der Bundesregie- rung gegenüber dem BVerfG	475

5. DER EINFLUSS DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS AUF DEN DEMOKRATISCHEN PROZESS	479
51. <i>Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 21 GG</i>	480
511. Begriff, Funktionen und verfassungsrechtlicher Status der politi- schen Parteien	485
5111. Der Begriff der Partei im formellen und materiellen Sinne .	485
5112. Die Funktionen der politischen Parteien	490
5113. Der verfassungsrechtliche Status der politischen Parteien . .	493
512. Die staatliche Finanzierung der politischen Parteien	504
5121. Die mittelbare staatliche Parteifinanzierung durch Steuer- vergünstigung	505
5122. Das Verbot der unmittelbaren staatlichen Parteifinanzierung	512
513. Die Verteidigung der Parteiendemokratie	534
5131. Die Entscheidung des Verfassungsgebers in der Sicht des BVerfG	535
5132. Das Parteienprivileg und das Verbotsmonopol des BVerfG .	537
5133. Die Tatbestandsmerkmale der Verfassungswidrigkeit . . .	541
5134. Die Urteilsfolgen des Parteiverbots	546
52. <i>Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht der Bundesrepublik</i>	551
521. Die Wahlrechtsgrundsätze	553
5211. Unmittelbarkeit der Wahl	554
5212. Freiheit der Wahl	555
5213. Wahlgleichheit und Allgemeincharakter der Wahl	556
5214. Geheimhaltung der Wahl	558
522. Die Voraussetzungen für Wahlvorschläge — Sperr- und Grund- mandatsklauseln	559
5221. Zulassungsvoraussetzungen	560
5222. Sperrklauseln und Grundmandate	563
523. Die Wahlkreiseinteilung für die Wahlen zum Deutschen Bundestag	569
5231. Wahlprüfungsbeschwerden gegen die Wahlkreiseinteilung .	569
5232. Verhältniswahlssystem — Wahlkreiseinteilung — Wahlrechts- gleichheit	571
524. Nichtigkeitserklärungen von Wahlrechtsnormen	575
5241. Nichtigkeit wegen überhöhter Klauseln beim Verhältnisaus- gleich	576
5242. Nichtigkeit wegen ungerechtfertigter Höhe des Unterschrif- tenquorums	577
5243. Nichtigkeit wegen unzulässigen Nachrückens von Ersatz- leuten	578
5244. Nichtigkeit wegen Benachteiligung von Wählergruppen im Kommunalwahlrecht	579
DIE ZUKUNFT DER VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND	585
SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS	588

EINLEITUNG

Als am 24. Februar des Jahres 1803 der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika unter Führung seines Chief Justice *John Marshall* im Fall *Marbury v. Madison* entschied, daß § 13 des Judiciary Act von 1789 der Verfassung widerspreche und deshalb nichtig sei¹, wurde ein Instrumentarium der konstitutionellen Demokratie geschaffen, das deren Entwicklung und institutionelle Struktur entscheidend beeinflussen sollte: das richterliche Prüfungsrecht. Diese politische Tat, die 1819 in der Entscheidung *McCulloch v. Maryland* bekräftigt wurde², erhob die geschriebene Verfassung „zum alles beherrschenden Grundgesetz der Nation“, realisierte die der konstitutionellen Demokratie immanente Kompetenzbeschränkung der politischen Institutionen und ließ die Gerichtsbarkeit im „system of government“ zur gleichberechtigten und gegenüber dem ‚legislative branch‘ und dem ‚executive branch of government‘ wirksamen Institution werden³. Die Entschei-

¹ Die Literatur zu dieser Entscheidung und ihrem Urheber *John Marshall* ist unübersehbar. Einzelheiten siehe bei *Robert G. McCloskey*, *The American Supreme Court*, pp. 26—53; *Charles S. Hynemann* *The Supreme Court on Trial*, pp. 74—77, 95—102; *Ernst Wolf*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten, pp. 26—40.

² 4 Wheaton, 316, 4 L. Ed. 579; siehe dazu *Wolf*, op. cit., pp. 40 seqq.; *Hermann Finer*, *Der moderne Staat*, pp. 278—280. *Leopoldo Uprimny*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Kolumbien, zeigt zwar (pp. 349 seqq.), daß auch vor 1803 die amerikanischen Bundesgerichte schon das richterliche Überprüfungsrecht in bezug auf verfassungswidrige Gesetze sowohl der Staaten als auch der Union bejaht haben, doch die konstituierende politische Grundentscheidung fiel erst im Falle *Marbury v. Madison*.

