

Scott Douglas Gerber, A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606–1787, Oxford University Press, New York 2011, XXII + 413 S., kart., 65,00 £.

Timo Gerke, Die Herausbildung des modernen Konstitutionalismus in den USA. Von der Virginia Declaration of Rights bis zur amerikanischen Bundesverfassung von 1787, Der Andere Verlag, Tönning/Lübeck etc. 2010, 150 S., kart., 25,00 €.

Kunal M. Parker, Common Law, History, and Democracy in America, 1790–1900. Legal Thought before Modernism, Cambridge University Press, Cambridge 2011, XI + 305 S., kart., 58,00 £.

Lucas A. Powe, Jr., The Supreme Court and the American Elite, 1789–2008, Harvard University Press, Cambridge, MA 2009, X + 421 S., geb., 18,00 €.

Tom Ginsburg/Rosalind Dixon (Hrsg.), Comparative Constitutional Law (Research Handbooks in Comparative Law, hrsg. v. Francesco Parisi/Tom Ginsburg), Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Camberley etc. 2011, XI + 668 S., kart., 157,50 £.

Johannes Masing/Olivier Jouanjan (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit. Grundlagen, innerstaatliche Stellung, überstaatliche Einbindung, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, XI + 150 S., kart., 44,00 €.

Michael Stolleis (Hrsg.), Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht, Verlag C. H. Beck, München 2011, 297 S., geb., 29,95 €.

Recht – Verfassung – Verfassungsgerichtsbarkeit

Eine Untersuchung über die Herausbildung der unabhängigen Judikative in den Vereinigten Staaten ist ohne Frage längst überfällig gewesen, zumal angesichts der Tatsache, dass die Unabhängigkeit der Judikativen heute in den Vereinigten Staaten keineswegs unumstritten ist – nicht erst seit die extreme Rechte im zurückliegenden amerikanischen Wahlkampf zu einem massiven Angriff auf die Unabhängigkeit der Justiz geblasen hat. In einer ganzen Reihe von Staaten der amerikanischen Union ist diese in der Tat längst nicht so selbstverständlich und gesichert, wie dies mitunter angenommen werden mag; sie ist es auch historisch nie gewesen und das nicht erst seit ab 1832 eine wachsende Zahl von Staaten zur Volkswahl der Richter übergang. Doch diese Weiterungen bis zur Gegenwart sind nicht das Thema von Scott Douglas Gerber, dessen Buch hier als Erstes vorgestellt werden soll. Er beschränkt sich auf einen knappen ideengeschichtlichen Überblick und erzählt dann Staat für Staat die Entwicklung der Judikativen in den 13 ursprünglichen Staaten, jeweils von der Gründung der Kolonie bis zum ausgehenden 18. Jahrhundert. Diese historischen Abrisse der Kolonialzeit basieren auf einer soliden Kenntnis der einschlägigen amerikanischen Literatur, gehen aber kaum über diese hinaus. Kleinere Fehler oder Widersprüche fallen dabei nicht wirklich ins Gewicht. Der Vorteil des Buchs ist, dass das, was bislang verstreut und disparat war, nun übersichtlich zusammengetragen ist. Damit sind die Vorzüge des Werks aber auch bereits aufgezählt.

Demgegenüber stehen bedauerlicherweise gravierende Defizite. Bereits der gut 20-seitige ideengeschichtliche Abriss von Aristoteles bis John Adams ist nicht nur in seiner Auswahl reichlich erratisch. Schwerer wiegt, dass dem Autor der Unterschied zwischen Mischverfassung und Gewaltentrennung verborgen geblieben ist. Für ihn sind das zwei Seiten einer Medaille. Dabei hätte ihn der Blick auf England lehren können, dass es dort zwar eine Mischverfassung, aber – Montesquieu und Blackstone zum Trotz – keine Gewalttrennung, jedenfalls nicht in einem Adamsschen oder amerikanischen Sinne gibt. Aber von der englischen Rechts- und Verfassungsentwicklung hat der Verfasser leider keine belastbaren Kenntnisse. Das wird nicht nur an Peinlichkeiten deutlich, darunter wenn er für das 17. Jahrhundert immer wieder von Großbritannien spricht, obwohl es dieses vor 1707 gar nicht gegeben hat und er tatsächlich England meint, oder wenn er behauptet, James II. sei am 11. Dezember 1688 unter dem Druck des Parlaments zurückgetreten (S. 255). Ein Schnellkurs in Sachen Glorious Revolution hätte da leicht Abhilfe schaffen können.

