



Richter des Bundesverfassungsgerichts  
Prof. Dr. Johannes Masing

Prof. Dr. Dieter Gosewinkel

Seminar

**Verfassungsgerichtsbarkeit in historischer, rechtsvergleichender,  
rechtstheoretischer, nationaler, supranationaler und internationaler  
Perspektive**

**Seminarfokus 2018:  
Handlungsbedingungen und Grenzen effektiver  
Verfassungsrechtsprechung**

Sion/Sitten (Schweiz), 21.01. – 27.01.2018

In Zusammenarbeit mit Prof. Dieter Gosewinkel, WZB Berlin/FU Berlin, biete ich im Wintersemester 2017/2018 ein Seminar an.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich im Laufe der letzten beiden Jahrhunderte als Institution politischer Ordnung herausgebildet. Während sie zunächst nur auf nationaler Ebene Verbreitung fand, wurden nach dem zweiten Weltkrieg mit dem Internationalen Gerichtshof, dem Europäischen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte auch Verfassungsgerichte im weiteren Sinne auf supra- und internationaler Ebene etabliert.

Verfassungsgerichtsbarkeit zeichnet sich dabei nicht alleine durch die Wahrnehmung spezifischer Aufgaben der Rechtsprechung aus. Jedes einzelne Verfassungsgericht verfügt über eine ihm eigene institutionelle Grundprägung, die nicht zuletzt durch die Zuweisung von Macht entsteht und in seiner Tätigkeit niederschlägt. Elemente der Tradition, aber auch der Veränderung, der funktionalen Ausrichtung und der praktischen Ausgestaltung spiegeln das jeweilige Selbstverständnis der Gerichte und Richterinnen und Richter. Das Seminar wird diesen Charakteristika und ihren Bedingungen in historischer, rechtsvergleichender, (supra)nationaler und internationaler Perspektive nachspüren und ihre Implikationen für die Verfassungsgerichtsbarkeit als solche hin analysieren.

Im Fokus des diesjährigen Seminars wird die Frage nach den Handlungsbedingungen und Grenzen effektiver Verfassungsrechtsprechung stehen. Dabei wird ein Bogen von den historischen Vorbildern zu den modernen Verfassungsgerichten gespannt. Der Erfolg bzw. Misserfolg verschiedener Verfassungsgerichte soll im Kontext ihrer politischen, gesellschaftlichen und kulturellen Besonderheiten untersucht werden. Anhand verschiedener Gerichte und Rechtsordnungen soll zudem nach den Bedingungen für eine effektive Verfassungsrechtsprechung gefragt werden. Schließlich sollen grundlegende, rechtsmethodischen Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit erörtert werden.

#### **Einführende Literatur:**

*Armin von Bogdandy, Peter Michael Huber, Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum. Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg 2016; Dieter Gosewinkel/Johannes Masing, Die Verfassungen in Europa 1789 - 1949. Eine wissenschaftliche Textedition, München 2006; Robert Chr. van Ooyen, Die Unhintergebarkeit des Politischen in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für Politik 1/2009, S. 98-108.*

#### **Schwerpunktbereiche je nach Thema:**

**Freiburg 1, 6, 7, 10** (1 - Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, 6 - Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, 7 - Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht, 10 - Philosophische und theoretische Grundlagen des Rechts)

Bei Vorliegen **besonderer Sprachkenntnisse und/oder Erfahrungen** aus einem Auslandsaufenthalt können in Absprache mit der Seminarleitung im Folgenden nicht erwähnte Verfassungsgerichte in die Themenbearbeitung miteinbezogen werden.

Die Zahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer wird (für Freiburg) **begrenzt**, voraussichtlich auf **max. 10 Personen**. Das Seminar wird in Sion/Sitten (Schweiz) stattfinden. Wir werden eine intensive Woche mit ausführlichen Diskussionen, gemeinsamen Kochen und gutem Essen in einer charmanten, nicht bewirtschafteten Villa der Kurt-Bösch-Stiftung verbringen. Bei gutem Wetter besteht Gelegenheit, an etwa zwei Tagen die nahegelegenen Skigebiete zu nutzen oder Ausflüge (z.B. nach Montreux, Lausanne oder Zermatt) zu unternehmen. Anfallende Kosten: für die Anfahrt, die Übernachtung (7,50 Euro pro Nacht) sowie anteilig für die Verpflegung.

**Hinweise zum Ablauf der Themenvergabe:** Studierende, die am Seminar teilnehmen möchten, müssen das (unverbindliche) Bewerbungsformular bis spätestens Freitag, 21. 7, 15 Uhr am Lehrstuhl abgegeben. Die Bewerber werden bis Montag, 24. 7, 10 Uhr, informiert, ob ihnen ein Seminarplatz zugeteilt wurde. Die angenommenen Studierenden haben dann bis zum Dienstag, 25. 7, 8 Uhr, Zeit, den Seminarplatz anzunehmen. Die nicht vergebenen Plätze werden in einem Nachrückverfahren bis zum Abend des folgenden Tages (26. 7) verteilt. Hierauf werden den Teilnehmern die Einzelthemen (unter Berücksichtigung ihrer Prioritäten) zugelost. Sofern nicht individuell ein anderer Termin vereinbart wurde, erhalten die Studierenden ihre Themen am Donnerstag, den 3. 8. Sofern das zugeloste Thema angenommen wird, beginnt entsprechend am Freitag (4. 8) die vierwöchige Arbeitsfrist. Sollten dabei nochmals Plätze frei werden, so werden auch diese in einem weiteren Nachrückverfahren noch einmal weiteren Bewerbern angeboten.

