

Das richterliche Prüfungsrecht in den Vereinigten Staaten zu Beginn des vorigen Jahrhunderts

Zur Auslegung von Art. VI Abs. 2 US-Verfassung

Eckart Klein*)

A. Problemstellung

Obwohl die Frage der Zulässigkeit der richterlichen Nachprüfung von Gesetzen durch die Rechtsprechung der amerikanischen Gerichte schon bald nach Inkrafttreten der Verfassung (1789) im positiven Sinn gelöst war, hat sich die wissenschaftliche Diskussion fast 200 Jahre später hierüber noch immer nicht beruhigt¹⁾. Dies liegt daran, daß die amerikanische Verfassung jedenfalls keine explizite Bestimmung bereithält, auf die sich die Theorie des *judicial review* stützen könnte²⁾. Für manche läßt sich eine Verbindung zur Verfassung überhaupt nicht herstellen; die Inanspruchnahme des Prüfungsrechts wird so zur richterlichen Usurpation³⁾.

Eine immense Literatur hat — verteidigend oder attackierend — alle möglichen Anknüpfungspunkte, aus denen sich vielleicht ein Hinweis auf die verfassungsimplicite Zulassung des richterlichen Prüfungsrechts ergeben könnte, erörtert. Unter ihnen nimmt Art. VI Abs. 2 der Verfassung keine ganz klare Rolle ein.

*) Dr. iur., Referent am Institut.

Abkürzungen: Dall. = Dallas; JÖR NF = Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge; Sec. = Section; Stat. = Statute; Wheat. = Wheaton; ZSchwR = Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

¹⁾ Vgl. etwa Bickel, *The least dangerous branch* (1962), und Berger, *Congress v. the Supreme Court* (1969).

²⁾ Anderer Ansicht soweit ersichtlich nur Coxe, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation* (1893), S. 47 ff. Welche Vorschriften dies sind, ist nicht klar, da das Werk nicht vollendet ist. Voraussichtlich sind Art. III sec. 2 und Art. VI Abs. 2 gemeint.

³⁾ Der schärfste Angriff auf die herrschende Theorie des *judicial review* stammt von Boudin, *Government by Judiciary* Bd. 1 (1932, Neudruck 1968), *passim*.

Art. VI Abs. 2 lautet:

“This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby; any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”.

»Diese Verfassung sowie die auf ihr beruhenden ⁴⁾ Gesetze der Vereinigten Staaten und alle Verträge, die von den Vereinigten Staaten abgeschlossen sind oder werden, sind das oberste Gesetz des ganzen Landes ⁵⁾. Die Richter aller Einzelstaaten sind hieran gebunden, was immer Verfassung oder Gesetze eines Staates Gegenteiliges bestimmen mögen«.

Ernst Wolf etwa versteht diese Bestimmung als bloße Umschreibung des Satzes »Bundesrecht bricht Landesrecht«; lediglich dem Richter des Gliedstaates werde die Befugnis eingeräumt zu prüfen, ob ein Bundesgesetz formell der Bundesverfassung entsprechend zustande gekommen sei ⁶⁾. Karl Loewenstein hält hingegen die *supreme law of the land*-Klausel für die Grundlage des richterlichen Prüfungsrechts überhaupt ⁷⁾. Die deutschsprachige Literatur spiegelt nur den Meinungsstand der amerikanischen Wissenschaft wider. Während Edward S. Corwin ⁸⁾ sowie Paul Eidelberg ⁹⁾ ohne weitere Unterscheidung in Art. VI Abs. 2 “the philosophy of

⁴⁾ Die *pursuance*-Klausel wird, jedenfalls nachdem sich das Konzept des *judicial review* durchgesetzt hat, nicht nur verstanden im Sinne von »im Vollzug«, sondern auch im Sinne von »in Übereinstimmung mit« der Verfassung; vgl. Holik, Der Einfluß politischer Kräfte auf die Entwicklung der amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit (Würzburg 1959), S. 11 ff. Der Unterschied wird deutlicher im Französischen: *en conséquence* und *en conformité*; vgl. Rappard, Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse, ZSchwR Bd. 53 (1934), S. 36 a ff. (54 a).

⁵⁾ Coxe, a.a.O., S. 321 ff., geht davon aus, daß die Worte “law of the land” nicht “law of the United States”, sondern “law of each several state” bedeuten. Dies wird mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift begründet: zunächst hieß es nämlich “the supreme law of the several states and of their citizens and inhabitants”; vgl. auch unten C. Der Ansicht von Coxe steht gegenüber die Auffassung des Supreme Court. So sagt Justice Chase schon in *Ware v. Hylton*, 3 Dall. 199, 236 (1796): “A treaty cannot be the supreme law of a land, that is of all the United States...”. Vgl. auch *Cobens v. Virginia*, 6 Wheat. 264, 297 (1821), sowie neuerdings Bloom, History of the Formation of the Union under the Constitution (1968), S. 22.

⁶⁾ Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten (1961), S. 9.

⁷⁾ Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten (1959), S. 418 f. Vgl. auch Haller, Supreme Court und Politik in den USA (1972), S. 132, und Spanner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (1951), S. 7.

⁸⁾ The Doctrine of Judicial Review (1963), S. 13 f.

⁹⁾ The Philosophy of the American Constitution (1968), S. 216.

judicial review" ¹⁰⁾ niedergelegt sehen, will William W. Crosskey *per argumentum e contrario* (nur) das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Kongreßgesetzen ausgeschlossen wissen, hält es also nur bezüglich der Staatsgesetze für gegeben ¹¹⁾.

Bereits aus diesen untereinander differierenden Stellungnahmen der neueren Literatur ergibt sich ein Hinweis auf die Notwendigkeit, den Unterschied bei der Nachprüfung von Bundes- und von Staatsgesetzen im Auge zu behalten. Dies ist auch aus einem anderen Grunde gerechtfertigt. Beide Arten der Nachprüfung beruhen nämlich nicht auf den gleichen Spannungslagen ¹²⁾. Während im einen Fall das Bund-Länder-Verhältnis angesprochen ist, also das bundesstaatliche Prinzip, steht im andern Fall das Verhältnis zwischen Judikative und Legislative, also das demokratische Prinzip zur Diskussion. Es liegt nahe, daß die Rolle, die Art. VI Abs. 2 spielt, in beiden Fällen verschieden ist.

Eine abstrakte Behandlung des Art. VI verspricht geringe Aufschlüsse. Sein Stellenwert für unser Problem kann sich nur in Verbindung mit der Erörterung und Wertung der anderen zu Beginn des 19. Jahrhunderts von Literatur und Rechtsprechung dargebotenen Anknüpfungspunkte ergeben.

B. Die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court

I. Die Überprüfung von Bundesgesetzen

1. *Marbury v. Madison*

Das Erkenntnis des Supreme Court im Fall *Marbury v. Madison* ¹³⁾ aus dem Jahr 1803 wird allgemein zurecht als Eckstein der Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts betrachtet. Dabei ist diese Entscheidung keineswegs die erste, in der sich diese Problematik unter der neuen Verfassung stellte ¹⁴⁾. Zum ersten Male jedoch wurde hier von Richterseite eine Theorie der gerichtlichen Überprüfung von (Bundes-) Gesetzen entwickelt, die für

¹⁰⁾ Vgl. Anm. 9.

¹¹⁾ Politics and the Constitution in the History of the United States Bd. 2 (1953), S. 1002 und 1009. Immerhin aufschlußreich ist, daß der vom Legislative Reference Service, Library of Congress (1964), bearbeitete Kommentar der US-Verfassung (zitiert: Constitution) bei seiner Kommentierung von Art. VI nur auf die richterliche Nachprüfung der Staatsgesetze eingeht. Die Nachprüfung von Bundesgesetzen wird bei Art. III erörtert.

¹²⁾ Vgl. dazu Commager, Majority Rule and Minority Rights (1950), S. 27; Carstens, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung (1954), S. 91.

¹³⁾ 1 Cranch 137 (1803).

¹⁴⁾ Siehe unten I 2.

die weitere Entwicklung des Verfassungsrechts wegweisend werden sollte¹⁵⁾.

Der Sachverhalt der Entscheidung¹⁶⁾ hat seine Ursache in den Wirren, die durch die Ablösung des bisherigen Präsidenten John Adams durch Thomas Jefferson ausgelöst wurden. Bei sich abzeichnender Wahlniederlage der Federalists, der Partei Adams, begann, was Jefferson später so beschrieben hat: Die Federalists "have retreated into the Judiciary as a stronghold, the tenure of which renders it difficult to dislodge them"¹⁷⁾.

Am 4. Februar 1801 wurde Marshall, bisheriger Secretary of State, als Chief Justice vereidigt. Der nächste Schritt war der Circuit Court Act vom 13. Februar 1801, durch den 16 Circuit Court-Richterstellen geschaffen wurden. Dies, eine an sich durchaus vernünftige Maßnahme, da sie die Richter des Supreme Court von der Verpflichtung befreite, zugleich als Richter an Circuit Courts Recht zu sprechen, empörte Jefferson und seine Republikaner deshalb so sehr, weil — wie erwartet — die neugeschaffenen Richterstellen ausschließlich an Parteigänger der Federalists vergeben wurden.

Weniger als eine Woche vor der Amtsübergabe trat der Organic Act of the District of Columbia in Kraft (27. 2. 1801), der den Präsidenten ermächtigte, die Friedensrichter für den Distrikt zu benennen. Am 2. März benannte Adams 42 Männer, die Bestätigung des Senats erfolgte am 3. März, dem letzten Tag der Amtszeit. Als der Tag zu Ende ging, hatte Marshall, der in der Übergangszeit die Geschäfte des Secretary of State fortführte, noch nicht alle bereits unterzeichneten und gesiegelten Bestallungsurkunden an die Betroffenen abgesandt. Der neue Präsident untersagte die Absendung; sein Secretary of State, James Madison, weigerte sich demgemäß, dem entsprechenden Antrag Marburys, eines der ernannten, aber noch nicht bestellten Friedensrichter, nachzukommen. Marbury erhob deshalb Klage auf Aushändigung der Urkunde (*writs of mandamus*¹⁸⁾) vor dem Obersten Gerichtshof; er konnte sich hierbei auf eine Bestimmung des Judiciary Act 1789 stützen¹⁹⁾.

Der Oberste Gerichtshof wies den von Marbury gestellten Antrag zu-

¹⁵⁾ Kauper, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*; in: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 36) (1962), S. 568 ff. (570 f.).

¹⁶⁾ Hierzu aufschlußreich vor allem Dewey, *Marshall versus Jefferson; The Political Background of Marbury v. Madison* (1970), sowie Gunther/Dowling, *Cases and Materials on Constitutional Law* (8. Aufl. 1970), S. 12 ff.

¹⁷⁾ Zitat nach Warren, *The Supreme Court in United States History* Bd. 1: 1789—1821 (1922), S. 193.