Dabei ist unverständlich, wie man einen Abriss der Rechts- und Verfassungsentwicklung der anglo-amerikanischen Kolonien im 17. und 18. Jahrhundert schreiben kann, ohne über eine solide Kenntnis der englischen Rechts- und Verfassungsgeschichte zu verfügen. Besäße Gerber diese, wüsste er, dass verfassungshistorisch die Unabhängigkeit der Judikativen mit dem (englischen) „Act of Settlement“ von 1701 datiert – das der Autor dreimal beiläufig in den Fußnoten erwähnt (S. 20, 24 und 90) –, und dann wäre es das Naheliegendste gewesen, danach zu fragen, welche Konsequenzen dieses Gesetz und die englische Praxis im 18. Jahrhundert für die Kolonien hatten, und warum die englischen Regierungen, und das heißt durchweg die Whigs, die dieses Gesetz in England nach langem Kampf durchgesetzt hatten, in aller Regel bis 1776 mit Nachdruck bemüht blieben, die Übertragung dieses Verfassungsprinzips auf die Kolonien zu verhindern. Im Gegenzug wäre dann darzulegen gewesen, mit welchen rechtlichen Argumenten und politischen Mitteln die Amerikaner wann, unter welchen Bedingungen und mit welcher Entschlossenheit versuchten, dieses in den Kolonien und damit die Trennung von Politik und Justiz durchzusetzen. Hier geht es um keine Institutionengeschichte, sondern um eine Kernfrage der Verfassungsordnung.

Diese Diskussion findet in dem Buch nicht statt. Zwar mag Gerber anführen, dass es bei seiner Behandlung der einzelnen Kolonien doch um dieses Verfassungsprinzip geht. Aber es geschieht in der Regel allein im Kontext der von England gewährten Charters, Grants, Commissions, Concessions und dergleichen beziehungsweise der Gerichtsordnung und ohne den verfassungsrechtlichen Diskurs und die Interaktionen zwischen den einzelnen Kolonien offenzulegen. Vielmehr steht alles unvermittelt nebeneinander – selbst im Fall von Pennsylvania und Delaware –, als hätte das eine nichts mit dem anderen zu tun. Hinzu kommt, dass Gerber völlig auf die Regelungen der amerikanischen Bundesverfassung fixiert ist, als wäre keine andere Ausprägung richterlicher Unabhängigkeit institutionell denkbar und mitunter umgesetzt worden, das heißt Ernennung auf Lebenszeit, festgelegtes und gesichertes Gehalt und Amtsenthebung ausschließlich durch Impeachment. Schon die Möglichkeit der Amtsentfernung durch Parlamentsbeschluss, den das „Act of Settlement“, jener *locus classicus* der richterlichen Unabhängigkeit, kannte, ist Gerber selbst bei hohen Hürden eine unzulässige Einschränkung dieses Verfassungsprinzips. Eine Ernennung oder Wahl auf eine langjährige Amtszeit, etwa zehn, zwölf oder 15 Jahre, bei Ausschluss der Wiederwahl, wie sie einige amerikanische Verfassungen des 19. Jahrhunderts kannten, lässt er in seinem Konzept richterlicher Unabhängigkeit ebenso wenig gelten wie die Frage nach den Modalitäten der Ernennung, die von essentieller Art sind, wie der Blick in die eigene Staatengeschichte ebenso wie etwa der über die Grenzen der USA hinaus leicht hätte lehren können. Selbst bei einer Ernennung auf Lebenszeit definiert sich richterliche Unabhängigkeit im weiteren Sinne unter anderem dadurch, wer das Vorschlagsrecht besitzt und ob die Exekutive alleine oder mit Zustimmung der Legislativen oder eines ihrer Teile oder die Legislative alleine mit einfacher, absoluter oder Supermehrheit ernennt.

Für Gerber findet die richterliche Unabhängigkeit ihre Krönung in der Praxis des judicial review, und er ist bemüht, die frühen und zumeist bekannten Beispiele für deren Ausübung in den einzelnen Kolonien und Staaten im 18. Jahrhundert und damit deutlich vor Marbury versus Madison herauszustellen. Das ist aus seiner Perspektive verständlich, aber Gerber übersieht, dass er auf diese Weise zwei Dinge miteinander verknüpft, die als Verfassungsprinzip nichts miteinander gemein haben. Zwar fallen sie im Verfassungsverständnis der USA und einer Reihe weiterer Länder zusammen, aber das Vorhandensein