## Themen

### I. Gerichte als Faktoren politischer Ordnung in der Geschichte

#### 1. Das Reichskammergericht - Funktion und Wirkung in der Ordnung des Heiligen Römischen Reiches (SPB 1, 7)

Obgleich das Reichskammergericht hinsichtlich seiner Gründung und der Mehrzahl seiner Aufgaben fest in der ständischen Ordnung des Ancien Régime verortet war, stellt seine Errichtung dennoch einen entscheidenden Schritt auf dem Weg zur modernen Verfassungsgerichtsbarkeit dar. Im Rahmen der Bearbeitung dieses Themas sollen Funktion und Wirkung des Gerichts in der Ordnung des Heiligen Römischen Reiches herausgearbeitet werden. Dabei ist insbesondere auf die Zuständigkeiten und die institutionelle Ausgestaltung des Gerichts einzugehen. Von Interesse ist auch, inwieweit dem Reichskammergericht eine Vorläuferrolle für die moderne Verfassungsgerichtsbarkeit zugesprochen werden kann. Dabei sollten insbesondere die Möglichkeiten des individuellen Rechtsschutzes im föderativen System des Reiches und die Beilegung von Konflikten der Reichsstände (Stichwort: Wahrung des Landfriedens) untersucht werden. Welche politischen Bedingungen im Verhältnis zwischen Reichstag, Reichsfürsten und Kaiser begünstigten die Position des Reichskammergerichts, welche zogen seiner Handlungsmacht Grenzen?

#### 2. Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Bund (SPB 1)

Schon seit dem Mittelalter hatte es rechtsförmige Verfahren gegeben, um Streitigkeiten zwischen deutschen Souveränen zu entscheiden. Die Wiener Kongressakte von 1815 regelte in ihren Bestimmungen über den Deutschen Bund auch Fragen der zwischenstaatlichen Streitbeilegung unter den Mitgliedsstaaten des Deutschen Bunds. In Artikel 11 IV der Bundesakte verpflichteten sich „die Bundes-Glieder ... einander unter keinerley Vorwand zu bekriegen“, sondern, im Fall des Scheiterns der Vermittlung, eine „richterliche Entscheidung“ durch eine „wohlgeordnete Austrägal Instanz“ herbeizuführen. Als solche galten die drittinstanzlichen Obergerichte der deutschen Staaten. In der Periode 1815 bis 1866 behandelten 10 von 25 deutschen Obergerichten insgesamt 54 Austrägalsachen. Darüber hinaus gab es seit 1834 ein Bundesschiedsgericht, dem die Regierungen aber nie einen Streit zwischen Bundesgliedern zur Entscheidung vorgelegten. Schon Zeitgenossen stritten darüber, welche Streitigkeiten die „Austrägalgerichte“ entscheiden könnten und welche Normen sie dafür zu Grunde legen sollten. Gestritten wurde auch darüber, ob es eine Trennung zwischen „rechtlichen“ und „politischen“ Streitfragen zwischen Staaten geben könne. Welche Rolle spielte der ‚gute Wille‘ einer Regierung, überhaupt ein Austrägalverfahren einzuleiten? Und welche Fragen gaben Anlass zu einer „Austrägalstreitigkeit“? Die Deutsche Bundesversammlung hatte 1834 die „Gewaltenteilung“ explizit abgelehnt. Lässt sich gleichwohl anhand der Praxis der Austrägalgerichtsbarkeit schon von einer solchen sprechen? Inwieweit ist die Austrägalgerichtsbarkeit als eine Vorform der Verfassungsgerichtsbarkeit einzustufen?

#### 3. Das Reichsgericht der Paulskirchenverfassung - zu der ihm zgedachten Rolle als politischer Ordnungsfaktor (SPB 1, 7)

Die Paulskirchenverfassung enthielt neben einem staatsorganisationsrechtlichen Teil zum Zusammenspiel zwischen Monarchie und Parlament und einem weitreichenden Grundrechtskatalog, auch einen Abschnitt, in dem die Errichtung eines Reichsgerichts

vorgesehen war. Im Rahmen dieses Themas soll untersucht werden, inwieweit das Reichsgericht nach der Paulskirchenverfassung als politischer Ordnungsfaktor in einem geeinten Deutschen Reich dienen sollte. Dabei ist danach zu fragen, welche Stellung das Gericht im politischen System der Paulskirchenverfassung einnehmen sollte. Sollte es Reichregierung oder Reichstag tatsächlich kontrollieren können? Oder wollte man letztlich nur den Schein einer Gewaltenteilung schaffen? Darzustellen ist die schrittweise Entwicklung der Stellung des Reichsgerichts im Zuge der Ausarbeitung der Paulskirchenverfassung. Dabei soll insbesondere auf die zugeordneten staatsorganisatorischen Zuständigkeiten eingegangen werden. Von besonderem Interesse ist, welche Rolle das Reichsgericht bei föderativen Streitigkeiten einnehmen sollte.