³ Die wichtigsten Stellen der Entscheidung *Marbury v. Madison* lauten: „Die Frage, ob ein Akt, welcher verfassungswidrig ist, Rechtens sei, ist eine Frage, welche für die Vereinigten Staaten von enormer Wichtigkeit ist, aber glücklicherweise ist sie nicht von einer Kompliziertheit, welcher ihrer Wichtigkeit entspricht. Zu ihrer Entscheidung genügt es, einige Grundsätze anzuerkennen, von welchen angenommen werden darf, daß sie seit langem und gut fundiert sind.

Die Grundlage, auf welcher das ganze amerikanische System aufgebaut ist, besteht darin, daß das Volk ein ursprüngliches Recht hat, für die künftige Staatsordnung diejenigen Prinzipien festzulegen, welche nach seiner Meinung am besten zu seinem Glück führen. Die Ausübung dieses ursprünglichen Rechts ist eine äußerst große An-

dung basierte auf Erfahrungen im englischen Common Law und ihrer theoretischen Formulierung⁴; ihre politisch-theoretische Position sowie deren praktisch-politische Auswirkungen beeinflussten Politische Theorie und Verfassungsrechtslehre der westlichen Zivilisation in erheblichem Ausmaß.

Die wichtigste Erfahrung für *John Marshall's* Entscheidung dürften die Auseinandersetzungen zwischen dem englischen König *Jakob I.* und dem Chief Justice Sir *Edward Coke* besonders im *Bonhams Case* aus dem Jahre 1610 gewesen sein⁵. Diese Auseinandersetzungen gipfelten

strengung, deshalb kann und sollte dies auch nicht zu oft wiederholt werden. Die Grundsätze, welche derart festgelegt werden, gelten deshalb als fundamental und da die Gewalt, von der sie ausgehen, die oberste ist und sie selten handeln kann, sind diese Grundsätze zu ständiger Dauer aufgestellt. Der so zum Ausdruck kommende ursprüngliche und oberste Wille organisiert die Regierungsmacht und überträgt verschiedenen Gewalten ihre respektiven Kompetenzen. Man kann es entweder dabei belassen oder überdies gewisse Schranken aufstellen, welche von diesen Gewalten nicht übertreten werden dürfen.

Die Regierungsform der Vereinigten Staaten gehört zu der letzteren Kategorie. Die Kompetenzen der Legislative sind genau bestimmt und beschränkt, und damit diese Schranken nicht übertreten oder vergessen werden, dazu ist die Verfassung ein schriftliches Dokument. Zu welchem Zweck werden die Kompetenzen beschränkt und zu welchem Zweck wird diese Beschränkung schriftlich fixiert, wenn solche Schranken jederzeit durch diejenigen übertreten werden können, welche in Schranken zu weilen beabsichtigt war? Die Unterscheidung zwischen einer Staatsgewalt mit beschränkten und einer solchen mit unbeschränkten Kompetenzen ist aufgehoben, wenn derartige Schranken die Personen, denen sie auferlegt sind, nicht begrenzen und wenn verbotene Akte und erlaubte Akte alle in gleicher Weise bindend sind. Die These, daß entweder die Verfassung jedem ihr widersprechenden legislativen Akt vorgeht oder die Legislative die Verfassung durch einen gewöhnlichen Erlaß abändern kann, ist derart evident, daß sie nicht bestritten werden kann.

Zwischen den beiden Alternativen besteht kein Mittelweg. Entweder ist die Verfassung ein höheres, überragendes Recht, unabänderlich auf dem gewöhnlichen Gesetzgebungswege, oder sie ist auf gleicher Stufe mit gewöhnlichen Gesetzeserlassen und ist durch andere Gesetze abänderlich, wenn es der Legislative gefallen sollte, sie abzuändern.