¹⁸⁾ Zum Begriff Carstens, a.a.O. (Anm. 12), S. 95.

¹⁹⁾ Sec. 13, 1 Stat. at Large 73.

rück, freilich nicht ohne zuvor seine Begründetheit bejaht zu haben²⁰⁾. Es fehle nämlich — so Marshall — an der Zuständigkeit des Gerichts, weil Sec. 13 des Judiciary Act nicht dem Supreme Court entgegen der abschließenden Kompetenzbestimmungen des Art. III der Verfassung zusätzliche Aufgaben übertragen könne. Es ist dieser Widerspruch zwischen (einfachem) Gesetz und Verfassung, der den Gerichtshof zu seiner Stellungnahme zum Problem des richterlichen Prüfungsrechts veranlaßte. Nur hierauf ist im folgenden einzugehen²¹⁾.

Marshall beginnt mit der Feststellung, daß — wie Exekutive und Judikative — auch die Legislative in ihren Aktionsmöglichkeiten beschränkt ist (*limited government*). Zur Verdeutlichung dieser Grenzen habe sich das amerikanische Volk eine geschriebene Verfassung gegeben. Der Unterschied zwischen einem System mit beschränkter und einem System mit unbeschränkter Gewalt wäre hinfällig, wenn Akte unabhängig davon, ob sie außerhalb der gezogenen Schranken vorgenommen würden oder nicht, gleichermaßen Gültigkeit besäßen²²⁾. In diesem Fall könne die Verfassung durch einfaches Gesetz jederzeit geändert werden²³⁾.

In einem nächsten Gedankenschritt wird diese These zurückgewiesen. Die Verfassung wird nämlich als "fundamental and paramount law of the nation" definiert; wäre dem nicht so, sei jede Verfassungsgebung ein absurder, untauglicher Versuch, eine von Natur aus unbegrenzte Macht doch begrenzen zu wollen. Die Folge ist, daß das gegen die Verfassung verstoßende Gesetz nichtig (*void*)²⁴⁾ ist.

Ein dritter Schritt wird nötig, um die Frage zu klären, ob die Gerichte dennoch an solche ungültigen Akte gebunden sind. Die Lösung wird in der Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt gefunden, der es obliege, zu sagen, was Gesetz ist. Bei der konkreten Fallentscheidung gehe es um Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts. Zwischen zwei sich widersprechenden Rechtsgrundlagen müsse der Richter die Entscheidung treffen. Er müsse in diesem Fall der höherrangigen den Vorzug geben. In höherem Rang aber stehe die Verfassung²⁵⁾, womit auf die vorige Stufe zurückgegriffen wird. Der Kreis schließt sich, wenn im Anschluß gesagt wird, daß andernfalls die Legislative wirkliche Allmacht besitze²⁶⁾ (Stufe 1).

²⁰⁾ 1 Cranch 153—173.

²¹⁾ Eine eingehende Kritik, die sich mit den hier nicht weiter interessierenden Ausführungen im Urteil auseinandersetzt, bieten etwa Corwin, *Judicial Review*, a.a.O., (Anm. 8), S. 3 ff., und Haller, a.a.O. (Anm. 7), S. 123 ff.

²²⁾ 1 Cranch 176. ²³⁾ 1 Cranch 177.

²⁴⁾ 1 Cranch 177. ²⁵⁾ 1 Cranch 177—178.

²⁶⁾ 1 Cranch 178.

Dieser Gedankenfolge werden der Verfassung selbst entnommene zusätzliche Argumente beigegeben²⁷⁾.

Unter Hinweis auf die Klausel in Art. III Sec. 1 wird die Frage gestellt und verneint, ob es den Gerichten verwehrt sein könnte, bei Fällen "arising under the constitution" die Verfassung ihrer Rechtsprechung zugrunde zu legen²⁸⁾. Ferner wird auf die Pflicht der Richter abgestellt, einen Eid auf die Verfassung leisten zu müssen²⁹⁾. Daraus wird die Folgerung gezogen, daß es ihnen nicht verwehrt sein könne, die Verfassung zum Maßstab ihrer Entscheidung zu machen³⁰⁾.

Schließlich wird — mit beinahe wegwerfender Geste — auf Art. VI Abs. 2 selbst hingewiesen:

"It is also not entirely unworthy of observation, that in declaring what shall be the supreme law of the land, the constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the constitution, have that rank"³¹⁾.

Analoge Überlegungen Hamiltons und Iredells

Auf die Parallelität des Marshallschen Gedankengangs zu den Überlegungen, die Alexander Hamilton schon viel früher in den berühmten *Federalist Papers*³²⁾ angestellt hat, ist immer wieder hingewiesen worden.

²⁷⁾ 1 Cranch 178: "But the peculiar expressions of the constitution of the United States furnish additional arguments...".

²⁸⁾ 1 Cranch 179. — Die hier gebrachten Beispiele Marshalls besagen insoweit nicht viel, als es sich um eindeutige Verfassungsverstöße handelt. Das eigentliche Problem stellt sich da, wo die beteiligten Organe von einander abweichende, aber vertretbare Auslegungen vornehmen; vgl. auch *Coxe*, a.a.O. (Anm. 2), S. 62 f., und *Commager*, a.a.O. (Anm. 12), S. 41. Es ist übrigens in diesem Zusammenhang das einzige Mal, daß Marshall sich auf die Väter der Verfassung (*framers*) beruft, freilich ohne dies nur irgendwie zu spezifizieren.

²⁹⁾ Art. VI Abs. 3 der Verfassung.

³⁰⁾ 1 Cranch 180. — Das Eidargument ist seit Justice Gibson's berühmtem *dissent*, *Eakin v. Raub*, 12 Sergeant and Rawle (Pennsylvania Supreme Court) 330 (1825), immer wieder mit dem Hinweis darauf bekämpft worden, daß auch der Präsident, die Abgeordneten, die Beamten einen entsprechenden Eid leisten müssen; vgl. etwa *R. Carr*, *The Supreme Court and Judicial Review* (1942), S. 64 f. Hiergegen *Eidelerger*, a.a.O. (Anm. 9), S. 238 ff., der — wie Marshall selbst! — die Bedeutung des Eides gerade für die Richter bei der Ausübung ihrer Rechtsprechungsfunktion hervorhebt und somit den Bogen zur Gerechtigkeit zieht, die der Richter dem Einzelnen gegenüber schuldet. Das Eidargument taucht im übrigen schon in *Ware v. Hylton*, 3 Dall. 199, 237 (1796), auf.

³¹⁾ 1 Cranch 180.

³²⁾ The *Federalist* stellt eine Folge von Essays dar, die Hamilton, Madison und Jay in Verteidigung der neuen Verfassung zwischen Oktober 1787 und August 1788 geschrieben haben. — Hier besprochen wird *Federalist* Nr. 78, zitiert nach der Ausgabe von 1948, S. 395 ff.

Dabei ist der Ausgangspunkt ein durchaus anderer. Hamilton geht es in erster Linie um die Begründung der Unabhängigkeit der Richter, die in einer schrankenziehenden Verfassung (*limited constitution*) besondere Bedeutung gewinnt. Er fährt fort:

“Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing”³³).

Neben diesem praktischen Grund ergibt sich für ihn das richterliche Prüfungsrecht aber auch aus der spezifischen Aufgabe der Gerichte, die Gesetze zu interpretieren³⁴). Ergibt die Auslegung des Gesetzes einen Verstoß gegen die Verfassung, muß dieser Vorrang eingeräumt werden, weil sie als Verkörperung des Volkswillens über den Akten derer, die vom Volk beauftragt sind, steht. Auch hier finden wir also die Definition der Verfassung als *fundamental law*³⁵).

Darüber hinaus gibt es jedoch Ausführungen, die Marshall nicht aufgegriffen hat. Hamilton befaßt sich nämlich noch mit dem Einwand, daß die Inanspruchnahme des Prüfungsrechts die rechtsprechende Gewalt zu einer den anderen Gewalten übergeordneten Gewalt machen würde. Er wird vor allem mit dem Argument entkräftet, daß die Judikative schon von Natur aus die schwächste Gewalt sei, daß sie weder Finanzmittel habe noch ohne Hilfe zur Durchsetzung ihrer Entscheidungen imstande sei³⁶).

Andererseits fehlt bei Hamilton — und sei es auch nur in Form eines Hilfsarguments — jeder Hinweis auf konkrete Bestimmungen der ja bereits vollendeten³⁷), wenn auch noch nicht in Kraft getretenen Verfassung.

Anders als The Federalist Nr. 78 ist der Literatur — soweit ersichtlich — völlig die Bedeutung eines Briefes von James Iredell aus dem Jahr 1787³⁸) entgangen, der weithin eine ebensolche Parallele zu dem Gedankengang Marshalls in *Marbury v. Madison* darstellt. Dieser Brief wird um

³³) S. 397.

³⁴) S. 398.

³⁵) A.a.O.

³⁶) S. 396: “The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever”.

³⁷) Die Verfassung wurde vom Konvent in Philadelphia am 17. 9. 1787 verabschiedet, vgl. F a r r a n d, The Records of the Federal Convention Bd. 2 (1937), S. 641 ff.

³⁸) Der Brief ist vom 26. 8. 1787 datiert. Er ist eine Antwort auf ein Schreiben von Richard Dobbs Spaight vom 12. 8. 1787, geschrieben in Philadelphia; Spaight (North Carolina) war Mitglied des Verfassungskonvents und Mitunterzeichner der Verfassung. Aktueller Anlaß des Briefwechsels war eine Entscheidung des Superior Court von North

so wichtiger, wenn man bedenkt, daß Iredell zur Zeit dieser Entscheidung Richter am Supreme Court war und daß die Entscheidung einstimmig erging, also mit seiner Zustimmung gefaßt sein mußte³⁹⁾.

Gleich zu Beginn des Briefes findet sich die Formel von der Verfassung als *fundamental law*, die die Macht der Legislative beschränkt. Ohne solche ausdrückliche Verfassung wäre die gesetzgebende Gewalt unzweifelhaft absolut — so wie in Großbritannien⁴⁰⁾. In einem Staat aber mit republikanischer Regierungsform komme dem Schutz der individuellen Freiheit die höchste Bedeutung zu. Diese Freiheit sei aber nicht gesichert, wenn die Mehrheit ohne Rücksicht auf die Minderheit schalten könne⁴¹⁾.

Von dieser grundlegenden Entscheidung müsse der Richter Kenntnis nehmen, wenn er im Einzelfall dazu berufen sei, Recht zu sprechen.

“It is not that the judges are appointed arbiters, and to determine as it were upon any application, whether the Assembly have or have not violated the Constitution; but when an act is necessarily brought in judgment before them, they must, unavoidably, determine one way or another”⁴²⁾.