#### **4. Das Selbstverständnis und die Grenzen der „Höchsten Gerichtsbarkeit“ in der Weimarer Republik: Zur richterlichen Praxis und Debatte um den „Hüter der Verfassung“ (SPB 1, 10)**

Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich war nach der Weimarer Reichsverfassung als höchstes Gericht der Republik für die Entscheidung auf dem Gebiet des Staatsorganisationsrechts eingerichtet. Einerseits wünschten sich die obersten Richter (s. Entscheidungssammlung von *Lammers/ Simons*) ein Mehr an Beilegung dieser Streitigkeiten durch politische Verhandlungen und ein Weniger an Beilegung durch die Justiz, insbesondere durch die Anrufung des Staatsgerichtshofs. Dagegen nahm das Reichsgericht für sich schon früh ein Prüfungsrecht von Gesetzen am Maßstab der Verfassung in Anspruch (Hyperinflation) und brachte sich dadurch als zweites „Verfassungsgericht“ neben dem Staatsgerichtshof in Stellung (s.a. *Schmitt*, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Festgabe Reichsgericht Bd. 1, Leipzig 1929). Anhand ausgewählter Fälle bis hin zu der politisch hoch bedeutenden Entscheidung zum „Preußenschlag“ (Preußen contra Reich) 1932 sollen die Entwicklung und das Selbstverständnis des Reichsgerichts sowie des Staatsgerichtshofs – auch in ihrem Verhältnis zueinander – analysiert werden. Dabei geht es um die verfassungsrechtlichen Handlungsbedingungen und Grenzen einer effektiven Verfassungsgerichtsbarkeit inmitten einer politisch und staatsrechtstheoretisch tief gespaltenen Republik. Dazu sollte einbezogen werden der Streit zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen um den „Hüter der Verfassung“ – Reichspräsident oder Verfassungsgericht? Dabei soll besonderer Wert darauf gelegt werden, wie die – teilweise – Zurückhaltung des Staatsgerichtshofs und das „Selbstbewusstsein“ des Reichsgerichts im Gesamtgefüge der Weimarer Republik zu deuten sind.

#### **5. Verfassungsgerichtsbarkeit im Faschismus: Das nationalsozialistische Reich und Vichy-Frankreich (SPB 1)**

Mit der Verfassung verloren auch die Ansätze zu einer Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit in den faschistischen Diktaturen der europäischen Weltkriegszeit ihre rechtliche Bindungskraft. Dennoch kann man an den Beispielen des nationalsozialistischen Deutschen Reiches und des kollaborierenden Etat français von Vichy ablesen, dass eine höchste Gerichtsbarkeit weiterhin bestehen blieb, die in Form und Funktion den demokratischen Vorgängerregimen zu ähneln schienen. Was machte hingegen das Neue und Besondere der höchsten Gerichtsbarkeit im faschistischen Staat gegenüber demokratischen Regimen aus? Welche Merkmale kennzeichnete die Gerichtsbarkeit im Faschismus im Verhältnis zu anderen Staatsorganen und politischen Machttägern? Welche Grundzüge wies die neue Rechtsprechung auf? Handelte es sich um eine vollständig politisch gelenkte Gerichtsbarkeit? Wo lagen gegebenenfalls Widerstände in der Richterschaft und deren Rechtsverständnis, die sich dem politischen Diktat nicht einfach ergaben? Lassen sich Gruppen und Generationen der Richterschaft unterscheiden, die besonders bzw. weniger willfährig gegenüber der Politik waren? Welche Stellung besaß die

Gerichtsbarkeit im faschistischen Staatsgefüge bei dessen Ende im Vergleich zum Beginn? In einem Vergleich zweier relativ kurzlebiger faschistischer Systeme sollen die Veränderungen in Form und Selbstverständnis der höchsten Gerichtsbarkeit herausgearbeitet und in einem knappen Ausblick auch die Nachgeschichte dieses Wandels unter veränderten politischen Umständen behandelt werden.

## **6. Verfassungsgerichtsbarkeit im postkommunistischen Europa: Ein Kernstück liberal-demokratischer Ordnung nach 1989? (SPB 1)**

Nach dem Zusammenbruch des kommunistischen Machtsystems 1989 gaben sich die Staaten Mittel- und Osteuropas neue Verfassungen, in denen individuelle Rechtsgarantien und eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit Kernstücke eines neuen liberal-demokratischen Konstitutionalismus wurden. Dabei kam es zu ausgeprägten Prozessen des Verfassungsrechtstransfers, in denen das Modell des Bundesverfassungsgerichts eine zentrale Rolle spielte. Gezeigt werden soll anhand der neuen Verfassungsordnungen in Polen, Ungarn sowie Tschechiens und der Slowakei, wie weit die Anleihen an ein ‚funktionierendes‘ verfassungsgerichtliches System reichen und wie sich diese in der Praxis postkommunistischer Systeme entwickelt haben. Dabei soll es neben der Rekonstruktion einzelner Konstitutionalisierungsprozesse auch um deren politische Voraussetzungen und Grenzen in postkommunistischen Gesellschaften gehen. Inwieweit fand die neue Institution und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit politische Unterstützung, erfuhr aber andererseits Widerstände aus einer Denk- und Machttradition, die vom Primat des Politischen ausging? Aus der umfangreichen Literatur zur Konstitutionalisierung Osteuropas nach 1989 sollen anhand ausgewählter Fälle die zeithistorischen Bedingungen und politischen Grenzen effektiver Verfassungsrechtsprechung gezeigt werden. Inwieweit war die Einrichtung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit ein Projekt liberaler Eliten, die im Laufe der Entwicklung nach 1989 an Zustimmung und politischem Rückhalt verloren?