Wenn die erste Alternative zutrifft, dann ist ein der Verfassung widersprechender Gesetzeserlaß nicht Rechtens, wenn die zweite zutrifft, dann sind geschriebene Verfassungen unsinnige Versuche von seiten des Volkes, eine Gewalt zu beschränken, die ihrer Natur nach unbeschränkbar ist. Sicherlich betrachteten all jene, welche geschriebene Verfassungen formuliert haben, diese als das fundamentale und überragende Recht der Nation, und infolgedessen muß die Lehre einer jeden solchen Staatsordnung dahingehen, daß der Akt der Legislative, der der Verfassung widerspricht, nichtig ist. Diese Lehre ist wesentlicher Bestandteil einer geschriebenen Verfassung und muß deshalb von diesem Gerichtshof als einer der fundamentalen Grundsätze unserer Gesellschaft betrachtet werden.“

⁴ Vgl. dazu statt vieler *Wolf*, op. cit., pp. 37 seqq.

⁵ Zum Prozeß des Dr. Bonham siehe: *Carl J. Friedrich*, Der Verfassungsstaat der

in der Lehre *Cokes*, daß die englischen Gerichte berechtigt seien, zu entscheiden, ob ein Parlamentsgesetz ‚rechtsgemäß‘ sei oder nicht und daß dem Common Law die Priorität gegenüber den Akten des Parlamentes zukomme⁶. *Cokes* Lehre fand in den amerikanischen Kolonien Englands mehr Resonanz als im Mutterland und beeinflusste einige der Väter der amerikanischen Verfassung, ohne sich jedoch in dieser selbst positiv oder negativ niederzuschlagen⁷. Doch einer ihrer klügsten Propagandisten, *Alexander Hamilton*, setzte sich nachdrücklich für die Vorherrschaft der geschriebenen Verfassung mit ihren beschränkten Bundeskompetenzen und für die richterliche Prüfungsbefugnis ein⁸. Es war in erster Linie diese — weit über die Vorstellungen der Mehrheit des Konvents von Philadelphia hinausgehende — Formulierung der *Cokeschen* Lehre, von der *John Marshall* beeinflusst wurde. Indem er sie realisierte, begrenzte er nicht nur den Herrschaftsbereich der Jefferson-Administration im damaligen konkreten Streitfall, sondern sprach sich eindeutig für die prinzipielle Begrenzung, Kontrolle und Revidierbarkeit von Herrschaftsakten aus. Diese keineswegs selbstverständliche Entscheidung führte zur Entwicklung einer Gegenposition, die sich wohl am deutlichsten in dem Protest des damaligen Präsidenten der USA *Thomas Jefferson* zeigte, als er gegenüber *Marshall* argumentierte: „Der Gerichtshof als die letzte Instanz in allen Verfassungsfragen

Neuzeit, p. 119 seq. und die auf p. 735 dazu angegebene Literatur; zu dem Kampf zwischen dem englischen König und *Coke* siehe *G. M. Trevelyan*, *Geschichte Englands*, vol. 2, pp. 441—443.

⁶ Die entscheidende Stelle in *Bonhams Case* lautet: „Es ergibt sich aus unseren Büchern, daß in vielen Fällen das common law den Akten des Parlaments übergeordnet ist und dessen Akte als durchaus richtig betrachtet werden. Denn wenn ein Akt des Parlaments gegen das gemeine Recht oder die Vernunft ist oder widersprechend oder unmöglich auszuführen, ist das common law einem solchen Akt übergeordnet und wird ihn als ungültig erklären.“

⁷ Vgl. dazu *Edward S. Corwin*, *Court over Constitution*, p. 48, der aus einer Äußerung *Madisons* schließt, daß es nicht die Absicht des Konvents von Philadelphia war, den Bundesgerichten die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen zu übertragen.

⁸ *The Federalist Papers*, Nr. 78; die dafür ausschlaggebende Stelle lautet: „Die Auslegung der Gesetze ist der eigentliche und besondere Aufgabenbereich der Gerichte. Die Verfassung ist faktisch das Grundgesetz, und muß von den Richtern auch so angesehen werden. Es ist deshalb ihre Aufgabe, seine Bedeutung ausfindig zu machen, genauso wie die Bedeutung irgendeines Gesetzes, das von der gesetzgebenden Körperschaft verabschiedet wird. Wenn ein unvereinbarer Widerspruch zwischen beiden auftauchen sollte, hat dasjenige natürlich den Vorrang, das die höhere Verpflichtung und Geltungskraft besitzt; mit anderen Worten: die Verfassung soll den Vorrang vor dem Gesetz, die Absicht des Volkes vor der seiner Verfassung haben.“

würde uns unter die Despotie einer Oligarchie stellen“⁹. Diese ablehnende Haltung gegenüber dem richterlichen Prüfungsrecht findet auch heute noch ihre Anhänger in der Wissenschaft und unter den politisch Agierenden innerhalb und außerhalb von Parlament und Regierung.