Andernfalls wäre die Verfassung nur eine imaginäre, geradezu lächerliche Sache. An dieser Stelle folgt bei Iredell der Hinweis auf den Eid, den Richter zu schwören haben⁴³⁾. Die Frage des möglichen Machtmißbrauchs durch die Gerichte wird lakonisch zurückgewiesen: “That such a power in the Judge may be abused is very certain; that it will be, is not very probable”⁴⁴⁾.

Carolina vom Mai 1787, durch die ein Gesetz dieses Staates mit der geschriebenen Verfassung von North Carolina für unvereinbar und nichtig erklärt wurde, *Bayard v. Singleton*; Näheres hierüber bei *Coxe*, a.a.O. (Anm. 2), S. 248 ff. *Ibid.* findet sich auch der Briefwechsel, S. 259 ff., 385 f. Spaight bekämpfte die Entscheidung heftig: “I do not pretend to vindicate the law, which has been the subject of controversy; it is immaterial what law they have declared void; it is their usurpation of the authority to do it, that I complain of, as I do most positively deny that they have any such power; nor can they find anything in the Constitution, either directly or impliedly, that will support them, or give them any color of right to exercise that authority”, a.a.O., S. 385.

³⁹⁾ Dies gilt desto mehr als erwiesen ist, daß das persönliche Verhältnis zwischen Marshall und Hamilton nicht das beste war, und auch politisch unterschieden sich beide in charakteristischer Weise, unbeschadet der Tatsache, daß beide den Federalists angehörten; vgl. *Dewey*, a.a.O. (Anm. 16), S. 18 f.

⁴⁰⁾ *Coxe*, a.a.O. (Anm. 2), S. 259. Die Stelle ist interessant, weil hier einmal offen ausgesprochen wird, wie sehr das englische System sozusagen als Antimodell wirksam war.

⁴¹⁾ A.a.O., S. 259 f. — Dies ist die genaue Gegenposition zu Jefferson, dargestellt bei *Commager*, a.a.O. (Anm. 12), *passim*.

⁴²⁾ *Coxe*, a.a.O., S. 260.

⁴³⁾ A.a.O., S. 261. In der Entscheidung *Bayard v. Singleton* ist das Eidargument offenbar das einzig tragende gewesen, vgl. *Coxe*, a.a.O., S. 250.

⁴⁴⁾ A.a.O., S. 262. Hervorhebung hinzugefügt. Vgl. auch *Spanner*, a.a.O. (Anm. 7), S. 59.

Es können kaum Zweifel daran bestehen, daß diese Äußerungen von Hamilton und Iredell Marshall bei der Abfassung der *Marbury*-Entscheidung wesentlich beeinflußt haben⁴⁵⁾. Dies erklärt auch vielleicht seine Zurückhaltung bei der Heranziehung konkreter Verfassungsnormen. Dieser Gesichtspunkt muß weiter unten nochmals aufgegriffen werden⁴⁶⁾.

2. Vorgänger der *Marbury*-Entscheidung unter der Verfassung

Das *Marbury*-Erkenntnis war nicht das erste, in dem das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Bundesgesetzen zur Sprache kam. Tatsächlich kam es aber hier zum ersten Mal zum Schwur. Die »Vorgängerentscheidungen« konnten das Problem im Ergebnis doch immer noch offen lassen, weil die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze nicht ernsthaft in Frage stand. Persönliche Bekenntnisse einzelner Richter zum Prüfungsrecht fehlen freilich nicht, und insofern ist es berechtigt, wenn Arthur E. Sutherland meint, die Ablehnung des Prüfungsrechts durch den Supreme Court wäre für alle Eingeweihten eine größere Überraschung gewesen als seine Inanspruchnahme⁴⁷⁾.

In *Hylton v. United States*⁴⁸⁾ ging es um die Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes (Steuergesetz). Die Prüfung implizierte zwar allerdings die Inanspruchnahme des Prüfungsrechts; da sie jedoch bei Bejahung der Verfassungsmäßigkeit ohne politische Brisanz war, bedurfte sie zur Absicherung keiner Doktrin. Darüber hinaus ließ Justice Chase die Frage ausdrücklich offen, ob der Gerichtshof ein Bundesgesetz für ungültig erklären könne⁴⁹⁾.

Ein entsprechendes *dictum* von Chase findet sich in *Ware v. Hylton*⁵⁰⁾, wo die Frage der Vereinbarkeit eines Staatengesetzes mit einem von den USA abgeschlossenen Vertrag im Vordergrund stand. In dieser Entscheidung deutlicher wird Justice Iredell, der keinerlei Zweifel hat, daß ein Gesetz, auch ein Bundesgesetz, das der Verfassung widerspricht, nichtig ist⁵¹⁾.

⁴⁵⁾ Auch Marshall hatte sich schon früher (20. 6. 1788) für das richterliche Prüfungsrecht ausgesprochen und sich dabei besonders auf die Grenzen ziehende Verfassung bezogen. Warum gerade den Richtern diese Aufgabe anvertraut sein sollte, wurde nicht erörtert; vgl. Morison, Sources and Documents illustrating the American Revolution 1764—1788 and the formation of the Federal Constitution (1965), S. 340 ff. (342 f.).

⁴⁶⁾ Siehe unten I. 3.

⁴⁷⁾ Sutherland, Constitutionalism in America (1965), S. 261.

⁴⁸⁾ 3 Dall. 171 (1796).

⁴⁹⁾ 3 Dall. 175.

⁵⁰⁾ 3 Dall. 199, 237 (1796).

⁵¹⁾ 3 Dall. 266. Ganz ähnliche Stellungnahmen beider Richter finden sich auch in *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386, 398 f. (1798).

In dem erst sehr spät berichteten Fall *United States v. Yale Todd*⁵²⁾ soll der Supreme Court in der Tat ein Bundesgesetz ausdrücklich für nichtig erklärt haben. Leider gibt es keinerlei zeitgenössische Hinweise auf diese Entscheidung, was um so erstaunlicher ist, als ein solcher Schritt doch immerhin einige Reaktionen hätte hervorrufen müssen. Die Skepsis diesem Fall gegenüber scheint so nicht ungerechtfertigt⁵³⁾. Die Gründe jedenfalls, die — geht man von der Existenz des Falles aus — damals für die Inanspruchnahme des Prüfungsrechts ins Feld geführt wurden, lassen sich nicht mehr rekonstruieren⁵⁴⁾.

Für die Rechtslage um die Jahrhundertwende, also vor dem *Marbury*-Fall, ist charakteristisch, was Justice Chase in *Cooper v. Telfair*⁵⁵⁾ gesagt hat; dabei wird deutlich, daß der eigentliche Durchbruch Marshall vorbehalten blieb:

“... although it is alleged that all acts of the legislature, in direct opposition to the prohibitions of the constitution, would be void; yet, it still remains a question, where the power resides to declare it void? It is indeed, a general opinion, it is expressly admitted by all this bar, and some of the judges have, individually, in the circuits decided, that the supreme court can declare an act of Congress to be unconstitutional, and, therefore, invalid; but there is no adjudication of the supreme court itself upon the point. I concur, however, in the general sentiment, with reference to the period, when the existing constitution came into operation”⁵⁶⁾.

3. Zusammenfassung

Es ist an dieser Stelle angebracht, sich noch einmal die Kernpunkte der Argumentation vor Augen zu führen. Zentral sind da die Begriffe des *limited government* und der Verfassung als *fundamental, paramount law*. Die Frage stellt sich, welche Bedeutung der »geschriebenen« Verfassung in diesem Zusammenhang zukommt. Marshall rückt jedenfalls dieses Merkmal in den Mittelpunkt⁵⁷⁾. Er ist deshalb oft mit dem Hinweis angegriffen

⁵²⁾ 13 Howard 53 (1794), berichtet im Anschluß an den Fall *United States v. Ferreira*, 13 Howard 40 (1851).

⁵³⁾ Vgl. etwa C o x e, a.a.O. (Anm. 2), S. 11 ff., sowie B o u d i n, a.a.O. (Anm. 3), S. 183.

⁵⁴⁾ Immer wieder erwähnt wird auch der sogenannte *Hayburn's-Fall*, 2 Dall. 409 (1792): Bundesgerichte hatten es abgelehnt, eine Art Fachaufsicht über Verwaltungsbehörden auszuüben; dazu E h m k e, *Wirtschaft und Verfassung* (1961), S. 494. Der Fall ist aber nie ausdrücklich entschieden worden, vgl. C o x e, a.a.O., S. 11.

⁵⁵⁾ 4 Dall. 14 (1800).

⁵⁶⁾ 4 Dall. 19.

⁵⁷⁾ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803).

worden, daß es genug Beispiele gebe, wo Staaten mit geschriebener Verfassung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit auskommen⁵⁸⁾. Konnte dies Marshall verborgen geblieben sein (Frankreich!)?

Um diese Frage beantworten zu können, ist auf etwas anderes aufmerksam zu machen. Marshall — wie nicht anders Hamilton und Iredell — ist stets davon ausgegangen, daß die Verfassung »Gesetz« ist, wenn auch eines von besonderem Rang. Mit dieser nicht unmittelbar dem revolutionären Gedankengut entstammenden Theorie⁵⁹⁾ ist die Brücke geschlagen zur Anwendbarkeit der Verfassung durch die Gerichte, deren spezifische Aufgabe es ja ist zu sagen, "what the law is"⁶⁰⁾.

Kommen wir zur Ausgangsfrage zurück, so ergibt sich, daß die Bedeutung der geschriebenen Verfassung nicht darin liegt, daß aus ihr die Ungültigkeit eines (einfachen) Gesetzes folgt, wenn es gegen die Verfassung verstößt; dies ist die Konsequenz vielmehr der durch die höherrangige Verfassung — geschrieben oder nicht — den Gewalten gezogenen Schranken⁶¹⁾. Entscheidend aber ist, daß nur bei geschriebener Verfassung es der richterlichen Gewalt obliegen kann, die Verfassung (als Gesetz) zum Maßstab ihrer Entscheidung zu machen. Versteht man es so, erscheint auch das Hilfsargument des Richtereides in etwas anderem, plausiblerem Licht⁶²⁾.

Welche Rolle spielt aber hier der konkrete Verfassungstext und speziell Art. VI Abs. 2? Man könnte argumentieren — wie es etwa Howard E. Dean tut⁶³⁾ —, daß ungeachtet der oben erwähnten Nebenbei-Bemerkung dieses Artikels im *Marbury*-Fall die Feststellung der Höherrangigkeit der Verfassung auf Art. VI unmittelbar beruht. Das ist eine immerhin vertretbare Ansicht. Sie würde jedoch m. E. verkennen, daß Marshall (wie Hamilton und *mutatis mutandis* Iredell) die Höherrangigkeit der Verfassung primär — systemimmanent sozusagen — deshalb postuliert, weil die Verfassung dem unmittelbaren, permanenten Willen des Volkes ent-

⁵⁸⁾ Vor allem Boudin, a.a.O. (Anm. 3), S. 222. Vgl. auch Cappelletti/Ritterspach, Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung, JöR NF Bd. 20 (1971), S. 65 ff. (93), sowie Engelhardt, Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat, JöR NF Bd. 8 (1959), S. 101 ff. (103).