## **II. Erfolg und Misserfolg von Verfassungsgerichtsbarkeit in verschiedenen Kontexten**

### **7. Entwicklungsansätze und Gegenbewegungen zur Schaffung einer Verfassungsgerichtsbarkeit in Russland (SPB 7)**

Kann ein Verfassungsgericht auch in einer „gelenkten Demokratie“ Erfolg haben? Am Beispiel Russlands ist herauszuarbeiten, inwieweit die politischen Umstände und Bedingungen Einfluss auf die Forderung nach einer Verfassungsgerichtsbarkeit haben. Mit der Gründung eines Verfassungsgerichts im Jahre 1991 wurden verfassungsgerichtliche Strukturen geschaffen. Im Rahmen dieses Themas sollen die verschiedenen Perioden der Rechtsprechung des Gerichts einer Würdigung unterzogen werden. Dabei sind die Entscheidungen und Gründe herauszustellen, die Ansätze einer rechtstaatlichen Entwicklung erkennen lassen. Ebenso interessieren die Entscheidungen und Gründe – sowohl gesamtpolitischer Art, als auch unter Inblicknahme von Einzelmaßnahmen und -regelungen –, die zur politischen Bedeutungslosigkeit des Gerichts führten.

### **8. Aufbau und Demontage des (SPB 7)**

#### **a. polnischen Verfassungsgerichts**

## **b. ungarischen Verfassungsgerichts**

Sowohl das polnische, als auch das ungarische Verfassungsgericht sind seit einiger Zeit Angriffen seitens der Politik ausgesetzt, die die Gerichte schwächen oder gar ausschalten sollen. Anhand der Lage in Polen oder Ungarn ist zu untersuchen, inwieweit politische Bedingungen Einfluss auf die Erschaffung einer wirksamen Verfassungsgerichtsbarkeit haben. Dabei soll auf die Grundstrukturen der Gerichte eingegangen werden. Von Interesse ist auch die Wahrnehmung der Gerichte in der inländischen und ausländischen Öffentlichkeit. Welche Errungenschaften oder Fehlleistungen sind auf die Gerichte zurückzuführen? Wieweit sind ihre Entscheidungen auf Unverständnis oder Zustimmung gestoßen? Darüber hinaus sollen die politischen Gründe und Mittel, die zur Demontage der Verfassungsgerichte beitragen, dargestellt werden. Dabei interessiert insbesondere, wie die polnische bzw. ungarische Regierung die Zerschlagung des Verfassungsgerichts rechtfertigt. Wie reagiert die Europäische Union auf die Vorgänge?

### **9. Standort des spanischen Verfassungsgerichts „Tribunal Constitucional“ in der politischen Ordnung Spaniens - Entwicklung und Herausforderungen (SPB 7)**

Zu untersuchen ist, welche Stellung das spanische Verfassungsgericht innerhalb der politischen Ordnung Spaniens einnimmt. Dabei soll die Entstehung des Gerichts unter Berücksichtigung der jeweiligen politischen Hintergründe geschildert werden. Welche Bedeutung hat man ihm zugedacht, wieweit ist es dieser gerecht geworden und wie hat sich die Stellung des Gerichts in der politischen Ordnung Spaniens entwickelt? Welche Aufgaben wurden dem Gericht zugewiesen und wie füllt es diese aus? Dabei spielt das Tribunal Constitucional eine wesentliche Rolle im Streit um die Unabhängigkeitsbestrebungen Kataloniens. Wie wirkt dieser Konflikt auf die Autorität des Gerichts zurück, inwieweit liegt dies an konkret getroffenen Entscheidungen, wieweit stellt dieser Konflikt das Gericht schon strukturell in eine schwierige Situation? Insoweit interessiert auch die Wahrnehmung des Gerichts in der Öffentlichkeit.

### **9a. Standort des israelischen Supreme Court in der politischen Ordnung Israels - Entwicklung und Herausforderungen**

Entsprechend dem vorhergehenden Thema ist hier zu untersuchen, welche Stellung das israelische Verfassungsgericht innerhalb der politischen Ordnung Israels einnimmt. Dabei soll die Entstehung und Entwicklung des Gerichts unter Berücksichtigung der jeweiligen politischen Hintergründe geschildert werden. Welche Bedeutung hat man ihm zugedacht, wieweit ist es dieser gerecht geworden und wie hat sich die Stellung des Gerichts in der politischen Ordnung Israels entwickelt? Dabei spielt Supreme Court eine wesentliche Rolle in der Frage des Umgangs mit den politischen Herausforderungen Israels im Nahost-Konflikt und dem Terrorismus. Wie wirkt dieser Konflikt auf die Autorität des Gerichts zurück, inwieweit liegt dies an konkret getroffenen Entscheidungen, wieweit stellt dieser Konflikt das Gericht schon strukturell in eine schwierige Situation? Insoweit interessiert auch die Wahrnehmung des Gerichts in der Öffentlichkeit.

### **10. Der schrittweise Ausbau der Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der politischen Ordnung des Grundgesetzes (SPB 1, 7)**

Das Bundesverfassungsgericht nimmt heute eine starke Rolle im politischen Institutionengefüge der Bundesrepublik ein. In den Anfangsjahren der Bundesrepublik war

dies allerdings noch nicht gesichert und stand in Frage, ob das junge Bundesverfassungsgericht in den Konflikten zwischen Regierung und Opposition zerrieben würde. Heute bestehen an der Stellung des Bundesverfassungsgerichts als gleichberechtigtes Verfassungsorgan kaum mehr Zweifel. Im Rahmen dieses Themas ist dieser Entwicklungsweg sowohl institutionell als auch anhand von ausgewählten Entscheidungen zu erarbeiten. Einzugehen ist hierbei insbesondere auf die politischen Bedingungen und Hintergründe, die diese Entwicklung ermöglicht hat. Dabei hinaus interessiert auch die Akzeptanz der Urteile des Gerichts in der Fachöffentlichkeit und der allgemeinen Öffentlichkeit.