oder Fehlen von judicial review kann nicht als Maßstab für die Existenz richterlicher Unabhängigkeit gelten, denn niemand wird leugnen wollen, dass es Staaten gibt, in denen die richterliche Unabhängigkeit als Verfassungsgrundsatz und real existiert – das Vereinigte Königreich ist dafür wiederum nur ein Beispiel –, aber kein judicial review in einem amerikanischen Verständnis besteht. Insofern ist judicial review keine Folge richterlicher Unabhängigkeit, sondern die Konsequenz eines Verfassungsverständnisses als oberste Rechtssetzung – so hat es auch Alexander Hamilton im „Federalist“ definiert –, dem sich selbst der Souverän unterzuordnen hat. Frankreich hat dies bis 2008/2010 anders gesehen und entschieden, wie die unten zu besprechenden Bände von Johannes Masing und Olivier Jouanjan sowie Michael Stolleis deutlich machen.

Nun wird man keiner Untersuchung in amerikanischer Binnenperspektive vorhalten wollen, dass sie nicht den Blick über die Landesgrenzen hinaus richtet, solange es dafür nicht, wie allerdings im Fall der Kolonialgeschichte, eine inhaltliche Begründung gibt. Doch der Anhang des Buchs über „Popular Constitutionalism“ (S. 345–361) macht deutlich, um was es dem Autor eigentlich geht, nämlich eine konservative Abrechnung mit den „linken“ Verfassungshistorikern Mark V. Tushnet, Cass R. Sunstein und Larry D. Kramer und deren „Angriff auf den judicial review“. Das mag ein, interessanterweise von Oxford University Press unterstützter, akademischer Positionierungsversuch sein, aber er offenbart auch das dünne Eis, auf dem sich der amerikanische Konservatismus heute, nicht nur politisch, mitunter bewegt.

Es mag unpassend erscheinen, an dieser Stelle auf die Kasseler Examensarbeit von Timo Gerke zu verweisen, die jedoch, heutigen Gepflogenheiten entsprechend, im Buchhandel erhältlich ist. Sie verdient nicht nur Erwähnung, weil sie thematisch hier einschlägig ist, sondern weil sie zudem sich bemüht, eine Forschungslücke zu schließen. Es ist längst unbestritten, dass der moderne Konstitutionalismus in der amerikanischen Revolution mit den ersten geschriebenen Verfassungen seinen Anfang nahm. Doch was konkret dieser moderne Konstitutionalismus bedeutet und wie er sich von der Unabhängigkeitserklärung bis zur amerikanischen Bundesverfassung von 1787 entfaltete, blieb bislang, ungeachtet der grundlegenden Untersuchungen von Gordon S. Wood, Willi Paul Adams, Marc Kruman, John Philip Reid und anderen, unbehandelt.

Gerke hat das Verdienst, die „Virginia Declaration of Rights“ vom 12. Juni 1776 als erstes wahrhaft revolutionäres amerikanisches Verfassungsdokument eingehend zu analysieren und die in ihr enthaltenen zehn Grundprinzipien des modernen Konstitutionalismus herauszuarbeiten. Sodann untersucht er, wie jedes dieser zehn Prinzipien in der Folge diskutiert wurde und sich in den amerikanischen Einzelstaatsverfassungen von 1776 an bis zur Verfassung von New Hampshire von 1784 niedergeschlagen hat. Indem damit diese Prinzipien historisiert werden, gelingt es Gerke zugleich deutlich zu machen, wie mühsam dieser Gesamtprozess der Herausbildung des modernen Konstitutionalismus war. Am Ende seiner Untersuchung stehen schließlich die Bundesverfassung von 1787 und die Darlegung der Verankerung dieser Prinzipien in ihr aufgrund des mitunter schwierigen und holprigen Wegs der zurückliegenden Jahre.

Selbst wenn es sich bei dem schmalen Band um eine ausgezeichnete Examensarbeit handelt, der man ihre strukturell bedingten Schwächen eher nachsehen wird als ihre zahllosen Schreibfehler, stößt sie mit diesem Thema doch an ihre Grenzen. Aber sie zeigt den Weg auf, den eine fundierte wissenschaftliche Untersuchung dieses Themas zukünftig zu gehen haben wird und den es nunmehr tiefer und breiter auszuleuchten gilt. Als deren Ergebnis dürfte sich die Erkenntnis verbreiten, dass die historische Fixierung auf die amerikanische Bundesverfassung eine unzulässige Verkürzung der Perspektive ist und dass die amerikanischen Einzelstaatsverfassungen der 1770er und 1780er Jahre ungleich mehr als lediglich eine historische Reminiszenz sind – schließlich gehören zu ihnen die beiden ältesten heute noch gültigen geschriebenen Verfassungen der Welt, die Verfassung von Massachusetts von 1780 und die Verfassung von New Hampshire von 1784 –, dass diese vielmehr das eigentliche Verfassungslaboratorium darstellen, in dem sich, in Irrungen und Wirrungen, die heute unverändert gültigen zehn Grundprinzipien des modernen Konstitutionalismus herausgebildet und, wie unzulänglich zum Teil auch immer, ihre frühe Gestalt angenommen haben.