⁵⁹⁾ Corwin, *Judicial Review*, a.a.O. (Anm. 8), S. 34 ff.

⁶⁰⁾ 1 Cranch 177. Vgl. Gunther/Dowling, a.a.O. (Anm. 16), S. 16. — Die Frage der Verfassungswidrigkeit wird damit zum ausschließlichen Interpretationsproblem.

⁶¹⁾ "... and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written", 1 Cranch 176.

⁶²⁾ Vgl. Corwin, *Judicial Review*, S. 68.

⁶³⁾ *Judicial Review and Democracy* (1967), S. 22. Ebenso Cappelletti/Ritterspach, a.a.O. (Anm. 58), S. 81.

spricht⁶⁴). Der Wortlaut der Verfassung, die Erwähnung der Verfassung vor den Gesetzen in Art. VI Abs. 2 spiegeln selbstverständlich diese Doktrin, müssen sie spiegeln, und bestätigen und bestärken so nur das schon auf anderem Wege gefundene Prinzip. Wie Marshall sagt:

“Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument”⁶⁵).

II. Die Überprüfung von Staatengesetzen

1. Die Fälle

Zum ersten Mal wurde im Falle *Ware v. Hylton*⁶⁶) ein Staatengesetz als mit einem von den Vereinigten Staaten abgeschlossenen Vertrag vom Supreme Court für unvereinbar und nichtig gehalten. Ein Gesetz des Staates Virginia hatte im Jahre 1777, also während des Unabhängigkeitskrieges, britisches Vermögen sequestriert und ferner bestimmt, daß Schulden, die britischen Untertanen gegenüber bestanden, durch Zahlung an einen öffentlichen Fonds erloschen. Nach dem Krieg erhob ein britischer Gläubiger, gestützt auf Art. 4 des Pariser Friedensvertrages vom 3. 9. 1783, Zahlungsklage⁶⁷).

Angesichts des Art. VI Abs. 2 der Verfassung — so Justice Chase — könne kein Zweifel sein, daß die Bestimmungen des Vertrages widersprechenden Legislativakten der Staaten vorgingen; wie anders sollte ein von den Vereinigten Staaten abgeschlossener Vertrag *the supreme law of the land* sein⁶⁸)?

Oblag es jedoch den Gerichten und gerade auch dem Supreme Court, diesem Auftrag des Volkes⁶⁹) zur Wirksamkeit zu verhelfen? Besonders wichtig sind hier folgende Sätze, die sich als unmittelbare Konsequenz des Art. VI der Verfassung verstehen:

⁶⁴) Federalist Nr. 78, S. 398; *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 176 (1803).

⁶⁵) 1 Cranch 137, 180.

⁶⁶) 3 Dall. 199 (1796).

⁶⁷) Art. 4 des Vertrages lautet: “It is agreed that creditors, on either side, shall meet with no lawful impediment to the recovery of the full value, in sterling money, of all bona fide debts, heretofore contracted”.

⁶⁸) Zur Vorgeschichte, auch schon z. Z. der Konföderation, vgl. Bernhardt, Der Abschluß völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat. Eine Untersuchung zum deutschen und ausländischen Bundesstaatsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 32) (1957), S. 66 f.

⁶⁹) “The people of America have been pleased to declare, that all treaties made before the establishment of the national constitution, or laws of any of the states, contrary to a treaty, shall be disregarded”, 3 Dall. 237.

“Four things are apparent on a view of this 6th article of the national constitution . . . 4thly. That it is the declared duty of the state judges, to determine any constitution, or laws of any state, contrary to that treaty (or any other) made under the authority of the United States, null and void. National or federal judges are bound by duty and oath to the same conduct”⁷⁰).

Die in *Ware v. Hylton* sich bereits klar abzeichnende Tendenz wurde in den folgenden Jahren verstärkt ausgebaut. Schon zwei Jahre später stand der Verstoß eines Gesetzes von Connecticut gegen das Verbot des *ex post facto*-Gesetzes (Art. I sec. 10 der Bundesverfassung) zur Debatte⁷¹). Die Ausführungen der Richter Chase und Iredell⁷²) lassen keinen Zweifel daran aufkommen, daß man das Recht in Anspruch nahm, Staatengesetze im Fall der Verfassungsverletzung⁷³) für ungültig zu erklären, selbst wenn es *in concreto* nicht dazu kam⁷⁴). Auch das Problem, warum gerade die Richter hierzu berufen sind, wird als gelöst vorausgesetzt⁷⁵).

Erst zwölf Jahre später wurde ein Staatengesetz (Georgia) dann wirklich vom Supreme Court (wegen Verstoßes gegen die Bundesverfassung) für ungültig erklärt. Mit dieser Entscheidung, *Fletcher v. Peck*⁷⁶), schien der Bann gebrochen. Es folgten *New Jersey v. Wilson*⁷⁷) und im Jahr 1819 die berühmt gewordenen Entscheidungen *Dartmouth College v. Woodward*⁷⁸), *Sturges v. Crowninshield*⁷⁹) und *McCulloch v. Maryland*⁸⁰), 1824 *Gibbons v. Ogden*⁸¹). In den Fällen *Martin v. Hunter's Lessee*⁸²) und *Cohens v. Virginia*⁸³) ging es um die Stellung des Supreme Court als einer den Staatengerichten übergeordneten Instanz⁸⁴).

⁷⁰) A.a.O.

⁷¹) *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386 (1798).

⁷²) 3 Dall. 392 f. und 398 f.

⁷³) Justice Chase machte darauf aufmerksam, daß es dem Supreme Court aber nicht obliege, die Vereinbarkeit eines Staatengesetzes mit der Staatenverfassung zu überprüfen, 3 Dall. 392.

⁷⁴) Zum ganzen Fall ausführlich *Sutherland*, a.a.O. (Anm. 47), S. 242 ff.

⁷⁵) Es heißt bei Iredell, wenn die Legislative ihre Grenzen überschreite, “they violate a fundamental law, which must be our guide, whenever we are called upon as judges to determine the validity of a legislative act”, 3 Dall. 399.

⁷⁶) 6 Cranch 87 (1810).

⁷⁷) 7 Cranch 164 (1812).

⁷⁸) 4 Wheat. 518 (1819).

⁷⁹) 4 Wheat. 122 (1819).

⁸⁰) 4 Wheat. 316 (1819).

⁸¹) 9 Wheat. 1 (1824).

⁸²) 1 Wheat. 304 (1816).

⁸³) 6 Wheat. 264 (1821).

⁸⁴) Diese beiden Fälle sind hier darum von Interesse, weil die mit ihnen befaßten Staatengerichte zu Auslegungen kamen, die der Supreme Court mit der Verfassung nicht für vereinbar hielt; die Staatengerichte weigerten sich jedoch zunächst, sich die Auffassung des Supreme Court zu eigen zu machen.

Die Bedeutung der meisten dieser Fälle liegt weniger auf dem Gebiet des richterlichen Prüfungsrechts, so sehr sie auch durch ihre Existenz die zur Tatsache gewordene gerichtliche Nachprüfung belegen. Die genannten Entscheidungen sind vor allem für Auslegung und Anwendung verschiedener Verfassungsbestimmungen in einem auf den Oberstaat, die Union, ausgerichteten, wenn man will also einzelstaatlich feindlichen Sinn richtungsweisend geworden⁸⁵). Daß sie dies werden konnten, dokumentiert freilich erneut das Recht und die Macht des Obersten Gerichtshofs zur Interpretation der Verfassung.

Die Beiträge, die diese Entscheidungen für eine Theorie der *judicial review* leisten, sind gering. Immerhin finden sich einige Anhaltspunkte. Was ins Auge springt — etwa im Unterschied zum *Marbury*-Fall —, ist der ständige Rekurs auf die *supremacy clause* des Art. VI Abs. 2 der Verfassung. Wenn allgemeine Prinzipien herangezogen werden, so nehmen sie — auch in der Beweisführung — keinen dem Verfassungstext übergeordneten Rang ein⁸⁶); im Gegenteil, in diesen Fällen sind sie es, die zum Hilfsargument werden. Der in einem Bundesstaat unausweichliche Konflikt wurde, so sagte Chief Justice Marshall in *Gibbons v. Ogden* für den Supreme Court, von den Vätern der Verfassung vorausgesehen und durch die Schaffung des Art. VI Abs. 2 gelöst: "The nullity of any act, inconsistent with the constitution, is produced by the declaration that the constitution is the supreme law"⁸⁷).

Ein außerordentlich wichtiger Hinweis findet sich in *Cobens v. Virginia*. Auch hier konnte Marshall für einen einmütigen Gerichtshof sprechen, als er mit kurzen Strichen die Schranken der einzelstaatlichen Souveränität zeichnete und ausführte:

"... but in addition to these, the sovereignty of the states is surrendered in many instances where the surrender can only operate to the benefit of the people, and where, perhaps, no other power is conferred on Congress than a conservative power to maintain the principles established in the constitution. The maintenance of these principles in their purity, is certainly among the great duties of the government. One of the instruments by which this duty may be peaceably performed, is the judicial department"⁸⁸).

Die Stelle ist darum so wichtig, weil sie die Inanspruchnahme des richterlichen Prüfungsrechts aus einer der Judikative zugewiesenen Schiedsrolle im

⁸⁵) Hierzu ausführlich E h m k e, a.a.O. (Anm. 54), S. 109 ff., 221 ff., 225 ff.

⁸⁶) Vgl. etwa *Flechter v. Peck*, 6 Cranch 87, 138 f. (1810), und *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 210 (1824).

⁸⁷) 9 Wheat. 210 f.

⁸⁸) 6 Wheat. 264, 382 (1821).

Verhältnis Oberstaat — Gliedstaaten begründet; wir werden später sehen, wie sehr gerade dieser Gedanke die Arbeit der Verfassungsschöpfer beeinflusst hat⁸⁹⁾ ⁹⁰⁾).

2. Folgerung

Die Darstellung der vorgenannten Fälle hat die dominierende Rolle des Art. VI Abs. 2 der Verfassung als Ansatzpunkt für die richterliche Überprüfung von Staatengesetzen ans Licht gebracht. Dieser Bestimmung wird sowohl der Grundsatz entnommen, daß Staatenrecht dem Bundesrecht weichen muß, als auch das Recht und die Pflicht der Richter, diesem Grundsatz durch Ungültigerklärung der entgegenstehenden Staatengesetze Geltung zu verschaffen. Die Schiedsfunktion der Judikative im Bundesstaat⁹¹⁾ wird aus Art. VI Abs. 2 letzter Halbsatz hergeleitet. Begründungen über den Umweg einer Darlegung des Wesens der richterlichen Aufgabe als solcher erübrigen sich⁹²⁾ ebenso sehr wie das pointierte Abstellen auf die (schriftliche) Fixierung der Verfassung.