## **11. Der schrittweise Ausbau der Stellung der europäischen Gerichte in der politischen Ordnung der Mitgliedstaaten (SPB 7)**

### **a. Der Europäische Gerichtshof**

### **b. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte**

Mit der Herausbildung supra- und internationaler Gerichte im 20. Jahrhundert beginnt ein neues Kapitel der Gerichtsbarkeit als politischer Ordnungsfaktor. Bei der Bearbeitung dieser Themen soll die Entwicklung des EuGHs bzw. des EGMRs von den Gründungsjahren bis heute betrachtet werden. Dabei sind die Ideen, welche den Gerichten bei der Gründung zugrundelagen der Ausgangspunkt und der schrittweise Ausbau ihrer Stellung nachzuvollziehen. Dabei ist der Entwicklungsweg sowohl institutionell als auch anhand von ausgewählten Entscheidungen zu erarbeiten. Einzugehen ist hierbei insbesondere auf die politischen Bedingungen und Hintergründe, die diese Entwicklung ermöglicht und befördert hat. Dabei interessiert – exemplarisch – auch die Rezeption und Akzeptanz der Urteile in den verschiedenen Diskursen der Mitgliedstaaten. Dabei sollte insbesondere in den Blick genommen werden, wie die Gerichte mit dem Spannungsfeld von Vielfalt und Einheit des Rechts in Europa umgehen. Wie reagieren die einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auf Entscheidungen des EuGHs bzw. EGMRs?

Die Frage nach Grund und Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht spielt bei Thema 11a sicher eine wesentliche Rolle; die Bearbeitung sollte aber nicht die diesbezüglichen verschiedenen Sichten des EuGH und des BVerfG als solche in den Mittelpunkt der Bearbeitung stellen, sondern das Thema aus der Perspektive des Gesamthemas des Seminars aufnehmen. Entsprechendes gilt für Thema 11b hinsichtlich der Auseinandersetzungen zwischen EGMR und BVerfG bezüglich der Caroline-Entscheidungen und der Sicherungsverwahrung.

## **12. Der schrittweise Ausbau der Stellung des US-Supreme Court in der politischen Ordnung der Vereinigten Staaten bis zum New Deal (SPB 1, 7)**

Der US-Supreme Court war jedenfalls lange eines der einflussreichsten Spruchkörper der Welt. Zu untersuchen ist, wieweit die starke Stellung des Gerichts schon in der US-amerikanischen Verfassung selbst angelegt war, in welchen Schritten seine Stellung gefestigt und ausgebaut wurde und welche politischen Bedingungen dazu geführt haben, dass das Gericht sich seine Stellung erwerben konnte. Die Entwicklung soll dabei von der Gründung des US-Supreme Courts bis zum New Deal nachvollzogen werden. Ausgehend von den Hintergründen der Verankerung des Gerichtshofs in der Verfassung soll auf das anfängliche Ringen um Ansehen und Bedeutung eingegangen werden.

### **13. Die politische Ordnungsfunktion der Gerichte im Gegenwind - Anfechtungen und Herausforderungen (SPB 7)**

#### **a. Das Bundesverfassungsgericht**

Immer wieder stoßen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf Ablehnung in der Politik. Im Rahmen dieses Themas soll untersucht werden, wie das Bundesverfassungsgericht auf Anfechtungen seiner Entscheidungen reagiert. Von Interesse ist insbesondere, ob und wie sich die Stellung des Verfassungsgerichts durch den sich ändernden politischen Kontext seit 1990 verändert hat. Dabei ist insbesondere zu untersuchen, wie das Gericht mit den Herausforderungen der Wiedervereinigung, der Internationalisierung und der zunehmenden Wahrnehmung im Ausland umgeht. Auch auf die Herausforderungen durch Veränderungen in der Parteienlandschaft sollten aufgegriffen werden. Wie reagiert das Gericht auf die neuen Kommunikationsbedingungen? Gefragt werden kann auch, ob sich das Bild des Gerichts in der Fachöffentlichkeit geändert hat. Gibt es Rechtsprechungslinien, die als Ganzes zunehmend auf Kritik stoßen? Liegt in diesen Entwicklungen eine Infragestellung, eine grundlegende Fundamentverschiebung oder nur eine Adaption der Aufgaben des Gerichts? Ist dessen Rolle hierdurch gestärkt oder geschwächt?

#### **b. Der Europäische Gerichtshof im Gegenwind - Anfechtungen und Herausforderungen**

#### **c. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Gegenwind - Anfechtungen und Herausforderungen**

Entscheidungen des EuGHs und des EGMRs werden in den Mitglieds- bzw. Konventionsstaaten immer häufiger sehr konträr gewürdigt und stoßen zunehmend auch auf Widerstand. Bei der Bearbeitung dieser Themen soll die sich wandelnde Art der Rezeption von europäischen Entscheidungen - auch in der Unterscheidung verschiedener Zirkel und Öffentlichkeiten - analysiert werden und nach den Gründen für diese Entwicklung gesucht werden. Welches sind die politischen und rechtlichen Hintergründe hierfür? Inwieweit können die Gerichte hierauf reagieren? Welche Rolle spielen hierbei der Inhalt der Entscheidungen und die Struktur des Gerichts? Wieweit ist der wachsende Widerstand auf Entwicklungen innerhalb der Mitglied- bzw. Konventionsstaaten zurückzuführen? Auch sollte der Frage nachgegangen werden, wie der EuGH bzw. der EGMR und die Mitglied- bzw. Konventionsstaaten auf diese Entwicklungen reagieren. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Umgang mit Vielfalt und Einheit der Rechtsordnungen in Europa im Blick zu behalten. Zudem könnte untersucht werden, wie die Gerichte in der Öffentlichkeit wahrgenommen werden. Gefragt werden sollte außerdem, ob den Gerichten institutionelle Herausforderungen bevorstehen bzw. ob die Entwicklungen Reformen notwendig machen.