An sich schon ist es eine faszinierende Frage, wie der *novus ordo saeculorum*, den die Vereinigten Staaten zu begründen beanspruchten, auf einem Rechtssystem errichtet werden sollte, das dem engli-

schen Mittelalter entstammt und seine Legitimation aus Rechtssätzen herleitet, die „seit unvordenklichen Zeiten“ als gültig angesehen werden. Dies scheint in diametralem Widerspruch zu einem Land zu stehen, das nicht in seiner Vergangenheit ruht, sondern ganz der Zukunft zugewandt ist und als alleinige Rechtfertigung seines Handelns den Willen des Volks gelten lässt. Sollte dann nicht auch die Rechtsordnung durch vom Volk bestimmte Gesetze geregelt sein statt durch Heinrich II.?

Stattdessen hatte es schon 1776, etwa in der „Declaration of Rights“ von Maryland geheißen, „[t]hat the inhabitants of Maryland are entitled to the common law of England“ (Art. 3). Das soeben für unabhängig erklärte Texas forderte in seiner Verfassung von 1836 seine Legislative auf, sobald als möglich per Gesetz „the common law of England“ einzuführen (Art. IV, Abs. 13). In der Verfassung von Wisconsin von 1848, mit der der Staat in die Union aufgenommen wurde, hieß es: „Such parts of the common law as are now in force in the Territory of Wisconsin, not inconsistent with this constitution, shall be and continue part of the law of this State, until altered, or suspended by the Legislature“ (Art. XIV, Abs. 13), eine Bestimmung, die nach über 160 Jahren heute immer noch unverändert gültig ist.

Nicht alle sahen mithin jenen konstatierten Widerspruch – wohl jedoch unter anderem etliche Jeffersonians, wie das nachfolgend anzudeutende Buch von Lucas A. Powe deutlich macht –, und die Auflösung dieses Widerspruchs ist ohne Zweifel eine ebenso notwendige wie höchst aktuelle Frage. Doch wie Kunal Parker sich mit diesem Problem auseinandersetzt, zwingt den Leser in einer über weite Strecken rechtsphilosophischen Betrachtung, sich immer wieder auf neue und ungewohnte Perspektiven einzulassen. Sein Gang durch die Jahrzehnte vom ausgehenden 18. bis zum Ende des 19. Jahrhunderts ist in die Kapitel unterteilt „Time as Consent“, „Time as Spirit“, „Time as Law“ und „Time as Life“ und bietet eine Einbindung der „Zeit“ als Legitimationsfaktor in die intellektuellen Strömungen der jeweiligen Epoche, vom Revolutionszeitalter über die Romantik bis zum Sozialdarwinismus.

Die Verbindung, die die Prinzipien des Common Law mit der Interpretation der Verfassung eingegangen waren, ja dieser zugrunde gelegt wurden, wurden mehrheitlich geteilt, obwohl sie – nicht nur – zu Zeiten der Jacksonian Democracy und insbesondere des Progressive Movement immer wieder von anderen massiv infrage gestellt wurden. Der berühmte Fall *Lochner versus New York* von 1905 galt für letztere als eindeutiger Beweis, dass die alten Common-Law-Grundsätze von Vertrag, Eigentum und unerlaubter Handlung einem modernen Amerika entgegenstanden. Dabei hatte es immer wieder durchaus Versuche gegeben, das Common Law von seiner mittelalterlichen Begründung zu lösen und den Bedingungen des Landes flexibel anzupassen. Aber alle Versuche in der ersten Hälfte wie im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, es zu kodifizieren, waren ebenso gescheitert wie die Bemühungen, ein Federal Common Law zu begründen.

Parkers Ansatz, sich mit dieser Problematik und der Einbindung des Common Law in die Rechts- und Verfassungsentwicklung sowie die Politik der Vereinigten Staaten im 19. Jahrhundert auseinanderzusetzen, ist ebenso anspruchsvoll wie erhellend. Das Ergebnis ist ein brillantes Buch, das einen herausragenden Beitrag zur Geschichte und Entwicklung des Common-Law-Denkens in den Vereinigten Staaten im 19. Jahrhundert darstellt, an dem in Zukunft niemand, der sich mit der amerikanischen Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert beschäftigt, vorbeigehen kann.