C. Die Intention der Verfassungsväter

I. Problem

Auch eine Durchsicht der Debatten, die die Väter der Verfassung im Jahre 1787 von Mai bis September in Philadelphia geführt haben, läßt Aufschlüsse über die Anknüpfungspunkte eines richterlichen Prüfungsrechts erwarten. Ein klares Bild zu gewinnen wird freilich dadurch erschwert, daß kein einziges Mal das richterliche Prüfungsrecht als solches diskutiert, diese Problematik vielmehr nur in anderen Zusammenhängen angeschnitten wurde. Die dabei abgegebenen Stellungnahmen haben in der Literatur völlig unterschiedliche Wertungen erfahren. So erklärt etwa Corwin, ver-

⁸⁹⁾ Vgl. unten C.

⁹⁰⁾ In *Martin v. Hunter's Lessee*, 1 Wheat. 304 (1816), wird zusätzlich das Argument der Notwendigkeit der Rechtseinheit und des damit zusammenhängenden Individualrechtsschutzes erwähnt. Anklänge an das Rechtseinheitsargument sind schon Hamiltons *Federalist* Nr. 80, S. 406, zu entnehmen.

⁹¹⁾ Vgl. Carstens, a.a.O. (Anm. 12), S. 91. — Vgl. demgegenüber oben bei Anm. 42 die Aussage Iredells.

⁹²⁾ Interessant ist, daß Judge Gibson in seinem *dissent*, *Eakin v. Raub*, auch insoweit eine andere Meinung vertritt: "By becoming parties to the federal constitution, the states have agreed to several limitations of their individual sovereignty, to enforce which, it was thought to be absolutely necessary, to prevent them from giving effect to laws in violation of those limitations, through the instrumentality of their own judges...", zitiert nach Gunther/Dowling, a.a.O. (Anm. 16), S. 21; Hervorhebung vom Verf. Vgl. dazu das Gegenargument oben in und bei Anm. 70.

nünftigerweise könne man an der Absicht der Mitglieder des Verfassungskonvents nicht zweifeln, den Gerichtshöfen das Recht der Überprüfung von Gesetzen, auch von Bundesgesetzen, auf ihre Verfassungsmäßigkeit geben zu wollen⁹³), während etwa Boudin, um die Gegenposition zu markieren, nichts dergleichen erkennen kann⁹⁴).

II. Legislativveto und Revisionsrat — die Entstehung des Art. VI Abs. 2

Das Zusammenkommen der 55 Deputierten aus 12 Staaten⁹⁵) war veranlaßt durch die wachsende Krise, in welche die Konföderation wegen der fehlenden Befugnisse des Kongresses, des Zentralparlaments, geraten war⁹⁶). Aus diesem Grund ergab der Verlauf der Beratungen eine klare Tendenz in Richtung auf Stärkung und Überordnung des *national government*, was sich auch auf die Entstehungsgeschichte des Art. VI Abs. 2 auswirken sollte. Die Debatte begann mit der Vorlage des sogenannten Virginia Plans, als dessen Urheber James Madison außer Frage steht. Dieser Plan enthielt zwei für unsere Problematik wichtige Vorschläge. In Punkt 6 wurde dem Bundesgesetzgeber u. a. ein Vetorecht gegenüber allen Gesetzen der Einzelstaaten zugestanden, die nach Meinung des zentralen Gesetzgebers der Unionsverfassung widersprachen. Punkt 8 sah die Bildung eines aus Präsident und einer angemessenen Zahl von Bundesrichtern bestehenden Revisionsrates vor, dessen Aufgabe es sein sollte, Bundesgesetze und Staatengesetze zu überprüfen; ein von der Auffassung des Kongresses abweichendes Ergebnis kann von diesem nur durch neuerliche Bestätigung überwunden werden⁹⁷).

Dieser Konzeption entgegengestellt wurde der sogenannte New Jersey Plan, der vor allem von den kleineren Staaten favorisiert wurde⁹⁸). Obgleich in der Abstimmung vom 19. Juni 1787 der Virginia Plan zur Grundlage der weiteren Verhandlung gemacht wurde⁹⁹), war es doch gerade ironischerweise (weil der Plan ja eher die Interessen der Einzelstaaten zu verteidigen vorgab) eine Bestimmung des New Jersey Plans, in der sich die

⁹³) Judicial Review, a.a.O. (Anm. 8), S. 10, 17.

⁹⁴) A.a.O., S. 83 ff., 179.

⁹⁵) Rhode Island nahm an den Gesprächen nicht teil.

⁹⁶) Farrand, The Framing of the Constitution (1913), S. 42 ff., Bloom, a.a.O. (Anm. 5), S. 11 ff.

⁹⁷) Vgl. Madison, Notes of Debates in the Federal Convention of 1787 (1966), S. 31 f. Zum Virginia Plan vgl. ausführlich Keller, Der »Virginia-Plan«, JöR NF Bd. 9 (1960), S. 1 f.

⁹⁸) Vgl. Farrand, The Framing, S. 84 ff.

⁹⁹) Farrand, Records, a.a.O. (Anm. 37) Bd. 1, S. 312 ff.

ersten starken Anklänge an Art. VI Abs. 2 der Verfassung finden. Punkt 6 lautete:

“Resd. that all Acts of the U. States in Congs. made by virtue & in pursuance of the powers hereby & by the articles of confederation vested in them, and all Treaties made & ratified under the authority of the U. States shall be the supreme law of the respective States or their Citizens, and that the Judiciary of the several States shall be bound thereby in their decisions, any thing in the respective laws of the Individual States to the contrary notwithstanding; and that if any State, or any body of men in any State shall oppose or prevent ye. carrying into execution such acts or treaties, the federal Executive shall be authorized to call forth ye power of the Confederated States, or so much thereof as may be necessary to enforce and compel an obedience to such Acts, or an Observance of such Treaties”¹⁰⁰).

Da man, wie erwähnt, beschlossen hatte, auf der Grundlage des Virginia Plans zu prozedieren, waren es zunächst die dort genannten Vorschläge, die zu einer Diskussion über das richterliche Prüfungsrecht führten. Den ersten Anlaß gab die Erörterung des Legislativvetos.

Dieses Thema stand mehrfach auf der Tagesordnung, ehe es am 17. Juli 1787 der endgültigen Ablehnung verfiel¹⁰¹). Hierbei ragen zwei Stellungnahmen heraus. Governor Morris (New York) widersetzte sich diesem Vorschlag mit dem Doppelargument, eine solche Befugnis des Kongresses sei “terrible to the States”, aber auch gar nicht notwendig, da gegebenenfalls die Judikative eingreifen werde¹⁰²). Sherman (Connecticut) sekundierte dieser Auffassung mit dem Hinweis, daß das Legislativveto von einer falschen Prämisse ausgehe: seine Folge sei nämlich, daß ein gegen die Unionsverfassung vertoßendes Staatengesetz, wenn vom Vetorecht nicht Gebrauch gemacht werde, gültig und wirksam sei¹⁰³).

Bei diesem Stand der Diskussion wurde von Luther Martin (Maryland) der Vorschlag gemacht,

“that the legislative acts of the U. S. made by virtue and in pursuance of the articles of Union, and all treaties made and ratified under the authority of the U. S. shall be the supreme law of the respective States, as far as those acts or treaties shall relate to the said States, or their Citizens and inhabitants — and that the Judiciaries of the several States shall be bound thereby in their deci-

¹⁰⁰) Farrand, Records Bd. 1, S. 245.

¹⁰¹) Farrand, Records Bd. 2, S. 25 ff. Am 23. 8. 1787 wurde nochmals kurz darüber gesprochen, a.a.O., S. 390 f.

¹⁰²) Farrand, Records Bd. 2, S. 27 und 28.

¹⁰³) A.a.O., S. 28.

sions, any thing in the respective laws of the individual States to the contrary notwithstanding" ¹⁰⁴).

Der Antrag wurde einstimmig angenommen.

Die Veränderungen, denen dieser Wortlaut im *committee of five* unterworfen wurde, sind bei *Coxe* ¹⁰⁵) ausführlich geschildert. Es genügt für unsere Zwecke zu wissen, daß alle vier zeitlich hintereinander erfolgenden Änderungsvorschläge einstimmig akzeptiert wurden ¹⁰⁶). Dies gilt auch für die Änderung, durch die die Verfassung an den Anfang der Bestimmung gestellt und so ausdrücklich zum Bestandteil des *supreme law of the land* gemacht wurde ¹⁰⁷).

Die Debatte über den im Virginia Plan vorgesehenen Revisionsrat bot Anlaß, auf die Frage des richterlichen Prüfungsrechts zurückzukommen. Gegen die Errichtung eines *council of revision* wurden vor allem zwei Bedenken laut. Man sprach von einer "improper coalition between the Executive and Judiciary departments", die die Richter ihrer eigentlichen richterlichen Aufgabe entfremden würde ¹⁰⁸). Luther Martin erhob den Einwand, der Judikative werde durch diesen Schritt ein doppeltes Veto Gesetzen gegenüber gegeben, da die Richter in Ausübung ihres eigentlichen Amtes ohnehin über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu befinden hätten ¹⁰⁹). Ob es diese Überlegungen waren, die die Mehrheit überzeugten, muß offenbleiben, jedenfalls verfiel dieses Projekt gleichfalls der Ablehnung ¹¹⁰).

III. Folgerungen

Wenn wir uns fragen, welche Folgerungen aus den Diskussionen im Verfassungskonvent für unser Thema gezogen werden können, so ist zunächst erneut auf die Unterscheidung der gerichtlichen Überprüfung von Staaten — und von Bundesgesetzen hinzuweisen. Befassen wir uns zunächst mit dem ersten Fall.

¹⁰⁴) A.a.O., S. 28 f.

¹⁰⁵) A.a.O. (Anm. 2), S. 316 ff.

¹⁰⁶) *Coxe*, a.a.O., S. 325 ff.

¹⁰⁷) A.a.O., S. 317 f. Man wird sich im übrigen hier an die Ausführungen in *Marbury v. Madison* erinnern, wo gerade auf diese Formulierung hingewiesen wird, 1 Cranch 137, 180 (1803).

¹⁰⁸) So Gerry am 21. 7. 1787, *Farrand*, Records, a.a.O. (Anm. 37) Bd. 2, S. 75.

¹⁰⁹) A.a.O., S. 76. *Ibid.* auch *Mason*, S. 78.

¹¹⁰) Am 21. 7. 1787, a.a.O., S. 80. v. *Mangoldt*, Geschriebene Verfassung und Rechtssicherheit in den Vereinigten Staaten von Amerika (1934), S. 55, meint, die Ablehnung sei vielleicht deshalb erfolgt, weil man mit der richterlichen Nachprüfung ohnehin gerechnet habe und der Entwicklung nicht habe vorgreifen wollen. Dazu vgl. gleich weiter im Text.