#### **d. Der US-Supreme Court im Gegenwind - Anfechtungen und Herausforderungen**

In seiner Geschichte hat der US-Supreme Court immer wieder Einfluss in die Politik genommen. Ein Beispiel der jüngeren Vergangenheit ist die Entscheidung „*Bush v. Gore*“ aus dem Jahre 2000, worauf dem Gericht Parteilichkeit zugunsten der Republikanern vorgeworfen wurde. Bei der Bearbeitung dieses Themas soll auf die zahlreichen Anfechtungen der Entscheidungen durch die Politik eingegangen werden. Gab es gar Versuche, das Gericht zu schwächen? Es sollte nach den Gründen für die Angriffe auf den



Supreme Court gefragt werden. Wie geht das Gericht mit den Angriffen seitens der Politik um? Wie wurde und wird das Gericht in der Öffentlichkeit und Fachöffentlichkeit wahrgenommen, gibt es insoweit eine Entwicklung, was erklärt sie? Gibt es strukturelle Problem und wo werden in den USA die Herausforderungen gesehen? Wieweit gibt es gemeinsame Vorstellungen, wieweit besteht hierüber Uneinigkeit? Werden institutionelle Reformen gefordert? Wie sind die diesbezüglichen Diskussion zu bewerten?

#### **14. Demokratie ohne Verfassungsgerichtsbarkeit - Die Rolle der Gerichte als politische Faktoren (SPB 7, 10)**

##### **a. im Vereinigten Königreich**

##### **b. in der Schweiz**

Aus deutscher Sicht scheint das Bestehen eines starken Verfassungsgerichts vielen als unabdingbare Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie. Doch weder im Vereinigten Königreich, noch in der Schweiz besteht eine Verfassungsgerichtsbarkeit – zumindest keine in dem Sinne, dass es eine Instanz gibt, die Gesetze verwerfen könnte. Im Rahmen dieser Themen soll untersucht werden, wie Demokratie ohne Verfassungsgerichtsbarkeit funktionieren kann. Dabei soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, welche Rolle die Gerichte in dem Verfassungssystem des Vereinigten Königreichs bzw. der Schweiz spielen. Inwieweit ist auch ihnen eine politische Funktion zugeordnet? Inwieweit will man eine solche Funktion gerade vermeiden und warum? Welches sollen die Sicherungen sein, die eine Verfassungsgerichtsbarkeit entbehrlich machen? Wieweit ändert dies auch im Ergebnis etwas im Umgang mit verfassungsrelevanten Problemen? Insbesondere ist hierbei auch auf die innerstaatliche Diskussion einzugehen – wieweit wird eine Einführung einer verfassungsrechtlichen Kontrolle gefordert, verändern sich insoweit die Diskussionen und ist das ein ernsthaftes Thema oder eher ein Spezialdiskussion ohne größeren Widerhall? Gibt es Grundüberzeugungen, die als übergreifende gedankliche Basis angesehen werden können, oder ist die Diskussion sehr konträr? Hat es in der Vergangenheit Veränderungen gegeben? Welche Rolle spielt das Unions-, bzw. Konventionsrecht und die Rechtsprechung der europäischen Gerichte?

#### **15. Die Entwicklung der Verfassungskontrolle durch Gerichte in der 5. Republik Frankreichs (SPB 7)**

Zu Beginn der 5. Republik wurde den französischen Gerichten nur eine sehr eingeschränkte Möglichkeit der Verfassungskontrolle zugestanden. Im Rahmen dieses Themas ist die Entwicklung der gerichtlichen Verfassungskontrolle in Frankreich herauszuarbeiten. Worin liegen die Gründe für die zunächst große Zurückhaltung gegenüber einer gerichtlichen Kontrolle? Das Thema ist grundsätzlich auf die 5. Republik beschränkt. Zur Erklärung des französischen Verständnisses kann jedoch auch ein Ausblick auf die historischen Grundlagen gegeben werden. Bei der Darstellung der Entwicklung soll zudem nach der Akzeptanz und den politischen Hintergründen der einzelnen Entwicklungsschritte gefragt werden. Von Interesse ist außerdem, welchen Einfluss das Unionsrecht auf diese Entwicklungen ausgeübt hat. Ein wesentlicher Schritt in der Weiterentwicklung der gerichtlichen Verfassungskontrolle war die Einführung der „question prioritaire de constitutionnalité“. Welche Veränderungen haben sich durch die Reform ergeben? Kam es zu Verschiebungen im Machtgefüge der politischen Ordnung? Zu fragen ist auch, wie die

französische Fachöffentlichkeit die Entwicklung aufgenommen hat. Wie hat die allgemeine Öffentlichkeit darauf reagiert?