Im Unterschied zu dem Gerber-Thema der richterlichen Unabhängigkeit werden, wie oben bereits angedeutet, die inhaltlichen Parallelen, die der Sache nach zwischen Parkers Buch und dem von Powe zumindest für die Hälfte des von letzterem behandelten Zeitraums bestehen, von diesem dank seines anderen Ansatzes nahezu völlig unbeachtet gelassen. Das mag ein Grund sein, weshalb sich nicht nur die Passagen über Oliver Wendell Holmes und den *Lochner*-Fall bei Powe sehr viel anders lesen. In dieser flott geschriebenen Darstellung, die immer wieder Einblicke in die Funktionsweise des Gerichts gibt – Powe war 1970/71 als law clerk für William O. Douglas am Supreme Court tätig – geht es um die Geschichte des Obersten Gerichts im politischen Kontext der Vereinigten Staaten von dessen bescheidenen Anfängen 1789 bis zum Ende der Präsidentschaft von George W. Bush anhand seiner Urteile. Das kann natürlich angesichts der Tatsache, dass diese Urteile aus mehr als 200 Jahren inzwischen weit über 500 Bände füllen, nur eine Auswahl sein, doch entspricht diese im Allgemeinen der Standardauswahl vergleichbarer Darstellungen.

Auch die gemäßigt liberale Interpretation Powes folgt in der Regel bekannten Mustern, selbst wenn seine Behandlung des Gerichts unter John Marshall (1801–1835) nicht durch die gemeinhin übliche Marshall-Gloriole geprägt ist, sondern zu Recht stärker den Widerstand Virginias und anderer Staaten gegen die nationalistische Rechtsprechung Marshalls herausstreicht. Auf Powes erstaunlich verhaltene Kritik an Lochner wurde bereits hingewiesen, während der Umschwung der Rechtsprechung zu dem, was heute die Inkorporationsdoktrin genannt wird, erstaunlich knapp und blass bleibt. Dass hierbei eine Neuinterpretation der due-process-Klausel des 14. Amendment zugrunde liegt, die darin nicht länger ausschließlich eine Verfahrensfrage sieht, sondern inhaltlich den Anspruch auf Freiheitsrechte begründet findet, wie es der von Powe nicht behandelte Fall *Gitlow v. New York* (268 U.S. 652 [1925]) erstmals zum Ausdruck brachte, hätte klarer herausgearbeitet zu werden verdient (vgl. S. 195–199). Auch wie weit die Inkorporation der „Bill of Rights“ in das 14. Amendment heute geht und für welche der ersten acht Amendments das zu Beginn des 21. Jahrhunderts noch nicht zutrifft, lässt Powe letztlich offen.

Dieses Versäumnis mag damit zusammenhängen, dass die thematische Auswahl der behandelten Fälle in den beiden letzten Kapiteln zwei bemerkenswerte Lücken aufweist. So geht Powe auf die Rechtsprechung zur bundesstaatlichen Ordnung in den jüngsten Jahrzehnten, zumal seit dem von Ronald Reagan verkündeten New Federalism, praktisch überhaupt nicht ein. Von der kurzen Erwähnung des Lopez-Falls abgesehen, fehlt ebenso jede Auseinandersetzung mit den höchst umstrittenen sogenannten gun rights oder second amendment rights. Warum Powe beide Themen ausgeklammert hat, bleibt offen. Diese Lücke erscheint umso auffälliger, wenn man sein Eintreten für eine Abschaffung der Todesstrafe liest.

Ungeachtet dieser Bemerkungen handelt es sich ohne Frage um eine insgesamt durchweg zuverlässige Darstellung, in der man nicht nur gezielt nachschlagen kann, sondern die sich auch gut liest und zum Weiterlesen anregt.