Die Lehre *Sir Edward Cokes* hat sich in England nicht durchgesetzt, so daß die älteste demokratische Gesellschaft ausschließlich durch schlichtes Parlamentsrecht und ohne die Kontrollinstitution eines Verfassungsgerichtes regiert wird¹⁰. Diese Entwicklung geht zum Teil auf den Einfluß des englischen Rechtstheoretikers *Sir William Blackstone* zurück, der *Cokes* These dahingehend eingeschränkt hatte, daß nur solche Erlasse des Parlaments ungültig seien, deren Ausführung unmöglich wäre. Für *Blackstone* war es undenkbar, daß ein Richter Gesetze auf ihre Gültigkeit überprüfen könnte oder die Freiheit hätte, unvernünftige Gesetze nicht anzuwenden. Eine derartige Überordnung der Gerichtsbarkeit über das Parlament zerstörte seiner Meinung nach das gesamte government¹¹. Obgleich *Hamilton* und *Marshall* mit *Blackstones* Lehre vertraut waren, entschieden sich beide gegen sie, um *Coke* zu folgen. Hier zeigt sich, daß die Entscheidung pro oder contra die Priorität der geschriebenen Verfassung, pro oder contra die prinzipielle Begrenztheit der Herrschaftsmacht, pro oder contra das richterliche Prüfungsrecht eine Frage des politischen Bewußtseins und damit ein Problem des Habitus ist. In der Entwicklung des Verfassungsstaates der Neuzeit haben sowohl im Bereich des politischen Handelns als auch in dem der Wissenschaft, besonders in der Regimelehre, diese beiden geistig-politischen Ansichten eine Rolle gespielt. Die Linie der Gegner der richterlichen Kontrolle über jede institutionalisierte Machtausübung erstreckt sich im politisch-praktischen Bereich von *Jefferson*¹² und *James Madison*¹³ über *Benjamin Constant*¹⁴ und *Robert M. la Follette*¹⁵ bis zu *Otto*

⁹ Zitiert bei *Karl Loewenstein*, *Verfassungslehre*, p. 249; siehe dazu auch *Uprimny*, in loc. cit.

¹⁰ Einzelheiten siehe bei *Friedrich*, op. cit., p. 256; *Loewenstein*, *Der britische Parlamentarismus*, p. 93 seq.

¹¹ *Commentaries*, vol. I, § 3, p. 90.

¹² *Friedrich*, op. cit., p. 263.

¹³ Siehe dazu *Wolf*, op. cit., p. 15 mit überaus informativen Belegstellen.

¹⁴ Dafür bezeichnend sein Ausspruch: „L'esprit subtil de la jurisprudence est opposé à la nature des grandes questions qui doivent être envisagées sous le rapport public, national quelque fois même européen.“ (Zitiert bei *Heinrich Triepel*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, p. 10.)

¹⁵ Siehe dazu *Friedrich*, *ibid.*

von Bismarck¹⁶ und Konrad Adenauer¹⁷. Diese und andere Politiker sahen im richterlichen Prüfungsrecht stets ein Hindernis für ihre politische Aktivität. Ihnen gesellt sich die Reihe der Theoretiker zu, die mit dieser Haltung konform gehen und ihr eine sog. wissenschaftliche Basis und Rechtfertigung verschaffen. Sie reicht von *Jeremy Bentham*¹⁸ und *John Austin*¹⁹ über *Louis G. A. de Bonald*²⁰ und *Carl Schmitt*²¹ bis zu *Ernst Forsthoff*²² und *Werner Weber*²³. Die Institutionalisierung des richterlichen Prüfungsrechts konnte jedoch trotz dieser Gegnerfronten nicht verhindert werden, wie unten ausführlicher zu zeigen sein wird.