### **III. Bedingungen für Erfolg und Misserfolg von verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung**

#### **16. Unabhängigkeit und demokratische Rückbindung der Verfassungsrichter im Vergleich (SPB 6, 7, 10)**

##### **a. von USA, Vereinigtem Königreich und Deutschland**

##### **b. des Europäischen Gerichtshofs, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und Frankreichs**

Die verschiedenen Verfassungsgerichte unterscheiden sich in Struktur und Aufbau. Es fragt sich, inwieweit diese strukturellen Unterschiede Einfluss auf den Erfolg bzw. Misserfolg von verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung haben. Im Rahmen dieser Themen ist ein Rechtsvergleich der jeweiligen Verfassungsgerichte im Hinblick auf die Unabhängigkeit und die demokratische Rückbindung ihrer Richter vorzunehmen. Dabei soll die Richterwahl beleuchtet und danach gefragt werden, welche Qualifikationen ein Verfassungsrichter vorweisen muss. Einzugehen ist außerdem auf die konkreten Richterpersönlichkeiten. Haben die Richter ein klares Profil? Zeichnen sie sich eher durch Fachlichkeit oder durch politische Erfahrung aus? Inwieweit ist zur Wahl zum Verfassungsrichter politische Nähe förderlich bzw. schädlich? Daneben könnte gefragt werden, ob eine Möglichkeit der Wiederwahl besteht. Wie werden die Richter vergütet? Sind sie innerhalb des Gerichts unabhängig oder den Weisungen des Präsidenten unterworfen? Haben sie ihre eigenen wissenschaftlichen Mitarbeiter?

#### **17. Verschiedene Kulturen der Begründung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen im Vergleich (SPB 6, 7, 10)**

##### **a. von Frankreich, Europäischen Gerichtshofs und Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte**

##### **b. der USA, Österreich und Deutschlands**

Anhand eines Rechtsvergleichs der jeweiligen Gerichte soll herausgearbeitet werden, inwieweit Unterschiede in der Begründung der Entscheidungen ein Faktor für den Erfolg bzw. Misserfolg eines Verfassungsgerichts sind. Die jeweiligen Begründungskulturen sollen insbesondere im Hinblick auf Begründungsstil, Dogmatik, Kasuistik und Umfang der Begründungen untersucht werden. Daneben könnte auch gefragt werden, ob eine Rückbindung an die Fachliteratur besteht. Ziehen die Gerichte rechtsvergleichende Erwägungen zur Begründung heran? Welche Rolle spielen Sondervoten bei der Urteilsbegründung?

#### **18. Die Abhängigkeit von Legitimität und Entscheidungskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch Abläufe der Entscheidungsfindung im Vergleich (SPB 6, 7, 10)**

##### **a. von US Supreme Court, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht**

## **b. des Conseil Constitutionnel, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts**

Anhand eines Rechtsvergleichs soll untersucht werden, inwieweit Abläufe bei der Entscheidungsfindung Einfluss auf die Legitimität und Entscheidungskraft einer Entscheidung haben. Dabei ist auf die verschiedenen Modalitäten bei der Entscheidungsfindung einzugehen: Nutzt das Gericht das Berichterstatterprinzip? Werden mündliche Verhandlungen anberaumt, bzw. wie werden diese ausgestaltet? Wie lange dauern die Beratungen und wie stellen sich diese dar? Ist das Gericht an interne oder externe Fristen gebunden? Inwieweit werden wissenschaftliche Mitarbeiter oder Dritte in die Entscheidungsfindung eingebunden? Wie werden die einzelnen Voten ausgestaltet? Dabei sollte auch gefragt werden, welche Rückwirkungen diese Regelungen auf die Kapazitäten und die Verfahrensdauer haben. Dagegen soll im Rahmen dieser Themen nicht der Frage nachgegangen werden, welche Filter zur Bewältigung der Verfahrenslast gewählt werden (z.B. Annahmeverfahren).

## **IV. Rechtsmethodische Grundfragen**

### **19. Das politische Problem der demokratischen Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle (SPB 7, 10)**

Ist die Verfassungsgerichtsbarkeit eine undemokratische Institution? Wenn man Demokratie als Mehrheitsherrschaft versteht, so scheint das zunächst der Fall zu sein: Verfassungen sind, wenn sie mit Vorrang vor dem einfachen Gesetzesrecht positiviert werden (Vorrang der Verfassung), insofern „antimajoritär“, als sie sich gegen den Willen der aktuellen parlamentarischen Mehrheit behaupten. Führt diese „countermajoritarian difficulty“ (A. Bickel) also dazu, dass Verfassungen (insbesondere auch soweit sie Grundrechte schützen) grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip stehen?

Womöglich lässt sich Demokratie auch ganz anders deuten, nämlich als ein partnerschaftliches Miteinander, das dem Ideal nach eigentlich Einstimmigkeit verlangt (weil Herrschaft grundsätzlich die Zustimmung aller Betroffenen voraussetzt), so dass das Mehrheitsprinzip lediglich einen Kompromiss mit den Anforderungen der Praktikabilität darstellt? Die besonderen Mehrheitsanforderungen für Verfassungsänderungen („supermajority“) und die Institution der verfassungsgerichtlichen Kontrolle ließen sich dann womöglich als nicht als Gegensatz zur Demokratie deuten, sondern als ein Schutzmechanismus für die Demokratie im eigentlichen Sinne?