War Anlaß des Konvents, eine unabdingbar erforderliche Stärkung der Zentralgewalt herbeizuführen, so mußte es eine seiner Hauptaufgaben sein, zwangsläufig auftretende *casus foederis* in den Griff zu bekommen. Hier war zunächst die legislative Lösung (Legislativveto) im Gespräch, bevor schließlich die Richterlösung, wie man sie nennen könnte, den Sieg davontrug. Das ohne Ausnahme einstimmige Prozedieren bei der Fortschreibung des Martinschen Vorschlags bis hin zur endgültigen Fassung des Art. VI Abs. 2 beweist, daß das ursprünglich anvisierte Ziel, föderale Streitigkeiten zu schlichten, auch weiterhin verfolgt wurde — man hatte freilich das Instrument ausgetauscht¹¹¹).

Diese Schlichtungs- oder Schiedsfunktion sollte dabei keineswegs den Staatengerichten allein zugesprochen werden. Art. VI Abs. 2 letzter Halbsatz, der diese Annahme nahelegen könnte, kann nur dann richtig verstanden werden, wenn man sich klarmacht, daß die Bindung der Staatengerichte an das Bundesrecht das eigentliche Problem war. Daß die Bindung der Bundesgerichte hieran weit weniger problematisch, ja recht eigentlich sogar selbstverständlich war, liegt auf der Hand¹¹²). Ein Schluß *e contrario* ist daher nicht statthaft¹¹³).

Nach allem wird man daher die Behauptung wagen können, daß die Schöpfer der Verfassung das richterliche Prüfungsrecht bezüglich der Staatengesetze in Art. VI Abs. 2 beschlossen sahen. Auch James Madison, der die aktivste Rolle in Philadelphia spielte und sich der Richterlösung zunächst zugunsten des Legislativvetos widersetzt hatte, hat diese Auffassung später in mehreren Schreiben bestätigt¹¹⁴).

Ein weit weniger klares Bild ergibt sich indes für die richterliche Nachprüfung von Bundesgesetzen. *Coxe* meint zwar, die Entstehungsgeschichte der *arising under this constitution*-Klausel (Art. III sec. 2), die ihrerseits eng mit der — einstimmig erfolgten — Ausarbeitung von Art. VI Abs. 2 zusammenhängt, lege eindeutigen Beweis ab für eine übereinstimmende Intention der Verfassungsschöpfer, auch die Überprüfung von Bundesgesetz-

¹¹¹) Vgl. Hamilton, *The Federalist* No. 80, S. 406: "This power must either be a direct negative on the state laws, or an authority in the federal courts, to overrule such as might be in manifest contravention of the articles of union. There is no third course that I can imagine. The latter appears to have been thought by the convention preferable to the former, and I presume will be most agreeable to the states". Dazu auch *Dietze*, *Der Federalist* und die Friedensfunktion des Föderalismus, *JöR N. F.* Bd. 7 (1958), S. 1 ff.

¹¹²) *Coxe*, a.a.O. (Anm. 2), S. 316, 333 ff.

¹¹³) Vgl. ferner *Coxe*, a.a.O., S. 329 ff., wo die entstehungsgeschichtlichen Zusammenhänge mit Art. III sec. 2 der Verfassung dargestellt werden.

¹¹⁴) Briefe vom Dezember 1831 an N. P. Trist und vom 21. 10. 1833 an W. C. Rives; *Farrand*, *Records*, a.a.O. (Anm. 37) Bd. 3, S. 516 ff., 521 ff.

zen zulassen zu wollen¹¹⁵). Es ist indes gerade diese Einstimmigkeit bezüglich des Art. VI, die es verbietet, eine solche Folgerung zu ziehen. Zumindest nämlich von einigen *founding fathers* ist die klare Ablehnung eines derartigen richterlichen Prüfungsrechts formuliert worden, jedenfalls soweit der richterliche Spruch irgendwelche Konsequenzen für die Tätigkeit der anderen Bereiche des *government* haben sollte. Außer an den schon oben erwähnten Brief von Spaight¹¹⁶), soll hier nur an Madison erinnert werden, der sich zwar nicht immer mit gleicher Eindeutigkeit geäußert hat, im Kern aber solchen Projekten immer ablehnend gegenüberstand¹¹⁷). Das gleiche gilt übrigens von Thomas Jefferson¹¹⁸), der allerdings nicht Mitglied des Verfassungskonvents war¹¹⁹). Dabei war es keineswegs so, daß diese Männer die Gefahr einer despotischen Legislative nicht sahen¹²⁰), sie vertrauten jedoch auf die eingebauten politischen Kontrollmechanismen und die in ihnen und durch sie wirksam werdende Vernunft des Volkes¹²¹).

Weitere Klärung ergibt sich auch nicht aus den nachfolgenden Ratifizierungsdebatten in den Parlamenten der Einzelstaaten. Man hat zwar eine Fülle von Belegen gesammelt, die dartun sollen, daß auch hier die überwiegende Mehrheit für das richterliche Prüfungsrecht eingetreten ist¹²²). Zu Recht wird jedoch darauf aufmerksam gemacht, daß dabei viele Stellungnahmen angeführt sind, die sich auf die Zustimmung zur Nachprüfung von Staatengesetzen beschränken¹²³). Man wird daher als Ergebnis feststellen müssen, daß die Frage, obschon sich die Mehrheit mit ihr gedanklich vertraut gemacht haben dürfte¹²⁴), offenblieb, eben nicht übers Knie gebrochen, sondern der weiteren Entwicklung überlassen wurde¹²⁵). Daraus wird

¹¹⁵) C o x e, a.a.O., S. 336 ff. ¹¹⁶) Vgl. oben Anm. 38.

¹¹⁷) Vgl. Nachweise bei H o l i k, a.a.O. (Anm. 4), S. 23 f.

¹¹⁸) H o l i k, a.a.O., S. 22.

¹¹⁹) Weitere Nachweise bei B o u d i n, a.a.O. (Anm. 3), S. 83 ff.

¹²⁰) Dazu nur M a d i s o n, *The Federalist* Nr. 48, S. 252 f., sowie das Zitat Jeffersons bei v. M a n g o l d t, a.a.O. (Anm. 110), S. 16.

¹²¹) C o m m a g e r, a.a.O. (Anm. 12), S. 16 f. Dahinter stand freilich weiter die Auffassung, daß jede Generation sich neu entscheiden müsse und nicht durch die Verfassung, d. h. vorausgegangene Generationen gebunden sein dürfe; C o m m a g e r, a.a.O., S. 21 ff.

¹²²) C o r w i n, *Judicial Review*, a.a.O. (Anm. 8), S. 65 f.

¹²³) H a i n e s, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* Bd. 1 (1932), S. 135 ff.; C a r r, a.a.O. (Anm. 30), S. 52.

¹²⁴) Dafür spricht auch eine Analyse der sozialen Bedingungen der in Philadelphia versammelten Deputierten. Es handelte sich mehrheitlich um reiche Landbesitzer, die einerseits zentralistisch eingestellt waren, andererseits der demokratisch-politischen Kontrolle allein nicht trauen mochten; vgl. aufschlußreich hierzu C a r r, a.a.O., S. 38 ff., und auch W o l f, a.a.O. (Anm. 6), S. 30.

¹²⁵) Vgl. dazu den Bericht über die Rede Abraham Baldwins (Georgia) im House of Representatives am 14. 3. 1796, F a r r a n d, *Records*, a.a.O. (Anm. 37) Bd. 3, S. 369 f.

man aber weiter schließen können, daß nach Meinung dieser Mehrheit Verfassungsbestimmungen nicht entgegenstanden, es sich also nicht um Usurpation handeln konnte, wenn die Judikative das richterliche Prüfungsrecht auch Bundesgesetzen gegenüber in Anspruch nahm. Daraus folgt jedoch ferner, daß Art. VI nicht in demselben Maß wie bei der Überprüfung von Staatengesetzen als Anknüpfungspunkt gedacht gewesen sein konnte.

D. Die historischen Präzedenzfälle

I. Die Fälle

In der Diskussion über die Rechtfertigung des richterlichen Prüfungsrechts wird immer wieder auf die Bedeutung historischer Präzedenzfälle¹²⁶⁾ hingewiesen. Auch ihre Tragweite unterliegt freilich sehr unterschiedlicher Einschätzung.

Hinweise auf solche Präzedenzien finden sich weder in den schon zitierten Gerichtsentscheidungen noch in den Debatten des Verfassungskonvents. Doch zeigt bereits der schon mehrfach angezogene Brief des Abgeordneten Spaight, daß die Nachricht von dem im Mai 1787 in North Carolina entschiedenen Fall *Bayard v. Singleton* noch während der Verhandlungen in Philadelphia eintraf¹²⁷⁾. Coxe hält es sogar für erwiesen, daß diese Neuigkeit schon vor dem 17. Juli 1787 bekannt war, jenem Tag, an dem Luther Martins Kompromißvorschlag einstimmig angenommen wurde¹²⁸⁾.

Es kann auch als gesichert gelten, daß den meisten Konventsmitgliedern der Fall *Trevett v. Weeden*, entschieden 1786 vom Superior Court in Newport, Rhode Island, noch deutlich in Erinnerung war. Diese Angelegenheit hatte damals nämlich die Gemüter ganz außerordentlich erregt. In Rhode Island war ein Gesetz ergangen, das Papiergeld dem bisher allein umlaufenden Silber gleichstellte. Um dieses sehr unpopuläre Gesetz durchzusetzen, wurden weitere Gesetze mit sehr harten Strafbestimmungen erlassen; ferner wurde die Aburteilung in besonderen Gerichten "without any jury" "according to the laws of the land" vorgesehen¹²⁹⁾. Das Gericht hielt, wie zeitgenössische Berichte überliefern, "the penal law to be repugnant and unconstitutional — and therefore gave it as his opinion that the court could not take cognizance of the information"¹³⁰⁾. Da das Gericht keine Rechts-

¹²⁶⁾ Hier geht es nur um die vor Inkrafttreten der Verfassung liegenden Fälle.

¹²⁷⁾ Siehe oben Anm. 38.

¹²⁸⁾ Coxe, a.a.O. (Anm. 2), S. 266 f. Vgl. auch oben in und bei Anm. 104.

¹²⁹⁾ Coxe, a.a.O., S. 234 f. *Ibid.* auch weitere Nachweise.

¹³⁰⁾ A.a.O., S. 245 f.

grundlage für weiteres Prozedieren sah, fand der Prozeß gegen den Angeklagten schließlich nicht statt.