Seit der mutigen Tat *Marshall's* fand das richterliche Prüfungsrecht und seine Institutionalisierung immer mehr Befürworter unter Wissenschaftlern und Politikern. Zu letzteren zählen Figuren wie *John Adams*²⁴ und *Abbé Siéyès*²⁵, *Friedrich Christoph Dahlmann*²⁶ und *Hugo Preuß*²⁷, *William Howard Taft*²⁸ und *Adolf Arndt*²⁹. Die Gruppe der Wissenschaftler, die das richterliche Prüfungsrecht und die Möglichkeit seiner Konkretisierung, Sicherung und Ausdehnung zum Gegenstand ihrer Forschungen macht, wächst weiter an. Aus der unübersehbaren Zahl seien für den deutschsprachigen Bereich nur einige Namen genannt, so *Robert von Mohl*, der zum ersten Mal den Satz vom all-

¹⁶ Dafür charakteristisch eine Passage aus einer Rede vor dem Abgeordnetenhaus am 22. April 1863: „Es darf nicht von dem einzelnen Urteilsspruch eines Gerichts, wie er sich nach der subjektiven Ansicht der Stimmenden herausstellt, die politische Zukunft des Landes, die Machtverteilung zwischen der Krone und dem Landtag sowie zwischen den Häusern des Landtags abhängig gemacht werden. Diese staatsrechtliche Frage muß von der Gesetzgebung, von der Verständigung zwischen den Faktoren der Gesetzgebung entschieden werden.“

¹⁷ Nach *Willi Geiger*, Verfassungsentwicklung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 19 soll *Adenauer* einmal mit Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG geäußert haben: „Dat ham wir uns so nich vorjestellt“. Über das stets gespannte Verhältnis von *Konrad Adenauer* zum BVerfG siehe unten 433, pp. 465 seqq.

¹⁸ Siehe dazu *Friedrich*, op. cit., p. 256.

¹⁹ Siehe dazu *René Marcic*, Verfassung und Verfassungsgericht, p. 198.

²⁰ Siehe dazu *Robert Spaemann*, Ursprung der Soziologie aus dem Geist der Restauration, bes. pp. 74–99.

²¹ Der Reichspräsident als Hüter der Verfassung.

²² Die Umbildung des Verfassungsgesetzes.

²³ Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem.

²⁴ Siehe dazu *Friedrich*, op. cit., p. 257.

²⁵ Siehe dazu *Esmein-Nezard*, Droit Constitutionnel, vol. I, pp. 638 seqq.

²⁶ Vgl. dazu *Fritz Hartung*, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, pp. 189 seqq.

²⁷ Siehe dazu Verfassungsentwurf und Denkschrift zur Reichsverfassung.

²⁸ Siehe dazu *H. F. Pringle*, The life and times of William Howard Taft.

²⁹ Auf die Leistungen von *Adolf Arndt* in bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik wird weiter unten (13, 22, 23) ausführlich eingegangen werden.

gemeinen und umfassenden richterlichen Gesetzes- und Verordnungs-Prüfungsrecht geprägt hat³⁰; *Heinrich Triepel*, der das richterliche Prüfungsrecht als den wichtigsten, ja als den einzig wirksamen Schutz der bürgerlichen Freiheit bezeichnet³¹; *Hans Kelsen*, der Verfassungsgerichtsbarkeit als ein Glied im System derjenigen Maßnahmen sieht, die den Zweck haben, die Rechtmäßigkeit der Staatsfunktionen zu sichern³²; *Josef Wintrich*, für den Verfassungsgerichtsbarkeit die Krönung und Vollendung des Rechtsstaatsgedankens ist³³; *Gerhard Leibholz*, der die Verfassungsgerichte als oberste Hüter der Verfassung bezeichnet, durch die das Politische selbst in der Form des politischen Rechts zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung gemacht wird³⁴, und schließlich *Ernst Friesenbahn*, für den Verfassungsgerichtsbarkeit letztmöglichster Schutz der Verfassungsordnung ist³⁵. Die Arbeit der genannten sowie anderer Rechtsgelehrter und politischer Theoretiker in der westlichen Welt hat dazu geführt, daß die Tat *Marshalls* hundertfältige Frucht getragen hat. Nicht wenige Beobachter charakterisieren daher diese Entwicklung in den modernen demokratischen Verfassungsstaaten als „gutes Zeichen für das Wachsen des Konstitutionalismus“³⁶, als „Aufstieg der rechtsprechenden Gewalt zum Range eines echten dritten Machttägers“³⁷, als die Herausbildung einer neuen „Mitte des Gegenwartsstaates“³⁸.