Die Arbeit soll sich diesen Fragen widmen. Sie kann (muss aber keineswegs) noch zusätzlich auf Rechtsordnungen (wie Kanada, Israel oder Großbritannien mit Blick auf den Human Rights Act) eingehen, in denen auf eine Verfassung mit striktem Vorrang verzichtet und gerichtliche Kontrollformen etabliert werden, die keine direkte Normverwerfungskompetenz beinhalten, sondern eine schwächere Kontrolle etablieren. Liegen darin Alternativen zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle, die dem (als Mehrheitsherrschaft verstandenen) Demokratieprinzip gerechter werden? Im Rahmen des Themas kann auch (muss aber ebenfalls nicht unbedingt) gefragt werden, inwieweit durch Verfahrens- und Organisationsnormen, etwa durch die Richterwahl oder die Struktur des Beratungsverfahrens, personelle und sachliche demokratische Legitimität (im Sinne Böckenfördes) gesteigert werden können.

(Mögliche Ausgangspunkte im Schrifttum: Für die Mehrheitsherrschafts-Position: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Handbuch des Staatsrechts II, hrsg. v. *Isensee/Kirchhof*, Heidelberg 1987; *Christoph Möllers*, Demokratie -

Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008; *Alexander M. Bickel*, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis 1962; für das Konzept der Demokratie als Partnerschaft: *Ronald Dworkin*, *Freedom's Law*, Oxford 1996; ders., *Gerechtigkeit für Igel*, Berlin 2014)

## **20. Methodische Grundlagen für Möglichkeiten und Grenzen von Verfassungsvergleichung in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen (SPB 7, 10)**

Nationale Verfassungsgerichte, aber auch etwa der EuGH oder der EGMR nutzen die Rechtsvergleichung in Form des Verfassungsvergleichs im Rahmen der Entscheidungsfindung. Die südafrikanische Verfassung etwa gebietet es sogar ausdrücklich, die Rechtsvergleichung bei der Verfassungsauslegung heranzuziehen. Für den EuGH bildet einen Ansatzpunkt dafür etwa die Präambel der europäischen Grundrechtecharta, die die Achtung der nationalen Verfassungstraditionen und damit eine rechtsvergleichende Betrachtung verlangt.

In der Arbeit sollen die Möglichkeiten und Grenzen einer solchen Verfassungsvergleichung in gerichtlichen Entscheidungen untersucht werden. Ist Rechtsvergleichung die „fünfte Auslegungsmethode“, wie Peter Häberle meinte? Oder ist die anhaltende Kritik an der Anwendung des rechtsvergleichenden Ansatzes berechtigt: Sind Verfassungen nicht derart durch nationale Eigenheiten geprägt, dass sich rechtsvergleichendes Argumentieren von vornherein verbietet? Und muss angesichts der unendlichen Fülle des Materials ein Verfassungsvergleich nicht notwendig eklektisch bleiben, so dass ein ergebnisorientierter Missbrauch dieser Methode naheliegt und gegen ihre Nutzung spricht? Wieweit hängt die Frage auch damit zusammen, was für ein Normverständnis man verfassungsrechtlichen Texten unterlegt?

In der Arbeit kann (muss aber nicht) auf die heftige Debatte eingegangen werden, die in den Vereinigten Staaten von Amerika nach Entscheidungen des Supreme Court ausbrach, in denen die Rechtsvergleichung herangezogen wurde, um grundrechtliche Grenzen für die Todesstrafe (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304) und für die Bestrafung von Homosexualität (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558) zu begründen.

## **21. Grundrechtsauslegung durch das Bundesverfassungsgericht in schwierigen Fällen: Verfassungsfortbildung oder Verfassungsauslegung? (SPB 7, 10)**

Wenn das Bundesverfassungsgericht in schwierigen Fällen Entscheidungen zu den Grundrechten trifft, betreibt es dann noch Auslegung des Verfassungstextes anhand der konventionellen Auslegungscanones – oder in Wahrheit schon schöpferische, normkonkretisierende Rechtsfortbildung? Gibt es in solchen schwierigen Auslegungsfragen bessere und schlechtere Antworten (Debatte um die „one right answer-thesis“) – oder bedarf es, um sie zu beantworten, letztlich eines Rückgriffs auf außerrechtliche Wertungen?

Diese Grundlagenfrage der verfassungsrechtlichen Methodik kann (muss aber nicht) in der Arbeit anhand eines konkreten Grundrechtsproblems untersucht werden (vgl. zurzeit etwa die aktuelle Diskussion im *Verfassungsblog* über die Verfassungsmäßigkeit der „Ehe für alle“ oder die streitige Rezeption der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption).

### Allgemeine Anmerkungen:

Von den Seminararbeiten wird ein eigenständiger Zugriff auf die Themen erwartet, die in selbst zu wählender Schwerpunktsetzung den Themen ein je persönlich zu formendes Profil gibt. Dabei ermutigen wir dazu bei allen Themen, insbesondere aber auch bei den Themen 16 bis 18, eigenständige Deutungen und Bewertungen vorzunehmen, auch wenn Sie hierfür

keine Absicherung in der Literatur finden. Die solide Durchdringung der Normen, Entscheidungen, geschichtlichen Umstände und der Literatur soll idealerweise als Ausgangspunkt für eine kritische Bewertung dienen, welche Umstände auf die Frage des Gelingens oder Misslingens welche Bedeutung hatten oder haben.

Die Themen der Nummer 8 können unter Rückgriff auf englische und deutsche Texte auch ohne Kenntnisse der polnischen oder ungarischen Sprache bearbeitet werden. Ob die englische und deutsche Textlage das auch für das Thema Nummer 7 erlaubt, wird meinerseits nicht überblickt - russische Sprachkenntnisse wäre hier zumindest wünschenswert.