Dennoch kann nicht unerwähnt bleiben, dass der Titel des Buchs letztlich ein völlig anderes Werk suggeriert, als der Autor tatsächlich geschrieben hat. Denn laut Titel sollte es zum einen um den Obersten Gerichtshof, zum anderen um die amerikanische Elite gehen, und das „und“ zwischen beiden Teilen unterstellt, dass beide etwas miteinander zu tun haben. Zwar mag es sein, dass das Wort „Elite“ auf den 350 Seiten Text tatsächlich häufiger als jene vier Mal vorkommt, die mir in Erinnerung geblieben sind. Das ändert aber nichts daran, dass eine ebenso unerklärliche wie offensichtliche Diskrepanz zwischen Titel und Inhalt des Buchs klafft. Dabei hatte Powe nach eigenem Bekunden gar nicht vor, ein anderes Buch zu schreiben: „This book is a history of the Supreme Court, placed within the context of a broader history of the United States and its politics“ (S. VIII). Kein Wort von der amerikanischen Elite oder gar einem sozialgeschichtlichen Ansatz, so fruchtbar dieser auch hätte sein können und so willkommen er etwa als Ergänzung zu dem Buch von Barry Friedman „The Will of the People“¹ gewesen wäre. Aber dieses Buch hatte Powe angesichts dieser Erklärung gar nicht vor zu schreiben. Danken wir daher den irreführenden Titel allein dem Verlag? Zumindest hat er ihn wider besseres Wissen nicht verhindert.

Die vergleichende Perspektive, die bei Gerber so schmerzlich vermisst wurde, ist, bezogen auf das heutige Verfassungsrecht, das Thema des schwergewichtigen Bandes von Tom Ginsburg und Rosalind Dixon. Insgesamt 33 Beiträge kreisen um die Themenkomplexe „Constitutional Design and Redesign“, „Constitutional Identity“, „Constitutional Structure“, „Individual Rights and State Duties“ und „Courts and Constitutional Interpretation“. Schon diese Themenstellungen lassen erkennen, dass hier nicht die ausgetretenen Pfade eines vergleichenden Verfassungsrechts erneut beschritten werden. Vielmehr geht es durchweg um neue Fragestellungen und Forschungsansätze. Das mag – um bei dem Schwerpunkt dieser Sammelrezension zu bleiben – nicht unbedingt für Mark Tushnets „The Rise of Weak-form Judicial Review“ (S. 321–333) gelten, dessen Thesen der Autor bereits seit einigen Jahren vertritt. Doch für die drei hochinteressanten abschließenden Beiträge gilt dies allemal: Cheryl Saunders

¹ Vgl. dazu meine Besprechung in: Afs 51, 2011, URL: <<http://library.fes.de/fulltext/afs/htmrez/81198.htm>> [17.12.2012].

„Judicial Engagement with Comparative Law“ (S. 571–598), Vicki C. Jackson und Jamal Greene „Constitutional Interpretation in Comparative Perspective: Comparing Judges or Courts?“ (S. 599–623) und David Fontana „Docket Control and the Success of Constitutional Courts“ (S. 624–641).

Diese, wie auch die übrigen Autoren, lehren in aller Regel als Verfassungsrechtler an amerikanischen, zum kleineren Teil an australischen und kanadischen Universitäten. Kaum eine Handvoll der Beiträger kommt aus Südafrika, Europa oder Lateinamerika beziehungsweise aus dem Bereich der Politischen Wissenschaft. Was den Vergleich bei den einzelnen Themen angeht, liegt ein deutlicher Schwerpunkt auf den Verfassungen der Vereinigten Staaten, Australiens und Kanadas. Aber der Blick schließt auch immer wieder Südafrika, teilweise Neuseeland, Indien und Israel mit ein. Unter den europäischen Verfassungen dominiert im vergleichenden Blick eindeutig die deutsche Verfassung. Insgesamt wird in diesen Vergleichen häufig das Bestreben deutlich, sowohl Länder des Common Law als auch – um bei der englischen Terminologie zu bleiben – des Civil Law einzubeziehen. Das ergibt unter der jeweiligen Fragestellung durchaus Sinn und lässt Verbindendes und Trennendes schärfer hervortreten. Gerade angesichts der, nicht nur aus deutscher Perspektive, vielfach neuartigen Fragestellungen sind diese Vergleiche daher besonders erhellend.

Es wird aber auch noch eines deutlich. Der Vergleichsradius des Bandes ist unmissverständlich von der Sprache bestimmt. Es steht das im Vordergrund, was sich mittels der englischen Sprache erschließt. Wenn in diesem Band Deutschland stärker vertreten ist als etwa Frankreich, dann nicht nur angesichts des internationalen Ansehens des Bundesverfassungsgerichts, sondern auch weil dessen Entscheidungen und Pressemitteilungen in ungleich größerem Maße auf Englisch zugänglich sind als im Fall des Conseil constitutionnel. Das unterstreicht nicht nur die Bedeutung der englischen Sprache im vergleichenden Verfassungsrechtsdiskurs, es dokumentiert damit sinnfällig die Gefahr, dass das, was nicht auf Englisch verfügbar ist, international droht, nicht oder nur noch von einem kleinen Kreis wahrgenommen zu werden. Im Gegenzug werden jedoch das deutsche Verfassungsrecht und alle übrigen an diesen Fragestellungen Interessierten es sich nicht leisten können, die englischsprachige Literatur und die dort behandelten Forschungsfragen zu ignorieren.