Da die nachfolgenden Untersuchungen den Titel „Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß“ tragen, soll zunächst gefragt werden, inwieweit diese Beobachtungen zutreffen, die *René Marcic* in die These gekleidet hat, daß „die Erdkugel vom Lichtnetz der Verfassungsgerichtsbarkeit mehr und mehr eingefangen wird“, daß kein Land, das sich als demokratisch versteht, auf das richterliche Prüfungsrecht verzichten will und daß das Verfassungsgericht die Mitte des Gegenwartsstaates ist³⁹.

³⁰ Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, p. 66.

³¹ Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, p. 4.

³² Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, p. 85.

³³ Die Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 649.

³⁴ Der Status des BVerfG, p. 64.

³⁵ Die Verfassungsgerichtsbarkeit der BRD, p. 92.

³⁶ *Friedrich*, op. cit., p. 272.

³⁷ *Loewenstein*, op. cit., p. 243.

³⁸ *Marcic*, op. cit., p. 207.

³⁹ op. cit., pp. 79, 85, 207.

VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT ALS MITTE DES GEGENWARTSSTAATES

Bevor die kühne These von *René Marcic* näher untersucht werden kann, ist zu fragen, was unter Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt zu verstehen ist. Denn der Begriff ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ ist relativ jungen Datums und ist keineswegs identisch mit dem Begriff des ‚richterlichen Prüfungsrechts‘. ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ wird mit vielfachem Bedeutungsinhalt verwendet. Eine kurze Klärung des Begriffes ist deshalb angebracht⁴⁰.

Der Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit

Eine Klärung des Begriffes ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ muß vor allem mit der Illusion aufräumen, es gebe so etwas wie eine allgemeine Institution „Verfassungsgerichtsbarkeit“, die in dieser oder jener Ausgestaltung allen politischen Gesellschaften mit gewaltentrennenden und geschriebenen Verfassungen gemeinsam sei⁴¹. Eine solche allgemeine Institution kann man wohl rechtsdogmatisch konstruieren — was auch regelmäßig geschieht⁴² —, in der politischen Realität gibt es sie nicht. Hier haben wir es mit konkreten politischen Regimen zu tun, in denen zum Beispiel Institutionen vorhanden sein können, die sich selbst als Verfassungsgerichte bezeichnen⁴³. Diesen ist gemeinsam, daß sie durch die Verfassung errichtet, ihre Kompetenzen rechtsnormativ umschrieben und ihre Amtsinhaber unabhängige Richter sind, die in gerichtsförmigen Verfahren fungieren und für die eine geschriebene Verfassung Maß-

⁴⁰ In diesem Sinne *Ernst Friesenhahn*, *Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 129; *Marcic*, op. cit., pp. 86 seqq. gibt einen umfassenden Überblick über die Definitionsversuche des Begriffes ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ und vermittelt dadurch eine Fülle von Informationen. Doch das scheint uns zu sehr dogmatische Spielerei ohne nennenswerten wissenschaftlichen Relevanzgrad zu sein.

⁴¹ In diesem Sinne *Hermann Mosler*, *Das Heidelberger Kolloquium über Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. XVII.

⁴² Beispielfhaft dafür *René Marcic*, *ibid.* und die meisten der von ihm angeführten Autoren.

⁴³ So zum Beispiel:
das *Bundesverfassungsgericht* der Bundesrepublik Deutschland,
der *Verfassungsgerichtshof* der Republik Österreich,
der *Corte Costituzionale* Italiens,
der *Verfassungsgerichtshof* der Türkei,
der *Supreme Constitutional Court* Zyperns.

stab ihres Handelns ist. Solche Institutionen sind aber in der gegenwärtigen Staatenwelt nicht allzu häufig anzutreffen. Eine Analyse wird aber auch in einigen Ländern Gerichte, meist Höchstgerichte, ausfindig machen können, die sich zwar nicht als Verfassungsgerichte bezeichnen, aber dennoch u. a. für die Überprüfung von Gesetzesnormen und Regierungsakten auf ihre Übereinstimmung mit der geschriebenen Verfassung zuständig sind⁴⁴. Wir werden außerdem auf Institutionen stoßen, die nicht als Gerichte organisiert sind, jedoch in einer Art gerichtsförmigen Verfahrens fungieren, und deren Tätigkeit bezweckt, Rechtsnormen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen⁴⁵.