Die Folge war eine ungeheuerliche Erregung bei der Mehrheit der Legislative, die alle Richter zu ihrer Rechtfertigung ins Parlament zitierte¹³¹⁾. Das Verhör zog sich über einen längeren Zeitraum hin, bis einige der betroffenen Richter energisch seine Beendigung oder aber die Einleitung eines *impeachment*-Verfahrens verlangten. Hierzu kam es jedoch nicht, und die Verhöre wurden abgebrochen. Im Jahr darauf freilich bestätigte die Legislative die Richter mit einer Ausnahme nicht wieder in ihrem¹³²⁾ Amt¹³³⁾.

Weitere Vorläufer des *judicial review* werden in den Entscheidungen des Privy Council in London gesehen, durch die nach einer bei Carr¹³⁴⁾ wiedergegebenen Aufstellung 46 Gesetze, das sind 5,5 Prozent der vor den Privy Council gekommenen Gesetze amerikanischer Kolonien, für ungültig erklärt wurden. Einer der bekanntesten Fälle dürfte *Winthrop v. Lechmere* sein, der am 15. Februar 1727 dem Privy Council zur Entscheidung vorlag. Zugrunde lag ihm eine Erbstreitigkeit: der Kläger, der vor den ordentlichen Gerichten in Connecticut unterlegen war, verlangte die Aufhebung eines kolonialen Gesetzes, das — von der im *common law* geltenden Primogeniturregel abweichend — dem ältesten Sohn nicht das ausschließliche Erbrecht an Immobilien zusprach, sondern die übrigen Kinder des Erblassers auch insoweit von der Erbfolge nicht ausschloß. Der Privy Council entschied:

“His Majesty, taking the same into his royal consideration, is pleased, with the advice of his privy council, to approve of the said report, and to confirm the same in every particular part thereof; and pursuant there unto, to declare, that the afore mentioned act, entitulated an act for the settlement of intestate estates, is Null and Void — and the same is hereby accordingly declared to be null and void, and of no force or effect whatever”¹³⁵⁾.

Inwieweit diese Beispiele echte Anknüpfungspunkte für die spätere Inanspruchnahme des richterlichen Prüfungsrechts unter der Verfassung sein konnten, ist u. a. deshalb zweifelhaft, weil *the King in council* nicht nur als

¹³¹⁾ Diese Tatsache spricht gegen Boudin, a.a.O. (Anm. 3), S. 64 ff., der die Bedeutung dieses Falles stark herunterspielt.

¹³²⁾ Zu diesem Fall ausführlich auch Warren, Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation by Federal Courts, Yale Law Journal Bd. 32 (1922/23), S. 15 ff.; ferner Haines, a.a.O. (Anm. 123), S. 105 ff. — Es sollte an dieser Stelle nicht vergessen werden, daß es gerade Rhode Island war, das sich weigerte, Deputierte nach Philadelphia zu entsenden.

¹³³⁾ Weitere Fälle bei Haines, a.a.O., S. 88 ff.

¹³⁴⁾ A.a.O. (Anm. 30), S. 43.

¹³⁵⁾ Cox e, a.a.O. (Anm. 2), S. 370 ff. (381).

Rechtssprechungsorgan auftrat, sondern mit dieser Aufgabe auch exekutivische und legislatorische Funktionen verband¹³⁶). Zu Recht macht Carr insoweit darauf aufmerksam, daß ein Großteil der kolonialen Legislativakte nicht wegen Verstoßes gegen höherrangiges englisches Recht, sondern wegen Unzweckmäßigkeit, also aus politischen Gründen aufgehoben wurde¹³⁷).

Schließlich wird zur inneren Rechtfertigung gerichtlicher Gesetzesüberprüfung häufig auf den berühmten *Dr. Bonham's*-Fall verwiesen. Hier ging es um die Rechtmäßigkeit eines Statuts, durch das dem Royal College of Physicians das Recht eingeräumt war, praktizierende Ärzte unter bestimmten Umständen gefangenzusetzen¹³⁸). Da die Geldstrafe, die Dr. Bonham zu zahlen hatte, teilweise an das College selbst abgeführt wurde, hielt Chief Justice Sir Edward Coke dafür, daß das Statut einer anerkannten Maxime des *common law* widerspreche, daß nämlich keiner Richter in eigener Sache sein könne. Es folgt dann die viel zitierte Stelle:

“And it appears in our books that in many cases the common law will controul acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right or reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void”¹³⁹).

Corwin urteilt über diesen »Präzedenzfall«: “...it would be the height of absurdity to suppose that these words spell out anything like judicial review”¹⁴⁰). In der Tat lassen sich gegen eine derartige Inanspruchnahme mehrere Einwände erheben. Schon die Fälle, auf die sich Coke bezieht (*in our books*), sind zum Großteil zweifelhafter Natur; dies hat Theodore F. T. Plucknett klar herausgearbeitet¹⁴¹). Was aber noch wichtiger ist, ist die Tatsache, daß man heute weiß, daß Sir Coke die Stellung des Parlaments als “Supreme Court of the realm” nicht in Zweifel zog; so blieb das Parlament eben gerade Interpret der Gesetze¹⁴²). Insofern war die “Glorious Revolution” 1688 nur die politische Besiegelung einer

¹³⁶) Coxe, a.a.O., S. 211 ff.

¹³⁷) A.a.O., S. 43.

¹³⁸) Weitere Einzelheiten zum Sachverhalt bei Th. F. T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, Harvard Law Review Bd. 40 (1926/27), S. 30 ff.

¹³⁹) 8 Co. Rep. 108 a, 118 a, vgl. auch *The English Reports* Bd. 77, S. 638 ff.

¹⁴⁰) *Judicial Review*, a.a.O. (Anm. 8), S. 28 f.

¹⁴¹) A.a.O., S. 35 ff. Vgl. auch Coxe, a.a.O. (Anm. 2), S. 174 ff.

¹⁴²) Corwin, *Judicial Review*, S. 29; ders., “The Higher Law” Background of American Constitutional Law (1955), S. 50 f.

juristisch bereits antizipierten Entwicklung — nämlich der der Souveränität des Parlaments¹⁴³).

Gleichwohl wirkten sich Sir Coke's Worte im *Bonham's*-Fall aus. Sei es, daß man die Zusammenhänge nicht überblickte, sei es, daß man bewußt den Schein für Wahrheit nahm: Die Vorstellung, daß ein höheres Recht auch den Gesetzgeber bindet, lebte weiter und fiel gerade in den nordamerikanischen Kolonien auf fruchtbaren Boden. Das deutlichste Beispiel hierfür sind die sich *expressis verbis* auf Coke beziehenden Schriften von James Otis, der als Anwalt vor einem Bostoner Gericht das Recht des Superior Court von Massachusetts bestritt, englische Zollbeamte zu allgemeinen Durchsuchungen nach geschmuggelten Waren zu ermächtigen. Otis meinte: "No acts of Parliament can establish such a writ; though it should be made in the very words of the petition it would be void. An act against the constitution is void"¹⁴⁴). "The executive courts must pass such acts into disuse"¹⁴⁵). Das Gericht soll, so wird berichtet, sich dieser Meinung angeschlossen haben¹⁴⁶).

II. Folgerung

Es muß vor der Auffassung gewarnt werden, in diesen historischen Fällen Präzedenzfälle im eigentlichen Sinn des Wortes zu sehen, auf die der Rückgriff sozusagen legitimierend möglich gewesen wäre. Als echte, juristisch wertbare Anknüpfungspunkte bei der Herausbildung einer Theorie des richterlichen Prüfungsrechts können sie darum nur mit aller Vorsicht begriffen werden¹⁴⁷). Ihre Bedeutung sollte man dennoch nicht unterschätzen. Sie lag vor allem im atmosphärischen Bereich. Die Kenntnis und das spezifisch amerikanische Verständnis der Fälle bereitete den Boden, auf dem der Gedanke des richterlichen Prüfungsrechts wachsen konnte, so daß seine dann tatsächlich mit *Ware v. Hylton* (1796), *Marbury v. Madison* (1803) und *Fletcher v. Peck* (1810) erfolgende Inanspruchnahme (auch) durch den

¹⁴³) Vgl. Plucknett, a.a.O. (Anm. 138), S. 53. Auf das britische Antimodell wurde in anderem Zusammenhang schon aufmerksam gemacht, siehe oben Anm. 40.

¹⁴⁴) Das Zitat findet sich bei Haines, a.a.O. (Anm. 123), S. 60. Zu diesem Fall (*writs of Assistance Case*) vgl. auch Corwin, *Judicial Review*, S. 29, sowie Schindler, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, ZSchwR Bd. 44 (1925), S. 19 ff. (34).

¹⁴⁵) So geht das Zitat bei Carr, a.a.O. (Anm. 30), S. 42, weiter.

¹⁴⁶) Haines, a.a.O., S. 61. *Ibid.*, S. 60, auch Hinweise auf Otis' Schrift, *The Rights of the British Colonies Asserted and Proved* (1764), in der sich entsprechende Äußerungen finden.

¹⁴⁷) Gegen eine Überwertung dieser Fälle auch Gunther/Dowling, a.a.O. (Anm. 16), S. 16.

Supreme Court der damaligen Zeit nicht als Husarenstreich, als revolutionärer Akt erscheinen konnte¹⁴⁸⁾.

E. Auswertung

Das bei der Untersuchung der Rechtsprechung gewonnene Ergebnis ist durch die Analyse der Debatten des Verfassungskonvents erhärtet worden. Art. VI Abs. 2 der Verfassung kam in der Tat bei der Inanspruchnahme des richterlichen Prüfungsrechts bezüglich der Staatengesetze die entscheidende Bedeutung zu. Die der Judikative zugewiesene Schiedsfunktion ergab sich nach Ablehnung des Legislativvetos und des Revisionsrates als historische Notwendigkeit, sollte der zu gründende Bundesstaat — anders als die Konföderation — eine Überlebenschance haben.

Anders als in den übrigen Entscheidungen ging Chief Justice Marshall in *Marbury v. Madison* nicht von konkreten Verfassungsbestimmungen, nicht also von Art. VI Abs. 2 aus. Er ging vielmehr den Weg vom Allgemeinen zum Besonderen und entnahm der Struktur der Verfassung und des Systems, das die Verfassung errichtet hatte, (auch) die Zulässigkeit der gerichtlichen Überprüfung von Bundesgesetzen. Erst als das Ergebnis feststand, konnte es sozusagen mit Art. VI (und Art. III) untermauert werden. Rein tatsächlich gesehen spielten diese Bestimmungen hier aber eine untergeordnete Rolle.

Das auf diesem Weg gewonnene Resultat war indes juristisch legitim und begründbar. Dies ergibt sich einmal aus der Rationalität der Entscheidung selbst — soweit sie hier von Interesse ist —, zum andern aus den Überlegungen der Verfassungsväter, die — wie gezeigt — das Problem offenlassen, d. h. eben der Entwicklung überlassen wollten. Das immer wieder vorgebrachte Argument des Gegenschlusses aus Art. VI Abs. 2 letzter Halbsatz¹⁴⁹⁾ wäre nur durchschlagend, gäbe es eine imperative Auslegungsregel dahin, daß jede Bestimmung nur für sich, ohne Zusammenhang mit anderen und losgelöst von ihrem historischen Untergrund¹⁵⁰⁾ zu interpretieren wäre. Eine solche Regel besteht aber nicht, und am wenigsten wäre sie bei der Verfassungsauslegung am Platz¹⁵¹⁾.