Das gilt insbesondere für den vorliegenden Band, der in keiner einschlägigen Bibliothek fehlen darf. Hier werden grundlegende Fragestellungen in aller Regel auf hohem Niveau diskutiert, der sich die hiesige Forschung zum Teil erst noch öffnen muss. Er ist damit zugleich ein Band zum Nachschlagen, der dank seiner Literatur- und Fallnachweise für jeden, der sich mit den angeschnittenen Themen vertraut machen will, wertvolle weiterführende Hinweise bereithält und durch den jeweiligen Vergleich hilfreiche Perspektiven aufzeigt. Er macht damit den großen Nutzen und das Verdienst einer neu konzipierten vergleichenden Verfassungslehre aus, die sich nicht länger darauf beschränkt, Verfassung A der Verfassung B gegenüberzustellen, gleich ob historisch oder gegenwärtig, sondern die in den Verfassungen zu bestimmten Problemen angelegten Möglichkeiten und Lösungen jenseits nationaler Egoismen oder Präferenzen in einem möglichst breit angelegten Vergleich gegenüberzustellen und zu gewichten sucht.

Dass die eine oder andere dieser Fragen, darunter die, ob etwa am konkreten Fall der Gleichheitssätze Grundrechte nur eine vertikale Dimension haben, also lediglich den Staat gegenüber seinen Bürgern verpflichten, oder auch eine horizontale und somit das Handeln Einzelner oder Gruppen untereinander in der Zivilgesellschaft binden, in einem europäischen Kontext teilweise noch der fundamentalen Diskussion harren, macht der höchst verdienstvolle Band „Verfassungsgerichtsbarkeit“ des Verfassungsrichters Masing und des beiderseits des Rheins hoch geachteten französischen Öffentlichrechtlers Jouanjan deutlich.

Der Band gliedert sich in drei Teile, deren erster („Modelle und Konzepte der Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich – eine kritische Bilanz“) von Jouanjan ebenso kenntnisreich wie reflektiert eingeleitet wird und mit einem Kommentar von Christoph Schönberger versehen ist. Da dieser Teil ebenso wie der ganze Band auf dem Diskussionsstand von Ende 2008 basiert, kann die Verfassungsrevolution vom Juli 2008, mit der der Conseil constitutionnel das Recht der Normenkontrolle erhielt, lediglich angesprochen, aber nicht wirklich thematisiert werden, zumal das erforderliche Ausführungsgesetz erst Ende Dezember 2008 verabschiedet wurde. Michael Jestaedt und Pascal Combeau beleuchten die deutsche beziehungsweise französische Perspektive des Themas des zweiten Teils („Verfassungsge-

richtbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts“) und lassen dabei die unterschiedlichen Herangehensweisen und Ergebnisse offenkundig werden.

Im dritten Teil geht es schließlich um „Kooperation und Konkurrenz – das Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeit zum Europäischen Gerichtshof“, das Constance Grewe für Frankreich und Claus Dieter Classen für Deutschland ausleuchten. Mit dieser nationalstaatlich orientierten Perspektive, die ungeachtet ihrer höchst kompetenten Abhandlung und europafreundlichen Einstellung traditionell verhaftet bleibt, stößt der Band zugleich an seine Grenzen. Hier hätte sich der Rezensent stattdessen eine Umkehr der Perspektive gewünscht, die von dem EuGH als dem oft zitierten „Motor der europäischen Integration“ ausgegangen wäre und danach gefragt hätte, wie die Verfassungsgerichtsbarkeit in den beiden Ländern damit umgeht, wie sich Gemeinschaftsrecht durchsetzt, welche Rückzugsgefechte auf nationaler Seite gegebenenfalls geführt werden, wie Erfolge und Widerstände in beiden Ländern verteilt sind und wie sehr sich die Strategien ähneln oder voneinander abweichen. Ein derartiger europäischer Blickwinkel hätte nicht nur die Ergebnisse schärfer herausarbeiten können, er würde sich auch in die zuvor angesprochene komparatistische Betrachtung sinnfälliger eingliedern und hätte den so wichtigen Band, ungeachtet seines unverschuldeten zeitlichen Geburtsfehlers, zur aktuellen Situation offener gestalten können.