Die jeweilige Institution in einem konkreten politischen Regime wird nach einer exakten und detaillierten Analyse in der Regel als singulär zu charakterisieren sein, die mit Institutionen gleicher Bezeichnung, gleicher Organisation und Funktion in anderen politischen Regimen nur sehr bedingt vergleichbar ist. Deshalb kann auch der eben durchgeführte Versuch einer Gruppierung nicht mehr als eine arbeitstechnische Organisationshilfe darstellen. Aus solcher Erfahrung resultiert der Zweifel, in welchem Maße ein wissenschaftlicher Vergleich von politischen Institutionen verschiedener politischer Ordnungen überhaupt möglich ist und, ob es eine wissenschaftliche Disziplin ‚comparative government‘ geben kann, die sich nicht in der reinen Deskription und im Sammeln von Vergleichsmaterial erschöpft⁴⁶. Auf diesen Zweifel kann hier nicht näher eingegangen werden. Es scheint uns jedoch erforderlich, in wissenschaftlichen Untersuchungen, die einen so allgemeinen Titel wie ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ tragen und die dem Bereich des ‚comparative government‘ (vergleichende Regimelehre) innerhalb der Politischen Wissenschaft zuzurechnen sind, wenigstens auf das Problem aufmerksam zu machen. Auch kann man nicht umhin, den Begriff ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ als Funktionsbegriff so zu bestimmen, daß ein

⁴⁴ So zum Beispiel:
das *Bundesgericht* der Schweiz,
der *Supreme Court* der Vereinigten Staaten von Amerika,
der *Oberste Gerichtshof* Japans,
die *Reichsgerichte* in Dänemark und Norwegen,
der *Supreme Court* Indiens,
die *Privy Councils* in Australien und Neuseeland.

⁴⁵ So zum Beispiel:
der *Conseil Constitutionnel* der V. Republik Frankreichs,
die *Bundesversammlung* der Schweiz.

⁴⁶ Vgl. dazu Roy C. Macridis, *The Study of Comparative Government*, bes. pp. 1—6.

brauchbarer Ansatz und Bezugsrahmen für alle in Frage kommenden Institutionen geschaffen wird. Zu diesem Zweck empfiehlt es sich, auf die Arbeiten des Max-Planck-Institutes für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht zurückzugreifen. Die Ergebnisse der dort angestellten vergleichenden Untersuchungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit bestätigen die oben genannten Zweifel.

Um zu einem allgemeinen und nützlichen Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit zu gelangen, mittels dessen alle in Frage kommenden Institutionen untersucht und die Untersuchungsergebnisse geordnet und miteinander verglichen werden können, kann man vom Organisationstypus der Institution oder von ihrer Verfahrensart oder von einer Kombination beider ausgehen. Geht man, wie *Ernst Friesenhahn*⁴⁷, davon aus, daß zur Verfassungsgerichtsbarkeit die institutionelle Verselbständigung gehört, dann wird bei einer vergleichenden Analyse das Ergebnis recht dürftig ausfallen. Geht man dagegen mit *Hermann Mosler*⁴⁸ von den gerichtlichen Verfahren aus, die zu einer Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit führen — einer Kontrolle, die die Einhaltung der Verfassung unmittelbar gewährleisten soll —, dann wird die vergleichende Analyse eine Vielzahl solcher Kontrollen zutage fördern. Eine Kombination beider Ansätze, wie sie *René Marcic*⁴⁹ versucht, birgt die Gefahr der arbiträren Auswahl in sich, weshalb sie als brauchbarer Ansatz weniger geeignet sein dürfte. Der Ansatz von *Hermann Mosler* — und damit des Max-Planck-Institutes für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht — scheint uns brauchbar, weil die gerichtsförmige Kontrolle der Beachtung der Verfassung ein praktisches Problem politischer Gesellschaften ist, das überall dort entsteht, wo das Bedürfnis empfunden wird, den Repräsentativ-Institutionen — in erster Linie Parlament und Regierung — ein unabhängiges, nur der Bewahrung der Verfassungsordnung verpflichtetes Organ gegenüberzustellen⁵⁰. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, Verfassungsgerichtsbarkeit im weitesten Sinne zu fassen, nämlich als jede Art gerichtsförmigen Verfahrens, durch das staatliche Gewalt in allen ihren Wirkungskreisen und allen ihren Formen an der Verfassung gemessen wird⁵¹. Arbeitet man mit einem solchen Begriff der ‚Verfassungsgerichtsbarkeit‘ — wie das in der vorliegenden Arbeit geschehen wird —, dann wird ein Blick auf die