Man wird sich an diesem Punkt aber noch der Frage stellen müssen, ob

¹⁴⁸⁾ Vgl. auch Berger, *Congress v. the Supreme Court* (1969), S. 46.

¹⁴⁹⁾ Vgl. etwa nur Wolf, a.a.O. (Anm. 6), S. 9.

¹⁵⁰⁾ Zu diesem Untergrund zählen freilich auch Kenntnis und Verständnis der unter D behandelten Fälle.

¹⁵¹⁾ In diesem Sinn dürfte der berühmte Satz Marshall's in *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 407 (1819), zu verstehen sein: "...we must never forget that it is a constitution we are expounding".

das Ziel, das mit der im *Marbury*-Fall 1803 erfolgten Inanspruchnahme des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Bundesgesetzen angestrebt wurde, nicht auch im Kern das Verhältnis des Bundes zu seinen Gliedstaaten im Auge hatte, also auch hier — entgegen allem Anschein¹⁵²⁾ — das bundesstaatliche Prinzip die eigentliche Basis der Entscheidung bildet. Diese zunächst vielleicht überraschende Perspektive verliert etwas von ihrer provozierenden Schärfe, wenn man sich die politischen Ereignisse dieser Zeit und die politische Herkunft Marshalls vergegenwärtigt¹⁵³⁾. Mit den von maßgeblichen Männern verfaßten Kentucky- und Virginia-Resolutionen war in den neu geschaffenen Bundesstaat ein ungeheurer Sprengsatz hineingetragen worden, der bei der Machtübernahme eben dieser Männer, des Präsidenten Jefferson¹⁵⁴⁾ und seines Secretary of State Madison, jederzeit zur Explosion kommen konnte — so jedenfalls mußte es den zentralistisch eingestellten Federalists erscheinen. Die Vermutung liegt nahe, daß Marshall mit seiner *Marbury*-Entscheidung primär gar nicht das Verhältnis Legislative-Judikative antasten wollte, obgleich das unumgänglich war, sondern durch die Inanspruchnahme des Prüfungsrechts Nullifikationsbestrebungen der Länder überflüssig machen¹⁵⁵⁾, also auch hier die Schiedsfunktion des Richters im Bundesstaat zum Tragen bringen wollte¹⁵⁶⁾.

Diese Annahme ist letztlich historisch kaum einwandfrei nachweisbar. Immerhin eröffnet eine solche Sicht die Möglichkeit, daß in der Tiefe die Bedeutung des Art. VI Abs. 2, die starke bundesstaatliche Klammer der Verfassung, auch im *Marbury*-Fall höher zu veranschlagen ist, als zunächst festgestellt werden konnte. Doch bleiben diese Überlegungen zu einem Gutteil im Spekulativen¹⁵⁷⁾.

¹⁵²⁾ Siehe oben A.

¹⁵³⁾ Siehe oben B I 1.

¹⁵⁴⁾ Jefferson hatte sich schon früher gegenüber der Inanspruchnahme nicht eindeutig aus der Verfassung ergebender Kompetenzen des Bundes sehr zurückhaltend geäußert; vgl. dazu etwa sein Gutachten betreffend die Errichtung einer Bundesbank — ein ähnlicher Fall sollte zur Entscheidung *McCulloch v. Maryland* führen — aus dem Jahr 1790, auszugsweise abgedruckt bei Gunther/Dowling, a.a.O. (Anm. 16), S. 217 ff.

¹⁵⁵⁾ Vgl. auch Schindler, ZSchwR Bd. 44, S. 24 f., 28 f.

¹⁵⁶⁾ B. F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law* (1942), S. 45 ff., 250 ff., charakterisiert die Intention Marshalls generell dahin, daß er mit aller Macht versucht habe, dem Gerichtshof die Rolle des "umpire in chief for the federal system" zu vindizieren. — Die Überprüfung einfachen Bundesrechts ist im übrigen freilich stets involviert, wenn die Frage beurteilt werden muß, ob Staatenrecht hiergegen verstößt. Trotzdem lassen sich die Fälle der Überprüfung von Bundesgesetzen getrennt behandeln, in denen diese Spannungslage nicht besteht. Wo *Marbury v. Madison* einzuordnen ist, ist eben nicht mit vollständiger Sicherheit zu sagen.

¹⁵⁷⁾ Unterstellt man die Richtigkeit dieser Überlegung, ist es eine große Ironie der Geschichte, daß mit dem nächsten Erkenntnis des Supreme Court, durch das ein Bundesgesetz für verfassungswidrig und nichtig erklärt wurde, in *Dred Scott v. Sandford*,

F. Abschließende Bemerkungen

Zum Schluß sollen noch einige Gedanken aufgegriffen werden, die sich in den zu Beginn des vorigen Jahrhunderts ergangenen Entscheidungen des Supreme Court finden und die beim weiteren Ausbau des richterlichen Prüfungsrechts wirksam wurden. Von kompetenter Seite hat man dem Supreme Court der Nach-Marshall-Zeit vorgeworfen, er habe *Marbury v. Madison* zu Unrecht als Präjudiz dafür genommen, daß die gerichtliche Überprüfung von Bundesgesetzen verfassungsrechtlich generell gedeckt sei; in der genannten Entscheidung habe es sich bei dem für ungültig erklärten Gesetz aber um ein solches gehandelt, das den Aufgabenbereich gerade der Judikative betraf, und nur insoweit sei der *Marbury-Fall decision*; darüber hinausgehende Überlegungen seien bloße *dicta*¹⁵⁸). Mag dies formell auch zutreffen, und mag dies zunächst auch Jefferson und seine Anhänger zur Zurückhaltung bei ihrer Kritik veranlaßt haben, so war doch das allgemeine zeitgenössische und spätere Verständnis ein anderes, das seinerseits gerade bei Jefferson ein allmählich wachsendes Unbehagen hervorrief¹⁵⁹).

Ein zweiter Punkt ist die in allen Entscheidungen klar zum Ausdruck kommende Verknüpfung der richterlichen Normenkontrolle mit dem konkreten, den Gerichten einschließlich dem Supreme Court im normalen Verfahren vorgelegten Fall. Eine irgendwie geartete abstrakte Normenkontrolle ist von daher ausgeschlossen¹⁶⁰).

Auch die schon in sehr frühen Erkenntnissen des Supreme Court zum Ausdruck gebrachte Ansicht, nur in ganz klaren Fällen das Gesetz für nichtig zu halten¹⁶¹), ist von fortdauernder Wirkung gewesen. Dieser Lehre entspricht die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze¹⁶²). Neuere Entwicklungen haben zwar eine Einschränkung dieser Doktrin mit sich gebracht, aber grundsätzlich steht sie immer noch in Geltung¹⁶³).

19 Howard 393 (1856), eine Entscheidung gefällt wurde, die ein Glied in der Kette der Ereignisse war, die zum Bürgerkrieg führten und den Bestand der Union seiner härtesten Belastungsprobe unterwarfen.

¹⁵⁸) Etwa Boudin, a.a.O. (Anm. 3), S. 227 ff., sowie Dewey, a.a.O. (Anm. 16), S. 142 f.

¹⁵⁹) Dewey, a.a.O., S. 143.

¹⁶⁰) Constitution, S. 629.

¹⁶¹) Die ersten Ansätze dieses *judicial self-restraint* finden sich bei Justice Chase: "It is unnecessary, at this time, for me to determine, whether this court, constitutionally possesses the power to declare an act of Congress void, on the ground of its being made contrary to, and in violation of the constitution; but if the court have such power, I am free to declare, that I will never exercise it, but in a very clear case", *Hylton v. United States*, 3 Dall. 171, 175 (1796). Vgl. auch *Ware v. Hylton*, 3 Dall. 199, 237 (1796).

¹⁶²) Vgl. Kauper, a.a.O. (Anm. 15), S. 609 f.

¹⁶³) Constitution, S. 630 f.

Schließlich haben die Anlage des richterlichen Prüfungsrechts in der Verfassung und sein Ausbau durch die Rechtsprechung in den USA zu einem »diffusen« System der Normenkontrolle geführt, wie Cappelletti und Ritterspach es im Gegensatz zum »konzentrierten« System genannt haben¹⁶⁴). Bei der diffusen Normenkontrolle steht allen Organen der Gerichtsbarkeit ein Prüfungsrecht zu, das sie *incidenter*, im Rahmen des konkret zu entscheidenden Falles ausüben. Die immanenten Nachteile eines solchen Systems sind durch den Ausbau des Rechtsmittelwegs und die prinzipiell geltende *stare decisis*-Doktrin gebannt¹⁶⁵). Obwohl kein Normkontrollmonopol, hat die Rechtsprechung des Supreme Court daher die Rechtseinheit im Lande bewahren können.

Summary

Judicial Review in the United States at the Beginning of the Last Century

With special regard to Art. VI § 2 of the U. S. Constitution

After nearly 200 years it is still an unresolved question whether the judicial review of legislative acts has a solid fundament in the Constitution of the United States or whether the *Marbury v. Madison* decision was just an act of judicial usurpation. The author tries to find out the rôle Article VI § 2 (supremacy clause) of the Constitution played in the discussion at the end of the 18th and the beginning of the 19th century.

To this end, the *Marbury* decision and other Supreme Court judgments of that time are analyzed. The work of the Framers at the Federal Convention of 1787 is examined as well as the possible precedents in the colonial era.

In reaching a conclusion, it becomes difficult to say how much the judicial review of unconstitutional laws is based on Art. VI § 2 of the Constitution. But it may be said that concerning State laws violating the Federal Constitution Art. VI § 2 is a sound ground for judicial review. Concerning federal laws a similarly clear statement cannot be made. In this respect, Art. VI § 2 was open for any interpretation in favour or against judicial review. The political theory of the American Revolution, however, the conception of a limited government, the idea of liberty regulated by law, the accepted necessity of protecting the people against

¹⁶⁴) A.a.O. (Anm. 58), S. 82. Ein konzentriertes System haben danach etwa die Bundesrepublik Deutschland und Österreich.

¹⁶⁵) Cappelletti/Ritterspach, a.a.O., S. 86 f.

themselves lead to the assumption that also the judicial review of unconstitutional federal laws is in logical consequence of the development and cannot be considered a bold, devious encroachment of the Judiciary in the sphere of the legislative power. Apart from these general remarks the author finds some surprising footholds for the opinion that the *Marbury* decision stands in the tradition of the conflict between the Union and the States. This could mean that just in this case, too, Art. VI § 2 of the Constitution played a much more important part than has been taken for granted up to now.

Eckart Klein