Am ehesten greift noch Fritz W. Scharpf diese Thematik in der von Michael Stolleis herausgegebenen „Festschrift“ zum 60. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts „Herzkammern der Republik“ auf, dessen 18 Beiträge ein breites Kaleidoskop bieten mit Beiträgen von Kunsthistorikern, Theologen, Journalisten, Philosophen, Historikern, Politikwissenschaftlern und Juristen. Nicht alle Beiträge erscheinen gleichermaßen passend und haben etwas mit dem Bundesverfassungsgericht zu tun (so leider nicht die von Horst Bredekamp und Kardinal Reinhard Marx). Einige bieten die persönliche direkte oder indirekte Erfahrung des Autors mit dem Gericht an, darunter aus französischer Sicht (Etienne François), aus ungarischer (László Sólyom) und aus polnischer (Andrzej Zoll). Katja Gelinsky stellt Vergleiche zum amerikanischen Supreme Court her, während Olivier Jouanjan seinen Beitrag aus dem soeben vorgestellten Band Verfassungsgerichtsbarkeit hier in gestraffter, dabei jedoch aktualisierter Form unter Einbeziehung der Verfassungsänderungen zum Conseil constitutionnel von 2008 eingefügt hat.

Dies alles liest sich in der Regel sehr flüssig, mitunter essayistisch und beginnt in aller Regel, wie es sich gehört, mit der artigen Verneigung vor dem Jubilar und mehr oder minder stark ausgeprägten Lobeshymnen auf die Institution und ihre Rechtsprechung als Grundpfeiler, wenn nicht Voraussetzung, einer über 60 Jahre gewachsenen und etablierten demokratisch-freiheitlichen Ordnung. Doch es fehlt nicht an Kritik, zumeist von politikwissenschaftlicher, theoriebefrachteter Seite, denen gegenüber der intellektuell wohl brillianteste Beitrag von Hans-Ulrich Wehler steht, der mit dem sorgenvollen Rat schließt, dass sich das Bundesverfassungsgericht nach dem Lissabon-Urteil zukünftig nicht einer weiteren europäischen Einigung und der damit verbundenen „Aufwertung von Brüssel“ hemmend in den Weg stellen möge.

Es ist ein Buch, das man gern in die Hand nehmen und mit Gewinn lesen wird, dafür sorgen allein schon die fachlich so unterschiedlichen Perspektiven. Zweifellos ist es dem Jubilar angemessen und für sich bereits ein Teil der hiesigen Rechts- und Verfassungskultur. Wenn man jedoch den Band in dem hier bewusst gewählten Kontext betrachtet, fallen nicht nur die Vergleiche auf, die nicht gezogen, die Perspektiven, die nicht hergestellt, die Fragestellungen, die nicht behandelt wurden. Das ist kein Vorwurf an das von dem Herausgeber gewählte Konzept. Aber bei allen naturgemäß je nach Fachdisziplin unterschiedlichen Bewertungen des Geleisteten scheint die Zukunft zu gebieten, die oben angesprochenen Ansätze der modernen Verfassungskomparatistik hier ebenso verstärkt einzubringen wie die zukünftige Einordnung des Bundesverfassungsgerichts in das mehrfach angesprochene Spannungsverhältnis zum EuGH sowie zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg.

Horst Dippel, Kassel

Zitierempfehlung:

Horst Dippel: Rezension von: Scott Douglas Gerber, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606–1787*, Oxford University Press, New York 2011; Timo Gerke, *Die Herausbildung des modernen Konstitutionalismus in den USA. Von der Virginia Declaration of Rights bis zur amerikanischen Bundesverfassung von 1787*, Der Andere Verlag, Töning/Lübeck etc. 2010; Kunal M. Parker, *Common Law, History, and Democracy in America, 1790–1900. Legal Thought before Modernism*, Cambridge University Press, Cambridge 2011; Lucas A. Powe, Jr., *The Supreme Court and the American Elite, 1789–2008*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2009; Tom Ginsburg/Rosalind Dixon (Hrsg.), *Comparative Constitutional Law (Research Handbooks in Comparative Law, hrsg. v. Francesco Parisi/Tom Ginsburg)*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Camberley etc. 2011; Johannes Masing/Olivier Jouanjan (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit. Grundlagen, innerstaatliche Stellung, überstaatliche Einbindung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011; Michael Stolleis (Hrsg.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, Verlag C. H. Beck, München 2011, in: *Archiv für Sozialgeschichte* (online) 53, 2013, URL: <<http://www.fes.de/cgi-bin/afs.cgi?id=81424>> [30.1.2013].