⁴⁷ Op. cit., p. 130.

⁴⁸ Op. cit., p. XI seq.

⁴⁹ Op. cit., p. 87.

⁵⁰ In diesem Sinne *Mosler*, op. cit., p. XVIII.

⁵¹ So auch *Mosler*, op. cit., p. 764; *Martin Drath*, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 20.

existierenden politischen Gesellschaften zeigen können, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit sich tatsächlich in einem bisher nicht gekannten Ausmaß ausgeweitet hat.

Die Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart

Seit der eingangs geschilderten historischen Tat *John Marshalls* hat die Verfassungsgerichtsbarkeit im eben genannten Sinne eine wachsende Verbreitung gefunden, zusammen mit der Einführung geschriebener Verfassungen und den Ideen der Gewaltentrennung, der Grundrechte, des Minderheitenschutzes, der bundesstaatlichen Organisation⁵². Während im 19. Jahrhundert und in den ersten Jahren des 20. Jahrhunderts bis zum I. Weltkrieg geschriebene Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit sich nur sehr allmählich und zögernd durchsetzten⁵³, gab es nach dem I. Weltkrieg eine Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit⁵⁴, die allerdings nur eine kurze Blüte hatte und durch die Ausbreitung des totalitären NS-Regimes direkt oder indirekt ihr Ende fand. Nach dem II. Weltkrieg nahm die Verfassungsgerichtsbarkeit einen Aufschwung, der bis dahin außerhalb der realisierbaren Möglichkeiten gelegen hatte⁵⁵.

In einer Reihe von Ländern wurde die Verfassungsgerichtsbarkeit

⁵² Siehe dazu *Josef Wintrich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 649; *Dieter Engelhardt*, Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat, p. 103.

⁵³ Verfassungsbeschwerde in der *Schweizerischen Bundesverfassung* von 1874; allgemeines Prüfungsrecht der Gerichte in *Norwegen*; Recht der *dänischen Gerichte*, Gesetze nachzuprüfen; das richterliche Prüfungsrecht in *Griechenland*; richterliches Prüfungsrecht in *Argentinien* 1860 und in *Brasilien* 1891; ausdrückliche Bestimmungen über die Verfassungsgerichtsbarkeit finden sich in den Verfassungen von *Mexiko* 1857, *Ecuador* 1869, *Costa Rica* 1871, *Bolivien* 1880, *Kolumbien* und *El Salvador* 1886, *Honduras* 1894, *Kuba* 1901, *Panama* 1904, *Nikaragua* 1911, durch den *British North America Act* 1867 wurde in *Kanada* die richterliche Nachprüfung von Gesetzen eingeführt, durch den *Commonwealth of Australia Act* 1900 in *Australien*, durch den *South Africa Act* 1909 in *Südafrika*.

⁵⁴ Der Verfassungsgerichtshof der Republik *Österreich* 1920; der Staatsgerichtshof für das *Deutsche Reich* 1919; das Verfassungsgericht der *Tschechoslowakei* 1920; das richterliche Prüfungsrecht in *Rumänien* 1923; Gericht für Verfassungsgarantien 1931 in *Spanien*; richterliches Prüfungsrecht wurde ferner eingeführt in *Chile* 1925, *Venezuela* 1928, *Guatemala* 1935, *Haiti* 1940; seit 1937 üben die Gerichte von *Eire* Verfassungsgerichtsbarkeit aus, seit 1935 erkennen die *Philippinen* ein richterliches Prüfungsrecht nach dem Vorbild der USA an.

⁵⁵ Ebenso *Mosler*, op. cit., p. IX.